Contratti della crisi coniugale

Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale (*)

di **Giacomo Oberto**

Lo scritto si propone di ripresentare la tesi, formulata per la prima volta dall'Autore diversi anni fa, circa la validità, già *de iure condito*, degli accordi prematrimoniali in vista della crisi coniugale. L'analisi è svolta anche alla luce dei dati provenienti dalle esperienze straniere e dal diritto internazionale, che sembrano ulteriormente confermare la bontà di tale soluzione. Nei §§ 10 ss. il contributo sottopone a vaglio critico tre proposte normative, dirette ad introdurre (*rectius*: ad avviso di chi scrive, a riconoscere, in quanto già ammissibili) anche in Italia i contratti prematrimoniali sulle conseguenze della crisi coniugale. In sintesi potrà anticiparsi che la lodevolezza dell'intento perseguito dai prime due progetti si stempera notevolmente di fronte alla considerazione di una serie di questioni poste dalla tecnica concretamente seguita, che manifesta smagliature, insufficienze e contraddizioni tali da porre a serio rischio la realizzazione di un obiettivo il cui perseguimento non appare ormai più dilazionabile. Diversa consistenza possiede, invece, la proposta del Notariato, la cui trasfusione in un testo di legge sarebbe più che mai auspicabile.

1. Premessa. Qualche notazione di tipo storico

Sino ad una quindicina di anni fa il panorama della dottrina italiana non offriva un gran numero di contributi dedicati allo studio dei contratti tra coniugi in vista di una possibile crisi dell'unione. Gli studi e le decisioni sulle intese di carattere preventivo, invero, apparivano - ed in buona parte continuano ad apparire ancora oggi - essenzialmente incentrati sul tema dei patti sul futuro divorzio tra coniugi separati (1): profilo, quest'ultimo, che al primo è sicuramente legato, ma che altrettanto indubitabilmente presenta alcune caratteristiche sue proprie. Sul punto, una volta dimostrata la piena disponibilità delle attribuzioni patrimoniali postmatrimoniali (2), va subito detto che il riconoscimento della possibilità per i nubenti di accordarsi in vista di un'eventuale crisi coniugale trova conforto, oltre che - come si vedrà - nella constatazione dell'assenza di ostacoli in seno alla legislazione vigente, anche in alcune riflessioni di carattere storico, sociologico e comparatistico, di cui si è ampiamente trattato in altre sedi, alle quali si fa pertanto rinvio (3).

Note:

(*) Testo della relazione presentata al congresso francoitaliano sul tema «Accordi prematrimoniali, nuovo ambito d'azione per il notaio europeo?», organizzato dal Comitato Francoitaliano dei Notariati Ligure e Provenzale - Pollenzo, 3 dicembre 2011.

(1) Al riguardo v. per es. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 105 ss. 113; Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 699 ss.

(2) Il tema, che non può essere trattato in questa sede, è sviluppato in Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 387 ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in questa *Rivista*, 2003, 389 ss., 495 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in AA. VV., *Trattato del contratto*, a cura di Vincenzo Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, 2006, 242 ss.; Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 990 ss. A questi lavori si fa rinvio anche per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(3) Per gli approfondimenti cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 483 ss.; Id., "*Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 253 ss.; Id., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss. V. inoltre Giaimo, *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, Palermo, 1997, 31 ss. Per la dottrina successiva v. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, Commento a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109 - Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1023 ss.; Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?*, in *Contratto e impresa*,

(segue)

Nel contesto di questo lavoro sarà sufficiente rammentare, per sommi capi, per ciò che attiene ai profili storici, che già il diritto romano conosceva ed ammetteva una svariata serie di patti che accompagnavano la costituzione della dote e che ne disciplinavano la restituzione in caso di divorzio (4). Del resto, anche solo sul piano terminologico è interessante notare l'impiego al riguardo di espressioni quali "*pactum conventum ante nuptias*" (cfr. D. 23, 4, 17; D. 23, 4, 28), o "*post nuptias*" (cfr. D. 23, 4, 28), destinate a transitare pressoché inalterate nei sistemi di *common law*, per designare - ancora a diversi secoli di distanza - proprio gli accordi preventivi (o successivi) alle nozze contenenti, tra l'altro, la regolamentazione *ex ante* dei rapporti economici tra gli *ex* coniugi *soluto matrimonio* (5).

Pacta nuptialia di questo genere si rinvengono poi anche con una certa frequenza durante tutta l'evoluzione del diritto comune, allorquando la *separatio thori* aveva sostituito il divorzio come causa di restituzione dell'apporto dotale collegata alla crisi della famiglia (6). Basti qui ricordare due casi risolti nel XVI e nel XVII secolo.

Il primo, deciso dalla Rota Romana nel 1595, aveva tratto ad un accordo stipulato in sede di *pactum nuptiale*, nel quale si era previsto che *in eventum separationis tori* il marito avrebbe annualmente versato alla moglie una certa somma di denaro e che, in caso di mancato versamento per un anno, la moglie avrebbe potuto *agere ad restitutionem totius dotis*, ciò che puntualmente avvenne, con conseguente accoglimento della domanda di restituzione della dote (7).

Ancora più interessante la fattispecie decisa nel 1612 dal *Concistorium* del Regno di Sicilia in applicazione delle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimonio (detti "alla latina") vigeva un regime di comunione universale legale; la sentenza confermò la validità di una singolare clausola che escludeva la comunione «*casu (quod absit) di separatione* di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, & quelli morti in minori età, *vel maiori ab intestato*», stabilendo altresì che, in tale ultima ipotesi, «detta sposa non possa disponere, *nisi tantum di unzi trenta*» (8). Qualcosa, tra l'altro, di molto simile a ciò che avviene ancor oggi oltralpe con la c.d. "clausola alsaziana», con la quale le coppie che optano in Francia per il regime di comunione univer-

Note:

(continua nota 3)

2000, 1136 ss.; Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 ss.; Di Gregorio, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Notariato*, 2001, 17 ss.; Dellacasa, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Contratti*, 2001, 46; Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Familia*, 2001, 245; Pazzaglia, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita notarile*, 2001, 1017; Palmeri, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, 116 ss.; Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, cit., 1014 ss.; Busacca, *Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio*, in *Diritto & Formazione*, 2002, 57 ss.; Catanossi, *Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 169 ss.; Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 95 ss.; Coppola, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in G. Bonilini e F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio, art. 149*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 643 ss.; Coppola, *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, 54 ss.; Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in questa *Rivista*, 2005, 543 ss.; Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, *passim*; Quadri, Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare, in *Familia*, 2005, 6 ss.; Maietta, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, disponibile al sito *web* seguente: *http://www.dirittoeprocesso.com/index.php?option=com_content&view=article&id=989:gli-accordi-prematrimoniali-e-gli-accordi-di-convivenza-nel-diritto-italiano-e-negli-altri ordinamenti&catid=59:famiglia&Itemid=84*; M. Romano e Sgroi, *Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti*, in AA. VV., *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, a cura di Giacomo Oberto, Padova, 2011, 25 ss.

(4) Per approfondimenti cfr. Oberto, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 ss.; Id., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 535 ss. Sul tema v. anche ampiamente Magagna, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi,* Padova, 2002, *passim*.

(5) Cfr. sul punto e per ulteriori approfondimenti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 68 ss. *Mutua l'osservazione Ruggiero*, *op. cit.*, 116 ss.

(6) Cfr. Oberto, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1319.

(7) Cfr. *Bononien. restitutionis dotis*, 16 maggio 1595, riportata da Mantica, *Decisiones Rotae Romanae*, Romae, 1618, 539 ss.: «*Placuit Dominis, sententiam esse confirmanda: quia cum convenerit, ut in eventum separationis tori, D. Constantius teneretur D. Lisiae eius uxori praestare scuta 270, pro alimentis, et si in solutione eorum cessaverit per annum, ipsa possit agere ad restitutionem totius dotis: & D. Constantius dictam summam non solverit anno 1589. necessario sequitur, quod dos eidem D. Lisiae debeat restitui*»; sulla base della rimanente parte della motivazione sembra possibile inferire che l'accordo fosse stato addirittura concluso in sede di separazione di fatto, in vista di una futura possibile separazione *solemniter iudicio ecclesiae facta*, evento che la Rota ritenne in quel caso essersi verificato.

(8) Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612 di cui riferisce Giurba, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621, 398 ss.

sale possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione (9).

2. L'esperienza dei sistemi di *common law*

Dal punto di vista comparatistico è sin troppo noto il successo che negli Stati Uniti riscuotono ormai da svariati anni i *prenuptial agreements in contemplation of divorce*, al termine di un'evoluzione storica (10), sicuramente non esente da contraddizioni, nella quale ha giocato un ruolo determinante il passaggio dal sistema dello scioglimento del matrimonio basato fondamentalmente sulla colpa alla regola del *no fault divorce*. Gli echi di quella giurisprudenza e di quell'atteggiamento, anche culturale, nei confronti dei vantaggi connessi alla definizione in via preventiva di una possibile crisi coniugale (11) sono giunti - in questo mondo globalizzato - persino nel nostro per molti versi arretrato Paese, anche se da noi ciò ha fatto premio è stata piuttosto l'attenzione legata alle vicende di personaggi dello spettacolo o comunque notori (12).

Al di là dei confini degli *States*, analoga evoluzione in senso favorevole alla validità delle intese in discorso s'è manifestata in svariati altri ordinamenti di *common law* (13). Così in Gran Bretagna - ove peraltro già nei primi anni del XIX secolo una celebre monografia dedicata ai rapporti tra coniugi (14) non esitava a dichiarare *sustainable* e suscettibile di riconoscimento *in our courts of justice* ogni *agreement entered into in contemplation of a future separation* - sembrano ormai definitivamente superate le difficoltà emerse nel corso del XX secolo, collegate all'idea che tali contratti, in quanto diretti in qualche modo a favorire il divorzio, fossero *against public policy and void* (15), anche alla luce della considerazione secondo cui i giudici d'oltre Manica sembrano oggi assai più restii d'un tempo a procedere ad una allocazione e divisione del patrimonio accumulato durante la convivenza o alla previsione di assegni o attribuzioni patrimoniali d'altro genere in presenza di precisi accordi, i quali vengono intesi come *evidence of the parties intentions*, di cui la Corte non può non tenere conto (16).

Note:

(9) Sulla *clause alsacienne* v. i riferimenti in Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, Milano, 2010, 386, nota 171; II, 1671, nota 198; 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.

(10) Su cui cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 494 ss.; Id., *Prenuptial agreements in contemplation of divorce* e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., 180 ss. V. inoltre Giaimo, *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, cit., 31 ss.; Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 543 ss.

(11) Basterà al riguardo effettuare una ricerca tramite *Google* sulla rete, oppure digitare l'espressione *prenuptial agreement* all'indirizzo *www.wikipedia.org*.

(12) Per un elenco di svariati casi di questo genere si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 494 ss. Per ulteriori matrimoni tra c.d. "v.i.p.", in cui il tenore del contratto prematrimoniale ha attirato un'attenzione di gran lunga superiore rispetto all'interesse che un tempo destavano foggia e fattura dell'abito da sposa, cfr., a mero titolo d'esempio, Orighi, *Il "patto dei soldi" tra Felipe e Letizia*, in *La Stampa*, 13 aprile 2004, 14; Pellagro, *Kidman, il segreto delle nozze con Urban*, *ivi*, 23 giugno 2006, 26. Si pensi che non molti anni or sono un luminare dell'economia stipulò un accordo prematrimoniale nel quale dispose, con sette anni d'anticipo, la spartizione con la moglie di un eventuale ... premio Nobel, poi effettivamente attribuitogli pochi giorni prima della scadenza della relativa clausola (si tratta dell'economista americano Robert Lucas, premio Nobel per l'economia 1995: cfr. l'articolo di Soria, *L'ex moglie scippa il Nobel*, in *La Stampa*, 23 ottobre 1995, 13; per un curioso "bestiario" in proposito si veda anche Wallman e McDonnell, *Cupid, Couples & Contracts. A Guide to Living Together, Prenuptial Agreements, and Divorce*, New York, 1994, 18, 23, sui c.d. *lifestyle prenups*). Anche qui, peraltro, *nihil sub sole novi*, posto che, a quanto pare, lo stesso Albert Einstein si impegnò a corrispondere alla moglie Mileva quanto egli avrebbe potuto ricavare dall'eventuale attribuzione del Nobel per la fisica, in cambio dell'impegno della consorte ad accedere alla richiesta di divorzio (cfr. Isaacson, *The Intimate Life of Einstein*, in *Time*, July 24, 2006, 47). Da notare, poi, che ormai, a fare notizia, non è solo il contenuto dell'accordo, ma addirittura il semplice fatto che la "coppia celebre" annunzi di non avere intenzione di stipulare un patto prenuziale: cfr. al riguardo l'articolo redazionale dal titolo *Carlo: di Camilla ho piena fiducia*, in *La Stampa*, 29 marzo 2005, 15, che riporta l'informazione (a dire il vero, assai poco credibile) secondo cui l'erede al trono d'Inghilterra e relativa (seconda) consorte si sarebbero rifiutati di stipulare un accordo prematrimoniale in occasione della celebrazione delle loro tanto attese nozze.

(13) Ma non solo: a puro titolo d'esempio, e salvo quanto verrà chiarito nel § seguente sulle esperienze europee, si pensi alla proposta di creazione di un *matrimonio temporal* (o *matrimonio con caducidad*) nel distretto di Città del Messico, secondo cui il matrimonio potrebbe essere celebrato con durata predeterminata, con contorno di patti prematrimoniali diretti a disciplinare non solo la vita in comune, ma anche le modalità e le condizioni di scioglimento del vincolo: cfr. Manzo, *Messico, troppi divorzi. Ecco i matrimoni a tempo*, in *La Stampa*, 1 ottobre 2011, 17.

(14) Clancy, *A Treatise of the Rights, Duties, and Liabilities of Husband and Wife, at Law and in Equity*, *First American, from the Third London Edition*, New York, 1828, 421 ss.

(15) Cfr. ad es. Davidson, *Pre-nuptial agreements*, in *Recent Developments* in *English Family Law*, *Updated August* 2004, già disponibile al sito *web* seguente: *http://www.cr-law.co.uk*

(16) Cfr. i *cases* di cui riferisce Davidson, *op. loc. ultt. citt.*; v. inoltre Leech, "*With* All *My Worldly Goods I Thee Endow"? The Status of Pre-Nuptial Agreements in England and Wales*, in *Fam. L.Q.*, 34, 2000, 193 ss. Sul tema v. anche Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul* Family *Law Amendment Act* 2000 *Australiano*, in *Familia*, 2002, 156. Una riprova di quanto detto nel testo sta nel fatto che anche oltre Manica abbondano (come negli Stati Uniti) formulari offerti *online* per la stipula di *prenuptial* o *premarital*

(segue)

Studiando con maggior approfondimento l'evoluzione del sistema britannico, si può infatti scoprire che la vera ragione per cui per svariati decenni gli accordi prematrimoniali furono visti con sospetto Oltre Manica andava rintracciata, più che in un preconcetto sfavore, nel ruolo assolutamente predominante che quei sistemi attribuiscono al giudice, a sua volta vincolato a principi cogenti posti a tutela di interessi considerati di rilevanza generale. In effetti la casistica giurisprudenziale inglese, nel corso di tutto il Novecento, conferma il dato, deducibile a livello legislativo, che in linea generale, sino a non molto tempo fa, per il sistema britannico, i *prenuptial agreements*, erano privi di efficacia. Il primo caso del Ventesimo secolo avente ad oggetto l'applicazione di un siffatto accordo fu esaminato dalla *House of Lords* nel 1929; in quell'occasione venne stabilito che un accordo stipulato prima delle nozze non potesse impedire al coniuge avente diritto di chiedere, durante il giudizio di divorzio, l'attribuzione di un assegno di mantenimento, sulla base del rilievo che l'imposizione al marito dell'obbligo di mantenere la moglie era rivolto a tutelare non solo costei ma anche i terzi che entrassero in contatto con lei. Sempre con la stessa sentenza si affermava poi la contrarietà all'ordine pubblico (*public policy*) dell'esclusione della giurisdizione statale che l'applicazione dell'accordo avrebbe comportato (17).

Altri esempi di questo indirizzo si possono ritrovare nella giurisprudenza inglese degli anni successivi, che quasi sistematicamente ignorava in sede di separazione e divorzio quanto pattuito dai coniugi prima della celebrazione del matrimonio. In *Miller v Miller*, ad esempio, la *House of Lords* aveva riconosciuto alla moglie un assegno assai superiore a quanto era stato preventivamente concordato col marito (7.5 milioni di sterline contro 275.000). Forse in questo caso sulla decisione dei giudici ha influito anche il fatto che la sottoscrizione dell'accordo era stata "imposta" alla moglie come unica condizione per convolare a nozze, che a sua volta era per la predetta l'unica condizione per tenere il bambino concepito con l'allora *partner* (18). Nel successivo caso *Ella v Ella* l'indirizzo di cui sopra cominciò a mostrare evidenti segni di cedimento. Qui si diede infatti corso ad un accordo prematrimoniale relativamente alla questione della scelta della giurisdizione competente: le parti in causa avevano doppia cittadinanza, inglese ed israeliana, ed avevano convenuto che in caso di divorzio a doversi esprimere sarebbe stato il giudice israeliano. Dopo che la moglie aveva adito la giurisdizione britannica, il marito eccepì l'esistenza della predetta clausola del *prenuptial agreement* e chiedeva, ottenendo ragione, che il giudizio fosse devoluto alla competenza esclusiva del giudice israeliano (19).

Ulteriori passi avanti vennero compiuti poi nel 2008 con la decisione del *Privy Council* sul caso *MacLeod v MacLeod* (20), ove si affermò la validità di un *postnuptial agreement*, in relazione al quale si ritenne di abbandonare la tradizionale considerazione, ancora affermata per i *prenuptial agreements*, secondo cui tali tipi di intese sarebbero contrari all'ordine pubblico. Per gli accordi raggiunti dopo la celebrazione del matrimonio, ancorché in vista del divorzio, infatti, si rilevò che le parti hanno «*undertaken towards one another the obligations and responsibilities of the married state. A pre-nuptial agreement is no longer the price which one party may extract for his or her willingness to marry. There is nothing to stop a couple entering into contractual financial arrangements governing their life together*». Se ne concluse pertanto per la validità di un accordo stipulato durante la vita matrimoniale «*for the time when the parties were together, but also with respect to the arrangements made for them to live separately*», anche se per tali ultimi *arrangements*, questi furono considerati «*subject to the court's powers of variation*». L'evoluzione sin qui illustrata era espressione, in qualche modo, di un crescente livello di insoddisfazione tra gli interpreti circa la posizione negativa sulla validità delle intese in discorso (21).

Ma la rivoluzione copernicana si è operata con il ca-

Note:

(continua nota 16)

agreements (cfr., a mero titolo d'esempio, i siti seguenti: *http://www.divorce-lawfirm.co.uk/Family-Law-Advice/prenuptial-agreement.aspx; http://www.clickdocs.co.uk/prenuptial-agreement.htm*; *http://www.divorceonlne.co.uk/services/financial_agreement/prenuptial_agreement.asp*).

(17) *Hyman* v *Hyman* (1929) AC 601, su cui cfr. Lowe, *Prenuptial agreements: the English position*, in *InDret*, vol. 1, 2008, 5 s.

(18) *Miller* v *Miller* (2006) UKHL 26.

(19) *Ella* v *Ella* (2007) EWCA Civ 99, (2007) 2 FLR 35.

(20) Cfr. *http://www.postnuptial.agreements.co.uk/case_law/MacLeod_v_MacLeod.pdf*

(21) Esprime con chiarezza la generale *dissatisfaction* per la situazione precedente al *revirement* di cui verrà dato immediatamente conto *Cooke, Marital Property Agreements and the Work of the Law Commission for England and Wales, in Aa. Vv., The Future of Family Property* in *Europe, Cambridge, Antwerp*, Portland, 2011, 103 ss. Il contributo in questione, che non è aggiornato al caso *Radmacher* v *Granatino*, riferisce degli sforzi della *Law Commission* per individuare una serie di linee direttive che consentano di attribuire *enforceability ai prenuptial agreements*, non senza rimarcare (cfr. 108) come una delle principali difficoltà risieda proprio nella mancanza, nel Regno Unito, di una figura analoga a quella del notaio "latino".

so *Radmacher v Granatino* (22), in cui, nel 2009, la *Court of Appeals* ha letteralmente demolito ogni limite 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 (23).

Ancora una volta, innovazione e tradizione si sposano nelle parole di parole di *Lord Justice Thorpe*: «*the judge should give due weight to the marital property regime into which the parties freely entered. This is not to apply foreign law, nor is it to give effect to a contract foreign to English tradition. It is, in my judgment, a legitimate exercise of the very wide discretion that is conferred on the judges to achieve fairness between the parties to the ancillary relief proceedings*» (24).

La decisione d'appello è stata poi confermata nel 2010 dalla Corte Suprema del Regno Unito, che è venuta così a sanzionare in via definitiva la validità degli accordi in discussione anche in quel Paese (25). La motivazione di tale arresto accantona in via definitiva i dubbi sollevati dal giudice che aveva deciso la causa in primo grado, fondati essenzialmente sull'assenza di una *disclosure* circa gli *assets* delle parti (ed in particolare della moglie, fornita di un patrimonio di gran lunga più consistente di quello del pur benestante marito), nonché sull'allegata mancanza di un *independent legal counsel*. Su quest'ultimo punto, infatti, pur rimarcando che il marito «*did not take the opportunity to seek independent advice*», la Corte pone in evidenza come il contratto prematrimoniale fosse stato, sì, redatto in Germania ed in lingua tedesca da un notaio tedesco, ma che quest'ultimo, pur non avendo predisposto una traduzione scritta, aveva oralmente tradotto in inglese (lingua, questa, di cui il marito aveva piena padronanza) i termini dell'accordo all'atto della sua sottoscrizione, avvertendo nel dettaglio il marito delle conseguenze negative per quest'ultimo in caso di rottura dell'unione (26). Anche sul punto della *disclosure*, le parti avevano rinunziato espressamente a quest'ultima («*…we waive the possibility of having a schedule of our respective current assets appended to this deed*»), aggiungendo poi un chiarissimo atto di rinunzia ad ogni pretesa postmatrimoniale (27).

