



Università  
Ca'Foscari  
Venezia

Corso di Dottorato di ricerca  
in Diritto, Mercato e Persona  
ciclo XXXIII

Tesi di Ricerca

## **Autonomia privata e crisi coniugale**

Un'indagine alla luce della teoria dei contratti  
relazionali e dell'analisi economica del diritto  
SSD: IUS/01

**Coordinatore del Dottorato**

Chiar.ma prof.ssa Carmelita Camardi

**Supervisore**

Chiari.mo prof. Roberto Senigaglia

**Dottorando**

Mirco Caeran  
Matricola 956362



*A Natalina, Jessica e Anna Sofia  
(e a coloro che verranno...).*  
*Perché, ognuna a modo suo,  
mi ha insegnato il significato di  
Famiglia.*



## INDICE

<b>INDICE</b> .....	<b>I</b>
<b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>III</b>
<b>CAPITOLO PRIMO</b>	
<b>AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA: I CONTRATTI TRA CONIUGI ALLA LUCE DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E DELLA TEORIA DEI CONTRATTI RELAZIONALI</b>	
1. IL DIRITTO DI FAMIGLIA E L'INTRODUZIONE DELLA COSTITUZIONE ITALIANA.....	1 -
2. GLI ANNI SETTANTA DEL NOVECENTO. ....	8 -
3. IL DIRITTO DI FAMIGLIA NEGLI ANNI DUEMILA E AI GIORNI NOSTRI. ....	14 -
4. FISILOGIA E PATOLOGIA DEL MATRIMONIO. ....	24 -
5. INTRODUZIONE AL METODO. ....	28 -
6. AGLI ALBORI DELLA <i>FAMILY LAW AND ECONOMICS</i> . ....	30 -
7. L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E LA CONTRATTAZIONE TRA I CONIUGI. IL TEOREMA DI COASE.....	39 -
8. SEGUE. LA TEORIA DEI GIOCHI E IL DIRITTO DI FAMIGLIA. ....	43 -
9. SEGUE. LA CONTRATTAZIONE TRA CONIUGI E I MODELLI SOCIALI DI RIFERIMENTO. ....	50 -
10. SEGUE. I VANTAGGI DEI CONTRATTI MATRIMONIALI (PRE-MATRIMONIALI O POSTMATRIMONIALI, SIA IN FASE DI CRISI CHE PRECEDENTEMENTE A ESSA).....	58 -
11. IL RAPPORTO TRA AUTONOMIA PRIVATA E INTERVENTO DELLO STATO. ....	61 -
12. QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEGLI ACCORDI TRA CONIUGI. ....	65 -
13. I CONTRATTI MATRIMONIALI E LA TEORIA DEI CONTRATTI RELAZIONALI. ....	69 -
14. L'APPLICAZIONE DELLA TEORIA DEI CONTRATTI RELAZIONALI AGLI ACCORDI MATRIMONIALI. .....	75 -
<b>CAPITOLO SECONDO</b>	
<b>I CONTRATTI MATRIMONIALI IN FASE DI CRISI CONIUGALE</b>	
1. LA SEPARAZIONE CONSENSUALE. CENNI INTRODUTTIVI. ....	77 -
2. SULLA NATURA DELL'ACCORDO DI SEPARAZIONE. ....	80 -
3. ACCORDI DI SEPARAZIONE: CONTENUTO NECESSARIO ED EVENTUALE. ....	82 -
4. ACCORDI IN OCCASIONE DELLA SEPARAZIONE. ....	85 -
5. SEGUE. I CONTENUTI. ....	93 -
6. SEGUE. LE INTESI TRASLATIVE A EFFETTI OBBLIGATORI. ....	101 -
7. SEGUE. GLI EFFETTI. ....	102 -
8. LA CRISI E GLI ACCORDI IN MATERIA DI PROLE.....	106 -
9. ASSEGNO DI MANTENIMENTO IN CASO DI SEPARAZIONE. ....	112 -
10. L'ASSEGNO DIVORZILE. ....	115 -
11. ACCORDI A <i>LATERE</i> DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO. ....	136 -
12. FIGLI E ACCORDI A <i>LATERE</i> . ....	145 -
13. GLI ACCORDI A <i>LATERE</i> DEL DIVORZIO .....	147 -
14. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA EX D.L. 12 SETTEMBRE 2014, N. 132.....	149 -
15. UN TENTATIVO DI RICOSTRUZIONE DOGMATICA DEI CONTRATTI DELLA CRISI CONIUGALE. .... .....	153 -
16. I CONTRATTI DELLA CRISI CONIUGALE: RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA TEORIA DEI CONTRATTI RELAZIONALI. ....	165 -

**CAPITOLO TERZO**

**PATTI PREMATRIMONIALI E POSTMATRIMONIALI IN VISTA DI UNA CRISI  
EVENTUALE E FUTURA**

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. ....	- 169 -
2. ACCORDI PATRIMONIALI IN VISTA DI UNA CRISI CONIUGALE EVENTUALE: INQUADRAMENTO PRELIMINARE.....	- 170 -
3. LE RAGIONI DELLA NULLITÀ. ....	- 174 -
4. LA GIURISPRUDENZA E LA “HAARSPALTEMASCHINE”: L’EVOLUZIONE DEL DIRITTO VIVENTE.....	- 193 -
5. SEGUE. LA “HAARSPALTEMASCHINE” E LE PREFERENZE IDEOLOGICHE DELLA GIURISPRUDENZA.....	- 198 -
6. SEGUE. LA “HAARSPALTEMASCHINE” E ALTRI CASI CONCRETI. ....	- 202 -
7. SEGUE. LA “HAARSPALTEMASCHINE” PIÙ RECENTE.....	- 205 -
8. SEGUE. L’ORDINANZA DEL TRIBUNALE DI TORINO DEL 20 APRILE 2012. ....	- 210 -
9. SEGUE. ANCORA SULLA “HAARSPALTEMASCHINE”. ....	- 214 -
10. ULTERIORI RIFLESSIONI CONCLUSIVE. ....	- 216 -

**CAPITOLO QUARTO**

**GLI ACCORDI (PRE)MATRIMONIALI TRA ESTENSIONE E CONTROLLO  
DELL’AUTONOMIA PRIVATA DEI CONIUGI**

1. CONTRATTI (PRE)MATRIMONIALI IN VISTA DELLA CRISI: IL PROBLEMA DELL’INCOMPLETEZZA.- .....	- 223 -
2. ALTRI PROBLEMI DELLA CONTRATTAZIONE PRIVATA IN MATERIA MATRIMONIALE. ....	- 224 -
3. I CONTRATTI (PRE)MATRIMONIALI IN VISTA DELLA CRISI EVENTUALE COME CONTRATTI RELAZIONALI. ....	- 226 -
4. LA FLESSIBILITÀ NEI CONTRATTI MATRIMONIALI IN VISTA DELLA CRISI. ....	- 229 -
5. L’APPLICAZIONE DELLA TEORIA DEI CONTRATTI RELAZIONALI AGLI ACCORDI PREMATRIMONIALI.....	- 229 -
6. TEORIZZANDO LA VALIDITÀ DEI CONTRATTI (PRE)MATRIMONIALI IN VISTA DELLA CRISI: I REQUISITI. ....	- 230 -
7. L’INTERNAZIONALIZZAZIONE E L’EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA. ....	- 233 -
8. SEGUE. ALTRI STRUMENTI INTERNAZIONALI DI ARMONIZZAZIONE IN MATERIA ECONOMICO- PATRIMONIALE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA. ....	- 240 -
9. STRUTTURARE LA FORMA DI UN CONTRATTO (PRE)MATRIMONIALE. ....	- 254 -
10. SEGUE. LAW IN PRACTICE (CENNI). ....	- 261 -
11. L’EQUITÀ SOSTANZIALE O “COME SUPERARE I PROBLEMI ATTRAVERSO IL CONTROLLO CONCRETO DEL GIUDICE”. ....	- 264 -
12. IL NUOVO CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO E IL DIRITTO EUROPEO. ....	- 281 -
13. UNO SGUARDO ALLE ESPERIENZE DI ALTRI PAESI. ....	- 283 -

<b>CONCLUSIONI</b> .....	- 301 -
--------------------------	---------

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	- 311 -
---------------------------	---------

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha come oggetto gli accordi patrimoniali che i privati stipulano in relazione al matrimonio in fase di crisi o in previsione di essa.

Il primo capitolo ha la funzione di fornire al lettore gli strumenti per una più adeguata comprensione delle tematiche che verranno affrontate successivamente. Infatti, dopo aver ripercorso i tratti essenziali dello sviluppo storico del diritto di famiglia italiano, viene presentata una personale ricostruzione al fenomeno della cosiddetta “privatizzazione del diritto di famiglia” e illustrato il cambio di prospettiva ritenuto necessario per una corretta interpretazione della fisiologia e della patologia delle relazioni affettive.

La conclusione del capitolo uno è dedicata al metodo: si è scelto di analizzare le relazioni contrattuali tra coniugi (e nubendi) attraverso una (ragionata) applicazione dell’Analisi Economica del Diritto. L’incontro tra la scienza economica e quella giuridica farà subito emergere l’istanza di una necessaria revisione della disciplina contrattuale, in chiave interpretativa ancor prima che positiva. Si farà così conoscenza con la teoria dei contratti relazionali (TCR) la quale, assieme all’analisi economica, costituirà il filo rosso di tutto il lavoro e coadiuverà sia il momento di analisi e critica della situazione esistente (*pars destruens*) sia la fase successiva propositiva (*pars costruens*).

A questo punto il lavoro si suddividerà in due parti in cui nei successivi due capitoli verranno presi in rassegna gli accordi patrimoniali tra coniugi “in fase di crisi” e quelli “in vista di una crisi meramente eventuale”.

Nel secondo capitolo, dunque, l’attenzione del lettore verrà posta sugli accordi in fase di separazione e di divorzio e di quelli a essi “*a latere*”, ossia stipulati precedentemente, contestualmente, successivamente ma sottratti alla cognizione dell’Organo Giudicante. La tematica sarà ulteriormente suddivisa tra accordi inerenti meramente ai coniugi e quelli inerenti anche alla prole.

La critica all’interpretazione oggi maggioritaria condurrà alla necessità di un ripensamento generale che troverà sintesi nelle prime conclusioni formulate alla fine del capitolo, sempre coadiuvati dalla prospettiva metodologica prescelta e precedentemente illustrata.

Nel terzo capitolo, poi, si prenderà in rassegna in chiave critica la dottrina e la giurisprudenza in materia di “accordi prematrimoniali” svelandone “luci e ombre”. Ancora una volta, l’analisi economica e la TCR forniranno alcune suggestioni che dimostreranno come tali accordi non solo potrebbero essere già considerati validi nel nostro ordinamento, ma che essi conducono, di fatto, il sistema all’efficienza.

Il quarto capitolo, infine, rappresenterà il punto di approdo di tutto il lavoro. In esso si potranno leggere alcune riflessioni sulle relazioni affettive sia nel loro momento fisiologico che in quello patologico. Si cercherà di comprendere, inoltre, se nel nostro ordinamento abbia ancora senso ritenere necessaria una qualche forma di “presidio” del matrimonio e degli accordi tra i coniugi. La forte spinta verso la “privatizzazione” delle relazioni affettive, in particolare dei loro aspetti economici, verrà contenuta grazie alla riscoperta dei valori della Costituzione e degli interessi superiori esistenti, *in primis* quelli inerenti alla prole.

Si dirà che il sistema vigente già sarebbe in grado di far fronte alla situazione di *impasse* esistente (così come rilevata in diversi momenti dello studio) a patto di poter modificare la prospettiva con cui la questione viene presa in analisi. Tuttavia, si auspicherà l'intervento del legislatore in senso conforme alle soluzioni prospettate innanzi alle questioni problematiche emerse.

Si parlerà, quindi, di contratti (pre)matrimoniali nell'unitarietà di una sola "nuova" categoria, la cui validità sarà sottoposta a requisiti "*ex ante*" che i coniugi dovrebbero rispettare, così come a requisiti "*ex post*" la cui valutazione sarà rimessa al giudice in una complessa ricostruzione fattuale che tenga conto dei diversi elementi relazionali della storia affettiva.

In questo compito, il diritto internazionale privato, comparato e dell'Unione Europea forniranno un supporto utile alla costruzione di un modello nonché per perorare la nostra causa.

Nelle conclusioni, infine, si ripercorrerà lo spirito del lavoro in modo da poter assumere un punto di vista più ampio e in grado di cogliere l'essenza del lungo percorso compiuto, nonché inserirlo all'interno della più recente discussione dottrinale con l'auspicio di poter contribuire, in qualche modo, alla ricchezza delle riflessioni esistenti sul tema.

# CAPITOLO PRIMO

## **Autonomia privata e diritto di famiglia: i contratti tra coniugi alla luce dell'analisi economica del diritto e della teoria dei contratti relazionali**

### **1. Il diritto di famiglia e l'introduzione della Costituzione italiana.**

Per comprendere le ragioni profonde dei dibattiti che da sempre animano gli studiosi del diritto di famiglia italiano è necessario partire dal passato<sup>1</sup>, più precisamente dal momento della promulgazione del codice di diritto civile avvenuta nel 1942.

L'idea di Stato e di famiglia in esso contenuta può essere vista come l'esito dell'influenza delle dottrine dell'idealismo ottocentesco tedesco. In parte perché su di esso moltissimi pensatori italiani si erano formati, in parte perché la filosofia proposta sembrava sostenere l'ideologia dello Stato così come immaginato dal partito fascista.

Anche il modo in cui intendere i rapporti tra i cittadini e le istituzioni aveva subito tale influsso. Molto comune, ad esempio, era l'idea per cui il vincolo matrimoniale comportasse un momento di trascendenza dalla dimensione personale-privatistica, verso la creazione di un'astratta e superiore entità: la famiglia. Questa, infatti, da un lato era considerata l'unione concreta di due soggetti in carne e ossa la cui libertà era subordinata all'etica dello Stato e alle sue leggi; dall'altro era l'astratta espressione di interessi superiori che potevano giungere financo a giustificare il mantenimento contro la volontà dei coniugi<sup>2</sup>.

Si comprende, quindi, il perché la famiglia fosse considerata una vera Istituzione

---

<sup>1</sup> Un panorama storico del diritto di famiglia italiano lo si può leggere in SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1043 ss. (parte I) e 1287 ss. (parte II). Utile per la comprensione di quanto si dirà può essere anche la lettura di CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1572 ss. Per quanto concerne specificamente il rapporto tra diritto di famiglia, società e relazione e ruolo del diritto C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano 2014, 6, per il quale che il diritto di famiglia non può essere inteso come una semplice traduzione in termini giuridici del dato sociale ma si prospetta come uno dei fattori di sollecitazione della realtà della famiglia; vedi anche SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova 2016, 1 ss.

<sup>2</sup> L'idealismo Hegeliano assorbì dunque anche il matrimonio. E in effetti, ripercorrendo il pensiero del filosofo, si può dire che lo spirito libero, che è volere della libertà, trovi compiuta realizzazione solo nello spirito oggettivo. Ciò perché la libertà è tale solo nelle istituzioni storiche concrete, dove il volere del singolo si mescola e si fonde col volere razionale. L'etica si realizza nella famiglia, nella società e nello Stato. È nello Stato anzi, inteso come complesso di famiglia e società, che quest'ultime trovano sostanza, perché dipendono dalla legge e alla legge si conformano. Tale legame, anzi unità, garantirebbe, per il filosofo, la vera libertà, giustizia e uguaglianza. Cfr., HEGEL, *Filosofia del diritto*, trad. Novelli, Napoli 1863, 176 ss.

La ricostruzione dell'influenza dell'idealismo sul diritto di famiglia può essere letta anche in FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in *Il Foro Italiano*, 100, 1977, 83-90.

con non velate finalità pubblicistiche, in cui il potere dispositivo dei componenti era perciò ridotto<sup>3</sup>.

Nella famiglia si realizzava l'etica (o ideologia) dello Stato. Anzi, nello Stato la famiglia trovava sostanza, perché dalla legge dipendeva e alla legge si conformava<sup>4</sup>. Era necessario, quindi, concepire una struttura ideale di famiglia. Il legislatore del tempo la individuava in quella costituita da una gerarchia in cui moglie e i figli erano collocati in una posizione subordinata rispetto alla figura del padre-marito che ne costituiva, invece, il vertice<sup>5</sup>.

Così concepito il sistema è facile comprendere la ragione per cui i diritti e i doveri di ogni soggetto fossero strettamente correlati al proprio *status* e ruolo all'interno di questa gerarchia<sup>6</sup>.

L'ideologia appena descritta si è protratta per molti anni anche dopo la caduta del fascismo. Questo fenomeno ha reso storicamente più lunga e difficoltosa l'emancipazione del diritto di famiglia dall'imperativismo statale, con la conseguenza che il processo di progressiva valorizzazione dell'autonomia privata dei coniugi ha proceduto a rilento, se lo si paragona invece a quanto accaduto ad altri rami del diritto privato, come quello delle obbligazioni, in cui si è potuto assistere a una modificazione più rapida e a un abbattimento più agevole delle resistenze.

L'opportunità di garantire una maggiore autonomia privata nell'assunzione delle decisioni endofamiliari era stata un'esigenza già sentita da alcuni pensatori nel corso del Ventennio<sup>7</sup>.

È solo successivamente, però, più precisamente negli anni '50 e '60, che alcune timide voci hanno evidenziato la necessità di garantire ai coniugi una maggiore libertà nella determinazione degli aspetti patrimoniali e invitato gli interpreti a non estendere divieti all'agire anche laddove non fossero stati positivamente previsti dal legislatore<sup>8</sup>. Tuttavia, anche negli scritti di questi studiosi, emergeva costantemente l'idea dell'opportunità di contemperare il bisogno di libertà e di autodeterminazione dei soggetti con le peculiarità del diritto di famiglia e degli interessi pubblici

---

<sup>3</sup> VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003, 5. Cfr. anche, SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. Trim. di Diritto e Proc. Civ.*, 2017, 2, 567.

Non è un caso che alcuni autori del tempo, come Antonio Cicu sostenevano la tesi per cui il diritto di famiglia fosse riconducibile, o quantomeno contiguo, al diritto pubblico. Cfr. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, 1914, 145.

<sup>4</sup> Secondo Cicu, la famiglia è, come lo Stato, "Un aggregato di formazione naturale e necessaria". L'idea dell'autore su famiglia e matrimonio, espressa nel suo testo (CICU, *Il Diritto di famiglia*, op. cit.), può essere rinvenuta sinteticamente in: FINOCCHIARO, in "Matrimonio", *Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, libro I*, Zanichelli, 1971, 12 ss.

<sup>5</sup> NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904.

<sup>6</sup> Cfr. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, 913, il quale mette in risalto come il diritto di famiglia costituisca una resistenza a quell'evoluzione che riguardò il diritto nel passaggio dall'era premoderna alla modernità vera e propria. Lo *status* nel diritto di famiglia, infatti, ha costituito per moltissimo tempo la fonte di ogni diritto e dovere. Al contrario, invece, i principi di libertà e eguaglianza hanno portato molto prima a considerare il consenso come elemento fondante ogni obbligazione.

<sup>7</sup> BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1941, 1 e ss.

<sup>8</sup> SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss.

sottesi<sup>9</sup>.

Inoltre, accanto a chi proponeva di emanciparsi dall'idea di "famiglia istituzionalizzata", vi erano molti illustri giuristi che si opponevano con forza a una evoluzione del diritto di famiglia in un senso ritenuto rivoluzionario e distruttivo per la struttura sociale. Tra questi Piero Calamandrei, ad esempio, nell'Adunanza Plenaria dell'Assemblea Costituente, avuta luogo il 17 aprile 1947, sosteneva che "... sotto l'aspetto giuridico, il nostro diritto vigente - che nessuno, per ora, che io sappia, vuole cambiare - non è basato sull'uguaglianza giuridica dei coniugi: perché il capo della famiglia è il marito, è lui che dà il cognome alla moglie ed ai figli, è lui che stabilisce il domicilio della famiglia, e la moglie è obbligata a seguire il marito, e non viceversa. E questa disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è una esigenza di quella unità della famiglia, di questa società, che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona. Si potrebbe cambiare questo sistema: e stabilire che capo della famiglia sia la moglie, che essa dia il cognome ai figli e stabilisca il domicilio, e che il marito sia obbligato a seguire la moglie; e che ad essa spetti la patria potestà sui figli. Sarebbe un altro sistema. Ma tra questi due sistemi bisogna scegliere: uno intermedio, che dia a tutt'e due i coniugi la assoluta parità giuridica, non esiste<sup>10</sup>".

Certamente, in questo lungo processo appena accennato, la Costituzione italiana del 1948 ha fornito un considerevole impulso. Nonostante i principi in essa contenuti siano stati recepiti dal legislatore in maniera molto graduale, i concetti di uguaglianza, solidarietà, parità di diritti e doveri tra i coniugi si sono progressivamente instillati nelle menti di pensatori ed entrati nelle aule di tribunale e nei libri prima ancora di diffondersi tra la società civile.

La Costituzione ha accompagnato l'evoluzione della società italiana postbellica indicando due traiettorie complementari: da una parte la valorizzazione della persona in sé e per sé considerata<sup>11</sup>, dall'altra tutelando l'unione<sup>12</sup> in cui interessi individuali e della famiglia vanno contemperati.

All'interno di questo nuovo ordinamento costituzionale, alcune disposizioni del codice civile del 1942 manifestavano tutta la loro disarmonia. È il caso, ad esempio,

---

<sup>9</sup> Sulla funzione sociale della famiglia e sull'evoluzione di tale concetto si veda MARELLA-MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, 41 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio* 2, Milano, 2011, nota 1, 22 ss.

<sup>10</sup> CALAMANDREI, *Assemblea Costituente, Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, Seduta pomeridiana di giovedì 17 aprile 1947*, 2981 ss.

<sup>11</sup> Il primo indirizzo si considera essere espressione dell'art. 2 Cost., che riconosce e promana da tutte le formazioni sociali. Tra queste, la famiglia, rappresenta il perno per eccellenza dello sviluppo della personalità del soggetto. Si veda RESCIGNO, *L'individuo e la comunità familiare, Persona e comunità*, Padova, 1988, 231 ss. In particolar modo, a pagina 237 è possibile leggere che "nel quadro di una società pluralista l'ordinamento rimette ai gruppi medesimi il regolamento della vita interna e la scelta dei fini da perseguire, e riduce o attenua, quando non rinuncia a qualsiasi pretesa di interloquire".

<sup>12</sup> Dal punto di vista dell'unione "famiglia", invece, l'art. 29 Cost. ha riconosciuto l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, pur sempre rimanendo all'interno dell'alveo dell'unità familiare. Cfr. anche BESSONE, *Rapporti etico sociali*, in Branca (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 18 ss.

degli artt. 144 e 151 c.c. aventi a oggetto la potestà maritale e la separazione per inosservanza dei doveri nascenti dal matrimonio. Essi prevedevano che “il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza” e che “non è ammessa l'azione di separazione per adulterio del marito, se non quando concorrono circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave per la moglie”.

La Corte Costituzionale, tuttavia, nelle fasi iniziali del suo operato ha mantenuto un atteggiamento cauto nell'adattamento delle norme di diritto di famiglia presenti nel codice civile ai nuovi principi espressi dalla Costituzione. In questo senso, ad esempio, deve essere letta la sentenza del 28 novembre 1961 n. 64 in cui era stata sottoposta alla sua analisi un articolo manifestamente in contrasto con l'art. 29 Cost. Si trattava dell'art. 559 c.p.<sup>13</sup> che prevedeva la pena alla reclusione solo per l'adulterio commesso dalla moglie. I giudici costituzionali in tal occasione hanno sostenuto che “(...) l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere (...) dalle valutazioni che si affermano nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base (...) alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito (...). Il principio della eguaglianza tra coniugi (...) non perde di contenuto a causa delle limitazioni che la legge può apportarvi, se queste, come è prescritto, siano mantenute nell'ambito della garanzia della unità familiare”.

La probabile consapevolezza di se stessa e del suo compito hanno portato tuttavia la Corte Costituzionale a comprendere ben prima del legislatore che i principi del nuovo ordinamento costituzionale italiano non sarebbero dovuti rimanere solamente sulla carta. Così, restando in materia di adulterio, la Corte, sebbene solo dopo vent'anni dall'avvento della Costituzione, è giunta a sostenere che: “alla stregua dell'attuale realtà sociale, la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale. Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti. La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 c.p. non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito: e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità.”<sup>14</sup>

L'esempio dell'adulterio è utile per comprendere quali sono stati i primi passi mossi dal processo di espansione del riconoscimento di una maggiore autonomia

---

<sup>13</sup> L'art. 559 c.p. prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale avvenuta con le sentenze del 19 dicembre 1968, n. 126 e del 3 dicembre 1969, n. 147 disponeva che: “La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. Il delitto è punibile a querela del marito.”

<sup>14</sup> Corte Cost. 19 dicembre 1968 n. 126, in *Giurcost.org*.

privata dei coniugi nella determinazione delle reciproche questioni economiche. Ciò perché non è possibile parlare di autonomia privata in materia patrimoniale se prima non si ammette la presenza di due soggetti considerati, almeno in linea di principio, uguali e posti su di un piano di parità.

In questo senso, la distruzione del sistema gerarchico nei rapporti familiari ha rappresentato il primo e fondamentale elemento per poter disquisire attorno alle questioni che devono essere considerate “aspetti privati” della relazione coniugale, e quindi non sottoposte all'egemonia di un soggetto esterno come lo stato.

In primo luogo si parta dall'assunto per cui ogni relazione coniugale si compone da una parte di aspetti relazioni e personali, dall'altra di quelli patrimoniali. Essenzialmente di quest'ultimi il presente lavoro si occupa.

Per il nesso indissolubile che si costituisce nel matrimonio tra due persone chiamate a vivere congiuntamente una medesima sorte di spirito e materia, gli aspetti economici della famiglia sono da sempre stati letti e intesi alla luce degli stessi principi ispiratori delle norme in materia di rapporti personali.

La gerarchia delle relazioni affettive e il potere decisionale nella vita di ogni giorno erano, infatti, lo specchio di un parallelo diritto-dovere del marito di provvedere al mantenimento del proprio nucleo familiare, attraverso le sue insindacabili decisioni di destinare le sostanze prodotte secondo la sua direzione nel modo ritenuto più opportuno per il bene della famiglia.

Si comprende facilmente, quindi, la ragione per cui i rapporti patrimoniali esistenti tra i diversi sessi non potessero di certo dirsi paritari. Più in generale la donna transitava dallo *status* di *figlia* a quello di *moglie* passando dall'assoggettamento del potere decisionale del padre a quello del marito. Questa conformazione dei rapporti sociali era pacificamente accettata perché congeniale ai valori sociali e la tutela della famiglia quale supremo interesse.

Non deve, quindi, destare stupore la lettura degli articoli del codice civile alla sua prima emanazione. In particolare, l'art. 145 c.c. rappresentava un chiaro esempio di quanto si è cercato qui di dire: “il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze. La moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti”.

Anche questo sistema di costruzione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ha subito una modificazione progressiva, seppur sempre molto lenta.

Inizialmente era davvero difficile pensare di inquadrare i rapporti economici tra i coniugi come contratti. In primo luogo perché da una parte mancavano oggetti contrattualizzabili, dall'altra perché mancavano gli istituti che prevedessero l'esercizio del potere contrattuale. Più in generale, tuttavia, tutto questo non era sentito come necessario perché qualsiasi accordo sugli aspetti patrimoniali tra marito e moglie, anche una volta riconosciuta la loro parità sostanziale dalla Costituzione, era inteso come un qualcosa di non assoggettabile alla materia contrattuale perché altro e oltre l'aspetto patrimoniale. In altre parole, l'idea era che qualsiasi decisione, anche patrimoniale, avesse una ragione e una funzione che andava ben oltre gli aspetti economici, i quali ne costituivano solo il mezzo per il raggiungimento di un obiettivo più importante, ossia la sussistenza del nucleo familiare.

Così, mentre il diritto delle obbligazioni, dal dopo guerra ai giorni nostri, ha

conosciuto una graduale ma progressiva evoluzione volta all'incremento dell'autonomia privata, al pari dello sviluppo industriale e sociale del Paese e ai nuovi indirizzi di politica economica domestica ed europea, il diritto di famiglia manifestava una condizione di immobilismo. Per rappresentare questa situazione non ci sono parole migliori di quelle di Jemolo secondo cui "la famiglia è un'isola che il mare del diritto può solo lambire<sup>15</sup>".

Eppure non sono mancati coloro che hanno cercato di ritagliare alcune forme di autonomia privata nel rapporto infraconiugale. Ne è un esempio Santoro Passarelli il quale, pur rifiutando di parlare di contratto anche laddove i rapporti fossero di natura patrimoniale, sosteneva, per la loro peculiarità, l'appartenenza di tutti gli atti compiuti dai coniugi alla più grande categoria del "negozio giuridico familiare<sup>16</sup>".

Ma l'idea per cui i rapporti tra coniugi non potessero mai essere oggetto di contratto era un pensiero che per molti costituiva un importante postulato. Come sostenuto da Cicu per tutta la sua vita, gli interessi pubblici sottesi al matrimonio erano da considerarsi assolutamente incompatibili con qualsiasi principio o categoria contrattuale<sup>17</sup>. A proposito di ciò, il legislatore del 1942 aveva avuto modo di esprimere il proprio pensiero nella Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice civile, ritenendo applicabili con le dovute cautele *ratio materiae* i principi contrattuali ai negozi giuridici familiari. Più precisamente era stato rilevato che: "(...) resta fuori dalla diretta disciplina del titolo secondo del libro delle obbligazioni una categoria imponente di negozi giuridici il cui contenuto non può valutarsi economicamente, come, ad esempio, i negozi di diritto familiare: questi non sono sostanzialmente omogenei rispetto agli altri che hanno un oggetto patrimoniale, e quindi anche la loro disciplina deve essere in gran parte diversa. Per tali rapporti si farà capo alle regole concernenti i contratti nei limiti in cui ciò risulti possibile; e infatti, le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art. 1324, che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico. Analogamente la disciplina sostanziale del contratto si estende agli accordi salvo per ciò che concerne le particolarità che questi presentano (ad esempio nella formazione e negli effetti)<sup>18</sup>".

Nella sua relazione, tuttavia, il legislatore sembra far riferimento ai negozi giuridici familiari di tipo personale e non tanto a quelli patrimoniali.

In sintesi è possibile sostenere che la ragione dell'ostilità con cui si è storicamente guardato alla contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi deve la sua origine a diversi fattori: in primo luogo al modo di intendere la famiglia e il rapporto tra uomo e donna, con tutte le difficoltà in tema di emancipazione dal passato e insensibilità del legislatore ai nuovi sentire sociali; in secondo luogo per la costante sovrapposizione, o comunque collegamento inscindibile, tra aspetti personali e aspetti patrimoniali; in terzo luogo per l'assenza di istituti che richiedessero davvero l'uso dello strumento contrattuale, almeno fino al momento dell'introduzione della separazione e del divorzio.

---

<sup>15</sup> JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur.*, Università di Catania, 1948, III.

<sup>16</sup> SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, op. cit., 381 ss.

<sup>17</sup> *Ex multis* cfr. CICU, *Il Diritto di famiglia*, op. cit., 1914.

<sup>18</sup> Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice civile, punto 602.

Si ritiene, infatti, che sia stata la prefigurazione della crisi matrimoniale a rappresentare un momento di fondamentale importanza per lo sviluppo delle relazioni contrattuali tra marito e moglie. Questo concetto va subito chiarito. La necessità dello strumento contrattuale per disciplinare gli aspetti economici dei coniugi non godeva di rilevanza allorché il matrimonio era concepito come indissolubile, dove il marito era chiamato a prendere ogni decisione, anche economica, per mantenere tutta la famiglia. L'accordo tra i coniugi, specie dopo l'introduzione della Costituzione, risultava quindi essere un qualcosa di meramente personale, in quanto i coniugi erano chiamati a definire l'indirizzo della vita comune di tutti i membri della famiglia. L'accordarsi su aspetti patrimoniali, in altre parole, non aveva alcun senso. Anche un eventuale accordo su un ipotetico *quantum* da dedicare alle spese della moglie, ad esempio, sarebbe pur sempre rientrato nella determinazione patti- zia di aspetti personali, sempre legati all'indirizzo della vita comune familiare.

Ancora una volta si nota la sovrapposizione tra dimensione patrimoniale e dimensione personale nel diritto di famiglia.

La vera novità viene introdotta dalla crisi, che cambia radicalmente le regole del gioco e il modo di pensare dei giocatori. La previsione della crisi, inoltre, non è altro che il risultato dell'evoluzione del sentimento sociale così come recepito dalla Costituzione. Infatti, come si ricava dalla lettura dell'art. 29 Cost., la nostra Carta Costituzionale introduce un principio di valorizzazione del sé accanto a quello della famiglia. Marito e moglie acquistano valore e importanza in quanto singoli esseri umani prima ancora che componenti di un medesimo nucleo familiare. Con la Costituzione italiana si introduce il concetto di "Io" e lo si pone accanto al "Noi". Se questo è vero, allora si deve ammettere che l'Io possa non volere più, o non essere più in grado di tollerare, il "Noi" tanto da dovere, o volere, separare o sciogliere questo vincolo.

Da questo punto di vista, la prospettiva dell'introduzione degli istituti della separazione e del divorzio ci sembra potesse già intuirsi dal modo in cui il nuovo assetto costituzionale italiano era stato costruito. Sorprende, dunque, non tanto l'introduzione del divorzio, quanto la tardività con cui ciò è avvenuto. Questioni, tuttavia, da riconnettere più agli aspetti religiosi e politici piuttosto che a quelli sociali.

Si diceva, quindi, che è la crisi a far scaturire per la prima volta il bisogno di servirsi di uno strumento come il contratto nei rapporti tra marito e moglie.

Se un rapporto ammette la crisi, la conflittualità e lo scioglimento, allora si pone la necessità di avere uno strumento di risoluzione delle controversie o di anticipazione delle stesse<sup>19</sup>. Il contratto è, quindi, uno strumento moderno del diritto di famiglia.

Perché è altresì necessario separare gli aspetti personali da quelli patrimoniali? Perché il patrimonio è l'unica cosa che rimane quando l'unione viene sciolta definitivamente. Diventa allora un interesse meritevole di tutela quello di dare alle parti la possibilità di disciplinare gli aspetti economici della propria relazione.

Che il contratto possa essere utilizzato per risolvere o prevenire conflitti personali

---

<sup>19</sup> A proposito del contratto e degli istituti della crisi del matrimonio (separazione, divorzio), si veda RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, 112, secondo cui l'uso del termine contratto può ritenersi "congruo e conveniente, per situazioni in cui si regolano rapporti di carattere patrimoniale, per modificarli o estinguerli o costituirli".

è una questione aperta e di cui non ci si occuperà. Anzi, poiché la sovrapposizione degli aspetti patrimoniali e personali della relazione si è dimostrata essere un elemento di confusione e di contrasto all'uso dello strumento contrattuale nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, si vuole ribadire qui la necessità di tenere ben distinti i due piani, alla luce di una sensibilità sociale certamente diversa da quella dell'Italia dell'800 e, in parte, anche da quella del '900.

## **2. Gli anni Settanta del Novecento.**

Il principio costituzionale di parità tra i coniugi, come detto, ha impiegato anni prima di entrare davvero nella mente degli studiosi e nelle aule dei tribunali.

Sebbene possa sembrare controintuitivo, oltre a consentire lo scollamento dell'inscindibilità degli aspetti patrimoniali e personali, la "legalizzazione della crisi" ha coadiuvato il processo di collocazione dei coniugi su di un medesimo piano. Lo scardinamento dell'indissolubilità del matrimonio avvenuto con la legge del 1° dicembre 1970 n. 898, infatti, ha comportato una modificazione della concezione dei rapporti familiari e, per alcuni, ha rappresentato il punto d'avvio di un lungo processo di "privatizzazione dell'istituto matrimoniale<sup>20</sup>". La separazione e il divorzio, infatti, hanno creato un nuovo luogo della contrattazione tra coniugi prima non immaginabile.

In effetti, le procedure consensuali di separazione e di scioglimento (o di cessazione degli effetti civili) del matrimonio richiedono alle parti in causa di cercare un accordo non solo (e non soprattutto) sugli aspetti personali, ma su quelli patrimoniali. L'assegno di mantenimento e quello divorzile rappresentano il primo e più importante esempio di ciò.

In questo senso, è facile comprendere la portata innovativa di quella che si è chiamata "legalizzazione della crisi". Per la prima volta, infatti, i coniugi, ma ancor più gli operatori del diritto, si sono trovati dinnanzi a un campo inesplorato fino a poco prima: la questione, e le relative criticità, dell'applicabilità o meno di concetti facenti parte della dimensione contrattuale all'interno del diritto di famiglia.

Con ciò non si vuole sostenere che prima di questo evento mancassero i contratti tra marito e moglie, ma che, escluso il caso delle convenzioni matrimoniali, si trattava di ipotesi di contratti che ben potevano sussistere tra qualsiasi soggetto privato. Con la L. 898/1970, invece, è stata ammessa la possibilità che due soggetti proprio per il fatto di essere dotati dello *status* di marito e moglie possano regolare pattizionalmente alcuni aspetti patrimoniali nel momento del termine della loro relazione coniugale.

Negli anni successivi però, molti studiosi si sono rifiutati categoricamente di parlare di contratti, preferendo l'utilizzo del termine di "negozi". La difficoltà, che in una parte della dottrina sussiste tutt'oggi, si fondava proprio sul presupposto che gli accordi in materia familiare non possono mai avere natura puramente patrimoniale, poiché coinvolgono in maniera più o meno pregnante anche elementi di tipo personale.

---

<sup>20</sup> "Il processo di privatizzazione dell'istituto matrimoniale ha avuto avvio con l'introduzione del divorzio". Così MENGONI, *Nuovi orientamenti sul matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, 106 ss.

---

Ciò, però, non ci sembra condivisibile. Ci pare, infatti, che questo sia solamente un atteggiamento di preclusione mentale piuttosto che un assunto giuridico. L'accordo con cui (specie in fase di crisi) due coniugi costituiscono, regolano o estinguono un rapporto giuridico patrimoniale non può che essere qualificato come un contratto ex art. 1321 c.c.

È stato notato che negli anni '70 la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di alcune norme del codice del 1942 con i "nuovi" principi costituzionali di parità e uguaglianza dei coniugi, abbia proposto velatamente una visione per cui tutte le attività negoziali dei coniugi avrebbero alla base il requisito dell'affettività<sup>21</sup>. Secondo tale dottrina sarebbe stata proprio questa una delle ragioni per cui anche negli anni successivi numerosi giudici di merito e di legittimità hanno continuato a cercare di far emergere gli aspetti personali-sentimentali sottesi a ogni operazione economica tra marito e moglie anche laddove si trattasse di accordi a mero contenuto patrimoniale.

Secondo una diversa posizione, invece, è possibile ritenere che il modo di argomentare della Corte Costituzionale degli anni '70 fosse strumentale al raggiungimento del suo obiettivo: l'espunzione delle norme del codice civile incompatibili con i nuovi principi di uguaglianza materiale e morale dei coniugi così come espressi dalla Costituzione. Nel compiere questo sforzo, i giudici della Corte Costituzionale hanno cercato di far emergere tutte le incongruenze storiche e sociali del sistema legislativo in essere ponendo in risalto le caratteristiche di una società profondamente diversa da quella del legislatore prebellico. Una di queste caratteristiche era proprio quella di essere in presenza di persone sempre più autonome da un punto di vista patrimoniale e intellettuale, maggiormente libere di scegliersi come coniugi e consapevoli del ruolo da assumere all'interno della famiglia. Una famiglia basata sull'affetto e sull'amore. Per tale ragione, le operazioni negoziali patrimoniali tra marito e moglie sono state interpretate come funzionali all'interesse della famiglia e in relazione dell'affetto nutrito reciprocamente da ogni coniuge. Ciò tuttavia, lungi dall'essere inteso quale elemento fondante degli accordi patrimoniali tra coniugi, era parte della ricostruzione dello spirito sociale esistente in Italia in quegli anni.

Per comprendere quanto detto finora, appare utile analizzare due importanti sentenze della Corte Costituzionale: la sentenza del 21 giugno 1973, n. 91 e la sentenza del 16 dicembre 1970, n. 188.

In quest'ultima sentenza i giudici hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 164 c.c. che vietava ai terzi la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali. La sentenza merita di essere citata in quanto esempio di come le fattispecie contrattuali contenute nel codice civile inerenti agli aspetti patrimoniali delle relazioni coniugali siano state oggetto di attenzione da parte della Corte Costituzionale, la quale ha manifestato l'idea per cui non possano essere previste deroghe all'applicazione delle regole generali dei contratti solo perché l'accordo coinvolge due coniugi. Come è stato rilevato dalla Corte, un diverso trattamento determinerebbe

---

<sup>21</sup> Si veda, per esempio, OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, in [www.giacomooberto.it](http://www.giacomooberto.it), 5 ss.; SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in Carraro, Oppo e Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 334.

un'evidente disparità nei confronti dei terzi "in relazione a situazioni sostanzialmente omogenee o facilmente assimilabili. Tali, infatti, sono quelle in cui si trovano i terzi qualora siano pregiudicati nei loro interessi da contratti in genere o da convenzioni matrimoniali in particolare, che le parti abbiano posto in essere simulatamente: in entrambi i casi il pregiudizio deriva da atti di autonomia privata e appare astrattamente meritevole di tutela l'interesse all'accertamento della realtà dei rispettivi rapporti contrattuali".

Interrogandosi sull'esistenza di una giustificazione razionale alla deroga prevista dall'articolo 164 c.c., la Corte è approdata alla conclusione che appare illogico e arbitrario che il terzo, mentre può eccepire la simulazione di un qualsiasi contratto, non lo possa fare allorché si tratti di una convenzione matrimoniale, soprattutto in considerazione del fatto che gli autori della simulazione, invece, possono avvalersene.

La seconda sentenza citata, invece, ha a oggetto il divieto di donazioni tra coniugi previsto dall'art. 781 c.c., il quale è stato dichiarato incostituzionale perché in contrasto con l'art. 3 Cost. Il Giudice Costituzionale, infatti, ha rilevato che la norma in questione fosse un retaggio storico, frutto di una tradizione che risaliva ai tempi del diritto romano. La *ratio* di tale divieto era dovuto a diversi timori, quali "il timore che un coniuge possa essere spogliato dall'altro per amore; timore che le donazioni possano distogliere i genitori dall'allevamento della prole; timore che il vincolo coniugale possa essere indebolito per il fatto che il coniuge avente la possibilità non effettui donazioni all'altro; timore che la reputazione dei coniugi possa essere compromessa in quanto l'unione appaia basata su un prezzo; timore che il coniuge più abbiente possa essere impoverito a favore del coniuge meno abbiente". A proposito di questi timori, la Corte ha sostenuto che l'infondatezza e l'irragionevolezza dei tentativi compiuti da molti giuristi (fin dall'epoca medioevale) per sostenere la necessità del divieto di donazioni tra coniugi siano particolarmente evidenti "soprattutto se siffatte giustificazioni si vogliono invocare rispetto al matrimonio moderno".<sup>22</sup>

Molte sono state le ragioni che hanno condotto alla dichiarazione di incostituzionalità del divieto di donazione tra coniugi. Tra queste, in particolare, rileva l'irragionevolezza del "ritenere che una donazione possa turbare la relazione coniugale

---

<sup>22</sup> Senza voler anticipare quanto si avrà modo di dire nel proseguo del presente lavoro, ci sembra che molti di questi timori si presentino anche nella dottrina e giurisprudenza contemporanea che, pur in assenza di norme di senso contrario, cercano nell'ordinamento ogni appiglio normativo possibile pur di limitare la possibilità dei coniugi di decidere liberamente le questioni patrimoniali reciproche, in particolar modo in funzione o a seguito della crisi. Tale atteggiamento nasconde, il più delle volte, una preferenza ideologica piuttosto che un'aderenza al dato normativo. Sono paure e timori che a quasi cinquant'anni dalla pronuncia della sentenza in analisi non sono ancora stati superati, nonostante il diritto di famiglia si sia ulteriormente evoluto prendendo una strada tesa alla valorizzazione delle scelte personali e dell'accordo dei coniugi. Di qui l'idea per cui il problema che si sta vivendo non sia dato dall'assenza di strumenti normativi che, volendolo davvero, potrebbero trovare applicazione in via interpretativa, bensì dal desiderio di preservare quanto più possibile lo *status quo* al fine di garantire una protezione minima ai coniugi, secondo un indirizzo ritenuto a priori maggiormente opportuno. Si ritiene, in conclusione, che se questi timori fossero rimossi dalle menti di chi osteggia una maggior autonomia patrimoniale dei coniugi, anche costoro ammetterebbero le soluzioni a cui ora si oppongono. Il punto, dunque, diventa quello di capire quali strumenti potrebbero essere idonei per questo fine.

più che un qualsiasi altro rapporto patrimoniale”, in tal modo ponendo ancora una volta su di uno stesso piano tutti i contratti stipulati tra coniugi; o quella per cui “la limitazione dell’attività negoziale imposta nei loro reciproci confronti ai coniugi legittimi solo perché hanno tale qualità giuridica è priva di ogni valida giustificazione.”

Il Giudice Costituzionale, inoltre, ha sottolineato che la giustificazione del mantenimento dell’art. 781 c.c. nel codice del 1942 (nonostante la sua permanenza nell’ordinamento fosse criticata diffusamente dalla quasi totalità degli operatori e studiosi del diritto) era stata l’idea per cui il trasferimento dei beni da un coniuge all’altro potesse turbare il regime delle loro relazioni, il quale deve fondarsi sul reciproco affetto e non su egoistici calcoli utilitari.

Una tale affermazione, tuttavia, manifesta un’intrinseca irragionevolezza, specie se letta negli anni in cui si vive. Irragionevole per almeno tre ragioni: in primo luogo per la tendenza, ancora una volta, a voler sovrapporre il “mondo degli affetti e delle relazioni personali” a quello “degli aspetti economico-patrimoniali” che ben possono viaggiare su binari separati o della cui sovrapposizione, perlomeno, il diritto non dovrebbe occuparsi. Quando marito e moglie si accordano per definire un aspetto patrimoniale loro riguardante, per il diritto dovrebbe essere rilevante solamente la causa sottostante a tale contratto. Voler considerare gli annessi e connessi aspetti personali-affettivi significa dare rilevanza ai motivi, di cui invece il diritto, salvo le rare e conosciute ipotesi, si disinteressa.

Quanto al secondo motivo di irragionevolezza, non esiste alcuna norma nel nostro ordinamento che sostenga che il matrimonio sia basato sull’amore e l’affetto o che, comunque, imponga ai nubendi di non eseguire calcoli economici e utilitaristici nel momento della stipula del vincolo coniugale o di quello della sua dissoluzione. Così, ad esempio e in relazione a quanto appena detto, non può dichiararsi nullo un matrimonio celebrato tra un giovane e un’anziana ricca signora solo al fine di divenirne erede un giorno; né può opinarsi la validità di un divorzio concordato solo per ottenere dei vantaggi fiscali. Il nostro ordinamento, infatti, da una parte si disinteressa delle ragioni per cui i soggetti si sposano, dall’altra gli operatori del diritto di fatto non danno rilievo e non si interrogano sulla veridicità delle ragioni per cui è “venuta meno l’*affectio coniugalis*” quando i coniugi chiedono la separazione personale.

Il terzo motivo di irragionevolezza ce lo consegna direttamente la Corte, per la quale: “a base del divieto di cui all’articolo 781 del codice civile vi è la presunzione assoluta che il matrimonio legittimo crei fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l’uno possa sempre essere circuito o costretto dall’altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni, presunzione questa incompatibile con il disposto dell’art. 29, capoverso, della Costituzione che ordina il matrimonio sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e con la stessa concezione giuridica del matrimonio”.

La Corte, infine, ha sostenuto l’evidenza del contrasto dell’art. 781 c.c. con l’art. 3 della Costituzione. La norma denunciata, infatti, violava il principio di uguaglianza fra cittadini in quanto conduceva alla conclusione che lo *status* di “soggetto coniugato” con una data persona costituisse un elemento discriminatorio rispetto alla capacità del non coniugato o del coniugato con altra persona di donare e di

ricevere per donazione. La disposizione, intesa come limite alla capacità contrattuale dei cittadini coniugati nei loro reciproci confronti, riducendo la libertà della loro iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, non trovava nemmeno alcuna ragionevole giustificazione in motivi che attenessero all'utilità sociale o alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana o che comunque potessero identificarsi con i principi e i valori tutelati dalla Costituzione o che questa si propone di attuare.

Il pregio delle due sentenze qui analizzate, dunque, è quello di aver compiuto un ritratto della nuova società italiana e della necessaria revisione del diritto di famiglia alla luce di principi costituzionali mai tradotti realmente in norme giuridiche fino a quel momento.

Il legislatore dell'epoca, accortosi di essere innanzi a una società profondamente diversa da quella prebellica, ha deciso di intervenire nel 1975 mediante un'opera di profonda modificazione e modernizzazione delle norme del codice di diritto privato in materia di famiglia. Si tratta della nota legge del 19 maggio 1975, n. 151.

La portata innovativa della summenzionata legge è stata a tal punto rilevante che la dottrina moderna suole individuare in essa il primo vero momento di quella che è stata definita "privatizzazione del diritto di famiglia"<sup>23</sup>. Con questa dicitura si è soliti riferirsi a quel processo iniziato diversi decenni fa, e per alcuni ancora non compiuto, teso alla progressiva sottrazione del diritto di famiglia da quell'istituzionalismo di cui si ha già avuto modo di parlare, a fronte di un graduale incremento dell'autonomia privata dei coniugi, ai quali è stata riconosciuta una crescente possibilità di determinazione autonoma delle vicende familiari e una valorizzazione del loro accordo nelle decisioni da assumere in funzione dell'interesse della famiglia<sup>24</sup>.

La Riforma del diritto di famiglia, in parte recependo i principi espressi dalla Costituzione agli articoli 2, 3, 29 e 30<sup>25</sup>, ha effettivamente posto le basi per la costruzione di un nuovo modello di relazione tra marito e moglie, valorizzando il loro essere soggetti individuali con certi diritti e doveri, ma allo stesso tempo bilanciando le personali esigenze con quelle del comune progetto familiare, informato su alcuni importanti principi come quello di assistenza e solidarietà<sup>26</sup>. L'autonomia

---

<sup>23</sup> ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, op. cit., 3 ss.

<sup>24</sup> Cfr. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss.; SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, in *Atti del Convegno di Verona*, Padova, 1986, 270 ss.; SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998, II, 1, 811 ss.; TESTA, *Rapporti patrimoniali e la famiglia*, Milano, 2010, 1 e ss. Per un esaustivo panorama in materia di autonomia privata cfr. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'Autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 43 (2014), t. 1, 589 ss. In materia di rapporti familiari, più specificamente, cfr. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, 77 ss.