Note:

(22) Cfr. *Radmacher* v *Granatino*, (2009) EWCA Civ 649, disponibile anche alla seguente pagina *web*: *http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed36874*. Sulla decisione in questione cfr. poi anche Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 174 s., 204 s., 214, nota 709.

(23) 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 decisione, dovuta alla penna di uno dei massimi esperti inglesi di diritto di famiglia (*Lord Justice Mathew Thorpe*) ha avuto una vastissima eco anche nella stampa d'opinione: cfr. ad es. Malingre, *Les riches britannique divorceront plus tranquillement*, in *Le Monde*, 5-6 juillet 2009, 7.

(24) Cfr. *Radmacher* v *Granatino*, cit., n. 53.

(25) Cfr. *Radmacher (formerly Granatino)* v *Granatino* (Rev 4) [2010] UKSC 42 (20 October 2010), disponibile in *http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/uk/cases/UKSC/2010/42.html&query=title+(+radmacher+)&method=boolean.*

(26) Dalla motivazione emerge inoltre (cfr. punto n. 97) quanto segue: «*The agreement stated (in recital 2) that (a) the husband was a French citizen and, according to his own statement, did not have a good command of German, although he did, according to his own statement and in the opinion of the officiating notary (Dr Magis), have an adequate command of English; (b) the document was therefore read out by the notary in German and then translated by him into English; (c) the parties to the agreement declared that they wished to waive the use of an interpreter or a second notary as well as a written translation; and (d) a draft of the text of the agreement had been submitted to the parties two weeks before the execution of the document*».

(27) Cfr. il punto n. 99 della motivazione della decisione della Supreme Court: «Clause 5 provided for the mutual waiver of claims for maintenance of any kind whatsoever following divorce: «*The waiver shall apply to the fullest extent permitted by law even should one of us - whether or not for reasons attributable to fault on that person's part - be in serious difficulties.*
The notary has given us detailed advice about the right to maintenance between divorced spouses and the consequences of the reciprocal waiver agreed above.
Each of us is aware that there may be significant adverse consequences as a result of the above waiver.
Despite reference by the notary to the existing case law in respect of the total or partial invalidity of broadly worded maintenance waivers in certain cases, particularly insofar as such waivers have detrimental effects for the raising of children and/or the public treasury, we ask that the waiver be recorded in the above form (…).
Each of us declares that he or she is able, based on his or her current standpoint, to provide for his or her own maintenance on a permanent basis, but is however aware that changes may occur.». Per un commento alla decisione v. anche Todd e Mitchell, *Accordi prematrimoniali in Inghilterra e Galles: l'impatto della sentenza sul caso Radmacher vs Granatino*, in *AIAF*, 2011, 58 ss.

Poste queste premesse, la corte enuncia solennemente la seguente regola, valevole tanto per i *prenuptial* che per i *postnuptial agreements*: «*The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*» (28). Quanto alla possibile iniquità dell'accordo, su di essa plana la solita cortina di incertezza ed ambiguità, propria del *common law*, a tratti anche più fitta delle nebbie del Tamigi. Qualche pista interpretativa viene comunque indicata. Così, sono richiamati i tre fondamentali elementi, già individuati in alcuni precedenti casi (*White v White*, *Miller v Miller* e *McFarlane v McFarlane*), dello "stato di bisogno" (*needs*), dell'"indennizzo" (*compensation*) e della "condivisione" (*sharing*), che possono più facilmente rendere iniquo un accordo prematrimoniale. Ciò potrebbe verosimilmente accadere qualora il giudice dovesse ritenere la presenza di uno squilibrio eccessivo rispetto ad uno stato di bisogno di una delle parti, ovvero rispetto all'entità delle rinunzie da uno effettuate per la vita matrimoniale o ancora al contributo fornito durante il *ménage*. Resta comunque il fatto che, laddove ciascuna parte potesse soddisfare adeguatamente i propri bisogni, le esigenze di equità potrebbero non richiedere che l'accordo sia disatteso (29).

Per quanto attiene invece all'Australia, vi è da notare che il tema degli accordi preventivi è affrontato e positivamente risolto dalla legislazione da molto tempo con riguardo alla posizione dei conviventi *more uxorio*. Già nel 1984 il *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud aveva stabilito (art. 44) che un accordo di convivenza potesse essere *made in contemplation of the termination of a domestic relationship*. Proprio tale disposizione (ora inserita nel *Property (Relationships) Act*) ha, in tempi più recenti, 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 (30). 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*» (31).

3. Altre esperienze straniere

Non potrà poi tacersi che un atteggiamento favorevole verso la validità di intese preventive sulle conseguenze del divorzio è riscontrabile ormai pure in numerosi sistemi dell'Europa continentale. Il caso più significativo è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza, sulla scorta di una radicata tradizione storica (32), da sempre avallano (33) la costante pratica dei coniugi (o meglio, dei notai) di predeterminare, in sede di stipula degli *Eheverträge*, gran parte degli effetti di un possibile divorzio tra le parti, vuoi dettando i criteri per la determinazione del *nachehelicher Unterhalt* (vale a dire

Note:

(28) Cfr. il punto n. 75 della motivazione.

(29) Cfr. i punti n. 81 e 82 della motivazione: «*81. Of the three strands identified in White v White and Miller v Miller, it is the first two, needs and compensation, which can most readily render it unfair to hold the parties to an ante-nuptial agreement. The parties are unlikely to have intended that their ante-nuptial agreement should result, in the event of the marriage breaking up, in one partner being left in a predicament of real need, while the other enjoys a sufficiency or more, and such a result is likely to render it unfair to hold the parties to their agreement. Equally if the devotion of one partner to looking after the family and the home has left the other free to accumulate wealth, it is likely to be unfair to hold the parties to an agreement that entitles the latter to retain all that he or she has earned. 82. Where, however, these considerations do not apply and each party is in a position to meet his or her needs, fairness may well not require a departure from their agreement as to the regulation of their financial affairs in the circumstances that have come to pass*».

(30) Su cui v. per tutti Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, cit., 149 ss., 153 ss.

(31) 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/library/pubs/bd/19992000/2000bd088.htm#Passage*.

(32) Significativi al riguardo i dati emergenti dall'analisi storica condotta da Roßdeutscher, *Privatautonomie im Scheidungsrecht*, *Frankfurt am Main*, 1995, in particolare 20 ss., 63 ss. Con ogni probabilità il tradizionale favore da sempre mostrato in Germania per tale tipo di accordi trova le sue origini, da un lato, nella concezione protestante del matrimonio e nell'introduzione del divorzio da epoca assai più remota che non da noi e, dall'altro, nell'influsso del diritto romano, nel quale, come si è dimostrato (cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss.; Id., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, cit., 535 ss.), i patti dotali in vista del divorzio erano ampiamente conosciuti e praticati (per i richiami alla giurisprudenza tedesca che nel XIX secolo proprio sulle fonti romane fondava le decisioni in materia v. Roßdeutscher, *Privatautonomie im Scheidungsrecht*, cit., 3 ss.). In un simile contesto non desta stupore che lo stesso Hegel (cfr. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1930, 147), definisse lo scopo degli *Ehepakten* come proprio quello «*gegen den Fall der Trennung der Ehe durch natürlichen Tod, Scheidung u. dergl. gerichtet und Sicherungsversuche zu sein, wodurch den unterschiedenen Gliedern auf solchen Fall ihr Anteil an dem Gemeinsamen erhalten wird*».

(33) Peraltro con le precisazioni che si rendono necessarie dopo due sentenze pronunziate non molti anni or sono e di cui verrà dato conto oltre: cfr. *infra*, § 4.

dell'assegno divorzile) (34), vuoi rinunziandovi *in toto*, vuoi ancora escludendo ogni forma di *Versorgungsausgleich* (cioè della liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguente allo scioglimento del regime legale della *Zugewinngemeinschaft*), così come l'eventuale ricorso delle parti a quella *Abänderungsklage* che, ai sensi del § 323 *ZPO*, consentirebbe (conformemente a quanto da noi previsto dagli artt. 710 c.p.c. o dall'art. 9 l. div.) la modifica giudiziale di un'eventuale prestazione di mantenimento, per effetto di successive variazioni della situazione economica delle parti in considerazione della quale la prestazione era stata prevista (35).

Interessante risulta poi anche il raffronto con altre esperienze geograficamente e culturalmente piuttosto vicine alla nostra: dal *Codi de familia* catalano, che disciplinando il contenuto dei *capítols matrimonials* (art. 15), espressamente stabilisce che in essi «*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*» (36), ad una storica decisione del Tribunale Supremo Federale elvetico, che ha espressamente escluso che per i contratti di matrimonio sia richiesta una *nachträgliche Genehmigung im Scheidungsverfahren* (37), all'opinione comunemente condivisa dalla dottrina austriaca, sulla base del disposto del § 80 *Ehe*G (38), secondo cui gli accordi sulla *Unterhaltspflicht* in caso di divorzio non debbono necessariamente essere stipulati in sede di procedura di scioglimento dell'unione, ma ben possono essere conclusi *sogar schon vor der Eingehung der Ehe* (39).

Si noti infine che, come già posto in luce in altra sede, alcuni segnali d'apertura in questo senso si vanno profilando da tempo anche in un sistema che, come quello francese, appare da sempre piuttosto chiuso alla possibilità di predeterminare tramite accordi conclusi in via preventiva *an* e *quantum* di prestazioni post-divorzili, stante anche il dato costituito dall'art. 232 del *Code Civil*, che consente al giudice di negare l'omologazione dell'accordo di divorzio nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi «di uno dei coniugi» (40). Non andrà peraltro trascurato che quello stesso ordinamento permette ai coniugi, sul versante dei regimi patrimoniali, un'ampia gamma di intese tramite le quali costoro possono, tra l'altro, *aménager* il regime legale di comunione in contemplazione di un possibile divorzio (41), prevedendo, in base ad una tradi-

Note:

(34) Per un'ampia trattazione al riguardo cfr. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, München, 2011, 1184 ss.

(35) Sul punto non si può che rinviare all'analisi offerta in Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 529 ss.; Id., "*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*" *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 189 ss.

(36) Cfr. inoltre l'art. 3 l. aragonese, 12 febbraio 2003, n. 2 (*de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*), la quale stabilisce che «*Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio "standum est chartae"*», con una previsione comunemente interpretata come ammissiva degli accordi in vista del divorzio Cfr. Martín Casals e Ribot, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436. Sul tema v. anche Ferrer i Riba, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in AA. VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, Bielefeld, 2005, 271 ss. Significativo è il fatto che la legislazione catalana è l'unica in Europa che, analogamente a quanto accade, secondo quanto già segnalato, in Australia, espressamente ammette la validità di intese preventive anche nel contesto degli accordi tra conviventi (sul tema cfr. Oberto, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, 70).

(37) Cfr. *BG* 4 dicembre 2003, in *BGE* 5C.114/2003 (E. 3.2.2.), citata da Hausheer, *Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz*, in AA. VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., 83. La pronunzia è disponibile al sito *web* seguente:
http://www.bger.ch/fr/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm.

(38) «*Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, dass sie den guten Sitten wiederspricht*».

(39) Cfr. Susanne Ferrari, *Die Bedeutung der Privatautonomie im österreichischen Familienrecht*, in AA. VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., 97 ss., 109.

(40) Sull'argomento cfr. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 545 ss.

(41) Espressamente in questo senso v. App. Colmar, 16 maggio 1990, cit., secondo cui «*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*». Per una valutazione positiva al riguardo cfr. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, 206, 694 s. Anche la stampa di informazione sembra avvertire la chiara correlazione tra la possibilità di stipulare le clausole di cui si dirà tra breve nel proprio *contrat de mariage* e prevenirsi contro le conseguenze negative di un possibile divorzio: cfr. Guinot, *Prévoir son divorce pour réussir son mariage*, in *Le Figaro*, 30 avril 2007, disponibile al sito *web* seguente: *http://www.lefigaro.fr/pratiquepatrimne/20070430.WWW000000414_prevoir_son_divorce_pour_reussir_son_mariage.html*.

zione risalente al *droit coutumier* (42), l'inserimento di clausole che vanno dalla attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al coniuge superstite (43), all'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata (44), o alla facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito (45), o, ancora, alla possibilità di prestabilire la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali (46), o, infine, all'attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario (47).

Venendo al significato che i sopra evidenziati elementi comparativi potrebbero assumere per l'esperienza italiana, va tenuto conto del fatto che, se si eccettua la citata disposizione catalana, nessuno degli ordinamenti continentali, nei quali si ammette la validità di intese preventive sulle conseguenze della crisi coniugale, contiene disposizioni *ad hoc*, mentre la conclusione favorevole viene desunta (48), in buona sostanza, da regole non molto dissimili dalle nostre, con particolare riguardo al principio di libertà negoziale. Per ciò che attiene, poi, all'esperienza dei sistemi di *common law*, neppure l'argomento del superamento del principio del divorzio per colpa dovrebbe lasciare indifferenti gli interpreti italiani, anche se si tratta di un tema che da noi - a differenza che negli Stati Uniti - non sembra essere stato preso in grande considerazione. In effetti, il possibile contrasto tra la regola della colpa e la predeterminazione delle condizioni di un'eventuale futura crisi coniugale risulta avvertito solo da una parte assai ridotta (e, oltre tutto, molto risalente) della dottrina continentale (49). L'abbandono da quasi un quarto di secolo, anche nel nostro Paese, della regola che voleva, quale necessario presupposto della separazione legale, la sussistenza della colpa di uno dei coniugi s'accompagna dal 1987 alla corale affermazione del carattere eminentemente (se non addirittura esclusivamente) assistenziale dell'assegno di divorzio, con conseguente perdita di ogni rilievo di un'eventuale responsabilità del naufragio dell'unione. Una volta spezzata (quasi) ogni forma di collegamento tra "colpa" e conseguenze economiche della crisi coniugale (50) può dirsi che anche da noi, esattamente come negli Stati Uniti, non è più consentito negare rilievo ad un'intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations* e di *buy himself out of the marriage*.

A quanto sopra illustrato s'aggiunga ancora che un uso dello strumento della convenzione matrimoniale in *contemplation of divorce*, piaccia o non piaccia,

Note:

(42) Per un approfondimento del tema delle clausole accessorie al regime di comunione in vista dello scioglimento del matrimonio nel diritto consuetudinario francese (*préciput*, *forfait de communauté*, *reprise de l'apport de la femme*) si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 87 ss.; Id., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1314 ss.; Id. *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 52 ss. L'argomento è anche ripreso da Ruggiero, *op. cit.*, 223 ss.

(43) La clausola, impropriamente definita *clause commerciale*, costituisce eccezione al divieto dei patti successori: cfr. artt. 1390 s. *Code Civil* (cfr. Terré e Simler, *Droit civil*, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1994, 534 ss.).

(44) Si tratta della clausola conosciuta in Francia come di *prélèvement moyennant indemnité* (art. 1497 *Code Civil*), su cui v. Terré e Simler, *op. cit.*, 542 ss.

(45) Si tratta della clausola detta di *préciput* (art. 1497 *Code Civil*) su cui cfr. Terré e Simler, *op. cit.*, 546 ss., i quali osservano che essa *rompt l'égalité dans le partage*. Il termine *préciput* può essere tradotto come "prelievo", anche se la dottrina sotto il c.c. 1865 si esprimeva in termini di "precapienza" (cfr. Finocchiaro-Sartorio, *La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano*, Milano-Palermo-Napoli, 1902, 238).

(46) Si tratta delle clausole dette di *stipulation de parts inégales* e di *attribution de la totalité de la communauté au survivant* (cfr. art. 1497 *Code Civil*) su cui v. Terré e Simler, *op. cit.*, 549 ss.

(47) La clausola, detta di *forfait de communauté*, ammessa espressamente dal *Code* prima della riforma del 1965 (sulla scorta, come si è detto, della tradizione del *droit coutumier*), è ritenuta valida ancora oggi: cfr. Terré e Simler, *op. cit.*, 541; Cornu, *op. cit.*, 715.

(48) Come già posto in evidenza nel dettaglio in relazione al caso tedesco: cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 529 ss.; Id., *Prenuptial agreements in contemplation of divorce* e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., 189 ss.

(49) Potrà citarsi in proposito l'opinione di uno dei primi commentatori del *Code Napoléon*, il quale affermava l'immoralità della clausola con cui il coniuge, nel contratto di matrimonio, avesse rinunziato al diritto di revocare, in caso di divorzio, le donazioni effettuate all'altro, invocando al riguardo (peraltro a torto: cfr. Oberto, Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica, loc. cit.) l'autorità delle fonti romane: «*Serait-il permis aux époux qui font au profit l'un de l'autre des donations par contrat de mariage, de renoncer à la révocation de ces libéralités, dans le cas du divorce? Le mariage est destiné à être perpétuel dans sa durée; la prévoyance du divorce, consignée dans le traité nuptial même, serait une chose indécente. Promettre d'avance l'impunité à l'èpoux qui se rendrait coupable par la suite; lui assurer une partie de la fortune de l'autre, pour prix de ses infidélités; abolir la peine prononcée par la loi, pour encourager aux délits qu'elle réprouve, ce serait essentiellement blesser la morale: une pareille clause serait donc absolument nulle (1133, 1172). Chez les Romains, cette clause était reprouvée comme immorale, quoiqu'ils permissent de faire des donations pour cause de divorce même, dans l'acte de séparation des époux: quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant (L. 12, ff. de donation. inter vir. et uxor., lib. 24, tit. I)*» (cfr. Proudhon, *Cours du droit français*, I, Paris, 1810, 324).

(50) Permane, è vero, ancora la separazione con addebito, il cui rilievo sta però scemando, anche nella pratica.

ha già fatto in qualche modo ingresso nel costume degli Italiani. Ci si intende qui riferire al vertiginoso aumento del numero delle coppie che optano per il regime di separazione dei beni (51). Il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (e, in molti casi, assai presto) ad una crisi, e nel timore di dover venire un giorno a "fare i conti" con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale. Estremamente significativo al riguardo è il fatto che, come dimostrato dai dati statistici (52), l'incremento delle opzioni per il regime di separazione vada di pari passo, per aree geografiche, con quello dei tassi di "separazionalità" e "divorzialità" del nostro Paese (53).

4. La lezione del diritto europeo

Conchiudendo questa panoramica introduttiva non potrà farsi a meno di notare come l'«impatto» dei nostri principi con accordi del genere di quelli qui in esame è comunque destinato ad aumentare, in considerazione, da un lato, dell'incremento dei matrimoni con cittadini stranieri (o, in ogni caso, delle unioni caratterizzate dalla presenza di un elemento di estraneità), nonché, dall'altro, del principio, introdotto dall'art. 30, l. 218/1995, secondo cui i coniugi possono, a mezzo di una convenzione scritta, derogare al criterio fissato per l'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti personali (54). Questo significa che i contratti prematrimoniali catalani, austriaci, tedeschi o inglesi ben potranno essere eseguiti in Italia, non comportando il profilo dell'ordine pubblico internazionale, come si avrà modo di vedere tra un attimo, alcun tipo di ostacolo.

A quanto sopra s'aggiunga poi ancora che il Regolamento in tema di legge applicabile alle cause transnazionali di separazione e divorzio (c.d. Roma III) (55) prevede l'attribuzione di un ruolo senza precedenti all'accordo delle parti. Un accordo, questo, la cui limitazione temporale viene individuata «al più tardi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale» (56). Ora, proprio la mancata fissazione di un *dies a quo* per il raggiungimento di siffatta intesa (di cui, invece, come si è appena detto, viene con precisione specificato il momento sino al quale la stessa può essere conclusa), autorizza a ritenere che tali accordi possano essere stipulati già al momento della celebrazione delle nozze (57). Da ciò sembra derivare un'ulteriore conferma dell'ammissibilità dei contratti prematrimoniali, se non addirittura un incoraggiamento alla conclusione degli stessi (58).

La predeterminazione del diritto applicabile sulla

Note:

(51) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 558 ss.; per analoghe considerazioni v. anche Sesta, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Familia*, 2001, 871 ss.; cfr. inoltre Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Artt. 215-219, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, 9 ss.

(52) «Il secondo fattore è l'aumento del numero delle separazioni legali e dei divorzi, che ha fatto nascere, in un numero crescente di coppie, il timore che anche il loro matrimonio possa finire nell'aula di un tribunale. Così, è la paura di dover cedere metà del patrimonio familiare ad un coniuge con cui ci si è accorti in ritardo di non riuscire a vivere che spinge molti sposi a preferire il regime della separazione dei beni e molti dei loro genitori a consigliarli in questo senso (...). È significativo, da questo punto di vista, che gli strati della popolazione che sono alla testa del mutamento del regime patrimoniale sono anche quelli che corrono più rischi di rompere il matrimonio con un divorzio: i più secolarizzati, i più ricchi e i più istruiti delle regioni settentrionali» (cfr. Barbagli, *Sotto lo stesso tetto: mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1988, 105 s.). Le considerazioni di cui sopra sono pienamente confermate dai dati ISTAT relativi all'anno 2003, su cui v. la nota seguente.

(53) Si noti in proposito che le rilevazioni ISTAT concernenti l'anno 2003 dimostrano in modo irrefutabile l'avvenuto «sorpasso», a livello nazionale, dell'opzione per il regime di separazione rispetto alla comunione, posto che per i matrimoni celebrati in quell'anno, il regime di comunione è stato scelto solo dal 44,7% delle unioni (con punte minime del 24,9% in Valle d'Aosta e del 29,4% in Piemonte): cfr. Istat, *Matrimoni, separazioni e divorzi 2003*, Roma, 2006, 9, 50, 86 (tavole 1.1, 2.10, 2.11, 2.20). Per i dati più recenti cfr. Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, I, cit., 372 ss.

(54) Cfr. anche artt. 16-19 della proposta sul Regolamento in materia di regimi matrimoniali (*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes*).

(55) Cfr. il Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, disponibile *online* al sito *web* seguente: *http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:IT:PDF*.

(56) Cfr. art. 5, para. 2, Regolamento n. 1259/2010 cit. Analogamente v. anche l'art. 4 della proposta sul Regolamento in materia di regimi matrimoniali (*Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes*), secondo cui «*The courts of a Member State called upon to rule on an application for divorce, judicial separation or marriage annulment under Regulation (EC) No 2201/2003, shall also have jurisdiction, where the spouses so agree, to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with the application. Such an agreement may be concluded at any time, even during the proceedings. If it is concluded before the proceedings, it must be drawn up in writing and dated and signed by both parties. Failing agreement between the spouses, jurisdiction is governed by Articles 5 et seq.*»

(57) In questo senso cfr. anche Rimini, *Arrivano i patti prematrimoniali*, in *La Stampa*, 23 novembre 2006, 25.

(58) Di "porta aperta agli accordi prematrimoniali" parlano Velletti e Calò, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. giur.*, 2011, 733.

base di un'intesa anteriore, anche di molto, al momento della controversia appare un dato ormai costante nella normativa dell'U.E. Oltre ai casi già citati della legge applicabile alla separazione e al divorzio, nonché della scelta della legge applicabile al regime patrimoniale (secondo la menzionata proposta di regolamento del 2011), potrà infatti farsi menzione dell'art. 8 del protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 relativo alla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, a sua volta richiamato dall'art. 15 del Regolamento U.E. n. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari. Secondo quest'ultimo principio, le parti possono designare di comune accordo la legge applicabile al loro rapporto mediante un'intesa che può essere conclusa, testualmente, *at any time*. E in proposito sarà appena il caso di ricordare che tra tali obbligazioni ricadono anche le prestazioni assistenziali post-matrimoniali in sede di separazione e divorzio (59).

Proprio con riguardo all'atto normativo comunitario del 2009 sulle obbligazioni alimentari, dovrà ancora menzionarsi il fatto che qualsiasi contratto prematrimoniale in vista della crisi coniugale in merito alla determinazione o all'esclusione delle prestazioni di mantenimento, stipulato in un Paese che ne ammetta la conclusione, beneficerà del trattamento previsto dall'art. 48 (60), con la conseguenza che, se contenuto in un documento definibile come "atto pubblico" ai sensi dell'art. 2, n. 3 (61), sarà riconosciuto in ogni altro Stato membro ed avrà la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV del citato Regolamento.

5. La tesi italiana della nullità, con particolare riguardo agli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio

La nostra giurisprudenza non ha ancora avuto modo, a quanto risulta, di esprimersi circa la validità di accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali in vista di un'eventuale crisi coniugale, se si eccettua una pronunzia di legittimità che ha affermato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, *ex* art. 31 prel. (cfr. ora art. 16, l. 218/1995), di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e diretto a regolamentare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio. Si trattava, per la precisione, di quello che in America si definirebbe *postnuptial agreement*, in quanto concluso *in contemplation of divorce*, ma in costanza di matrimonio (62). L'esame della motivazione della decisione non evidenzia elementi ulteriori rispetto alla affermazione contenuta nella massima. La compatibilità con le regole dell'ordine pubblico internazionale forma oggetto di una dichiarazione piuttosto apodittica, che lascia deluso l'interprete ansioso di conoscere perché mai principi così solenni come, per esempio, quello della indisponibilità degli *status*, su cui la soluzione negativa nel diritto interno viene fondata, non sarebbero annoverabili tra quelli assolutamente irrinunciabili del nostro ordinamento, quando lo stesso si viene a trovare in situazione "di collisione" rispetto a sistemi stranieri. Si rafforza dunque il sospetto che, in realtà, neppure la Corte Suprema sia poi così convinta (o per lo meno lo fosse, quella volta) della bontà della tesi negativa.

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

Note:

(59) Sul punto v. per tutti Oberto, *Gli obblighi di mantenimento e il recupero dei crediti alimentari in diritto comunitario: la nozione comunitaria di "alimenti" e i principi in tema di competenza giurisdizionale*, in *http://giacomooberto.com/milano2009/relazione.htm*, § 2 e § 3.

(60) «Articolo 48: *Applicazione del presente regolamento alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici* 1. Le transazioni giudiziarie e gli atti pubblici esecutivi nello Stato membro d'origine sono riconosciuti in un altro Stato membro e hanno la stessa esecutività delle decisioni ai sensi del capo IV. 2. Le disposizioni del presente regolamento sono applicabili, se del caso, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici. 3. L'autorità competente dello Stato membro d'origine rilascia, su istanza di qualsiasi parte interessata, un estratto della transazione giudiziaria o dell'atto pubblico utilizzando, a seconda dei casi, il modulo di cui agli allegati I e II ovvero agli allegati III e IV».

(61) «3) "atto pubblico": *a)* qualsiasi documento in materia di obbligazioni alimentari che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico nello Stato membro d'origine e la cui autenticità: i) riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico; e ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata; o *b)* qualsiasi convenzione in materia di obbligazioni alimentari conclusa con le autorità amministrative dello Stato membro d'origine o da queste autenticata».

(62) Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, 521: «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».

caso - come per quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio - si assiste ad una significativa evoluzione del pensiero dei giudici di legittimità, da concezioni più "liberiste" (o, quanto meno, più "possibiliste") a posizioni di assai più rigida chiusura. Invero, dopo una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo (63), a partire da una decisione del 1981 la Corte di legittimità comincia ad enucleare specifici profili di illegittimità degli accordi in questione, tali da sconsigliarne l'adozione anche a chi volesse attestarsi sulla tesi della validità delle rinunzie (successive) ai diritti patrimoniali insorgenti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale.

La prima sentenza di tale "nuovo corso" concerne il caso di un accordo che prevedeva il diritto per il marito separato di mantenere fermo per un certo periodo l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie per il mantenimento di quest'ultima e dei figli, a prescindere da un eventuale divorzio. Qui la Corte, dopo aver negato la disponibilità dell'assegno divorzile per quanto si riferisce alla sua componente assistenziale (come espressione del perdurare, pur dopo lo scioglimento del vincolo, di un rapporto di solidarietà economica, nel quale viene trasferito ciò che rimane del reciproco soccorso della vita matrimoniale), stabilisce che, se conclusi prima della sentenza, gli accordi sull'assegno di divorzio sono comunque nulli, anche se riferiti alle sole componenti risarcitoria e compensativa (64). E a questo punto la Cassazione presenta per la prima volta l'argomento destinato a diventare negli anni a seguire il suo vero e proprio "cavallo di battaglia" in questa materia: la tesi, cioè, che si basa sull'asserito condizionamento del comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e sull'asserito commercio dello *status* di coniuge (65).

Quattro anni più tardi, pronunziandosi su una rinunzia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno di divorzio, contenuta nell'atto di transazione stipulato tra i coniugi separati, la Corte ribadisce che l'inoperatività di tale negozio deve ricollegarsi alla più radicale ragione della sua nullità per illiceità della causa, secondo quanto posto in luce dalla precedente decisione, in considerazione del fatto che «gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunziato hanno sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno *status*, limitandone la libertà di difesa» (66). È chiaro dunque che, in questa particolare ottica, gli accordi conclusi in sede di separazione consensuale possono assumere, al massimo, rispetto alla successiva procedura di divorzio, il valore di mero elemento indiziario (67), fornendo parametri sussidiari nella determinazione dell'assegno relativo (68), laddove un'eventuale rinunzia all'assegno di separazione non potrebbe comportare, automaticamente, una rinunzia anche all'assegno di divorzio (69).

I precedenti appena illustrati trovano ulteriore sviluppo nel corso dei primi anni Novanta, durante i quali si ribadisce la nullità, per illiceità della causa, dell'accordo tramite il quale i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono, per il periodo successivo al divorzio, a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro (70), o escludono la facoltà di chiedere la revisione dell'assegno di mantenimento, qualora sopravvengano giustificati motivi (71). Ancora, vengono dichiarati invalidi quegli accordi preventivi nei quali si prevede, sempre in caso di divorzio, la concessione in godimento alla moglie di beni mobili ed immobili del marito (72), ancorché si tratti del-

Note:

(63) Per una analisi cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 562 ss.

(64) Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, c. 184; in *Giur it.*, 1981, I, 1, c. 1553 con nota di Trabucchi; in *Dir. fam. pers.*, 1981, 1025; in *Giust. civ.*, 1982, I, 724.

(65) Allo stesso anno del *leading case* testé riportato risale Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461, secondo cui «l'accordo stipulato fra i coniugi anteriormente alla instaurazione del giudizio di divorzio (nella specie in sede di separazione consensuale) per l'assegnazione del godimento della casa di abitazione ad uno di essi, non è vincolante per il giudice che pronuncia lo scioglimento del matrimonio».

(66) Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1456, con nota di Di Loreto; in *Dir. fam. pers.*, 1985, 876; in *Foro it.*, 1986, I, 747, con nota di Quadri; in *Giust. civ.*, 1986, I, 188.

(67) Così infatti App. Genova, 10 novembre 1987, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, *Arch. Merito*, pd. 880049; Uda, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 19 s.

(68) Cass., 25 maggio 1983, n. 3597; sul fatto che il giudice del divorzio non è vincolato, in tema di assegno, da quanto stabilito nel giudizio di separazione, poiché l'assegno di divorzio ha contenuti, presupposti e modalità diverse, v. inoltre Cass., 21 maggio 1983, n. 3520, in *Foro it.*, 1984, I, c. 229; Cass., 12 gennaio 1984, n. 246, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 477; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6312, in *Dir. fam.pers.*, 1987, 135; in *Foro it.*, 1987, I, c. 467, con nota di Quadri; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1406.

(69) Trib. Messina, 15 giugno 1985, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, *Arch. Merito*, pd. 850440.

(70) Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, 417; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 156; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 156, con nota di Cecconi.

(71) Cass., 2 luglio 1990, n. 6773.

(72) Cass., 1 marzo 1991, n. 2180.

l'assegnazione della casa familiare (73), oppure viene fissata in anticipo la spettanza e l'entità dell'assegno di divorzio (74), o, infine, viene decisa la vendita di un immobile che le parti ritengono in comproprietà, con conseguente divisione del ricavato (75). L'indirizzo più rigoroso continua quindi nel corso degli anni Novanta sino ad oggi, definitivamente consolidandosi con altre pronunce ispirate ai medesimi principi (76).

6. Contraddizioni e contorsioni della giurisprudenza nostrana

Tra gli interventi meno remoti, ha destato una certa eco una decisione del 2000 (77) che, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha nella specie riconosciuto validità ad una di queste, così pervenendo al risultato paradossale di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. È del resto innegabile che, se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero atto; quest'ultimo non può essere lecito nei confronti di una parte e illecito nei riguardi dell'altra, al punto che, secondo taluno, la sentenza si porrebbe in violazione dell'art. 3 Cost., poiché avrebbe riservato un trattamento differenziato a ciascuno dei coniugi (78).

Ad ulteriore riprova degli sbandamenti cui può andare incontro la giurisprudenza quando, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, non esita a violare i più elementari principi dell'ordinamento giuridico, una successiva (e assai meno nota) decisione del medesimo anno (79) si è spinta ad affermare che tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così surrettiziamente introducendo una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione, questa volta, non solamente del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello *ex* art. 1422 c.c.

Gli argomenti impiegati dalla Cassazione per fondare il suo indirizzo restrittivo in materia di accordi

Note:

(73) Ovvero della corresponsione di emolumenti ulteriori rispetto a quelli giustificati da bisogni alimentari: Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1078, con nota di Carosone; in *Dir. fam.pers*, 1992, 562.

(74) Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, cit.

(75) Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863, con nota di V. Carbone; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 340, con nota di Dalmotto.

(76) Cfr. Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495, con nota di De Mare; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in questa *Rivista*, 1995, 14 con nota di Uda; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218, con nota di Ermini; in *Vita not.*, 1997, p. 848; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. giur.*, 1998, p. 513 (segnalazione di V. Carbone). Cfr. inoltre, per le pronunzie più recenti, Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in questa *Rivista*, 2003, 344. V. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, secondo cui «Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto *una tantum*, con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti, non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno *una tantum*, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi)». In quest'ultima decisione si ammette, dunque, che è sufficiente un richiamo da parte dei coniugi (purché effettuato chiaramente ed in sede di procedura di divorzio) ad una pregressa attribuzione *una tantum*, intesa come esaustiva delle pretese *ex divortio*, perché si produca l'effetto preclusivo di successive domande ai sensi dell'art. 9 l. div. Il che significa, in buona sostanza, ancora una volta ammettere - di fatto e a dispetto delle declamazioni di principio più volte illustrate - la disponibilità dell'assegno divorzile.

(77) Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in questa *Rivista,* 2000, 429; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di Balestra; in *Riv. notar.*, 2000, II, 1221, con nota di Zanni; in *Giust. civ.*, 2000, I, 2217, con nota di Giacalone; in *Giur. it.*, 2000, p. 2229, con nota di Barbiera; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704, con nota di Bargelli; in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318, con note di E. Russo e di G. Ceccherini; in *Giust. civ.*, 2001, I, 457, con nota di Guarini; in *Familia*, 2001, 243, con nota di Ferrando.

(78) Così M. Finocchiaro, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, n. 24, 43; v. inoltre Ruggiero, *op. cit.*, 83.

(79) Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592.

preventivi in vista del divorzio hanno trovato il conforto, oltre che della giurisprudenza di merito (80), di una parte della dottrina, la quale ha rilevato, per esempio, che «permettendo (ai coniugi) di determinare la somma da pagare si favorirebbe, indirettamente un loro accordo preventivo sulla conduzione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda» (81). Altri studiosi hanno invece espresso punti di vista assai divergenti da quelli della Cassazione. Come esattamente rilevato (82), le posizioni così fortemente restrittive della giurisprudenza hanno completamente disatteso le aspirazioni di quella parte della dottrina che invece vedeva, alla luce della nuova normativa, un superamento del "principio dell'ordinamento italiano circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio" (83). A ciò potrà aggiungersi l'esatto rilievo secondo cui risulta veramente peculiare l'ostinarsi a considerare un valore irrinunciabile la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, cioè una libertà connessa ad un potere che non esiste, nel senso che l'opposizione al divorzio, come si è rimarcato, «costituisce una causa persa in partenza, perché la posizione di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge è una posizione di *soggezione* non di diritto alla persistenza e vincolo», quasi che lo scioglimento del matrimonio fosse una concessione operata dai giudici, non dipendente dalla volontà delle parti, ma connessa alla attuazione di un interesse pubblico superiore (84).

Su di un diverso piano, poi, chi scrive non esita a qualificare la giurisprudenza dominante come altamente "diseducativa", posto che questa finisce con il promuovere il principio secondo cui proprio tra coniugi, cioè tra soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento nel rispetto della parola data, in realtà, *pacta… non sunt servanda*. E dunque l'accordo di separazione, faticosamente raggiunto dopo mesi (o anni) di trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione sbagliata, potrà essere accettato da una delle parti con la "riserva mentale" di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio, così spingendo, tra l'altro, la prassi a rinvenire soluzioni al limite del lecito e comunque inutili o facilmente frustrabili, quali, ad esempio, il rilascio di garanzie, o la stipula di simulati contratti di mutuo, risolubili solo all'atto della conclusione *en souplesse* della futura procedura di scioglimento del vicolo, e così via. Ciò che dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto perniciosa sia l'influenza nella materia di influssi paternalistici, legati ad un concetto di persistenza del vincolo che, se non può più essere concepita in termini di indissolubilità matrimoniale, dovrebbe ancora intendersi nel senso di "indissolubilità patrimoniale" (85).

Più in generale - e sul piano delle intese raggiunte addirittura in una fase prenuziale, o comunque remota rispetto all'eventualità di una definitiva rottura - deve approvarsi, poi, il rilievo di chi, riprendendo le osservazioni dello scrivente, rimarca come la conclusione di intese preventive lenisce lo smarrimento psicologico che può derivare ai coniugi dal timore, fondato o solo paventato, di una situazione conflittuale, e, dall'altro sottrae al controllo giuri-

Note:

(80) Cfr. ad es. Trib. Varese, 29 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2011, 295, con nota di Patania; in questa *Rivista*, 2011, 919, con nota di Torre, ove il furore iconoclasta verso gli accordi in vista del divorzio si spinge a negare validità ad un accordo con il quale gli sventurati contendenti avevano avuto l'ardire di premettere all'intesa un "cappello" del seguente letterale tenore «è specifico intento delle parti addivenire ad una composizione convenzionale della complessa vertenza, trasformando il procedimento instaurato in divorzio congiunto, dirimendo ogni questione economica, passata, presente e futura con la presente scrittura conciliativa». Qui più che spontaneo sorge il dubbio sulla circostanza se il tribunale varesotto si sia interrogato sulla conciliabilità di questa soluzione con il tenore letterale dell'art. 4, comma 16, l. div., che presuppone, proprio per la proponibilità della domanda congiunta, che le parti abbiano *già raggiunto* un accordo (proprio come le stesse s'erano azzardate a fare sul presupposto di un chiaro intento di presentare tale domanda) «che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici». Ciò che pare vieppiù assurdo (e che mostra ancora una volta, se pure ve ne fosse bisogno, l'insostenibilità della conclusione cui perviene la citata decisione) è che il medesimo accordo, per ammissione dello stesso tribunale, avrebbe dovuto essere considerato valido se solo si fosse trattato di «patti "puri", svincolati cioè dal divorzio e dunque, senza alcun riferimento, esplicito od implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti alla eventuale pronuncia di divorzio». In altri termini, la mancata menzione della causa dell'intesa (causa "definitoria" in maniera "tombale" della crisi coniugale) avrebbe dovuto essere accuratamente taciuta, ancorché in tali ipotesi, essa, anche se non menzionata, come direbbero i francesi, *crève les yeux*!

(81) Così Vincenzi Amato, *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio* a cura di Rescigno, Milano, 1980, 340 ss., in particolare 344, nota 45; si noti che, peraltro, l'Autrice riconosce, per altro verso, la sostanziale disponibilità dell'assegno.

(82) Cfr. Cavallo, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, Nota a Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, I, 1992, 1243.

(83) Cfr. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 73; nello stesso senso, più di recente, v. anche Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 427 ss.

(84) Così E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, *Artt. 159-166-*bis, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 425.

(85) Non per nulla sottolinea il carattere di maggiore «laicità» proprio della via contrattuale nella soluzione delle questioni patrimoniali familiari Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., 116.

sdizionale una materia che la coscienza sociale avverte, istintivamente, come inerente la sfera privata delle persone: il tutto, senza minare ulteriormente l'istituto matrimoniale, più di quanto non abbia già fatto l'introduzione del divorzio, evitando altresì di trattare i coniugi alla stregua di soggetti incapaci (86).

7. La piena validità delle intese preventive sulla crisi coniugale, anche nell'odierno diritto italiano

Lasciando la *pars destruens* del ragionamento che si è tentato sin qui di portare avanti e rinviando alle apposite sedi per un compiuto esame delle varie questioni, anche per quanto attiene alle svariate contraddizioni in cui cade la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità (87), varrà la pena rammentare che gli accordi preventivi circa le conseguenze della separazione e/o del divorzio non vedono normalmente (né lo potrebbero), quale loro oggetto diretto, lo *status* coniugale, come avverrebbe se, per esempio, le parti stipulassero impegni in termini quali «mi obbligo a non divorziare», «mi impegno a non chiedere la separazione», «prometto di non far valere alcuna eventuale causa di invalidità del nostro matrimonio», ecc. (88). La contrarietà di un siffatto patto ai principi dell'ordine pubblico non può oggi essere revocata in dubbio (89). Ma ciò che l'opinione dominante si preoccupa di impedire è che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati. Tale preoccupazione non ha però ragione di sussistere, ogni qual volta le parti si limitano a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale.

Una prima osservazione, a conforto di questa tesi, proviene da quella dottrina che ha instaurato in proposito un interessante parallelo con la situazione "antagonista" rispetto a quella qui in esame, vale a dire la celebrazione delle nozze. Proprio con riguardo alla "purezza" della volontà matrimoniale, che non potrebbe subire alcuna compressione, essendo salvaguardata la assoluta libertà del soggetto in ordine alla celebrazione del matrimonio, si è osservato che l'ordinamento consente che il soggetto si "induca" al matrimonio attraverso motivazioni di ordine patrimoniale le quali, pur non essendo determinanti del consenso, indubbiamente lo orientano e lo sorreggono. Anzi, l'ordinamento sembra addirittura volere che il soggetto all'atto del matrimonio "costruisca" le sue prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più

Note:

(86) Coppola, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, cit., 644.

(87) La quale ha in altre 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. 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 questa *Rivista*, 1994, 660, con nota di Cei; in *Vita not.*, 1994, 1358; in Giust. civ., 1995, I, 202; in *Dir. fam. pers*, 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di Buzzelli; in *Riv. notar.*, 1995, II, 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 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 pronunzia di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, 822 con nota di Lombardi; in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, c. 1670 con nota di Casola; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con note di Cubeddu e di Rimini; in *Vita notar.*, 1994, 91, con nota di Curti; in *Contratti*, 1993, 140, con nota di Moretti).