<sup>25</sup> Per approfondimenti sulla relazione tra Costituzione e diritto di famiglia si legga, *inter alia*, PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011, passim; SESTA, *sub art. 29 cost.*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015, 80 ss.; SESTA, *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Sesta-Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; AMAGLIANI, *Principi in materia di famiglia*, in *Ordines*, 2, 2015, 14 ss

<sup>26</sup> Tale nuovo indirizzo ha portato a una progressiva espansione dell'autonomia privata anche nell'"isola" famiglia. Cfr. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in

dei coniugi, intesa sia in senso di possibilità di autodeterminazione per il marito e la moglie, sia come autonomia decisionale delle questioni endofamiliari senza alcuna eterodeterminazione<sup>27</sup> però, se da una parte viene riconosciuta e tutelata, dall'altra viene contenuta e "blindata" da alcune importanti norme. Di ciò sono un esempio gli articoli 143, 144 e 160 c.c.<sup>28</sup>.

Le tre disposizioni appena citate sono state introdotte dal legislatore come faro guida sia degli aspetti personali che di quelli patrimoniali della famiglia, costituendo gli argini entro cui la relazione tra marito e moglie deve essere impostata.

Data la finalità del presente lavoro, ci si limita ad analizzare le implicazioni che queste norme possono avere sugli accordi patrimoniali.

Ai coniugi sembrerebbe essere data la possibilità di accordarsi contrattualmente sulle modalità con cui adempiere ai propri obblighi di contribuzione e assistenza materiale, non potendo, invece, derogare in alcun modo a essi.

Da quello che emerge da quanto detto finora, dalla lettura della Costituzione e dai nuovi artt. 143, 144, 160 c.c., l'ordinamento positivo ci restituisce un'immagine "plastica" della relazione coniugale. Appare, invece, un'opera impossibile il voler cristallizzare la famiglia all'interno di un modello precostituito. Anche gli stessi concetti di "diritti" e "doveri" dei coniugi, "assistenza materiale", "indirizzo e bisogni della famiglia" si prestano a declinazioni che non possono essere univoche.

Ogni famiglia è diversa dalle altre. Ogni rapporto coniugale è differente da qualunque altro. L'opera compiuta dal legislatore del '75 (e da quello successivo) se da una parte ha avuto il merito di aver evidenziato un sentimento sociale condiviso,

---

Ruscello (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia*, Cedam, Padova, 2006, 17; MARELLA-MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, op. cit., 41 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, op. cit., nota 1, 22 ss.

<sup>27</sup> È stato detto, per esempio, che il legislatore del 1975 nell'introdurre la regola dell'accordo in materia di indirizzo della vita coniugale e residenza ex art. 144 c.c. ha manifestato la volontà di aprire al consenso e alla pari determinazione dei coniugi "interi territori dove regnavano il potere autoritario e la sottomissione" (RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 117), ponendo come faro regolatore di ogni vicenda infraconiugale un "consenso permanente" (FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, I, 614) quale fonte in grado di legittimare tutte le scelte negoziali dei coniugi.

Cfr. anche, *inter alias*, ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1996, 32 ss., e 80 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 217 e 311 ss.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 443 ss.

<sup>28</sup> La prima disposizione menzionata, infatti, a proposito dei diritti e doveri dei coniugi statuisce che: "con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia". Quanto all'indirizzo della vita familiare e alla residenza, l'art. 144 c.c. oggi prevede che: "I coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. A ciascuno dei coniugi spetta il potere di attuare l'indirizzo concordato". Infine, di particolare importanza è anche l'art. 160 c.c., il quale dispone l'inderogabilità dei diritti e doveri previsti dalla legge per l'effetto del matrimonio.

dall'altra non può essere intesa se non come la predisposizione di una serie di “norme di indirizzo”, ossia una base astratta che nel concreto viene riempita di contenuti e sensi diversi in ogni relazione coniugale.

Quando, come in questo lavoro, si tratta del tema della possibilità di contrattualizzare liberamente i rapporti patrimoniali tra coniugi, non si discute dell'*an* dei diritti e doveri economici del marito e della moglie, ma del *quomodo* a essi sia concesso determinare o predeterminare il loro contenuto, accordandosi sulle modalità con cui a essi adempieranno concretamente nel loro specifico rapporto.

Il fatto che oggi sia possibile con estrema facilità iniziare una relazione matrimoniale e con altrettanta semplicità dissolverla e sciogliere il rapporto, porta a chiedersi se esistano, e quali debbono essere, i limiti al diritto dei coniugi di accordarsi liberamente sulle questioni economiche che li riguardano.

Dagli anni duemila in poi, infatti, le ulteriori mutazioni del sentire sociale hanno evidenziato nuove esigenze che sono state colte dal legislatore e divenute norme positive.

### **3. Il diritto di famiglia negli anni duemila e ai giorni nostri.**

Che il concetto di “famiglia istituzionalizzata” sia ormai tramontato è, oggi, più chiaro che mai<sup>29</sup>.

All'opera di scardinamento di quella che ora appare essere un'antica concezione della famiglia è stato il legislatore degli ultimi dieci anni<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Si leggano le parole di Lipari in LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2018, 3, 927, secondo cui “La granitica solidità di un istituto, che allo stesso costituente era sembrato riconducibile alla struttura di un unico paradigma — sul fondamento di una tradizione che, al di là delle convinzioni religiose, rispondeva, di fatto, ad una realtà sociale ampiamente diffusa — si è venuta progressivamente stemperando in una pluralità di modelli, così da condurre alla convinzione, ormai assolutamente condivisa, di una molteplicità di famiglie (...). Ci troviamo, tuttavia, a mio giudizio, in una condizione che tende a diventare generale nell'esperienza giuridica del postmoderno: il ruolo cioè sempre più marginale del legislatore e la necessità per l'operatore pratico di prendere in considerazione non un sistema rigido di enunciati, ma un contesto di situazioni reali governate da indici di valore condivisi. (...) Direi cioè, senza necessità di dover riproporre qui argomenti già ampiamente entrati nel dibattito dei giuristi, che si debba piuttosto dire che il tema della famiglia può oggi essere assunto a paradigma di quella vicenda (alla quale da tempo vado rivolgendo la mia attenzione) di radicale capovolgimento del processo applicativo del diritto, che da procedimento discendente da una norma dettata ad un risultato applicativo all'esito dell'interpretazione si è modificato in un procedimento ascendente che ricava un tessuto di principi condivisi dalla molteplicità dei casi che l'esperienza propone e ne elabora una regola sempre storicamente condizionata”. L'autore parla della crisi del divorzio in relazione alla “privatizzazione” del diritto di famiglia, intendendo il progressivo allontanamento delle relazioni affettive tra privati dal controllo statale e da quello dei giudici anche nel momento del suo scioglimento. Per tale ragione egli, per esempio, sostiene anche che: “il principio di libertà e di autoresponsabilità che ne risulta consacrato, nel rendere ultronea la mediazione giurisdizionale, tratteggia come diritto potestativo, in senso sostanziale, il potere in capo ai coniugi di separarsi e di divorziare, di disciplinare i risvolti anche economici di dette scelte, nonché di modificare il regime *ab initio* concordato”.

<sup>30</sup> Per alcuni contributi recenti sull'evoluzione del diritto di famiglia italiano si legga SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, 2019, 563 ss.; SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla “crisi” del divorzio?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2020, 523, secondo cui: “le linee di tendenza dell'ordinamento che emergono dalle opzioni precettive legali assegnano, invero, all'autonomia privata un ambito applicativo affatto nuovo,

Rilevano, a proposito di ciò, le novelle introdotte con la legge del 10 dicembre 2012, n. 219; dal D.Lgs. del 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162; dalla legge del 6 maggio 2015, n. 55 e dalla legge del 20 maggio 2016, n. 76.

Si tratta, infatti, di interventi legislativi che hanno modificato in modo sostanziale il diritto di famiglia italiano, rendendo necessaria una profonda riflessione sull'autonomia concessa ai soggetti nelle relazioni affettive.

A seguito della L. 76/2016 con cui è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle "unioni civili" e regolamentate le "convivenze di fatto", la dottrina si è molto interrogata sul significato da dare oggi ai concetti di famiglia e di formazione sociale.

La complessità delle tipologie e delle modalità di conduzione delle relazioni affettive ha avuto un impatto profondo nel modo in cui oggi è possibile intendere l'intero diritto di famiglia<sup>31</sup>. Non pare strano, allora, che sia stato rilevato come l'autonomia privata dei coniugi sia destinata a ritagliarsi nuovi e inediti spazi. A proposito di ciò, infatti, è stato detto che "anche nella chiave di un istituto che si va sempre più articolando nei modi della sua costituzione e del suo svolgimento va ripensato lo spazio riconosciuto all'autonomia dei privati nei rapporti familiari. È ragionevole prevedere che la molteplicità degli schemi familiari e la crescente riconduzione del modello stabile di coppia a paradigmi che si riconducono ad indici di valori condivisi, al di là di qualsiasi schematizzazione legale, tenderà progressivamente ad ampliare gli spazi dell'autonomia privata anche rispetto a temi che oggi si ritengono prevalentemente sottratti a qualsiasi forma di pattuizione convenzionale<sup>32</sup>".

Qualunque sia il proprio pensiero, ciò che appare agli occhi dell'interprete come un inopinabile dato acquisito è la semplicità con cui ai soggetti viene permesso di "entrare e uscire" dalla famiglia<sup>33</sup>. In questo senso è stato già da tempo notato che

---

riplasmandone l'attitudine funzionale e la portata contenutistica in chiave decisamente ampliativa quanto al potere gestorio della vicenda patologica che coinvolga il rapporto coniugale (o paraconiugale). Con formula di sintesi, potrebbe dirsi che, alla luce degli sviluppi dell'elaborazione normativa sul tema, alla crisi del matrimonio sembra corrispondere, nel momento storico attuale, la crisi del divorzio, avuto riguardo all'ingerenza dello Stato nella vicenda di cui trattasi".

<sup>31</sup> "Nell'evoluzione dogmatica del diritto di famiglia e nel ripensamento dei modelli normativi è agevole riconoscere le profonde trasformazioni sociologiche che investono il sistema delle relazioni familiari. E ciò mi pare possa dirsi a più forte ragione oggi che è revocato in discussione l'*idealtypus* di famiglia che il legislatore degli anni settanta ha visualizzato quale antecedente della disciplina vigente, che è la famiglia nucleare, convivente, stabile, tendenzialmente monoreddito, asimmetrica quanto alla ripartizione dei ruoli", così ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, 213 ss. O ancora "nel modello sociale che tende progressivamente a prevalere il matrimonio interviene, quando interviene, in corso di rapporto, nella ferma convinzione dei soggetti che lo stipulano che esso non incida in alcun modo (salvo i profili futuribili di ordine successorio) sulle modalità della loro relazione", LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, op. cit., 928.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 930.

<sup>33</sup> Con particolare riferimento al divorzio è stato detto che "dopo un periodo di prima sperimentazione piuttosto contrastato (...) sia andato incontro, soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso, ad un processo di crescita esponenziale. Ciò è, evidentemente, dipeso dal progressivo superamento di argini di ordine etico, sociale ed economico (e, nondimeno, religioso). Non può, infatti, sottrarsi il contributo offerto dal trascorrere, sul terreno della moralità corrente,

gli effetti del matrimonio sarebbero ormai nella disponibilità dei coniugi<sup>34</sup>, per lo meno quanto alle decisioni di accettarne o interromperne la produzione di quelli tipici e discendenti dall'esistenza del vincolo<sup>35</sup>. Si è detto, in particolare, che non sussistendo più un interesse superiore da far valere a fronte di quello dei coniugi di liberarsi da un rapporto ormai svuotato di significato, all'autonomia dei coniugi appartiene oggi la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale<sup>36</sup>.

Che la crisi sia questione privata dei coniugi, infine, è stato confermato anche dal legislatore con il D.L. 132/2014, col quale si è voluto dare ai soggetti un nuovo strumento per la risoluzione amichevole e consensuale del rapporto.

È consentito infatti, in assenza di prole, separarsi o divorziare dinnanzi al Sindaco mediante due comparizioni delle parti a distanza di trenta giorni l'una dell'altra, ciò a conferma della semplicità con cui è possibile sciogliere un vincolo matrimoniale

---

da un giudizio di disvalore nei confronti della condizione del soggetto divorziato ad una piena accettazione sociale della stessa, secondo quanto appare ormai da tempo definitivamente acquisito. Parimenti, la ridefinizione dei ruoli all'interno della coppia, con il crescente distacco, da parte della donna, del suo compito "focolaristico" e della sua corrispondente collocazione ancillare, verso l'attività lavorativa esterna e la produzione del reddito, ha consentito di infrangere la vieta barriera eretta dalla mancanza di autosufficienza economica. Ed ancora, a non poter essere trascurata è la maturata consapevolezza che la dissoluzione del consortium familiare, anziché esser sempre ed invariabilmente causa di un grave pregiudizio per i figli, ed imprimere su di essi uno stigma sociale, può evitare loro i rischi di una degenerazione psicologica ed emotiva, specie al cospetto di un contrasto lungo e lacerante. Nei fattori appena — sia pur sinteticamente — esposti possono intravedersi i prodromi della revisione del dogma della indissolubilità del legame di coniugio sul piano del costume e del comune sentire, con il correlativo impulso alla incessante affermazione del divorzio". Ma è anche necessario che il giurista accetti anche che "l'istituto denunci, all'opposto, a distanza di mezzo secolo, il proprio evidente, inarrestabile, declino, in ragione di un più evoluto modo di concepire e di tratteggiare la giustapposizione tra autorità e libertà in *subiecta* materia, attraverso il rafforzamento della capacità autodeterminativa dei privati a scapito dell'amministrazione statale — affidata alla mediazione dell'organo giudiziario — della fase disgregativa del vincolo e delle sue ricadute, non solo economiche". Così SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio?*, op. cit., 522, con qualche riferimento a opere di sociologia della famiglia come: BARBAGLI, *Provando e riprovando*, Bologna, 1990, 47 ss.; SARACENO, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1988 (2° ed.), 119 ss.; DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, 2018 (6° ed.).

<sup>34</sup> Per approfondimenti si veda PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Atti del convegno "La crisi coniugale tra contratto e giudice"*, in *Il Foro Italiano*, 2008, V, 1161-1162; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, gli accordi processuali, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008, 99 ss.; SCARSELLI, *L'intervento del notaio nella prospettiva di una riforma dei procedimenti di separazione tra coniugi*, in *Il Foro Italiano*, 2008, 167-171.

<sup>35</sup> Per una recente riflessione sul ruolo del divorzio e della separazione e sulla loro relazione si legga: DANОВI, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 73-84. L'autore, tra le altre cose, sostiene che "l'ambito dei diritti costituzionali legati ai valori dell'identità personale si arricchisce così sino a comprendere non soltanto il diritto alla costituzione di un'unione, ma altresì lo speculare diritto alla sua disgregazione (...); si passa, in altri termini, dalla dimensione fisiologica e costruttiva del rapporto a quella patologica e di crisi".

In giurisprudenza si legga, *intern alias*, Cass. 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Il Foro italiano*, 2014, II, 1, 463 ss., con nota di CASABURI; e in *Fam. e Dir.*, 2015, 38 ss., con nota di TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*.

<sup>36</sup> FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 243 ss.

o un'unione civile.

Quest'ultima ipotesi, tuttavia, non ammette la possibilità per i coniugi di accordarsi sulle reciproche questioni patrimoniali che potrebbero residuare da una, più o meno lunga, vita condivisa.

Il D.L. 132/2014, tuttavia, ha introdotto anche questa possibilità da realizzarsi a mezzo di una negoziazione assistita da due o più avvocati. Il significato più importante di tale novità è la previsione della possibilità di sottrarre completamente alla conoscenza del giudice le vicende personali di mutamento dello *status* dei coniugi e la regolamentazione delle questioni economiche. Con ciò il legislatore ha implicitamente manifestato l'idea per cui non sia necessario alcun controllo esterno per validare l'accordo raggiunto autonomamente dei coniugi sulle modalità con cui porre fine alla propria relazione<sup>37</sup>.

L'unico limite è costituito dalla presenza di figli, la quale impone che gli avvocati trasmettano al Pubblico Ministero competente l'accordo negoziato al fine di compiere un controllo di compatibilità e opportunità in relazione al miglior interesse della prole<sup>38</sup>.

Il D.L. 132/2014, quindi, ci porta a compiere un'importante riflessione sulla questione della disponibilità degli effetti, quantomeno patrimoniali, del matrimonio ma, soprattutto, di quelli della crisi. Sul punto è stato per esempio rilevato che “le nuove procedure di separazione e divorzio, introdotte dalla l. n. 162/2014 dovrebbero aver tuttavia fugato ogni dubbio sulla piena disponibilità dei rapporti tra ex coniugi, mettendo in luce che non si tratta di situazioni a tutela di diritti fondamentali a disponibilità controllata, e quindi la piena validità degli accordi anche preventivi rispetto all'insorgere della crisi. Nel ragionare sul ruolo e sulla funzione dell'autonomia privata oggi nel diritto di famiglia potrebbe addirittura apparire contraddittorio che per un verso il legislatore incoraggi e legittimi le soluzioni negoziali della crisi, e, per altro verso, la giurisprudenza continuasse a inibire in punto di fatto e quale conseguenza di un controllo a posteriori, (...) gli accordi volti a prevenire contenziosi o a superare in modo non conflittuale la fase del divorzio<sup>39</sup>”, ma anche che “i nuovi contratti di separazione e divorzio ribadiscono, infatti, la sostanziale

---

<sup>37</sup> Per alcuni spunti di riflessione si legga TOMMASEO, *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 1053 ss., spec. 1055; DANOVÌ, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 950; Id., *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, op. cit., 2524; Id., *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 1045; Id., *Nuovi modelli di separazione e divorzio* (artt. 6 e 12 l. 10 novembre 2014, n. 162), in Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, Torino, 2016, 1985 ss.; Id., *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere della tutela dei diritti*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2016, 1031 ss.; CAPORUSSO, *sub art. 6 d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, in Santangeli (a cura di), *La nuova riforma del processo civile*, Roma, 2015, 99 ss.; RUO (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Bari, 2016; BESSO MARCHEIS, *Mediazione e negoziazione in materia di diritto di famiglia*, in AA. VV., *Il processo in materia di diritto di famiglia*, Milano, 2018, 45 ss.

<sup>38</sup> Sul punto e in particolar modo sull'atipicità del ruolo del Pubblico Ministero, tra i primi commentatori del D.L. 132/2014 si annovera POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *Il Foro Italiano*, 2015, V, 41.

<sup>39</sup> PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 581.

rilevanza dell'autonomia privata come strumento di regolazione non solo della vita in comune (art. 144 c.c.) ma anche degli effetti della crisi, segnando una ulteriore tappa del processo di privatizzazione e contrattualizzazione delle relazioni familiari che la giurisprudenza teorica e pratica ha più volte rilevato. Ma soprattutto esprimono una chiara linea di politica legislativa volta a contrastare (e tendenzialmente superare) la storica pretesa dello Stato di assorbire la materia della crisi familiare tra le altre sulle quali esercitare sovranità e giurisdizione, in coerenza con il solenne principio di autolimitazione posto nell'ordinamento costituzionale italiano dall'art. 29 Cost., attraverso il riferimento alla famiglia come "società naturale", che segna un limite alla stessa potestà normativa dello Stato e, a maggior ragione, alla potestà giurisdizionale affidata al giudice. Da nessun punto di vista la Costituzione consente una forzatura sulle strutture che la famiglia ed i suoi componenti ricevono dal costume e dal sentire sociale sugli intenti e modalità di vita che in ogni nucleo familiare (e a fortiori dopo la definitiva cessazione del rapporto coniugale) si realizzano per autonoma decisione dei singoli individui<sup>40</sup>.

Ulteriore conferma del fatto che il matrimonio (o l'unione civile) e la crisi siano una questione privata lasciata sempre più all'autonomia dei coniugi è data dalla riduzione dei termini previsti dal legislatore per ottenere il divorzio. Se per le unioni civili è sufficiente attendere tre mesi dal momento in cui si comunica all'Ufficiale di Stato Civile di voler sciogliere il vincolo e il momento in cui si propone apposito ricorso presso il Tribunale competente, per le coppie unite in matrimonio dal momento della comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale per la separazione legale a quello di proposizione della domanda per scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, a seguito della novella prevista dalla L. 55/2015 che ha ridotto i termini, è sufficiente che decorra un periodo di tempo non più di tre anni, bensì di sei mesi in caso di separazione consensuale o di un anno in caso di separazione giudiziale<sup>41</sup>.

Tutto ciò premesso, alla luce dell'evoluzione del diritto di famiglia così delineata, è necessario chiedersi su quali aspetti deve ritenersi esistente una rilevante

---

<sup>40</sup> Ibid. 576.

<sup>41</sup> Partendo dall'analisi delle riforme in materia di diritto di famiglia, iniziate negli anni 2000, è stato sostenuto che: "In questo modo il legislatore ha compiuto un ulteriore e deciso passo nel cammino verso il progressivo smantellamento di principi sino a ieri consolidati e dei tradizionali e tipizzati apparati processuali. Invero, rispetto alla previgente e consolidata concezione "pubblicistica" della giustizia in materia di famiglia si è dato ingresso a una prospettiva differente, focalizzata su elementi volontaristici e consensualistici anche indipendenti dalla presenza del processo. Il matrimonio vede così ridursi la sua componente e portata pubblicistica, divenendo sempre più, anche nella dimensione della crisi, una questione privata tra i suoi protagonisti. Una valutazione assoluta e unitaria di tale direttrice non è probabilmente possibile, in quanto troppe sono le variabili soggettive e personali sulle quali la stessa potrebbe poggiare; ma evidentemente si è compreso che se il diritto di famiglia regola la vita degli individui, in linea di principio (e quanto meno nelle ipotesi in cui non vi siano figli minori o soggetti vulnerabili da tutelare) sono quegli stessi individui che devono poter gestire anche la crisi delle loro personali relazioni. Dal punto di vista dei rapporti tra i coniugi, quindi, la riforma risponde all'idea che lo Stato debba esprimere vicinanza ai bisogni del cittadino; ciò che si attua non soltanto nell'approntare un più ampio ventaglio di possibili strumenti di tutela, ma altresì nel predisporre a tal fine strumenti quanto più possibile semplici, pratici e accessibili e senza pregiudizievoli strascichi giudiziari". Così DANOVÌ, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, op. cit., 81.

autonomia decisionale dei soggetti e su quali esista o debba esistere una maggiore attenzione/restrizione da compiersi a opera dello Stato in qualità di garante di interessi superiori.

Per compiere questa non semplice operazione appare prodromico comprendere quale sia il fulcro della famiglia nell'architettura odierna, così come disegnata dal legislatore.

Nonostante sul punto esistano una pletora di opinioni, pare di poter aderire a quel indirizzo dottrinale che individua nella prole la vera fonte dei diritti indisponibili nella famiglia italiana dell'oggi<sup>42</sup>. Ciò mediante una complessa ricostruzione del sistema che tiene in primo luogo conto delle recenti novità in tema di filiazione introdotte nel 2012-2013, che rappresentano un vero momento rivoluzionario nel diritto di famiglia italiano<sup>43</sup>. Pare infatti che i vincoli solidaristici restrittivi dell'autonomia individuale siano da riscoprire alla luce della (nuova) responsabilità genitoriale. Si può assistere così a un progressivo spostamento dalla concezione per cui la solidarietà familiare sia conseguenza diretta del matrimonio a quella per cui, accanto ad una solidarietà infraconiugale, se ne affianchi una ben più importante e stringente, ossia quella che lega i membri della famiglia in quanto genitori ed educatori della prole, vero soggetto necessitante di una tutela paternalistica da parte

<sup>42</sup> In merito alla centralità del rapporto di filiazione nel contemporaneo diritto di famiglia italiano si legga, *inter alia*, GORASSINI, *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia: un ritorno all'essenza dei fenomeni*, in Auletta, *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano 2007, 255 ss.; PARADISO, *Potestà, abuso e tutela dei figli*, *ivi*, 219 ss., 335 ss.; PARADISO, *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2016, 101 ss.; *Id.*, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1306 ss.; GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2018, 385 ss.; FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 1188; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, *Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2012, 39, parla di uno "slittamento del diritto di famiglia verso la filiazione"; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino 1999, 62; PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2007, 541; FALZEA, *Fatto vitale. Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1985, 531; MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in *Jus*, 1998, 456, nota 19; DIROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europ. d. priv.*, 2009, 758, parla di "orientamento alla prole"; NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2012, 186; RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, 20, 21, 206 ss., rileva "la naturale propensione alla prole" del matrimonio. In senso conforme, per la giurisprudenza, Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. e Dir.*, 2005, 365; Cass. 15 gennaio 2009, n. 814, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2009, 629; Cass. 19 marzo 2009, n. 6697, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2009, 1663.

<sup>43</sup> Per una esaustiva ricognizione della materia, Cfr. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 4; SESTA, voce *Filiazione* (diritto civile), in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 445; AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 466; AL MUREDEN-SESTA, *sub art. 315 bis c.c.*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, op. cit., nota 10, 1150; MORACE-PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 687 ss., in part. 718 ss.; SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, *ivi*, 119 ss.; CIANCI, *La nozione di responsabilità genitoriale*, *ivi*, 579 ss.; DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss.

dell'Ordinamento<sup>44</sup>.

In questo senso depone a favore anche la nuova normativa in tema di negoziazione assistita e, soprattutto, di separazione e divorzio dinnanzi al sindaco<sup>45</sup>. In quest'ultimo caso, infatti, il legislatore ha posto l'assenza di prole quale *conditio sine qua non* allo scioglimento del matrimonio in maniera semplice, veloce e meno dispendiosa (stante anche la non necessità di una difesa legale)<sup>46</sup>.

Il rapporto coniugale, in particolar modo, sembra aver assunto una posizione di disponibilità, ma solo allorché non vi siano figli, i quali evidentemente connotano la famiglia e lo stesso rapporto coniugale in maniera diversa<sup>47</sup>. È la loro presenza a generare un vincolo, anche solidaristico, più pregnante, che impone un

---

<sup>44</sup> SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, op. cit., 569, secondo cui "in breve, le nuove regole hanno radicalmente modificato la nozione di famiglia legale, che ora non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso, tanto che, come è stato scritto, "sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli status", citando in nota DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Justitia*, 2012, 129.

Il fatto che la prole sia diventata un nucleo attorno al quale ruota sempre più il concetto di famiglia è dimostrato anche dall'emersione di alcuni dibattiti/riflessioni che parevano fino a qualche decennio fa impensabili. Si pensi al concetto di "genitore sociale" o "nonno sociale". Sul punto si legga CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 1475 ss.; Id., *La famiglia si allarga ai 'nonni sociali'*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2019, 49-65.

<sup>45</sup> Sulla perdita di rilevanza del matrimonio e sull'attenuazione del controllo da parte del giudice e l'incremento della celerità delle procedure per ottenere il divorzio, si veda RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in Cicu-Messineo-Mengoni (diretto da) e (continuato da) Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia*, II, Milano, 2015, 41 ss.; OBERTO, *sub art. 3, l. n. 898/1970*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, op. cit., nota 10, Addenda di aggiornamento alla III ed., Milano, 2015, 4 ss. Sulle riforme in questione la dottrina è stata molto prolifica. Si veda, a titolo esemplificativo, AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 535 ss; TOMMASO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 8/9, 2015, 1141 ss.; Id., *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, op. cit., 1053 ss; CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, c. 1287 ss.; CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinnanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015, c. 1739 ss.

<sup>46</sup> Cfr. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 295 ss.; BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, 15 ss. Sull'interesse supremo del minore, anche nella negoziazione assistita, si veda: TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 2, 162.

<sup>47</sup> Una lucida e sintetica ricostruzione della questione può essere trovata nelle parole di SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, op. cit., 569-570, secondo cui "l'osservazione sistematica delle recenti riforme induce a concludere che, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze, anagraficamente dichiarate o meno, tra persone etero od omosessuali; mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ha abolito le partizioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero, o meno, uniti in matrimonio. Il che, nel suo complesso, rappresenta un rovesciamento della prospettiva costituzionale caratterizzata com'è (ra), da un lato, dalla connotazione della famiglia quale istituzione necessariamente fondata sul matrimonio e, dall'altro, dalla differenziazione della filiazione nel e fuori del matrimonio, che — proprio perché destinataria di ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i membri della famiglia legittima — era ontologicamente differenziata da quest'ultima".

ridimensionamento all'autonomia dei singoli membri della famiglia<sup>48</sup>.

Così, se ancora si vuole ritenere esistente una concezione istituzionale della famiglia, pare opportuno traslarla al rapporto tra genitore e figlio, sottraendo invece la sfera del rapporto di coniugio. In altre parole, il matrimonio sarebbe oggi un "affare privato", la filiazione "un affare pubblico".

Conseguenza di tale rivoluzione copernicana che colloca i coniugi su di un vero piano di parità (anche nei confronti della prole) è il necessario ripensamento dell'ostilità con cui in passato si è guardato alla regolamentazione in via contrattuale di tutti i rapporti patrimoniali infraconiugali della crisi.

Se il matrimonio (e l'unione civile) sono un affare privato sottratto da imposizioni eterodirette, ai coniugi (e agli uniti civilmente) deve essere riconosciuta una quanto più ampia autonomia in materia di disposizione contrattuale delle vicende patrimoniali che li riguardano, specie in relazione alla crisi<sup>49</sup>.

L'ultimo passo nel lungo cammino di valorizzazione dell'autonomia privata nei rapporti familiari di cui si è testimoni negli ultimi anni è quello del disegno di legge

<sup>48</sup> Si legga SESTA, in *ibid.*, 570-571, secondo cui "gli attuali lineamenti della famiglia, pertanto, appaiono radicalmente modificati, al punto che, come è stato condivisibilmente osservato: «la tensione sulla società coniugale permane, ma sembra essersi spostata dal matrimonio alla famiglia, come centro di affetti e di tutela dei figli sino alla completa autonomia patrimoniale spostata sempre più avanti». Dunque non è più il matrimonio *il seminarium reipublicae*, quanto piuttosto — come ai primordi — il fatto della procreazione; del resto, come è stato scritto con efficacia, «l'indissolubilità del nucleo familiare, uno dei cardini del diritto di famiglia novecentesco nella declinazione italiana, è sopravvissuta al divorzio, ritagliandosi lentamente come risposta pesante ai problemi sollevati dalla leggerezza dei legami sentimentali divenuti flessibili se non informali, un pervasivo spazio culturale e sociologico aggrappato al giuridico rispetto al diritto dei minori alla stabilità affettiva anche all'interno di una post-famiglia resa indissolubile dalla filiazione». In altri termini, come ha scritto uno studioso inglese, l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, si è trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli". Dalla nota 33 a 36 l'autore cita PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, op. cit., nota 9, 638-639; EEKELAAR, *The End of an Era?*, in Katz-Eekelaar-Maclean (edd.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, 649 ss; SESTA-ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, nota 25, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 42 ss. Per alcuni scritti più recenti si veda TRIMARCHI, *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 1055 ss; C.M. BIANCA, *Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 119 ss.

<sup>49</sup> Si è poc'anzi accennato al fatto che ai soggetti viene data oggi la possibilità di entrare e uscire dalla famiglia con estrema facilità, grazie anche alle novelle introdotte di recente dal legislatore. I coniugi possono decidere liberamente di sposarsi e altrettanto liberamente di sciogliere il loro vincolo. Il legislatore, inoltre, promuove la risoluzione in via bonaria ed extraprocessuale delle controversie mediante una serie di istituti che consentono di dirimere le possibili contese di natura economica. Eppure, nonostante tutto ciò, l'attribuzione ai coniugi della facoltà di prevedere o dirimere contrattualmente gli aspetti patrimoniali della loro relazione è vista dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria con sospetto. Cfr. SESTA, *Negoziato assistito e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 295 ss., 296; RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato, una conversazione*, Il Mulino, 2017, 98-100; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, op. cit., 285 ss. e *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. Pers. e Success.*, 2005, 197 ss.

delega n. 1151/2019<sup>50</sup> che, all'interno di un più ampio e ambizioso progetto di riforma del codice civile, prevede la legittimazione della stipula "tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli".

Si tratta della proposta più coraggiosa mai presentata in Parlamento negli ultimi dieci anni<sup>51</sup> in quanto sembra voler aprire definitivamente alla contrattazione privata degli aspetti relazionali-affettivi in ogni loro sfumatura: personale, patrimoniale, di relazione con la prole.

Tale proposta di legge, quindi, non solo si inserisce marcatamente nel percorso di "privatizzazione" dei rapporti familiari, ma lo fa segnando un solco profondo in quanto potenzialmente in grado di cancellare decenni di giurisprudenza che, per contenere l'autonomia privata dei coniugi, si è spesso prodigata nella costruzione di "impalcature interpretative" atte a scongiurare le temute derive della contrattazione tra coniugi<sup>52</sup>. Sul punto un'autorevole Dottrina ha rilevato che "si agevola,

---

<sup>50</sup> Comunicato alla Presidenza del Senato in data 19 marzo 2019 (XVIII). Per alcuni commenti in dottrina si veda BASINI, *Gli accordi "tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o attuata unione civile"*, in *Aiaf Rivista*, 2019, 305 ss.; AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *i Contratti*, 2019, 601 ss.; BALESTRA, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss.; BASINI, *I cosiddetti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 1153 ss.

<sup>51</sup> Se le proposte di modifica Vi sono state, infatti, alcune proposte di legge in materia di accordi prematrimoniali ma, generalmente, relegate ai profili patrimoniali e per il periodo precedente al matrimonio. L'ultima proposta, invece, comprende sia profili patrimoniali che personali; sia interconiugali sia nei rapporti con la prole; sia in precedenza che in costanza di matrimonio. Per approfondimenti sul tema si veda l'iniziativa dei Deputati Morani e D'Alessandro (n. 2669 - XVII), presentata il 15 ottobre 2014 (recante Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali), successivamente riprodotta nella proposta di legge n. 244 (XVIII) (del 23 marzo 2018) presentata ad iniziativa dell'On. Morani. In dottrina una ricognizione sul punto è proposta da SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla p.d.l. n. 2669)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss.; QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, 291 ss.

<sup>52</sup> Si è detto che "a tale stregua, il contratto di diritto familiare, una volta definitivamente conformato come modello tipico, si presterebbe ad essere qualificato in chiave di contratto prematrimoniale o matrimoniale, a seconda del suo momento genetico. Peraltro, dalle scelte legislative in ordine alla disciplina dell'opponibilità ai terzi deriverebbe la possibilità, o meno, che nel disposto contrattuale vengano trasfusi i contenuti di una convenzione matrimoniale (tra coniugi), ovvero di una convenzione patrimoniale (tra soggetti uniti civilmente). Nella prima ipotesi, si supererebbe, evidentemente, la distinzione, tuttora rinvenibile nell'approccio classificatorio dottrinario, tra patto prematrimoniale, accordo "in vista" del divorzio (stipulabile in costanza di vincolo) e "contratto di matrimonio", destinato, quest'ultimo, a predeterminare gli aspetti patrimoniali attinenti alla (sola) fisiologia del rapporto (e con il quale le parti potrebbero, ad esempio, stipulare una convenzione matrimoniale volta all'adozione di uno specifico regime patrimoniale, così come designare la legge applicabile ai sensi del Regolamento UE 2016/1103, ovvero concludere una donazione obnuziale ex art. 785c.c., ovvero, ancora, costituire un vincolo di destinazione od un trust. Così SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio?*, op. cit., 523 ss., con riferimenti a BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, Milano, 2020, 291 ss., spec. 2.

a tale stregua, la massima espansione dell'ambito regolativo coperto dalla libera determinazione delle parti, dinanzi alla quale la norma di legge è chiamata a retrocedere. Il primato dell'autonomia negoziale che ne risulta si alimenta di un potere destinato ad incidere diacronicamente sul rapporto, in quanto dispiegabile sin dal momento costitutivo (ovvero nel fluire) di quest'ultimo e con una efficacia cui non si sottraggono le ricadute dell'evento disgregativo. Correlativamente, il negozio de quo, quale atto programmatico della vita familiare, alla relazione guarda nella sua complessità e nella sua interezza, quale fonte di istanze esistenziali, e, di riflesso, di situazioni giuridiche soggettive, che involgono, congiuntamente, la sfera personale e quella patrimoniale<sup>53</sup>. E, ancora, "si percepisce, all'evidenza, in ciò una rinnovata sensibilità al fenomeno di trasformazione cui il modello familiare è andato incontro in campo sociale, ed alla cui stregua l'idea della famiglia come istituzione è venuta progressivamente arretrando, proprio a motivo dell'emergere e dell'affermarsi del rapporto: secondo un'innovativa concezione della facoltà di pianificazione riconosciuta alle parti, incline al recupero di una capacità prospettica non già invariabilmente subordinata al palesarsi della crisi e confinata alla dimensione della patrimonialità, ma piena, siccome dispiegabile in ogni momento e senza alcun limite nella sua proiezione sul piano temporale. La figura del "contratto di diritto familiare" — che viene delineandosi — guarda al rapporto, da sottoporre a disciplina, nel suo divenire, anche in chiave eventualmente involutiva e declinante. Al blocco della progettualità esistenziale non può più corrispondere il blocco della progettualità negoziale<sup>54</sup>".

"Si è già sottolineato, (...) che i membri del consorzio familiare (...) reclamano la libertà delle proprie determinazioni quanto alla conservazione del vincolo, nonché rispetto alla gestione della sua fisiologia e della sua eventuale patologia, rivendicando il potere di rappresentare contenutisticamente le aspettative individuali che l'esperienza di vita in comune sottende, anche una volta giunta a termine. Orbene, di tale rivendicazione, l'ordinamento dimostra — sia pur, attualmente, ancora in nuce — di volersi fare carico, in un processo di allineamento della nostra realtà giuridica a quella di altre esperienze che, sul punto, hanno ormai da tempo acquisito al loro patrimonio dogmatico un paradigma di negozio riconducibile al contratto prematrimoniale. Si chiude, così, un processo di transizione verso un modello di confronto tra legge, giudice e contratto tale da comportare l'assunzione di un ruolo nuovo ed inedito — almeno per l'ordinamento italiano — del principio di autodeterminazione. Il superamento dei tradizionali stilemi in ordine all'an ed al quomodo della facoltà concessa, in materia, alle parti tende ad alienare gli interessi coinvolti nella vicenda intersoggettiva dal governo del diritto, la cui imposizione autoritativa sembra ripiegare in modo quanto mai deciso, strutturandosi intorno ad una funzione, irrinunciabile, di garanzia circa la fondatezza e la razionalità assiologica delle scelte convenzionalmente assunte. L'arretrare della norma giuridica, in favore di una potestà "nomo-poietica" tutta interna alla coppia, preclude, infatti, qualsivoglia deriva dettata dal personalismo o dall'individualismo, nel richiamo delle parti ad un impegno di cooperazione e di responsabilizzazione oggi riaffermato

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid.

attraverso il limite del rispetto dei principi e dei diritti fondamentali: impegno stringente nell'intero ciclo vitale del rapporto e finanche al di là di esso, laddove in gioco sia, all'esito della rinuncia allo status familiare pregresso, la soddisfazione di un'ineludibile istanza solidaristica post-affettiva. Da qui l'esigenza di assoggettare il disposto pattizio ad un controllo (duale, ex ante ed ex post): che, comunque, non si sottrae ad una logica eminentemente "privatistica", visto il compito all'uopo affidato al professionista garante della negoziazione, ed alla cui stregua l'iniziativa ope iudicis— ordinariamente concepita in veste certificativa o di mero avallo — rappresenta l'ultima istanza a presidio delle posizioni interessate<sup>55</sup>.

#### **4. Fisiologia e patologia del matrimonio.**

Per poter comprendere meglio il punto di vista adottato, appare di particolare importanza suddividere in due momenti il rapporto di coniugio: il primo, necessario, è quello fisiologico, in cui i soggetti condividono un'esperienza di comunione materiale e spirituale e sono chiamati a concordare le scelte, anche economiche, di indirizzo della vita familiare. Il secondo, invece, è quello patologico e, per tale ragione, può essere solo eventuale. È la crisi che rompe gli equilibri della fase fisiologica, determinando nuovi obiettivi e interessi dei soggetti coinvolti, tra questi la sistemazione degli eventuali rapporti economici pendenti che derivano o sono l'esito della vita comune che si vuole sciogliere.

Secondo tale ottica, dunque, i contratti che i coniugi stipulano possono avere natura e funzione molto diversa: da una parte vi sono i "contratti del rapporto coniugale", dall'altra i "contratti della crisi coniugale". All'interno di quest'ultima categoria, che pone la crisi come elemento strutturale, è possibile individuare l'esistenza di due diverse specie: la prima è quella dei contratti infra-crisi, con cui i coniugi desiderano dare una regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali quando la crisi è già in atto; la seconda è quella dei contratti pre-crisi (o "in vista della crisi), con cui i coniugi (o i nubendi), figurandosi la possibilità di una eventuale crisi decidono di servirsi del contratto come strumento deflattivo-transattivo delle possibili controversie che la conclusione della relazione potrà generare. In questi contratti, dunque, la crisi viene intesa quale condizione sospensiva di efficacia, come si avrà modo di vedere.

La dottrina e giurisprudenza maggioritaria, invece, tendono a non voler considerare le sovraespresse distinzioni, rifiutandosi così di valorizzare la crisi quale elemento in grado di modificare profondamente gli interessi e gli obiettivi dei coniugi, penetrando nella causa dei contratti che gli stessi stipulano. La conseguenza di tale pensiero è che essi finiscono per insinuarsi nei vuoti normativi lasciati dal legislatore spesso in maniera arbitraria o, comunque, manifestamente ideologicamente

---

<sup>55</sup> Ibid. Si è deciso deliberatamente di citare testualmente parte del saggio del prof. Spadafora in quanto in grado di condensare in poche righe il punto di arrivo del percorso in queste prime pagine tratteggiato. Esso rappresenta invero il punto di partenza dal quale ci si muoverà anche, e soprattutto, alla ricerca di quelle risposte che l'Autore invoca, nella speranza di essere (almeno in parte) in grado di fornire utili suggestioni in questo contemporaneo "equilibrio" raggiunto dal diritto di famiglia italiano.

orientata<sup>56</sup>.

Due sono gli atti che questo lavoro si appresta ad analizzare: i contratti tra i coniugi in sede di separazione e di divorzio e la loro relazione con i cd. “accordi a *latere*”; e i contratti prematrimoniali. Nel primo caso la giurisprudenza è giunta a soluzioni compromissorie in merito alla validità degli accordi tra coniugi che desiderano allentare o sciogliere il vincolo coniugale attraverso alcune distinzioni che non trovano riscontro in nessun dato normativo e che sembrano, secondo una crescente dottrina, frutto di una soggettiva preferenza piuttosto che di una corretta interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni legislative.

Nel secondo caso, invece, si può notare una categorica preclusione giustificata con vari argomenti, nessuno dei quali, tuttavia, convince pienamente.

Ciò che però accomuna entrambe le ipotesi è la già evidenziata mancanza di valorizzazione della crisi e degli strumenti che il legislatore mette a disposizione dei coniugi per prevenirla e affrontarla, nonché la sovrapposizione da una parte degli aspetti personali e patrimoniali del rapporto di coniugio, dall'altra del rapporto di coniugio e di quello genitoriale. Quanto specificamente a quest'ultimo punto, sussiste l'idea per cui la libertà contrattuale dei coniugi sia potenzialmente pericolosa per la tutela dell'interesse superiore della prole. Tale pensiero e timore, tuttavia, appare almeno in parte irragionevole.

Le questioni economiche riguardanti i coniugi si pongono su di un piano nettamente distinto da quelle, anche economiche, inerenti alla prole.

Le nuove disposizioni introdotte dal legislatore sembrano infatti confermare tale assunto. Il rapporto genitoriale non è disponibile e non è sottoponibile ad alcuna condizione. In altre parole, non conosce la crisi.

Il nostro ordinamento non ammette alcuna possibilità di scioglimento di questo rapporto perché, differentemente dal matrimonio in cui consapevolmente si acquista lo *status* di coniuge, nessun soggetto sceglie di acquisire lo *status* di genitore. Tale *status*, infatti, viene indissolubilmente attribuito dall'ordinamento a due persone come esito di un fenomeno puramente naturale, ossia la nascita. Da ciò discendono alcuni doveri che il legislatore ha definito nel loro complesso come “responsabilità genitoriale” volti a garantire “l'interesse superiore della prole”. Su questi i genitori possono al più trovare un accordo sulle modalità di adempimento, ma mai incidere sul loro *an*. Anche su tali accordi, tuttavia, il nostro ordinamento ammette la possibilità di una costante e continua interferenza da parte dello Stato che controlla, a mezzo di un giudice, il rispetto dei valori di tutela e protezione dei figli che

---

<sup>56</sup> Cfr. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 1 ss., secondo il quale la tendenza della giurisprudenza a temporeggiare su visioni retrospettive sarebbe dovuta all'incomprensione delle nuove prospettive del diritto di famiglia e al fatto che “la generazione precedente che governa, formatasi su una antecedente *Weltanschauung* è ontologicamente restia a riconoscere le metamorfosi intervenute”. A questa visione si è aggiunto che “non pare infatti estranea alla prassi giudiziaria una visione ancora molto legata alla indissolubilità del matrimonio che induce il giudice a stabilire regole eteronome funzionali al “prolungamento” degli effetti del matrimonio ormai estinto. Così PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, op. cit., 578, nota n. 13.

l'ordinamento ha posto come principi-guida<sup>57</sup>.

L'ulteriore errore in cui incorre una vasta dottrina e giurisprudenza, infine, è quello della sovrapposizione tra aspetti personali e patrimoniali del rapporto di coniugio. Questo profilo, già posto in rilievo, merita un approfondimento.

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria, restii al riconoscimento della piena libertà in merito alle operazioni economico-contrattuali dei coniugi in fase di crisi, sembrano considerare inscindibili gli aspetti personali e quelli patrimoniali della relazione coniugale<sup>58</sup>. Pare, infatti, che ogni operazione contrattuale possa avere un riflesso su diritti considerati indisponibili e si scontri perciò con il dettato di cui all'art. 160 c.c.

Questo ragionamento, tuttavia, contiene alcuni errori di fondo. Anzitutto, l'art. 160 c.c. si riferisce ai diritti e doveri della fase fisiologica del matrimonio e non a quella patologica. In secondo luogo l'istituto del divorzio, che rappresenta l'esito di una crisi irreversibile, si pone nei confronti dei rapporti nascenti dal matrimonio e creatisi in sua costanza come una valvola che smista verso i rami di un fiume con foce a delta. I rapporti esclusivamente patrimoniali prendono un ramo autonomo in quanto rimangono tali sia prima che dopo il divorzio, nell'attesa di essere definiti dai coniugi. Si tratta di tutte le reciproche questioni economiche pendenti, come gli acquisti effettuati in comunione dei beni.

Altri rapporti si distinguono perché cessano definitivamente (come l'obbligo di fedeltà o di coabitazione).

Altri ancora, infine, prendono una nuova via perché mutano la loro natura e si trasformano. È il caso, quest'ultimo, del dovere di contribuzione materiale e morale, che si trasforma nel dovere di contribuzione economica a mezzo dell'assegno divorzile.

Se il primo ramo di questo fiume metaforicamente immaginato concerne rapporti disponibili perché puramente patrimoniali<sup>59</sup>, il secondo ha a oggetto rapporti

---

<sup>57</sup> Tutto ciò si riconnette a quanto già evidenziato a proposito del nuovo nucleo del matrimonio nel diritto di famiglia italiano, ossia la prole, che ammette ancora un forte imperativismo da parte dello Stato.

<sup>58</sup> Si legga, ad esempio, il recente saggio di FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, op. cit., 1188 ss. in cui mi sembra di poter intuire proprio questa commistione.

<sup>59</sup> Tale riflessione nasce dal fatto che gli accordi della crisi, pur configurandosi come esito di libere negoziazioni delle parti, non rappresentano forme di rinuncia a diritti personali, assoluti e/o processuali. Cfr. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffrè, 1998, 49, secondo il quale è "dogmaticamente discutibile" l'argomento che fa perno sull'assunto per cui si tratterebbe di negozi dispositivi di uno stato personale. Ancora, "la dottrina prevalente ritiene che possano formare oggetto di transazione, in quanto disponibili, i diritti patrimoniali in sé e per sé considerati, anche se dipendenti dallo status dal momento che non esiste, infatti, una norma che stabilisca per i rapporti di famiglia, similmente a quanto accade per i rapporti di lavoro, la inderogabilità dei diritti patrimoniali vantati da un coniuge nei confronti dell'altro o la invalidità di rinunce e transazioni relative agli stessi", così C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 832, nota 71, la quale rinvia a sua volta all'opera di ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, 1329.

indisponibili perché puramente personali<sup>60</sup>. Il dovere di assistenza materiale e morale, invece, rappresenta forse l'unico esempio in cui ancora oggi è possibile ritenere esistente una vera commistione tra aspetti personali e patrimoniali. Con il divorzio si assiste alla sua mutazione in un dovere di natura esclusivamente patrimoniale. Ciò, seguendo il nostro ragionamento per cui tutti gli aspetti economici del rapporto tra i coniugi dovrebbero essere disponibili, potrebbe indurre nel pensare erroneamente che anche l'assegno divorzile possa esserlo. Ma questo non corrisponde a realtà proprio per il fatto che esso deriva da un dovere la cui natura è in parte anche personale. In altre parole, il diritto all'assegno divorzile non è un diritto a contenuto patrimoniale definibile come "puro", e come tale deve essere considerato e trattato.

Se, come detto, i rapporti esclusivamente patrimoniali tra i coniugi dovrebbero essere lasciati all'autonomia dei privati è necessario chiedersi quale sia la ragione per cui, ancora oggi, una vasta giurisprudenza e dottrina si oppone a una tale conclusione.

La ragione che ci sembra più plausibile è che tale atteggiamento nasconda una preoccupazione per la parte considerata più debole del rapporto, la quale potrebbe essere indotta ad assumere decisioni sotto pressione psicologica o ricatto da parte di quella più forte. In effetti, anche negli Stati in cui è ammessa la possibilità dei coniugi di determinare liberamente ogni questione patrimoniale, la legge prevede sempre strumenti volti alla tutela del soggetto considerato maggiormente a rischio data la sua posizione di inferiorità in un rapporto che spesso è connotato da una condizione di asimmetria.<sup>61</sup>

L'asimmetria informativa e contrattuale, quindi, diventa un importante oggetto di indagine che potrebbe dissipare i dubbi e le paure di coloro che si oppongono a una completa autonomia patrimoniale dei coniugi in crisi (o in vista della crisi).

Poiché quanto detto rappresenta un punto di vista in parte inedito, questo lavoro assume come obiettivo anche quello di comprendere quali possano essere gli strumenti con cui far fronte all'asimmetria nei rapporti contrattuali tra coniugi, al fine di sostenere la tesi per cui il contratto, per le sue finalità conciliative e transattive, possa essere considerato un fondamentale strumento per la risoluzione in via amichevole della crisi coniugale, nonché per rendere concrete le differenze esistenti in ogni relazione e che, invece, sono oggi assoggettate tutte alle medesime norme

<sup>60</sup> Sull'indisponibilità dello *status* di coniuge, dell'assegno divorzile e di diversi diritti indisponibili di cui è florida la materia matrimoniale si veda DE NOVA, *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in Cassano (diretta da), *Trattati*, in Cendon (a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2006, 505

<sup>61</sup> Per il problema dell'informazione nelle dinamiche contrattuali si legga, *inter multis*, GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 257-304; NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 214 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 695 ss.; Id., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»)?*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, 207 ss. Ovviamente non si può prescindere dalla lettura di AKERLOF, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly J. Econ.*, 1970, 84, 3, 488 ss.

valevoli allo stesso modo in ogni situazione, senza che le peculiarità (anche in merito alle sostanze economiche) di ogni rapporto possano davvero emergere.