(88) Per un caso di questo genere cfr. Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; sull'irrinunziabilità del diritto a chiedere la separazione v. anche Cass., 6 marzo 1969, n. 714; per osservazioni analoghe a quelle qui svolte cfr. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 110; Frezza, *Diritto del divorziato alla pensione di riversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, nota a Corte cost., 17 marzo 1995, n. 87, in *Dir. fam. pers.*, 1996, 31; per la necessità di distinguere tra accordi aventi ad oggetto il condizionamento del comportamento delle parti in un giudizio sullo status, nulli per illiceità della causa, ed accordi diretti solo a concordare in prevenzione l'assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, in cui il condizionamento del comportamento processuale rileva, semmai, alla stregua di un semplice motivo, v. Gabrielli, Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza, cit., 700 s. (che pure si dichiara contrario alla validità degli accordi preventivi, per violazione dell'art. 160 c.c.).

(89) V., già sotto il vigore del codice abrogato, Bianchi, *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1907, p. 102; cfr. inoltre Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 110.

idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita (90).

L'argomentazione testé riferita costituisce il primo passo di un'analisi il cui punto cruciale appare quello di vedere se e in che misura l'ordinamento tuteli la libertà delle parti nelle loro determinazioni concernenti gli *status* o comunque gli aspetti indisponibili dei rapporti umani in quanto attinenti alla sfera delle relazioni personali e sessuali, con riferimento ai condizionamenti d'ordine economico che esse possono subire nelle proprie decisioni. È noto che la tutela della libertà delle determinazioni dei soggetti nella sfera personale e sessuale è rimessa dall'ordinamento alla sanzione della nullità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume (91). Peraltro la nullità consegue sempre al fatto che l'aspetto personale sia portato dai soggetti a costituire parte integrante della causa («io mi impegno a darti cento e tu ti impegni, in cambio, a disconoscere la paternità di tuo figlio»): esso deve essere, cioè, preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo che queste (errando, ovviamente) vorrebbero come giuridicamente vincolante e quindi processualmente azionabile (92).

Ma la dottrina più autorevole ammette - e da tempo - che un comportamento umano non deducibile in obbligazione possa essere dedotto in condizione (93) e che tra siffatti comportamenti umani ben possa rientrare anche la volontà di assumere uno *status* (94). Ciò in particolare si verifica quando le parti non intendono con il loro negozio porre un vincolo, giuridicamente rilevante a tenere o a non tenere quel certo comportamento, ma si limitano a prefigurare le conseguenze di quest'ultimo, condizionandovi l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale. In questo modo può essere fatto sì che il comportamento di carattere personale non formi oggetto di vincolo, ma venga - di volta in volta - incoraggiato o scoraggiato a seconda che la promessa di carattere patrimoniale agisca, in alternativa, quale «deterrente» o «premio» per il fatto d'aver tenuto o meno quella certa condotta (95).

Rovesciando ora per un momento la prospettiva in cui ci si è sino a questo punto collocati e pensando alle pattuizioni dirette a costituire non già un deterrente, bensì un incoraggiamento per la tenuta di un determinato comportamento, occorrerà tenere presente quella clausola, in altre sedi definita "premiale" (96), consistente nell'accordo con cui - all'interno di un contratto di convivenza - uno dei due *partners* dell'unione libera promette all'altro l'adempimento di una prestazione patrimoniale subordinata all'esecuzione di una prestazione non patrimoniale dell'altra (97), oppure ancora nella promessa, effettuata da un fidanzato (o da un terzo) all'altro di corrispondere a quest'ultimo una somma di denaro nel caso di celebrazione delle nozze (98). Lo stesso dovrebbe valere nel caso di donazione di una somma di denaro o di un certo bene sospensivamente condizionata alla circostanza che il matrimonio superi «indenne» un certo lasso di tempo. Reciprocamente, per chi vede il divorzio come un'eventualità positiva, di fronte ad una possibile crisi coniugale, dovrebbe avere un senso promettere la corresponsione di una determinata utilità economica al (futuro) *ex* coniuge "debole" al fine di invogliarlo, con l'assicurazione di un vantaggio economico, a porre più volentieri fine all'unione («se, nel caso di crisi coniu-

Note:

(90) Doria, Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Milano, 1996, 178, nota 230; le conclusioni tratte al riguardo dall'Autore sono limitate alla materia degli atti traslativi; esse peraltro ben possono essere estese, più in generale, ad ogni tipo di contratto concluso in occasione - o anche solo in vista - della crisi coniugale.

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

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

(93) Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, 497 s., il quale porta l'esempio della promessa di una somma di denaro da un soggetto all'altro a condizione che quest'ultimo scriva un'opera letteraria.

(94) Jemolo, *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, 54, secondo cui la volontà di assumere uno *status* è «suscettibile di essere eretta a condizione di altro negozio giuridico», anche se inidonea a «formare a sé oggetto di negozio».

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

(96) Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 197 s.; Id., *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, in *FamRZ*, 1993, 7.

(97) Per es.: «ti prometto che ti darò cento se mi sarai fedele, se tra dieci anni coabiterai ancora con me, se tra cinque anni mi avrai dato un figlio».

(98) Oberto, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit., 99; per un caso del genere cfr. in giurisprudenza App. Catanzaro, 31 gennaio 1936, in *Calabria giud.*, 1936, 75.

gale, accederai senza porre condizioni alla mia richiesta di presentazione di ricorso per divorzio su domanda congiunta mi obbligo sin d'ora a corrisponderti...») (99).

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

Neppure appare trascurabile il sistematico rifiuto, da parte della giurisprudenza di legittimità, di estendere al di là dei suoi angusti limiti quella disposizione (art. 636 c.c.) che, in materia di disposizioni *mortis causa*, fulmina di nullità - proprio in quanto attinente ad un aspetto personalissimo - la condizione "che impedisce le prime nozze o le ulteriori", al punto da affermare la validità della clausola che subordina le attribuzioni testamentarie alla condizione (generica) di contrarre matrimonio (100), o di contrarlo con "persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituito" (101), ovvero ancora di non contrarlo con persona determinata (102). Il favore nei confronti di una clausola del genere di quella sopra definita come "premiale", intesa nel senso testé chiarito, emerge con evidenza anche in una decisione del 1992, che ha affermato la piena validità della condizione *ex* art. 636 c.c., quando questa «non sia dettata dal fine di impedire le nozze ma preveda per l'istituito un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituito, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio» (103).

In conclusione sul punto, nemmeno l'art. 1354 c.c. può costituire un ostacolo in ordine alla configurazione del regolamento preventivo dei rapporti nascenti da un eventuale divorzio alla stregua di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, posto che la semplice predeterminazione delle conseguenze patrimoniali di un futuro ed eventuale divorzio non sembra poter dispiegare, di per sé, alcun effetto sulla spontaneità del comportamento attinente allo *status*.

Nessun dubbio, poi, può sorgere con riguardo al carattere futuro delle posizioni di cui un contratto prematrimoniale dispone. Ed invero, ai sensi dell'art. 1348 c.c., «la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti di legge». La chiarezza di tale disposizione vale a sgombrare il campo dalle perplessità che potrebbero riferirsi alle regole desumibili dagli artt. 458 e 2937 cpv. c.c. Questioni, queste ultime, sicuramente mal poste, in quanto il divieto di disporre della propria eredità mercé un atto tra vivi e l'indisponibilità della prescrizione prima che si sia compiuta si spiegano in ragione di criteri e considerazioni affatto particolari ed attinenti, specificamente, agli istituti in parola. Infatti, il divieto di patti successori trova fondamento nell'esigenza di tutelare al massimo la libertà testamentaria, mentre la regola che impedisce una pre-

Note:

(99) Siffatte clausole non sembrano in grado di suscitare obiezioni, posto che con esse l'esecuzione della prestazione di carattere personale (la prosecuzione della convivenza *more uxorio* oltre un certo limite temporale, la celebrazione delle nozze, la prosecuzione della convivenza matrimoniale, la prestazione del consenso per il divorzio su domanda congiunta, ecc.) non viene "garantita" dalla presenza di una forma di coazione giuridica o dalla assicurazione del pagamento di una penale da parte del soggetto eventualmente inadempiente, ma viene piuttosto incoraggiata mediante la promessa di un premio da parte di colui che ha interesse a che il beneficiario tenga quel certo comportamento, secondo una regola che non sembra sconosciuta neppure al diritto romano: «*Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae viduam est, ducat: conditio non remittetur; et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refgragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, Praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari*» (D. 35, 1, 71, 1). La tesi qui esposta, proposta anche all'attenzione della dottrina tedesca (cfr. Oberto, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, cit., 7), sembra avere riscosso consenso presso quest'ultima (cfr. Grziwotz, *Partnerschaftsvertrag, für die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München, 1994, 31; per una valutazione di tale impostazione "in termini problematici" in Italia, cfr. Franzoni, *I contratti tra conviventi* more uxorio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 749 s.; in senso decisamente adesivo v. Ruggiero, op. cit., 157 ss.).

(100) Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, in *Foro it.*, 1985, I, c. 701; in *Riv. notar.*, 1985, II, 483.

(101) Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, in *Foro it.*, 1986, I, c. 936; in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1009, con nota di G. Azzariti; in *Riv. notar.*, 1986, II, 945; in *Giust. civ.*, 1987, I, 188, con nota di Schermi; in *Giust. civ.*, 1987, I, 1, 1484, con nota di De Cupis; nello stesso senso in dottrina Rescigno, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 793; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 527.

(102) Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, cit.

(103) Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2120; in *Giust. civ.*, 1992, I, c. 1753, con nota di Di Mauro; in *Dir. fam. pers.*, 1992, 989; in *Riv. notar.*, 1992, II, 198, con nota di Serino; riconducibile allo stesso *rationale* appare la precedente Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 836; in *Foro it.*, 1966, I, c. 414; in *Giust. civ.*, 1966, I, 1354, con nota di Cassisa.

ventiva rinuncia alla prescrizione si spiega con l'interesse generale su cui si basa l'istituto e con lo sfavore del legislatore per l'inerzia rispetto all'esercizio di un diritto (104).

8. *Segue*. Irrilevanza dell'art. 160 c.c. Ulteriori argomenti in favore della tesi dell'ammissibilità

Anche il "classico" richiamo all'art. 160 c.c., al fine di contrastare la tesi di chi scrive, appare fuori luogo.

Come ampiamente dimostrato in altra sede (105), l'unico modo di far vivere tale disposizione nel campo del divorzio si risolve infatti nel paradosso della tesi che, prospettando addirittura un'estensione analogica dell'art. cit. (106), finisce con l'avvilupparsi in una vera e propria *contradictio in adiecto*, postulando una "similitudine di casi" (v. art. 12 cpv. prel.) tra la materia degli effetti del matrimonio e quella degli effetti del suo ... venir meno.

L'assunto in esame appare, oltre che criticabile per le ragioni appena illustrate (107), del tutto in contrasto con la concezione contemporanea del matrimonio. Come esattamente osservato già parecchi anni or sono (108), ritenere che il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, "significa conservare, per quanto si può, la mistica dell'indissolubilità", favorendo il ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio, come atto al di sopra della volontà dei singoli, in palese contrasto con il pensiero dominante, oltre che con la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità, che non ha mancato di negare, nella maniera più radicale, che nel nostro ordinamento possa attribuirsi al matrimonio effetti di tipo ultrattivo (109).

A chi scrive sembra poi che lo studio dell'art. 160 c.c. non possa prescindere dalla considerazione del contesto storico in cui lo stesso è nato, né dalla sua collocazione "topografica" all'interno del sistema delle norme in materia di rapporti familiari: profili, questi, la cui attenta considerazione deve senz'altro indurre ad escludere l'operatività della norma in esame non solo in relazione alla fase post-matrimoniale, bensì alla situazione di crisi coniugale nel suo complesso, separazione compresa.

La storia dell'art. 160 c.c. insegna che tale norma è erede dell'art. 1379 c.c. 1865 («Gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalle legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice»), a sua volta mutuata da quell'art. 1388 *Code Napoléon* che non poche polemiche aveva sollevato in sede di lavori preparatori. Proprio durante la discussione in seno al Consiglio di Stato, di fronte all'obiezione di *Cambacérès*, secondo cui non sarebbe sembrato opportuno porre limiti eccessivi alla libertà negoziale delle parti in sede di *contrat de mariage*, venne risposto (da parte di *Jean-Baptiste Treilhard*) che lo scopo della norma era unicamente quello di *«défendre toute stipulation qui rendrait la femme chef de la société conjugale»*, privando il marito (*celui à qui la nature a donné le plus de moyens pour la bien gouverner*) del diritto - spettantegli *«par la nature même des choses»* - di essere di tale unione «*le maître et chef*» (110).

Lo spirito era dunque, in buona sostanza, ancora quello che aveva indotto, diversi secoli prima, Ulpiano a riprovare come *contra bonos mores* tutti i patti stipulati *contra receptam reverentiam*, *quae maritis exhibenda est* (v. D. 24, 3, 14).

In questa direzione si mosse costantemente l'interpretazione della dottrina, sia francese che italiana, che vedeva nelle disposizioni testé citate una regola speciale dettata a tutela delle prerogative del marito come capo della famiglia (111) e portava quale esempio della violazione di tale principio «il patto in virtù del quale i figli nati da un matrimonio misto

Note:

(104) Così anche Ruggiero, *op. cit.*, 199.

(105) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 452 ss.

(106) Dalmotto *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, Nota a Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 345.

(107) Nel senso che, nel caso in esame, la norma di cui all'art. 160 c.c. "non sembra bene invocata", cfr. anche Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 113; Frezza, *op. cit.*, 32; per un'interpretazione restrittiva dell'art. 160 c.c. come limitato a quei soli diritti fondamentali di cui gode il coniuge come persona cfr. G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996 II, 398; contrario all'estensione analogica della disposizione in esame è anche Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., 699 s., che pure afferma la nullità degli accordi preventivi di divorzio.

(108) Con riferimento al dovere di mantenimento *ex* art. 145 c.c. 1942 (cfr. Rossi Carleo, *Pronuncia di divorzio e domanda di assegno*, Nota a Trib. Roma, 23 settembre 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 701).

(109) Cfr. Cass., 9 gennaio 1976, n. 40; Cass., 6 novembre 1976, n. 4034; per analoghe considerazioni cfr. anche Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 73 ss.; 184 s.

(110) V. il resoconto della relativa seduta del Consiglio di Stato in L. Jouanneau, C. Jouanneau e Solon, *Discussions du code civil dans le Conseil d'Etat*, I, Paris, 1805, 357.

(111) Cfr. per es. E. Bianchi, *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi secondo il codice civile italiano*, Pisa, 1888, 64 ss.

dovessero essere educati nella religione della madre, o l'altro più frequente che i maschi seguissero la religione del padre e le femmine la religione materna», con la conseguenza che, proprio per effetto del principio indicato, «se (...) non ostante il patto il marito facesse educare i figli nella propria religione la moglie non avrebbe azione per impedirlo; ove lo tentasse, il marito allegando il suo diritto di patria potestà farebbe respingere la domanda» (112).

L'argomento storico sembra dunque sconsigliare la riferibilità della norma in esame alla fase patologica del rapporto coniugale: anche dopo la sostituzione della "regola del capo" con quella della parità, l'attenzione del legislatore continua ad essere rivolta, nell'art. 160 c.c., alla fase di normale svolgimento della vita coniugale, né la parità può essere conseguita al prezzo di ridurre i coniugi ad uno stato di semi-incapacità, mediante l'enunciazione di divieti a contrarre, in pieno contrasto con la regola del pieno accordo sulle «condizioni» (tutte le condizioni!) della separazione, che caratterizza la soluzione non contenziosa della crisi coniugale (artt. 158 c.c., 711 c.p.c.) (113).

Ciò appare del resto confermato - e si viene così alla seconda argomentazione, di tipo sistematico - anche dalla collocazione dell'art. 160 c.c., posto all'interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica.

Tutto al contrario, è lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel Capo V, ci fa comprendere che la regola *ex* art. 160 c.c., dettata in apertura del capo successivo, vale quale disposizione generale (così infatti si intitola la Sezione I) in relazione alle sole norme ivi contenute. Lo stesso uso del termine "sposi", anziché "coniugi" sembra del resto deporre per una lettura della disposizione come riferita a quei diritti e doveri che si presentano a chi sta per iniziare la propria vita di coppia e non certo a chi s'appresta a scriverne l'epitaffio.

Concludendo sul punto può dunque dirsi che gli argomenti storici, letterali, logici e sistematici si oppongono, proprio con riguardo ai contratti prematrimoniali, al dilagare dell'art. 160 c.c. e del relativo dogma dell'indisponibilità (114).

Un ulteriore argomento che si trova con una certa frequenza in merito al tema delle intese tra coniugi in vista di un futuro divorzio viene presentato quale replica al rilievo secondo cui gli accordi di carattere preventivo sarebbero stati implicitamente riconosciuti dal legislatore mediante l'introduzione del procedimento su domanda congiunta. Qui, si obietta, le cose starebbero diversamente, in quanto nello speciale procedimento previsto dall'art. 4, sedicesimo (già tredicesimo) comma, l. div. le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico «attengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e quindi non semplicemente prefigurato» (115).

Ora, non è agevole comprendere quale effetto possa dispiegare sul carattere disponibile o meno del diritto la circostanza che il suo evento generatore (il divorzio appunto) sia avvertito dalle parti come "sicuro", anziché inteso come mero elemento condizionante l'efficacia dell'accordo; a meno che, in realtà, il ragionamento qui criticato non celi la preoccupazione di garantire intatta la libertà delle parti in ordine alle determinazioni concernenti lo *status* coniugale. Ma, anche qui, a parte le obiezioni già sviluppate, rimane da chiedersi perché mai, se l'accordo può essere raggiunto ... la sera precedente alla presentazione del ricorso congiunto esso non potrebbe essere ugualmente concluso un mese prima, un anno prima, ovvero addirittura prima della celebrazione delle nozze.

Se, infatti, la preoccupazione del legislatore fosse veramente quella di salvare la libertà del consenso sullo stato personale, *usque ad … matrimonii supremum exitum*, andrebbe allora bandita ogni contrattazione sull'assegno che precedesse anche solo d'un minuto la sentenza di divorzio. Solo due ex coniugi sono in grado di trattare delle condizioni del loro divorzio in maniera del tutto indipendente dalla presenza (o dal sospetto della presenza) di un qualche

Note:

(112) E. Bianchi, *op. cit.*, 70; analoghe considerazioni in Fr. Ferrara Sen., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 112.

(113) Condivide la soluzione, già proposta dallo scrivente (cfr. Oberto, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in questa *Rivista*, 1995, 601 ss.), Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 277 ss.

(114) L'espressione "dilagare dell'art. 160 c.c." è tratta da Olivero, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 107 ss.; l'espressione "dogma dell'indisponibilità" è tratta da Bernardi Fabbrani, *I patti prematrimoniali: la necessità dell'intervento del legislatore*, relazione al Convegno *La famiglia nel terzo millennio. Convivenze, patti prematrimonali, scioglimento consensuale del matrimonio*, Alghero, 6 maggio 2006, 3.

(115) In questo senso cfr. Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495, con nota di De Mare; Stassano, *Il divorzio. Commento sistematico alla l. 6 marzo 1987, n. 74 con massimario di giurisprudenza*, Milano, 1994, 30; Uda, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 19; Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in Bonilini e Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Codice civile - Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 518.

condizionamento dell'assenso avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo all'effettuazione di una o più concessioni in sede di trattative sugli aspetti patrimoniali (116). Ne consegue che, se lo scopo perseguito dal legislatore fosse veramente quello di rendere la decisione in ordine allo *status* del tutto svincolata da ogni trattativa di tipo economico, allora non si spiegherebbe l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, nel quale le condizioni patrimoniali (insindacabili, secondo l'opinione quasi unanime) vengono liberamente decise prima che venga adottata in via definitiva, da parte del giudice, la decisione sullo *status* (117).

In definitiva, l'accordo in esame presuppone pur sempre un atto dispositivo di diritti che alle parti competono per effetto del divorzio, indipendentemente dal grado di "certezza" con cui tale evento si prospetti; per non dire del fatto che, se è vero - come appare innegabile - che il legislatore, con l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, ha inteso riconoscere una stretta interdipendenza tra gli accordi in materia di conseguenze del divorzio e l'accelerazione della relativa procedura (118), occorre allora ammettere che l'ottica che associava lo sfavore nei confronti della contrattazione privata alla preoccupazione di assicurare la stabilità delle situazioni familiari è ormai definitivamente superata (119).

In chiusura di queste osservazioni non potrà farsi a meno di rilevare come, pure in un contesto come quello italiano attuale, non facciano certo difetto elementi evolutivi idonei a dimostrare l'esistenza di una tendenza favorevole alla validità delle intese in oggetto. Come messo in evidenza da chi scrive in altra sede, il varo di un istituto quale il patto di famiglia non può avere altro significato se non quello di un chiaro indizio della volontà legislativa di introdurre un effetto "moltiplicatore di negozialità endofamiliare". Va evidenziata sul punto l'assoluta irrilevanza della sopravvenienza rispetto alle eventuali rinunce espresse dai legittimari in sede di stipula del contratto in esame, avuto riguardo ai diritti che - al momento dell'apertura della successione del disponente - potrebbero loro competere per effetto degli atti dispositivi gratuiti a vantaggio di uno solo (o solo di alcuni) di essi (e ciò anche di fronte ai successivi mutamenti di valore dei cespiti aziendali, dell'avviamento e in genere dei beni oggetto del patto di famiglia). Quanto sopra, ovviamente, a prescindere dal fatto che la situazione patrimoniale del disponente venga a mutare, magari radicalmente, al momento del suo decesso, rispetto a quella presente all'atto della stipula del patto di famiglia. Ciò significa che il discendente non assegnatario dell'azienda (o di quote sociali) potrebbe essere indotto a sottoscrivere un patto di famiglia contenente una rinunzia totale o parziale ai diritti che, come legittimario, gli competerebbero su quei beni, qualora la successione si aprisse in quel momento, "confidando" su di un residuo patrimonio del disponente che in quel momento si presenta, anche a prescindere dall'azienda o dalle quote sociali oggetto del patto, come particolarmente consistente. Ma siffatta rinunzia conserva intatto il suo effetto (cioè quello di precludere irrimediabilmente la possibilità di esperire l'azione di riduzione) anche nel caso in cui, per successive vicende, il patrimonio del disponente dovesse, al momento del suo trapasso, magari molti anni dopo la firma del patto di famiglia, sensibilmente contrarsi o addirittura ridursi a zero.