Questo ambizioso obiettivo vuole essere condotto mediante l'utilizzo di una metodologia di indagine poco praticata in Italia, specie nei rapporti di diritto di famiglia: l'analisi economica del diritto. Si precisa fin da ora, tuttavia, che tale operazione non verrà condotta in maniera "integralista", applicando acriticamente gli strumenti della *Law and Economics* come spesso accade Oltreoceano. Questo metodo di studio verrà presentato e poi fatto dialogare con il nostro sistema, evidenziandone i limiti che si cercherà di superare attraverso argomentazioni logico-interpretative.

Senza voler anticipare questioni che verranno affrontate nel proseguo del lavoro, vengono ora presentati gli strumenti di conoscenza prodromici per il lettore, necessari per la comprensione del punto di vista, delle riflessioni, delle argomentazioni e delle deduzioni che si avranno modo di compiere nei capitoli successivi.

## 5. Introduzione al metodo.

Mercato e famiglia sembrano essere due mondi inconciliabili.

Anche le diverse scienze sociali che si sono occupate del loro studio hanno da sempre guardato a questi "sistemi di relazione interpersonale" partendo da diverse considerazioni preliminari. Per un giurista, per esempio, il mercato è il luogo della contrattazione, mentre lo studio della famiglia ruota attorno al concetto di *status*<sup>62</sup>. Dal canto suo invece, per un economista il mercato è il luogo dell'opportunismo, essenziale per gli scambi economici, mentre nella famiglia dominano l'altruismo e la solidarietà<sup>63</sup>.

Anche in Italia giuristi ed economisti hanno raramente<sup>64</sup> affrontato lo studio della famiglia da un punto di vista economico.

Si ritiene, tuttavia, che rivolgere lo sguardo oltreoceano, precisamente agli Stati Uniti, lì dove la *Family Law and Economics* è divenuta una rispettabile branca della scienza giuridica<sup>65</sup>, possa essere di aiuto per il fine che con questo lavoro ci si è prefissati. Si crede, infatti, che uscire dagli schemi di un'analisi dei fenomeni sociali da un punto di vista essenzialmente giuridico per assumere quello di un'altra scienza sociale, ossia l'economia, possa essere d'aiuto per una più completa comprensione delle relazioni patrimoniali dei coniugi in crisi.

Ciò che è apprezzabile maggiormente dell'economia è la sua duplice natura: interpretativa e predittiva. In altre parole gli economisti, partendo da dati concreti, cercano di costruire modelli per comprendere la realtà esistente e influenzarne gli sviluppi. Aggiungendo e modificando alcune variabili, inoltre, formulano

---

<sup>62</sup> Una descrizione che si trova anche in importanti scritti del passato. Cfr. SUMNER MAINE, *Ancient Law*, 10 ed. 1884, 165. Dell'autore è famosa la constatazione per cui "*The movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.*"

<sup>63</sup> Ad esempio BECKER, *When the Wake-up Call is from the Nobel Committee*, Bus. WE. Nov. 2, 1992, 277-78, citando Adam Smith.

<sup>64</sup> Per la precisione uno solo: FILOSO, *La teoria economica del divorzio, un'applicazione al caso italiano*, in *Rassegna economica*, 1, 2008, 143 ss.

<sup>65</sup> Pioniere è stato il premio Nobel Gary S. Becker con la sua opera *A Treatise on the Family*, scritta nel 1981, rivista e aggiornata nel 1991.

previsioni su ciò che potrebbe accadere. Se si comprende che tra queste variabili vi può essere anche il diritto, allora è possibile capire che l'economia e il diritto non sono poi così lontani e che, in qualche modo, possono dialogare.

I giuristi tendono a soffermarsi su un dato ordinamento in un certo momento storico, cercando di eliminare le antinomie esistenti, creando ordine e dando un senso al sistema attraverso, in primo luogo, l'interpretazione. Eventualmente, ma non necessariamente, suggeriscono modifiche al legislatore, spesso (inevitabilmente) divenendo politici del diritto. Questi suggerimenti sul "dover essere" sono frutto della (più o meno) nascosta ideologia dell'interprete.

L'economista, invece, dimostra un atteggiamento più "laico". Costruisce un modello e, partendo dallo stesso, fa la sua previsione senza la pretesa di ritenerla moralmente giusta o sbagliata, positiva o negativa. L'economista ci chiede di guardare alla realtà delle cose e ci spinge verso la considerazione di scenari futuri possibili.

Ovviamente, non è tutto oro ciò che luccica.

Ogni previsione, in quanto tale, non può che essere una mera possibilità e mai una certezza. Inoltre, per il numero delle variabili in gioco, la loro tipologia, per le premesse prese in considerazione ma, ancor prima, per il tipo di modello utilizzato e per la complessità del reale, la scommessa predittiva si trasforma spesso in un mero "azzardo".

La domanda che è necessario porsi, tuttavia, è perché non provare ad accogliere alcuni degli insegnamenti e atteggiamenti nei confronti della realtà che l'economia ci ha messo a disposizione.

Se l'economista cerca la certezza della previsione così come il giurista la certezza del sistema, perché non sostenere lo studio giuridico anche a mezzo di un'ulteriore, florida e dignitosa scienza sociale qual è l'economia? Di questo tentativo si notano più vantaggi che svantaggi.

Di qui l'idea del percorso che si affronterà e che inizia da queste pagine.

Anticipando fin da ora le conclusioni che da tale studio emergeranno, l'analisi economica ci permetterà di sostenere le ragioni dell'autonomia privata su quelle di un'unica ed eteronoma regolamentazione statale degli accordi dei coniugi, specie di quelli in fase di crisi.

Al termine della prima parte di questo capitolo il lettore dovrebbe essere persuaso che l'estensione dei limiti della libertà di regolare autonomamente gli aspetti economico-patrimoniali della propria personale relazione matrimoniale risulti essere una scelta sensata e, soprattutto, efficiente dal punto di vista sia degli interessi individuali-privati che collettivi-statali.

Questo obiettivo, tuttavia, non può essere raggiunto senza l'illustrazione degli elementi generali della "*Family Law and Economics*" in primo luogo e degli aspetti contrattuali-patrimoniali della relazione coniugale in seguito.

Seguiranno poi le proiezioni dei modelli economici ai diversi contesti sociali di riferimento. Attraverso tale operazione si dimostrerà come la realtà oggi esistente necessiti di un grado maggiore di contrattazione privata rispetto al passato e dei vantaggi derivanti da questa estensione.

Successivamente verranno presi in esame i possibili nodi problematici connessi a un'illimitata autonomia privata dei coniugi e si cercherà di individuare una mediazione tra i diversi interessi in gioco, sia pubblici che privati.

Tale operazione verrà condotta attraverso un ripensamento del concetto di “contratto matrimoniale”. La “teoria dei contratti relazionali” coadiuverà questo percorso.

Una volta poste queste basi il lettore sarà in grado di comprendere le ragioni della duplice serie di requisiti che si reputa necessari per la validità dei contratti matrimoniali. Si tratta, come si vedrà, di “requisiti formali” e “sostanziali”. Entrambi verranno analizzati attraverso la lente del diritto dell'Unione Europea e, più in generale, in chiave comparatistica.

Ma si proceda con ordine.

## **6. Agli albori della *Family Law and Economics*.**

L'economia, nella sua primordialità, si è concentrata esclusivamente sulle attività commerciali e sulle teorie di predizione del prezzo<sup>66</sup>.

Successivamente, la nascita della *Law and Economics* l'ha traghettata verso lo studio del diritto pur tuttavia continuando a tenerla ancorata all'osservazione del diritto come fenomeno in grado di incidere sulle scelte e sui comportamenti individuali e sociali<sup>67</sup>.

Solo successivamente, grazie alle intuizioni di Gary Becker e Richard Posner<sup>68</sup>, l'analisi economica è divenuta metodo di studio di comportamenti estranei al mercato. La scienza economica si è trasformata, quindi, in uno strumento utile non solo per comprendere il prezzo (in senso economico) ma anche per capire e predire l'esercizio di una scelta, in tal modo caratterizzandosi come un modello di studio della realtà nel suo complesso.

Per Becker l'approccio alla realtà di tipo economico si caratterizza per la presenza di tre elementi: l'assunto per cui gli agenti si comportano in maniera utilità-massimizzante; la tendenza all'equilibrio del mercato e la presenza di preferenze stabili nei soggetti. Per Posner, invece, l'approccio economico è dato dalla combinazione tra la scelta delle risorse in un mondo dominato da scarsità e il concetto per cui le persone cercano razionalmente la massimizzazione dei loro interessi personali.

Oggi l'analisi economica del diritto è divenuta una scienza con una propria dignità, che si occupa di diversi settori del diritto e il suo insegnamento viene impartito in numerose università di tutto il mondo. Ma la prima vera applicazione dell'analisi economica del diritto alle relazioni domestiche è dovuta a Becker<sup>69</sup> e

---

<sup>66</sup> Ci si riferisce qui alla microeconomia, escludendo la macroeconomia e il suo noto e differente ambito di indagine.

<sup>67</sup> L'analisi economica del diritto è un movimento culturale che è riuscito ad applicare gli strumenti economici al diritto e alle scelte legislative. Tuttavia, per diverso tempo, l'attenzione è stata diretta verso campi di indagine ben distanti dal diritto di famiglia, in particolar modo sull'analisi degli incentivi e disincentivi che le norme giuridiche riescono a creare. La letteratura di base non può che essere quella dei maggiori esponenti delle due più importanti scuole di analisi economica del diritto: Posner e Calabresi. Vedi, *inter alia*, COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, 1-44; CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

<sup>68</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen Publishers, 2003, 1 ed., 1973; BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976

<sup>69</sup> “Gary Becker's influence on the economics of the family has been pervasive. His ideas have

alla sua opera: “*A Treatise on the Family Law*”.<sup>70</sup>

A) Attorno agli anni '60 dello scorso secolo nasce negli USA un nuovo movimento chiamato “*New Home Economics*” i cui sostenitori ritengono possibile l'applicazione degli strumenti della microeconomia allo studio della famiglia.

Punto di partenza è l'idea per cui la famiglia sia un continuo processo di scambio tra i singoli membri. Il matrimonio, il divorzio e le decisioni inerenti alla gestione e ai rapporti familiari sono analizzati in termini di “contrattazione” e di “scelta razionale”.

Il nodo centrale è sintetizzabile con la seguente domanda: “quali elementi incentivano o disincentivano un certo comportamento dei componenti della famiglia?”<sup>71</sup>

Ancora oggi, chi crede nella “*Family Law and Economics*” partendo da un particolare aspetto delle dinamiche familiari cerca di comprendere la razionalità delle scelte compiute dai singoli agenti intendendoli come soggetti che mirano alla massimizzazione del loro profitto e benessere<sup>72</sup>.

Secondo le parole di Becker: “gli individui massimizzano la loro utilità partendo da preferenze di base che non mutano rapidamente nel tempo. Inoltre, il comportamento dei diversi agenti è coordinato da mercati espliciti e impliciti”. In lui, infatti, vi è la convinzione che: “un'analisi basata sul comportamento razionale fornisce una potente cornice per comprendere l'essenza delle organizzazioni e delle strutture familiari in relazione a diverse legislazioni, circostanze e culture<sup>73</sup>”.

I primi teorici della *Family Law and Economics* si concentrano, quindi, su tre concetti fondamentali che si prenderanno brevemente in analisi: la teoria della *Household Production*; il capitale umano; l'altruismo.

È doveroso premettere fin da subito che l'analisi economica del diritto di famiglia non è una scienza esatta. Per quanto i suoi sostenitori abbiano da sempre cercato di ergere le proprie teorie a verità più o meno indiscusse, l'atteggiamento dovrebbe essere decisamente più cauto. Non è possibile credere, infatti, che l'analisi economica restituisca un'immagine perfetta e sempre corrispondente della realtà. Ciò è dimostrato anche dalle numerose critiche che nel corso dei decenni sono state rivolte a essa.

Ci sono alcune considerazioni, tuttavia, dalle quali non ci si può discostare pienamente. Tra queste, *in primis*, il fatto che in quasi tutte le scelte della vita gli esseri umani si trovano dinnanzi a dei cosiddetti *trade-off*. Si tratta, in buona sostanza, di

---

*dominated research in the economics of the family, shaping the tools we use, the questions we ask, and the answers we give*”. Così POLLAK, *Gary Becker's Contributions to Family and Household Economics, Review of Economics of the Household*, Springer, 1(1), 2003, 111-141.

<sup>70</sup> Per Becker la famiglia è un'impresa in cui i membri si specializzano, l'uomo nel mercato del lavoro e la donna nelle attività casalinghe, per la massimizzazione dell'utilità generale.

<sup>71</sup> I primi economisti che si accostano a questo nuovo approccio, tuttavia, si accorgono ben presto che l'atteggiamento e l'attitudine allo scambio degli agenti all'interno di una famiglia è molto diverso da quello dei soggetti che operano all'interno del mercato e cercano di giustificare questo fenomeno con il concetto di altruismo e la capacità di esso di vincolare gli interessi dei singoli membri del nucleo familiare.

<sup>72</sup> NELSON, *The Study of Choice or the Study of Provisioning? Gender and the Definition of Economics*, in *Beyond Economic Man*, Marianne A. Ferber & Julie A. Nelson eds., 1993, 23-25.

<sup>73</sup> BECKER, *A Treatise on the Family*, 1981, *Enlarged ed.*, 1991, ix, 17.

dover decidere in che modo allocare le scarse risorse di cui si è in possesso, il tempo in primo luogo.

Ogni individuo, nello scegliere in che modo destinare le risorse di cui dispone a una certa attività piuttosto che a un'altra compie più o meno razionalmente e, comunque implicitamente, una valutazione in termini di costi e benefici. Questo atteggiamento nei confronti delle scelte non riguarda solamente le attività commerciali, ma tutte le decisioni che ogni giorno vengono assunte. Ad ogni comportamento si attribuisce il "prezzo soggettivo" e la sua corrispondente "utilità soggettiva". In altre parole, si assumono costantemente decisioni in base alla soddisfazione che ci si aspetta di ricavare dal compimento di quella certa azione. Nel compiere queste scelte si è continuamente influenzati da numerosissime variabili che incentivano o disincentivano il nostro comportamento.

Traslando questi concetti di base nell'ambito della Famiglia, ogni scelta è riconducibile a questo schema: sposarsi, divorziare, avere figli, lavorare nel mercato e/o per la famiglia, etc...<sup>74</sup>

Numerosi altri fenomeni esogeni all'uomo, tuttavia, tendono a spostare le sue preferenze. Tra questi, è possibile attribuire un certo peso anche alle norme giuridiche che costituiscono la cornice entro cui il soggetto si trova a operare.

L'introduzione o la modifica di una norma a opera del legislatore o l'interpretazione delle disposizioni da parte dei giudici hanno un riflesso non trascurabile sulle scelte future dei soggetti a cui quelle norme si applicano.

Lo studio del diritto, dunque, non può essere condotto solamente rimanendo all'interno del suo sistema. Il diritto parla alla società e la società risponde in un certo modo.

Tra un novero di scelte legislative o di interpretazioni, dunque, gli operatori del diritto dovrebbero preferire quella che più si adatta al contesto sociale ma anche quella che darà la risposta auspicata, secondo i principi e i valori che quell'operazione giuridica mira a preservare e/o a promuovere. Ma questi principi e valori, a loro volta, non possono essere completamente eterodeterminati rispetto alla società in cui si vuole promuoverli. Il rischio è quello di un rigetto da parte della società, del relativo rifiuto dell'obbedienza della norma di cui sono il fondamento o della sua elusione.

Si pone quindi la necessità di uno studio preliminare della società, dei suoi valori e delle scelte e delle preferenze degli individui. L'introduzione di novità in questo sistema può avvenire solo in modo tale da non creare "strappi" con il contesto esistente, lasciando alla società il tempo di adattamento necessario, che può concludersi in un rifiuto o in un assorbimento dei valori proposti dall'operatore giuridico, sia esso un legislatore o un giudice.

Queste sono alcune idee preliminari. Queste le ragioni per cui si inizierà a comprendere qualche elemento in più delle scelte sociali in materia di famiglia partendo proprio dalle prime teorie proposte in chiave di analisi economica.

B) Secondo la teoria della "*Household Production*" il tempo e le altre risorse di

---

<sup>74</sup> In BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., quest'idea viene approfondita e i modelli economici sono utilizzati per spiegare alcuni di questi fenomeni.

cui dispongono i membri della famiglia sono input funzionali alla produzione di una serie di beni, come il reddito, la protezione dei minori, il tempo libero e l'amore.

La cornice all'interno della quale questa teoria si struttura è il più ampio concetto di mercato in cui i singoli agenti nel contesto familiare cercano di dare un valore di scambio al loro tempo e un prezzo alle utilità<sup>75</sup> che possono acquistare con esso.

La *household production theory* presuppone che le risorse familiari disponibili siano allocate efficientemente al fine di massimizzare l'utilità (o "*satisfaction*") totale di tutti i componenti del nucleo familiare.

Nonostante i singoli membri realizzino la maggior parte di questa utilità attraverso beni non commerciabili, questa teoria tratta l'utilità come se fosse monetizzabile e si potesse attribuirle un prezzo.

I primi economisti della *Family Law and Economics* spiegano che la ragione dell'esistenza del matrimonio è l'efficienza che la specializzazione del lavoro comporta. Secondo Posner, ad esempio, "*the family facilitates the division of labor, yielding gains from specialization. In the traditional family the husband specializes in some market employment (for example, engineering) that yields income that can be used to purchase the market commodities needed as inputs into the final production of the household, while the wife devotes her time to processing market commodities (for example, groceries) into household output (for example, dinner)*"<sup>76</sup>.

Poiché il marito e la moglie si specializzano in attività complementari, entrambi riescono a massimizzare il valore del loro tempo producendo una maggior quantità di utilità totale per la famiglia.

Pur ritenendo che ragioni biologiche e di mercato rendano possibile una vera massimizzazione dell'utilità familiare solo in presenza di una chiara divisione di genere, Becker spiega che anche nei casi di relazione coniugale "non tradizionale" la divisione del lavoro intra ed extrafamiliare tra uomo e donna permette di raggiungere l'efficienza<sup>77</sup>.

La teoria appena illustrata costituisce il punto di partenza per la spiegazione di fenomeni come il matrimonio, il divorzio e la scelta di riprodursi.

Becker teorizza per primo, ad esempio, la presenza di un "mercato dei matrimoni". Secondo il premio Nobel, infatti, la decisione di sposarsi non è casuale, così come non lo è la scelta del chi sposare. Si tratta, in buona sostanza, di un mercato competitivo, in cui la scelta dell'agente si basa sulla valutazione tra il costo-opportunità di sposarsi e quello di cercare un partner migliore o di rimanere single<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> In inglese il termine "*commodities*" indica in maniera migliore ciò di cui si parla. Non si tratta solo di beni tangibili, ma anche intangibili, come il tempo libero.

<sup>76</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 140.

<sup>77</sup> Non si dimentichi che Becker, scrivendo negli anni '60, crede ancora nel concetto di "famiglia tradizionale" in cui vi è un marito che lavora e una moglie che si prende cura della famiglia e dei figli. Egli rileva che alcuni fenomeni come la discriminazione di genere nel mercato del lavoro o l'attitudine biologica delle donne al prendersi cura dei figli diano un "*competitive advantage*" a ciascuno in un particolare settore e conducano a una specializzazione del sesso maschile verso il lavoro e di quello femminile verso la cura della famiglia. Tali considerazioni non paiono, nemmeno oggi, del tutto sprovviste di evidenza empirica.

<sup>78</sup> La teoria e i modelli proposti da Becker non possono che essere qui solamente riassunti nelle proprie linee essenziali. Per una esaustiva analisi si legga la sua opera BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 112-119.

Inoltre, il vantaggio che è possibile trarre dalla propria specializzazione differisce a seconda del diverso potenziale partner.

Seguendo lo stesso ragionamento, esiste un mercato dei divorzi. Una persona decide di divorziare se, in estrema sintesi, l'utilità che si ricava dall'esser sposati è minore rispetto a quella che la stessa immagina potrebbe trarre dal mercato dei matrimoni o dal condurre una vita da single<sup>79</sup>.

Il terzo oggetto di analisi di Becker, infine, riguarda la decisione di avere figli. Per lui "il vero scopo del matrimonio e della famiglia è quello di mettere al mondo e crescere dei figli<sup>80</sup>".

Intendere il matrimonio come lo strumento che permette un'efficiente produzione di utilità familiari è di centrale importanza per comprendere e strutturare la legislazione in materia di diritto di famiglia. Questi modelli definiscono l'efficienza in termini di allocazione delle risorse che genera il massimo livello di utilità totale come la misura del successo del matrimonio. Essi concepiscono i vantaggi economici del matrimonio alla stregua di quelli di altre "organizzazioni". Tali vantaggi includono un miglior scambio di informazioni tra i membri e una serie di benefici interni ottenibili dall'impegno nell'interesse dell'intero gruppo<sup>81</sup>.

Per questa ragione i primi studiosi di analisi economica del diritto di famiglia hanno individuato l'esistenza di alcune analogie tra il matrimonio e i rapporti commerciali<sup>82</sup>. Anche il matrimonio, infatti, pare essere un "rapporto di lunga durata caratterizzato da una serie ripetuta di transazioni che vincola i soggetti<sup>83</sup>" similmente a quanto accade tra un conduttore e un locatore<sup>84</sup>, o un fornitore e il suo più importante cliente<sup>85</sup>, o il proprietario di un veicolo e il suo meccanico di fiducia<sup>86</sup>.

Questa preliminare base concettuale è stata di fondamentale importanza per coloro i quali hanno approfondito successivamente tale materia. Negli anni, infatti, sono stati ricercati e studiati i legami esistenti tra il concetto di famiglia e quello di "impresa", nonché con quello di "contratto relazionale"<sup>87</sup>. Allo stesso modo, si è

---

<sup>79</sup> Ibid. 83-84, 325-327.

<sup>80</sup> BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 135; ma anche ibid., 44-48, 112, 140-141. Per Posner, inoltre, l'accudimento dei figli è un "processo che richiede sostanziali investimenti delle risorse dei genitori, specialmente un'enorme quantità di tempo (soprattutto da parte della madre)". "La struttura della famiglia tradizionale e la divisione dei ruoli a seconda del genere, per questo, facilitano tale investimento. POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 140.

<sup>81</sup> CORNELL, Jr., *When Two Become One and Then Come Undone: An Organizational Approach to Marriage and Its Implications for Divorce Law*, 26 *Fam. L.Q.*, 1992, 103, 117-118.

<sup>82</sup> Cfr. BRINIG & CRAFTON, *Marriage and Opportunism*, 23 *J. Legal Stud.*, 1994, 869; COHEN, *Marriage, Divorce, and Quasi Rents; or, "I Gave Him the Best Years of My Life,"* 16 *J. Legal Stud.*, 1997, 267; CORNELL, *When Two Become One and Then Come Undone*, op. cit., 109; ELLMAN, *The Theory of Alimony*, 77 *Cal. L. Rev.*, 1989, 1.

<sup>83</sup> CORNELL, *When Two Become One and Then Come Undone*, op. cit., 112.

<sup>84</sup> COHEN, *Marriage, Divorce, and Quasi Rents*, op. cit., 269, 287-88; ELLMAN, *The Theory of Alimony*, op. cit., 41-42, 54.

<sup>85</sup> Ibid., 41.

<sup>86</sup> CORNELL, *When Two Become One and Then Come Undone*, op. cit., 109, 112.

<sup>87</sup> COHEN, *Marriage, Divorce, and Quasi Rents*, op. cit., 269-270; CORNELL, *When Two Become One and Then Come Undone*, op. cit., 107-120.

Secondo Mark Blaug: "The new economics of the family ... view the family as a multiperson production unit, maximizing a production function whose inputs are market goods and the time, skills, and knowledge of different members of the family." BLAUG, *The Methodology of Economics*, 2<sup>nd</sup>

iniziato ad approfondire i rischi generalmente correlati ai contratti di lunga durata trasfondendo le medesime problematiche al matrimonio. Si tratta, ad esempio, della possibilità che una delle parti possa trarre dei vantaggi a discapito dell'altra attraverso alcuni atteggiamenti disonesti, mentendo o sottraendosi ai propri doveri<sup>88</sup>. Di qui l'idea che il divorzio possa essere un problema laddove diventi un comportamento opportunistico finalizzato allo sfruttamento degli effetti positivi di quella che può essere intesa come l'impresa comune<sup>89</sup>.

Si veda ora il secondo concetto cardine della *Family Law and Economics*.

C) Tra i primi problemi che Becker<sup>90</sup> si pone vi è l'individuazione dei principali benefici e rischi di lungo termine del matrimonio. In essi trova una stretta correlazione con il concetto di capitale umano, che decide dunque di approfondire.

Con il termine "capitale umano" egli intende una serie di fattori che aumentano o diminuiscono la forza-lavoro dell'individuo: l'educazione, la pratica, l'esperienza, la salute, ad esempio, tendono ad accrescerlo, mentre altri, come la mancanza di esperienza lavorativa o la tossicodipendenza, lo diminuiscono.

Ciò che l'economista teorizza è che con la specializzazione del lavoro all'interno del nucleo familiare si genera parallelamente anche una diversificazione dell'accumulo di capitale umano tra i singoli membri.

Si consideri, inoltre, che gli investimenti in capitale umano hanno un impatto sostanziale sui guadagni. Da ciò consegue che sia il lavoro all'interno della relazione familiare che quello nel mercato possono essere resi maggiormente produttivi mediante il miglioramento delle abilità, delle esperienze e attraverso l'acquisizione di buone pratiche.

La teoria del capitale umano induce a considerare e a valutare in modo diverso il lavoro svolto per e in relazione alla famiglia. Partendo dal concetto che il lavoro domestico è produttivo e richiede esperienza, allenamento e allo stesso tempo implica la scelta di non dedicarsi a un lavoro all'interno del mercato, si pone la necessità di valutare il costo opportunità del tempo della "persona casalinga" (o che comunque si dedica maggiormente alla cura della casa). Tale costo opportunità è costituito dallo stipendio che quella persona potrebbe conseguire se dedicatesse il suo tempo nello svolgere un lavoro nel mercato anziché impiegarlo in attività casalinghe. Esso costituisce indirettamente il valore economico di tali servizi<sup>91</sup>.

Il punto centrale di queste considerazioni è il seguente: le possibilità di crescita professionale e di incremento stipendiale sono minori (e comunque limitate) per chi si è specializzato nel lavoro domestico, avendo dedicato più tempo alla famiglia

---

ed., 1992, 220.

<sup>88</sup> CORNELL, *When Two Become One and Then Come Undone*, op. cit., 107-108, 112, 119.

<sup>89</sup> Ibid. Della teoria dei contratti relazionali ci si occuperà nel proseguo di questo lavoro.

<sup>90</sup> BECKER, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*, 101 *J. Pol. Econ.*, 1993, 385, 392-93.

<sup>91</sup> È stato stimato che il valore del tempo speso per la cura della casa è strettamente correlato ad alcune variabili come la composizione della famiglia l'età, l'educazione, lo stipendio del marito e della moglie, il numero e l'età dei figli e, infine, dal numero di stanze componenti l'abitazione. Cfr. GRONAU, *Home Production-A Forgotten Industry*, 62 *Rev. Econ. & Stat.*, 1980, 408; FISHER, *Measuring Household Production: Methodological Considerations and Current Practice*, *J. Legal Econ.*, 1993, 15, 20-21.

anziché all'attività lavorativa. Per tale ragione è possibile sostenere che il costo opportunità di chi si dedica esclusivamente o prevalentemente alla cura della casa "include non solo i mancati guadagni passati ma anche una perdita di possibilità di guadagno nel mercato del lavoro, a causa del deprezzamento delle abilità riconosciute dal mercato precedentemente acquisite e per la perdita di occasioni di investimento in esperienze positivamente valutate dal mercato"<sup>92</sup>.

Queste considerazioni paiono sostenere l'idea per cui l'assegno divorzile debba avere una funzione (quantomeno) compensativa così come evidenziato dall'ultima importante sentenza della Suprema Corte italiana a Sezioni Unite. L'investimento in un matrimonio e la specializzazione non sono investimenti a costo zero per quanto siano assunti, il più delle volte, in maniera spontanea dagli individui.

Le teorie della *household production* e del capitale umano sono state la base per la conduzione di ulteriori ricerche, come quelle sul calcolo dei danni da uccisione o lesione del coniuge casalingo; il cambiamento demografico delle famiglie negli ultimi cinquant'anni<sup>93</sup>; l'incremento del costo del lavoro domestico con relativo aumento del valore e dell'utilità che il lavoro domestico ha assunto progressivamente per la famiglia<sup>94</sup>.

Anche il divorzio è stato studiato in connessione al concetto di capitale umano.

Si è detto, per esempio, che il valore del capitale umano di chi si dedica alla cura della casa è raramente considerato al di fuori di quella particolare famiglia in cui è stato costruito. Per converso, il capitale umano acquisito nel mondo del lavoro continua a migliorare le prospettive di guadagno dell'individuo indipendentemente che un matrimonio continui o meno<sup>95</sup>.

L'esistenza dei figli, però, tende a complicare lo scenario in analisi.

Sebbene l'analisi economica abbia inizialmente intravisto nei figli la vera ragione della famiglia e del matrimonio, oggi non pare più così sicuro considerare la crescita di un figlio come un investimento economico. Secondo Posner, se un tempo i figli costituivano un investimento produttivo di entrate per le famiglie, oggi il desiderio di procreare può essere più plausibilmente spiegato con il piacere che l'adulto ottiene dall'avere un figlio. Inoltre, secondo alcuni, sarebbe innata

---

<sup>92</sup> LANDES, *Economics of Alimony*, 7 *J. Legal Stud.*, 1978, 35, 41. Posner riferendosi all'ipotesi più comune, ossia quella per cui è la moglie ad abbandonare la carriera per abbracciare la cura della famiglia, spiega che un modo per calcolare accuratamente il suo costo opportunità è quello di stimare quale sarebbe stato il suo probabile stipendio qualora essa fosse entrata nel mercato del lavoro anziché diventare casalinga. POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 193.

<sup>93</sup> È stato affermato, infatti, che la crescente partecipazione delle donne nel mercato del lavoro e il conseguente mercato loro investimento in abilità e capacità apprezzate dal mercato del lavoro hanno avuto importanti effetti nella strutturazione delle famiglie. BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 350-56. È stato notato che il costo opportunità del lavoro domestico è cresciuto proporzionalmente all'aumento delle opportunità nel mercato del lavoro delle donne e dei loro stipendi. BERGMANN, *The Economic Emergence of Women*, 1986, 17-61; FUCHS, *Women's Quest for Economic Equality*, 1988, 23-24.

<sup>94</sup> ESTIN, *Maintenance, Alimony and the Rehabilitation of Family Care*, 71 *N.C. L. Rev.* 721, 1993, 769-74. Gli economisti sostengono che questi cambiamenti hanno inoltre ridotto il guadagno di un matrimonio fondato sulla divisione del ruolo tra generi. Ciò, a sua volta, avrebbe comportato una decrescita del numero di matrimoni celebrati, un aumento dei divorzi e un significativo declino delle nascite. Così BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 140.

<sup>95</sup> *Ibid.* 151-153.

nell'essere umano la predisposizione a voler preservare la specie o a perpetuare le proprie caratteristiche, il nome, o la memoria<sup>96</sup>.

La decisione di procreare, quindi, è considerabile oggi più come una questione di scelta consumeristica legata al piacere personale. Crescere la prole è molto costoso e, nel nostro sistema economico, i figli non hanno alcun ruolo produttivo. Per le donne, in particolar modo, ciò può comportare una serie di rischi personali e finanziari.

Razionalmente, dunque, una coppia sceglie di avere un figlio solo se percepisce la genitorialità come foriera di maggiori benefici rispetto ad altri piaceri che potrebbe permettersi con il proprio tempo e denaro<sup>97</sup>.

I figli, inoltre, complicano notevolmente anche l'analisi economica del divorzio<sup>98</sup>. In una famiglia con figli di giovane età, il divorzio dissolve l'organizzazione specializzata che la famiglia si era data per accudirli e la sostituisce con un sistema molto meno efficiente. Il divorzio riduce sensibilmente il tempo e il denaro disponibile per i figli<sup>99</sup>.

L'analisi economica si è concentrata sullo studio della cura e della custodia dei figli a seguito del divorzio ed ha fatto emergere che, nel momento dello scioglimento del matrimonio, vi è una trasformazione dell'attitudine dei genitori nei confronti dei figli<sup>100</sup>. Nell'organizzare gli assetti della propria vita da soggetto sposato a divorziato emerge un quadro in cui i genitori tendono a far prevalere aspetti egoistici e, comunque, ben lontani dall'assolvimento dei propri obblighi solo per amore.

Si vedrà che gli accordi tra i coniugi in materia di prole non possono e non devono godere della stessa libertà di quelli riguardanti solo i coniugi. Anche gli studi appena citati sostengono questa idea.

Da soggetti produttivi come accadeva in passato, i figli sono divenuti quasi esclusivamente un piacere, e talvolta un sacrificio, per la madre e il padre.

Nel momento del divorzio, tuttavia, cresce il costo per il soggetto a cui non viene riconosciuta la collocazione prevalente della prole. Infatti, non solo gli viene imposto il mantenimento, ma anche vengono diminuiti i benefici che derivano dall'esser genitore, in quanto il tempo trascorso con i propri figli viene decisamente compresso rispetto al passato.

Tendono, inoltre, a prevalere sentimenti di egoismo e di ritorsione nei confronti dell'altro coniuge che inevitabilmente finiscono per avere un effetto negativo specialmente nei confronti dei minori.

L'autonomia privata dei coniugi, dunque, non può che dover essere posta sotto controllo<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 141-142.

<sup>97</sup> *Inter alia* vedi, FUCHS, *Women's Quest for Economic Equality*, op. cit. 96-104; CHERLIN, *Marriage, Divorce remarriage*, 1981, 19-21; see also GERSON, *Hard Choices: How Women Decide About Work, Career and Motherhood*, 1985, 138-157.

<sup>98</sup> Cfr. WEISS & WILLIS, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, 3 J. Labor Econ., 1985, 268-269.

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> WHITE, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, 54 *Tenn. L. Rev.*, 1986, 331-410.

<sup>101</sup> L'interesse in gioco è prezioso e anche il legislatore italiano ne è consapevole. Il "best interest of the child" è, oggi, uno dei principi cardine del diritto di famiglia anzi, come si ha già avuto modo di sostenere nelle prime pagine di questo lavoro, il vero fulcro e cardine dell'odierno diritto di

D) Si è visto visto che la *family law and economics* ridefinisce la famiglia come un processo di scambio<sup>102</sup>. I membri del nucleo familiare interagiscono tra loro allo stesso modo in cui tutti gli altri soggetti fanno sul mercato: contrattando sull'allocatione delle risorse, servendosi di unità di ricchezza e di potere per stringere accordi col fine di aumentare l'utilità di ogni singolo componente o la sua soddisfazione personale.

In questo contesto, tuttavia, gli economisti hanno iniziato a studiare il ruolo dell'altruismo, descrivendolo come una caratteristica particolare del comportamento economico degli agenti all'interno del nucleo familiare. L'altruismo, infatti, complica i modelli di scambio all'interno della famiglia pur tuttavia non costituendo di fondamento il fatto che il comportamento umano sia, in buona sostanza, razionale ed egoista.

Secondo Posner esiste all'interno del matrimonio un sostituto a quello che

---

famiglia italiano. Per tale ragione è da ritenersi giustificata l'intromissione che lo Stato perpetra nei confronti della libertà dei coniugi, che può invece attenuarsi allorché la questione riguarda gli assetti patrimoniali della loro relazione infra e postmatrimoniale. Ciò perché l'esser coniugi può essere oggi una mera parentesi di vita, l'esser genitore è, invece, un marchio indelebile. Se la giurisprudenza in materia di accordi economici tra i coniugi sembra lasciare una sempre crescente libertà di determinazione degli assetti patrimoniali della fine della relazione, così non è ancora in materia di mantenimento dei figli, in cui l'interesse dello Stato è molto forte, come è fatto palese dalle parole dei giudici. Cfr. Cass. 30 gennaio 2019, n. 2735, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 550: "È circostanza del tutto irrilevante, per la determinazione dell'an e del quantum dell'assegno di mantenimento, il fatto che la mancata frequentazione del figlio da parte del genitore sia dovuta a una scelta volontaria del primo, in quanto tale decisione non interferisce, in termini economici, col fatto che il genitore non vada incontro ad alcun diretto esborso o ad alcuna cura in favore del figlio stesso". Sempre sulla determinazione dell'assegno di mantenimento si veda Cass. 1 marzo 2018 n. 4811, in *ilfamiliari-sta.it*, 11 giugno 2018, secondo la quale "la legge, nell'imporre a ciascun genitore l'obbligo di provvedere al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito, individua quali elementi da tenere in considerazione nella determinazione dell'assegno, oltre alle esigenze del figlio, al tenore di vita dallo stesso goduto in costanza di convivenza, ai tempi di permanenza presso ciascun genitore, alla valenza economica dei compiti domestici di cura assunti da ciascun genitore, anche le risorse economiche di entrambi i genitori". In senso conforme Cass. 18 settembre 2013, n. 21273, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass. 10 luglio 2013, n. 17089, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass. 4 novembre 2009, n. 23411, in *Dir. e giust.*, 2009. Si legga anche Cass. 10 ottobre 2018, n. 25134, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 130 ss. secondo cui: "L'art. 148 cod. civ., nel prescrivere che entrambi i coniugi sono tenuti ad adempiere all'obbligazione di mantenimento dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo, non detta un criterio automatico per la determinazione dell'ammontare dei rispettivi contributi, costituito dal calcolo percentuale dei redditi dei due soggetti, ma prevede un sistema più completo ed elastico di valutazione". (...) "Pertanto, in tema di separazione e divorzio, il giudice chiamato a rideterminare l'assegno di mantenimento dei figli, non può disporre l'aumento in ragione della sola ingente disponibilità economica del padre, ma deve valutare, in linea con quanto disposto dall'articolo 337-ter c.c. le attuali e concrete esigenze di vita del minore, tenuto conto del tenore di vita goduto da questi in costanza di matrimonio, dei tempi di permanenza presso ciascun genitore, della valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti dagli stessi, provvedendo ad una valutazione comparativa dei redditi di entrambi i coniugi". Per la dottrina, *ex multis*, BIANCHI, *Determinazione dell'assegno di mantenimento*, Milano, 2018; DEFILIPPIS e PISAPIA, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2017; RINALDI, *L'assegno di mantenimento per i figli*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

<sup>102</sup> BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 277-278.

nell'impresa sono i meccanismi di controllo. Naturalmente non definisce questo bene "amore", ma lo descrive come una forma di altruismo. Concettualmente, l'altruismo è per lui "la condizione in cui il benessere di una persona è una funzione positiva del benessere di un altro"<sup>103</sup>.

Le teorie sullo scambio e l'altruismo sono particolarmente importanti soprattutto perché aiutano a comprendere come sono allocate le risorse all'interno della famiglia<sup>104</sup>. Come sostiene sempre Posner: l'altruismo è un "sostituto economico ed efficace della contrattazione (formale)."<sup>105</sup>

Questi tre modelli economici di comportamento familiare ("Household Production", "capitale umano" e "scambio e altruismo") sono alla base di tutta una serie di ulteriori studi in materia di diritto di famiglia.

Data la finalità del presente lavoro, si approfondiranno ora solo quelli in materia di contrattazione tra coniugi nel matrimonio e nel divorzio<sup>106</sup>.

## **7. L'Analisi economica del diritto di famiglia e la contrattazione tra i coniugi. Il Teorema di Coase.**

La prima domanda che ci si pone è la seguente: come contrattano i coniugi sugli aspetti patrimoniali della loro relazione?

Per comprendere ciò si parta sempre da Becker. "Everyone recognizes that the economic approach assumes maximizing behavior more explicitly and extensively

---

<sup>103</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 141. Anche il professor Becker definisce il soggetto altruista come una persona la cui funzione di utilità dipende positivamente dal benessere di un altro. In un'organizzazione controllata altruisticamente i medesimi livelli di "felicità, utilità o di benessere" di ciascun individuo vengono raggiunti anche da tutti gli altri membri dell'organizzazione. BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 277-306. Sempre più spesso i paradigmi dello scambio e dell'altruismo hanno iniziato a essere applicati alla genitorialità. Becker e altri economisti hanno ipotizzato che i genitori agiscano altruisticamente verso i figli. BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 156, 277-306; POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 143-144; LANDES, *Economics of Alimony*, op. cit., 36. "L'utilità dei genitori dipende non solo dal proprio consumo, ma anche dall'utilità di ogni bambino e dal numero di bambini. Pertanto i genitori investono sul capitale umano dei propri figli spendendo denaro, tempo e sforzi nella cura dei figli, nella loro istruzione, nell'assistenza sanitaria, in doni e lasciti"<sup>103</sup>. Allo stesso tempo, gli economisti notano che le spese per i bambini riducono anche le opportunità di consumo dei genitori e le famiglie (e i membri della famiglia) variano ampiamente nel grado di altruismo che dimostrano. BECKER, *A Treatise on the Family*, op. cit., 155-156, 277-306, 364-369. Sempre più modelli di contrattazione compaiono nell'analisi delle relazioni genitore-figlio, con i bambini talvolta visti come oggetti di contrattazione genitoriale (*Inter alia*, WEISS & WILLIS, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, op. cit.) talaltra come partecipanti nel processo di scambio tra i genitori (*Inter alia*, BECKER & MURPHY, *The Family and the State*, 31 *J.L. & Econ.*, 1988, 1).

<sup>104</sup> Una certa letteratura, iniziata con il modello del "consensus" di Paul Samuelson, ha visto la comparsa di due nuovi modelli. Uno si basa sull'esistenza di un soggetto altruista a capo della famiglia dotato del potere di effettuare trasferimenti all'interno della famiglia al fine di ottenere un'allocazione ottimale di vari beni. L'altro modello, invece, prevede una contrattazione esplicita o implicita tra i membri della famiglia in merito all'allocazione ottimale di ogni bene. Cfr. LUNDBERG & POLLAK, *Separate Spheres Bargaining and the Marriage Market*, 101 *J. Pol. Econ.*, 1993, 988-991. Proprio in quest'ultimo modello, la famiglia assume i connotati di un'impresa, un mezzo per organizzare e coordinare la produzione di ogni singolo membro della famiglia.

<sup>105</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, op. cit., 141.

<sup>106</sup> Cfr. REGAN, Jr., *Market Discourse and Market Neutrality in Divorce Law*, *Utah L. Rev.* 605, 629, 1994.

*than other approaches do .... Moreover, the economic approach assumes the existence of markets that with varying degrees of efficiency coordinate the actions of different participants ... so that their behavior becomes mutually consistent. ... [And] preferences are assumed not to change substantially over time, nor to be very different between wealthy and poor persons, or even between persons in different societies and cultures."*

Queste idee sono la base della *Rational Choice Theory*, la quale si fonda su alcuni principi cardine: le preferenze degli agenti sono stabili; l'uomo è egoista e tende alla massimizzazione del proprio benessere; per tale ragione le scelte che compie sono razionali.

È troppo semplice (e non molto utile) limitare lo studio dell'analisi economica esclusivamente all'analisi del binomio incentivo-disincentivo.

Esistono altre teorie economiche che possono esserci d'aiuto.

In "*The Problem of Social Cost*", Ronald Coase<sup>107</sup> pone per la prima volta in discussione il principio per cui l'intervento del legislatore ha come scopo principale quello di garantire il benessere collettivo attuando programmi di *welfare*.

Il cosiddetto "Teorema di Coase" non è altro che il passaggio intermedio di un saggio in cui l'economista affronta la questione delle esternalità negative<sup>108</sup> e può essere riassunto come segue: in un mondo senza costi di transazione, la distribuzione dei diritti previsti dalla legge (ad esempio quello di inquinare o di prevenire l'inquinamento) non ha alcuna importanza. Infatti, anche nel caso in cui la legge attribuisca il diritto al soggetto che lo valuta di meno, l'altra parte, che lo valuta maggiormente, deciderà comunque di acquistarlo da essa<sup>109</sup>.

Corollario di questo teorema è che: in un mondo di costi di transazione pervasivi, come è il nostro, la distribuzione dei diritti da parte del legislatore è importante in quanto i costi di transazione sono in grado di impedire che il diritto venga trasferito dal soggetto che lo valuta di meno a quello che lo valuta maggiormente<sup>110</sup>.

Ciò che la *Law and Economics* ha tratto dall'insegnamento di Coase è che il regime giuridico previsto dalla legge per disciplinare una serie di situazioni standard è spesso irrilevante in quanto le parti sono, in assenza di costi, in grado di contrattare tra di loro e raggiungere il maggior grado di benessere reciproco nonostante l'esistenza di una legge piuttosto che un'altra<sup>111</sup>.

Se ciò è vero, si cerchi di applicare questo insegnamento alla legislazione in

---

<sup>107</sup> COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, op. cit., 1-44.

<sup>108</sup> Le principali teorie economiche degli anni '50 del '900 suggerivano che alle imprese produttive di esternalità negative (come l'inquinamento) doveva essere imposto l'internalizzazione di tale costo a mezzo di sistemi repressivi: dall'imposizione di sanzioni statali di vario genere, al riconoscimento dei danni provocati in chiave di responsabilità civile. Si trattava infatti di un tipico caso di fallimento del mercato. Lasciare piena libertà di azione a queste imprese avrebbe significato continuare a far gravare sulla società un costo da essa non prodotto. Per Coase, questa idea si era costruita su una serie di equivoci.

<sup>109</sup> Ibid. 2-15.

<sup>110</sup> Ibid. 15-19.

<sup>111</sup> Per quanto sia irrilevante per il raggiungimento del risultato finale, in realtà assegnare a un soggetto o all'altro il diritto non è irrilevante per il benessere del primo o del secondo. Come dice Posner: "*The initial assignment of rights, even when transaction costs are zero so that efficiency is not affected, may affect the relative wealth of the parties*"

materia di divorzio al fine di capire l'importanza (o meno) della contrattazione privata.

In molti Stati del mondo si è assistito negli ultimi cinquant'anni a un progressivo passaggio da un divorzio basato sulla colpa di uno dei coniugi a un divorzio per mera volontà di uno dei due sposi, in cui la colpa del fallimento del rapporto addebitabile a uno dei due soggetti coinvolti non ha alcuno, o quasi, rilievo. Parallelamente, in quasi tutti questi stati, le statistiche sul numero dei divorzi su base annua hanno cominciato a segnare trend decisamente rialzisti.

In molti, dunque, si sono chiesti se i due fenomeni (eliminazione del divorzio con colpa e aumento del numero dei divorzi) fossero in qualche modo correlati. In linea di principio, infatti, il requisito della colpa per poter divorziare si pone come un costo che, una volta eliminato, è in grado di rendere il divorzio più "economico"<sup>112</sup>. Con la diminuzione dei costi, dunque, è fisiologico un aumento della domanda.

Tuttavia, tale asserzione risulta scontrarsi con il Teorema di Coase, applicando il quale dovremmo aspettarci un non cambiamento degli esiti delle relazioni, essendo la legge ininfluyente.

In altre parole, il passaggio dal divorzio con colpa a quello senza colpa non dovrebbe aver alcun effetto sui tassi di divorzio: qualunque fosse la legge che regola il diritto al divorzio, quando la moglie valuta la possibilità di divorziare più di quanto il marito valuta quella di rimanere sposato, ella si troverà nelle condizioni di poterlo "comprare" e ottenere il divorzio voluto. Viceversa, quando una parte valuta la possibilità di rimanere sposati più di quanto l'altra parte valuta quella di divorziare, i due coniugi dovrebbero essere in grado di trovare un accordo per stare assieme<sup>113</sup>.

A nulla rileva, in assenza di costi di transazione (che per il momento si tenga in sospeso) che il coniuge abbia il diritto di chiedere il divorzio unilateralmente<sup>114</sup> o debba ottenere per forza il consenso dell'altra parte (per concordare l'esistenza di uno dei motivi per cui il divorzio è consentito per legge).

Se, quindi, da una parte alcuni autori hanno sostenuto, seguendo gli insegnamenti di Coase, che il passaggio al divorzio senza colpa non abbia avuto alcun effetto sui tassi di divorzio, ve ne sono molti altri, sia economisti che non, che, supportati da dati empirici, ancora oggi sostengono che la modificazione della legge previgente abbia, in molti casi, fatto la differenza<sup>115</sup>.

La domanda sorge quindi spontanea: come si relazionano con il Teorema di Coase questo secondo gruppo di economisti?

---

<sup>112</sup> Cfr. PARKMAN, *Good Intentions Gone Awry: No-Fault Divorce and the American Family*, Rowman & Littlefield, 2000, 4-5.

<sup>113</sup> ALLEN, *The Impact of Legal Reforms on Marriage and Divorce*, in *The Law and Economics of Marriage and Divorce* Antony W. Dnes & Robert Rowthorn (eds.), Cambridge University Press, 2002, 191-211.

<sup>114</sup> ELLMAN & LOHR, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, *University of Illinois Law Review*, 1997, 723.

<sup>115</sup> ALLEN, *The Impact of Legal Reforms on Marriage and Divorce*, op. cit.; BRINIG, *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, 2000, 153-158; BECKER, *A Treatise on the Family* op. cit., 15. Tale interdipendenza, associata alla frequente asimmetria informativa, spiega la ragione per cui la "teoria dei giochi" potrebbe essere particolarmente utile per analizzare il comportamento degli agenti e le scelte di sposarsi e divorziare.

L'unico modo per perorare la tesi per cui una qualche differenza sia dipesa dal passaggio a un sistema di divorzio senza colpa senza per questo negare gli insegnamenti di Coase è quello di supporre l'esistenza di alcuni costi di transazione.

Si è già detto che secondo Coase in caso di presenza di significativi costi di transazione la distribuzione che il legislatore fa dei diritti può essere significativa.

Molti autori, dunque, hanno iniziato a chiedersi quali siano i costi di transazione che possono incidere sull'efficiente contrattazione tra coniugi che vogliono divorziare.

Per alcuni studiosi lo stesso requisito della colpa costituisce un costo di transazione. Per altri, invece, i più rilevanti costi di transazione sono da riscontrare nelle elevate spese legali e nella lunghezza dei contenziosi<sup>116</sup>.

Douglas Allen ha, invece, dato altre spiegazioni alternative sul perché le parti possono oggi dar vita a "divorzi inefficienti". Tra questi<sup>117</sup>, ad esempio: l'esistenza di beni la cui proprietà non può essere soggetta a divisione in caso di divorzio, come il titolo professionale acquisito, l'aumento del potere di guadagno, la pensione, etc...; ma anche i problemi inerenti al regime giuridico patrimoniale e alla piena libertà di dividere a proprio piacimento i beni oggetto di proprietà personale e comune; l'assegno di mantenimento per il coniuge debole e la prole; l'impossibilità di far valere accordi patrimoniali sottoscritti prima o in corso di matrimonio.

In sintesi, l'importanza del modello proposto di Coase non è data tanto dalla ricerca di una sua rigorosa applicazione. È inutile sforzarsi di dimostrare che le norme giuridiche non abbiano alcun effetto sui comportamenti dei consociati. L'insegnamento che, invece, si può trarre da Coase è quello per cui chi studia un fenomeno sociale e vuole predire (o indirizzare) il comportamento degli agenti verso risultati auspicabili (perché ritenuti efficienti) non può limitarsi a chiedere il cambiamento di una sola e puntuale norma giuridica, sia esso per via legislativa o interpretativa.

Il comportamento umano è a tal punto complesso, ricco di sollecitazioni e in grado di modificare le proprie risposte in base agli stimoli più imprevedibili per cui talvolta pare più efficiente, piuttosto che intervenire in modo pervasivo, costruire una cornice all'interno della quale le parti possono liberamente muoversi, lasciando il campo alla contrattazione e all'autonomia dei privati che valutano in maniera migliore i propri diritti e la possibilità di scambiarli a seconda dell'utilità da loro attribuita.

Eventualmente, come si vedrà, ciò che può essere concesso allo Stato è un intervento *ex post* volto a correggere le storture intollerabili del sistema.

Dallo studio del teorema di Coase si apprende quindi che esistono costi di transazione nei rapporti contrattuali tra coniugi che, se eliminati, potrebbero condurre il sistema all'efficienza. L'esistenza di questi costi di transazione impone una valutazione attenta da parte del legislatore nello strutturare la normativa standard e nello scegliere a chi attribuire quali diritti.

Infine, non sempre l'intervento dello Stato con una normativa invasiva riesce a raggiungere gli effetti auspicati: limitare (o eliminare) le possibilità di contrattazione tra i soggetti privati significa impedire lo scambio di utilità soggettivamente

---

<sup>116</sup> BRINIG, *From Contract to Covenant*, op. cit., 154.

<sup>117</sup> Cfr. ALLEN, *The Impact of Legal Reforms on Marriage and Divorce*, op. cit., 294-197.

valutate in maniera diversa, e sono proprio gli scambi a consentire il raggiungimento del massimo benessere per entrambi i soggetti<sup>118</sup>.

### **8. Segue. La teoria dei giochi e il diritto di famiglia.**

Si è già detto che l'analisi economica del diritto di famiglia è un metodo che cerca di spiegare ed, eventualmente, predire i comportamenti dei componenti del nucleo familiare a seconda dell'esistenza o meno di alcune variabili.

Nel corso del tempo, tuttavia, si sono andati ad affinare diversi approcci, proprio come accaduto per la scienza economica.

Una variazione della teoria della scelta razionale considera la condotta strategica delle persone nel momento della contrattazione e in altre situazioni in cui il comportamento di un soggetto ha degli effetti anche su tutti gli altri. Si tratta del *Game Theory* (teoria dei giochi). Questa teoria enfatizza il problema dell'informazione imperfetta, del comportamento strategico e dei costi di transazione<sup>119</sup>.

La sua utilità, per i nostri scopi, deriva dal fatto di porre alla base dell'analisi l'assunto per cui: "*people ... make adjustments in the face of legal change*<sup>120</sup>". Gli individui, dunque, non mantengono sempre lo stesso comportamento in ogni situazione, ma lo mutano adattandosi al contesto (anche) legislativo in cui si trovano. Anche questo, in buona sostanza, è parte di un comportamento strategico di cui ognuno si serve per migliorare il proprio benessere<sup>121</sup>.

Il *Game Theory* trova applicazione quando due soggetti (detti giocatori) si trovano dinnanzi alla necessità di fare una scelta. La loro decisione, e l'esito finale, sono bilateralmente influenzati dalle aspettative delle scelte altrui.

Il giocatore viene posto dinnanzi a diversi scenari possibili e ottenibili incrociando le sue ipotetiche decisioni con quelle dell'altro giocatore. Tra questi esiti ipotizzabili, il soggetto razionale dovrebbe scegliere quello più efficiente.

Se questi sono i presupposti, la teoria dei giochi pare essere particolarmente utile per interpretare il comportamento delle coppie di fidanzati che pensano al

---

<sup>118</sup> In buona sintesi è possibile sostenere che l'operatore del diritto deve incentivare la contrattazione eliminando i costi di transazione, ossia tutti quei costi che impediscono alla contrattazione di essere efficiente. Le leggi migliori sono quelle che stimolano la cooperazione intersoggettiva; supportano le parti eliminando i costi di transazione; creano delle cornici normative in grado di sostenere e incentivare gli accordi.

<sup>119</sup> Per una letteratura di base cfr. AUMANN, *Game Theory*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman eds., Palgrave Macmillan, vol. 2, 1987, 460-482; ROSS, *Game Theory*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta ed., 2006, disponibile in <http://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>. Accesso in data 8.01.2020; DAU-SCHMIDT ET AL., *On Game Theory and the Law*, in *Law & Society Review*, 32, 1997, 613-629.

<sup>120</sup> BAIRD, *Game Theory and the Law*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Peter Newman ed., Palgrave Macmillan, vol. 2, 1998, 193.

<sup>121</sup> Di qui l'idea per cui la legislazione esistente non è del tutto neutra per il soggetto agente, anzi. Una modifica legislativa può comportare un cambiamento delle scelte del giocatore, il quale si può trovare costretto a modificare il proprio piano strategico. Il *game theory*, dunque, da una parte manifesta la sua utilità in chiave predittiva del comportamento adottato da due giocatori in situazioni in cui le loro scelte sono, in qualche modo, correlate a quelle altrui e sono in grado di avere un impatto l'uno nei confronti dell'altro. Da un altro punto di vista, inoltre, questa teoria ci aiuta a formulare previsioni in relazione al mutamento delle regole del gioco costituite, in parte, dalla legislazione esistente.

matrimonio e alle coppie di soggetti sposati che si domandano se la scelta migliore sia quella di cooperare con l'altro coniuge oppure uscire dal matrimonio (divorziare).

Diversi sono gli esempi in letteratura sulla teoria dei giochi applicata al diritto di famiglia<sup>122</sup>.

Per le finalità del presente lavoro si cercherà di applicare la teoria dei giochi a una ipotetica relazione tra due soggetti, Anna e Zeno, per cercare di spiegare quali questioni si pongano al momento della decisione se sposarsi o meno e, una volta sposati, di divorziare oppure rimanere uniti. Emergerà con chiarezza l'importanza della regolamentazione degli aspetti patrimoniali da parte del legislatore.

Si parta con ordine.

Anna e Zeno sono una giovane coppia che si interroga sul proprio futuro.

Zeno ha appena finito l'università mentre Anna deve ancora laurearsi.

Zeno vorrebbe proseguire i suoi studi iniziando un dottorato in Scienze Giuridiche.

Decide così di proporre ad Anna un accordo: Anna abbandonerà gli studi e inizierà a lavorare per mantenerlo e finanziare il suo Ph.D. Inoltre, a lei spetterà la cura della casa e, al bisogno, gli fornirà supporto. Zeno, dal canto suo, promette di compensare gli sforzi di Anna dividendo con lei tutti i suoi futuri guadagni che il dottorato gli permetterà di conseguire, in modo che il suo tenore di vita sia di gran lunga superiore rispetto a quello che avrebbe potuto godere con una laurea.

Tuttavia un Ph.D. è un investimento sul capitale umano del solo Zeno.

Nel caso in cui egli dovesse lasciare Anna per un'altra donna, sarà quest'ultima a beneficiare del Ph.D. di Zeno e non colei che ha investito per permettere a Zeno di raggiungere questo traguardo.

Ci si trova dinnanzi a una cosiddetta ipotesi di "dilemma del prigioniero", con i seguenti scenari possibili:

---

<sup>122</sup> Ad esempio: Amy Wax ha usato la teoria dei giochi per mostrare come, nel mondo di oggi, la combinazione di preferenze delle donne, realtà sul posto di lavoro e le regole del matrimonio e del divorzio si combinano per rendere difficile e improbabile l'uguaglianza dei sessi, specialmente all'interno del matrimonio. Cfr. WAX, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, *Virginia Law Review*, 1998, 509-672. Un altro esempio è Eric Posner che attinge a idee derivate dalla teoria dei giochi, come la "segnalazione" per spiegare una vasta gamma di comportamenti tra cui le relazioni domestiche. A un certo punto, Posner afferma che "la relazione coniugale può essere raffigurata come un dilemma del prigioniero ripetuto, in cui ogni coniuge impedisce all'altro di barare minacciando di punire qualsiasi trasgressione degli obblighi coniugali". Il modello di segnalazione di Posner può essere più trasparente e più convincente nel contesto della sua analisi del corteggiamento, dove spiega che regali costosi, celibato sessuale o esclusività e anelli di fidanzamento sono modi per i partner di segnalare: (a) il loro "basso tasso di sconto" (la loro capacità di rinunciare all'attuale soddisfazione delle preferenze a favore del raggiungimento di obiettivi a lungo termine); e (b) la loro capacità di supportare monetariamente l'altro partner ed eventuali figli. Cfr. POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000, 68-87.

	<b>Zeno</b>	
<b>Anna</b>	Mantenere la promessa	Rompere la promessa
investire	$V/2, V/2$	$w, V$
Non investire	$v, v$	$v, v$

**Tab. 1: L'accordo tra due nubendi prima del matrimonio. Investimento nel capitale umano e il dilemma del prigioniero.**

La Tabella 1 mostra le possibili scelte di Anna e Zeno combinandole tra loro, nonché i possibili esiti.

Le lettere in grassetto sono le opzioni di Anna.

-  $v$  rappresenta il valore del tenore di vita dei due ottenendo una laurea (che è l'alternativa di Zeno se Anna decide di non permettergli di conseguire il dottorato di ricerca).

-  $V/2$  rappresenta il valore del tenore di vita combinato se Zeno riesce ad ottenere un Ph.D. Il valore viene diviso per due perché Zeno decide di redistribuirlo con la moglie come corrispettivo per l'averlo supportato fisicamente ed economicamente.  $V/2$  è maggiore per definizione a  $v$ .

- se Zeno mantiene la sua promessa e onora i termini dell'accordo, Anna beneficerà di metà di tutti i suoi guadagni.

- Tuttavia, se Zeno non mantiene la sua promessa (tenendo per sé  $V$ ), Anna perderà completamente il suo investimento. Anna otterrà  $w$ . Per definizione  $w$  è minore di  $v$ . Si tratta di uno stipendio di gran lunga inferiore rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere se si fosse laureata.

Si vedano le strategie che i due possono adottare:

- Dal punto di vista di Zeno, se Anna decide di investire, la miglior strategia è quella di non mantenere la promessa (tenendo  $V$  tutto per sé). Se Anna decide di non investire, infatti, lui non perde nulla, trovandosi comunque nella posizione di ottenere  $v$ .

- Anna, sapendo che la miglior strategia perseguibile da Zeno è quella di rompere la promessa, vede come strategia dominante quella di non investire.

- il risultato è che non si sposeranno o, se lo faranno, Zeno non otterrà il suo Ph.D. In questo modo, tuttavia, si perde un'opportunità di guadagno per entrambi. Infatti  $V$  è maggiore di  $2v$ .

In economia si dice che questo risultato non è pareto-efficiente in quanto entrambi i soggetti potrebbero stare meglio senza peggiorare la situazione dell'altro.

La prima domanda che è possibile porsi è: che tipo di accordo è quello che Anna e Zeno stringono? È possibile chiederne l'adempimento nel caso uno dei due si voglia sottrarre dalla propria promessa?

Alla prima domanda pare di poter rispondere che, almeno per il momento in cui viene stipulato, si potrebbe parlare di contratto prematrimoniale.

Si è compreso che l'output più efficiente è quello in cui entrambi i giocatori mantengono la propria promessa. Servono quindi degli strumenti che ne permettano la coercizione, altrimenti l'accordo non avrebbe, di fatto, alcun rilievo pratico.

Un contratto, infatti, rappresenta lo strumento per mezzo del quale ci si impegna

a una certa prestazione perché si desidera che la nostra controparte faccia lo stesso. Servono, perciò, degli strumenti che ci impongano di mantenere la parola data perché, sostenendo la rispettiva fiducia, è possibile una vera circolazione di beni e servizi. Se, infatti, rispettare o non rispettare un contratto fosse privo di sanzioni, nessuno scenderebbe mai a patti con l'altro.

Nel nostro caso concreto, Zeno si trova nella condizione di beneficiare della prestazione di Anna ma non subisce alcuna sanzione per il suo inadempimento. Anzi, non rispettare la parola data diventa per lui fonte di ulteriore guadagno.

La parte debole di questo scambio, dunque, è Anna, che decide di rifiutare un atteggiamento positivo per lei (e per entrambi) perché non può fare pieno affidamento sulle parole di Zeno.

Così facendo lo scambio non avviene.

Entrambi avrebbero potuto godere di una vita migliore ma, purtroppo, tale eventualità non si realizzerà.

Per poter far sì che entrambi si collochino su una posizione efficiente, l'unico strumento è quello di indurre Zeno a non rompere la promessa e tutelare Anna nel caso in cui ciò avvenga.

Anna, quindi, potrà fidarsi della parola di Zeno e, accettando l'accordo, entrambi beneficeranno di un miglioramento della propria condizione di vita.

Ma come è possibile ciò?

Ci sono diversi modi per rendere coercibile una promessa fatta da un coniuge all'altro.

In linea di massima l'idea è sempre quella di imporre un costo al coniuge (generalmente il marito) che si avvantaggia dei sacrifici che l'altro decide di compiere a favore della famiglia (solitamente la moglie) nel caso in cui egli non adempia a quanto promesso. Non sempre si tratta di un accordo esplicito. Più generalmente gli accordi in materia di ménage familiare sono assunti di comune accordo tra i due sposi ma senza formalità particolari.

La rottura del rapporto coniugale a mezzo del divorzio risulta comunque essere la rottura di un accordo assunto implicitamente tra i coniugi al momento delle nozze: quello di assistersi reciprocamente nel corso della vita assieme. Una decisione che spesso comporta una modifica delle attività precedentemente svolte e dell'indirizzo da dare alla propria esistenza.

Generalmente il costo consiste nell'obbligo di compensare l'altro coniuge per i danni provocati dal mancato rispetto dell'accordo. Esso può essere quantificato precedentemente al momento della rottura dell'accordo, stipulando quello che gli economisti riconoscono essere una sorta di contratto di assicurazione a copertura dei costi futuri eventuali oppure, come accade in molti stati occidentali, lasciando che sia un giudice, successivamente, a quantificare tale costo.

Il vero problema diventa, in quest'ultimo caso, le modalità di calcolo utilizzate dalla giurisprudenza. Qual è la tipologia di danni risarcitori più corretta? Punitivi, restitutori, compensatori?<sup>123</sup> Lasciare a un soggetto terzo ed estraneo al rapporto la

---

<sup>123</sup> GROSSBARD-SHECHTMAN E LEMENNICIER, *Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage: an Austrian Perspective*, in *Journal of Socio-Economics*, 1999, 7.

quantificazione di tale costo crea un comprensibile problema di incertezza<sup>124</sup>.

Quanto detto può essere meglio inteso utilizzando il linguaggio usato dagli economisti nell'analisi delle imprese<sup>125</sup> e del comportamento dei consumatori. Se la famiglia fosse considerata come un'impresa diremmo che Anna, contribuendo alla carriera di Zeno a sue spese, sta lavorando per Zeno.

Questo lavoro viene definito da Grossbard-Shechtman "lavoro sponsale"<sup>126</sup> e comprende tutti i servizi che un coniuge presta a favore dell'altro, compresi i lavori domestici, il giardinaggio e molti altri servizi che trovano un sostituto nel mercato.

Il lavoro sponsale può essere anche un "lavoro d'amore", fatto gratuitamente e per mero spirito di liberalità. Si tratterà di "lavoro d'amore" quando, generalmente, anche il lavoratore beneficia di quella attività lavorativa. Ciò accade spesso con la riproduzione, l'educazione dei figli e la compagnia reciproca. Queste attività non hanno in genere buoni sostituti nel mercato. Ecco che Grossbard-Shechtman<sup>127</sup> distingue tra WIM ("*Work-In-Marriage*"), intendendo con tale concetto il lavoro svolto da un coniuge per la produzione di beni privati dell'altro coniuge, e WOC ("*Work-On-Commonwealth*"), intendendo il lavoro per la produzione di beni comuni (rivali non escludibili) consumati congiuntamente.

Nella misura in cui il lavoro non viene svolto per amore del beneficiario, un lavoratore si aspetta di essere compensato per il tempo trascorso al lavoro.

Nell'esempio di Anna e Zeno si assiste alla produzione di un bene consumato privatamente da Zeno, ossia il capitale umano, tramite il lavoro sponsale di Anna. Infatti, poiché Zeno può beneficiare di questo capitale sia dentro che fuori il matrimonio, ci si aspetta che egli sia disposto a compensarla per il suo lavoro.

L'offerta di lavoro di Anna comporta un costo opportunità, poiché la moglie è chiamata a rinunciare ad altre preziose attività come la prosecuzione dei propri studi.

Per questa ragione, un lavoratore sponsale prevede di ricevere una compensazione che copra almeno i costi opportunità del lavoro.

Premesso ciò la domanda che sorge è la seguente: c'è bisogno dell'intervento del legislatore per disciplinare il matrimonio e il divorzio?

Ricordando gli insegnamenti di Coase, in una contrattazione bilaterale e in assenza di costi di transazione non ha importanza a chi il legislatore attribuisce i diritti

<sup>124</sup> Tra i diversi contributi, di particolare rilevanza appare essere quello di HATZIS e TSAOUSSI, "*...Or For Worse*" *Prenuptial Agreements and the Compensation Paradox in Divorce*, in *Review of Economics of the Household*, 2011, che, analizzando da un punto di vista economico le diverse tipologie di danni in caso di divorzio arrivano a sostenere che: "*The best solution that contract law can offer to the compensation paradox in marriage is perfect expectation damages (full compensation and efficient reliance). However, given the measurement problems precluding perfect expectation damages, we suggest that the most viable alternative is the enforcement of liquidated damages in prenuptial agreements. This provides the spouses with the proper incentives to rely efficiently during marriage and to be adequately compensated in case of divorce*".

<sup>125</sup> Non deve sorprendere che la radice di economia sia la parola greca "*oekonomos*" ossia "gestione della casa familiare".

<sup>126</sup> GROSSBARD-SHECHTMAN, *On the Economics of Marriage: a Theory of Marriage, Labor, and Divorce*. Boulder, Co., Westview Press, 1993.

<sup>127</sup> GROSSBARD-SHECHTMAN, *Why women may be charged more at the cleaners: a consumer theory with competitive marriage markets*, Center for Public Economics, Working Paper 99-01, San Diego State University, 1999.

perché le parti addiverranno comunque a un accordo che massimizza l'utilità di entrambe.

Da ciò si potrebbe ricavare che l'intervento del legislatore sia del tutto indifferente: indipendentemente da quali diritti attribuisce e a chi, marito e moglie troveranno sempre il miglior accordo sia per la costruzione della vita familiare assieme che nel caso del loro scioglimento.

Si provi ad applicare il teorema di Coase al nostro caso.

Si supponga che non vi siano costi di transazione e che non vi siano effetti di redistribuzione del reddito. Si supponga, infine, che la differenza tra  $V/2$  e  $w$  sia di € 100.000. Questo è il danno causato da Zeno ad Anna nel caso in cui non mantenga la sua promessa.

Anna può scegliere se sposarsi e investire, oppure no.

Tuttavia, Anna è consapevole che il valore di  $V/2$  è superiore a quello di  $v$  che potrebbe ottenere qualora decidesse di non sposarsi.

I casi potrebbero essere due: lo Stato riconosce il "diritto" ad Anna oppure a Zeno.

Nel caso lo riconosca ad Anna, significa che lo Stato rende coercibile l'eventuale accordo prematrimoniale stipulato tra Anna e Zeno oppure dà il potere ad un giudice di calcolare esattamente il medesimo costo-opportunità e di trasferirlo ad Anna nel caso in cui Zeno la lasci.

In tale scenario a Zeno conviene trasferire il rischio attraverso un'assicurazione che copra il caso in cui sia costretto a corrispondere € 100.000 ad Anna. Il costo dell'assicurazione è di € 30.000. Per lui rimane comunque la scelta più vantaggiosa ed è pari a  $V/2 - € 30.000$ .

Il valore totale che questo accordo genera è, invece,  $V/2 + V/2 - € 30.000$ .

Nel caso il diritto sia riconosciuto a Zeno, significa che gli investimenti fatti da Anna per la famiglia non dovranno essere compensati.

La scelta più vantaggiosa per Anna sarebbe quella di non cooperare. Il rischio è quello di ottenere  $w$  anziché accontentarsi di  $v$ , dove  $w$  per definizione è minore di  $v$ .

Ma Zeno sa che questa per lui non è la scelta più vantaggiosa e potrebbe avanzare l'idea di pagare lui il costo di un'assicurazione, sempre di € 30.000, per compensare Anna nel caso in cui egli risultasse infedele alla sua promessa.

A questo punto, Anna non potrebbe che accettare in quanto, nel peggiore dei casi, avrebbe comunque  $w + € 100.000$  che è pari a  $v$ . In altre parole la donna si troverebbe nella stessa situazione si sarebbe trovata qualora non avesse adempiuto; mentre nel migliore dei casi  $V/2$ .

Per Zeno invece, sia in caso di adempimento che di inadempimento si troverebbe nella situazione di ottenere  $V/2 - € 30.000$ , che è comunque superiore di  $v$ .

In conclusione, anche nel secondo scenario colui che pagherà il costo dell'assicurazione sarà sempre Zeno e il costo totale sarà sempre di € 30.000.

Anche il valore totale prodotto da tale accordo sarà sempre il medesimo. Si tratta di una situazione di Pareto efficienza.

Il teorema di Coase ci suggerirebbe di lasciare all'autonomia privata piena possibilità di esplicarsi perché solo i coniugi, con la contrattazione, riescono ad arrivare alla soluzione più efficiente.

Purtroppo, nel mondo reale, i costi di transazione sono elevati. Esistono costi di

agenzia e vi sono effetti di redistribuzione del reddito. In altre parole non è indifferente se il diritto viene attribuito ad Anna o a Zeno.

Seguendo sempre Coase, il legislatore dovrebbe attribuire i diritti di partenza al soggetto che li valuta di più.

Questa è la ragione dell'esistenza di una legge che regola le modalità con cui i coniugi possono accordarsi sugli aspetti patrimoniali della crisi.

La domanda che quindi ci si pone è: "ma da cosa dipendono questi costi transattivi"?

A tale quesito molti studiosi hanno cercato di dare una risposta.

Lloyd Cohen<sup>128</sup>, ad esempio, ritiene che il problema non sia tanto il costo della stesura del contratto prematrimoniale, quanto il costo della ricerca della persona da sposare. Egli ritiene che il capitale umano degli uomini e delle donne non abbia lo stesso profilo temporale di crescita e di deprezzamento. Dato che il capitale umano di una donna consiste principalmente nella sua capacità riproduttiva, l'uomo deve affrontare alti costi di agenzia per poter ottenerne il controllo del corpo.

Date tali circostanze, il valore delle donne nel mercato del matrimonio rispetto a quello degli uomini di solito diminuisce con l'età in modo più velocemente di quanto accade per gli uomini. Per questo, il costo di uscita dal matrimonio per una donna è più elevato rispetto a quello che devono affrontare gli uomini.

Secondo Cohen sono questi elevati costi di transazione e di agenzia a essere il motivo per cui lo stato interferisce nel divorzio.

Un altro modo per giustificare l'intervento dello stato negli accordi matrimoniali di divorzio è quello proposto dall'approccio neoclassico applicato alla *Law and Economics*.

Si immagini che marito e moglie riescano a stipulare un contratto perfetto. Tale contratto è completo: in esso viene prevista ogni eventualità; tutte le informazioni rilevanti sono state comunicate a entrambi i partner; marito e moglie sono esseri umani razionali con preferenze stabili; le parti negoziano il contratto liberamente; ed entrambi acconsentendo ai termini del contratto. Si supponga anche che né il marito né la moglie abbiano alcun potere monopolistico sul mercato del matrimonio e che nessun terzo sia coinvolto dagli effetti del contratto matrimoniale al momento della sua conclusione.

Se tutte queste ipotesi valgono, il contratto non ha lacune. Pertanto, le parti non hanno bisogno dello Stato o dei tribunali.

Al contrario, i contratti matrimoniali sono imperfetti quando si verifica una delle seguenti condizioni: le parti sono irrazionali; la volontà di un partner è viziata (per dolo, violenza o errore); le preferenze sono instabili (ad esempio perché uno dei partner è troppo giovane), tutte le contingenze non sono previste (ad es. non viene previsto cosa accade nel caso in cui uno dei due coniugi si innamori di un'altra persona); tutte le informazioni pertinenti non vengono comunicate a entrambi i partner; gli uomini hanno un potere di monopolio nel mercato del matrimonio; terze parti (come i minori) sono interessate dal contratto.

Tutte queste imperfezioni creano la necessità di un intervento da parte dello Stato

---

<sup>128</sup> COHEN, *Marriage as contract*, In Newman (Ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998.

e dei giudici volto a correggere i fallimenti della contrattazione matrimoniale *ex ante* ed *ex post*.

Compresa la necessità di una qualche forma di intervento dello Stato negli accordi tra marito e moglie, quanto deve essere pervasivo tale intervento?

Per rispondere a questa domanda ci si serve di un ragionamento svolto da Grossbard-Shechtman e Lemennicier<sup>129</sup> in merito all'evoluzione del modello di famiglia predominante nel tempo in Francia. Quanto da loro rappresentato, infatti, sembra in grande parte coincidere con la nostra esperienza storica.

### **9. Segue. La contrattazione tra coniugi e i modelli sociali di riferimento.**

Si supponga l'esistenza del seguente scenario: gli uomini possiedono tutte le proprietà e l'unico modo per le donne di garantirsi il proprio sostentamento è vivere con i genitori, un marito o in un convento.

Per gli uomini, d'altro canto, il solo modo di promuovere e preservare le terre dalle quali traggono la loro ricchezza è quello di avere una famiglia con un gran numero di figli che sopravvivono fino all'età adulta. Gli uomini competeranno quindi tra loro per avere il diritto di usare il corpo di una donna per produrre un gran numero di bambini e fare in modo che questa donna li cresca quando le loro cure richiederanno molto tempo.

Il motivo principale per cui gli uomini vogliono sposarsi è che possono beneficiare della produzione e dell'educazione della prole, una richiesta derivata a sua volta dal loro desiderio di creare e preservare la ricchezza.

Si presume che solo le mogli possano fornire i servizi necessari per la riproduzione e l'educazione dei bambini.

Questi servizi hanno un costo opportunità basato sul valore del tempo di una donna che rimane con i suoi genitori o si unisce a un ordine religioso. Si supponga che questo costo sia basso.

La produzione di bambini avviene quando le persone sono fertili. Per le donne, questo implica in genere un matrimonio in giovane età.

In tale società tradizionale, il motivo principale per cui le donne vogliono sposarsi è il bisogno di reddito e di soddisfare alcune necessità di base. Le donne preferiscono quindi sposare uomini che hanno più ricchezza attuale o futura da condividere con loro.

Solitamente, in termini di capitale monetario e fisico, gli uomini sono probabilmente più ricchi in età avanzata, mentre in giovane età è più probabile che la loro ricchezza prenda la forma di capitale umano.

Vi è quindi una discrepanza tra la produttività del ciclo di vita di mariti e mogli: la moglie è più produttiva all'inizio del suo ciclo di vita mentre è probabile che la produttività del marito si verifichi in età avanzata.

Si può dire che il valore dei servizi produttivi delle donne in tale matrimonio è più alto quando sono giovani mentre la capacità degli uomini di pagare per questi servizi è massima più avanti nel loro ciclo di vita, molto tempo dopo che gli investimenti sono stati fatti.

---

<sup>129</sup> GROSSBARD-SHECHTMAN E LEMENNICIER, *Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage*, op. cit., 13 ss.

In questo contesto culturale non esiste un mercato assicurativo per uomini o donne. Gli uomini non possono proteggersi dall'incapacità di una moglie di mantenere le promesse relative ai suoi contributi riproduttivi ed educativi. Le donne non possono proteggersi dall'incapacità di un marito di mantenere le sue promesse riguardo alla sua ricchezza futura e alla sua volontà di dividerla.

I costi di agenzia sono molto alti.

In queste circostanze il negozio del matrimonio può ridurre significativamente i costi di agenzia. L'insieme di diritti e doveri che i due soggetti acquisiscono risulta essere un qualcosa del tipo: l'uomo ottiene l'esclusività all'accesso sessuale del coniuge (egli non vuole figli di altri uomini, ma solo i propri). Inoltre, ottiene il controllo del corpo della donna in modo che il matrimonio sia "consumato" attraverso frequenti rapporti sessuali, aumentando così la probabilità di ottenere il numero di figli che desidera. Allo stesso tempo, la donna riceve il beneficio di un salario per coprire il costo opportunità del suo tempo e una compensazione futura a titolo sia di rimborso per il suo investimento nei beni del marito sia come sicurezza quando il suo corpo avrà perso tutto il valore agli occhi di altri uomini e il suo contributo al ménage familiare sarà minore.

La donna potrà raggiungere questo risultato se la legge prevede una delle due seguenti alternative: o l'indissolubilità del matrimonio, oppure una compensazione pecuniaria in caso di fallimento del matrimonio e suo scioglimento.

L'autore di questa teoria sostiene che questa prospettiva fornisca una chiara spiegazione della maggior parte delle leggi sul diritto di famiglia presenti nel codice civile francese prima degli anni '60 (pre-riforma).

Allo stesso modo si può dire del diritto italiano prima delle importanti riforme degli anni '70. La richiesta degli uomini di servizi matrimoniali era fortemente orientata verso l'uso del corpo della donna che però è, per sua natura, sotto il controllo del suo libero arbitrio. Il potere legale che gli uomini acquisivano sul corpo della moglie diveniva un modo per contrastare la proprietà naturale della moglie sul proprio corpo.

Le relazioni formali asimmetriche tipiche di un sistema patriarcale rivelano che nelle società che pongono così tanta enfasi sulla riproduzione, la parte più debole in caso di matrimonio non regolamentato è l'uomo. Di conseguenza, gli uomini hanno dovuto sviluppare un apparato di regole formali in grado di far rispettare le promesse delle mogli.

Si cerchi ora di dare una spiegazione economica a un modello di famiglia differente da quello patriarcale.

Come si sa il modello di famiglia negli stati occidentali, Italia inclusa, si è storicamente evoluto verso la ricerca dell'uguaglianza tra marito e moglie<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> Interessanti ricognizioni sui modelli di famiglia italiani e sul loro sviluppo storico, nonché sull'impatto dello sviluppo economico sui modelli sociali-familiari-culturali possono essere lette nei saggi di: JANSSENS, *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, in Barbagli-Kertzer (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Bari 2003; MUSSO, *La famiglia operaia*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana dall'ottocento a oggi*, Milano 1988, 76 ss.; DE RITA, *L'impresa famiglia*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, op. cit., 395 ss.; GOLINI, *Profilo demografico della famiglia italiana*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, op. cit., 346 ss.; SCARAFFIA, *Essere uomo, essere donna*, ivi, 251 ss.; sulle condizioni di lavoro a partire dagli anni settanta, VETTOR, *Attualità e prospettive della conciliazione delle esigenze di*

In questo nuovo modello di organizzazione familiare la moglie, oltre ad essere importante per la riproduzione e la crescita dei figli, è anche altamente produttiva nel mercato del lavoro. Anzi, la sua produttività è sostanzialmente la medesima di quella degli uomini.

La ricchezza non dipende più dalla terra, ma più generalmente dal capitale umano in possesso di uomini e donne. Di conseguenza, sia l'uomo che la donna preferiscono avere meno figli rispetto alle coppie della società rurale vista nell'esempio precedente.

Le cure dedicate alla crescita dei figli, tuttavia, sono di qualità nettamente superiore rispetto a quelle delle coppie nella società agricola-rurale. Gli investimenti dei genitori in termini di tempo sono maggiori, in quanto non esiste nel mercato un buon sostituto dell'amore e dell'attenzione dei genitori nei confronti dei figli. Padre e madre acquisiscono delle competenze importanti, come capacità comunicative, intelligenza emotiva e abilità nel coordinare gli investimenti sui figli e sull'altro coniuge. Tale processo comporta la produzione congiunta di un figlio di qualità, dotato di particolari caratteristiche, capacità e abilità. Le qualità del bambino sono un bene pubblico prodotto dal matrimonio.

Anche se il mercato ha sviluppato sostituti commerciali per molti dei servizi che le donne fornivano in società patriarcali, gli uomini continuano ad avere una domanda per molti servizi casalinghi forniti da una moglie.

Ma non solo.

Anche le donne impiegate nel mercato del lavoro hanno una domanda per i servizi di cura domestica da parte del marito.

Molte coppie con doppio reddito continuano a produrre molti servizi in casa, anche se sono disponibili sostituti commerciali per la maggior parte di essi<sup>131</sup>. In parte ciò si verifica perché la produzione di servizi all'interno della stessa casa coniugale riduce i costi di transazione, allo stesso modo in cui avviene all'interno di una impresa commerciale<sup>132</sup>.

Le relazioni intime esclusive sono spesso valutate da uomini e donne come requisito per una relazione amorosa tra uguali. La preoccupazione degli uomini di stabilire la loro paternità è diventata meno centrale per il matrimonio.

Ogni volta che vengono scambiati servizi di "lavoro sponsale" ci sono guadagni dal matrimonio. Analogamente a qualsiasi situazione in cui si verificano scambi, tale commercio comporta un certo grado di specializzazione. La specializzazione in una coppia moderna in genere non assume la forma di soluzioni estreme, in cui un coniuge si dedica completamente al lavoro domestico mentre l'altro esclusivamente a quello retribuito. Tuttavia, la specializzazione si verifica spesso in un senso diverso: un coniuge, ad esempio, sarà più portato a cucinare e quindi si dedicherà a preparare la maggior parte dei pranzi e delle cene per la famiglia; l'altro, dal canto suo, potrebbe essere più abile nell'intrattenere e mettere a letto i bambini. Ecco

---

*cura, di vita e di lavoro*, in D'Amico-Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano, 2017, 219 ss.

<sup>131</sup> Cfr. HERSCH, *The Economics of Home Production*, *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 6, 1997, 421-440.

<sup>132</sup> POLLAK, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, *Journal of Economic Literature*, 23, 1985, 581-608.

quindi che, generalmente, sarà lui a farlo, permettendo che l'altro coniuge possa godere di alcuni momenti di riposo.

Questa ricostruzione si pone in chiave critica nei confronti dell'analisi fatta da Becker nel 1981 secondo cui le famiglie avrebbero visto la diminuzione dei propri guadagni a causa della tendenza alla mancata specializzazione di genere tra uomini impegnati sul mercato del lavoro e donne nella cura della casa.

Pare più corretto affermare, invece, che la natura del matrimonio si sia progressivamente spostata dall'enfasi sulla riproduzione e produzione di beni materiali, all'enfasi su altri servizi come il benessere psicofisico e l'intrattenimento.

Tuttavia, la grande quantità di preziosa produzione domestica rilevabile nelle moderne coppie a doppio reddito e l'asimmetria di genere in questa produzione indicano che la specializzazione tra moglie e marito continua a creare guadagni nel matrimonio e che il lavoro sponsale - specialmente quello della moglie - continua ad essere un aspetto importante del matrimonio.

La specializzazione e lo scambio di ricchezza avvengono dopo che sono state stabilite condizioni commerciali reciprocamente accettabili.

Nella misura in cui operano mercati competitivi per i servizi coniugali (rosticcerie per la produzione di cibo; lavanderie; imprese di pulizie; asili e babysitter; etc...) le coppie tendono ad attribuire al lavoro sponsale un "quasi-salario". Il valore di esso è compreso tra il valore massimo che il coniuge dal lato della domanda è disposto a pagare e il minimo che il coniuge dal lato dell'offerta si aspetta di ricevere. Questo "quasi salario" sarà tanto più elevato quanto maggiore sarà la domanda di servizio e maggiori saranno i costi opportunità derivanti dall'offerta di lavoro.

Nel caso visto con la società patriarcale (e ancora presente oggi in alcune coppie) in cui un coniuge si dedica completamente al mantenimento economico della famiglia e l'altro alla cura di tutti gli altri bisogni, marito e moglie devono concordare sul valore da attribuire alla compensazione per il lavoro sponsale della moglie e per i suoi servizi riproduttivi.

L'esempio della coppia moderna ha in comune qualcosa con l'esempio della coppia patriarcale.

Quando uomini e donne lavorano fuori casa e possibilmente guadagnano uguali salari, è ancora vero che il matrimonio implica transazioni reciprocamente vantaggiose e volontarie nella misura in cui tutte le parti sono razionali (nel senso di essere principalmente interessate al proprio benessere) e il matrimonio comporta scambi a condizioni commerciali che sono accettabili per entrambi i partner.

Ciò implica che se un uomo vuole usare il lavoro sponsale di una moglie per organizzare frequentemente feste con i colleghi (o qualsiasi altra attività), deve offrirle un compenso abbastanza alto da indurla a preferire questa opportunità matrimoniale rispetto agli usi alternativi del suo tempo. Dato che la partecipazione nel mercato del lavoro è un importante uso alternativo del tempo, l'uomo dovrà offrire un "quasi-salario" in misura almeno pari al salario percepibile dal lavoro nel mercato più la differenza dell'utilità marginale delle due forme di lavoro.

Lo stesso vale per una donna che vuole usare il lavoro sponsale del marito come padre, cuoco o qualsiasi altra attività.

Tuttavia, le ingenti opportunità di lavoro e la libertà di scelta tra una carriera nel mercato del lavoro e nell'impiego nel lavoro casalingo implicano costi-opportunità

più elevati in termini di tempo e compensi minimi accettabili per il lavoro sponsale nel caso di coppie moderne rispetto a quelle del passato.

Si può infine aggiungere che, indipendentemente dal modello di famiglia prescelto dalla coppia, anche le condizioni del mercato del matrimonio influenzano i benefici che i singoli uomini e donne possono ricavare dal matrimonio.

Oggi uomini e donne hanno molta più scelta su come allocare il proprio tempo da single o in coppia. Le opportunità di ogni individuo sono influenzate da molti fattori, come la competizione nel mercato dei matrimoni dovuta a una differente proporzione di uomini e di donne non sposati in un certo momento storico e in un certo luogo, nonché dalle opzioni di scelta su come guadagnarsi da vivere nel mercato del lavoro<sup>133</sup>.

Nella maggior parte dei paesi industrializzati oggi coesistono entrambe le tipologie di matrimoni qui descritti: 1) talvolta entrambi i coniugi perseguono la propria carriera e continuano la propria vita come prima del matrimonio impegnandosi ambedue nella gestione familiare ognuno con le sue specializzazioni; 2) talvolta uno dei coniugi effettua una rinuncia alla sua progressione di carriera e dedica parte del proprio tempo alla famiglia; 3) talaltra, infine, uno dei due coniugi abbandona il lavoro al fine di dedicarsi completamente alla vita domestica.

Tra questi tre modelli esistono, infine, una serie innumerevole di varianti.

Ed è per quest'ultimo motivo che, data la varietà di possibili scambi tra mariti e mogli entrambi impiegati nella forza lavoro e con pari opportunità, le leggi sul matrimonio configurate per una società patriarcale non si adattano più ai modelli possibili della società moderna.

Inoltre, la presenza di una legge valevole per tutti i modelli di coppia potrebbe non essere la soluzione migliore per alcuni membri della società o per alcune fasce di età<sup>134</sup>.

È su questo punto che si annida una questione molto importante per spiegare il drammatico calo dei matrimoni in Italia e del progressivo aumento delle convivenze. In Italia si è passati dalla celebrazione di circa 320.000 matrimoni nel 1991 a poco meno di 200.000 nel 2018, con un'inflexione, quindi, del 40 % in 27 anni. Lo afferma l'ISTAT che il 20 novembre 2019 scorso scriveva: "La diminuzione dei primi matrimoni è da mettere in relazione in parte con la progressiva diffusione delle libere unioni. Queste, dal 1997-1998 al 2017-2018, sono più che quadruplicate passando da circa 329 mila a 1 milione 368 mila. L'incremento è dipeso prevalentemente dalla crescita delle libere unioni di celibi e nubili, passate da 122 mila a 830 mila circa. Questa modalità del fare famiglia è sempre più diffusa anche nel caso di famiglie con figli; l'incidenza di bambini nati fuori del matrimonio è in continuo aumento: nel 2017 quasi un nato su tre ha i genitori non coniugati<sup>135</sup>".

---

<sup>133</sup> Cfr. GROSSBARD-SHECHTMAN, *A Theory of Allocation of Time in Markets for Labor and Marriage*, *Economic Journal*, 94, 1984, 863-82; GROSSBARD-SHECHTMAN, *On the Economics of Marriage*, op. cit., 1993.

<sup>134</sup> Cfr. HEER E GROSSBARD-SHECHTMAN, *The Impact of Female Marriage Squeeze and the Contraceptive Revolution on the Sex Roles and the women's Liberation Movement in the United States 1960-1970*, *Journal of Marriage and the Family*, 1981, 43, 49-65.

<sup>135</sup> ISTAT, *Matrimoni e Unioni civili anno 2018*, in *Statistiche Report*, Novembre 2019, disponibile in [https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report\\_Matrimoni\\_Unioni\\_Civili\\_2018.pdf](https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_Matrimoni_Unioni_Civili_2018.pdf). Data ultima

Sicuramente, tra le possibili ragioni di questa progressiva “fuga dal matrimonio” rilevano la mancanza di adattamento delle leggi in materia di matrimonio e divorzio ai cambiamenti della natura degli scambi coniugali, delle condizioni di mercato e delle preferenze dei coniugi<sup>136</sup>.

La conferma di quanto sostenuto la si ritrova leggendo i dati in nostro possesso. Negli anni di intervento del legislatore con le novelle del 2015 (il decreto legge n. 132/2014 e la legge 55/2015) con cui è stato ridotto e semplificato l’iter per lo scioglimento dei matrimoni, si è segnato un biennio, il 2015-2016, in controtendenza rispetto agli anni precedenti e successivi.

Tale tendenza, tuttavia, potrebbe stare a significare solo che molte delle coppie ritrovatesi precedentemente “bloccate” all’interno del triennio prima necessario per la richiesta del divorzio a seguito della separazione hanno potuto invece definitivamente chiudere una relazione e intrecciarne una nuova. Ma è possibile leggere questo dato in un altro senso, ossia che ogniqualvolta il legislatore interviene per allentare le maglie del controllo in entrata e in uscita dal matrimonio vi sia un effetto positivo sulle decisioni dei consociati. Il costo di uscita pare essere, assieme ad altri, concepito come un deterrente per chi desidera entrare nel matrimonio. Semplificare la possibilità di un soggetto di svincolarsi da una relazione che non ritiene più ottimale per la sua esistenza consente, nel momento in cui valuta la possibilità di sposarsi, di assumere la decisione con maggior semplicità e, tra la scelta di optare per una “meno vincolante” convivenza, il matrimonio torni a essere una opzione appetibile.

L’idea di fondo, tuttavia, è che semplificare le modalità di uscita non basta.

La legge italiana in materia di matrimonio e di divorzio è un costellato di norme che ben si adattano a modelli familiari del passato, difficilmente oggi presenti e ripetibili.

Le regole del codice civile trovano fondamento in una società agraria patriarcale simile a quella descritta nel nostro primo esempio, molto diversa da quella odierna quanto a mercati sia interni che esterni alla famiglia. Il rapporto tra i coniugi, il modo di concepire la famiglia e i figli, la divisione del lavoro, ma anche le opportunità esterne alla famiglia, come la possibilità di più semplice collocazione nel mondo del lavoro per entrambi i coniugi, il valore del tempo personale e la più vasta possibilità di scelta del partner, hanno di certo influito sulla complicazione del panorama.

Anche le riforme degli anni ’70 paiono oggi insufficienti. Sebbene abbiano costituito un importante passo di adattamento alla modernità, non possono che essere viste oggi come non più attuali allo stesso livello di quelle del 1942.

Le regole statali di vita coniugale, quanto alla fase fisiologica che quella

---

consultazione 10.01.2020.

<sup>136</sup> Dello stesso parere McGINNIS, *Cohabiting, Dating, and Perceived Costs of Marriage: A Model of Marriage Entry*, in *Journal of Marriage and Family*, 65(1), 2004, 105-116. Per un’analisi statistica commentata delle formazioni familiari, delle unioni, delle convivenze e delle nascite si legga RIVELLINI-BORDONE-ORTENSI, *I fenomeni demografici nel corso della vita familiare*, in Donati (a cura di), *La famiglia in Italia. Sfide sociali e innovazioni nei servizi*, vol. 1, Roma 2012, 47 ss.; SARACENO, *L’equivoco della famiglia*, Bari – Roma 2017, 119 ss.

patologica del matrimonio, salva l'enucleazione dei principi di derivazione costituzionale (come l'uguaglianza e la parità dei coniugi), laddove si spingono nel disciplinare più dettagliatamente l'inizio, la fine, ma anche il corso della vita coniugale, sono spesso molto diverse da quelle che donne e uomini in Italia oggi, potendolo fare, negozierebbero.

Dinnanzi a una normativa percepita come "obsoleta", le nuove generazioni non si preoccupano più di sposarsi e preferiscono, invece, convivere.

La domanda che ci si pone è: il matrimonio ha ancora un *appealing* sociale? È ancora uno *status* desiderabile? Quali sono i benefici di sposarsi? O, ancora più chiaramente, perché sposarsi?

Sconfitto il demone dell'ostracismo sociale in cui una coppia non sposata si trovava a vivere nel '900, oggi il matrimonio viene sempre più visto come un istituto antiquato, privo di ogni beneficio desiderabile (e, anzi, foriero di costi prevedibili e non). In altre parole, il matrimonio è, ad oggi, del tutto inutile.

Inutile, *in primis*, perché è possibile sostenere che il matrimonio sia stato vittima di un tradimento dello spirito costituzionale<sup>137</sup>. Il primo comma dell'art. 29 della nostra Costituzione ci ricorda che: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

In tutti questi anni, tuttavia, ci si è tutti impegnati (giuristi e non) a difendere l'idea che famiglia non sia solo quella fondata sul matrimonio, ma che esistano tanti tipi di famiglie a cui vanno estesi, laddove concretamente possibile, tutti i diritti delle coppie sposate.

La (non più così) recente legge sulle unioni civili e le convivenze ha compiuto un ulteriore passo verso una progressiva equiparazione dei diversi nuclei sociali basati sull'affetto e sul reciproco sostegno.

La giurisprudenza sia costituzionale che di legittimità, dal canto suo, ha abbattuto numerosi muri mediante l'interpretazione estensiva di norme di diritto civile così come di diritto penale<sup>138</sup>.

Il legislatore non si sta più ponendo la domanda: il matrimonio è ancora l'istituzione alla base della famiglia? Il matrimonio ha una desiderabilità sociale? Lo Stato ritiene importante il matrimonio? E in caso di risposta positiva, cosa si può fare per

---

<sup>137</sup> A ritenere, per esempio, che le recenti riforme del diritto di famiglia italiano abbiano in qualche modo "tradito" cfr. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, op. cit., 569 ss.; BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile, e famiglia*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2017, 765 ss.; DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2018, 256. Per altre riflessioni sul punto si veda AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2016, 367-399; FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771 ss.; AMBROSI, *Unioni civili e Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1676 ss.

<sup>138</sup> Nemmeno la legislazione fiscale pare incentivare la creazione di un'unione un tempo considerata foriera di una maggior stabilità rispetto a tutte le altre. Non esiste, come ad esempio in Francia, una norma che tenga da conto del reddito familiare inteso in maniera complessiva, ma i singoli componenti vengono trattati tutti come individui indipendenti. In altre parole, nemmeno il legislatore fiscale riconosce e premia i matrimoni. Data l'esistenza di un sistema di tassazione progressivo, marito e moglie entrambi lavoratori con reddito lordo annuo pari a 35.000 euro avranno una imposizione fiscale di gran lunga inferiore a quella di un'altra coppia di sposi in cui l'uno decide di lavorare guadagnando 70.000 euro lordi annui e l'altro di occuparsi della famiglia.

promuoverlo?<sup>139</sup>

È possibile condividere il pensiero di chi, ponendosi gli stessi dubbi, ha ritenuto che i giovani (in quel caso francesi) si comporterebbero in maniera diversa se avessero la possibilità di scegliere tra una più vasta gamma di opportunità.

Negli Stati Uniti, dove ogni Stato ha le proprie leggi sul matrimonio e sul divorzio ed è disponibile una gamma più ampia di scelte quanto ai regimi patrimoniali, la

---

<sup>139</sup> Leggendo le recenti riflessioni di un'importante dottrina ci si chiede se davvero corrispondano alla realtà fattuale o se, invece, rimangano solamente un'idea alla quale si rimane aggrappati per il suo dolce ricordo: "tutt'altro che azzardata si presenta, allora, la riflessione secondo cui, anche a distanza di oltre settant'anni, qualsiasi interpretazione evolutiva del testo costituzionale non possa valere a smentire la conclusione, con energia fatta propria dallo stesso Mario Segni nel vivo della fase finale dell'*iter* parlamentare della disciplina dell'unione tra persone dello stesso sesso: quella, cioè, che vede il "matrimonio come atto costitutivo del modello familiare fondamentale del sistema". (L'Autore si riferisce al saggio di SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 713, che riprende un pensiero molto diffuso in dottrina, come ad esempio, AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 622). Ma ancora: "Del resto, che, pur non potendosi certamente - e da tempo - ritenere assorbita nel matrimonio l'intera area dell'esperienza familiare, esso rappresenti comunque un punto di riferimento contrassegnato da caratteristiche tali da porlo in posizione del tutto peculiare nel contesto della fenomenologia familiare, risulta attestato dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Se, in effetti, al relativo art. 9, nel suo confronto con l'art. 12 della Conv. eur. dir. uomo, viene correntemente ricondotto il definitivo superamento del tradizionale univoco nesso di interdipendenza concettuale tra famiglia e matrimonio, non può certo trascurarsi come, in tale disposizione, "il diritto di sposarsi" si presenti in ogni caso nitidamente distinto dal "diritto di costituire una famiglia": con ciò stesso finendosi col caricare l'istituto matrimoniale di valenze tali da conferirgli, appunto, una peculiare collocazione istituzionale, quale riflesso, evidentemente, di una perdurante corrispondente valutazione anche nella coscienza sociale, pur osservata nella sua impetuosa dinamica evolutiva in materia". (La differenza tra l'essere e il dover essere può essere ulteriormente percepita nel proseguo): "Insomma, la peculiare posizione del matrimonio in una società che si ritenga caratterizzata dal pluralismo dei modelli di convivenza familiare, nonché dalla relativa presa d'atto da parte del legislatore, anche a voler prescindere da qualsiasi riferimento all'accennata previsione costituzionale o a quella - pure d'anzì ricordata - della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pare derivare dal costituire la "formalizzazione" dell'unione personale di vita con il matrimonio, come si è efficacemente evidenziato alla luce di esperienze diverse dalla nostra, sicuro "segnale" della propensione dei *partners* ad un rapporto il più possibile duraturo, nel quale ciascuno è pronto ad investire emotivamente e materialmente e dal quale ci si attendono alcune garanzie precisamente sancite e presidiate dalla legge". Prospettiva, questa, a ben vedere, già da tempo espressa col considerare quale elemento caratterizzante dell'unione "formalizzata" col matrimonio la ricerca, da parte degli interessati, di una garanzia sociale della relazione di vita che li unisce, in quanto fondata non sul mero "essere" del rapporto, ma, proprio in conformità alla loro comune intenzione, sul suo "dover essere". Così QUADRI, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 138 ss., con richiami a MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 85 ss. e a BUSNELLISANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Jovene, 1988, 97. Per approfondimenti si legga anche SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, 881 ss.; DECRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 103 ss.; AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio*, op. cit., 382.