L'insegnamento che si trae dall'evidenziata indifferenza del legislatore rispetto alla potenzialmente devastante portata della rinunzia di un soggetto a diritti la cui concreta determinazione è rinviata nel tempo (e ad un tempo che può essere anche molto remoto, rispetto al tempo della rinunzia), non sembra poter rimanere senza effetto anche in altri campi, pure caratterizzati dalla presenza di stretti vincoli familiari. Il parallelo più evidente è proprio quello con gli accordi in esame. Qui, tra gli argomenti contrari, quelli sicuramente più "ad effetto" fanno leva proprio sull'"ingiustizia" del principio che inchioda le parti al rispetto d'un accordo stipulato magari molti anni prima, nella vigenza di una situazione di fatto che può essere ben diversa rispetto a quella in cui la crisi del rapporto viene successivamente a maturare e ad esplodere. Ora, l'introduzione delle segnalate regole in tema di patto di famiglia sembra voler dimostrare come, per il legislatore, l'esigenza di stabilità e di certezza nel corso del tempo dei rapporti pa-

Note:

(116) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 618 ss. L'argomento non sembra lasciare neppure indifferente Torre, *Transazione in vista di divorzio*, nota a Trib. Varese, 29 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2011, 924.

(117) Anche Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1100, argomenta la validità di accordi preventivi dall'esistenza dell'istituto del divorzio su domanda congiunta e dal fatto che l'intervenuto accordo debba constare dal ricorso.

(118) Cfr. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, cit., 74 s.; nel medesimo ordine d'idee v. anche Sala, op. cit., 1100.

(119) Busnelli e Giusti, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in AA. VV., *Rapports nationaux italiens au XIVº Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1994, 93 ss., spec. 95.

trimoniali, all'interno del complesso e mutevole intreccio dei legami familiari e delle alterne vicende che possono intervenire, debba prevalere anche rispetto a considerazioni quali quella della possibile incidenza di siffatte vicende su rinunce dai membri della famiglia eventualmente espresse, magari molto tempo addietro, rispetto a diritti non ancora maturati (120).

9. Validità degli accordi preventivi sulla crisi coniugale e intervento del giudice

A confutazione della tesi della validità delle intese preventive sulla crisi coniugale non sembrano convincenti le critiche mosse da parte della dottrina alla proposta dello scrivente, imperniate sul rilievo secondo cui l'avvicinamento del diritto di famiglia al diritto comune e dei contratti (ma forse sarebbe più corretto parlare di una vera e propria "irruzione" del diritto dei contratti nel campo giusfamiliare) dovrebbe accompagnarsi «ad una sempre maggiore penetrazione di forti spinte solidaristiche ed equitative nella disciplina generale dei rapporti contrattuali e di mercato» (121). L'auspicio è sicuramente apprezzabile *de iure condendo*, pur se con il rispetto di ben precisi limiti che garantiscano appieno l'affidamento dei contraenti nel rispetto della "parola data", quale potrebbe essere, ad esempio, l'introduzione - sulla scorta dei modelli australiano o statunitense - dell'obbligo delle parti di previamente munirsi di un *independent legal counsel* (122).

La linea di tendenza appare del resto confermata, sul piano comparativo, dal raffronto con l'esperienza tedesca, in cui la *Unterhaltsrechtsreform*, in vigore dal 1° gennaio 2008, è venuta ad imporre il rispetto della forma dell'atto notarile per ogni accordo avente ad oggetto l'assegno divorzile, allorquando l'intesa sia raggiunta in un momento precedente al passaggio in giudicato della decisione sul divorzio (123). Anche in questo caso la *ratio legis* è evidente: «*die Beteiligten sollen dadurch vor unbedachten Erklärungen bewahrt und ihnen die Tragweite der Vereinbarung vor Augen gefürht werden*» (124). Il che, naturalmente, non intacca in alcun modo la possibilità per i coniugi tedeschi di pattuire preventivamente, ad esempio, in luogo dell'erogazione periodica di somme di denaro, la concessione di un diritto di abitazione su di un appartamento dell'obbligato, ovvero la corresponsione del mantenimento in natura; essi potranno inoltre prevedere la revocabilità *ad nutum* della prestazione, o, al contrario, disporne l'ultrattività, anche in caso di passaggio del beneficiario a nuove nozze (125); con le precisazioni che verranno tra poco illustrate, sarà altresì ammissibile procedere ad una rinunzia pura e semplice ad ogni *Unterhaltsrecht*. La conclusione peraltro si scontra, da noi, oggi inevitabilmente con i dati che *de iure condito* si sono illustrati.

Basti dire che, di fronte alla disciplina in tema di divorzio su domanda congiunta, la quale impone alle parti di presentarsi al giudice solo dopo che le stesse abbiano già raggiunto un'intesa sulle condizioni relative ai loro rapporti economici, parlare di un divorzio che le parti «hanno già deciso di conseguire e, quindi, non semplicemente prefigurato» (126) significa ricorrere ad una pura finzione, atteso che (come l'esperienza pratica dimostra quotidianamente) il consenso alla procedura su domanda congiunta ben può essere barattato, fino all'ultimo istante prima della firma dell'istanza, con più o meno estese concessioni della controparte, in assenza delle quali

Note:

(120) Cfr. Oberto, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006, 7.

(121) Così Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 9.

(122) Sul punto v. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, in *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, 887 ss. Sul requisito dell'*independent legal or financial advice* v. inoltre Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul* Family Law Amendment Act 2000 *Australiano*, loc. ultt. citt.

(123) «*§ 1585c Vereinbarungen über den Unterhalt. - Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. Eine Vereinbarung, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung. § 127a findet auch auf eine Vereinbarung Anwendung, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird*». La regola formale, se non è applicabile alle intese raggiunte dopo il passaggio in giudicato della sentenza sul divorzio, né agli accordi eventualmente stipulati in altra forma prima del 1° gennaio 2008, vale sicuramente per le *vorsorgende Vereinbarungen*, cioè per i contratti prematrimoniali stipulati (dopo il 1° gennaio 2008), così come per quelli conclusi durante il rapporto matrimoniale in vista di un possibile divorzio, ancorché la relativa procedura non abbia ancora avuto inizio (in questo senso v. ad es. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, cit., 1185 s.).

(124) Cfr. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, loc. ult. cit.; secondo tale Autrice, poi, il requisito formale dell'atto notarile investe ogni forma di pattuizione preventiva sull'assegno divorzile e non soltanto la possibile rinunzia: «*Beurkundungspflichtig ist die gesamte Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs, damit alle Verpflichtungen unterhaltsrechtlicher Qualität wie die Vereinbarung des begrenzten Realsplittings oder Modificationen wie die Einräumung eines Nuztungsrechts an der gemeinsamen Immobilie*».

(125) Cfr. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, loc. ult. cit.

(126) Così Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 14, sulla scorta di Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495 e Cass., 11 giugno 1997, n. 5244.

lo scioglimento del matrimonio rischia di arrivare, anziché subito, con diversi anni di ritardo. Il che evidenzia che, come sopra già posto in evidenza, se il legislatore avesse veramente voluto rendere la scelta sul divorzio del tutto avulsa da quella sulle relative condizioni economiche, non avrebbe consentito alle parti di discutere queste ultime se non dopo il passaggio in giudicato della decisione sullo scioglimento del vincolo.

Né alla asseritamente necessaria attesa del «momento giurisdizionale» sembra potersi assegnare il significato di una tappa indispensabile verso un controllo giudiziale sul merito delle intese (127). Se è vero che, come altrove dimostrato (128), nel divorzio su domanda congiunta gli effetti d'ordine patrimoniale derivano direttamente dal contratto di divorzio concluso dai coniugi, rispetto al quale la pronuncia del tribunale assume il mero carattere di omologa, e se è vero che, come pure dimostrato (129), anche i contratti *a latere* rispetto alle procedure di divorzio hanno piena validità ed efficacia, non si vede per quale ragione si debbano costringere le parti ad attendere il momento in cui il tribunale non potrà far altro che ratificare le intese raggiunte (130).

Neppure appare possibile spostare il discorso sul piano dell'intervento successivo del giudice, quanto meno (ancora una volta!) *de iure condito*. Qui, esclusa, per evidenti ragioni, la possibilità per la magistratura di *civil law* di procedere ad una riallocazione delle risorse acquisite da ciascuno durante la convivenza sulla base di criteri di ragionevolezza ed equità, *ad instar* di quanto avviene invece nei sistemi di matrice anglosassone (131), magari tramite il ricorso - sovente praticato al di là della Manica, tanto per le coppie coniugate quanto per quelle conviventi - all'istituto del *trust* (132), si potrebbe a prima vista ipotizzare un impiego delle clausole generali (in special modo ordine pubblico e buona fede), al fine di "correggere" il contenuto di accordi preventivi che dovessero manifestarsi come eccessivamente "squilibrati" in danno di uno dei coniugi.

La proposta, avanzata anche nella dottrina italiana (133), prende lo spunto da un paio di decisioni rese in Germania dal *Bundesverfassungsgericht* e dal *Bundesgerichtshof*, a parziale modifica di una giurisprudenza che, come detto, da sempre ammetteva l'assoluta validità delle intese prenuziali sulla sorte dell'assegno di divorzio. Ora, le due decisioni in questione (134), facendo leva sul concetto di *Sittenwidrigkeit* (§ 138 *BGB*) - già richiamato da alcuni Autori e da una parte della giurisprudenza in relazione ai casi in cui, ad esempio, un coniuge avesse sfruttato l'inesperienza o un'eventuale situazione di particolare labilità psichica dell'altro, ovvero avesse approfittato delle condizioni economiche particolarmente svantaggiate di quest'ultimo, ovvero ancora in cui la rinunzia a vantaggi economici si fosse posta quale "merce di scambio" per l'affidamento dei figli (135) - e recependo le istanze di una parte della dottrina volte ad invocare una penetrante *Inhaltskontrolle* sul contenuto degli *Ehe-*

Note:

(127) Ciò sembra voler adombrare Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 14, che parla di assoggettamento degli accordi ad un controllo giudiziale effettuato «alla luce degli assetti economici familiari concretamente esistenti in tale momento (*scil.*: al momento del divorzio)». Esplicitamente per un controllo giudiziale del merito delle intese di divorzio su domanda congiunta si pronunzia Coppola, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, cit., 659 s.; Ead., *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, cit., 55 ss.

(128) Cfr. Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 233 ss.

(129) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 372 ss.

(130) Almeno fin tanto che non verrà adottato anche da noi un regime analogo a quello descritto dall'art. 232 del *Code Civil* francese, che consente al giudice di negare l'omologazione dell'accordo di divorzio anche nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi "di uno dei coniugi". E ciò a differenza di quanto disposto dalla norma italiana in tema di divorzio su domanda congiunta, che tale intervento non solo non prevede, ma esclude, come appare ricavabile dal raffronto con quanto stabilito con riguardo alle condizioni relative alla prole minorenne. Quanto mai significativo appare, in questo contesto, che la riforma dell'art. 4 l. div. di cui alla l. 80/2005 abbia riproposto *telle quelle* la disposizione in esame, contenuta nel c. 13, ora 16, dell'art. cit.

(131) Sul tema cfr. per tutti Ronchese, *Regno Unito: una nuova regola sulla divisione dei beni dopo il divorzio*, in *Familia*, 2002, 843 ss.

(132) Sul tema v. per tutti Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, cit., 183 ss.

(133) Cfr. ad es. Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 326 ss.

(134) Cfr. BverfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343, con nota di Schwab; in *MDR*, 2001, p. 392, con nota di Grziwotz; la decisione è edita in italiano in *Familia*, 2002, 201, con nota di Geurts; per un commento cfr. anche Bargelli, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte Costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 57 ss.; BGH, 11 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, 601, con nota di Borth; in *NJW*, 2004, 930; per un commento a questa seconda decisione v. Nardone, Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004), in *Familia*, 2005, 134 ss.

(135) Sul tema v. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 531 ss.; Id., *"Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 191 ss. e successivamente anche Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 329 s.

verträge (136), hanno affermato la possibilità per il giudice di ritenere nullo il contratto matrimoniale nel quale sia contenuta una distribuzione degli oneri unilaterale e palesemente a svantaggio della donna, se concluso prima del matrimonio, contestualmente alla presenza di uno stato di gravidanza della donna medesima (137), ovvero di pervenire alle medesime conseguenze «*wo die vereinbarte Lastenverteilung der individuellen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse in keiner Weise mehr gerecht wird, weil sie evident einseitig ist und für den belasteten Ehegatten bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint*» (138).

Così, tale "evidente unilateralità" è stata ritenuta sussistente dal *BGH* in casi in cui la parte debole non aveva la cittadinanza tedesca ed aveva difficoltà a comprendere la lingua di quel Paese, ovvero temeva di perdere il diritto di soggiornare in Germania, o ancora perché era incinta (139); lo stesso è a dirsi per una pattuizione che escludeva il *nachehlicher Unterhalt* nel caso la parte beneficiaria avesse intrapreso una convivenza *more uxorio* (140). Per converso, la rinunzia è stata ritenuta valida anche in relazione al caso di malattia e vecchiaia, quando al momento della stipula del contratto la malattia non era prevedibile o comunque al momento della celebrazione delle nozze le aspettative pensionistiche erano maturate già in modo considerevole, oppure ancora quando la parte debole riceveva il mantenimento da parte della pubblica assistenza (*Sozialhilfe*) già da epoca anteriore al matrimonio (141).

L'avvicinamento, in questo caso, dei giudici tedeschi al modo di ragionare dei loro colleghi di *common law* è reso evidente dal ricorso all'idea del patto *evident einseitig*, che, anche per assonanza linguistica, richiama quel requisito dell'essere *so one-sided*, che costituisce oltre Oceano proprio il criterio per valutare se un *prenuptial agreement in contemplation of divorce* sia da ritenersi *unconscionable*, anche alla luce di quanto disposto dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, ora adottato da svariati Stati dell'Unione (142). Ma l'introduzione in Germania di un siffatto

Note:

(136) Cfr. ad esempio Schwenzer, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens - und Scheidungsfolgenrecht*, in *AcP*, 1996, 11 ss.; Hess, *Nachehelicher Unterhalt zwischen Vertragsfreiheit und sozialrechtlichem Allegemeinvorbehalt*, in *FamRZ*, 1996, 981 ss, spec. 986 ss. Posizioni, queste, cui fa eco nel diritto nordamericano la valutazione del contratto alla luce dei principi di *unconscionability, fairness, reasonableness, frustration*, ecc. su cui v. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 501 ss.; Id., *"Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 184 ss. e, successivamente, anche Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 329; Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 549 ss. Per un accostamento tra il rationale della decisione della Corte costituzionale tedesca ed i principi dell'*unconscionability* v. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., 103 ss.

(137) Cfr. Cfr. BverfG, 6 febbraio 2001, cit.

(138) Cfr. BGH, 11 febbraio 2004, cit. Per una dettagliata casistica cfr. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, cit., 1188 ss.

(139) Cfr., rispettivamente, BGH FamRZ 2006, 1097; BGH FamRZ 2007, 450, 1157; BGH FamRZ 2006, 1359; BGH 18. März 2009 - XII ZB 94/06, tutte citate in OLG Celle, 27 maggio 2009, in *http://www.scheidungsfix.de/entscheidung/oberlandesgericht-celle/15-uf-409/wirksamkeit-einer-zu-einem-globalenunterhaltsverzich*; cfr. anche Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, cit., 1193 s.

(140) Cfr. OLG München FamRZ 2006, 1449, citata in Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, cit., 1193.

(141) Per i riferimenti cfr. Wönne, *Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt*, in AA. VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, cit., 1192 s.

(142) Cfr. Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, in *Yale Law Review*, 1994, vol. 6, 229, 276 ss.; Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, cit., 887 ss., 899 ss. Sul concetto di *unconscionability* e sull'*Uniform Premarital Agreement Act* v. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 501 ss., 509 ss.; Id., *"Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 184 ss. e ora anche Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 547 ss.; Maietta, op. loc. ultt. citt.
L'*Uniform Premarital Agreement Act (UPAA)* del 1983 è stato ad oggi adottato da 26 degli *States*. Il punto centrale di tale normativa (cfr. Maietta, op. loc. ultt. citt.) è costituito dal concetto di *unconscionability*. Il termine *unconscionability* ed il relativo aggettivo *unconscionable* corrispondono in buona sostanza al concetto di iniquità, che nel sistema dell'UPAA, costituisce il principale limite all'efficacia degli accordi prematrimoniali. Secondo l'UPAA un *prenuptial agreement* non è eseguibile quando determini una situazione di iniquità, da valutarsi sia con riferimento al momento della stipulazione dell'accordo che a quello della sua esecuzione. Se la funzione del *prenuptial agreement* consiste nel consentire alla coppia che intende sposarsi di derogare al regime legale degli effetti soprattutto patrimoniali che scaturiscono dal matrimonio o dall'ipotetica crisi coniugale, tale deroga non può spingersi fino al punto da determinare soluzioni inique, in considerazione soprattutto delle esigenze di tutela del coniuge debole. La specificazione del concetto di *unconscionability*, è contenuta nelle disposizioni dell'UPAA, nonché nelle sentenze riguardanti la numerosa casistica giurisprudenziale. In base alla *Section 6* dell'UPAA, una delle parti può astenersi dall'adempiere l'accordo se dimostra, alternativamente, di non aver fino a quel momento dato esecuzione allo stesso, o che lo stesso risulta iniquo al momento dell'esecuzione. Peraltro, secondo un'opinione diffusa in dottrina, il giudice dovrebbe limitarsi a dichiarare l'*unconscionability* solo in casi di palese iniquità, perché altrimenti si darebbe corso ad una concezione paternalistica del diritto, che è da ritenersi superata (cfr. Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 553). L'UPAA pone inoltre a carico delle parti di un *prenuptial agreement* un obbligo di "*fair e reasonable disclosure*", cioè una dichiarazione fedele circa i beni materiali e finanziari di proprietà, che se

(segue)

controllo sul contenuto delle intese non ha mancato di sollevare gravi e motivate perplessità, incentrate, da un lato, sul *deficit* di certezza nei rapporti giuridici dei soggetti coniugati che il (parziale) *revirement* in atto è venuto inopinatamente a portare e, dall'altro, sui timori per l'abbandono dei tradizionali e radicatissimi principi di libertà contrattuale, sostituiti da una nuova forma di incapacità di protezione: una vera e propria *schützende Bevormundung*, che rischierebbe di riportare il diritto di famiglia tedesco, in un percorso a ritroso rispetto a quello preconizzato dalla celebre frase di Maine, «*from contract to status - wobei status in diesem Fall nicht den Familienstatus, sondern den Schutzstatus kennzeichnet*» (143). Quanto sopra appare del resto strettamente legato ad un principio di assoluto rilievo nei sistemi di *common law*, vale a dire quello del necessario rispetto dell'obbligo di dar luogo, in sede di stipula di contratto prematrimoniale, ad una *fair e reasonable disclosure* (144), cioè una dichiarazione fedele circa i beni materiali e finanziari di proprietà, che, in caso contrario, può determinare nella parte sfavorita, il diritto di chiedere che l'accordo venga dichiarato *unenforceable*, previa dimostrazione dell'altrui omissione.

Queste perplessità sembrano trovare conferma nella considerazione dell'inidoneità dello strumento giudiziale, nei sistemi di *civil law*, ad incidere sul conte-

Note:

(continua nota 142)

disatteso, può determinare nella parte sfavorita, il diritto di chiedere che l'accordo venga dichiarato "*unenforceable*", previa dimostrazione dell'altrui omissione. Il quadro sin qui delineato del contenuto dell'UPAA vale in generale, ma è necessario puntualizzare che la disciplina dei singoli Stati che l'hanno adottato non è affatto uniforme, variando sensibilmente da Stato a Stato il livello di iniquità capace di invalidare un *premarital agreement* nonché lo *standard di financial disclosure* richiesto. Così, ad esempio, in Texas non è affatto richiesta come requisito di validità di un *prenuptial agreement* una previa *financial disclosure*, che tuttavia rappresenta una condizione richiesta nella quasi totalità degli Stati che hanno adottato l'UPAA. Quest'ultimo espressamente prevede la facoltà per le parti di rinunciare alla *disclosure* e ammette che anche in assenza di *disclosure*, *fair e reasonable*, l'accordo possa essere efficace, qualora l'altra parte conoscesse, al momento della conclusione dell'accordo, la reale situazione di quella autrice di dichiarazione non veritiera, o avesse una ragionevole possibilità di conoscerla. In alcuni Stati poi *l'unconscionability* di un *prenuptial agreement* è determinata dalla disparità di potere di negoziazione che abbia spinto la parte con minore potere a concludere l'accordo contro la propria volontà o senza la conoscenza esatta dei suoi termini. Un ulteriore motivo di *unconscionability*, secondo l'UPAA si verifica quando l'accordo prenuziale prevede l'esclusione dell'obbligo di mantenimento e delle prestazioni alimentari ed una delle parti si ritrovi poi in stato di bisogno o di insufficienza di mezzi. Tale disposizione è esplicitamente rivolta ad evitare che la parte debole del rapporto ricorra all'assistenza statale, quando possa concretamente ricevere sostegno dal coniuge. In ipotesi del genere l'UPAA prevede che il giudice possa imporre, nonostante i termini dell'accordo, ad un coniuge di provvedere al sostentamento dell'altro. Va poi aggiunto che, per avere un quadro più preciso della funzione concretamente svolta dai *prenuptial agreements* negli Stati Uniti bisogna operare una distinzione, in base ai due diversi regimi patrimoniali previsti nei vari Stati: alcuni si basano sul regime della *community of property*, mentre altri seguono il modello della *equitable distribution*, in base al quale non vi sono beni da attribuire in comunione e al momento dello scioglimento del matrimonio il giudice può assegnare i beni in base ad un criterio di equità indipendentemente dall'intestazione formale degli stessi (sul punto si fa rinvio a Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 181 ss.). A seconda che si considerino nel contesto dei *common property states* o degli *equitable distribution states*, i *prenuptial agreements* assumono ruoli diversi che consistono, nel primo caso, nel consentire ai nubendi di svincolarsi dal regime legale predefinito, nel secondo di sottrarsi alla discrezionalità del giudice. Questa distinzione è valida in generale, ma bisogna tenere conto del fatto che in alcuni Stati che adottano *l'equitable distribution,* non tutti i beni dei coniugi sono ad essa soggetti: la c.d. *separate property*, che comprende i beni personali, è infatti sottratta ad essa, mentre a ricadervi è la c.d. *marital property*. A questi requisiti di carattere sostanziale, cui è subordinata la validità del *prenuptial agreement*, si aggiungono poi quelli riguardanti la formazione del consenso: oltre alla violazione dell'obbligo di *fair e reasonable disclosure* il sistema americano prevede quale causa di nullità dell'accordo il ricorso all'inganno e alla violenza nella stipulazione dello stesso, nonché la mancata possibilità di consultare un legale prima della prestazione del consenso.