L'insensibilità del legislatore in relazione a tale problema ha, inoltre, l'effetto di precludere (o comunque di ostacolare) la possibilità a molti soggetti di esercitare un diritto fondamentale della persona, ossia la creazione di una famiglia fondata sul matrimonio.

“fuga dal matrimonio” non ha raggiunto le stesse proporzioni che altrove<sup>140</sup>.

Tuttavia, si crede che il problema non sia solamente la presenza di leggi che difficilmente riescono oggi ad adattarsi all'Italia. Il problema va oltre alla particolare legge che i legislatori mettono in atto. Anche quando il potere dello stato viene utilizzato per sostituire leggi arcaiche con una serie di nuove leggi disciplinanti il matrimonio e il divorzio i problemi non cambiano.

Il vero problema è l'esistenza della standardizzazione di norme valevoli per tutte le coppie di un determinato territorio, che la contrattazione e l'autonomia privata può contribuire a eliminare<sup>141</sup>.

Ma in che modo l'autonomia privata può favorire il matrimonio? O, detto diversamente, quali sono i vantaggi della libera contrattazione tra i coniugi?

### **10. Segue. I vantaggi dei contratti matrimoniali (pre-matrimoniali o postmatrimoniali, sia in fase di crisi che precedentemente a essa).**

I contratti matrimoniali non si limitano a garantire una maggiore libertà di scelta dei coniugi ma, più in generale, la loro previsione è descritta in letteratura come elemento a favore sia per la quantità che per la qualità dei matrimoni.

a) La domanda di matrimonio. I contratti matrimoniali stipulati antecedentemente alle nozze possono consentire l'ingresso in un matrimonio che altrimenti non sarebbe celebrato.

Se la legge divorzile (nella sua lettera e nella sua interpretazione) viene percepita dai soggetti come non in grado di salvaguardare gli interessi finanziari personali, può accadere che questi decidano di non entrare in una relazione che, invece, potrebbe avere dei benefici per entrambi.

Maggiori sono le perdite attese dall'applicazione della normativa in materia di divisione patrimoniale in caso di divorzio, minore è la probabilità che il matrimonio venga celebrato. Inoltre, maggiori saranno gli investimenti per la parte nella ricerca di un partner con maggiore compatibilità, con conseguente innalzamento dell'età media del primo matrimonio<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. GROSSBARD-SHECHTMAN E LEMENNICIER, *Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage*, op. cit., 18-19.

<sup>141</sup> Utile per comprendere questo concetto è lo scritto di DNES, *Applications of Economic Analysis to Marital Law: Concerning a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division of Marital Assets in England and Wales*, in *International Review of Law and Economics*, 19, 1999, 533-552. L'autore si serve ancora una volta dell'analisi economica del diritto per dimostrare che gli accordi patrimoniali tra coniugi sono in grado di “tailor their matrimonial expectations”, con enormi benefici rispetto a un regime patrimoniale legalmente imposto tra i quali: aumento del numero dei matrimoni; diminuzione delle liti; prevenzione dei divorzi opportunistici; valorizzazione delle aspettative e degli investimenti fatti per la famiglia. Sebbene con riferimento precipuamente ai doveri personali dei coniugi, una certa dottrina ha sostenuto la necessità di pensare al matrimonio come “negoziato a causa elastica”, modificabile, entro i limiti rigorosamente delineati dal legislatore, e adattabile agli interessi dei coniugi. Si tratta di FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, op. cit., 1188.

<sup>142</sup> SMITH, *The law and economics of marriage contracts*, in *Journal of Economic Surveys*, vol. 17, 2003, 210. Alcuni, come Brod, ritengono che in realtà la possibilità di stipulare contratti prematrimoniali abbia eventualmente un effetto negativo sulla domanda dei matrimoni. Infatti, colui che chiede di stipulare un contratto prematrimoniale dà un “segnale avverso”, ossia si presenta all'altro come una persona avida che pensa solo alla tutela del proprio patrimonio. Per tale ragione, queste

b) L'investimento specifico nel matrimonio. Sia Dnes<sup>143</sup> che Becker<sup>144</sup> sostengono che, oltre ai possibili effetti sull'efficienza delle decisioni matrimoniali, i contratti coniugali possono fornire incentivi per maggiori investimenti specifici nelle relazioni.

Il fatto che il divorzio possa essere richiesto unilateralmente senza che l'altro coniuge possa in alcun modo opporsi rende gli investimenti specializzati nel matrimonio meno sicuri.

L'assegno divorzile, anche dopo le Sezioni Unite, potrebbe non compensare esattamente il coniuge per gli investimenti fatti nella relazione. La difficoltà di calcolare il corretto ammontare secondo l'utilità percepita dal soggetto e il fatto che questa operazione spetti a un giudice in un momento eventuale e futuro pongono il coniuge (generalmente la donna) in una condizione di incertezza sul "se e sul quanto" investire nella relazione. Tale investimento consiste soprattutto nell'abbandono del lavoro o della progressione della carriera e sulla specializzazione sui servizi domestici a favore del proprio nucleo familiare. Tali investimenti, come si è già rilevato, sono destinati a perdere gran parte del proprio valore in caso di scioglimento del matrimonio<sup>145</sup>.

Tuttavia, gli stessi investimenti fatti dal coniuge per la cura della famiglia hanno un'importanza fondamentale per il benessere e le opportunità di tutti i membri della famiglia<sup>146</sup>, incluso l'altro coniuge. Si tratta, soprattutto, di possibilità di crescita lavorativa<sup>147</sup>, di servizi domestici, di cura ed educazione della prole. È chiaro che maggiore è l'investimento da parte di un coniuge in questi servizi e maggiore sono i benefici che l'altro coniuge può trarre.

La specializzazione, come già rilevato, porta all'ottimo sociale.

In assenza di protezione contrattuale, un investimento che limita in maniera asimmetrica le opzioni di uscita dei partner genera il rischio di un comportamento coniugale opportunistico.

Tale rischio è ancor più elevato per le mogli che rimangono intrappolate in un investimento specifico fatto all'inizio della relazione matrimoniale. Un investimento fatto all'inizio da parte di un coniuge lo espone a una maggior vulnerabilità rispetto a un possibile comportamento strategico dell'altro partner, soprattutto alla luce del fatto ormai noto che la fertilità delle donne<sup>148</sup> e il mercato dei matrimoni decrementano per le donne in maniera più veloce rispetto a quanto accade per gli

---

persone, saranno più facilmente allontanata da chi è alla ricerca di un partner per la vita. Inoltre, sempre Brod, ritiene che in realtà i "matrimoni egoistici", ossia quelli che verranno celebrati solamente nel caso in cui alle parti sia concesso di mantenere separate le proprie ricchezze sono generalmente poco desiderabili dal punto di vista sociale. cfr. BROD, *Pre-marital agreements and gender justice*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 6(2), 1994.

<sup>143</sup> DNEŠ, *Marriage contracts*, In Bouckaert e De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III, The Regulation of Contracts*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, 864-886

<sup>144</sup> BECKER, G. S. and BECKER, G. N., *The Economics of Life*. New York: McGraw-Hill, 1997.

<sup>145</sup> LANDES, *The economics of alimony*, op. cit., 35-63.

<sup>146</sup> CHE E HAUSCH, *Cooperative investments and the value of contracting*, *American Economic Review*, 89(1), 1999, 125-147.

<sup>147</sup> BORENSTEIN E COURANT, *How to carve a medical degree: human capital assets in divorce settlements*, In *American Economic Review*, 79, 1989, 992-1009.

<sup>148</sup> SLOW, *Differential fecundity, markets and gender roles*, in *Journal of Political Economy*, 106, 1998, 334-354.

uomini<sup>149</sup>.

I mariti possono, quindi, più facilmente sfruttare gli investimenti specifici delle loro mogli o minacciandole con il divorzio o con una prolungata discordia domestica<sup>150</sup>, a meno che i termini della relazione coniugale non vengano rinegoziati a loro vantaggio. Le donne, ad esempio, possono accettare una quota maggiore delle faccende domestiche (e meno tempo libero) rispetto ai loro mariti anche quando entrambi lavorano a tempo pieno in cambio di una retribuzione per il loro impegno<sup>151</sup>.

Tuttavia, se una parte trae dall'uscire dalla relazione coniugale maggiori benefici e questi benefici crescono col passare del tempo, le risorse dell'altra parte saranno spese per difendersi dall'opportunismo *ex post* di questa. Si tratta di quello che in economia viene definito come costo sociale dell'effetto di *hold-up*<sup>152</sup>. In altre parole, se la moglie sente che esistono rischi finanziari da un eventuale divorzio, l'incentivo che percepisce è quello di assicurare la propria posizione dedicando meno tempo alla dedizione familiare e preferendo un'occupazione nel mercato del lavoro<sup>153</sup>.

Il calo nell'investimento sul matrimonio riduce i guadagni derivabili dalla relazione, dando inoltre un feedback positivo<sup>154</sup> al rischio stesso di divorzio.

Se un marito potesse impegnarsi in modo vincolante a non comportarsi in maniera opportunistica obbligandosi in futuri payoffs<sup>155</sup> tali costi di *hold-up* non verrebbero sostenuti.

L'aspetto maggiormente positivo dei contratti coniugali è che possono essere impiegati per fornire protezione finanziaria a fronte di investimenti specifici a lungo termine e specializzazioni ottimali all'interno del matrimonio<sup>156</sup>.

---

<sup>149</sup> SOUTH E LLOYD, *Spousal alternatives and marital dissolution*, in *American Sociological Review*, 60, 1995, 21-35; COHEN, *Marriage, Divorce and Quasi Rents*, op. cit., 267-303.

<sup>150</sup> BERGSTROM, *Economics in a family way*, *Journal of Economic Literature*, XXXIV, 1996, 1903-1934.

<sup>151</sup> WAX, *Bargaining in the shadow of the market*, op. cit., 509-672.

<sup>152</sup> *Hold-up*. "Il cosiddetto meccanismo di *hold-up* si riferisce all'incentivo di almeno una parte di minacciare la rinegoziazione dei termini contrattuali, dopo che la controparte abbia effettuato investimenti specifici alla relazione contrattuale". Definizione tratta dall'Enciclopedia Treccani e disponibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/teoria-del-contratto\\_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/teoria-del-contratto_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/). Ultimo accesso 12 febbraio 2020.

<sup>153</sup> PARKMAN, *No Fault Divorce: What went wrong?*, Boulder: Westview Press, 1992; PETERS, *Marriage and divorce: informational constraints and private contracting*, *American Economic Review*, 76(3), 1986, 437-454; SEN, *How important is anticipation of divorce in married women's labor supply decisions? An intercohort comparison using NLS data*, *Economic Letters*, 67, 2000, 209-216.

<sup>154</sup> *Positive feedback*. "A positive feedback loop is a situation where two events are mutually reinforcing. With this situation a small change in one input can cause a bigger final increase in both the initial input and the secondary effect.", Definizione di PETTINGER, *Positive Feedback Loop*, <https://www.economicshelp.org/blog/24318/concepts/positive-feedback-loop/>, ultimo accesso 12 febbraio 2020.

<sup>155</sup> *Payoff*. "Esito o risultato, espresso in unità monetarie o di utilità, delle decisioni di uno o più agenti economici" Definizione tratta dall'Enciclopedia Treccani e disponibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/pay-off\\_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/pay-off_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/), Ultimo accesso 12 febbraio 2020.

<sup>156</sup> Le tesi che negano ad essi validità, dunque, inevitabilmente frustrano l'intento delle parti,

Introducendo un costo, il contratto riassegna *ex post* il potere contrattuale e combatte l'opportunismo poiché rende credibile l'impegno matrimoniale a fronte di un sistema di norme che spesso non lo fa<sup>157</sup>.

Il punto problematico diventa quello di scrivere un contratto che tenga in considerazione tutte le contingenze future, il che desta non poche perplessità.

### 11. Il rapporto tra autonomia privata e intervento dello Stato.

L'analisi economica del diritto si è storicamente posta in chiave prescrittiva nei confronti del legislatore. La realtà viene interpretata e rappresentata attraverso un modello finalizzato a comprendere le questioni problematiche, invitando successivamente il legislatore a prenderne atto per poi farne fronte.

Prendendo in esame le questioni viste fino a questo momento, l'atteggiamento tipico della *Law and Economics* sarebbe, a questo punto, quello di chiedere al legislatore (o al giudice) di introdurre alcune norme che possano superare i problemi (ossia i costi di agenzia e transazione) o imponendo alle parti certi atteggiamenti (ad esempio impedire loro di stipulare contratti prematrimoniali) o prescrivendo il raggiungimento di alcuni risultati (ad esempio: in caso di divorzio chiedere al giudice di obbligare il coniuge più forte a corrispondere a quello più debole un assegno divorzile con funzione assistenziale e compensativa-perequativa).

Il presente lavoro, tuttavia, non seguirà il tipico tracciato dei sostenitori della scuola classica della *Law and Economics*.

Si crede, infatti, che la scrittura di una disposizione in merito agli accordi matrimoniali non possa, da sola, essere sufficiente a risolvere tutte le questioni che tale tematica pone. Anzi, la scrittura di una legge che dettagliatamente prescriva alle

---

concedendo al coniuge obbligato la possibilità di sottrarsi al vincolo invocandone la nullità. Cfr., BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista di divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 67. Inoltre, gli esiti a cui la giurisprudenza italiana perviene sul piano degli accordi preventivi aventi funzione, in senso lato, compensativa delle rinunce di un coniuge, si scontrano con la tendenza, emersa invece in altri stati, a ricorrere al contratto, nella sua forma di accordo tacito, per riallocare la ricchezza tra i coniugi nel momento della crisi. Sul punto MARELLA, *Il matrimonio tra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in Marella-Grillini (a cura di), *Stare insieme. I regimi giudici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2011, 32 ss. Gli stessi problemi dal punto di vista delle convivenze di fatto sono invece analizzati da BILOTTI, *Convivenza e arricchimento, La regolazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi nell'esperienza tedesca*, in Bertino (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, 139 ss.

<sup>157</sup> EDLIN E REICHELSTEIN, *Holdups, standard breach remedies and optimal investment*, *American Economic Review*, 86(3), 1996, 478-501. In Italia, della cd. "giustizia compensativa" o "giustizia di genere" si sono occupati alcuni autori, come AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 990 ss., 1004; Id., *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, 2007, 1024 ss.; Id., *Crisi del matrimonio, famiglia destrutturata e perduranti esigenze di perequazione tra i coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2007, 233 ss. Anche alcuni autori italiani hanno sostenuto, sostanzialmente, come l'autonomia privata possa essere invocata per compensare eventuali prestazioni rese o contributi dati al patrimonio altrui o familiare. Cfr., a titolo esemplificativo, MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, op. cit., 106; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, op. cit., 250 ss.; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare, Gli accordi traslativi tra coniugi nella separazione personale e nel divorzio*, Milano, 1996, 290.

parti quali contenuti inserire e quali ritenere vietati rischia di generare più problemi di quelli che si propone di risolvere.

Soprattutto in Europa vi è chi crede che l'economia neoclassica e la scuola di diritto ed economia di Chicago non riescano a raggiungere perfettamente il proprio obiettivo semplicemente per un problema di inesatta conoscenza e rappresentazione della realtà<sup>158</sup>. La critica è quella per cui costoro immaginano l'esistenza di costi di agenzia o transazione per spiegare le ragioni dell'intervento del legislatore con soluzioni atte a sopperire alle falle del sistema così come da loro proposto.

Questi "costi", tuttavia, servono per dare concretezza a qualcosa che essi non capiscono (come la legge sul matrimonio e sul divorzio) o che non vogliono capire (come la possibile imperfezione del legislatore nello scrivere e del giudice nell'interpretare o applicare una legge).

Ma la vera domanda è: perché mai un legislatore, un giudice, un giurista, dovrebbe essere in grado di scoprire quali costi impediscono a un contratto di essere efficiente? Come fanno a sapere che un contratto del genere non può esistere, e perché? Se la funzione dell'intervento del legislatore, come ritiene Posner, è quella di portare gli individui alla stipulazione di contratti equi ed efficienti, perché mai ritenere che la stessa legge non abbia dei costi? E i costi di agenzia e di coercizione? Come sono valutati dal giudice questi costi? Nel ridurre al minimo i costi di transazione, quali sono i costi a carico del giudice, i costi sostenuti dal marito o quelli sostenuti dalla moglie? E, infine, se i costi fossero puramente soggettivi? In tal caso legislatore e giudice farebbero qualcosa che non hanno il diritto di fare: confrontare l'utilità di marito e moglie.

Quando un giudice, un legislatore, un economista o qualsiasi altro esperto ricopro il ruolo di ingegneri sociali o pianificatori centrali hanno la pretesa di sapere come correggere i fallimenti che gli individui stessi non vedono o non possono risolvere.

L'ingegnere sociale costruisce un modello e lo immagina come perfetto e libero da qualsiasi costo.

Una diversa prospettiva, ossia quella della Scuola Austriaca, attribuisce, invece, maggiore importanza agli individui e cerca di evitare ogni intervento legislativo quando possibile. Riconosce che le parti di un contratto conoscono meglio a quale tipo di promesse dovrebbe essere data esecuzione.

Le parti, infatti, hanno una conoscenza superiore dei costi soggettivi delle loro azioni e dei benefici che si aspettano dal comportamento del loro partner.

Secondo questi studiosi, infatti, è alle parti che deve essere dato il potere di contrattualizzare i propri rapporti, perché il contratto è uno strumento che implica un processo di scoperta di se stessi.

Si tratta di compiere un cambiamento di prospettiva.

Dinnanzi ai rapporti contrattuali matrimoniali, il legislatore e il giudice non dovrebbero chiedersi: "a quali accordi bisogna dare esecuzione?", bensì "a quali accordi non bisogna dare esecuzione?".

La prima domanda pone la questione in senso positivo ed è il tipico atteggiamento della *Law & Economics*, la quale vorrebbe che il legislatore e i giudici si ponessero

---

<sup>158</sup> Ibid. 20-21.

questo interrogativo sia nel momento della scrittura che nel momento della interpretazione della legge. La finalità dovrebbe essere quella di avere norme positive e soluzioni del caso concreto efficienti.

Ma cosa significa efficiente? È questo il punto problematico, perché ogni caso è diverso e richiede un'enorme quantità di conoscenze specifiche. Il giudizio risultante, inoltre, può essere sbagliato perché le informazioni su cui si basa sono errate o falsificate.

La legge non deve mimare l'efficienza perché il contratto perfetto non esiste.

Lo stesso giudice, dinanzi a un contratto, non può limitarsi a chiedersi se lo stesso sia efficiente o meno, perché ciò implica una scelta personale, ossia quella di dare una definizione oggettiva a questo concetto, cosa che è impossibile. Un giudice potrebbe ritenere, per esempio, che un accordo efficiente sia quello che massimizza il benessere delle parti.

La funzione del legislatore, al contrario, deve essere quella di coordinare i programmi e le aspettative in un "universo aperto"<sup>159</sup>. Spetta al giudice, invece, valutare il travalicamento della cornice così come disegnata.

Un ulteriore problema dell'intervento prescrittivo del legislatore nei rapporti contrattuali tra i coniugi riguarda il problema dell'interesse. Quando un diritto viene assegnato a una delle parti (ad es. il diritto a mantenere lo stesso tenore di vita goduto durante il matrimonio in caso di divorzio concesso al coniuge più debole) la parte coinvolta tende a prendere decisioni a beneficio di se stessa e a scapito degli interessi dell'altra parte<sup>160</sup>.

Quando una legge imita un contratto matrimoniale "efficiente", in genere offre a una parte l'opportunità di sfruttare il contratto a proprio vantaggio, e in un ambiente dinamico ciò introduce conflitti tra i partner.

Inoltre, l'intromissione del legislatore nei rapporti contrattuali è considerata dannosa rispetto al momento dell'esecuzione del contratto. Sia per l'approccio neoclassico che per quello della *Law and Economics* di Chicago, infatti, deve essere attribuito a un soggetto il potere di obbligare i soggetti a rispettare le proprie promesse attraverso l'uso della forza e altri strumenti di coercizione. Il soggetto investito di questo potere deve essere lo Stato.

È lo Stato ad avere il monopolio della coercizione, ma ciò non è privo di costi. È stato evidenziato, infatti, che l'attribuzione di tale monopolio al decisore pubblico incontra generalmente tre ordini di problemi<sup>161</sup>.

Il primo riguarda i soggetti chiamati concretamente ad applicare le norme coercitive (selezione del monopolista). La prima domanda, infatti, è: a chi deve essere attribuito questo potere? A soggetti imparziali verrebbe da rispondere. Il punto è che i giudici chiamati a prendere decisioni del caso concreto non sempre sono privi di preconcetti o ideologie. Un giudice donna, ad esempio, sarà certamente più portato a credere che la moglie sia la parte debole e che debba essere tutelata da un accordo che lei crede possa portarle nocumento.

<sup>159</sup> CORDATO, *Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe a Modern Austrian Perspective*, Kluwer Academic Publishers, 1992.

<sup>160</sup> Cfr. BARNETT, *The Structure of Liberty Justice and the Rule of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1998.

<sup>161</sup> Ibid.

Ma si supponga che non esista questo problema di selezione. Il giudice è imparziale e sa quali promesse devono essere rese coercibili.

Il secondo problema evidenziato dalla *Public Choice* è quello dell'interesse. Malviventi, uomini d'affari, persone benestanti, funzionari governativi o politici, sono tutti soggetti che potenzialmente potrebbero corrompere il giudicante.

Ultimo ma non meno importante, un monopolio coercitivo del potere contribuisce alla distruzione della conoscenza o impedisce l'emergere di nuove conoscenze.

Il motivo è che se due soggetti sono chiamati a trovare un accordo su una determinata questione, entrambi cercheranno di guadagnare da quello scambio (anche se poi forse concretamente non ci riusciranno), mentre se la questione viene risolta a mezzo dell'intervento di un potere coercitivo, uno dei due soggetti sa già in partenza che guadagnerà da quello scambio mentre l'altro sa già che perderà. Pertanto, *ex ante*, non è più possibile determinare se uno scambio sia pareto efficiente<sup>162</sup>.

Inoltre, la letteratura della scuola della *Public Choice* evidenzia che, oltre al problema dell'esercizio del potere coercitivo, un'altra ragione per cui è possibile diffidare del principio per cui la legge sia lo strumento più efficiente per risolvere le questioni tra i privati è dato dall'esistenza dei "gruppi di pressione".<sup>163</sup>

Le Lobby strumentalizzano il potere politico per far approvare leggi che favoriscono i propri interessi. Nel caso delle leggi in materia di matrimonio e famiglia, ad esempio, l'introduzione di certi diritti e i doveri non favoriscono necessariamente la stabilità coniugale o l'efficienza del matrimonio in ugual modo per tutti i consociati. Diritti e doveri favoriscono gli interessi privati del gruppo di pressione che è politicamente più influente in un determinato momento storico.

Fin qui si è visto come l'autonomia privata dei coniugi in materia di contrattazione degli aspetti patrimoniali della crisi abbia degli indubbi vantaggi. Essa deve, quindi, essere promossa, mentre allo Stato deve essere chiesto di compiere un passo indietro, limitandosi all'individuazione di norme che favoriscano gli accordi tra coniugi e predisponendo i principi entro cui la contrattazione debba avvenire, nonché gli altri limiti oltre ai quali agli accordi non possa essere data esecuzione.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Dinnanzi a uno scambio "imposto", ad esempio, la parte che prevede di perdere cercherà di evitarlo rifiutando di rivelare informazioni che potrebbero spingere l'altra parte a richiedere quel trasferimento frutto della coercizione pubblica.

<sup>163</sup> I gruppi di interesse che esercitano pressioni sui legislatori quando legiferano sulle leggi in materia di diritto di famiglia includono gruppi religiosi, gay, pro family, gruppi a favore della degli interessi degli uomini come gruppo o delle donne come gruppo.

<sup>164</sup> La tipologia di intervento dello Stato che ci si auspica è quello della "spinta gentile". Per approfondimenti in dottrina, sebbene spesso riferiti ad altri ambiti del diritto, si legga PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 1958; CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, in *Dir. e proc. ammin.*, 2015, 413 ss.; LA SPINA e MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; TESAURO e D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005; CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2009; MARCHESIELLO, *I nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014, 497 ss.; Id., *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, in *Pol. dir.*, 2015, 131 ss.; THALER e SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale UP, 2008; RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012, 151 ss.; SUNSTEIN, *Humanizing Cost-Benefit Analysis*, in *Administrative Law Rev. Conference*, February 17, 2010. Molto interessante è

Se questo è vero, è essenziale comprendere la natura di questi accordi matrimoniali, perché solo inquadrando la fattispecie è possibile strutturare un intervento coerente ed efficace<sup>165</sup>.

## 12. Qualificazione giuridica degli accordi tra coniugi.

La nostra tradizione giuridica ci insegna che il matrimonio non è un contratto. È indubbio, tuttavia, che i coniugi nel corso della loro relazione, sia in fase fisiologica che in quella patologica, stipulano anche accordi di natura patrimoniale. A questi la dottrina ha spesso attribuito il nome di “negozi familiari” pur di non utilizzare il termine di contratto.

Ebbene, è possibile sostenere che sia necessario compiere una distinzione tra tutti gli obblighi di natura personale e quelli di natura patrimoniale che sono conseguenza del matrimonio. Si ritiene, inoltre, che laddove questi ultimi siano oggetto di accordo tra marito e moglie sia più coerente chiamarli con il termine più corretto. Essi sono, infatti, a tutti gli effetti dei contratti che potremmo definire, per mera comodità, “contratti matrimoniali”.

Il timore della dottrina nell’attribuire questa definizione agli accordi di natura patrimoniale stipulati dai coniugi è riconducibile agli effetti che la contrattazione è in grado di avere sui diritti (e doveri) di natura personale del rapporto coniugale.

In effetti, all’interno del matrimonio, aspetti personali e patrimoniali hanno un’influenza e un’incidenza gli uni sugli altri. Ciò impone, eventualmente, di intervenire per correggere le possibili derive che una libera contrattazione dei coniugi può comportare a detrimento di quegli aspetti personali della relazione che lo Stato si premura di riconoscere e tutelare.

Tuttavia non è possibile, solo per il timore appena accennato, evitare di riconoscere la natura contrattuale a questi accordi patrimoniali. In altre parole, i possibili problemi non si risolvono evitando di attribuire a essi la loro corretta definizione.

È nell’analisi del caso concreto che il giudice si deve chiedere se l’accordo stipulato tra due coniugi abbia ad oggetto solo aspetti patrimoniali, oppure solo

---

anche l’articolo di BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contratto e impr.*, 2019, 106, sintetizzabile con queste sue parole: “Il miglioramento della qualità delle regole è (...) un’esigenza cruciale in linea con l’esigenza di porre al centro dell’attenzione dei decisori pubblici le persone reali, con le loro passioni, indicazioni, preferenze, debolezze. In tale quadro, le leggi civili sono chiamate a perseguire nuovi modelli di regolazione che possano guidare i soggetti nella direzione di promuovere il loro benessere rendendoli effettivamente liberi di scegliere”.

<sup>165</sup> In questo modo sarebbe possibile recuperare quella “certezza del diritto” che negli ultimi anni è stata oggetto di vivo dibattito nella dottrina italiana ed europea. Si leggano, ad esempio, i lavori di GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 274 ss. e PIZZORUSSO, *Certeza (II. Profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 28, 146 ss.; CORSALE, *Certeza del diritto*, in *Enc. giur.*, 1988, 1203 ss.; GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, 43 ss.; COTTA, *Certeza di essere nel diritto*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare* (Firenze, 2-3 ottobre 1992), Milano, 1993, 77 ss.; ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell’affidamento*, in Carleo (a cura di) *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 71 ss.; DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell’età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in Carleo (a cura di) *Calcolabilità giuridica*, op. cit., 71 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1999, 3 ss.; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2015, IV, 1115 ss.

personali, oppure patrimoniali ma che incidono sulla sfera personale. Nel primo caso, infatti, il rapporto tra i coniugi non è diverso da quello che potrebbe esistere tra due soggetti privati qualsiasi. Ecco che, dunque, una donazione tra Tizio e Caia (marito e moglie) ha la stessa natura contrattuale e, come tale, deve essere trattata allo stesso modo di quella tra Tizio e Sempronio (ad esempio, nipote e zio).

Nel secondo caso, ossia quando l'accordo si prefigge di contrattualizzare aspetti personali, la situazione è ben diversa. In tal circostanza possono essere ben comprensibili le note resistenze da parte della giurisprudenza nel dare esecuzione a questa tipologia di accordi<sup>166</sup>.

Il terzo caso, invece, richiede una maggior sensibilità.

Laddove gli aspetti patrimoniali di un contratto matrimoniale incidano sugli aspetti personali si è chiamati a bilanciare gli interessi in gioco. Gli accordi patrimoniali non potranno, ad esempio, travalicare alcuni limiti che l'ordinamento pone come fondamentali per la solidità e serenità del matrimonio. Questi possono essere ricavati da norme positive, ad esempio l'obbligo alla reciproca assistenza materiale e morale, oppure in via interpretativa, come la solidarietà che viene riconosciuta come essenziale in un rapporto familiare.

Queste considerazioni e distinzioni ci portano allora a riflettere sul fatto che il "negozio matrimonio" contiene in sé alcuni elementi contrattuali fin dalla sua origine e molti altri contratti trovano in esso la loro causa. Quando due coniugi scelgono il loro regime patrimoniale, ad esempio, si stanno accordando sugli aspetti patrimoniali della loro relazione. Quando decidono di trasferirsi dei beni, si servono del contratto per raggiungere alcuni scopi che si sono prefissati e che, insieme, hanno concordato. Si tratta, in questi due casi, di contratti matrimoniali della fase fisiologica, che trovano la loro causa nella sistemazione degli assetti patrimoniali della vita comune di due coniugi.

Allo stesso modo, quando due coniugi decidono in che modo affrontare gli aspetti patrimoniali della crisi si tratta sempre di contratti matrimoniali la cui causa è la sistemazione (più o meno definitiva) dei loro rapporti economici.

Se la crisi è solo eventuale e l'accordo viene quindi stipulato in fase fisiologica ma in via preventiva, si tratta sempre di contratti matrimoniali, sebbene la rottura del rapporto venga posta a condizione sospensiva<sup>167</sup>.

Si pensi, invece, al caso in cui due soggetti non sia più o non siano ancora marito e moglie.

Nella prima ipotesi si tratta sempre di contratti matrimoniali, in quanto trovano causa nella volontà di dare sistemazione ai rapporti patrimoniali esistenti in relazione a un matrimonio, ma stipulati successivamente al suo scioglimento. Si parla quindi di contratti postmatrimoniali.

Nella seconda ipotesi, invece, due fidanzati decidono prima della celebrazione delle nozze di definire gli aspetti patrimoniali della futura relazione coniugale. Ancora una volta si avrà un contratto con causa matrimoniale ma, poiché stipulato precedentemente alle nozze, lo si definirà prematrimoniale. La sua efficacia sarà

---

<sup>166</sup> Questo lavoro, tuttavia, non ha a oggetto tali accordi e quindi, in questa sede, non si approfondirà la questione.

<sup>167</sup> Sul punto si avrà modo di ragionare nelle conclusioni proposte al capitolo due del presente lavoro.

---

sempre subordinata all'evento "celebrazione delle nozze" e, eventualmente, al venir in essere della crisi.

La giurisprudenza non sembra, tuttavia, accogliere tale ricostruzione. I problemi, però, nascono dal caso concreto e dalla molteplicità delle diversità esistenti. Utilizzare un unico approccio valido per tutti mostra ogni sua debolezza<sup>168</sup>.

È più semplice assumere un atteggiamento tranciante nei confronti di tutta una serie di rapporti (nel nostro caso avverso i contratti in vista della crisi, siano essi post- o prematrimoniali). Ma la stessa giurisprudenza si è ormai accorta, come si dimostrerà attraverso alcune pronunce che si prenderanno in analisi nei prossimi capitoli, che l'utilizzo di un medesimo schema argomentativo e interpretativo in alcuni casi è foriero di ingiustizie. Per far fronte a ciò si è fatto ricorso a ulteriori sforzi interpretativi che, comunque, non riescono a convincere pienamente proprio perché sono frutto di un'esigenza concreta, ossia quella di eccettuare quel particolare caso alla regola che si è scelto di darsi per comodità.

Dalla lettura della giurisprudenza degli ultimi trent'anni in materia di accordi matrimoniali, tuttavia, ciò che è possibile ricavare è una profonda attenzione da parte dei giudici alla tutela e protezione della parte debole del rapporto.

Le dichiarazioni di nullità degli accordi tra i coniugi, infatti, riguardano quasi esclusivamente gli accordi in vista della fase patologica o in fase patologica in atto, e quasi mai quelli in fase fisiologica. La ragione è molto semplice: è con la scissione della coppia che si rompono gli equilibri e una parte diventa più debole dell'altra.

Ciò che è ipotizzabile è che gli accordi assunti in vista della crisi, pur in assenza di un chiaro dettato legislativo, vengono dichiarati invalidi non tanto per tutte le ragioni che si avrà modo di passare in rassegna e criticare, ma perché con lo scioglimento del matrimonio molti di quei rapporti che in fase fisiologica assumevano una natura esclusivamente patrimoniale, diventano rapporti patrimoniali che incidono sugli aspetti personali.

Si faccia un esempio per comprendere meglio questo concetto. Il contratto matrimoniale (come lo si è definito) tra due coniugi che prevede: separazione dei beni; abbandono del lavoro da parte della moglie e completa dedizione alla cura domestica; sostegno al marito per permettergli un importante avanzamento di carriera; trasferimento della casa familiare al marito; trasferimento a mezzo bonifico dal conto corrente del marito a quello della moglie di 1.500 euro mensili per le sue spese personali, non desta alcun problema. Ciò perché in fase fisiologica viene lasciata assoluta libertà ai coniugi di determinare il modo in cui intendono condurre la propria vita da un punto di vista economico.

Ciò accade anche, per esempio, laddove due coniugi in comunione dei beni decidano, ex art. 210 c.c., di stipulare una convenzione finalizzata a sciogliere la comunione a favore del regime della separazione dei beni. Secondo il dettato dell'art.

---

<sup>168</sup> Nei capitoli due e tre verranno fatte emergere le numerose incongruità nei ragionamenti della giurisprudenza che, dinanzi a casi concreti, talvolta concede e tal'altra sottrae, a discapito della certezza del diritto, riconoscendo l'esistenza di una norma imperativa ma poi ricavando dal caso concreto delle circostanze per eccettuarla, senza però mai ammettere tutto ciò. Cfr., sebbene in ambito pubblicistico, CASSESE, *Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2013, 137 ss.

194 c.c., tuttavia, tale operazione può essere condotta solo dividendo i beni della comunione legale in “parti uguali”. Ma cosa significa ciò? Si tratta di riconoscere la possibilità ai coniugi di contrattare liberamente questioni economiche comuni nonostante l'evenienza che si possano verificare situazioni di asimmetria di potere contrattuale o informativo. Nonostante ciò, infatti, tali accordi sono pienamente validi<sup>169</sup>.

Gli accordi matrimoniali della crisi, invece, non hanno implicazioni solo patrimoniali ma anche personali, relazionali, esistenziali. Quando il soggetto torna a essere singolo il trasferimento di un immobile al posto di un assegno periodico, ad esempio, può avere un impatto futuro non trascurabile sulla vita dell'individuo.

È questa la ragione dell'intervento del legislatore, *in primis*, e del giudice successivamente.

Le situazioni di difficoltà che si vengano a creare giustificano un intervento paternalistico<sup>170</sup>.

Come è stato dimostrato dallo studio in chiave di analisi economica del diritto, però, la sostituzione del decisore pubblico alla volontà dei coniugi non dà i risultati auspicati. Se viene lasciata la scelta ai privati di sposarsi o meno, è chiaro che l'imposizione di norme imperative o di interpretazioni restrittive non può far altro che scoraggiare il ricorso al matrimonio.

Le informazioni in possesso del legislatore e dei giudici non sono sufficienti a giustificare la creazione di un sistema che sia percepito da tutti come massimizzante delle reciproche utilità e idoneo a realizzare le aspettative e gli obiettivi della coppia. Per tale ragione i soggetti preferiscono non aderire a ciò che non ritengono utile per l'esistenza di ingenti costi rispetto ai benefici che procura. Se due fidanzati possono raggiungere i medesimi obiettivi e ottenere quasi le stesse tutele previste per le coppie sposate e, convivendo, possono *de facto* ottenere il medesimo risultato e, al contempo, avere una maggior libertà contrattuale nel definire la propria relazione senza dover incorrere nei costi (dati dai vincoli) dello scioglimento di un matrimonio, perché mai dovrebbero decidere di contrarre matrimonio?

In questo modo, tuttavia, gli strumenti di tutela previsti dal legislatore e dalle interpretazioni dei giudici finiscono per essere vanificate in quanto, non esistendo il matrimonio, non possono essere applicate. Che ne è dunque dell'assistenza e della compensazione prevista per il coniuge che ha dedicato l'intera vita per l'altro?

Se il desiderio del nostro legislatore è quello della promozione sociale del matrimonio perché lo considera come la formazione sociale più stabile, nonché il miglior luogo per la crescita della prole, allora lo Stato è chiamato a compiere un passo indietro a favore dell'autonomia privata.

Se questo pare essere stato compreso dal legislatore, come dimostrato dalle

---

<sup>169</sup> La domanda che ci si pone allora è: poiché la norma impone solo di rispettare l'uguaglianza (formale) delle quote, cosa accade se al marito viene attribuita la proprietà di tutti gli immobili comuni mentre alla moglie il corrispettivo valore in azioni societarie? Cosa dire nel caso in cui la società di cui la moglie è detentrica di quella quota azionaria poi dovesse fallire? Anche con questa tipologia di accordi, infatti, i coniugi dispongono di diritti patrimoniali in grado di avere un impatto sul futuro.

<sup>170</sup> Nel senso, però, di “paternalismo libertario”, così come spiegato da BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, op. cit., 106

novelle dello scorso decennio, così non sembra aver ancora fatto la giurisprudenza che con le sue interpretazioni si è posta tra i vuoti legislativi colmandoli in maniera antitetica alle richieste sociali.

Sono i soggetti che conoscono meglio di chiunque altro le proprie utilità e sanno come massimizzarle. Ai privati deve essere lasciato lo spazio di conformare gli aspetti patrimoniali della relazione secondo i propri interessi e obiettivi.

Maggiori sono le barriere in entrata e in uscita e maggiori saranno i costi percepiti dai privati con conseguente atteggiamento di ostilità nei confronti del matrimonio. L'impossibilità di decidere liberamente quale assetto patrimoniale dare alla propria relazione in fase fisiologica e, in previsione, a quella patologica, costituisce un costo che i soggetti valutano prima di sposarsi, quando comparano costi e benefici. Lo stesso dicasi per la sistemazione degli assetti economici di una relazione ormai conclusasi.

Quale può essere, dunque, una possibile soluzione?

Nemmeno una piena e assoluta autonomia privata dei coniugi pare essere, per converso, una soluzione pienamente auspicabile.

Lasciare piena libertà ai coniugi di determinare contrattualmente la propria relazione finisce con lo snaturare lo stesso matrimonio, i suoi principi, e gli obiettivi di ottimo sociale che con esso lo Stato vuole promuovere.

L'idea è quella di dare un nuovo ruolo all'intervento del legislatore e a quello del giudice.

Questi due soggetti sono chiamati a svolgere due funzioni diverse. Il primo dovrebbe creare una serie di principi guida all'interno del quale i privati possono muoversi liberamente. In altre parole, compito del legislatore dovrebbe essere quello di porre dei paletti alla libertà contrattuale dei coniugi che vogliono preconfigurare gli assetti futuri in caso di crisi della propria relazione (o vogliono dare sistemazione a una crisi in atto o modificare gli accordi già definiti in passato). Si tratta di elementi irrinunciabili per gli obiettivi sociali che lo Stato si dà e che si prefigura di raggiungere con il matrimonio. Un esempio è l'uguaglianza tra uomo e donna, principio che i coniugi non potrebbero mai mettere in discussione con un contratto.

Il ruolo del giudice, invece, dovrebbe essere successivo, e valutare l'effettivo rispetto di questi principi, con eventuale declaratoria di nullità di quegli accordi che con essi dovessero essere in contrasto.

Per comprendere questo doppio passaggio è preliminare la comprensione della natura degli accordi matrimoniali che, si crede, dovrebbe essere molto diversa da quella tipica della maggior parte dei rapporti contrattuali. Solo capendo ciò il legislatore può immaginare di intervenire nella materia e il giudice dare una corretta interpretazione.

### **13. I Contratti matrimoniali e la teoria dei contratti relazionali.**

La maggior parte dei contratti, nel nostro ordinamento, sono sottoposti alle medesime regole, senza tenere in considerazione che i rapporti sottostanti al contratto possono, in realtà, derivare da due situazioni ben diverse: si possono avere, infatti, "rapporti *una tantum*" e "rapporti di lungo termine".

È facile capire la ragione per la quale un contratto di compravendita sia molto diverso da un contratto di locazione. Nel primo caso si tratta di un contratto volto a

disciplinare una relazione contrattuale che si esaurisce in un periodo di tempo relativamente breve. L'attenzione, dunque, viene attratta dal momento genetico dell'accordo.

Non tutti i contratti, tuttavia, vedono nella fase genetica l'elemento di maggiore interesse.

Nel secondo esempio, ossia il contratto di locazione, lo sviluppo delle relazioni tra le parti assume un carattere di fondamentale importanza.

Nell'analisi delle due fattispecie, dunque, l'interprete deve porre l'accento su due momenti diversi della relazione contrattuale e imparare a valorizzarli diversamente.

Questo è l'invito di un importante gruppo di accademici europei, l'EuSoCo<sup>171</sup>, (*The International Social Contract Law Group*), il quale propone di riconoscere l'esistenza dei "contratti di durata per l'esistenza della persona", definibili come: "*long-term social relationships providing goods, services and opportunities for work and income-creation, which are essential for the self-realisation of individuals and their participation in society at various stages in their life*"<sup>172</sup>.

Le ragioni della valorizzazione di questa particolare "categoria" contrattuale, trattata oggi (ingiustamente) alla pari di tutti gli altri contratti, sono riassunte nelle dichiarazioni programmatiche dell'EuSoCo. Tra queste, di particolare importanza è la numero 6 secondo cui (parafrasando il testo inglese): "la legge dovrebbe essere in grado di far fronte a problemi relazionali di lungo termine che hanno un impatto sulla vita umana anziché fornire solo rimedi tipici dei contratti spot".

L'idea è quella di suggerire un modo alternativo di considerare e interpretare i contratti di lunga durata.

A questo fine viene in nostro soccorso la "teoria dei contratti relazionali" di Macneil<sup>173</sup> (TCR) il cui punto di partenza è in buona sostanza il principio per cui ogni relazione è guidata da norme comportamentali. Queste norme comportamentali continuano a influenzare le parti per molto tempo dopo che il contratto è stato stipulato, guidando il modo in cui tali soggetti interagiscono, indipendentemente dai loro diritti e doveri contrattuali formali.

Le parti che stipulano un contratto attraverso il quale intendono cooperare per un lungo periodo di tempo sono tenute ad essere flessibili. Devono, da una parte, essere pronte ad adeguare i termini contrattuali alla luce delle variazioni delle circostanze e, dall'altra, risolvere le questioni lasciate aperte o imprevedute al momento della firma del contratto.

Le decisioni che le parti prendono quando stipulano un contratto, tuttavia, possono essere oggetto di razionalità limitata (quanto a informazioni, tempo e conoscenza). Quando si accordano sulle regole di un contratto di lungo termine le parti

---

<sup>171</sup> L'EuSoCo definisce se stesso come: "*A worldwide group of academics knowledgeable in consumer, tenancy and labour law. The group conducts research, organises seminars and conferences and publishes its findings in different languages in order to develop an alternative contract model for social long-term relations. This model should respond to the EuSoCo principles for Life Time Contracts (LTC).*"

<sup>172</sup> Principio 1, in NOGLER & REIFNER, *Principles of Social Long-term Contracts, Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, L'Aia, 2014, 5. Tali contratti dovrebbero ispirarsi ad alcuni principi individuati dall'EuSoCo e alla lettura dei quali si rinvia.

<sup>173</sup> MACNEIL, *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, 9 *Soc. Legal Stud.* 2000, 432.

non possono assolutamente sapere come si svilupperanno nel tempo i loro affari o gli altri rapporti contrattuali. Lo stesso dicasi per le sopravvenienze dovute a fattori esterni e che possono influire sul rapporto.

Pensare al contratto come espressione della volontà delle parti le quali hanno scelto di disciplinare pattiziamente tutti i diritti e gli obblighi futuri tra loro è limitante perché l'enfasi che si è soliti porre sul momento genetico del contratto gli conferisce un carattere statico. Se ciò non è un problema, anzi contribuisce alla certezza del diritto, per i contratti a breve termine (come nel caso del contratto di compravendita di un quotidiano), per i contratti di lungo termine un'eccessiva rigidità può essere potenzialmente dannosa<sup>174</sup> e il diritto contrattuale offre poche possibilità di flessibilità.

Il comportamento delle parti di un contratto a lungo termine è generalmente diverso dal comportamento delle parti di un contratto di compravendita: i primi sono infatti più propensi a collaborare, a essere flessibili e a prendere in considerazione l'interesse dell'altra parte, perché ragionano in modo da tenere in considerazione l'intera relazione in corso.

Questa sensibilità di valorizzazione comportamentale manca nella maggior parte degli interpreti, che tendono ad avere in mente il contratto come espressione di relazioni "spot" e di breve termine.<sup>175</sup>

Ecco la ragione per cui si ritiene possa essere utile aderire a una teoria dei contratti che, come la RCT, offre un'alternativa al modo in cui si è abituati a pensare.

La teoria dei contratti relazionali (TCR) di Macneil pone in rilievo il contesto sociale nel quale un accordo viene stipulato. Il contratto è inteso come un qualcosa che permette la cooperazione tra le parti piuttosto che imporla. Per tale ragione, a regolarlo non sono solo norme giuridiche ma anche quelle comportamentali. Per comprenderle appieno è quindi necessario studiare il contesto che ruota attorno al contratto e alla relazione tra le parti<sup>176</sup>. I contratti, infatti, possono essere singole transazioni di una più complessa relazione. Per capire a fondo la singola transazione è quindi necessario comprendere la relazione sottostante<sup>177</sup>.

La TCR divide tra due tipologie di contratti: quelli "separati" e quelli "relazionali"<sup>178</sup>. Per i primi la relazione ha un'importanza minore, mentre per i secondi il rapporto tra le parti è di fondamentale importanza.

Quando parla delle norme disciplinanti i contratti, Macneil intende le "regole generali del contratto", ossia le norme vevoli per qualsiasi tipo di contratto, sia esso separato o relazionale. Tuttavia, egli sottolinea come alcune norme generali siano più adatte ad essere applicate ai contratti separati mentre altre a quelli relazionali. Ciò che lui rileva, però, è che la maggior parte delle norme esistenti in materia contrattuale prendono come riferimento il contratto separato, ossia *una tantum*, anziché quello relazionale, ossia di lunga durata.

<sup>174</sup> EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 *N.W.U. L. Rev.* 2000, 807.

<sup>175</sup> FLOS, *Prenuptial and Tenancy Agreements as Relational Contracts*, in Ratti, *Embedding the Principles of Life Time Contracts: A Research Agenda for Contract Law*, Utrecht, Eleven Publishing, 2018, 163-185.

<sup>176</sup> MACNEIL, *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, op. cit., 432.

<sup>177</sup> MACNEIL, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 *N.W.U. L. Rev.* 2000, 881.

<sup>178</sup> In inglese *discrete contracts* and *relational contracts*.

Tale riflessione pare possa valere anche per l'ordinamento italiano in cui la disciplina generale del contratto si concentra prevalentemente sul suo momento genetico. Il rapporto contrattuale viene considerato dall'interprete alla luce della normativa generale in materia di obbligazioni la quale, però, si sofferma sul singolo rapporto obbligatorio anziché sull'intera relazione che è alla base di un fascio di obbligazioni.

A) Il contratto. Per la TCR il contratto è un mezzo che permette ai consociati di cooperare e scambiare merci e servizi.

Quattro sono le sue radici primarie<sup>179</sup>.

La prima è la società<sup>180</sup>. Le parti possono comprendere, concludere e dare esecuzione a un contratto solo se hanno un quadro comune di riferimento. Ogni società, infatti, ha i propri codici comportamentali.

La seconda radice è la specializzazione del lavoro, perché nessuno è autosufficiente. Di conseguenza, si è tutti costretti a scambiare beni e servizi con altre persone e questi scambi vengono effettuati sotto forma di contratti.

La terza radice è la libertà di scelta. Ciò differenzia i contratti dagli altri tipi di scambi, come il lavoro forzato. Le persone stipulano un contratto di loro spontanea volontà e non sono costrette a farlo. Vi è quindi una differenza tra contratti forzati e non forzati.

La quarta e ultima radice primaria è la consapevolezza del futuro. Ogni contratto comporta sempre uno scambio in un futuro prossimo o lontano. Tale scambio non è possibile senza una consapevolezza del futuro. In altre parole, se le parti vivono solo *hic et nunc*, non contemplanò né pianificano bisogni, desideri o eventi futuri.

Un contratto, quindi, è un mezzo per facilitare la cooperazione tra persone e può essere definito come "la relazione tra persone che hanno scambiato, si scambiano o si aspettano di scambiarsi in futuro"<sup>181</sup>.

Un aspetto importante di tale cooperazione è ciò che Macneil definisce "rappresentazione"<sup>182</sup>. Con tale termine si intende l'atto di portare le esigenze future nel presente e agire di conseguenza. Se le persone hanno una rappresentazione completa nel momento in cui concludono un contratto, esse riescono a prevedere esattamente ciò di cui avranno bisogno in futuro.

Quando si tratta di contratti a lungo termine, tuttavia, la rappresentazione completa è un'illusione.

I principi e le regole generali del diritto contrattuale tentano di contraddire questa realtà congelando la relazione delle parti nel momento in cui stipulano il contratto e costringendole a comportarsi di conseguenza.

B) Contratti separati e contratti relazionali. Si diceva che la TCR distingue tra due tipi di contratti: i contratti separati e i contratti relazionali.