(143) Così Hofer, *Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten,* in AA. VV., *From Status to Contract*? *- Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, a cura di Hofer, Schwab e Henrich*, cit., 16. Analoghe critiche in Coester-Waltjen, *Liebe-Freiheit-gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in AA. VV., *Festgabe aus der Wissenschaft, 50 Jahre Bundesgerichtshof, München*, 2000, 1001; cfr. inoltre Koch, in NotBZ, 2004, 147 ss.; Langenfeld, *Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen*, in *DNotZ*, 2001, 279, che, di fronte alle avvisaglie di un mutamento di giurisprudenza in senso restrittivo verso la libertà dei coniugi, paventava una situazione di *Entmündigung und Fremdbestimmung durch den Richter* (situazione che - come si è detto in altra sede: cfr. Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 120 s. - si porrebbe anche in chiaro contrasto con l'intenzione dei redattori del BGB). A questi rilievi fanno poi eco le osservazioni di un altro celebre studioso della materia (e notaio), che sembrano smentire in maniera netta l'atteggiamento paternalistico delle Corti (e, verrebbe da aggiungere, di una certa parte della dottrina italiana!): «*Ich beobachte im Beratungsgespräch eher eine „strukturelle Überlegenheit" junger Frauen, die ihre berechtigten Interessen durchzusetzen wissen. Die Margarete unserer Zeit ist ohne weiteres in der Lage, die tradierten Vorstellungen eines Unternehmersohns, dessen Eltern auf Abschluss eines Ehevertrages mit Gütertrennung und Unterhaltsverzicht bestehen (wie sie ihn selbst geschlossen haben), eine entschiedene und deutliche Absage zu erteilen, um zu sachgerechten vertraglichen Vereinbarungen zu gelangen (z.B. Herausnahme der Unternehmensbeteiligung aus dem Zugewinnausgleich)*» (cfr. Brambring, Die Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen, in AA. VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., 34, che conclude affermando: «*Ehevertragsfreiheit ist unverzichtbar, der „faire" Ehevertrag beansprucht Rechtssicherheit*»).

(144) Cfr. ad es. Fick v Fick, ove la Corte Suprema del Nevada ha invalidato un *prenuptial agreement* per difetto di piena *disclosure* prima della sottoscrizione dell'accordo (*Fick* v *Fick*, 109 Nev. 458, 851 P.2d 445 (1993): cfr. Willick e Cerceo, *Matrimonial Agreements: Requirements for Validity*, disponibile al seguente sito *web*: *www.willicklawgroup.com*.

nuto dei rapporti negoziali con strumenti di tipo equitativo, non potendosi passare sotto silenzio - tra l'altro - che i diversi poteri di cui il giudice di *common law* dispone, rispetto a quello della tradizione continentale, sono strettamente connessi ad una ben diversa forma di legittimazione del primo, che, per profonde ragioni storiche e culturali, non appare estensibile al secondo (145). A ciò s'aggiunga che, pur non disconoscendosi la crescente tendenza ad attribuire anche da noi al giudice il potere di intervenire, grazie all'impiego delle clausole generali, sul contenuto delle pattuizioni dei privati (146), rimane il fatto che, quanto meno a sommesso avviso dello scrivente, la materia dell'*Einseitigkeit*, cioè dell'"unilateralità" dell'accordo nel senso sopra precisato, forma nel nostro ordinamento precipuo oggetto dell'istituto della rescissione. Ne deriva che il semplice elemento della obiettiva sproporzione tra le prestazioni non può, di per sé solo, e in difetto di puntuali interventi normativi (147), essere invocato, neppure in un contratto della crisi coniugale, per ottenere una modifica giudiziale degli accordi tra le parti, pena la completa vanificazione di quanto disposto dagli artt. 1447 ss. c.c.

In definitiva, e rinviando ancora una volta alle più volte citate specifiche trattazioni per una completa disamina delle varie argomentazioni sul tema, nessun serio ostacolo sembra frapporsi sulla strada della liceità, già *de iure condito*, delle intese prematrimoniali sulle conseguenze patrimoniali di un'eventuale crisi coniugale.

10. Gli accordi preventivi nella prospettiva *de iure condendo*. Contratti prematrimoniali e regime di comunione legale

La dimostrata ammissibilità, già *de iure condito*, delle intese preventive in vista di una possibile crisi coniugale non esclude in alcun modo l'opportunità di un intervento normativo che elimini le obiezioni ancora da troppe parti (immotivatamente, come si è detto) sollevate. Il rischio è, come sempre, che l'incapacità del moderno legislatore di esprimersi in maniera tecnicamente corretta (e, talora, addirittura in maniera comprensibile) vanifichi il risultato perseguito. Si tratta, però, di una sfida che va accettata, tanto più che oggi possiamo confrontarci con una concreta proposta di legge, sicuramente condivisibile per ciò che attiene alla *ratio* che la sorregge, sebbene non poche siano le perplessità derivanti dall'armamentario normativo predisposto.

Ci si intende qui riferire al d.d.l. S/2629 (XVI) d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011, recante il titolo «Modifiche al codice civile e alla l. 1º dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali» (148).

Va detto in apertura di questo commento che appa-

Note:

(145) Sul tema si rinvia a Oberto, *Civil law e common law a confronto nell'ottica del giudice civile*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, 620 ss.

(146) Cfr. ad esempio Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081; Cass., 24 settembre 1999, n. 1055, in *Giust. civ.*, 1999, 2929; per i necessari rinvii sul tema, che non è sviluppabile in questa sede, v. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, 21 ss.; Meruzzi, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2000, 25 ss.

(147) Sulla scorta di quanto, ad esempio, stabilito un tempo dagli artt. 1469-*bis* ss. c.c. e ora dagli artt. 33 ss. del codice del consumo.

(148) Si riporta qui di seguito il testo del d.d.l., composto di quattro articoli: «Art. 1. (Disciplina dei patti prematrimoniali)
1. Al codice civile sono apportate le seguenti modificazioni:
a) all'art. 156, comma 1, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «A tal fine il giudice deve tenere dei patti prematrimoniali di natura patrimoniale, eventualmente stipulati ai sensi dell'art. 162-*bis*, e darne esecuzione»;
b) all'art. 159, le parole: «comunione dei beni regolata dalla sezione III» sono sostituite dalle seguenti: «separazione dei beni regolata dalla sez. V»;
c) all'art. 162 sono apportate le seguenti modificazioni: 1) al comma 2, la parola: «separazione" è sostituita dalle seguenti: «comunione dei beni»; 2) dopo il quarto comma è aggiunto, in fine, il seguente: «Fatto salvo quanto stabilito dall'arti. 160, è consentita, ai soggetti di cui allo stesso articolo, la stipula di patti prematrimoniali di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'art. 162-*bis*.»;
d) dopo l'art. 162 è inserito il seguente: «Art. 162-*bis*. - (Disciplina dei patti prematrimoniali) - I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.
Il patto prematrimoniale deve essere sottoscritto dalle parti, a pena di nullità, e depositato presso l'Ufficio del registro, territorialmente competente in ragione della residenza di uno dei contraenti.
Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria.
La presente normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli, che restano regolati dalla normativa vigente».
Art. 2. (Opzione di scelta nei casi di scioglimento del matrimonio)
1. Il patto prematrimoniale può anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla l. 1º dicembre 1970, n. 898.
Art. 3. (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio)
1. All'art. 5, comma 6, della l. 1º dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «A tal fine il giudice deve tenere conto dei patti prematrimoniali eventualmente stipulati ai sensi dell'art. 162-*bis* del codice civile e darne esecuzione».
Art. 4. (Norma transitoria)
1. Entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, coloro che abbiano contratto matrimonio prima della medesima data possono stipulare un patto prematrimoniale di natura patrimoniale, ai sensi degli artt. 162, comma 5, e 162-*bis* del codice civile, introdotti dall'art. 1, lett. c), n. 2), e d) della presente legge».

re per lo meno curioso che l'occasione della (vagheggiata) introduzione dei patti prematrimoniali si sposi con un argomento ben distinto da esso, quale la sostituzione della comunione legale tra coniugi come regime patrimoniale legale con la separazione dei beni. Chi scrive non ha certo lesinato critiche alla farraginosità della disciplina che governa l'istituto disciplinato agli artt. 177 ss. c.c., proponendo anche un lungo *cahier de doléances* sui mali che lo affliggono, con concrete proposte per un rilancio della comunione coniugale (149). Ma l'abbandono *tout court* della comunione come regime legale - pur nella perdurante presenza delle ragioni che lo sorreggono - determinerebbe un ingiustificato salto indietro di trentasei anni, che finirebbe con l'allontanarci ulteriormente dallo scenario europeo e mondiale (150).

L'operazione congegnata dal citato d.d.l. non appare del resto scevra di conseguenze negative neppure sul piano della tecnica legislativa. Si potrà notare, ad es., che nel sistema attuale la comunione viene (correttamente) qualificata come "legale" non solo nella rubrica della sezione terza (Capo VI, Titolo VI, Libro I, c.c.), ma anche nel testo degli artt. 168, ult. cpv., 171, ult. cpv., 194, comma 1, 210, commi 1 e 3 (oltre che nella rubrica di tale articolo). Se il d.d.l. venisse approvato, i predetti richiami permarrebbero inalterati, continuando a "puntare" ad un istituto che "legale" non sarebbe più, nel senso che la sua operatività sarebbe disposta non più dalla legge, ma dalla espressa volontà dei coniugi (con conseguente necessaria ridefinizione, tra l'altro, della linea di demarcazione tra l'istituto regolato dagli artt. 177 ss. c.c. e quello previsto dagli artt. 210 ss. c.c.).

Né potrebbe giovare al riguardo l'adozione del meccanismo congegnato dall'art. 162 cpv. c.c., così come novellamente *envisagé* dal d.d.l., per cui il regime comunitario *ex* artt. 177 ss. c.c. (ma, è da presumere, non quello ugualmente convenzionale *ex* artt. 210 ss. c.c.) si potrebbe instaurare anche solo per effetto di una mera scelta all'atto della celebrazione delle nozze. Per carità: anche qui *nihil sub sole novi*. Chi scrive ha già avuto modo di illustrare ampiamente la proposta di cui al progetto preliminare del Libro Primo del codice civile, presentato il 27 settembre 1930 (Rel. Francesco Ferrara Sen.), il quale prevedeva, all'art. 236, che la convenzione costitutiva del regime di comunione potesse «risultare sia dal contratto di matrimonio sia da una semplice dichiarazione degli sposi all'atto della celebrazione del matrimonio, da annotarsi nell'atto dello stato civile, a norma dell'art. 125». E quest'ultima disposizione stabiliva che l'ufficiale dello stato civile, nel caso i coniugi non avessero stipulato una convenzione matrimoniale, li avrebbe dovuti avvertire «che essi possono eleggere il regime della comunione dei beni con semplice dichiarazione contestuale».

La mancata adozione di quella proposta (151), specie se raffrontata all'attuale secondo comma dell'art. 162 c.c., dimostra però che la semplice scelta di un regime è assai più naturale allorquando il regime è quello che lascia inalterati i rapporti "ordinari" che un soggetto normalmente intesse nella società (cioè, appunto, il regime di separazione). Quando, invece, si opta per un regime destinato a determinare profondi mutamenti negli effetti che l'agire per via negoziale usualmente comporta, appare indispensabile l'adozione di uno strumento che, come la convenzione matrimoniale per atto notarile, consenta di adattare il regime alle necessità della coppia: onde il suggerimento di un'apertura della comunione alla negozialità, sul modello di ciò che da secoli accade all'estero ed in particolare in Francia (152).

Questa non è però la sede per affrontare il tema di cui sopra: ciò che va qui ribadito è che la legge di introduzione (*rectius*: di riconoscimento di una preesistente validità) dei patti prematrimoniali non è luogo in cui regolare i conti con il regime legale. Anzi, rovesciando l'ottica del d.d.l., verrebbe da dire che proprio la stipula di un patto prematrimoniale sugli assegni postmatrimoniali può indurre la coppia ad accettare più volentieri un assetto comunistico delle proprie relazioni patrimoniali, la cui ragione d'esistere come regime legale (a dispetto degli sfracelli compiuti sul piano della tecnica legislativa dal riformatore del 1975) è tutt'ora più che mai valida.

11. *Segue*. Disamina del d.d.l. S/2629 (XVI). Forma e contenuto dei patti prematrimoniali

Il d.d.l. S/2629 si apre con una proposta di modifica dell'art. 156 c.c., in tema di contributo di mantenimento al coniuge separato, cui dovrebbe essere aggiunto il seguente periodo: «A tal fine il giudice deve tenere dei patti prematrimoniali di natura patrimoniale, eventualmente stipulati ai sensi dell'articolo 162-*bis*, e darne esecuzione». Ora, a parte il ri-

Note:

(149) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 380 ss.

(150) Per una panoramica si fa rinvio a Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 171 ss.; Id., *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 367 ss.

(151) Su cui v. in dettaglio Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 130 ss.

(152) Cfr. per tutti Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 384 ss.

lievo per cui sembra essere rimasto nella penna del legislatore il sostantivo "conto" («… deve tenere [conto] dei patti prematrimoniali…»), non si comprende perché il giudice venga chiamato a "dare esecuzione" all'accordo raggiunto *inter partes*. Il contratto ha, come noto, forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.) e non necessita certo, per la propria efficacia, dell'intervento del giudice, il quale, al massimo, sarà chiamato a dichiararne la validità ed efficacia, ma solo, beninteso, in caso di contestazioni. Per dare un senso alla previsione occorre pensare al fatto che il giudice (il presidente nel contesto dei provvedimenti *ex* art. 708 c.p.c.; il g.i. e/o il collegio nel contesto delle misure *ex* art. 709-*ter* c.p.c.; il collegio nell'emanare la sentenza definitiva di una procedura di separazione contenziosa), anziché dichiarare (come dovrebbe) non luogo a provvedere per la presenza di un accordo tra i contendenti, sia invece chiamato a trasfondere i termini dell'accordo nel suo provvedimento, così attribuendo all'intesa un'efficacia di titolo esecutivo.

Sulle modifiche *envisagées* agli artt. 159 e 162 c.c. ci si è già intrattenuti nel § precedente. Qui sarà il caso di aggiungere che quanto mai inopportuno appare il richiamo all'art. 160 c.c., norma che, come già accennato, appare, per ragioni storiche, letterali, logiche e sistematiche, del tutto estranea al contesto della crisi coniugale (153). Il rischio concreto è che il riferimento a tale articolo legittimi inaccettabili operazioni di retroguardia, dirette ad effettuare intollerabili compressioni dell'autonomia negoziale.

Venendo a considerare ora la lett. d) del primo comma dell'art. 1 del citato d.d.l. (art. 162-*bis* c.c.), notiamo subito che del tutto ingiustificata appare la limitazione temporale degli accordi al periodo che precede la celebrazione delle nozze. Limitazione, si badi, che letteralmente emerge non solo dalla disposizione testé citata, ma anche dal nuovo quinto comma dell'art. 162 c.c., che parla della "stipula di patti prematrimoniali di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio".

Ora, come l'esperienza di *common law* insegna, le ragioni che militano a favore dei *prenuptial* sono identiche a quelle che devono indurre ad ammettere la liceità dei *postnuptial agreements*. Ciò che rileva in entrambi i tipi di accordo è la tensione verso la soluzione del problema legato alla crisi coniugale: che i coniugi provvedano al riguardo al momento della celebrazione delle nozze, oppure ad anni di distanza non sembra mutare significativamente i termini della questione. E del resto, se alla negozialità si lascia spazio, da una parte, prima della creazione del vincolo, nonché, dall'altra (come è già oggi pacifico ed universalmente riconosciuto), all'atto della cessazione di quest'ultimo, non si vede proprio per quale ragione non si dovrebbe fare altrettanto in relazione a tutto quel periodo - lungo o corto che sia - che tra tali due eventi si colloca. Vi è peraltro da ritenere che, pur in presenza di una specifica disposizione e pur di fronte al dato letterale sopra evidenziato, anche i *postnuptial agreements* sarebbero riconducibili per via di estensione analogica alla normativa in oggetto.

Il già citato art. 162-*bis* c.c. contempla poi una previsione formale non eccessivamente rigorosa, atteso che per la validità degli accordi in oggetto si prevede la (sola) forma scritta. Verrebbe da dire che ancora una volta ci troviamo di fronte ad un legislatore che ignora (volutamente?) la ricca esperienza straniera, di cui si è già riferito (154), la quale punta decisamente (v. la Germania) verso l'atto notarile, oppure (v. i sistemi di *common law*), per un *independent legal counsel*. Ove poi si ponga mente al fatto che questo medesimo d.d.l. prevede che con il contratto in discorso il coniuge potrebbe anche rinunziare alla sua posizione di legittimario, la forma dell'atto pubblico notarile (con la presenza di testimoni, in considerazione sia dell'affinità con le convenzioni matrimoniali, sia dell'obiettiva "gravità" delle conseguenze) sembra imporsi come necessitata *de iure condendo*, per evidenti ragioni d'opportunità.

Non pago di quanto sopra, il d.d.l. in esame richiede, al comma 2 dell'art. 162-*bis* c.c., che il patto prematrimoniale sia «sottoscritto dalle parti, a pena di nullità, e depositato presso l'Ufficio del registro, territorialmente competente in ragione della residenza di uno dei contraenti». L'espressa previsione della sottoscrizione risulta sicuramente ridondante rispetto a quanto disposto dal primo comma del medesimo articolo, in materia di forma scritta. Di fronte a siffatte disposizioni sorge il dubbio che al nostro ineffabile legislatore non risulti chiaro che il requisito della forma scritta per un contratto presuppone che il documento sia anche sottoscritto dalle parti …

L'accanimento sulla necessità di registrazione, poi, all'interno di una norma civilistica, potrebbe anche sottendere l'intento di rendere siffatto elemento come rilevante sul piano (addirittura) della validità del negozio.

Venendo alla considerazione della sfera di operatività del citato art. 162-*bis* c.c. va detto che la previsio-

Note:

(153) V. *supra*, § 8; cfr. inoltre Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, 455 ss.

(154) V. *supra*, § 4.

ne appare, per un verso, troppo restrittiva e, per l'altro, addirittura eccessivamente ampliativa.
Troppo restrittiva, atteso che, paradossalmente, il testo non menziona l'unico caso in cui la nostra giurisprudenza ammette la validità degli accordi preventivi, vale a dire quello dell'annullamento del matrimonio (155).
Per converso, l'espressione "disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio" appare idonea come tale ad abbracciare, per l'appunto, tutti i possibili "rapporti patrimoniali", tra i quali si collocano non solo le prestazioni a titolo di contributo di mantenimento di separazione ovvero di assegno di divorzio, ma anche le relazioni giuridiche connesse alla crisi coniugale, *in primis* quelle attinenti al pregresso regime legale. Di primo acchito potrebbe allora desumersi che, mercé l'intesa in oggetto (contratta, come si è detto, tra l'altro, senza il necessario rispetto delle forme prescritte per le convenzioni matrimoniali), i coniugi potrebbero anche prevedere regole sullo scioglimento della comunione legale in deroga a quanto disposto dagli artt. da 191 a 197 c.c. (156), ivi compresa, ad es., una ripartizione non egualitaria della massa comune. Il risultato va sicuramente al di là di quanto (non) ipotizzato da chi, con mani inesperte, ha steso lo scampolo di prosa normativa in commento. Non deve comunque escludersi, in linea di principio, che, per una sorta di fenomeno di eterogenesi dei fini, le persistenti rigidità del regime legale (che tanto male hanno procurato all'istituto *ex* artt. 177 ss. c.c.) possano finalmente essere superate da una riforma tesa ad ammettere la validità dei patti prenuziali sugli assegni postmatrimoniali.

12. *Segue*. Disamina del d.d.l. S/2629 (XVI). Gli effetti successori. I rapporti con la prole. L'esclusione dell'assegno di divorzio e la norma transitoria

Veramente rivoluzionaria appare poi la previsione del comma 3 dell'art. 162-*bis* c.c., a mente del quale «Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria». Ulteriore ipotesi, questa, di erosione del divieto dei patti successori, che segue di non molti anni l'introduzione del patto di famiglia: questa volta peraltro in relazione alla posizione di legittimario nel suo complesso e non solo con riguardo a determinati e specifici diritti, collegati al trasferimento di aziende o di partecipazioni societarie. Ciò spiega perché, almeno ad avviso di chi scrive, la forma dell'atto pubblico notarile (in presenza di testimoni) diviene qui, *de iure condendo*, un vero e proprio imperativo. È chiaro che in quest'ottica il patto assume una valenza diversa da quella sua propria di accordo *in contemplation of divorce*, per assumere il significato di un vero e proprio "patto di famiglia", allargato a materie non coperte ad oggi da tale istituto.
Allargando per un attimo la visuale storica vien da dire anche ora: *nihil sub sole novi*. Come già rimarcato da chi scrive in altra sede, sembrano qui riecheggiare gli interrogativi che i giuristi romani si ponevano sull'applicabilità allo scioglimento del matrimonio per morte delle clausole dei *pacta nuptialia* previste per il (solo) caso di scioglimento per divorzio (157).
Il dubbio che la proposta riforma comporta è se per caso i coniugi non possano reciprocamente (o anche solo unilateralmente) rinunziare non solo alla successione necessaria, ma eventualmente anche alla successione per testamento o addirittura *ab intestato*, in tal modo escludendosi *in toto* dalla successione. La formula letterale della disposizione («…può *anche*» [corsivo d.a.]) sembrerebbe suggerire una risposta positiva. Non va del resto dimenticato che la successione necessaria costituisce la tutela, per così dire, più "avanzata" spettante a determinati soggetti: la possibilità di rinunziare ad essa, legislativamente concessa, dovrebbe perciò necessariamente sottendere la possibilità di rinunziare a qualsiasi altro diritto successorio. Va da sé, peraltro, che un'eventuale clausola di esclusione del coniuge dalla successione necessaria non comporterebbe di per sé la perdita dei diritti successori collegati alla successione legittima, in difetto di un esplicito riferimento a quest'ultima.
Discutibile risulta poi l'espressa menzione, di cui all'ultimo comma dell'art. 162-*bis* c.c., dell'impossibilità per le parti di trattare nei contratti prematrimoniali dei «rapporti tra genitori e figli, che restano regolati dalla normativa vigente». A tutela della prole minorenne rimarrebbe infatti comunque il canone generale dell'esclusivo interesse di quest'ultima, onde qualsiasi accordo (preventivo o meno) eventualmente lesivo di siffatto interesse non potrebbe che

Note:

(155) Su cui per un accenno v. *supra*, § 3, nonché Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1446 ss.

(156) Sul tema in generale, che non può evidentemente essere affrontato nella presente sede si fa rinvio a Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1660 ss., 2010 ss.

(157) Per i richiami cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 68 ss.; Id., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1306 ss.

essere dichiarato nullo. Senz'altro inopportuna va poi giudicata l'esclusione in discorso per ciò che attiene alla prole maggiorenne, che ben avrebbe potuto essere coinvolta negli accordi di cui qui si parla, sia in quanto già esistente (per es.: figli nati durante il periodo di convivenza *more uxorio* tra i nubendi, oppure figli nati dal matrimonio, se si ammette - come appare ragionevole - la possibilità di stipulare un *postnuptial agreement*), sia in quanto "prevedibile" *ex ante*, come esistente al momento della futura ipotetica rottura tra i genitori.

La disposizione dell'art. 2 del d.d.l. («Il patto prematrimoniale può anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla l. 1º dicembre 1970, n. 898») persegue il lodevole intento di eliminare ogni dubbio circa il fatto che l'accordo può anche azzerare l'assegno di divorzio. Vi è allora da chiedersi perché altrettanto non sia espressamente previsto per la separazione (e per l'annullamento del matrimonio). Più in generale rimane il fatto che la previsione risulta ridondante rispetto a quanto già disposto dall'art. 162-*bis*, comma 1, c.c. Appare infatti chiaro che, in assenza di disposizioni in deroga, un accordo diretto a «disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» può, evidentemente, «anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla l. 1º dicembre 1970, n. 898». Il fatto che analoga ovvietà non sia ripetuta per la separazione (e per l'annullamento) legittima il dubbio che le prestazioni patrimoniali ivi previste non possano essere *ex ante* escluse. Tale non auspicabile conclusione potrebbe anche essere rafforzata dal già evidenziato improvvido (oltre che del tutto improprio) richiamo all'art. 160 c.c., di cui al nuovo comma 5 dell'art. 162 c.c.

Nulla è stabilito poi con riferimento agli alimenti, dovuti al coniuge separato (ma non all'*ex* coniuge), ai sensi dell'art. 433, n. 1, c.c. Il problema è quello di vedere se nel concetto di "disciplina dei rapporti patrimoniali" in caso di crisi coniugale rientri anche la possibilità per le parti di derogare ad una disposizione certamente imperativa quale quella dell'art. 447 c.c.

La disposizione dell'art. 3 del d.d.l. vuole creare, per il divorzio, una sorta di *concinnitas* con la separazione (ma non con l'annullamento!) e con quanto per essa disposto dal novellando art. 156 c.c., secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.d.l. in esame. Resta comunque l'obiezione già sollevata. Se, infatti, l'art. 162-*bis* c.c. stabilisce che «I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio», è evidente che esso consente alle parti anche di "escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste" tanto dal divorzio che dalla separazione, posto che il concetto di "disciplinare i rapporti patrimoniali" non può non estendersi anche al predetto effetto esclusivo. È chiaro, infatti, che una materia la si "disciplina" anche stabilendo che per la stessa non si applica (*ergo*: "si esclude") quanto previsto per *default* dalla legge.

Venendo ora a considerare la norma transitoria (art. 4) del citato d.d.l. va rimarcato come questa si giustifichi solo nell'ottica restrittiva che vorrebbe limitare i patti in oggetto a quelli conclusi solo fino al momento (chissà perché) della celebrazione delle nozze. È dunque necessario, anche per evitare dubbi di legittimità costituzionale, porre le "vecchie coppie" su di un piano di parità con le nuove. In realtà, accogliendo la tesi preferibile, circa la possibilità di concludere contratti prematrimoniali in ogni momento, non si renderebbe necessaria alcuna disposizione del genere, così ottenendosi, tra l'altro, una perfetta parità di trattamento tra nuove e vecchie coppie. Introducendo il concetto di contratto postmatrimoniale (*in contemplation of divorce*, o, più esattamente per noi, in contemplazione della crisi coniugale) si eviterebbe il vero e proprio controsenso di qualificare (come fa il citato art. 4) alla stregua di un "patto prematrimoniale" quello che, a ben vedere, "prematrimoniale" non è.

13. Il disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali presentato dall'A.M.I. (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani)

Il testo del «Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali» presentato dall'A.M.I. (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011 ha il pregio di sottrarsi ad almeno alcune delle obiezioni sollevate nei §§ precedenti in merito al d.d.l. S/2629 (158).

Note:

(158) Eccone qui di seguito il testo integrale, disponibile alla pagina *web* seguente: *http://www.ami-avvocati.it/leggi_articolo.asp?id_articolo=1255*.

«*Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e pre-matrimoniali*

Art. 1 - *Accordi prematrimoniali e matrimoniali*

1. All'art. 162 del codice civile, dopo il comma 3, è inserito il seguente: «Fermo quanto stabilito dall'art. 160 c.c., è consentita la

(segue)

Lodevole appare, innanzi tutto, il fatto che tramite esso non si sia tentato di operare surrettizi sovvertimenti del regime legale. L'unica variazione sul punto, infatti, raccogliendo uno spunto dello scrivente (159) e adeguando la comunione nostrana al contesto europeo, suggerisce la possibilità che il contratto prematrimoniale preveda una deroga alla parità delle quote (cfr. art. 2, comma 3, del d.d.l. A.M.I., che modifica l'art. 194 c.c., peraltro dimenticandosi dell'art. 210, comma 3, c.c.). Senz'altro condivisibile è poi l'idea di estendere la riforma non solo ai *prenuptial*, ma anche ai *postnuptial agreements*, sebbene tale corretta scelta perda poi gran parte del suo smalto per effetto di una difformità nella disciplina delle due ipotesi, che, come si dirà tra breve, non pare in alcun modo giustificata.

Ciò detto, non mancano neppure per tale proposta

Note:

(continua nota 158)

stipula di accordi prematrimoniali e matrimoniali, di natura patrimoniale, rispettivamente prima e dopo la celebrazione del matrimonio. Tali accordi sono disciplinati dagli artt. 162 *bis* ss.».

2. Nel titolo VI, capo VI, sez. I, sono introdotti gli artt. 162 *bis* - 162 *sexies*.

3. Art. 162 *bis*: Accordi precedenti il matrimonio

L'accordo sottoscritto ai sensi del comma 4 dell'art. 162 regolamenta i diritti patrimoniali disponibili derivanti dal matrimonio per l'ipotesi di separazione coniugale ovvero di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Salvo quanto disposto dall'art. 160 c.c., può includere disposizioni in materia di:

– divisione dei beni, godimento di determinati beni, ripartizione del trattamento di fine rapporto lavorativo;

– risarcimento del danno per l'ipotesi di separazione giudiziale con addebito;

– contributo al mantenimento.

4. Art. 162 *ter*: Obblighi delle parti.

L'accordo prematrimoniale deve essere redatto ed eseguito secondo buona fede.

I nubendi sono tenuti ad inserire nell'accordo ogni informazione utile in ordine alla rispettiva situazione patrimoniale e reddituale.

5. Art. 162 *quater*: Forma ed efficacia.

Gli accordi prematrimoniali devono essere stipulati in forma scritta. La loro sottoscrizione dovrà avvenire, a pena di nullità, dinanzi all'ufficiale di stato civile tenuto alle pubblicazione ai sensi dell'art. 93 c.c.

I patti prematrimoniali acquistano efficacia alla celebrazione del matrimonio che dovrà avvenire, a pena di invalidità degli accordi, entro centottanta giorni dalla loro sottoscrizione.

Prima della sottoscrizione dell'accordo, i nubendi devono essere informati circa il contenuto e le conseguenze del medesimo.

Gli accordi prematrimoniali devono essere stipulati almeno trenta giorni prima del matrimonio ed allegati all'estratto della pubblicazione fino alla formazione dell'atto di matrimonio, del quale saranno parte integrante.

6. Art. 162 *quinquies*: Accordi matrimoniali

In costanza di matrimonio, i coniugi possono stipulare un accordo matrimoniale, disciplinato dagli artt. 162 *bis*, *ter* e *quater*, immediatamente efficace. La forma dell'accordo matrimoniale è quella dell'atto pubblico a pena di nullità e deve essere annotato a margine dell'atto di matrimonio con l'indicazione della data del contratto e del notaio rogante.

7. Art. 162 *sexies*: Nullità ed annullamento

Le disposizioni contenute nei patti prematrimoniali e matrimoniali inerenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli sono nulle e si hanno per non apposte.

Il nubente o il coniuge possono chiedere l'annullamento dell'accordo secondo le disposizioni previste dagli artt. 1427 ss. c.c. ovvero qualora l'altro coniuge sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall'art. 3 legge n. 898/70 e successive modifiche ed integrazioni.

Art. 2 - *Modifiche connesse e conseguenti al codice civile*

1. È introdotto il seguente comma 3, all'art. 155 *sexies* c.c.:

«Il giudice nell'emanazione dei provvedimenti provvisori dovrà tenere conto, nella determinazione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge più debole, di eventuali accordi pre-matrimoniali e matrimoniali esistenti tra i coniugi. A tal fine, le parti hanno l'onere di allegare al ricorso introduttivo del giudizio, a pena di decadenza, l'accordo pre-matrimoniale o matrimoniale sottoscritto. Il giudice potrà valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo».

2. Il comma 2 dell'art. 156 c.c. è così modificato:

«L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze, ai redditi dell'obbligato ed agli eventuali accordi matrimoniali e pre-matrimoniali esistenti».

3. Il comma 1 dell'art. 194 c.c. è così modificato:

«La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo, salva diversa pattuizione di cui agli articoli 162 *bis* e ss.».

Art. 3 - *Modifiche connesse e conseguenti al codice di procedura civile*

1. Il terzo comma dell'art. 706 c.p.c. è così modificato:

«Il presidente, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve essere tenuta entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto, ed il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Al ricorso e alla memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi presentate nonché, a pena di decadenza, eventuali accordi stipulati ai sensi degli artt. 162 *bis* ss. c.c.».

2. È introdotto il comma 6 dell'art. 711 c.p.c.

I coniugi in uno al ricorso potranno presentare gli eventuali accordi stipulati ai sensi degli artt. 162 *bis* ss. c.c.

Art. 4 - *Modifiche connesse e conseguenti alla legge n. 898/70*

1. L'art. 4, comma 6, della legge n. 898/70 è così modificato:

«Al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate nonché, a pena di decadenza, eventuali accordi stipulati ai sensi degli artt. 162 *bis* ss. c.c.».

2. All'art. 5 della legge n. 898/70 è introdotto un nuovo comma 6 *bis*:

«Qualora i coniugi producano in giudizio un accordo matrimoniale ovvero precedente il matrimonio, il giudice ratifica gli accordi in merito all'assegno divorzile in favore del coniuge più debole, salvo che il contributo economico stabilito non garantisca al coniuge più debole mezzi economici adeguati alla sua sussistenza. Il giudice potrà valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo».

3. L'art. 12 *bis*, comma 1 della legge n. 898/70 è così modificato:

«Il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5, ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza, salvo eventuali accordi stipulati ai sensi di cui agli articoli degli artt. 162 *bis* ss. c.c.».

(159) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386 s.

elementi di perplessità, sovente comuni a quelli già illustrati in merito al d.d.l. S/2629. Così, in primo luogo, essa ignora gli accordi in vista della pronunzia di annullamento, mentre, per ciò che attiene agli accordi prematrimoniali, si accontenta della (semplice) forma scritta, laddove sarebbe auspicabile, per le ragioni illustrate, l'introduzione della necessità del ricorso all'atto notarile in presenza di testimoni. L'atto notarile (ma non in presenza di testimoni) è invece, inspiegabilmente, richiesto per i soli accordi *in contemplation of divorce* conclusi dopo la celebrazione delle nozze (v., rispettivamente, gli artt. 162-*quater* e 162-*quinquies* c.c., introdotti dall'art. 1 della proposta A.M.I.).

Sempre in tema di requisiti formali, non si comprende per quali ragioni ci si accanisca a pretendere che l'accordo prematrimoniale sia sottoscritto «dinanzi all'ufficiale di stato civile tenuto alle pubblicazioni ai sensi dell'art. 93 c.c.» (v. art. 162-*quater*, comma 1, cit.).

Altrettanto incomprensibile risulta la previsione che impone agli sventurati nubendi di coniugarsi entro centottanta giorni dalla sottoscrizione delle intese, pena l'invalidità (sotto quale specie: nullità, annullabilità, rescindibilità; e poi, non sarebbe questo, semmai, un caso classico d'inefficacia?) delle stesse (v. art. 162-*quater*, comma 2, cit.). Il contratto diventa, in altre parole, una sorta di "prodotto deperibile", né più e né meno di un vasetto di *yoghurt* al supermercato. Un'ulteriore "forca caudina" è poi quella (art. 162-*quater*, ultimo comma, cit.) secondo cui gli accordi prematrimoniali "devono essere stipulati almeno trenta giorni prima del matrimonio" (questa volta non si capisce bene a pena di che cosa), quasi che l'eccessiva vicinanza al giorno del fatidico "sì" potesse in qualche modo nuocere alla purezza dell'intento delle parti: un improbabile ritorno al *nimius amor* di romana memoria? Quanto poi alla richiesta allegazione "all'estratto della pubblicazione fino alla formazione dell'atto di matrimonio, del quale saranno parte integrante", il requisito sembra rispondere più alla curiosità della "radio serva" di paese, che a ragioni che abbiano a che vedere con una maturata riflessione delle parti.

Nobile, certo, la disposizione a mente della quale «Prima della sottoscrizione dell'accordo, i nubendi devono essere informati circa il contenuto e le conseguenze del medesimo» (v. art. 162-*quater*, comma 3, cit.): ma l'unica informazione realmente utile ed efficace è quella che un professionista quale il notaio o l'avvocato possono (*rectius*: dovrebbero necessariamente) fornire. Mai come in questo caso sarebbe utile tenere a mente una delle regole fondamentali della giuritecnica, quale quella di evitare il ricorso a frasi passive. "Essere informati" è importante, ma un legislatore serio deve anche assumersi la responsabilità di dirci chi tale informazione dovrebbe impartire.

Come già anticipato, per quale motivo i (soli) accordi conclusi in costanza di matrimonio necessitino della forma dell'atto pubblico (art. 162-*quinquies* c.c., introdotto dall'art. 1 della proposta A.M.I.) rimane un mistero: mistero destinato ad infittirsi ove si cerchi di comprendere perché tale atto andrebbe "annotato a margine" (ma le annotazioni "a margine" non esistono più dal 2000…) dell'atto di matrimonio con l'indicazione della data del contratto e del notaio rogante, posto che non si tratta qui di convenzioni matrimoniali istitutive o modificative di regimi patrimoniali. Del resto la disposizione - nel tentativo di fare (male) il verso all'art. 162 c.c. - non stabilisce neppure a quali effetti tale formalità andrebbe effettuata, per cui ben dovrebbe pensarsi (in questa ipotesi, per davvero) ad un caso di pubblicità notizia.

Ridondante risulta poi la previsione dell'art. 162-*ter* c.c., a mente della quale «L'accordo prematrimoniale deve essere redatto ed eseguito secondo buona fede», quasi che norme come quelle degli artt. 1175, 1176, 1337, 1366 e 1375 c.c. non avessero significato nella materia in esame… Ridondante e pericolosa anche la disposizione dell'art. 162-*sexies* cpv. c.c., secondo cui «Il nubente o il coniuge possono chiedere l'annullamento dell'accordo secondo le disposizioni previste dagli artt. 1427 ss. c.c.»: esattamente come per il patto di famiglia (160), la maldestra prescrizione potrebbe instillare (*a contrariis*) l'idea che altre domande di annullamento o diverse ragioni di invalidità non potrebbero essere fatte valere. Inutilmente punitivo, oltre che tecnicamente scorretto, appare poi anche stabilire (cfr. l'art. ult. cit.) che un fatto successivo all'accordo, quale l'essere stato «condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno dei reati previsti dall'art. 3 legge n. 898/70 e successive modifiche ed integrazioni» dovrebbe determinare l'"annullamento" del contratto e dunque un rimedio riferibile ai vizi del sinallagma genetico e certo non a quelli del sinallagma funzionale. È chiaro che, in questo caso, l'azione sarebbe comunque esperibile soltanto dal coniuge "innocente" (lo si desume dall'espressione «… qualora l'altro coniuge sia stato condannato…»), così tornandosi alla logi-

Nota:

(160) Cfr. Oberto, *Il patto di famiglia*, cit., 133 s.

ca antica della perdita per il coniuge "colpevole" degli *avantages matrimoniaux* (161).
Di rilievo sarebbe l'imposizione di una *disclosure* (cfr. art. 162-*ter* cpv. c.c., secondo cui «I nubendi sono tenuti ad inserire nell'accordo ogni informazione utile in ordine alla rispettiva situazione patrimoniale e reddituale»), se il commendevole intento non venisse realizzato tramite una disposizione dai contorni troppo vaghi e, quel che è peggio, sfornita di sanzione.
Non condivisibile appare poi l'ottica «processuale» e "processualizzante" in cui la proposta si colloca. Come per il d.d.l. S/2629 - nella deformata visione "pan-contenziosa" che conforma e soggioga l'odierna società "civile" - si ritiene che vi sia sempre e comunque "bisogno d'un giudice" per attribuire ad un contratto efficacia vincolante, in barba a quanto disposto dall'art. 1372 c.c. E spingendo tale ottica alle sue estreme conseguenze si impone addirittura alla parte, "a pena di decadenza", di allegare al ricorso introduttivo del giudizio "l'accordo pre-matrimoniale o matrimoniale sottoscritto" (cfr. art. 155-*sexies*, comma 3, c.c., introdotto dall'art. 2 della proposta A.M.I.).
Al giudice competerà poi di «valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo» (cfr. art. 155-*sexies*, terzo comma, cit.). La previsione sembra conferire al giudice il potere di modificare il contenuto dell'accordo, così sovrapponendo la propria determinazione alla sovrana volontà negoziale: esattamente l'opposto di quanto perseguito dall'accordo prematrimoniale (o matrimoniale che dir si voglia), che tende, invece, a fornire certezza alle parti, inserendo di proposito un chiarissimo marchio di aleatorietà (cfr. art. 1469 c.c.), proprio partendo dal presupposto (ben noto alle parti e sul quale comunque il pubblico ufficiale rogante dovrebbe attirare l'attenzione delle stesse) che, nel corso della vita matrimoniale, si potranno realizzare anche avvenimenti assolutamente straordinari ed imprevedibili, tali da alterare in modo sconvolgente e definitivo gli assetti personali e patrimoniali esistenti all'atto della stipula del contratto.
L'apice trionfale di questo certo non auspicabile "paternalismo giudiziario", che dell'autonomia negoziale endofamiliare costituisce la più lampante negazione, viene raggiunto dalla disposizione di cui al comma 6-*bis* dell'art. 5 della l. n. 898/70 (art. 4 della proposta A.M.I.), a mente del quale «Qualora i coniugi producano in giudizio un accordo matrimoniale ovvero precedente il matrimonio, il giudice ratifica gli accordi in merito all'assegno divorzile in favore del coniuge più debole, salvo che il contributo economico stabilito non garantisca al coniuge più debole mezzi economici adeguati alla sua sussistenza». Si tratterebbe, se non erriamo, della prima volta in cui un giudice sarebbe chiamato da un legislatore digiuno delle nozioni istituzionali del diritto civile a "ratificare" (per il concetto di ratifica cfr. art. 1399 c.c.) un atto di autonomia privata. *Cela va sans dire* che lo stesso giudice potrebbe, nella logica di questo non condivisibile sistema, "modificare" il contenuto dell'accordo per adattarlo a quello che la proposta chiama il "mutamento delle circostanze", così stravolgendo l'intento delle parti e pervenendo a risultati diametralmente opposti a quelli che le stesse si erano prefissate di conseguire.
Infine, la proposta modifica dell'art. 12-*bis* l. div. appare certamente ridondante, posto che il potere di intervenire in via preventiva sull'indennità di fine rapporto rientra sicuramente già nel novero dei «diritti patrimoniali disponibili derivanti dal matrimonio per l'ipotesi di separazione coniugale ovvero di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio», giusta la previsione del testo proposto per il nuovo art. 162-*bis*, comma 1, c.c. L'espressa contemplazione di tale facoltà avrebbe peraltro il pregio di eliminare ogni possibile dubbio circa l'ammissibilità di intese che per molti aspetti già oggi dovrebbero considerarsi consentite (162).