Un contratto separato è un contratto per il quale il rapporto tra le parti è spesso di

---

<sup>179</sup> MACNEIL, *Whither Contracts?*, 21 *J. Legal Educ.*, 1969, 408; MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, 47 *S. Cal. L. Rev.*, 1974, 696 ss; MACNEIL, *The New Social Contract: The Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University, New Haven, CT, 1980, 1 ss.

<sup>180</sup> MACNEIL, *Essays on the Nature of Contract*, *N.C. Cent. L.J.*, 1979, 172 ss.

<sup>181</sup> MACNEIL, *Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos*, 143 *J. Inst. Theo. Econ.*, 1987, 274.

<sup>182</sup> MACNEIL, *Restatement (Second) of Contracts and Presentation*, 60 *Va. L. Rev.*, 1974, 589.

scarsa o nessuna rilevanza. In generale, sebbene non sempre, questi tipi di contratti tendono ad avere una breve durata e quindi la cooperazione tra le parti è relativamente limitata nel tempo.

Un contratto relazionale, invece, è generalmente un contratto di lungo termine per il quale i rapporti tra le parti sono più importanti<sup>183</sup>.

In entrambi i casi, tuttavia, il contesto in cui viene stipulato il contratto e i rapporti tra le parti sono importanti<sup>184</sup>.

Vi sono tre caratteristiche che distinguono i contratti separati da quelli relazionali<sup>185</sup>.

In primo luogo, è importante la durata del contratto. L'acquisto di una rivista in un'edicola è un atto limitato nel tempo e, infatti, di solito si considera questo contratto come "separato". Ciò è vero a meno che, ad esempio, l'acquisto non diventi un'abitudine e l'acquirente decida di recarsi regolarmente presso la stessa edicola.

In secondo luogo, gli obblighi delle parti nei contratti separati sono definiti con maggior chiarezza. Ciò in relazione alla durata spesso limitata di tali contratti<sup>186</sup>.

In terzo luogo, le parti coinvolte in contratti separati sono meno dipendenti l'una dall'altra in quanto il loro rapporto normalmente non va oltre a una singola transazione.

Queste tre caratteristiche aiutano a definire se un contratto ha una natura più separata o più relazionale.

Se l'interprete ignora questa differenza tende ad applicare a tutti i contratti i medesimi principi. Poiché il nostro codice sembra assumere come modello quello del contratto separato è chiaro come la cooperazione e la reciprocità del rapporto esistente nel contratto relazionale tende a passare inosservata.

La conseguenza di queste riflessioni è che nell'analisi di qualsiasi contratto relazionale bisognerebbe iniziare col riconoscerne la peculiarità, individuando le norme comportamentali che danno origine a quel rapporto specifico.

Per questo, è necessario un esame più approfondito dei vari tipi di norme comportamentali che regolano il comportamento delle parti contraenti nei contratti relazionali.

C) Norme comportamentali contrattuali. Il modo in cui le parti si comportano durante le negoziazioni, la conclusione, l'esecuzione e la risoluzione del contratto è influenzato dalla maggior o minor relazionalità del contratto e dalle norme

<sup>183</sup> Cfr. BIRD, *Employment as a Relational Contract*, 8 U. Pa. J. Lab. & Emp. L., 2005, 151 ss.

<sup>184</sup> Un esempio di contratto separato è quello di un ciclista che, in vacanza in un altro paese, visita un'officina per chiedere la riparazione della propria bicicletta. Si tratta di una transazione *una tantum*, in cui il rapporto tra le parti è meno importante. Dopo aver stipulato e dato esecuzione al contratto, le parti si separeranno e molto probabilmente non si rivedranno mai più. Ancor meno avranno occasione di stipulare nuovamente un contratto. Anche in questo caso, però, il contesto del contratto rimane significativo. Questo contesto include la cultura del ciclismo, il concetto di "denaro", il concetto legale di proprietà della bici e le convenzioni sociali che sono alla base dell'interazione tra le parti. Anche in nel caso di contratti separati, pertanto, è importante non ignorare il contesto in cui si stringono gli accordi.

<sup>185</sup> SPEIDEL, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 93 N.W.U. L. Rev, 2000, 823 ss.

<sup>186</sup> GOETZ & SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, 67 Va. L. Rev., 1981, 1091.

comportamentali che da esso derivano<sup>187</sup>.

Concentrarsi esclusivamente sul “bianco e nero” del contratto ne dà un'immagine incompleta.

Il diritto contrattuale classico considera ogni contratto come un contratto separato partendo da un punto di vista che tiene in considerazione le caratteristiche tipiche di questi contratti. In primo luogo, l'identità delle parti contraenti è generalmente considerata irrilevante. In secondo luogo, sono le stesse parti a dare al contratto una durata determinata. Infine, sono disponibili pochi rimedi per le parti contraenti che desiderano modificare o risolvere il contratto.

La TCR, al contrario, insiste sul fatto che l'analisi dei contratti dovrebbe iniziare dall'analisi della relazione esistente tra le parti contraenti così come regolata da norme comportamentali<sup>188</sup>, prima ancora che analizzare le singole clausole del contratto. In questo modo si ritiene possibile ottenere una migliore fotografia del contratto.

Il diritto contrattuale classico, invece, promuove ancora un'analisi incentrata sulle clausole contrattuali, considerando il contratto come un sistema completo e chiuso. Ciò lascia poco o nessun spazio all'analisi delle circostanze in cui il contratto vive, ossia al rapporto tra le parti e all'interazione delle norme comportamentali<sup>189</sup>.

Per Macneil a un comportamento separato devono essere applicate norme separate, a uno relazionale, norme relazionali. Queste due tipologie di norme possono essere o previste appositamente dal legislatore o, ove non previste, ottenute mediante interpretazione da quelle esistenti.

Per la TCR l'interprete deve concentrarsi, prima che sul contratto, sull'analisi del rapporto tra le parti perché il comportamento dei contraenti è guidato principalmente dalle norme comportamentali. È quindi importante che le norme giuridiche riflettano tale comportamento. In caso contrario si realizza una discrepanza tra il modo in cui le parti si comportano (influenzate dalle norme comportamentali) e le disposizioni previste dal legislatore.

Interpretare le disposizioni legislative in relazione alle norme comportamentali è di fondamentale importanza per i contratti relazionali. Le norme comportamentali che guidano l'azione dei privati sono, infatti, diverse a seconda si tratti di

---

<sup>187</sup> CAMPBELL, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*, in *CDAMS Discussion Paper*, 2004, 16.

<sup>188</sup> MACNEIL, *Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar*, in Campbell, Collins & Wightman, *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford/Portland, OR, 2003, 210.

<sup>189</sup> Per Macneil esistono dieci norme comportamentali in grado di influenzare il comportamento delle parti contraenti: (1) l'integrità personale e di ruolo, ossia il comportamento atteso da una persona in una determinata posizione sociale; (2) la reciprocità, ossia l'idea che entrambe le parti contraenti beneficeranno dello scambio; (3) l'attuazione della piano, ossia come le cose sono pianificate e strutturate; (4) la formazione del consenso: ossia la formazione della scelta, quando una parte sceglie e, se necessario, costringe l'altra parte a conformarsi allo scambio; (5) la flessibilità; (6) la solidarietà contrattuale, ossia l'idea di mantenere il rapporto assieme; (7) il risarcimento, la fiducia e le aspettative, che sono tutti elementi alla base della promessa che una parte fa all'altra in modo che questa possa fidarsi di lei; (8) la moderazione del potere personale, ossia cercare di mantenere l'equilibrio tra le posizioni delle parti in modo da poter garantire lo scambio attraverso l'esaltazione dei concetti di reciprocità e solidarietà; (9) la disponibilità di mezzi e strumenti; e (10) la considerazione del contesto e della matrice culturale in cui il rapporto si struttura. *Ibid.* 213.

stipulazione di un contratto separato o di uno relazionale.

In un contratto relazionale le parti esaltano la reciprocità, la moderazione del potere personale e la solidarietà perché sono di fondamentale importanza per la prosecuzione del contratto. Le parti hanno un maggior interesse alla cooperazione e alla reciprocità perché la durata del rapporto è di lungo periodo e il mantenimento dell'accordo nel tempo è di maggior importanza rispetto ai benefici immediati<sup>190</sup>.

Perché un contratto duri nel tempo le parti devono essere disposte a continuare a collaborare tra loro. Ciò comporta la scelta di obblighi contrattuali più bilanciati.

La flessibilità in tali contratti, infine, assume rilievo in opposizione alla "rappresentazione" che è necessariamente limitata.

Nei contratti separati, per converso, il nucleo comportamentale ruota attorno all'efficacia del consenso. Le parti, infatti, perseguono i propri obiettivi e si trovano in una condizione di maggior concorrenza tra interessi contrapposti. Ogni parte cerca di massimizzare i propri benefici attesi perché si tratta di un contratto di breve durata in cui il mantenimento della relazione è di minor importanza rispetto alla soddisfazione immediata dei propri interessi.

#### **14. L'applicazione della teoria dei contratti relazionali agli accordi matrimoniali.**

Si è sin qui compreso come l'evoluzione del diritto di famiglia italiano richieda un ripensamento delle relazioni patrimoniali tra i coniugi.

La contrattazione diventa uno strumento non solo di cui non aver timore, ma anzi in grado di promuovere le relazioni coniugali e di valorizzarne le singole peculiarità.

Si è anche sostenuto che gli accordi stipulati tra i coniugi, siano essi in fase fisiologica o patologica, pre-, infra- o post-matrimoniale, non siano semplici "negozi giuridici" ma veri e propri contratti.

Come tutti i contratti, alla luce della richiamata teoria dei contratti relazionali, è importante comprendere per ognuna delle summenzionate tipologie se si tratta di contratti separati o relazionali. Solo all'esito di tale tassonomia è infatti possibile capire come approcciarsi a essi da un punto di vista giuridico.

Nei prossimi capitoli verranno presi in rassegna le due grandi "categorie" di "contratti matrimoniali della crisi": quelli "in fase di crisi" e quelli "in vista della crisi".

L'idea è quella di procedere per entrambi con un'analisi bifasica: in un primo momento, infatti, si cercherà di ricostruire la questione da un punto di vista dogmatico e se ne darà una nuova interpretazione partendo da alcune suggestioni già presenti in dottrina.

Prendendo in rassegna le opinioni che contrastano una maggiore autonomia contrattuale dei coniugi in fase di crisi, si capirà che il vero nucleo problematico si annida nei timori ideologici degli interpreti, i quali manifestano spesso la convinzione che l'autonomia in fase di crisi sia sinonimo di deterioramento della posizione economica della parte più debole della relazione, ossia di uno dei due coniugi (generalmente la moglie quale parte strutturalmente più debole del rapporto) e dei figli.

Se da una parte l'analisi economica sarà di aiuto per comprendere l'importanza

---

<sup>190</sup> CAMPBELL, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*, op. cit., 19.

dell'accordo per il raggiungimento dell'efficienza e del maggior benessere collettivo, dall'altra la stessa porrà in evidenza l'esistenza di quei nodi problematici oggetto di timore tra gli interpreti, fornendo però anche gli strumenti per ripensare a un modo per superarli.

Il primo di questi consiste nell'applicare gli insegnamenti della teoria dei contratti relazionali al fine di cogliere la profonda natura di quei particolari accordi della crisi coniugale che di volta in volta si passeranno in rassegna. In questo modo sarà possibile comprendere se esistono, o meno, istituti già in grado di bilanciare autonomia privata e altri interessi, come la tutela della parte debole o l'interesse dello stesso per il matrimonio; ovvero se sia necessario ripensare il sistema e costruire strumenti nuovi e adeguati alle questioni oggetto della nostra analisi.

## CAPITOLO SECONDO

### I contratti matrimoniali in fase di crisi coniugale

#### 1. La separazione consensuale. Cenni introduttivi.

La separazione consensuale è un negozio giuridico bilaterale omologato dal tribunale con decreto che, accanto alla separazione giudiziale (art. 151 c.c. e ss.), costituisce un “tipo” di separazione legale (art. 150 c.c.)<sup>1</sup>. Tale procedimento viene generalmente preferito dalle parti per la sua celerità e per la minor onerosità rispetto alla separazione giudiziale, nonché per la duttilità con cui si presta a regolare i rapporti patrimoniali e personali in maniera conforme alle soggettive esigenze concrete<sup>2</sup>. Per tale ragione si suole affermare che questo istituto rappresenta “uno dei momenti più significativi della negozialità nell'ambito delle vicende familiari<sup>3</sup>”.

L'articolo 158, 1 c c.c. dispone che “la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice”. Parallelamente, il codice di rito, statuisce all'articolo 711, 4 c c.p.c. che “la separazione consensuale acquista efficacia con l'omologazione del tribunale”. Si ritiene, quindi, che dalla separazione non omologata non possano prodursi gli effetti della modificazione dello *status* coniugale<sup>4</sup>. Si è soliti sostenere, inoltre, che se da un lato l'accordo delle parti rappresenta il fulcro della separazione consensuale, dall'altro il medesimo possiede anche un'“efficacia specifica” indipendente dall'omologazione che legittima, *in primis*, uno “stato di non convivenza” (separazione di fatto)<sup>5</sup>.

La dottrina è concorde nel ritenere applicabili al negozio di separazione consensuale i principi generali dei negozi giuridici, in particolare quelli in tema di capacità d'agire e di vizi del consenso<sup>6</sup>. Tuttavia, si è detto, non tollera l'apposizione di condizioni e termini, né ammette la rappresentanza, in quanto atto personalissimo<sup>7</sup>.

Queste premesse, sebbene possano aiutare a inquadrare i tratti distintivi della

---

<sup>1</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, II*, 6a ed., Milano, 2017, 248 ss; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 8a ed., Torino, 2018, 196 ss.

<sup>2</sup> MORA, *La separazione consensuale*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, Torino, 2016, 2033.

<sup>3</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 138; cfr. anche RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1989, 1079.

<sup>4</sup> GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992, 717; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit. 139.

<sup>5</sup> ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 139; cfr. anche SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. di Diritto e Proc. Civ.*, 1996, 1034.

<sup>6</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., 248; *Inter alias* Cass. Civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17902, in *Famiglia* 2005, 377 (nota di: BASINI) e, in senso conforme, Trib. Milano, 8 ottobre 2016. Sul tema si veda anche ARCERI, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1122.

<sup>7</sup> BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., 197; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit., 615.

fattispecie in analisi, non rappresentano un pacifico punto d'approdo. Infatti, la possibilità di applicare alla separazione consensuale le norme in materia di negozio giuridico o del contratto dipende dalla qualificazione della natura che gli interpreti hanno via via dato all'istituto e, in particolare, alla funzione del decreto di omologazione.

Generalmente, si è soliti riscontrare nel procedimento di separazione consensuale la presenza di due fasi<sup>8</sup>: a) una privatistica, che consiste nell'accordo con cui i coniugi pongono fine alla convivenza e regolamentano, eventualmente anche dal punto di vista patrimoniale, i rapporti familiari; b) una pubblicistica, rappresentata dal decreto di omologazione del tribunale.

La valorizzazione di una fase piuttosto che l'altra conduce a differenti soluzioni in merito alla natura e alla funzione dell'omologa. In proposito è possibile individuare la presenza di tre teorie: *i*) Una che esalta il momento pubblicistico<sup>9</sup>. Secondo tale impostazione il decreto di omologazione sarebbe il vero fatto costitutivo della separazione. Per tale ragione, l'accordo dei coniugi dovrebbe qualificarsi solamente come presupposto volontario della procedura, privo di natura negoziale e dunque non assoggettabile alla disciplina dei vizi del consenso. *ii*) Una che colloca sullo stesso piano i due momenti<sup>10</sup>, in quanto funzionali al raggiungimento del medesimo scopo unitario. In questo senso, il consenso sarebbe il presupposto dell'accordo dei coniugi, mentre l'omologa assolverebbe a una funzione di condizione di efficacia e di controllo della legittimità dell'accordo (rispetto ai limiti previsti dall'art. 151 c.c.) e della libertà e regolarità del consenso manifestato. L'esistenza di un vizio del consenso sarebbe, quindi, prevenuta o sanata dal decreto di omologazione. *iii*) Una che valorizza l'aspetto privatistico della separazione<sup>11</sup>, qualificando come negozio giuridico l'accordo dei coniugi e ritenendo l'omologa una mera condizione sospensiva legale di efficacia. La sua funzione sarebbe quella di verificare la compatibilità dell'accordo con i principi di ordine pubblico e le norme cogenti dell'ordinamento, nonché di assicurare la tutela degli interessi della prole. Ai coniugi, dunque, sarebbe assicurata la possibilità di esperire l'azione di annullabilità nei confronti delle patruzioni contenute nell'accordo, siano esse negozi giuridici patrimoniali o personali.

Quest'ultima impostazione è oggi prevalente ed è stata adottata anche dalla più recente giurisprudenza<sup>12</sup>. Essa, infatti, appare maggiormente in linea con l'attuale concezione "privatistica" dei rapporti familiari, nonché con il dato normativo.

---

<sup>8</sup> Cfr. CONTIERO, *Le procedure di separazione, divorzio e tutela dei figli nati fuori dal matrimonio*, Milano 2016, 53; LUMIA, *La separazione consensuale*, op. cit., 1339.

<sup>9</sup> CICU, *Il diritto di famiglia*, op. cit., 224.

<sup>10</sup> La separazione consensuale sarebbe una fattispecie complessa a formazione progressiva. Cfr. D'ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959, II, 459.

<sup>11</sup> FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, 79; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., 249; MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962, 93; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 138; BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, Utet, 1998, XVIII, 373; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit., 2039.

<sup>12</sup> *Inter alias*, Cass. Civ., sez. VI-1, 2 maggio 2018, n. 10463 ord., con nota di FLORE, *Sulla revoca unilaterale del consenso al divorzio congiunto*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 488-493; Cass. Civ., sez. I, 20 marzo 2008, n.7450, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 3, 448.

Si è detto che il giudice, lungi dall'assumere una funzione meramente notarile, partecipa al perfezionamento dell'atto in diversi modi: mediante l'esperimento del tentativo di conciliazione; verificando la ritualità del procedimento e il rispetto delle norme; accertando la corretta formazione del consenso e libertà di manifestazione dello stesso; comunicando ai coniugi i possibili limiti all'omologabilità e documentando le condizioni di separazione<sup>13</sup>. In realtà, si è soliti circoscrivere i poteri concessi al giudice a soli due casi: il rifiuto dell'omologazione in caso di non soddisfacimento degli interessi dei minori<sup>14</sup> e la possibilità di effettuare un controllo di legittimità delle convenzioni stabilite dai coniugi nel caso in cui manifestino profili di nullità<sup>15</sup>, ovvero si pongano come lesive di principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero in contrasto con norme inderogabili<sup>16</sup>. Anche gli strumenti funzionali all'esercizio del potere a lui concesso risultano, *de facto*, essere limitati. Infatti, in merito agli accordi sulla prole il giudice, secondo il dettato normativo, può solo riconvocare le parti per suggerire le modifiche ritenute maggiormente idonee; mentre nei confronti di tutte le altre condizioni il suo compito si limita ad accertare la libertà e la serietà del consenso manifestato<sup>17</sup> e si pone, inoltre, come "controllo garantistico diretto a tutelare la salvezza degli interessi non disponibili delle parti"<sup>18</sup>.

La dottrina tende quindi a qualificare l'omologazione come un provvedimento autorizzativo di rilevanza pubblicistica<sup>19</sup> nel quale si palesa l'interesse dell'ordinamento per le dinamiche della famiglia, la cui finalità sarebbe quella di tutelare la prole e, secondo alcuni, anche il coniuge debole, i terzi e la collettività<sup>20</sup>. Detto con le parole della Suprema Corte: "il provvedimento di omologazione non è legato da un rapporto diretto ed immediato con il negozio di separazione, non investendo l'accordo in sé e non svolgendo una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti: (...) esso non governa l'autonomia dei coniugi, non si confonde, ma si combina in maniera estrinseca con la loro volontà"<sup>21</sup>.

<sup>13</sup> TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*, Padova, 1997, 589 e 590; DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, nota a Cass., 24 febbraio 1993, n. 2770, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994, 559 ss.

<sup>14</sup> *Inter multas*, ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 1997, 234.

<sup>15</sup> DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 14.

<sup>16</sup> SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 232; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, V ed., 2008, 98; DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, op. cit.

<sup>17</sup> SESTA, *Diritto di famiglia*, op. cit., 233; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit.

<sup>18</sup> ZATTI, *La separazione personale*, in *Tratt. Rescigno*, 2, 2a ed., Torino, 1996, 135.

<sup>19</sup> MORA, *La separazione consensuale*, op. cit.

<sup>20</sup> FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Schlesinger*, I, Milano, 2004, 510; SESTA, *Diritto di famiglia*, op. cit., 233; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, 277 ss.

<sup>21</sup> Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Fam. e Dir.*, 2004, 473 ss., con nota critica di CONTE; in *Corr. giur.*, 2004, 307 ss, con nota di OBERTO. Secondo i giudici dell'ordinanza di Cassazione, Sez VI-1, 2 maggio 2018, 10463, op. cit.: "il Tribunale realizza un controllo solo esterno e formale, attesa la natura negoziale dell'accordo medesimo", controllo che non può integrare o modificare il contenuto dell'accordo tra coniugi, restandovi esterno (Cass. 21 aprile 2015, n. 8096, in *Il Foro*

## 2. Sulla natura dell'accordo di separazione.

Si ha già avuto modo di dire che l'opinione oggi prevalente è quella che qualifica l'accordo di separazione come un negozio giuridico<sup>22</sup> e il decreto di omologazione una mera *condicio iuris* di efficacia. Si è detto, quindi, che è proprio il riconoscimento della natura negoziale dell'accordo a veicolare l'ingresso della disciplina contrattuale<sup>23</sup>. Tale conclusione, tuttavia, rappresenta un punto di approdo raggiunto dalla dottrina dopo anni di discussioni sul tema.

In passato, infatti, vi è stato chi ha cercato di distinguere all'interno della categoria del negozio giuridico tra negozi (bi- o plurilaterali) a interessi contrapposti, qualificabili come contratti; e negozi (bi- o plurilaterali) volti al conseguimento di interessi convergenti, qualificabili come accordi in senso stretto. In quest'ultima tipologia si sarebbe collocato anche il negozio di separazione consensuale<sup>24</sup>. Tuttavia, tale orientamento è stato superato grazie all'intuito di coloro che hanno evidenziato come esistano nel nostro ordinamento contratti plurilaterali in cui le parti condividono un medesimo scopo. Inoltre, lo stesso articolo 1321 c.c. non prevedrebbe una tale distinzione, anzi sottolineerebbe che l'accordo è il fondamento di ogni contratto<sup>25</sup>. Infine, è stato rilevato come non sarebbe possibile adottare, in questo caso, il requisito della convergenza di scopo come elemento di distinzione tra accordo e contratto. La ragione sarebbe che nella separazione personale, anche se

---

*italiano*, 2015, I, 3628 ss.). Potrà invece, se vi è contrasto con l'interesse dei figli, provvedere d'ufficio, ai sensi dell'art 4, comma 8, l.div.”

<sup>22</sup> In particolar modo, la dottrina suole parlare di “negozio giuridico familiare”. Questa species del genus “negozio giuridico” che si deve a Santoro Passarelli, nel suo testo PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, op. cit., 381 ss., non può trovare in questo lavoro un giusto luogo di approfondimento, cosa che invece meriterebbe. Cfr. la recente sentenza di merito del Trib. Brescia, 23 gennaio 2019, con nota di PALADINI, *Assegnazione convenzionale della casa familiare e opponibilità al terzo acquirente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1330 ss.; nonché, per la dottrina, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., 2014, 256; BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. Disc. Priv.*, op. cit., 373; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit., 2039.

<sup>23</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, op. cit., 18 ss. In FLORE, *Sulla revoca unilaterale del consenso al divorzio congiunto*, op. cit., viene affrontata la questione del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nel divorzio congiunto in relazione anche a quanto affermato dalla recente ordinanza di Cass. 2 maggio 2018, n. 10463. Nell'articolo viene analizzato il percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha condotto al risultato odierno del considerare l'accordo dei coniugi come un “negozio giuridico perfetto e autonomo” (cfr. Cass. 30 aprile 2008, n. 10932, in *Fam. e Dir.*, 2008, 1117 ss., con nota di ARCERI, *Il consenso nella separazione consensuale tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*) di cui l'omologa è un controllo “solo esterno e formale” del Tribunale. È quindi l'accordo fra i coniugi la vera fonte della separazione consensuale e del divorzio congiunto, mentre il controllo del Tribunale è una mera *condicio iuris* della sua efficacia e non anche il titolo costitutivo della separazione o del divorzio. Dalla natura negoziale dell'accordo deriva l'applicabilità delle norme codicistiche in materia contrattuale che sono regole generali per il legittimo esercizio dell'autonomia negoziale come, ad esempio, l'art. 1328 c.c. sull'irrevocabilità del consenso. Si rinvia alla lettura integrale dell'articolo. Secondo ZATTI-MANTOVANI, *La separazione personale*, Cedam, 1983, 382, “in una prospettiva tesa a valorizzare nell'accordo dei coniugi il carattere di atto di autonomia, la questione dovrebbe (...) risolversi alla luce del criterio di compatibilità delle norme di volta in volta astrattamente applicabili con le peculiarità proprie all'accordo in questione”.

<sup>24</sup> *Inter multis* BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Vassalli (diretto da), *Trattato*, Torino, 1950, 304 ss. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, 205 ss.

<sup>25</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Torino, 1997, 200 ss.

consensuale, è sempre implicito un certo grado di conflittualità tra le ragioni opposte dei coniugi<sup>26</sup>.

La natura dell'accordo di separazione, quindi, è stata spiegata da altri studiosi ricorrendo alla categoria concettuale della convenzione, distinguendola da quella di accordo contrattuale<sup>27</sup>. Il fine di una tale teorica era quello di sottolineare la natura extrapatrimoniale degli interessi sottesi ai rapporti familiari anche quando i diritti corrispondenti sono suscettibili di valutazione economica<sup>28</sup>. La critica rivolta a tale impostazione rimarca come il legislatore si serva della parola "convenzione" utilizzandola come sinonimo della parola "accordo" riferendosi a molti istituti caratterizzati dalla patrimonialità come, ad esempio, le convenzioni matrimoniali<sup>29</sup>.

Gli studiosi sono quindi giunti a una importante conclusione, ossia che i maggiori equivoci sulla natura del negozio di separazione sono dovuti al fatto che si voglia sovrapporre, anziché distinguere, il "negozio di separazione in senso stretto", inteso come accordo dei coniugi di addivenire alla separazione, dai "negozi di separazione in senso lato", ossia quelle pattuizioni sottoposte a omologazione del tribunale, tra le quali è possibile annoverarne alcune con natura esclusivamente patrimoniale<sup>30</sup>. In merito a queste ultime non ci potrebbe essere alcun dubbio dell'esser in presenza di contratti.

Una tale distinzione ha permesso alla giurisprudenza di sostenere che "non vi sia ragione per dubitare della natura negoziale dell'accordo di separazione, atteso che in tale accordo si dispiega pienamente l'autonomia dei coniugi in coerenza con la centralità del principio del consenso nel modello familiare delineato dalla Riforma del diritto di famiglia<sup>31</sup>" e che perciò "l'esclusione della natura contrattuale dell'accordo di separazione e il suo inquadramento nella categoria negoziale<sup>32</sup> (ndr. data la presenza sia di accordi con natura personale che di natura patrimoniale), se comporta la non operatività delle norme proprie del contratto, che trovano ragione nella specifica natura di questo, non esclude che possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento<sup>33</sup>".

<sup>26</sup> Ibid. 212 ss.; CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 377 ss.; SALA, *Accordi successivi all'omologazione della separazione e autonomia negoziale dei coniugi*, op. cit., 1496 ss.

<sup>27</sup> MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 30.

<sup>28</sup> RESCIGNO, *Contratto, I, In generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IX; Cfr. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, op. cit.; OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (I)*, in *Fam. e Dir.*, 1999, 601 ss.

<sup>29</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 200; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 216 ss.

<sup>30</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 198; Id., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (I)*, op. cit.

<sup>31</sup> Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Corr. giur.*, 2004, 307, con nota di OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*.

<sup>32</sup> Per Ferrando la natura negoziale dell'accordo consente la revoca unilaterale del consenso, almeno fino alla manifestazione della volontà di separarsi all'udienza presidenziale. Cfr. FERRANDO, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 1040.

<sup>33</sup> Ibid.; ma anche ZATTI-MANTOVANI, *La separazione personale*, op. cit., 382, per il quale "in una prospettiva tesa a valorizzare nell'accordo dei coniugi il carattere di atto di autonomia, la questione dovrebbe (...) risolversi alla luce del criterio di compatibilità delle norme di volta in volta

In conseguenza di quanto detto, a tutti i negozi contenuti nell'accordo di separazione consensuale sarebbero applicabili, a titolo esemplificativo, le norme in materia di annullamento per vizi del consenso<sup>34</sup>, quelle in materia di incapacità legale e naturale delle parti<sup>35</sup>, quelle relative alla simulazione<sup>36</sup>.

Le stesse conclusioni, *mutatis mutandis*, possono essere tratte anche in materia di divorzio congiunto.<sup>37</sup>

### 3. Accordi di separazione: contenuto necessario ed eventuale.

Secondo un'impostazione ormai consolidata e condivisa dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria, nell'accordo di separazione sarebbe possibile individuare un "contenuto necessario" (o principale) e un "contenuto eventuale" (o accessorio). Si è detto che del primo farebbero parte quelle pattuizioni convenute in ragione

---

astrattamente applicabili con le peculiarità proprie all'accordo in questione".

Per un approfondimento sulle regole contrattuali applicabili ai negozi oggetto di analisi si veda, *inter multis*, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 222 ss.; Id., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. e Dir.*, 2000, 86 ss.

<sup>34</sup> Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Diritto e formazione*, 2005, 346 ss; Cass., 4 settembre, n. 17902, in *Famiglia*, 2005, 377 con nota di BASINI; Cass., 22 novembre 2013, n. 26202, in *Giust. civ. Mass.*, 2013. Gli accordi patrimoniali contenuti nel negozio di separazione sono, invece, ritenuti dalla giurisprudenza come dei veri e propri contratti, con la possibilità di applicazione di tutte le norme contenute nel codice civile in materia. Cfr. Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Il Foro Italiano*, 2016, 1826.

<sup>35</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 222 ss.; Id., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, op. cit.

<sup>36</sup> Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, 769 ss., con nota di OBERTO, *Simulazione e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*. DORIA, *La simulazione della separazione personale*, in *Studium Iuris*, 2019, 1299-1302, il quale ritiene inapplicabile la simulazione riguardo allo status dei coniugi, mentre crede possa essere invocata in relazione agli atti di trasferimento dei beni fraudolenti. L'applicabilità della simulazione, in realtà, è in dottrina ancora una questione controversa. Ne dà un panorama generale BALLARANI, *sub art. 158 c.c.*, in *Comm. breve al d. it. fam.*, Milanofiori Assago 2016, 382. La dottrina maggioritaria è, tuttavia, possibilista. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2,1, La famiglia*, op. cit., 215 e 245; AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, La crisi della famiglia*, Milano 2015, 123 ss.; DANONI, *La cassazione torna a negare rilievo alla simulazione della separazione: ma per quanto ancora?*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 333 ss.; Id., *È davvero irrilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005, 466; CONTE, *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione*, in *Fam. e Dir.*, 2004, 480. Dal canto suo, la giurisprudenza si è dimostrata in molte occasioni negazionista al riconoscimento della simulazione sia quando proposta da una parte dell'accordo simulatorio (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 20 novembre 2003, 17607, in *Dir. Fam.*, 2005, 455), che quando proposta da un terzo (Cass. Civ., Sez. I, 12 settembre 2014, 19319, in *Il Foro Italiano*, 2014, 3455), facendo scaturire un acceso dibattito con la dottrina maggioritaria che, dal canto suo, oppone credibili e serie ragioni a favore dell'ammissibilità. Cfr. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia: Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Giappichelli, 2016, 451 ss.

<sup>37</sup> E si tratta non solo di semplici negozi ma, laddove aventi profili patrimoniali, di veri e propri contratti, così come riconosciuto anche dalla giurisprudenza, secondo la quale: "nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale (...) che, frequentemente, per i profili patrimoniali, si configura come un vero e proprio contratto". Cass. 21 aprile 2015, n. 8096, in *Il Foro Italiano*, 2015, I, 3628 ss.

della cessazione della convivenza matrimoniale, in quanto senza tale accadimento non sarebbero state stipulate o lo sarebbero state con modalità diverse<sup>38</sup>; del secondo, invece, tutti gli accordi che potrebbero trovare collocazione anche in altri negozi giuridici, per cui l'inserimento nel verbale di separazione sarebbe puramente occasionale<sup>39</sup>.

Quali tipi di accordi debbano confluire in una categoria piuttosto che nell'altra, tuttavia, non è pacifico. Secondo alcuni studiosi e secondo la giurisprudenza maggioritaria, del contenuto necessario farebbero parte l'accordo di vivere separati, le intese aventi oggetto la prole, l'assegnazione della casa coniugale, l'*an* e il *quantum* dell'assegno di mantenimento del coniuge più debole. Per converso, nel contenuto eventuale, confluirebbero tutti quegli accordi occasionati (e non determinati dal punto di vista causale) dalla separazione<sup>40</sup>. Più specificamente, a far parte di questa seconda categoria sarebbero tutti quei negozi per i quali il matrimonio non si configura come "titolo costitutivo", ma come "fonte occasionale". A titolo esemplificativo è possibile citare il riconoscimento di un debito, una transazione, una donazione<sup>41</sup>, etc...

Altri studiosi, invece, tendono a circoscrivere il contenuto necessario al solo accordo di cessazione della convivenza, facendo confluire nel contenuto eventuale

<sup>38</sup> Cfr. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, op. cit., 102 ss., per il quale un esempio di contenuto necessario è rappresentato dai patti concernenti il mantenimento dei coniugi e il mantenimento ed educazione della prole.

<sup>39</sup> Alcuni esempi sono: l'accordo con cui si concede il prelievo di un mobile appartenente alla casa familiare e di proprietà di uno dei coniugi (Cfr. Cass., 25 maggio 1998, n. 5189, in *Fam. e Dir.*, 1998, 570); il patto con cui si riconosce la proprietà esclusiva di uno solo dei due coniugi di un certo bene mobile o immobile, ovvero questi siano trasferiti a favore dell'altro al fine di assicurarne il mantenimento. Si rammenta che l'accordo di separazione, in quanto inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume forma di atto pubblico ex art. 2699 c.c. e dove preveda il trasferimento di diritti reali immobiliari costituisce, dopo l'omologazione, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c., senza che rilevi che i beni trasferiti ricadessero precedentemente nella comunione legale tra coniugi (Cfr. Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 278). Così CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001, 1161 ss.

<sup>40</sup> MEZZANOTTE, *Separazione consensuale dei coniugi: il problema della revocabilità unilaterale del consenso prima della omologazione*, in *Giur. di Merito* 2007, 1, nota a App. Reggio Calabria, 2 marzo 2006 secondo cui "l'accordo di separazione consensuale assume le vesti di un negozio misto, composto da una pluralità di negozi tra loro collegati in modo oggettivo (nesso teleologico) e soggettivo (volontà delle parti di coordinare i vari negozi rispetto al fine comune)". Per un'approfondita disamina sulla questione, in senso conforme a quanto indicato nel testo, si rinvia a LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, 977 ss., nonché a FALZEA, *La separazione personale*, op. cit., 99; AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 203 ss.; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 11; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 128; D'ANNA, *La forma nei patti aggiunti o non omologati nel procedimento di separazione consensuale: una questione ancora irrisolta*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 76; SALA, *Accordi successivi all'omologazione della separazione ed autonomia negoziale dei coniugi*, op. cit., 1496 ss.; Id., *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1052 ss.; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 140 ss.

<sup>41</sup> AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 201 ss.

tutti gli accordi in materia di mantenimento del coniuge e affidamento/mantenimento della prole<sup>42</sup> che, quindi, potrebbero anche non essere previsti all'interno dell'accordo di separazione<sup>43</sup>. Questa tesi, che affonda le radici in un lontano passato, si scontra però col dettato normativo dell'art. 158 c.c. Deve essere rilevato, infatti, che è lo stesso legislatore a imporre che l'accordo sull'affidamento, l'educazione e il mantenimento dei figli sia trasfuso nel verbale oggetto di omologa<sup>44</sup>. Poiché la coppia potrebbe non avere figli è possibile, al più, affermare che questa categoria di accordi siano parte del "contenuto eventualmente (i.e. in presenza di prole) necessario"<sup>45</sup>.

Accogliendo quest'ultima tesi con la dovuta correzione, è possibile sintetizzare come segue: il contenuto necessario comprende l'accordo di vivere separati (negozio di separazione in senso stretto) e le convenzioni in merito ai figli; il contenuto eventuale comprende tutte le altre pattuizioni, sia quelle che trovano "causa" nella separazione, sia quelle che trovano "occasione" in essa<sup>46</sup>.

Queste, in sintesi, sono le tre teorie maggiormente rappresentative del panorama attuale.

Al di là delle differenze, ciò che di fondo rappresenta un consolidato punto d'approdo e che accumuna tutte e tre le visioni è la distinzione tra il "negozio di separazione in senso stretto" con cui le parti manifestano il consenso a vivere separati, e tutti quei negozi in qualche modo collegati alla separazione volti alla definizione degli assetti patrimoniali (e non) della vita dei coniugi separati ("negozi di

---

<sup>42</sup> Così JEMOLO, *Il matrimonio*, in Filippo Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1950, 372; Id., *Contenuto dell'atto di separazione dei coniugi*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1972, 207 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 28; FALZEA, *La separazione personale*, op. cit., 94; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., 249: secondo l'Autore la separazione è un negozio familiare la cui causa consiste nella sospensione del rapporto familiare. Per tale ragione esso è valido anche se non contiene disposizioni patrimoniali o direttamente o indirettamente concernenti la prole. I coniugi, infatti, ben potrebbero accordarsi successivamente su tali questioni. In senso conforme ZISA, *Separazione personale dei coniugi: trascrivibilità del (relativo) verbale di udienza contenente pattuizioni patrimoniali ad effetti reali*, in nota a Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Riv. not.*, 2007, 2. In giurisprudenza, questa ricostruzione è stata sostenuta da alcune non recentissime decisioni, tra cui: Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit., secondo cui il contenuto essenziale riguarda specificamente il consenso reciproco a vivere separati, mentre in quello eventuale rientrano le pattuizioni necessarie o opportune in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, tra cui l'affidamento dei figli, gli assegni di mantenimento e le statuizioni economiche connesse; Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Il Foro italiano*, 1979, I, 718 ss.; App. Milano, 18 febbraio 1997, in *Fam. e Dir.*, 1997, 439, con nota di FIGONE. Seguendo questa teorica, le categorie di "separazione in senso ampio" e "separazione in senso lato", si sovrappongono con quelle, rispettivamente, di "contenuto essenziale e eventuale" dell'accordo.

<sup>43</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, op. cit., 158.

<sup>44</sup> TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, op. cit., 590.

<sup>45</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 217 ss.

<sup>46</sup> La ricostruzione a cui si aderisce è proposta e sintetizzata da OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., VI, § 15, 700 ss.; Id. *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, op. cit., 601 ss.; cfr. anche TAGLIAFERRI, *Negozi familiari in vista di separazione e divorzio*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi familiare*, Giuffrè, 2018, 185 ss.; AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 115 ss.; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit., 2043 ss.; BALLARANI, *sub art. 158 c.c.*, op. cit., 383; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, op. cit., 102.

---

separazione in senso lato”). Di conseguenza, l’autonomia dei coniugi nella separazione consensuale “si estende normalmente a tutte le condizioni di ordine personale e patrimoniale che sia necessario stabilire secondo le contingenze, per concretare lo statuto dei rapporti tra coniugi separati<sup>47</sup>”.

La preferenza per una teoria piuttosto che per un’altra, però, non è un mero esercizio dottrinale, potendo avere anche importanti risvolti pratici. Una parte della dottrina ha sottolineato come tra le pattuizioni del “contenuto essenziale” e il “negoziato di separazione in senso stretto” esista un collegamento di tipo funzionale, sicché “il venir meno del consenso alla separazione determina automaticamente anche l’inefficacia dei negozi dipendenti<sup>48</sup>”. A seconda di quali negozi si ritenga essere parte del “contenuto essenziale”, dunque, è possibile stabilire il permanere o meno dell’efficacia di tutti i negozi presenti nell’accordo di separazione allorché sia venuto meno il consenso alla separazione, ovvero l’omologazione venga negata, ovvero nei casi di mutamento di stato successivo<sup>49</sup>. Nel caso degli accordi parte del “contenuto eventuale”, infatti, il collegamento con la separazione è puramente formale, con la conseguenza che le pattuizioni conservano efficacia anche a fronte dell’estinzione dell’accordo di separazione<sup>50</sup> configurandosi in tale caso, come autorevolmente sostenuto, una “pluralità di negozi con unicità di contesto<sup>51</sup>” insensibili alle vicende dell’accordo di separazione<sup>52</sup>.

#### 4. Accordi in occasione della separazione.

Si è detto che la tesi oggi prevalente e accettata anche dalla giurisprudenza<sup>53</sup> è quella che qualifica la separazione come un negozio familiare misto. Infatti, è possibile individuare un “negoziato di separazione in senso stretto” e uno o più “negozi di separazione in senso lato”. Il primo, che rappresenta il *minimum* necessario perché l’accordo possa essere omologato, che consiste nell’accordo di vivere separati; e i secondi, di cui fanno parte tutti quei negozi che trovano “causa” oppure “occasione” nella separazione. Secondo la teoria maggioritaria<sup>54</sup>, il “contenuto

---

<sup>47</sup> AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 201.

<sup>48</sup> LUMIA, *La separazione consensuale*, op. cit., 983 ss.

<sup>49</sup> Si pensi a un possibile ricongiungimento.

<sup>50</sup> LUMIA, *La separazione consensuale*, op. cit., 983.

<sup>51</sup> FALZEA, *La separazione personale*, op. cit., 101.

<sup>52</sup> Cfr. Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. Fam.*, 1984, 922, secondo la quale è valido ed efficace l’accordo con i quali il coniuge ha trasferito in sede di separazione il diritto di proprietà di un immobile, anche se successivamente il matrimonio è stato dichiarato nullo. In questo senso: “In linea con questa configurazione l’efficacia delle pattuizioni non viene meno nel caso di riconciliazione in quanto può derivare soltanto da un nuovo assetto delle posizioni patrimoniali dei coniugi, che potrà essere raggiunto o convenzionalmente o giudizialmente con riferimento alla situazione successiva alla riconciliazione stessa”, così Cossì CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, op. cit., 1164.

<sup>53</sup> A partire da Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, in *Fam. e Dir.*, 2008, 5, 446 ss., con nota di CASABURI, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra coniugi: ammissibilità ed impugnazione*. La S.C. effettua una distinzione tra “contenuto “necessario” (siccome collegato direttamente al rapporto matrimoniale) e contenuto “eventuale” (o “accessorio”) dell’accordo di separazione (siccome collegato in via soltanto estrinseca con il patto principale)”, escludendo che l’atto di omologazione possa svolgere una funzione sostitutiva o integrativa della volontà dei coniugi e

necessario” di un accordo di separazione comprenderebbe il “negoziato di separazione in senso stretto” e tutti gli accordi che trovano nella separazione la propria “causa” (assegnazione della casa familiare; assegno di mantenimento alla moglie e ai figli; pattuizioni aventi a oggetto la prole). Tutti gli altri accordi “occasionati” sarebbero, invece, parte del “contenuto eventuale”<sup>55</sup>. Per converso, secondo una teoria minoritaria, il “contenuto necessario” sarebbe costituito dal “negoziato di separazione in senso stretto” e dagli accordi in merito alla prole, mentre tutti gli altri negozi, sia “occasionati” che “causati” dalla separazione, sarebbero parte del “contenuto eventuale”.

Si tralasci per un momento i negozi con oggetto l’assegnazione della casa familiare, l’assegno di mantenimento alla moglie e quelli inerenti alla prole. Come detto, infatti, in merito a tali negozi non esiste ancora un orientamento unanimemente condiviso sul loro essere parte del contenuto eventuale o necessario, sebbene la giurisprudenza tenda prevalentemente alla loro riconduzione a quest’ultima categoria.

Ci si concentri primariamente su quei negozi parte sicuramente del contenuto “eventuale”, ossia quelli soltanto “occasionati” dalla cessazione della convivenza.

Tali negozi, come più volte affermato dalla giurisprudenza, sono nettamente

---

deducendone, pertanto, la possibilità di far valere la simulazione o l’esistenza di eventuali vizi del consenso solo nell’ambito di un giudizio ordinario e non nel procedimento camerale di modifica delle condizioni di separazione.

<sup>55</sup> MEMMO, *L’autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, in Cagnazzo-Preite-Tagliarferri (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 2015, 547 ss.; RUVOLO, *Autonomia negoziale dei coniugi nella crisi della famiglia*, in *Il familiarista*, Focus del 13 giugno 2017, “La giurisprudenza ha costantemente affermato che in riferimento al contenuto degli accordi dei coniugi in sede di separazione e divorzio si configura la distinzione tra contenuto essenziale e contenuto eventuale. Del contenuto essenziale, denominato così in quanto collegato direttamente al rapporto matrimoniale, fanno parte le pattuizioni, le clausole e le condizioni che devono essere contenute nell’accordo per permettere che esso venga giuridicamente ad esistenza e sia produttivo di effetti. In tale ambito rientrano, dunque, gli accordi che hanno ad oggetto il consenso reciproco dei coniugi a vivere separati, l’affidamento dei figli, l’assegnazione della casa familiare in funzione del preminente interesse della prole e la previsione di un assegno di mantenimento a carico di uno dei coniugi in favore dell’altro, ove ne ricorrano i presupposti. Nel contenuto eventuale rientrano, invece, le pattuizioni, le clausole e le condizioni che possono volontariamente essere incluse nell’accordo e la cui assenza non incide in alcun modo sul perfezionamento, sull’efficacia e sulla validità dell’accordo stesso, in quanto si tratta di un contenuto collegato in via occasionale ai diritti ed agli obblighi nascenti dal matrimonio. Del contenuto eventuale fanno soprattutto parte le pattuizioni relative alla definizione dei rapporti patrimoniali ed economici tra i coniugi (Cass., 23 settembre 2013, n. 2173), anche se concernenti l’assegno di mantenimento, in relazione all’instaurazione di un regime di vita separata (cfr. Cass., 19 agosto 2015, n. 16909)”. Più di recente tale ricostruzione è stata riconfermata anche dall’ordinanza di Cassazione Civile, Sez. I, 26 gennaio 2018, n. 2036, con nota da FORCINITI, *Il contenuto eventuale degli accordi patrimoniali in sede di separazione consensuale*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 170 ss. la quale ha stabilito che: “Le parti sono libere, in sede di separazione personale consensuale, di prevedere quanto ritengono più opportuno in ordine al contenuto eventuale, e pertanto agli accordi patrimoniali, di non prevedere alcunché, di accordarsi per la disciplina di alcuni rapporti e non di altri. L’accordo raggiunto dalle parti ha valore per quanto le parti concordano, non per quanto le parti non concordano. Anche in relazione alle previsioni su cui l’accordo delle parti si è formato ed è stato esplicitato, peraltro, nello stimare la validità ed efficacia delle singole pattuizioni, occorre sempre verificarne la compatibilità con l’ordinamento giuridico vigente. In ogni caso, l’accordo raggiunto in sede di separazione consensuale non può disciplinare ciò che non ne ha costituito oggetto”.

diversi dalle convenzioni matrimoniali e per tale ragione sfuggono alla forma solenne legalmente prevista per queste ultime. Infatti, i negozi stipulati in occasione della separazione hanno la finalità di disciplinare gli aspetti economici nel momento dello sfaldamento della famiglia e non, come invece le convenzioni matrimoniali, i profili patrimoniali fisiologica convivenza matrimoniale<sup>56</sup>.

Questi negozi sono ritenuti generalmente validi con il solo limite del rispetto dei diritti inderogabili ex art. 160 c.c.<sup>57</sup>. Essi hanno, secondo un'autorevole giurisprudenza, causa autonoma e distinta dalla separazione (sebbene dalla stessa siano occasionati). Inoltre, sono stati di volta in volta qualificati come contratti tipici (ad es. transazioni)<sup>58</sup> o negozi con causa solo latamente familiare<sup>59</sup>, di cui è necessario individuare la prevalenza dell'onerosità o della gratuità a seconda dei casi<sup>60</sup>.

Giunti a questo punto della trattazione, tuttavia, si ritiene opportuno compiere un'analisi più approfondita sulle fattispecie negoziali in questione, sulla loro natura, forma, nonché causa<sup>61</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di trasferimenti di diritti da un coniuge all'altro che

<sup>56</sup> Cfr. Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2014, 582; Cass., 24 aprile 2007, n. 9863, in *Giust. civ.*, 2008, 1017; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, op. cit., 1321; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 683 e ss.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in Zatti (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, III, in Anelli e Sesta (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2012, XV, 30; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, 61.

<sup>57</sup> Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, 1787.

<sup>58</sup> Si veda Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in cui i coniugi convenivano con una scrittura privata, poi trasfusa nel verbale di separazione, che la moglie avrebbe trasferito a titolo gratuito un immobile al marito il quale, a sua volta, lo avrebbe trasferito ai figli. La Cassazione ha qualificato tale negozio come un contratto di transazione diretto ad evitare l'insorgere, tra i due, di una futura lite sulla proprietà del bene e considerato la pattuizione come parte di un più complesso insieme di accordi genericamente diretti a soddisfare tutti gli interessi insorti a causa e in occasione della separazione. In motivazione, poi, la Corte ha ribadito l'orientamento già espresso con sentenza n. 3940 del 1984, secondo il quale ciascun coniuge ha "diritto" di condizionare il proprio assenso alla separazione a un "soddisfacente assetto globale dei propri interessi economici, sempre che con tale composizione non si realizzi una lesione di diritti inderogabili". ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 1, 2013, 95.

<sup>59</sup> Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Il foro italiano*, 1995, 2984.

<sup>60</sup> "Gli accordi di separazione personale tra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della donazione e - tanto più per quanto può interessare ai fini di un'eventuale loro assoggettabilità all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. - rispondono, di norma, a un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale. Il giudice di merito, pertanto, in considerazione della tipicità del rapporto, deve accertare - di volta in volta - se, in concreto, la cessione del bene sia avvenuta a titolo gratuito oppure a titolo oneroso." Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Il civilista*, 2010, 71; cfr. anche Cass., 14 aprile 2006, n. 8516, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1459, con nota di PANZANI; in *Giur. it.*, 2007, 1939, con nota di GIGLIOTTI; in *Dir. e giust.* 2006, 21, 10, con nota di GARUFI; in *Dir e giur.*, 2006, 574, con nota di SCOTTI; in *Il Foro Italiano*, 2006, I, 2756. Più di recente, il principio è stato ripreso da Cass. Civ., sez. II, 26 luglio 2018, n. 19847, in *Ilfamiliarista.it*, 2018.

<sup>61</sup> Una prima ricostruzione generale delle posizioni formatesi negli anni in dottrina e giurisprudenza si legge in TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007, I, 1420.

possono avvenire sia in sede di separazione consensuale che in sede di divorzio congiunto e che, quindi, confluiscono nel decreto di omologa o nella sentenza di divorzio. La dottrina suole riferirsi a essi con il termine di “intese traslative”<sup>62</sup>.

Il primo elemento oggetto di analisi non può che essere la causa<sup>63</sup>. Se è vero, come riconosciuto da un'autorevole dottrina<sup>64</sup>, che spetta alla causa il compito di “giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro”, è proprio tale requisito a condizionare la validità di ogni attribuzione patrimoniale, reale o obbligatoria che sia, incluse quelle che avvengono in sede di crisi coniugale<sup>65</sup>.

Quanto al supporto causale delle attribuzioni in questione sembra, però, più agevole fornire una definizione in “negativo” piuttosto che in positivo”. Ciò su cui dottrina e giurisprudenza paiono essere d'accordo, infatti, è la spiegazione di cosa “non siano” le intese traslative in sede di separazione o divorzio. Non sono negozi con carattere “liberale”<sup>66</sup>, in quanto non sono ravvisabili né un *animus donandi* né, più in generale, un titolo gratuito.

Esclusa la liberalità, si pone la questione se la causa giustificativa di tali

---

<sup>62</sup> Le riflessioni che seguono sono tratte in larga parte dal saggio di OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale: a neverending story*, in *Fam. e Dir.*, 6, 2011, 592 ss. Per approfondimenti sul tema cfr. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Familia*, 2006, 181 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, 323 ss.; Id., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, nota a Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Fam. e Dir.*, 2007, 64 ss.; RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Bari, 2001.; CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, 622 ss.; GALLUZZO, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*, Nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. e Dir.*, 2008, 619 ss.; MANCINI, *Trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione e di divorzio. Inquadramento sistematico, uso ed abuso*, in *Notariato*, 2009, 658; FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari ed immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Dir. Fam. Pers. Succ.*, 2010, 369 ss.; FUSARO, *Assetti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Dir. Fam. Pers. Succ.*, 2011, 23 ss.; AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 143 ss.; MORA, *La separazione consensuale*, op. cit., 2047.

<sup>63</sup> Il dibattito su cosa si debba intendere per “causa” è di per sé molto nutrito. Tuttavia si può partire dalle definizioni di causa date da FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 126, che rileva che la causa caratterizza il tipo e al tempo stesso condiziona, ponendosi come limite, l'autonomia privata; e FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989, 125, che riferisce la causa alla funzione individuale del negozio, precisando che la regola negoziale rappresenta l'espressione oggettiva delle finalità soggettive che gli autori del negozio intendono perseguire. Si tratta di un dibattito molto vivo. Per approfondimenti si leggano TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 2016, 192; CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino 2014, 27, nota 69; PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951, 83; Id., *Autonomia privata*, *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 369; DENOVA, *Il tipo contrattuale*, Napoli 2014, 64; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1987, 447.

<sup>64</sup> GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 573.

<sup>65</sup> Cfr. *Ex multis*, Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Il Foro italiano*, 1993, I, c. 1506, con nota di CARINGELLA; in *Corr. giur.*, 1993, 74, con nota di MARICONDA; in *Giust. civ.*, 1993, I, 2759, con nota di BATTAGLIA; in dottrina, invece, SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, 581; BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 214 ss.

<sup>66</sup> Come invece sostenuto in passato da una, ormai remota, giurisprudenza. Cfr. Cass., 18 dicembre 1975 n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, 726; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 935; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Il Foro italiano*, 1981, I, 1702.

attribuzioni possa essere l'adempimento all'obbligo legale di mantenimento, ex artt. 156 c.c. e 5, 6 c.l.div.<sup>67</sup>. Si tratterebbe, dunque, di *causa solutionis*<sup>68</sup>. Sono stati, però, formulati diversi rilievi critici a tale teoria. In primo luogo, assai raramente le parti richiamano espressamente in questi contratti la "causa esterna" (*causa prae-terita*), ossia il preesistente obbligo legale al mantenimento, come ragione delle intese traslative attuate o da attuare. Tale riferimento è parso ad alcuni come necessario al fine di sfuggire a una possibile declaratoria di nullità di un negozio che, altrimenti, risulterebbe privo di giustificazione<sup>69</sup>. Inoltre, anche ammettendo che le parti menzionino a chiare lettere la propria volontà di adempiere agli obblighi di mantenimento con le prestazioni pattuite, resta il fatto che la dichiarata funzione solutoria non sussisterebbe qualora essa fosse realizzata nei confronti del coniuge a cui tali diritti non dovessero spettare<sup>70</sup>. La pattuizione risulterebbe, quindi, nulla, con possibilità per il *tradens* di agire, nel rispetto dei limiti prescrizionali, con l'azione di ripetizione dell'indebito, riottenendo così il bene trasferito.

È stato inoltre sostenuto che esisterebbe un obbligo legale al mantenimento a prescindere da un richiamo espresso e che, perciò, l'intesa sarebbe da qualificare come una "*datio in solutum*"<sup>71</sup>. Tale interpretazione, tuttavia, si scontra con un difetto strutturale dovuto all'accostamento di queste due figure. Infatti, per potersi avere una prestazione in luogo all'adempimento (ex. art. 1197 c.c.) è necessaria la preesistenza di una prestazione con oggetto determinato nell'ammontare, vuoi a mezzo di intesa tra le parti, vuoi a mezzo di decisione giudiziale. Ad avere natura solutoria potrebbe essere, ad esempio, l'accordo con cui un coniuge, obbligato da una sentenza di separazione al pagamento mensile di un assegno a titolo di mantenimento, si accordasse con l'altro coniuge per il trasferimento periodico di certi altri beni. Ma è proprio questa precisa precedente determinazione che, generalmente, manca nel caso concreto.

Secondo taluni<sup>72</sup>, allora, la causa degli accordi traslativi in sede di separazione

<sup>67</sup> Come sostenuto da una certa giurisprudenza. *Ex multis*, Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1993, 70, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808, con nota di SINESIO.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., sez. I, 17 giugno 1992 n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808, con nota di SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*; Trib. Cagliari, 2 ottobre 2000 n. 2164, in *Riv. giur. sarda*, 2001, 785.

<sup>69</sup> DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, op. cit., 279 ss.

<sup>70</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit. Alle stesse conclusioni, applicando però la disciplina della novazione ex art. 1234 c.c. in tema di liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile, C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia diretto Cian, Oppo e Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 344, 359.

<sup>71</sup> Cfr. Cass., 16 luglio 1992, n. 7470, in *Diritto Famiglia e Pers.*, 1993, 70.

<sup>72</sup> Invero il richiamo a tale ricostruzione è di tipo giurisprudenziale più che dottrinale. Cfr. *ex multis*, Cfr. Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Il Foro italiano*, 1991, I, c. 1787; in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di CAVALLO, massimata come segue: "L'accordo con il quale i coniugi pongono consensualmente termine alla convivenza può anche riguardare rapporti non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti ed agli obblighi del perdurante matrimonio (cosiddette convenzioni familiari caratterizzate da un sostanziale parallelismo di volontà ed interessi) e pertanto può anche consistere in una transazione, ove ne rispecchi i requisiti di forma e di sostanza, sempre che non comporti una lesione di diritti inderogabili".

Si veda anche Cass., 12 aprile 1994, n. 4647, in *Dir. Fam.*, 1995, 105, secondo cui: "Anche nella

consensuale (e di divorzio congiunto) sarebbe da rinvenire in una volontà transattiva. In effetti, a mezzo di tali contratti i coniugi cercano di porre fine o di prevenire l'insorgenza di una lite. Si tratterebbe di transazione cd. novativa, mediante la quale il nuovo accordo transattivo determinerebbe l'estinzione del rapporto giuridico precedente. Ciò accade, secondo la più nota tradizione giurisprudenziale, quando le parti danno vita ad una regolazione degli interessi del tutto incompatibile con quella preesistente, in forza di un contratto che tiene in considerazione fatti o presupposti estranei al rapporto originario<sup>73</sup>. Tuttavia, come è stato rilevato dalla dottrina, i negozi in oggetto si sottrarrebbero dalla causa transattiva per l'assenza, almeno in linea di massima, di concessioni reciproche<sup>74</sup>. Ciò si rileva, in particolar modo, allorché si nota che la maggior parte di questi negozi prevede il trasferimento unilaterale da un coniuge all'altro di un diritto su uno o più beni mobili o immobili<sup>75</sup>. Inoltre, non è parso possibile porre la lite come elemento caratterizzante la fattispecie in quanto, di fatto, non sempre la separazione sfocia in un complesso di rapporti litigiosi, né la lite può essere assimilata a una questione di pretese puramente economiche. Infine, definire questi accordi, come fatto in passato la giurisprudenza, come "negozi di natura sostanzialmente transattiva"<sup>76</sup> non aiuta necessariamente a comprenderne la vera causa che gli è propria, o comunque non preclude la possibilità di pensare parallelamente ad altre strade ugualmente percorribili.

Infine, una certa dottrina<sup>77</sup> ha sussunto queste intese all'interno di una categoria

---

disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 cod. civ., la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti)".

<sup>73</sup> Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Giust. civ.*, 1995, I, 202. In dottrina, CICERO, *La transazione*, in Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2014, 113 ss.

<sup>74</sup> OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 1995, 160.

<sup>75</sup> Ciò non impedisce che in concreto un contratto stipulato in sede di separazione o divorzio possa rivelare la presenza di una *causa transactionis*, ove risultino presenti tutti gli estremi negoziali previsti dagli artt. 1965 ss. Tale eventualità è, infatti, ammessa dalla prevalente dottrina, la quale però nega, in linea di massima, che la transazione sia la *ratio* giustificatrice di tutti i negozi traslativi in analisi. così DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, op. cit., 270 ss.

<sup>76</sup> Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, II, 467 ss., con nota di FESTA FERRANTE, *Brevi note in tema di corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione e successive vicende legate ai coniugi, con specifico riguardo ad un'ipotesi di adempimento una tantum dell'assegno divorzile*.

<sup>77</sup> RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in Schlesinger (fondato e diretto da) e (continuato da) Busnelli, *Il Codice civile. Commentario, Artt. 159-166-bis*, Milano, 2004, 81 ss. e 405 ss.; Id., *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità* op. cit., 1095 ss.; Id., *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in Id., *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 228 ss.

di convenzioni particolari presenti nel diritto di famiglia, denominate “accordi determinativi del contenuto di obblighi legali”. Tali sarebbero quegli obblighi che le parti assumono prendendo atto dell’esistenza di un dovere legale cogente e stabilendone di comune accordo la relativa portata. In virtù di ciò, gli “obblighi legali” possono modificarsi con il mutare dei presupposti che li condizionano, essendo subordinati alla clausola del *rebus sic stantibus*. L’impossibilità di superare quest’ultima clausola è stata il fulcro delle più importanti critiche a questa teorica. Infatti, seguendo i principi da essa espressi, ai coniugi diventerebbe sempre impossibile raggiungere quell’efficacia preclusiva a cui, invece, essi mirano ogniqualvolta intendono esaurire definitivamente certi obblighi tra essi esistenti. Perciò, tale teoria si scontra con il rischio di generare attribuzioni patrimoniali non definitive, sottoposte a continue incertezze per il caso in cui sopravvengano circostanze non conosciute o conoscibili al momento della pattuizione<sup>78</sup>.

Una volta abbandonate tutte le ipotesi sopramenzionate, abbracciando le argomentazioni di una ormai risalente dottrina<sup>79</sup> e di parte della giurisprudenza<sup>80</sup>, parrebbe opportuno concludere per la tesi dell’atipicità del contratto. Le intese traslative inserite nella separazione personale sarebbero contratti atipici dotati di propri presupposti e finalità. Tale teorica si fonda sul principio di libertà dei soggetti di perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico a mezzo dello strumento contrattuale ex art. 1322 c.c.<sup>81</sup>.

Si innesta a questo punto una (coraggiosa) ricostruzione ermeneutica che negli ultimi anni è stata accettata e sostenuta da una crescente dottrina<sup>82</sup>. Il nucleo di tale teorica consiste nel tenere in considerazione il carattere di negoziazione globale che la coppia in crisi attribuisce al momento della “liquidazione” del rapporto

<sup>78</sup> Ad aver criticato l’utilità pratica di questa teoria cfr. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 61. Essa, infatti, ingenererebbe una continua situazione di incertezza nei rapporti giuridici tra le parti.

<sup>79</sup> JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, II, 530.

<sup>80</sup> Teoria largamente prevalente in giurisprudenza. *Ex multis*, Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2014, 582, la quale richiama altri precedenti come Cass., 11 maggio 1984 n. 2887; 1984; Cass., 23 dicembre 1988, n. 2887; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034.

<sup>81</sup> Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, 415; Cass., 2 febbraio 2005, n. 2088, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 6; Cass., 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9.

<sup>82</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 696 ss. Tra quella dottrina che ha, recentemente, manifestato crescente interesse e supporto alla menzionata teoria si cita MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, op. cit., 108 s., nota 128; GABRIELLI, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in Gabrielli, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in *Studium iuris*, 2008, 9, 917 ss, il quale parla di una “causa, socialmente tipica, data dalla funzione di regolare le conseguenze patrimoniali della crisi del rapporto coniugale”; mentre FERRARI, *La revocatoria di “donazione in occasione” e di “trasferimento a causa” di separazione consensuale tra coniugi*, nota a Cass., 17 maggio 2010, n. 12045, in *Fam. e Dir.*, 2011, 342 ss. parla di accordi che “hanno causa nella separazione e quindi tendono a regolare non solo il mantenimento, bensì una serie di situazioni patrimoniali e personali derivanti dalla crisi familiare che si fondono in una causa autonoma sicuramente onerosa”; CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit., 256 ss. Mentre a delineare una “causa familiare” in funzione di sintesi di tutte le singole componenti funzionali tipiche delle intese traslative è DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l’interesse del coniuge*, nota a Trib. Potenza 14 marzo 1991, in *Dir. fam.*, 1992, 230 s., 231; Id., *Autonomia privata e “causa” familiare*, op. cit., 297 ss.

coniugale. In effetti, nel valutare la pletora di complessi rapporti di dare-avere generati da una convivenza protrattasi per lungo tempo, ci si è chiesti se non sia possibile abbandonare la tesi dell'esistenza di plurimi contratti innominati a favore invece del riconoscimento di una medesima causa tipica. I negozi patrimoniali traslativi in sede di separazione e divorzio, dunque, potrebbero assumere la definizione di "contratti della crisi coniugale" o, più esattamente, di "contratti degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale". Tale tipologia di negozio tipico abbraccerebbe ogni forma di costituzione o di trasferimento di diritti patrimoniali, in presenza o meno di una controprestazione, realizzati in occasione della crisi coniugale e rinvenibili in tutti quei negozi stipulati in sede di separazione legale, annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>83</sup>.

A sostegno di una tale teoria si pone anzitutto una lettura coordinata degli articoli 711 c.p.c. ("condizioni della separazione consensuale") e 4 c. 16 l.div. ("condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici") assieme al pensiero ormai consolidato della S.C. secondo cui "ogni coniuge ha diritto a condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali"<sup>84</sup>. È stato rilevato, infatti, che il complemento di specificazione "della separazione" avrebbe un valore non solo soggettivo, ma anche oggettivo. In altre parole, le "condizioni della separazione" non sarebbero solo quelle "regole di condotta" destinate a disciplinare la relazione per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì tutte quelle intese a cui i coniugi intendono ancorare la propria disponibilità a una definizione consensuale della crisi coniugale ivi inclusi, necessariamente, tutti quegli accordi che mirano a dare un assetto il più possibile definitivo dei rapporti economici con la liquidazione di tutti i rapporti pendenti ancora esistenti.

Volendo quindi riassumere quanto detto, se la precipua volontà dei coniugi è quella di dare una sistemazione definitiva, in considerazione della crisi coniugale, a tutte le "pendenze" generatesi nel corso di un periodo più o meno lungo di vita comune, i coniugi danno vita a una serie di negozi dotati di una "causa tipica di definizione della crisi coniugale" o, ancor più specificamente, di una "causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale". A tali negozi tipici, previsti da precise disposizioni legislative (quali gli artt. 711 c.p.c. e 4, 16 c l.div.) può attribuirsi anche il nome di "contratti tipici della crisi coniugale" o di "contratti postmatrimoniali". Di tale *genus*, i negozi traslativi in occasione di separazione e divorzi si pongono in posizione di *species*. Detto altrimenti e con le parole del padre di tale teoria: "i contratti della crisi coniugale – e, per ciò che attiene al tema specifico della presente ricerca, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi – sono quelli che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale, o contratto

---

<sup>83</sup> Tale ricostruzione, come si vedrà, abbraccia anche tutti quei negozi con cui le parti cercano di dare una sistemazione a una crisi affettiva. Per tale ragione la medesima causa si riscontrerebbe anche nei contratti stipulati in una separazione di fatto, ma anche in quelli in vista di una possibile crisi, financo prima della celebrazione delle nozze. La paternità di tale teoria si deve a: OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>84</sup> Cfr. Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, cit.; Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, cit.; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994, 563; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, *Ibidem*, 868.

postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo "postmatrimoniale", rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle "condizioni" della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale"<sup>85</sup>.

Non mancano, in giurisprudenza, pronunce che sembrano inserirsi nell'alveo di una tale ermeneutica<sup>86</sup>. Nel 2004 (principio confermato nel 2019), ad esempio, la Suprema Corte ha avuto modo di stabilire che: "Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità *all'actio revocatoria* di cui all'art. 2901 c.c. rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale" (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo in quanto tale da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di "donazione" vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto quello della separazione personale caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua "tipicità" propria la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza o meno nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale<sup>87</sup>".

## 5. Segue. I contenuti.

Le intese traslative possono avvenire in due diverse sedi: l'una giudiziale, l'altra extragiudiziale. La prima tipologia è posta in essere dai coniugi dinanzi al giudice e trova luogo nel verbale di separazione giudiziale redatto in udienza ex art. 711 c.p.c., oppure in quello di comparizione innanzi al collegio in caso di divorzio congiunto ex art. 4, 13 c. della legge del 1° dicembre 1970, n. 878 (l.div.). La seconda tipologia, invece, avviene al di fuori del contesto giudiziale, qualificandosi generalmente come un adempimento di un obbligo a trasferire assunto nell'accordo di

<sup>85</sup> Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 709 ss.

<sup>86</sup> Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 283; Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 371. Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Fam. e Dir.*, 2007, 63, con nota di OBERTO.

<sup>87</sup> Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, 1026; confermata, più di recente da Cass. Civ., sez. II, 25 Ottobre 2019, n. 27409, in *Dir. e giust.*, 2019, 28 ottobre.

separazione o di divorzio.

La validità delle intese traslative è stata riconosciuta dalla giurisprudenza moltissimi anni fa, sia in relazione a negozi con efficacia meramente obbligatoria, sia a quelli immediatamente traslativi. Già nel 1941, infatti, la S.C. ha ammesso la possibilità di inserire una donazione nell'atto di separazione consensuale<sup>88</sup>. Nel 1963, inoltre, è stata riconosciuta la possibilità di costituire un diritto di abitazione<sup>89</sup>. Nel 1992, ancora, è stata qualificata come transazione l'accordo con cui la moglie si impegnava, in sede di separazione, a trasferire al marito la proprietà di un appartamento<sup>90</sup>. Nel 1997, invece, la Cassazione ha affrontato espressamente il problema della natura di atto pubblico del verbale di separazione e della relativa idoneità a costituire titolo idoneo per la trascrizione di un diritto immobiliare<sup>91</sup>. Tale sentenza, tra l'altro, ha rappresentato un *leading case* importante in quanto seguita da tutta la giurisprudenza successiva<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Cass., 4 febbraio 1941, n. 345, in *Il Foro Italiano*, 1941, 561.

<sup>89</sup> Cass., 12 giugno 1963, n. 1594, in *Giust. civ.*, 1963, 2401.

<sup>90</sup> Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Dir. Fam.*, 1993, 471. Così, espressamente: "Il patto fra coniugi con il quale si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento non integra donazione stante la predetta funzione solutoria; tale patto peraltro deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordi di separazione di fatto alla stregua della liceità di tali accordi pur se non idonei a produrre gli effetti della separazione legale".

<sup>91</sup> Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. e Dir.*, 1997, 417, con nota di CARAVAGLIOS; in *Riv. not.*, 1998, II, 171, con nota di GAMMONE. Così, espressamente: "Sono pienamente valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento. Il suddetto accordo di separazione, in quanto inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c., e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo l'omologazione che lo rende efficace, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c., senza che la validità di trasferimenti siffatti sia esclusa dal fatto che i relativi beni ricadono nella comunione legale tra coniugi".

Nella medesima sentenza, spiega OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit., nota 38, "la Corte ribadisce anche i seguenti importanti punti di diritto: (a) carattere negoziale della separazione consensuale, intesa come "negozio di diritto familiare"; (b) distinzione tra contenuto necessario e contenuto eventuale dell'accordo di separazione; (c) individuazione della causa delle intese in oggetto nella finalità di "regolare l'assetto economico dei rapporti tra coniugi in conseguenza della separazione"; (d) possibilità di inserire nel verbale redatto dinanzi al presidente del tribunale ogni intesa ritenuta dai coniugi stessi necessaria in relazione all'accordo di separazione; (e) idoneità del verbale di separazione consensuale a recepire non solo negozi traslativi a titolo oneroso, ma anche "trasferimenti gratuiti", con un'apertura, dunque, alla possibilità di inserimento di donazioni; (f) possibilità che, in sede di scioglimento della comunione legale, i coniugi pattuiscono esclusioni di beni dalla comunione medesima, a condizione che ciò avvenga con effetto a decorrere dal momento in cui la comunione avrà cessato d'esistere; (g) automatica sottoposizione dell'accordo di separazione, anche nella parte contenente trasferimenti immobiliari, all'omologazione, con la conseguenza che in esso i coniugi ben possono disporre di diritti su beni della comunione, posto che gli atti traslativi prendono effetto nel momento in cui la comunione cessa d'esistere".

<sup>92</sup> *Ex multis*, Cfr. Cass., 30 agosto 1999, n. 9117, in *Guida dir.*, 1999, 40, 70, secondo cui "È valida ed efficace la clausola di accordo di separazione sia che riconosca a uno o a entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di singoli beni mobili o immobili, sia che ne operi il trasferimento in favore di uno di loro al fine di assicurarne il mantenimento, e sia, ancora, che impegni uno dei coniugi a compiere quel trasferimento al fine di provvedere al mantenimento della prole". Ancora cfr. Cass.,

Ma non solo, è possibile anche citare numerose sentenze in materia fiscale le quali, partendo dal quesito in merito alla possibilità di applicare ai contratti in oggetto l'art. 19 L. 74/1987, hanno affermato la validità delle intese traslative di cui si discute<sup>93</sup>. In altri casi più specifici, è stato imposto all'ex coniuge di adempiere all'accordo inserito nel verbale di divorzio congiunto trasferendo un immobile agli eredi del defunto ex marito<sup>94</sup>. In altre sentenze, infine, è stato ribadito il carattere tipico degli accordi traslativi<sup>95</sup>; in altre ancora, ribadita l'ammissibilità di un trasferimento in favore dei figli<sup>96</sup>, con applicazione delle esenzioni fiscali ex art. 19 L. 74/1987<sup>97</sup>.

I soggetti delle intese traslative sono, generalmente, i due coniugi.

Può accadere, tuttavia, che un genitore trasferisca (o si obblighi a trasferire) un diritto nei confronti della prole. La prima vera apertura della giurisprudenza a quest'ultimo genere di accordi viene fatta risalire al 1987<sup>98</sup>. Con un importante decisione la Cassazione ha qualificato come "contratto preliminare a favore di terzi" l'impegno del marito assunto in sede di separazione consensuale di donare al figlio un immobile<sup>99</sup>. Da questa decisione in avanti la Suprema Corte ha sempre ritenuto valida tale tipologia di intesa traslativa. Nel 2004<sup>100</sup>, inoltre, nel ribadire la possibilità per i coniugi di trasferire ai figli, in sede di separazione, un immobile come contributo al mantenimento, la Cassazione ha avuto modo di specificare che tale pattuizione configura come un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali, che realizza interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. Secondo i giudici della Suprema Corte, poi, una tale pattuizione non risulta assoggettabile alla disciplina della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., né all'eccezione

---

2 luglio 2010, n. 15780, secondo cui "È nel potere dei coniugi, e quindi, nell'esercizio della propria autonomia, fatti salvi i diritti inderogabili della prole, determinare la misura dell'obbligo di mantenimento nonché il modo di adempierlo. Pertanto, è parimenti indiscusso che sono valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno dei coniugi la proprietà esclusiva di beni immobili, ovvero ne operino il trasferimento ad uno di essi per assicurarne il mantenimento. Allo stesso modo sono valide altre, atipiche forme di accordo che, pur con la partecipazione di un terzo, abbiano la medesima causa solutoria".

<sup>93</sup> Cfr. ad es. Cass., 12 maggio 1999, n. 4716, in *Fam. e Dir.*, 2000, 19; Cass., 12 maggio 2000, n. 6065, in *Fam. e Dir.*, 2000, 437; Cass., 17 febbraio 2001, n. 2347, in *Fam. e Dir.*, 2001, 334; Cass., 3 dicembre 2001, n. 15231, in *Giur. it.*, 2002, 1528; Cass., 22 maggio 2002, n. 7493, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 900; Cass., 14 maggio 2003, n. 7437, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 5.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2004, 66.

<sup>95</sup> Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 3.

<sup>96</sup> Cfr. Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 6.

<sup>97</sup> Cfr. Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 5.

<sup>98</sup> Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, 233.

<sup>99</sup> Id. così la S.C. nel dettaglio disponeva: "Allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta".

<sup>100</sup> Cfr. Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, cit.

d'inadempimento ex art 1460 c.c., "non essendo ravvisabile, in un siffatto accordo solutorio sul mantenimento della prole, quel rapporto di sinallagmaticità tra prestazioni che è fondamento dell'una e dell'altra, atteso che il mantenimento della prole costituisce obbligo ineludibile di ciascun genitore, imposto dal legislatore e non derivante, con vincolo di corrispettività, dall'accordo di separazione tra i coniugi, tale accordo potendo, al più, regolare le concrete modalità di adempimento di quell'obbligo".

Nel 2005, andando ancora oltre, la S.C. ha specificato che l'obbligo di mantenimento della prole può essere adempiuto, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, mediante un'attribuzione definitiva di beni o promessa di realizzarla. È stata, comunque, fatta salva la possibilità per il giudice chiamato a conoscere il successivo divorzio di accertare se tale trasferimento sia stato eseguito (o promesso) a tacitazione delle sole pretese azionate nella causa di separazione, ovvero anche di ogni successiva pretesa<sup>101</sup>. Nello stesso anno è stato anche previsto che deve intendersi applicabile, in deroga alla normativa generale sugli atti di trasferimento di beni immobili tra coniugi o parenti in linea retta, la normativa fiscale speciale prevista per i trasferimenti tra coniugi realizzati in sede di separazione al trasferimento di una quota immobiliare effettuata da un padre nei confronti delle figlie in ottemperanza a un obbligo assunto nell'accordo di separazione<sup>102</sup>.

Venendo al possibile oggetto delle intese traslative, il novero di trasferimenti possibili include una vasta lista: trasferimenti di proprietà, di diritti reali minori ovvero quote di comunione di questi, riferiti a ogni tipo di bene (immobile, mobile, mobile registrato, universalità di mobili, titoli di credito, etc.); ma anche la costituzione di un *ius in re aliena*. A titolo esemplificativo, con un accordo inserito nel verbale di separazione, un coniuge potrà costituire un diritto di usufrutto, uso, abitazione, ma anche, secondo una certa dottrina, un pegno o un'ipoteca a garanzia dell'impegno assunto nella stessa sede<sup>103</sup>. Ma non solo. Anche la cessione di un credito o altre situazioni non connotate dalla realtà sono state riconosciute come ipotesi possibili<sup>104</sup>.

In conclusione, e più in generale, è stato concluso che "rientra (...) pertinentemente nel contenuto eventuale dell'accordo di separazione ogni statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni, il cui

---

<sup>101</sup> Cfr. Cass., 2 febbraio 2005, n. 2088, *Giust. civ. mass.*, 2005, 6.

<sup>102</sup> "Nella ipotesi di trasferimento di immobili in adempimento di obbligazioni assunte in sede di separazione personale dei coniugi, l'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 (norma speciale rispetto a quella di cui all'art. 26 del d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), alla luce delle sentenze della Corte costituzionale 10 maggio 1999, n. 154, e 15 aprile 1992, n. 176, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione "dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa" di "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio" si estende "a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi", in modo da garantire l'adempimento delle obbligazioni che i coniugi separati hanno assunto per conferire un nuovo assetto ai loro interessi economici, anche con atti i cui effetti siano favorevoli ai figli". Così Cass., 30 maggio 2005, n. 11458. cit.

<sup>103</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>104</sup> Ibid.

nuovo assetto sia ritenuto dai coniugi stessi necessario in relazione all'accordo di separazione e che il Tribunale – con l'omologazione – non abbia considerato in contrasto con interessi familiari prevalenti rispetto a quelli disponibili di ciascuno di essi<sup>105</sup>”.

In passato, parte della dottrina e giurisprudenza hanno manifestato una certa avversione alla possibilità che le dichiarazioni fatte dalle parti in sede processuale possano produrre effetti immediatamente traslativi di diritti<sup>106</sup>. A tale considerazione, tuttavia, è stato obiettato che i negozi in oggetto, al di là di configurare come mere dichiarazioni, sarebbero veri e propri contratti<sup>107</sup>.

Altri studiosi, invece, al fine di perorare la tesi della negazione della possibilità del verbale di separazione di produrre effetti traslativi hanno posto l'accento sul decreto di omologazione anziché sul consenso delle parti<sup>108</sup>. Partendo da tale presupposto, è stato evidenziato il carattere tassativo delle norme codicistiche in materia di effetto costituito delle sentenze, art. 2908 c.c. *in primis*, il quale escluderebbe il decreto di omologazione da tale novero. Questo, si è detto, per la sua natura di decreto e per il fatto che la legge non prevede espressamente la possibilità di produrre effetti costitutivi, non costituirebbe titolo idoneo per consentire un'immediata trascrizione del diritto trasferito. Sul punto, tuttavia, è stato rilevato come non esista nemmeno una norma che impedisca alle dichiarazioni delle parti emesse in sede processuale di esplicare effetti traslativi, o che impedisca atti negoziali in ambito di volontaria giurisdizione<sup>109</sup>. Inoltre, esistono casi in cui è stato lo stesso legislatore a prevedere che gli organi giurisdizionali, ossia il presidente e il cancelliere, siano chiamati a ricevere un atto negoziale: si tratta dell'accordo dei coniugi a vivere separati e le annesse intese di carattere personale. In aggiunta, è anche previsto che il verbale di conciliazione giudiziale, ex artt. 185 c.p.c. e 88 disp. att. c.p.c., possa contenere negozi con immediato effetto traslativo di diritti (come una transazione) trascrivibili in quanto inseriti in un atto pubblico<sup>110</sup>.

Ulteriori profili problematici rilevati riguardano la difficoltà di inquadrare la categoria di documento cui ascrivere il verbale d'udienza<sup>111</sup>. Sul punto, la conclusione

<sup>105</sup> Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 278.

<sup>106</sup> Cfr. Trib. Bergamo, 19 ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 216; in *Riv. not.*, 1985, II, 926; Trib. Firenze, 29 settembre 1989, in *Riv. not.*, 1992, II, 595, con nota di BRIENZA.

<sup>107</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; Id., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>108</sup> Cfr. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1990, I, 1412; Id., *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. not.*, 1992, I, 604.

<sup>109</sup> OBERTO, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 167 ss.

<sup>110</sup> SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1966, 80; TONDO, *Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Il Foro italiano*, 1987, I, c. 3134.

<sup>111</sup> Tale verbale, si ricorda, si forma nel corso dell'udienza presidenziale e deve dare atto, ex art. 711, 3 c.c.p.c., “del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole”. A livello normativo, sul punto, sono state evidenziate le seguenti disposizioni: l'art. 130 c.p.c., che riconosce nel cancelliere il soggetto deputato alla redazione di tale documento “sotto la direzione del giudice”; l'art. 57, 1 c.c.p.c., secondo cui “il cancelliere documenta a tutti gli effetti, nei casi e nei modi previsti dalla legge, le attività proprie e quelle degli organi giudiziari e delle parti”; l'art. 44 disp. att. c.p.c., il quale prevede che “oltre che nei casi specificamente indicati

a cui è giunta la dottrina è che le intese tra coniugi costitutive, modificative o estintive di diritti siano atti soggetti a trascrizione ex art. 2643 c.c.<sup>112</sup>, nonché che il verbale di separazione che le contiene, in quanto atto pubblico, sia titolo idoneo per la trascrizione ex art. 2657 c.c.<sup>113</sup>.

Tutto quanto sopraesposto è da ritenersi riferibile, *mutatis mutandis*, anche agli accordi in sede di divorzio su domanda congiunta<sup>114</sup>. Si tratta, anche nei riguardi di questi ultimi, di una serie di negozi a carattere patrimoniale che derivano direttamente dal “negozio di divorzio in senso stretto” (ossia il manifestato consenso allo scioglimento permanente del vincolo), rispetto al quale il tribunale si limita ad un controllo del rispetto delle norme inderogabili<sup>115</sup>. Il Tribunale, quindi, dinanzi a un’intesa traslativa inserita nell’accordo ex art. 4, 16 c. l.div., deve limitarsi a recepire l’accordo dei coniugi e inserirlo nel verbale d’udienza collegiale, la cui natura è sicuramente quella di atto pubblico. In quest’ultimo caso, del resto, il gioco è più semplice in quanto il non riconoscimento degli effetti traslativi (o degli effetti

---

dalla legge, il cancelliere deve compilare processo verbale di tutti gli atti che compie con l'intervento di terzi interessati. Nel processo verbale fa risultare le attività da lui compiute, quelle delle persone intervenute nell'atto e le dichiarazioni da esse rese”; infine l’art. 126, 2° comma, c.p.c., secondo cui “il cancelliere, tra l'altro, deve sottoscrivere il processo verbale, il cui contenuto – ai sensi del 1° comma del medesimo articolo – deve comprendere anche “le dichiarazioni ricevute”. Dalla lettura complessiva di queste disposizioni, è stato rilevato come la formazione del verbale d’udienza sia compito del cancelliere, al quale il giudice si affianca attraverso un’attività di mera “cooperazione” (cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 216 ss.; cfr. OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 320.). Poiché il cancelliere, così come il giudice, ricopre la qualifica di pubblico ufficiale, e poiché lo svolgimento delle formalità d’udienza rientrano nell’esercizio di una pubblica funzione (ex art. 357 c.p.), al verbale d’udienza potrà di certo riconoscersi le caratteristiche previste dall’art. 2699 c.c. Ciò risulta, ormai, pacificamente accettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, le quali concordano nel ritenere che gli atti redatti dal cancelliere (o formati con il concorso della sua attività) nell’esercizio delle funzioni e secondo le modalità previste dalla legge costituiscano atti pubblici ex art. 2699 c.c. (cfr. CANDIAN, voce *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 583; COMOGLIO, *Le prove*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 19, I, Torino, 1985, 258, nota 16. Per la giurisprudenza si veda, Cass., 7 aprile 1981, n. 1971, in *Mass. Giur. lav.*, 1981, 391, e in *Prev. soc.*, 1981, 1421; Cass., 9 marzo 1984, n. 1639, in *Giust. civ. mass.*, 1984, 3-4; Cass. 8 marzo 1988, n. 2349, in *Giust. civ. mass.*, 1988, 3; Cass. 19 dicembre 1991, n. 13671, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 12). A costituire atti pubblici, poi, sono ovviamente i verbali redatti dal solo giudice e da costui solo sottoscritti (Cfr Cass., 20 aprile 2007, n. 9389, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 4, secondo cui “La mancata assistenza del cancelliere nella formazione del processo verbale di udienza o l’omessa sottoscrizione del detto verbale da parte del cancelliere stesso non comportano l’inesistenza o la nullità dell’atto, in quanto la funzione del cancelliere ha soltanto natura integrativa di quella del giudice e le predette mancanze non incidono sull’idoneità dell’atto al concreto raggiungimento degli scopi cui è destinato”. Nello stesso senso anche Cass., 19 novembre 2009, n. 24436, in *Fam. Pers. e Success.*, 2010, 340 nota di C. IRTI).

<sup>112</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>113</sup> OBERTO, *Prestazioni “una tantum” e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 195 ss. Per quanto invece concerne specificamente le intese traslative a favore della prole, il verbale di separazione o di divorzio può essere considerato titolo idoneo anche per la loro trascrizione, ove si accolga la tesi della loro riconduzione sotto l’egida degli artt. 1411 ss. c.c. *Ibid.*, 154 ss.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 225 ss.

<sup>115</sup> Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 303 ss.

costitutivi dei rapporti obbligatori inseriti) in questo atto risulterebbe in contrasto con la generale previsione di cui all'art. 2908 c.c.<sup>116</sup>.

A conferma della bontà della tesi fin qui sostenuta si veda anche la recentissima ordinanza della Corte di Cassazione civile (ordinanza n. 3089/2020 del 10 febbraio 2020) con la quale è stata rimessa la questione sulla validità delle intese traslative alle Sezioni Unite<sup>117</sup>.

Compresa la struttura dell'obbligazione, rimane da analizzare la natura dell'atto traslativo. La dottrina, dopo aver escluso la natura di donazione e di compravendita, si è divisa e assestata su tre principali indirizzi. Il primo, già visto e accolto in passato dalla Corte di Cassazione, richiama la struttura contrattuale dell'art. 1333 c.c. Tale posizione è stata abbracciata solo da una dottrina minoritaria<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Cfr. ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999, 1938 ss.

<sup>117</sup> La Suprema Corte, infatti, rilevando un contrasto giurisprudenziale sul punto, ha rinviato la questione senza mancare di dare una propria, personale, interpretazione. La norma all'origine del contrasto interpretativo, secondo il Collegio, è quella di cui all'art. 29 comma 1 bis L. n. 52/1985 la quale, in effetti, si presta a letture contrastanti. I primi due periodi, infatti, contemplano una serie di requisiti dell'atto a pena di nullità, mentre l'ultimo periodo prevede il controllo, a opera del notaio, della conformità dei dati catastali rispetto a quelli contenuti nel registro delle iscrizioni e trascrizioni immobiliari. La SC ha sostenuto che, tuttavia, non solo non è prevista la sanzione della nullità per la mancanza di tale verifica, ma anche che l'ipotesi di nullità prevista dai primi due periodi discende unicamente dall'assenza dei requisiti prescritti. Si tratterebbe, dunque, di una nullità che ha carattere oggettivo e che prescinde dal soggetto chiamato a effettuare il controllo. Se la validità dell'atto di trasferimento immobiliare consegue esclusivamente alla presenza dei requisiti prescritti per legge a pena di nullità, è possibile concludere che il controllo demandato dalla legge al notaio può essere concretamente svolto anche da altri soggetti, come da un ausiliario del giudice. Sostenere una tesi di senso contrario, infatti, sempre a parere dei Giudici di Legittimità, significherebbe precludere ai privati di esplicitare la propria legittima autonomia privata in materia di definizione delle condizioni economico patrimoniali conseguenti alla separazione personale o al divorzio. La Corte, infine, ha sostenuto che a favore di tale impostazione deporrebbero anche alcune recenti pronunce di legittimità (ad esempio Cass. n. 17612/2018); l'orientamento della sezione tributaria; nonché lo stesso dato normativo, in particolar modo l'art. 5 della L. n. 162/2014, (legge di conversione del D.L. n. 132/2014 sulla negoziazione assistita) che sembra escludere all'uopo la necessità del ricorso all'atto pubblico dinanzi al notaio.

<sup>118</sup> MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, op. cit., 149 ss.; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, op. cit., 758 ss.; CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contr. impr.*, 1998, 595 ss. Il problema di fondo riguarda anzitutto la lettera della disposizione in esame, la quale parla di sole "obbligazioni" e non fa alcun cenno agli effetti reali. È stato rilevato come non sia possibile estendere analogicamente una norma dal carattere eccezionale, quale è quella di cui all'art. 1333 c.c. (cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, II, 535 ss.). Ciò nemmeno tramite un accostamento ad altre fattispecie come quelle di cui agli artt. 649, 1236, 1411 c.c., in quanto strutturalmente diverse rispetto al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (cfr. MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, op. cit., 151; Id., *Il pagamento traslativo*, op. cit., 764). L'art. 649 c.c., ad esempio, attribuisce a chiare lettere al legato un effetto immediatamente traslativo al momento dell'apertura della successione, laddove l'art. 1333 c.c. riconnette la conclusione del contratto (e la produzione degli effetti) al momento del mancato rifiuto, il quale deve essere espresso nei termini della natura dell'affare o dagli usi. Tutto questo, si è aggiunto, genera una situazione di totale incertezza in merito alla determinazione del momento in cui il diritto viene trasferito al soggetto acquirente, in totale contrarietà con il sistema di pubblicità e di regime di circolazione degli immobili (cfr. OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.). L'incertezza di cui

Il secondo è quello del negozio unilaterale traslativo astratto *solutionis causa* (o pagamento traslativo), inteso come atto unilaterale parte della generale categoria delle obbligazioni ex artt. 1176 ss. e privo di ogni riferimento a una qualsiasi necessaria accettazione o mancanza del rifiuto da parte del destinatario<sup>119</sup>. Anche questa soluzione ha destato sospetti: in parte per i dubbi espressi dalla dottrina in merito alla possibilità di trasferire la proprietà a mezzo di atti unilaterali<sup>120</sup>; in parte per garantire comunque al destinatario la possibilità di rifiutare un trasferimento se, e in quanto, abbia interesse a farlo.

Rimane dunque da percorrere un'ultima e preferibile via, ossia quella di intendere l'atto traslativo come negozio a struttura bilaterale, nel quale risulta, oltre alla causa praeterita del negozio, anche il consenso del destinatario<sup>121</sup>.

Giunti a questo punto della disamina, pare proficuo chiarire quali siano le tutele giudiziali offerte al ricevente in caso di rifiuto dell'obbligato ad adempiere all'intesa traslativa. In tema, giurisprudenza e dottrina sembrano essere d'accordo sulla possibilità per il creditore di esperire l'azione di cui all'art. 2932 c.c.<sup>122</sup>. A una tale soluzione, tra l'altro, giungono anche coloro che negano la natura di preliminare all'obbligo di trasferire assunto dal coniuge in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto. Vero è, infatti, che l'art. 2932 c.c. prevede la sussistenza di un obbligo alla conclusione di un contratto, e non di un obbligo a un trasferimento, e concede al creditore il rimedio di ottenere una sentenza costitutiva dei medesimi effetti del contratto non concluso, e non di un ipotetico trasferimento non attuato. Ma, allo stesso tempo, è altrettanto vero che, ex art. 1324 c.c., anche agli atti unilaterali è applicabile la disciplina del contratto. È stato quindi proposto di estendere

---

si discute, invece, non appartiene al dettato normativo di cui all'art. 649 c.c., così come nemmeno di quelli di cui agli artt. 1236 c.c., 1411 c.c. e 785 c.c. Relativamente a quest'ultima fattispecie, anche volendo ritenere possibile la produzione di effetti reali da un contratto con obbligazioni del solo proponente, è stato evidenziato come lo schema in esame non sia conciliabile con la forma dell'atto pubblico. Trattasi di un evento, quello del "non rifiuto" che, sfuggendo dalla conoscibilità del notaio, rende impossibile documentare lo stesso presupposto del diritto di colui al quale la proposta sarebbe stata effettuata (cfr. COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, op. cit., 1242 ss.; MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, op. cit., 1329).

<sup>119</sup> SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, op. cit., 544 ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, 38, nota 242; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997, 42 ss.

<sup>120</sup> Tra la dottrina contraria cfr. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1974, I, 393 ss.; SACCO, *Il contratto*, op. cit., 46 ss.; MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Riv. not.*, 1994, I, 660 ss. Tra la dottrina favorevole, invece, si veda: FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, 80 s.; BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 480 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 200.

<sup>121</sup> Così CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, op. cit., 132; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 166.

<sup>122</sup> CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, op. cit., 238; CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, op. cit., 132; RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Giuffrè, 1993, 291; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, op. cit., 11; CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 211; per la giurisprudenza cfr., ancorché in *obiter*, Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 12.

la sentenza costitutiva anche in funzione di sostituto degli effetti che avrebbero dovuto prodursi dall'intesa traslativa, alla cui disposizione uno dei coniugi si era obbligato per definire la crisi coniugale<sup>123</sup>. A sostegno di una tale tesi viene citato, a titolo esemplificativo, l'art. 1706, 1 c.c. Tale disposizione, infatti, estende il rimedio previsto all'art. 2932 c.c. anche al caso di un'obbligazione di dare in senso tecnico (sorta da un mandato senza rappresentanza ad acquistare), che consiste nel trasferimento della proprietà di un bene per il tramite di un ulteriore negozio traslativo di esecuzione non astratto, ma causale. Il negozio traslativo in questione, infatti, si ricollega direttamente al mandato e alla causa di questo<sup>124</sup>.

## 6. Segue. Le intese traslative a effetti obbligatori.

Come già si ha avuto modo di dire, nel corso della crisi coniugale il trasferimento di un diritto da parte di un coniuge può avvenire in sede giudiziale ovvero in sede extragiudiziale. Come noto, il nostro Ordinamento ammette che un atto traslativo possa non contenere in sé il requisito causale, ma sia attuazione di un altro accordo la cui causa si pone nei confronti del primo come causa esterna o *praeterita*<sup>125</sup>. Richiamato alla mente questo assunto, è da ritenersi valido l'accordo tra i coniugi stipulato in sede di udienza presidenziale di separazione consensuale o di udienza collegiale di divorzio su domanda congiunta nel quale gli stessi si limitino a impegnarsi a trasferire, mediante un successivo e distinto atto, uno specifico diritto reale su uno o più beni mobili o immobili, ovvero una futura costituzione di uno *ius in re aliena*. Compreso ciò, si tratta ora di andare ad analizzare dapprima la struttura dell'obbligazione a trasferire assunta e, in seguito, la struttura dell'atto di trasferimento successivo.

Preliminarmente, seguendo un'operazione dottrinale già compiuta anni or sono<sup>126</sup>, si pone la necessità di sgombrare il campo dai negozi tipici di cui il mondo notarile si è in passato servito al fine di evitare le incertezze, sia fiscali che civilistiche, della mancata previsione legislativa della categoria negoziale del trasferimento *solvendi*<sup>127</sup>. Ci si riferisce, in primo luogo, alla donazione. La sua inidoneità e inapplicabilità al caso *de quo* deriva dall'inconciliabilità fra *l'animus donandi* e l'adempimento di un'obbligazione<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>124</sup> OBERTO, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 277 ss.

<sup>125</sup> Sui negozi traslativi a causa esterna cfr. GIORGIANNI, *voce Causa*, op. cit. 564 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967, 42 ss.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 200 ss. Sul punto OBERTO, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 266 ss.

<sup>126</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.; OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, op. cit.

<sup>127</sup> CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, II, 246 ss.; Id., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, 48 ss.

<sup>128</sup> Cfr. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, 736 ss.; CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, op. cit., 244; CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, 132; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 165 ss. Da quanto affermato discendono chiare conseguenze: la libertà della forma scritta; l'impossibilità di esperire diverse azioni tra cui quella di

Anche il ricorso alla compravendita non pare opportuno. Infatti, servirsi di tale negozio e al medesimo tempo rimanere aderenti alla volontà dei contraenti, significherebbe dover ricorrere all'istituto della simulazione<sup>129</sup>.

L'unico modo di adempiere all'obbligazione assunta davanti al giudice diventa, dunque, un apposito atto traslativo di un bene mobile o immobile, assunto in attuazione di un'obbligazione a trasferire.

Quale sia la struttura concreta che un tale atto debba assumere è una risposta che ci è stata consegnata dalla Cassazione alcuni anni fa. In effetti, la S.C., ponendosi la medesima questione è giunta, in un primo momento, alla conclusione che si tratterebbe di una proposta ex art. 1333 c.c. Seguendo tale ragionamento, l'accettazione diviene non necessaria e il contratto può ritenersi concluso in assenza di un rifiuto del destinatario "nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi"<sup>130</sup>. La Cassazione ha qualificato l'impegno a trasferire assunto in sede di separazione consensuale come un preliminare di contratto ex art. 1333 c.c., il cui definitivo sarebbe l'atto di trasferimento in esecuzione dell'obbligazione assunta innanzi al giudice. La dottrina formatasi successivamente a tale sentenza, tuttavia, si è dimostrata estremamente critica nei confronti di tale ricostruzione. È stato infatti evidenziato che il vero atto di autonomia sarebbe il negozio stipulato in sede di separazione (l'impegno a trasferire del coniuge) e non, invece, l'atto traslativo realizzato successivamente in funzione meramente solutoria<sup>131</sup>.

## 7. Segue. Gli effetti.

L'art. 158 c.c. dispone che "la separazione per il solo consenso dei coniugi non

---

revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli, di collazione, di riduzione per lesione di legittima; nonché l'obbligo agli alimenti del donatario verso il donante. Infine, non si può non richiamare anche i requisiti legali previsti dall'art. 2901 c.c. previsti per agire in revocatoria quando l'atto di disposizione è a titolo gratuito. Cfr. METITIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, 1166.

<sup>129</sup> Tralasciato il problema del dovere di rifiuto da parte del notaio per una simulazione "apertamente palesata" innanzi ai suoi occhi, la vera questione riguarda il fatto che una simulazione assoluta non permetterebbe alle parti di raggiungere lo scopo prefissatosi, mentre quella relativa porterebbe con sé il problema di individuare il negozio dissimulato, non potendo di certo essere, come appena spiegato, una donazione. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 166.

<sup>130</sup> Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.: "Allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta".

<sup>131</sup> CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, op. cit., 238; cfr. anche COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1241 ss.; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, I, 1991, 2895; MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994, I, 1319 ss.; DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, 781 ss.

ha effetto senza l'omologazione del giudice". La dottrina si è chiesta se sia possibile per i coniugi che hanno pattuito un'intesa traslativa operare il relativo trasferimento anche prima (e in assenza) dell'omologa, o se questo contrasti con l'articolo summenzionato in quanto il trasferimento dovrebbe considerarsi un effetto della separazione necessitando, quindi, dell'omologa.

Al fine di dare una risposta a questo dubbio gli studiosi hanno cercato di smentire quest'ultimo assunto proposto partendo dall'art. 157 c.c. che, come noto, porta alla caducazione degli effetti della separazione.

Ci si è chiesti, infatti, quale sia la sorte di un obbligo traslativo assunto dal coniuge in sede di separazione una volta che vi sia stata riconciliazione. Si è ipotizzato che se le intese traslative fossero davvero un "effetto della separazione", necessarie di omologa ex art. 158 c.c. per produrre effetti, allora un'eventuale riconciliazione dovrebbe determinare la ripetizione del diritto trasferito in sede di separazione. Una tale conclusione, tuttavia, è stata rigettata da una, ormai remota, sentenza della Corte di Cassazione<sup>132</sup> e più recentemente da diversi giudici di merito<sup>133</sup>.