14. La proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato

Rispetto alle due proposte di legge esaminate nei §§ precedenti, la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino (163) offre tutti i vantaggi derivanti dal fatto di essere stata predisposta da esperti pienamente consapevoli di molte delle implicazioni che la delicata operazione di inserimento di una novellazione normativa nel senso auspicato comporta. Si sono così evitate le denunciate opzioni da vieto «paternalismo giudiziario», che così negativamente gravano sugli altri d.d.l., risultando qui chiaro che il compito del giudi-

Note:

(161) Sul punto cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 800, II, cit., p. 1615 ss.

(162) Sul punto v. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1049 ss.

(163) Cfr. *http://www.paolonesta.it/rassegna_stampa_quotidiana/2011/ottobre%202011/17-10-2011/Notai.doc.*

ce non è già quello di intervenire in presenza di accordi prematrimoniali, ma, tutto al contrario, di operare solo in assenza di essi (164).
Gli accordi prematrimoniali (cfr. la versione proposta dell'art. 162-*bis* c.c.) sono stipulabili prima delle nozze, ma identiche pattuizioni possono essere concluse durante il matrimonio sino al momento della presentazione del ricorso per separazione personale (il che, ovviamente, non esclude la possibilità di una consensualizzazione della separazione contenziosa, anche se l'operazione non ha più la valenza di un accordo *in contemplation* della crisi coniugale, essendo quest'ultima ormai in atto). La forma richiesta, come suggerito dallo scrivente, e per le ragioni sopra esaminate, è quella di cui all'art. 162 c.c. per ogni tipo di accordo, concluso vuoi prima, vuoi dopo la celebrazione delle nozze.
Decisamente vasto il contenuto di tali possibili intese, atteso che con esse «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 con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 *ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi». Ancora, si prevede saggiamente che «Nelle convenzioni un coniuge può anche trasferire all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di *handicap* per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'*handicap*».
Condivisibile risulta pure la scelta operata in merito alle prestazioni alimentari (di cui, come detto, gli altri disegni di legge si sono puramente e semplicemente dimenticati): si stabilisce così che «Tali convenzioni possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, salvo il diritto agli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c. e ss. e salvo il disposto di cui all'art. 143 c.c.». Non pienamente condivisibile appare invece il principio secondo cui «In ogni caso ciascun coniuge non può attribuire all'altro più di metà del proprio patrimonio». Ed invero la regola sembra difficilmente coerente con un sistema dal quale il tradizionale divieto di donazioni tra coniugi risulta ormai da tempo (165) bandito.
La formulazione della norma sui possibili effetti successori («In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari») è poi certamente in grado di eliminare, a differenza di quanto visto in relazione al d.d.l. S/2629 cit. ogni possibile incertezza sull'applicabilità ad ogni tipo di successione. Essa non farebbe altro che ricondurre i nostri *contrats de mariage* alla funzione tradizionale che i *pacta nuptialia* hanno svolto per secoli (pur in presenza del generale divieto, di origine romana, di patti sulle successioni future), di predeterminare gli effetti della trasmissione endofamiliare della ricchezza (166), sebbene in passato tale determinazione avesse ad oggetto il trasferimento «in linea verticale» (essendo come noto il coniuge escluso dalla successione), laddove qui si tratterebbe di escludere o arginare il frazionamento "orizzontale", ciò che peraltro non potrebbe non sortire effetti, per l'appunto, sulla successione "verticale".

15. Riflessioni sugli effetti di un possibile annullamento del matrimonio

Un elemento comune a tutte le proposte di legge sopra esaminate è la mancanza di riferimenti agli accordi in vista di un possibile annullamento del matrimonio. La frequenza con la quale siffatto rimedio viene invocato in Italia, mercé l'impugnativa del matrimonio concordatario di fronte ai tribunali ecclesiastici, sovente allo scopo di far venire meno gli effetti di pronunce di separazione o divorzio, prima del relativo passaggio in giudicato (167), induce ad

Note:

(164) Cfr. ad es. la versione proposta dell'art. 156, commi 1 e 4, c.c., a mente dei quali, rispettivamente, «Qualora i coniugi non abbiano stipulato una convenzione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.c., il giudice, pronunziando 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» e «Il giudice che pronunzia la separazione, in mancanza di apposita convenzione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.c., 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'art. 155».

(165) Cfr. Corte cost., 27 giugno 1973 n. 91, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 18. È comunque ovvio che la norma di cui al d.d.l. non impedirebbe l'effettuazione di donazioni tra coniugi ben al di là del limite della metà del patrimonio di ciascuna delle parti, valendo il limite in discorso solo per i contratti pre o postmatrimoniali.

(166) Cfr. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 535 ss.

(167) Sul tema v. per tutti Ferrando e Querci, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 219 ss., 284 ss., 289 ss. In giurisprudenza v. ad es. Cass., 25 giugno 2003, n. 10055, secondo cui «Il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della efficacia, nell'ordinamento dello Stato, della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, determinando il venir meno del vincolo coniugale, travolge ogni ulteriore controversia trovante nell'esistenza e nella validità del

(segue)

una ulteriore riflessione circa gli effetti che l'annullamento del vincolo potrebbe sortire su un eventuale patto prematrimoniale stipulato in vista della separazione o del divorzio.
Sul punto sembra abbastanza evidente che, nel caso le parti non procedessero ad una separazione e/o ad un divorzio, ma ottenessero direttamente l'annullamento del vincolo, vuoi in sede civile, vuoi in sede ecclesiastica, con successiva delibazione della decisione, il patto prematrimoniale non stipulato con espressa previsione dell'ipotesi dell'annullamento non potrebbe avere effetto, non essendosi verificata una delle condizioni essenziali per la sua operatività (separazione o divorzio, appunto). Nel caso peraltro dovesse intervenire una pronunzia di separazione e/o una decisione sul divorzio, cui l'annullamento facesse seguito, ci si potrebbe chiedere quale sarebbe la sorte delle attribuzioni patrimoniali nel frattempo eventualmente effettuate in adempimento del contratto prematrimoniale (si pensi ad un accordo che predeterminasse, come talora avviene all'estero, l'ammontare delle somme dovute in caso di separazione e/o divorzio, magari commisurandole al reddito del più abbiente dei coniugi; *nulla quaestio*, invece, nel caso di rinunzia al trattamento postmatrimoniale).
In assenza di precedenti sul punto ci si potrà riferire alle conclusioni da chi scrive già sviluppate con riguardo ad analoga problematica, riferita però ai trasferimenti patrimoniali operati in sede di separazione o di divorzio (168).
Al riguardo potrà rammentarsi che la Cassazione si è trovata ad affrontare, ormai diversi anni or sono, il problema concernente le conseguenze dell'annullamento del matrimonio sull'obbligazione assunta da un coniuge di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile a scopo di mantenimento, o di alimenti, per il periodo di separazione antecedente alla dichiarazione di nullità del vincolo. La soluzione fornita a tale interrogativo è quella secondo cui «La sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio non estingue l'obbligazione assunta da un coniuge di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile a scopo di mantenimento, o di alimenti, per il periodo di separazione antecedente alla dichiarazione di nullità del vincolo; né tale dichiarazione costituisce evento risolutivo di un trasferimento già operato od evento ostativo all'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore ove sia stato incensurabilmente accertato dal giudice del merito che l'attribuzione patrimoniale non sia stata implicitamente subordinata (principio della presupposizione) alla persistente validità del matrimonio ma alla esistenza di oneri economici nascenti dal vincolo nuziale, alla cui regolamentazione le parti intesero provvedere» (169).
La motivazione è stata fondata sui principi in tema di matrimonio putativo, in forza dei quali, come noto, l'annullamento del negozio matrimoniale non può travolgere retroattivamente gli effetti del vincolo: «Una volta inquadrata nell'àmbito delle obbligazioni di mantenimento la promessa di trasferimento dell'immobile, è palese che la dichiarazione di nullità del matrimonio, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adempimento, non poteva assumere efficacia estintiva dell'obbligazione, la quale trovava la sua causa nel negozio matrimoniale, che, essendo soggetto alle norme sul matrimonio putativo (artt. 128 e 129 c.c. e 18 della l. 27 maggio 1929 n. 847), manteneva la sua efficacia fino alla pronunzia di nullità, con conseguente salvaguardia del diritto della (moglie) di far valere il proprio diritto al mantenimento sulla base dell'accordo intervenuto con il marito al fine di regolare i loro rapporti patrimoniali nel periodo della separazione. In altri termini, la pronunzia di nullità del vincolo matrimoniale non può comportare la caducazione in radice del diritto della moglie al mantenimento, se la relativa pretesa sia riferita al periodo in cui a carico del marito esisteva il relativo obbligo. E da tali principi non può certo prescindersi nella fattispecie, la quale è caratterizzata dall'assunzione di un'obbligazione di mantenimento che, alla stregua della normativa sul matrimonio putativo, mantenne validità ed efficacia con riferimento al periodo di separazione che precedette la pronunzia di nullità del matrimonio».
La decisione sembra quindi presupporre il carattere solutorio del negozio in esame, in relazione all'obbligo di mantenimento; ma, anche volendo basare su

Note:

(continua nota 167)
matrimonio il proprio presupposto, e quindi comporta la cessazione della materia del contendere nel processo di divorzio che sia stato instaurato successivamente alla introduzione del procedimento diretto al riconoscimento della sentenza ecclesiastica». Peraltro la medesima Corte avverte che «Una volta che nel giudizio con il quale sia stata chiesta la cessazione degli effetti civili di un matrimonio concordatario venga accertata la spettanza, ad una delle parti, dell'assegno di divorzio, ed una volta che su di essa si sia formato il giudicato, la relativa statuizione si rende intangibile ai sensi dell'art. 2909 c.c. anche nel caso in cui successivamente ad essa sopravvenga la delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio» (cfr. Cass., 23 marzo 2001, n. 4202; Cass., 4 marzo 2005, n. 4795).

(168) Cfr. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 208 ss.

(169) Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 922.

di un'altra giustificazione causale, tra quelle in altre sedi indicate (170), l'attribuzione patrimoniale in discorso, la soluzione non cambierebbe, trattandosi pur sempre di una vicenda che trova la sua fonte nel matrimonio dichiarato invalido. Il vero problema, semmai, per la Cassazione, una volta postasi nell'ottica del negozio solutorio, diviene quello dell'eventuale non "congruità" (per eccesso o per difetto) del trasferimento rispetto al periodo di separazione. Ma sul punto la Corte supera l'impasse, richiamando il principio secondo cui «con l'assetto di interessi implicante l'estinzione totale e definitiva dell'obbligazione con l'attribuzione definitiva di beni, i coniugi assunsero a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che avessero reso l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso» (171); il che dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, che, in realtà, il fondamento causale attribuito da tale decisione all'accordo traslativo non è tanto quello del negozio *solutionis* causa, bensì quello del definitivo assetto postmatrimoniale delle rispettive pretese, secondo quanto altrove ampiamente illustrato (172).

A maggior ragione, dunque, la soluzione dovrebbe valere con riguardo alle prestazioni effettuate in adempimento di un contratto prematrimoniale, che trovano la loro ragion d'essere proprio in tale ultimo negozio, certamente dotato di una sua causa autonoma. Ulteriore conforto alla tesi qui esposta sembra venire dalla considerazione del ruolo che l'annullamento del matrimonio svolge con riguardo alla comunione legale, *ex* art. 191 c.c. La previsione, invero, dell'annullamento del matrimonio alla stregua di una causa di scioglimento, e non già di invalidità del regime, induce a ritenere che nei rapporti patrimoniali l'annullamento del vincolo non determini la cancellazione retroattiva di quell'intreccio di rela-

Note:

(170) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 627 ss.; Id., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 91 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in AA. VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 272 ss.

(171) Sempre secondo la motivazione, «È poi irrilevante che, dopo un lasso di tempo non lungo, lo stato di separazione personale sia stato superato dalla dichiarazione di nullità del vincolo, poiché con l'assetto di interessi implicante l'estinzione totale e definitiva dell'obbligazione con l'attribuzione definitiva di beni, i coniugi assunsero a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che avessero reso l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso».

(172) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 700 ss.; Id., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 119 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 277 ss.
Nel senso testé indicato era in precedenza andata anche una decisione di merito, secondo cui: «L'annullamento del matrimonio non implica la decadenza di tutte le statuizioni contenute nel verbale di separazione consensuale omologata, ma solo di quelle incompatibili con il venir meno dello *status* di persona coniugata. Di conseguenza le statuizioni economiche non strettamente attinenti al vincolo coniugale permangono anche dopo l'annullamento del matrimonio. Pertanto, deve ritenersi la persistenza dell'accordo stipulato tra le parti in quella sede - nonostante la sopravvenienza della dichiarazione di annullamento del matrimonio - in ordine alla vendita di un immobile di proprietà di uno dei coniugi ed alla divisione del ricavato in parti uguali tra i coniugi stessi. (Nella specie, è stato peraltro escluso che l'obbligazione fosse suscettibile di esecuzione in forma specifica in quanto le parti avevano stabilito che la vendita dovesse avvenire alle migliori condizioni concordate ed approvate tempestivamente da esse)» (Trib. Roma, 31 gennaio 1978, in *Giur. merito*, 1980, 573). La decisione è stata criticata in dottrina (A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 701 s.), facendosi rilevare al riguardo che, ferma restando la tendenziale validità delle intese dirette a disciplinare i rapporti tra separati, incomberebbe al coniuge che intenda farne venir meno gli effetti dimostrare la loro attinenza allo *status* di persona coniugata ormai travolta dalla pronunzia di nullità. Al contrario, proprio per la loro già sottolineata sicura attinenza allo stato coniugale, gli accordi in esame vanno ritenuti validi ed efficaci per effetto delle regole in tema di matrimonio putativo, ovviamente a condizione che la parte che ne invoca gli effetti fosse in buona fede (art. 128 c.c.) e sempre fatta salva l'eventuale presenza di uno specifico accordo sul punto, in un senso o nell'altro, nell'àmbito dell'intesa traslativa. Anche Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1996, 1102 s. concede alle parti la possibilità di stabilire (espressamente) che le pattuizioni intervenute in sede di separazione conserveranno automaticamente rilevanza anche in ordine all'assetto patrimoniale dopo la dichiarazione di nullità. La correttezza della soluzione riceve conferma dalla giurisprudenza che ammette la piena liceità delle intese preventive sulle conseguenze di un'eventuale declaratoria di invalidità del matrimonio: cfr., anche per i richiami, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1999, 1449 ss.
Per ciò che attiene agli effetti dell'annullamento del matrimonio sui rapporti patrimoniali relativi alla prole - ancorché non in relazione a negozi traslativi - potrà citarsi, innanzi tutto, Trib. Bolzano, 15 luglio 1986, in *Giur. merito*, 1988, I, 799, con nota di Dogliotti, secondo cui «L'assegno di mantenimento fissato per i figli in sede di separazione coniugale è dovuto non solo per il periodo trascorso fino alla data della sentenza dichiarativa di nullità del matrimonio, ma anche per il periodo successivo, finché non venga diversamente provveduto». Cfr. inoltre Cass., 11 ottobre 1983, n. 5887, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1569; in *Giur. it.* 1984, I, 1, c. 237; in *Dir. eccl.*, 1983, II, 514: «La nullità del matrimonio concordatario fra i coniugi, dichiarata con sentenza definitiva del tribunale ecclesiastico e resa esecutiva agli effetti civili con ordinanza della corte d'appello, non determina la cessazione della materia del contendere nel procedimento di appello pendente per ottenere la modificazione del contributo dovuto da uno degli *ex* coniugi per il mutamento dei figli fissato in sede di omologazione della separazione consensuale e la revoca del sequestro *ex* art. 156, comma ultimo c.c., in quanto tale pronuncia di nullità del matrimonio non ne modifica sostanzialmente il regime giuridico quanto ai provvedimenti nei confronti dei figli, atteso che l'art. 129 c.c., stabilisce che, in caso di pronuncia di nullità del matrimonio, si applica, per tali provvedimenti, l'art. 155 c.c., mentre è irrilevante la circostanza che l'adeguamento riflette, nel giudizio di merito, un assegno di mantenimento che gli *ex* coniugi avevano stabilito in sede di separazione consensuale, essendo essenziale che la legge di riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975 n. 151) ha attribuito al giudice il potere di rivedere in ogni tempo la misura e le modalità del contributo degli *ex* coniugi per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli, anche dopo la sentenza che dichiara la nullità del matrimonio».

zioni giuridiche che avrebbero trovato regolare svolgimento e continuazione in assenza della decisione in discorso. Ne deriva che, fino al momento dell'annullamento del vincolo matrimoniale, le prestazioni effettuate in adempimento del contratto prematrimoniale dovrebbero ritenersi operative ed efficaci.
Un'ultima considerazione merita essere sviluppata a chiusura di questo tema. Come osservato da un Autore tedesco (173), nel caso di matrimonio concordatario, la conclusione di un *prenuptial agreement in contemplation of divorce* può essere visto come la prova del fatto che le parti hanno consensualmente negato valore sacramentale al vincolo (*bonum Sacramenti*), escludendo l'indissolubilità del loro legame. In tal modo la sola presenza di quell'accordo potrebbe costituire la causa dell'azione di annullamento. Ci troveremmo così di fronte ad una singolare ipotesi in cui l'esistenza stessa di un contratto costituisce la ragione essenziale della sua stessa … inefficacia!

Nota:

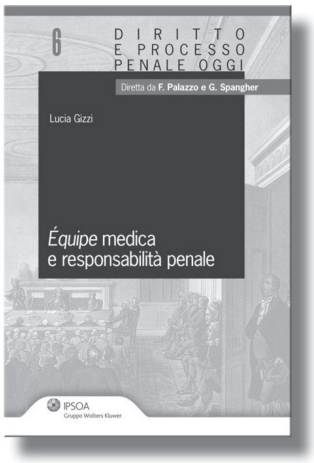
(173) Cfr. Henrich, *Die Privatautonomie im Eherecht und ihre Grenzen im europäischen Vergleich*, in AA. VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, Bielefeld, 2005, 321: «*Wenn gläublige Katholiken vor oder bei der Eheschlie ung eine Unterhaltsregelung für den Fall der Scheidung treffen, riskieren sie, dass ihre Ehe von den kirchlichen Gerichten für nichtig erklärt werden kann, weil sie ein Wesenselement der Ehe, nämlich die Unauflöslichkeit, ausgeschlossen hahen. Das dürfte mit ein Grund dafür sein, dass Unterhaltsvereinbarungen bei der Eheschlie ung für den Fall einer späteren Ehescheidung im christlichen Abendland bis in die jüngste Vergangenheit praktisch unbekannt waren*».

LIBRI

COLLANA: Diritto e processo penale oggi
diretta da F. Palazzo e G. Spangher

Équipe medica e responsabilità penale

di Lucia Gizzi



Il volume si propone l'obiettivo di ripercorrere l'elaborazione giurisprudenziale sul tema dell'accertamento della responsabilità penale dei singoli partecipanti al **trattamento medico di gruppo** che ha avuto esisto infausto, tentando di individuare i criteri guida che presiedono, nella prassi giurisprudenziale appunto, a questa verifica.
Nel primo capitolo, viene ricostruito il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine al **problema dell'individuazione del dovere di diligenza gravante su ciascun medico**, nell'ipotesi di cooperazione di più sanitari all'attività medico-chirurgica.
Nel secondo capitolo, viene esaminato il tema della **cooperazione colposa** e della sua distinzione rispetto al **concorso di cause colpose indipendenti**.
Nel terzo e nel quarto capitolo, si esamina la giurisprudenza di legittimità e di merito, distinguendo le differenti ipotesi in cui, all'attività diagnostica e terapeutica, partecipano una pluralità di sanitari in cooperazione tra loro.
Si analizzano prima i casi di **divisione orizzontale del lavoro**, in cui i medici dell'*équipe* si trovino in posizione paritaria con differenziazione di competenze, con particolare riferimento ai rapporti tra chirurgo e anestesista, allo scioglimento anticipato dell'*équipe* medica, alla successione temporale di medici operanti nella stessa struttura ospedaliera e alla fase post-operatoria.
Infine, si esaminano i casi di **divisione verticale del lavoro**, in cui i medici si trovano in rapporto gerarchico tra loro, distinguendo tra l'ipotesi di *équipe* medica in senso stretto e organizzazione ospedaliera gerarchica. Con riferimento a quest'ultima, vengono affrontati i problemi relativi alla responsabilità del medico in posizione apicale e di quello in posizione subalterna, dello specializzando e del personale infermieristico e paramedico.

Ipsoa 2011, Euro 21,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***