L'art. 157 c.c. prevede espressamente che solo "gli effetti della separazione" siano travolti dalla riconciliazione. A tali effetti non possono di certo ricondursi quelle "condizioni" la cui esistenza conduce i coniugi a definire bonariamente un conflitto coniugale. Tra queste condizioni rientrano, in prima battuta, le prestazioni da effettuarsi in un'unica soluzione, di cui son parte anche i negozi traslativi<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> "Qualora tra i coniugi si convenga, con pattuizione facente parte dell'accordo di separazione consensuale, che l'obbligazione di mantenimento sia adempiuta, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, con l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili, o di capitali in danaro, l'esecuzione di tale attribuzione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione. (...) A tale efficacia estintiva non ostano né il rilievo che lo stato di separazione ha carattere essenzialmente non permanente, né il rilievo che a carico del coniuge può sorgere successivamente l'obbligazione di alimenti. La riconciliazione, infatti, ha come effetto suo proprio la cessazione dello stato di separazione, e non altro. La cessazione dell'efficacia delle pattuizioni patrimoniali stipulate all'atto della separazione non è effetto necessario della riconciliazione, come sembra ritenere il ricorrente, ma può derivare soltanto da un nuovo assetto delle posizioni patrimoniali dei coniugi, che potrà essere raggiunto o convenzionalmente o giudizialmente con riferimento alla situazione successiva alla riconciliazione, ma non è diretta conseguenza di questa. L'obbligo degli alimenti, qualora ne vengano a sussistere i presupposti, è del tutto estraneo all'obbligo di mantenimento e sorge indipendentemente dall'esistenza di questo; ed invero, l'adempimento all'obbligo di alimenti non estingue l'obbligo di mantenimento, se esistente, e correlativamente l'insorgenza dell'obbligazione di alimenti non genera alcun effetto sull'obbligazione di mantenimento, se insussistente od estinta. Deve essere confermato, quindi, che l'obbligazione di mantenimento può validamente essere estinta, all'atto della separazione consensuale tra coniugi, con un'attribuzione definitiva di beni e che tale attribuzione non può, quindi, essere considerata priva di causa". Così Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Il civilista*, 2010, 6, 72.

<sup>133</sup> Trib. Pistoia, 1° febbraio 1996, in *Riv. not.*, 1997, II, 1421, con nota di GIVRI. Cfr. anche Trib. Genova, 19 giugno 1980, in *C.E.D. - Corte di cassazione, Arch. Merito*, pd. 810059: "L'esecuzione dell'obbligazione di mantenimento fra coniugi, mediante attribuzione definitiva di bene immobile estingue, totalmente o definitivamente, l'obbligazione stessa. Si tratta, invero, di un assetto d'interessi che rimane nell'ambito della discrezione ed autonoma determinazione dei coniugi stessi, i quali assumono - entrambi - a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendano l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso. Tale efficacia estintiva non coinvolge, peraltro, il diritto-dovere inerente alla prestazione alimentare, che può essere sempre richiesta dal coniuge "bisognoso" all'altro che abbia capacità di adempiere".

<sup>134</sup> Tale teoria si deve a OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi*

È necessario, infine, precisare che nulla vieterebbe ai coniugi, purché nel rispetto dei requisiti sostanziali e formali, di definire pattiziamente in modo diverso gli esiti della riconciliazione con la restituzione di quanto trasferito. Oppure, ancora, definire anticipatamente, nel momento dell'accordo di separazione, la possibilità di chiedere la restituzione in caso di una futura riconciliazione.

Ciò che, però, si trae da tutte queste considerazioni è l'assunto per cui non si debbano confondere gli "effetti" della separazione con le "condizioni" di essa, ossia le ragioni che conducono ad un'intesa che permette di evitare il procedimento contenzioso. Non ogni "condizione" della separazione, infatti, è da ricondursi immediatamente a quegli effetti a cui risultano, invece, applicabili gli articoli 157 e 158 del codice civile<sup>135</sup>.

Quanto appena spiegato trova conferma anche in alcuni precedenti della Suprema Corte, secondo i quali il collegamento tra le intese traslative e il procedimento ex art. 158 c.c. deve essere in qualche modo esplicitato dai coniugi al fine di poter rilevare.

Nel 2008, la Corte di Cassazione ha rilevato che la regola di cui all'art. 158 c.c., la quale sottoporrebbe l'efficacia di un accordo di separazione all'avvenuta omologazione, non possa trovare applicazione allorquando "nell'ambito di un accordo destinato a disciplinare una separazione consensuale, sia inserita anche una convenzione avente una sua autonomia". Se questo avviene, ha affermato la Corte, si palesa la necessità di realizzare un'indagine ermeneutica secondo i principi di cui agli artt. 1362 ss. c.c., il cui fine è quello di stabilire se la convenzione in analisi abbia o meno un'autonoma validità ed efficacia. Nel caso di specie, infatti, la conclusione della Corte è stata quella di riconoscere l'inefficacia dell'accordo dei coniugi perché "è proprio la mancanza di tale autonomia degli accordi economici in questione, inseriti in un progetto di separazione consensuale non andato a buon fine, che è stata accertata in sede di merito"<sup>136</sup>.

---

*coniugale*, op. cit. A medesime conclusioni giungono anche DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, op. cit., 20; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, op. cit., 11; ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci - in assenza di omologazione - gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 509 ss.; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, op. cit., 340 ss., per il quale "la riconciliazione, anche per il suo carattere 'informale', opera sul piano personale e non sui rapporti patrimoniali tra i coniugi"; inoltre le intese traslative restano "pienamente efficaci perché il presupposto di efficacia (separazione personale) da cui sono (possono essere) "dipendenti" si è verificato", e infine perché questi negozi "in quanto connessi ai noti principi della certezza del traffico giuridico e della tutela dei terzi, hanno (debbono avere) un carattere di stabilità che non può essere condizionato alla (potestativa) volontà di riconciliazione tra i coniugi". Contrario a tale interpretazione: ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 128 nota 18, secondo il quale, nei casi in analisi, si dovrebbe "pensare ad atti di restituzione".

<sup>135</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.

<sup>136</sup> Cass., 9 aprile 2008, n. 9174, in *Giust. civ.*, 2010, 181. Nel caso di specie, infatti, i coniugi avevano raggiunto un'intesa per separarsi consensualmente. Successivamente, tuttavia, era stata aperta una separazione giudiziale. Nel loro accordo originario un coniuge si era obbligato a trasferire all'altro la propria quota di proprietà dell'immobile comune, ottenendo dall'altro alcuni determinati impegni in materia di mantenimento della prole. L'accordo è stato ritenuto inefficace da parte dei giudici di Legittimità poiché strettamente legato a quella procedura di separazione amichevole poi non

Nel medesimo senso si colloca anche una pronuncia dell'anno successivo<sup>137</sup>. Marito e moglie avevano sottoscritto una scrittura privata in vista della separazione consensuale titolata: "scrittura privata allo scopo di regolare i loro rapporti economici", la quale prevedeva il riconoscimento alla moglie della titolarità di un'immobile comune, più 30 milioni di lire. In cambio, la moglie cedeva al marito le sue quote di proprietà di una barca. Venivano, inoltre, precisati alcuni aspetti del mantenimento dei figli maggiorenni. Successivamente, tuttavia, i coniugi non si separavano consensualmente, ma iniziavano un procedimento contenzioso innanzi al tribunale. La Suprema Corte ha riconosciuto a questo accordo una natura traslativa, il cui fine sarebbe stato quello di dare una sistemazione definitiva agli aspetti economici più importanti prima di rivolgersi al giudice della separazione, ponendo fine a ogni controversia, incluse quelle non riguardanti strettamente la fine della relazione. I giudici di legittimità hanno confermato la decisione del giudice di merito il quale aveva già escluso che la separazione consensuale potesse costituire il presupposto causale della scrittura privata. Per tale ragione, era stata rigettata la richiesta del marito di dichiarare nullo l'accordo per difetto di causa, dato che la separazione consensuale non era mai avvenuta<sup>138</sup>.

Ammesso di non voler aderire alla ricostruzione finora svolta e di voler comunque qualificare le intese traslative quali "effetti della separazione" ai sensi degli artt. 157 e 158 c.c., la dottrina ha ritenuto opportuno ribadire la necessità di distinguere tra gli effetti "destinati a perdurare nel tempo" e quelli "destinati a prodursi in modo istantaneo"<sup>139</sup>. Il verbo "cessare" presente nel dispositivo dell'art. 157 c.c. e riferito agli effetti della sentenza di separazione presuppone necessariamente che esistano ancora degli effetti in atto al momento in cui avviene la riconciliazione. In effetti, non potrebbe "cessare" qualcosa che non è più in atto. Come conseguenza logica di ciò, la norma in oggetto non può ritenersi applicabile ad atti perfetti che hanno già prodotto tutti i propri effetti, come sono le intese traslative. La lettera della norma, inoltre, non prevede obblighi restitutori, né dispone che la riconciliazione abbia un'efficacia *ex tunc*. Perciò, ogni prestazione già eseguita non potrà essere ripetuta.

In linea con tale interpretazione è possibile anche leggere una pronuncia della S.C.<sup>140</sup> avente ad oggetto le modifiche delle condizioni di separazione ex art. 710

---

andata a buon fine. È stato, inoltre, specificamente rilevato che l'intesa recava una premessa, facente parte integrante di esso per espressa previsione, secondo la quale, essendo in corso fra di essi un giudizio di separazione ed essendo loro intendimento "procedere alla divisione dei beni comuni e definire le condizioni della separazione in corso" si realizzavano determinate pattuizioni aventi ad oggetto beni immobili, alla cui comproprietà una parte (la moglie) rinunciava, obbligando a sua volta l'altra (il marito) a provvedere al mantenimento dei figli.

<sup>137</sup> Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997, in *Dir. Fam.*, 2009, 1147.

<sup>138</sup> Inoltre, gli la S.C. ha riconosciuto come corretta anche l'altra interpretazione della Corte d'Appello, la quale aveva rigettato la domanda del marito di dichiarare inefficace la scrittura privata secondo la teoria della presupposizione, sostenendo che: "non era emerso che la separazione consensuale fosse il presupposto comune, anche se non espresso, tenuto in considerazione dalle parti e perché la presupposizione ricorre quando la circostanza intesa come presupposto comune è indipendente dalla volontà delle parti, mentre l'addivenire alla separazione consensuale dei coniugi dipendeva esclusivamente dalla loro volontà".

<sup>139</sup> OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale*, op. cit.

<sup>140</sup> Cass., 22 novembre 2007, n. 24321 in *Dir. e Fam.*, 2008, 446, con nota di CASABURI in *Dir. Fam. e Pers.*, 2008, I, 1147.

c.p.c.<sup>141</sup>.

Ma non solo. Nel 2007 la Suprema Corte ha riconosciuto la validità di una convenzione tra coniugi in sede di separazione consensuale con la quale il marito si era obbligato a cedere alla moglie parte del ricavato in caso di futura vendita della casa coniugale di cui lo stesso era l'unico proprietario. Nel caso di specie, la Cassazione ha qualificato tale fattispecie come un accordo sottoposto a condizione non meramente potestativa<sup>142</sup>. Una parte della dottrina, dunque, ha potuto trovare conferma nella giurisprudenza che anche gli accordi di separazione consensuale possono essere sottoposti a condizione, così come ogni altro contratto.

In sintesi, è possibile per i coniugi stabilire il momento da cui far produrre gli effetti delle proprie intese traslative. Ciò potrà avvenire dall'omologazione così come da qualsiasi altro momento che, a seconda dei casi concreti, dovesse essere ritenuto maggior confacente ai loro interessi. In concreto, si deve ritenere possibile sia l'apposizione alle intese in analisi di condizioni e di termini, che far decorrere gli effetti traslativi immediatamente nel momento in cui l'accordo viene sottoscritto<sup>143</sup>.

## **8. La crisi e gli accordi in materia di prole.**

I doveri di mantenimento, istruzione, educazione, assistenza morale e materiale del figlio fino al raggiungimento dell'indipendenza economica, così come rinvenibili agli artt. 30 Cost., 147, 148, 315 bis e ss. c.c., sopravvivono alla crisi coniugale<sup>144</sup>. L'esigenza di ribadire tale principio è stata percepita anche dal legislatore il quale, da ultimo con l'art. 7 del D. lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, ha introdotto nel libro primo titolo IX del codice civile un capo secondo rubricato "esercizio della

---

<sup>141</sup> "In ragione della opponibilità al terzo - ancorché non trascritta - dell'assegnazione della casa familiare disposta in favore dell'altro coniuge in occasione della separazione, sia giudiziale che consensuale, o in sede di divorzio, la clausola della separazione consensuale istitutiva dell'impegno futuro di vendita dell'immobile adibito a casa coniugale, in quanto tale assegnata (in quella medesima sede) al coniuge affidatario del figlio minore, non è inscindibile rispetto alla pattuizione relativa all'assegnazione di detta abitazione, ma si configura come del tutto autonoma rispetto al regolamento concordato dai coniugi in ordine alla stessa assegnazione, riguardando un profilo compatibile con detta assegnazione in quanto sostanzialmente non lesivo della rispondenza di detta assegnazione all'interesse del figlio minore tutelato attraverso tale istituto; pertanto, detta pattuizione non è modificabile nelle forme e secondo la procedura di cui agli artt. 710 e 711 c.p.c."

<sup>142</sup> Cass., 29 marzo 2007, n. 7784.

<sup>143</sup> Questa conclusione, tuttavia, non vale in maniera assoluta. Si pone sempre, infatti, la necessità del rispetto di principi inderogabili che, caso per caso, dovessero ritenersi applicabili.

<sup>144</sup> Si riprenda ora la divisione già esposta tra contenuto "essenziale" ed "eventuale" degli accordi di separazione. Dopo aver analizzato le intese traslative, collocate certamente tra il contenuto eventuale, rimangono aperte ancora alcune questioni. Si tratta, in particolar modo, degli accordi aventi a oggetto la prole e di quelli di mantenimento del coniuge che ne abbia diritto. Come si ha già avuto modo di rilevare, per la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, le pattuizioni in merito alle questioni da ultimo menzionate sarebbero tutte parte del "contenuto essenziale (a esse si aggiungerebbe, inoltre, la questione dell'assegnazione della casa familiare). Dal lato diametralmente opposto, un'altra dottrina, decisamente minoritaria, vorrebbe espungerle entrambe da tale contenuto, lasciando in esso solo il "consenso manifestato a vivere separati". Infine, secondo una teoria mediana, farebbero parte del "contenuto essenziale" solo il negozio di separazione in senso stretto e gli accordi in materia di prole. Proprio da questi ultimi si continui l'analisi, lasciando a un secondo momento l'esame degli accordi in materia di mantenimento del coniuge.

responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”, in tal modo conducendo a unità la disciplina della responsabilità genitoriale di soggetti non più uniti da *affectio coniugalis*.

Le disposizioni relative alla prole hanno carattere inderogabile, non tanto in virtù dell'art. 160 c.c. quanto piuttosto per la natura di ordine pubblico delle regole in materia, le quali non attengono a uno “statuto del matrimonio”, bensì a quello della filiazione<sup>145</sup>. Il carattere di ordine pubblico va riconosciuto, anche, all'insopprimibile principio dell'“interesse del minore” quale “principio organizzatore della famiglia divorziata”<sup>146</sup> a cui deve orientarsi ogni provvedimento concernente la condizione della prole,<sup>147</sup> così come confermato anche dagli artt. 158, 1 c. c.c. e 4, 16 c. l.div., in cui il legislatore tratta degli accordi dei coniugi aventi oggetto i figli.

Quanto premesso, tuttavia, non esclude che possa esistere una qualche forma di autonomia privata in questo settore. Infatti, è lo stesso legislatore a imporre al giudice nelle procedure contenziose di “tener conto” dell'accordo dei genitori in merito all'affidamento e al mantenimento dei figli<sup>148</sup>, dovendo motivare le ragioni per le quali volesse disattendere una tale intesa, avendo a riguardo solamente, soprattutto in caso di minore, “al diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”.

Per quanto attiene specificamente alla separazione consensuale e al divorzio congiunto, tra le “condizioni” di cui parlano gli artt. 711, 3 c. c.p.c. e 4, 16 c. l.div. sono da ritenere inclusi tutti gli accordi inerenti alla gestione del rapporto della prole da parte dei genitori. Per tale ragione, essi potranno avere a oggetto sia aspetti personali che aspetti patrimoniali. Quanto ai primi, ci si riferisce, in primo luogo, alla disciplina della collocazione prevalente, delle modalità del diritto di visita, delle decisioni in materia di istruzione ed educazione; quanto ai secondi, invece, al dovere di mantenimento, volto precipuamente a sostenere le necessità materiali della vita e alla realizzazione personale secondo le inclinazioni e aspirazioni della prole.

Un'ulteriore dimostrazione del fatto che il legislatore abbia voluto valorizzare l'autonomia privata dei coniugi anche in una materia così delicata è data dalla circostanza che impedisce al Tribunale di sostituire d'ufficio le clausole dell'accordo. Esso, infatti, ove ritenga l'intesa contraria agli interessi della prole può solo, nel

<sup>145</sup> OBERTO, *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale «Le couple parental survit au couple conjugal»*, in *Dir. e Fam.*, 1, 1999, 271 ss.

<sup>146</sup> Così definito in passato da RONFANI, *Dalla separazione patologica alla separazione responsabile. Il dibattito tra gli studiosi*, in Maggioni, Pocar, Ronfani (a cura di), *La separazione senza giudice: il conflitto coniugale e gli operatori del diritto*, Franco Angeli, Milano, 1988, 26.

<sup>147</sup> Cfr. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 236 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*, op. cit., 22 ss.; DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in Bonilini e Cattaneo (diretto da), *Il diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 487 ss.; SANTI, *Separazione e divorzio in una prospettiva psicogiuridica*, in Cigoli, Gulotta e Santi, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, 1997, 61 ss.; Id., *I figli nella separazione e nel divorzio*, *Ibidem*, 91 ss.; SPARPAGLIONE, *Criteri giudiziari nell'affidamento della prole*, *Ibidem*, 133 ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, op. cit., 45 ss., 239 ss., 251 ss.

<sup>148</sup> Cfr. art. 337 ter, 2c. c.c.

caso di separazione consensuale, rifiutare l'omologazione mentre, nel caso di divorzio congiunto, rimettere le parti innanzi al Presidente con rito contenzioso.

Gli accordi personali aventi a oggetto la prole si inseriscono nel già trattato tema della libertà negoziale dei coniugi in crisi. Più in generale, questi negozi sono validi ed efficaci ogniquale volta sia possibile accertare che essi non mirino a derogare ai principi inderogabili in materia di filiazione, ma solamente a disciplinare le modalità di esercizio dei diritti e doveri discendenti dalla responsabilità genitoriale, sempre nel rispetto dell'interesse della prole<sup>149</sup>.

Tra i possibili oggetti di questi accordi si trovano: la collocazione prevalente del figlio; modalità e tempi di frequentazione tra genitore non collocatario e figlio; i rapporti con le sfere parentali (ad esempio i nonni); le modalità di assunzione delle decisioni, etc...

Come più volte detto, gli accordi a contenuto non patrimoniale non sono l'oggetto di questo lavoro. Dunque, anche con riferimento alla prole, si analizzeranno solamente gli accordi con cui i coniugi determinano il modo in cui adempiere agli obblighi di tipo patrimoniale.

I profili patrimoniali degli obblighi dei genitori in crisi rappresentano, notoriamente, un terreno di scontro acceso. Il raggiungimento di un'intesa, perciò, costituisce un importante traguardo per la serenità dei rapporti di tutti i soggetti coinvolti<sup>150</sup>.

Sui genitori incombe l'obbligo di dotare i figli di tutte le risorse necessarie per realizzare la loro personalità. Nel caso di separazione o di divorzio, i genitori devono garantire ai figli, ognuno secondo le proprie disponibilità economiche, un tenore di vita pressoché identico a quello in possesso precedentemente alla crisi<sup>151</sup>. L'art. 337 ter c.c., 4 c. dispone che "salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito".

Si ritiene che ciascun genitore sia tenuto a soddisfare in maniera immediata tutti i bisogni morali e materiali della prole, provvedendo direttamente a ogni esborso monetario, nonché sostenendo tutti gli oneri economici atti a garantirgli ogni genere di cura e un ambiente familiare e domestico adeguato<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., cap. II

<sup>150</sup> Per i risvolti psicologici della separazione personale dei coniugi, FRANCESCATO E LOCATELLI (a cura di), *Separarsi, vivere come single, trovare nuovi partner*, Roma, 1998, 48 ss., 143 ss.

<sup>151</sup> "In seguito alla separazione e al divorzio la prole ha diritto a un mantenimento tale da garantirle un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia e analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza. Il dovere di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione della prole, inoltre, impone ai genitori, anche in caso di separazione o di divorzio, di far fronte a una molteplicità di esigenze dei figli, non riconducibili al solo obbligo alimentare ma inevitabilmente estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, all'adeguata predisposizione - fin quando la loro età lo richieda - di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura ed educazione. Al riguardo, ai fini di una corretta determinazione del concorso dei genitori, il parametro di riferimento è costituito non soltanto dalle rispettive sostanze, in esse ricompresi i cespiti improduttivi di reddito, ma anche dalla capacità di lavoro professionale o casalingo con espressa valorizzazione non solo delle risorse economiche individuali, ma anche delle accertate potenzialità reddituali". Cass., sez. I, 22 marzo 2005, n. 6197, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 4.

<sup>152</sup> ROSSI, *Gli aspetti patrimoniali della separazione riguarda ai coniugi*, in Oberto e Cassano (a

La crisi coniugale, tuttavia, determina spesso un inevitabile squilibrio tra i due genitori, comportando per il coniuge convivente col figlio un esborso monetario maggiore. Ciò rende facilmente comprensibile perché la fissazione di un importo periodico mensile a carico del genitore non collocatario appaia, solitamente, la soluzione preferita in sede giudiziale. Nella determinazione del *quantum* influiscono i parametri previsti dal legislatore all'art. 337 ter, 4 c, ossia: 1- le attuali esigenze del figlio; il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3- i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4- le risorse economiche di entrambi i genitori; 5- la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Tale assegno, inoltre, deve essere adeguato annualmente agli indici ISTAT (o altri parametri indicati dalle parti o dal giudice). Infine, dopo alcune incertezze iniziali, è pacifico oggi ritenere che il titolare dell'assegno di mantenimento sia il genitore collocatario, il quale è creditore *iure proprio* nei confronti dell'altro genitore, coobbligato al mantenimento del figlio.

Un'ultima necessaria precisazione: il dovere di mantenere<sup>153</sup> i figli riguarda non solo i minorenni ma anche i maggiorenni<sup>154</sup> fino al raggiungimento dell'indipendenza economica<sup>155</sup>.

È fatto possibile, e auspicabile, che i coniugi raggiungano amichevolmente un accordo in merito all'ammontare del mantenimento cd. indiretto, inserendo alcune pattuizioni *ad hoc* all'interno degli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto. Le intese che i coniugi raggiungono sono qualificabili come negozi aventi natura contrattuale, in quanto contenenti prestazioni di carattere patrimoniale. Tali accordi possono essere ritenuti validi e vincolanti se conformi ai principi

---

cura di), *Invaldità, separazione e divorzio dopo le riforme. Come si quantificano i profili patrimoniali. Quali le conseguenze personali e le relative tutele*, 2016, 283 ss.

<sup>153</sup> Un'importante precisazione si pone necessaria. Quanto si parla di dovere di mantenimento dei figli da stabilirsi in caso di separazione o divorzio, si intende un obbligo di trasferire al figlio un *quantum* economicamente valutabile al fine di garantirgli la conservazione delle condizioni di vita in costanza di matrimonio. Non si deve invece confondere tale dovere con il diritto/dovere agli alimenti, istituto disciplinato dagli artt. 433 ss c.c., il quale ha diversi presupposti e contenuti. Infatti, quest'ultimo presupponendo l'assenza di mezzi per il sostentamento, obbliga un soggetto a erogare una parte del proprio patrimonio all'alimentando, senza superare quanto gli sia necessario per la vita, tenuto comunque da conto la sua posizione sociale. Tale obbligo, ricorrendone i presupposti, può riguardare anche il rapporto genitore-figlio. Cfr. Cass., 8 maggio 1980 n. 3033, in *Giust. civ.*, 1980, fasc. 5; Trib. Monza, sez. IV, 2 ottobre 2007, in *Fam. e minori*, 2008, 2, 93 ss.

<sup>154</sup> La legge 8 febbraio 2006 n. 54 ha aggiunto l'art. 155-quinquies c.c., poi confluito nell'art. 337 septies a seguito dell'art. 55 del D. lgs. 28/12/2013 n. 154. cfr. ROMA, *Affidamento condiviso dei figli*, in Mantovani (a cura di), *Art. 1 (art. 155-quinquies c.c.)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1, 169 ss.; Cass. Civ., 24 febbraio 2006, n. 4188, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 4; Cass., 12 ottobre 2007, n. 21437, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 10; Cass., 21 maggio 2009, n. 11828, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 805.

<sup>155</sup> Ancora oggi si discute su quale sia il momento esatto in cui un figlio possa dirsi economicamente autosufficiente dal punto di vista patrimoniale. L'orientamento prevalente considera il figlio indipendente quando sia in grado di assicurarsi con proprio reddito un tenore di vita dignitoso, oppure quando il mancato svolgimento di un'attività economica sia dipeso da un atteggiamento di inerzia o da un rifiuto ingiustificato. Sul problema cfr. una serie di pronunce giurisprudenziale: Cass., sez. I, 11 gennaio 2007 n. 407, in *Il Foro Italiano*, 2007, 770; Cass., sez. I, 14 aprile 2010, n. 8954, in *Dir. e giust.*, 2010, 246; Cass., sez. I, 16 settembre 2011, n. 19589, in *Dir. e giust.*, 2011, 495; Cass., 4 marzo 1988, n. 2392, in *Giur. it.*, 1999, 252; Cass., sez. I, 3 aprile 2002, n. 4765, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 813; Cass., sez. I, 24 settembre 2008, n. 2401.

sopra più volte menzionati e, in particolar modo, se proporzionati alle potenzialità economiche dei coniugi. Per tale ragione, deve ritenersi esclusa la possibilità per i coniugi di derogare alla regola di proporzionalità prevista dagli artt. 148 e 316 bis c.c. Ciò che i coniugi possono fare, nel concreto, è pattuire le modalità di adempimento all'obbligo di mantenimento.

Per quanto concerne le modalità di adempimento indiretto, ci si è chiesti se sia possibile per il genitore non collocatario corrispondere il contributo al mantenimento in un'unica soluzione anziché mediante più assegni a cadenza periodica. La questione si intreccia al profilo, già analizzato, delle intese traslative a favore della prole le quali, spesso, vengono accordate proprio con l'intenzione di adempiere una volta per tutte agli obblighi di mantenimento<sup>156</sup>.

Si lasci sullo sfondo la natura dell'intesa traslativa, di cui si è già avuto modo di parlare, e ci si concentri sull'ammissibilità dell'operazione in sé e per sé considerata.

Oggi, l'opinione prevalente in dottrina<sup>157</sup> e in giurisprudenza è quella secondo cui sia da ritenersi ammissibile l'adempimento all'obbligo del mantenimento indiretto a mezzo del trasferimento di un diritto di proprietà o di altro diritto reale in favore dell'avente diritto<sup>158</sup>, o mediante la costituzione di uno *ius in re aliena*.

---

<sup>156</sup> In un primo momento, una certa giurisprudenza di merito aveva negato categoricamente la possibilità di tali accordi, partendo dalla qualifica dell'obbligazione al mantenimento come necessariamente pecuniaria e periodica, sottolineando il silenzio del legislatore sul punto e rimarcando l'indisponibilità dei diritti in questione. Per tali ragioni, si era detto che "poiché la legge sul divorzio non prevede la corresponsione in unica soluzione del contributo per il mantenimento della prole e poiché del diritto della prole minorenni al mantenimento da parte dei genitori, questi ultimi non possono disporre a loro piacimento, non è ammissibile l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, da parte del genitore non affidatario, mediante donazione di un cespite immobiliare; legittimamente, pertanto, il giudice può determinare, in virtù dei poteri d'ufficio che gli competono, la misura del contributo (periodico) dallo stesso genitore dovuto in favore della prole. Cfr. Trib. Catania, 1° dicembre 1990, in *Fam. e Dir.*, 1991, 1010. Contro una tale posizione si erano però posti altri giudici di merito. Ad esempio, la Corte d'Appello di Milano, nel 1994, aveva sostenuto l'ammissibilità dell'adempimento in un'unica soluzione dell'obbligo al mantenimento del figlio a mezzo di costituzione a favore dell'altro coniuge dell'usufrutto su un immobile, di cui sarebbe stata trasferita la nuda proprietà al figlio. Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., cap. VI. Nella stessa sentenza, il giudice aveva qualificato tale atto come promessa di donazione. Ancora diversamente, il Tribunale di Vercelli, pur ritenendo ammissibile l'adempimento *una tantum*, qualificava come contratto a favore di terzi l'intesa con cui il coniuge in sede di separazione consensuale si obbligava a trasferire a titolo gratuito un immobile a favore della prole. Cfr. Trib. Vercelli, 24 ottobre 1989, in *Fam. e Dir.*, 1991, 1259.

<sup>157</sup> Cfr. LA SPINA, *Accordi in materia di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 403 ss.

<sup>158</sup> Non mancano, inoltre, i casi in cui il trasferimento venga effettuato nei confronti dell'altro coniuge apponendo un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter. Una tale possibilità è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza di merito, la quale ha ritenuto ammissibile la creazione di un vincolo che consentisse di sottrarre i beni dall'immediata disponibilità del genitore perché venissero impegnati per il superiore interesse del figlio. Sul punto, Trib. Reggio Emilia, decreto 23 marzo 2007, in *Il Corriere del merito*, 2007, 6, 699. La giurisprudenza, inoltre, ha riconosciuto che anche il trust, per la forte tutela che garantisce ai beneficiari nei confronti dei terzi, è un ulteriore strumento con il quale l'obbligo di mantenimento può dirsi assolto. Cfr. Trib. Milano, decreto di omologa di verbale di separazione consensuale, 23 febbraio 2005, in *Riv. not.*, 2005, 4, 85; Trib. Milano, decreto di omologa di verbale di separazione consensuale, 7 giugno 2006, in *Trusts e attività fiduciarie*, ottobre 2006, 575. Per la loro complessità questi argomenti non possono trovare ampio spazio nel presente

La Corte di Cassazione ha avuto modo, nel corso degli anni, di mutare il proprio orientamento. Oggi, la tesi su cui si è assestata è quella che riconosce agli accordi di trasferimento di cui si tratta la natura di contratto atipico con funzione solutoria-compensativa dell'obbligazione di mantenimento della prole<sup>159</sup>. Detto altrimenti, e con le parole della giurisprudenza: "l'obbligo di mantenimento dei figli minori, o maggiorenni non autosufficienti, può essere adempiuto dai genitori in sede di separazione personale o divorzio mediante un accordo (...) il quale, anziché attraverso una prestazione patrimoniale periodica (...) attribuisca o li impegni ad attribuire ai figli la proprietà di beni mobili od immobili, e che tale accordo non realizza una donazione, in quanto assolve ad una funzione solutoria-compensativa dell'obbligazione di mantenimento, in quanto costituisce applicazione del principio, stabilito dall'art. 1322 cod. civ., della libertà dei soggetti di perseguire con lo strumento contrattuale interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico<sup>160</sup>". Nella stessa pronuncia, la Corte ha sottolineato come in tali accordi la proprietà che il genitore trasferisce, o che si impegna a trasferire, viene acquisita immediatamente e definitivamente dal patrimonio dei figli, e che l'obbligo al trasferimento assunto dal coniuge in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto è suscettibile di esecuzione in forma specifica ed è trasmissibile agli eredi del promittente. Infatti, la Suprema Corte ha ravvisato il titolo di questa obbligazione non nella prestazione di mantenimento, ormai liquidata convenzionalmente e in via definitiva, ma nell'intesa che l'ha estinta<sup>161</sup>.

Ulteriormente, la S.C.<sup>162</sup> ha avuto modo di stabilire come questi accordi non possano essere assoggettati né alla risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c., né all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., poiché l'applicabilità di queste norme presuppone la sinallagmaticità delle prestazioni dedotte in contratto, carattere non presente nelle intese con oggetto il mantenimento della prole.

Sul tema, anche la dottrina ha avuto modo di mutare il proprio pensiero nel corso degli anni. In un primo momento, la non ammissibilità delle intese *una tantum* aventi a oggetto il mantenimento della prole veniva sostenuta da una parte per l'incompatibilità tra l'adempimento in un'unica soluzione e l'adeguamento automatico dell'assegno in favore dei minori<sup>163</sup>, dall'altra per l'assenza di una previsione esplicita da parte del legislatore, diversamente da quanto previsto dalla disciplina

---

lavoro. Si rinvia alla lettura di altre opere, tra le quali, a titolo esemplificativo, FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, 71 ss.; OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e Dir.*, n. 2, 2007, 202.

<sup>159</sup> SGRÖI, *sub art. 711*, in Richter (a cura di), *La Giurisprudenza sul codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2011, 291 ss.

<sup>160</sup> Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *La Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 333 ss., che richiama i precedenti conformi di Cass., 2 febbraio 2005, n. 2088; Cass., 17 giugno 2004, n. 11342; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500

<sup>161</sup> Cass., sez. II, 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9.

<sup>162</sup> Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 6, secondo cui "Il mantenimento della prole costituisce obbligo ineludibile di ciascun genitore, imposto dal legislatore e non derivante, con vincolo di corrispettività, dall'accordo di separazione dei coniugi, tale accordo potendo, al più, regolare le concrete modalità di adempimento dell'obbligo".

<sup>163</sup> FERRARI, *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, in *Fam. e Dir.*, 2011, 1067 ss.

dell'assegno di divorzio *una tantum* per l'ex coniuge<sup>164</sup>.

Successivamente, invece, la dottrina oggi maggioritaria ha rilevato che, alla luce del criterio di proporzionalità ex art. 148 c.c. e del principio dell'interesse della prole, non sembra potersi statuire un effetto preclusivo alle prestazioni *una tantum*. Infatti, come non esiste una norma che ammetta l'accordo *una tantum* in materia di mantenimento della prole, così non esiste nemmeno una norma che imponga una corresponsione periodica dell'assegno di mantenimento. Anzi, è stato sostenuto che un accordo con oggetto un trasferimento immobiliare o la costituzione di un *ius in re aliena* potrebbe, nel concreto, soddisfare maggiormente gli interessi della prole<sup>165</sup>.

Manca, a questo punto, un ultimo tassello a questa ricostruzione, ossia la relazione tra questi accordi e la regola del *rebus sic stantibus*. Giova precisare che la questione di cui si discute si differenzia da quella della possibilità di tacitare in un'unica soluzione i diritti spettanti al coniuge in corso di separazione o di divorzio. Su questo punto, come si avrà modo di dire nel prosieguo della trattazione, esiste un acceso dibattito in dottrina tra favorevoli e contrari<sup>166</sup>. Infatti, diversamente dalla discussa ipotesi della derogabilità del diritto di chiedere la modifica delle condizioni della separazione o del divorzio da parte dei coniugi, nel caso del mantenimento indiretto dei figli si deve ritenere inammissibile ogni rinuncia (espressa o tacita) del diritto del genitore collocatario di richiedere un'integrazione di quanto stabilito (periodicamente o *una tantum*) sulla base di nuove circostanze sopravvenute. La tutela degli interessi superiori dei figli, infatti, impone di non trascurare come la relazione tra genitore e figlio si basi su una indissolubile continuità, la quale non può prescindere dalle circostanze concrete che colui che è stato generato si trova a vivere.

In sintesi, non si può non concordare con quella dottrina secondo cui: "ammesso l'adempimento *una tantum* va tuttavia sottolineata l'impossibilità che gli accordi a favore dei figli assumano un carattere di definitività, restando invece sempre sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus* e ciò in considerazione anche del nuovo art. 155 ter cod. civ., nonché del principio inderogabile di proporzionalità espresso dall'art. 148 cod. civ."<sup>167</sup>.

## 9. Assegno di mantenimento in caso di separazione.

Si riprenda, ancora una volta, la distinzione fatta in una fase precedente del presente lavoro tra contenuto "essenziale" e contenuto "eventuale" degli accordi di

---

<sup>164</sup> BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in Schlesinger (diretto da), *Il codice civile*, in Bonilini e Tommaseo (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, op. cit., 643.

<sup>165</sup> Quanto alla previsione dell'adeguamento automatico dell'assegno di mantenimento, cosa che non potrebbe avvenire nel caso di "liquidazione *una tantum*", è stato sostenuto che si potrebbe ovviare a tale problema prevedendo "appositi meccanismi che assicurino la conservazione del valore reale" del bene "tanto più che, in caso di trasferimento di un bene immobile al figlio, tale conservazione è di solito assicurata dalla natura stessa del bene trasferito difficilmente sensibile alla svalutazione monetaria. Così FERRARI, *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, op. cit.

<sup>166</sup> Cfr. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, op. cit., 11 ss.

<sup>167</sup> FERRARI, *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, op. cit. In senso conforme anche OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 3 ss.

separazione e di divorzio. Nei precedenti paragrafi si è voluto dare spazio agli accordi sulla cui collocazione, tra contenuto “essenziale” o “eventuale”, quasi tutta la dottrina e la giurisprudenza concordano. Si tratta delle intese traslative, sicuramente parte del contenuto “eventuale” e delle intese a contenuto patrimoniale inerenti alla prole, le quali possono essere inerite, senza dubbio, tra i contenuti “essenziali”.

Ora ci si occuperà dell’assegno di mantenimento in caso di separazione consensuale e di divorzio congiunto la cui collocazione, tra contenuto “essenziale” e contenuto “eventuale”, è ancora discussa.

L’art. 143 c.c., rubricato “diritti e doveri reciproci dei coniugi”, dispone al terzo comma che “entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”. Tale disposizione, così come riformulata dalla l. n. 151/1975, si basa su principi di parità, uguaglianza e solidarietà tra coniugi alla luce delle moderne esigenze della famiglia e dei mutamenti sociali che hanno determinato il passaggio da un modello gerarchico a uno paritario nei rapporti endofamiliari<sup>168</sup>.

La valorizzazione posta dal legislatore sulla parità e solidarietà esistente tra marito e moglie, nonché il relativo obbligo di contribuire ognuno secondo le proprie possibilità e capacità, evidenzia l’impossibilità di ipotizzare un aprioristico e parassitario diritto al mantenimento<sup>169</sup>.

Con la separazione personale, infatti, il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia non viene meno, ma subisce solamente una modificazione attualizzandosi mediante la corresponsione eventuale di un assegno attribuito a titolo di mantenimento.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono che la fonte di tale diritto sarebbe da ritrovare nella stessa legge e, più precisamente, nel diritto all’assistenza materiale che caratterizza il vincolo coniugale<sup>170</sup>. Secondo tale impostazione, l’accordo delle parti o la sentenza non creerebbero il diritto, ma costituirebbero solo gli atti idonei a renderlo liquido ed esigibile, essendo il mezzo per accertarne *l’an* e determinarne il *quantum*. Per tale ragione, si ritiene esista una linea di continuità tra i doveri nascenti dal matrimonio e quelli esistenti in fase di separazione legale in quanto aventi il medesimo fondamento giuridico<sup>171</sup>.

Questa tesi è stata criticata da una dottrina minoritaria che considera l’assegno di mantenimento come un diritto previsto dal legislatore la cui fonte non sarebbe tanto il dovere di contribuzione sussistente in fase coniugale, bensì la cessazione di tale dovere<sup>172</sup>. Secondo questa prospettiva non sarebbe possibile individuare una linea

<sup>168</sup> ROSSI, *Gli aspetti patrimoniali della separazione riguarda ai coniugi*, op. cit., 283 ss.

<sup>169</sup> Cfr. ZANETTI VITALLI, *La separazione personale dei coniugi. Artt. 150-158*, Giuffrè, 2006.

<sup>170</sup> Così Cass. Civ., 9 luglio 1996, n. 6519, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 1018: “Il credito dell’ assegno di mantenimento attribuito dal giudice al coniuge separato senza addebito di responsabilità, ai sensi dell’ art. 156 cod. civ., avendo la sua fonte legale nel diritto all’ assistenza materiale inerente al vincolo coniugale e non nell’ incapacità della persona che versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento, non rientra tra i crediti alimentari per i quali, ai sensi del combinato disposto dell’ art. 1246, comma primo, n. 5, cod. civ. e dell’art. 447 cod. civ., non opera la compensazione legale”.

<sup>171</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, op. cit., 211.

<sup>172</sup> ZATTI-MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit.; ZATTI, *I diritti e i doveri*

di continuità tra condizione sussistente in fase fisiologica di matrimonio e quella a seguito di separazione legale perché, altrimenti, si finirebbe per svuotare di ogni significato il diritto all'assegno di mantenimento così come pensato dal legislatore del 1975, concepito per dare rilievo al mutamento dello *status* e del rapporto tra i coniugi<sup>173</sup>.

Dalla lettura dell'art. 156, 1 c. c.c. emerge a chiare lettere che, ai fini dell'attribuzione dell'assegno di mantenimento, devono sussistere due condizioni: la prima consiste nell'assenza di addebito della separazione al coniuge beneficiario; la seconda nell'insufficienza del reddito e nell'inferiorità della posizione economica del coniuge che non possiede adeguati redditi propri<sup>174</sup>.

Fino a pochi anni fa, secondo la giurisprudenza, l'esistenza di quest'ultima condizione si appurava verificando la presenza, o meno, di redditi che consentissero al coniuge più debole di mantenere il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio<sup>175</sup>. Questa interpretazione discendeva dall'idea che con la separazione, differentemente che con il divorzio, veniva istaurato un regime che tendeva a preservare, quanto più possibile, tutti gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza<sup>176</sup>. Tali considerazioni, tuttavia, non possono più ritenersi

---

*che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 237.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Cfr. Cass., 19 marzo 2009, n. 6699, in *dejure*: "condizioni per il sorgere del diritto al mantenimento in favore del coniuge cui non sia addebitabile la separazione sono la non titolarità di adeguati redditi propri (...) e la sussistenza di una disparità economica tra le parti".

<sup>175</sup> Cfr. *ex multis*, Cass., 14 aprile 2010, n. 8954, in *Dir. e giust. online*, 2010; Cass., 12 settembre 2011, n. 18618, in *Dir. e giust. online*, 2011, 17 settembre; nonché Cass., 23 agosto 2012, n. 14610, in *dejure*, secondo cui: "al fine della quantificazione dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge cui non sia addebitabile la separazione, il giudice del merito deve accertare, come indispensabile elemento di riferimento ai fini della valutazione di congruità dell'assegno, il tenore di vita tenuto dai coniugi durante la convivenza, quale situazione condizionante la qualità e la quantità delle esigenze del richiedente, accertando altresì le disponibilità patrimoniali dell'onere"; e Cass., 17 gennaio 2014, n. 929 secondo cui: "l'assegno di mantenimento deve essere idoneo a conservare tendenzialmente al coniuge richiedente il tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale, e che indice di tale tenore di vita, in mancanza di ulteriori prove, può essere l'attuale divario reddituale tra i coniugi".

<sup>176</sup> ROSSI, *Gli aspetti patrimoniali della separazione riguarda ai coniugi*, op. cit.

Cfr. Cass., 19 marzo 2004, n. 5555, in *Dir. Fam.*, 2004, 343, secondo cui: "Il diritto del coniuge separato senza addebito al mantenimento da parte dell'altro è subordinato dall'art. 156 c.c. alla condizione che chi lo pretenda "non abbia adeguati redditi propri", a differenza di quanto previsto, in materia di divorzio, dall'art. 5, comma sesto, legge 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, del divorzio, che condiziona altresì il diritto al fatto che chi lo pretende non possa procurarseli per ragioni oggettive; ciò in quanto se - ad esempio - prima della separazione i coniugi avevano concordato o, quanto meno, accettato (sia pure soltanto "*per facta concludentia*") che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di tale accordo permane anche dopo la separazione, perché la separazione instaura un regime che, a differenza del divorzio, tende a conservare il più possibile tutti gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, anche il tenore e il "tipo" di vita di ciascuno dei coniugi".

Cass., 29 luglio 2011, n. 16736, in *Giust. civ.*, 2012, 729, "la separazione instaura un regime che tende a conservare il più possibile gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza". Cfr. anche Cass., 19 marzo 2009, n. 6699, in *dejure*: "Benché la separazione determini normalmente la cessazione di una serie di benefici e consuetudini di vita ed anche il diretto godimento di beni, il tenore di vita goduto in costanza della convivenza va identificato avendo riguardo allo "standard" di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche

valide.

Oggi, infatti, si assiste da parte della dottrina e della giurisprudenza a un progressivo ravvicinamento del modo di intendere la separazione e il divorzio e con essi l'assegno di mantenimento e divorzile. Si può sostenere, infatti, che la separazione personale, diversamente dall'idea originaria del legislatore di intenderla come una fase transitoria volta alla riconciliazione della coppia, sia da sempre stata vissuta dai coniugi più come il mezzo per il (o, meglio, l'ostacolo al) divorzio. Costoro, infatti, una volta in procinto di separarsi hanno già come obiettivo quello di sciogliere definitivamente il vincolo coniugale.

A seguito della riduzione del tempo necessario per questo fine a opera della L. 55/2015, inoltre, l'esigenza di ridurre questa fase intermedia sembra essere stata percepita anche dal legislatore. Se, dunque, poteva avere un senso in passato (per ragioni storiche o per i tre anni necessari prima di poter sciogliere definitivamente il vincolo) ritenere la separazione come ontologicamente diversa dal divorzio, oggi ciò non pare più corrispondere a verità. La separazione, infatti, non è altro che una "pre-appendice" del divorzio<sup>177</sup>. Se ciò è vero, lo stesso assegno di mantenimento non può più dirsi altro da quello di divorzio, essendo entrambi volti al medesimo scopo e avendo la stessa natura.

A sostenere tale visione vi sono due recentissime ordinanze della Suprema Corte di Cassazione, ossia l'ordinanza del 19 giugno 2019, n. 16405 e l'ordinanza del 15 ottobre 2019, n. 26084, che hanno di fatto equiparato la funzione e i criteri di determinazione dell'assegno di mantenimento a quelli di divorzio<sup>178</sup>.

Per tale ragione, nel momento in cui si scrive questo lavoro è possibile essere pienamente convinti di poter formulare, come si farà nei prossimi paragrafi, delle considerazioni in materia di assegno divorzile che siano, in realtà, vevoli anche per l'assegno di mantenimento.

## 10. L'assegno divorzile.

Prima della legge del 6 marzo 1987, n. 74 con cui è stata parzialmente rivista la materia del divorzio in Italia, l'assegno divorzile ex art. 5 l. div. si riteneva fosse composto da tre anime: una assistenziale; una compensativa; una risarcitoria<sup>179</sup>.

---

dei coniugi, tenendo quindi conto di tutte le potenzialità derivanti dalla titolarità del patrimonio in termini di redditività, di capacità di spesa, di garanzie di elevato benessere e di fondate aspettative per il futuro, e considerando anche l'incremento dei redditi di un coniuge e il decremento di quelli dell'altro, anche se verificatisi nelle more del giudizio di separazione, in quanto durante la separazione personale non viene meno la solidarietà economica che lega i coniugi durante il matrimonio e che comporta la condivisione delle reciproche fortune nel corso della convivenza".

<sup>177</sup> A ragionare attorno all'evoluzione degli istituti della separazione legale e del divorzio e ad auspicarne un ripensamento (o quantomeno un ravvicinamento) è, *inter alias*, di recente: DANONI, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, op. cit., 73-84

<sup>178</sup> Queste due ordinanze hanno stabilito che: "anche in relazione alla determinazione dell'assegno di mantenimento nella separazione personale dei coniugi, similmente a quanto si ritiene ormai vevole in riferimento all'assegno divorzile, il tenore di vita matrimoniale non rappresenta un parametro al quale il Giudice debba attenersi, quale criterio determinativo del quantum. Ne consegue che, soprattutto in casi di estrema brevità della convivenza matrimoniale, l'ammontare dell'assegno in favore del coniuge, anche in sede di separazione, può essere debitamente contenuto".

<sup>179</sup> In merito alle funzioni dell'assegno di mantenimento, anche in chiave storica, si veda,

Tutte le anime erano chiamate a venire in gioco sia come criteri di attribuzione sia come parametri per la determinazione dell'assegno<sup>180</sup>. La componente assistenziale veniva intesa come tutela della situazione economica del coniuge più debole, destinata a deteriorarsi a seguito della rottura del rapporto; la componente risarcitoria nasceva per dare rilievo alle responsabilità del fallimento del matrimonio; infine, la componente compensativa prendeva in considerazione l'apporto non patrimoniale prestato dal coniuge più debole nell'interesse della famiglia dandone un'equa valutazione economica<sup>181</sup>. Si riteneva, nonostante non mancassero pronunce di senso contrario, che gli aspetti risarcitori e compensativi dell'assegno fossero disponibili e, dunque, gli accordi in tema ammissibili. Si escludeva del tutto, invece, la possibilità di poter disporre della componente assistenziale, la quale era considerata espressione del principio di solidarietà tra marito e moglie<sup>182</sup>.

Le cose mutarono radicalmente con la novella del 1987, la quale modificò la lettera della legge prevedendo che “con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.(...) Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”<sup>183</sup>.

I continui problemi interpretativi che si susseguirono negli anni successivi a tale novella portarono la Suprema Corte a pronunciarsi a Sezioni Unite in una celebre sentenza del 1990<sup>184</sup>. In tale sede venne data una nuova interpretazione alla natura dell'assegno divorzile posttriforma e ai relativi criteri operativi. La natura dell'assegno ex art. 5 l. div., infatti, venne definita come “esclusivamente assistenziale” in quanto connessa alla sola mancanza di mezzi adeguati. Da questo momento in poi la relativa determinazione sarebbe avvenuta in due momenti o fasi: in una prima si

---

BARBIERA, *Divorzio (assegno di)*, in *Enc. dir. Treccani*, 1989, XI, 100 ss., Id., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, 9 ss. Una ricostruzione delle vicende storico-giuridiche dell'assegno divorzile può essere letto sinteticamente anche nel saggio di FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 1031-1039.

<sup>180</sup> FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, 226.

<sup>181</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 1974, n. 2008, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1974, 635.

<sup>182</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 400 ss.

<sup>183</sup> La versione precedente alla novella del 1987 dell'art.5 l. div. così recitava: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione”.

<sup>184</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 29 novembre 1990, n. 11490 in *Dir. Fam.*, 1991.

sarebbe stabilito *l'an*, in una seconda il *quantum*. Il diritto a percepire l'assegno sarebbe sorto in caso di inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, tenuto conto sia dei suoi redditi, cespiti e relative utilità, ma anche e soprattutto del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio<sup>185</sup>. Quanto all'ammontare dell'assegno, la Cassazione specificò che esso sarebbe stato assegnato in base a una valutazione ponderata e bilaterale dei criteri previsti normativamente, ossia le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ognuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio individuale e comune, il reddito di entrambi e la durata del matrimonio. La giurisprudenza iniziò, così, a dichiarare la nullità degli accordi dei coniugi che, già separati, decidevano pattiziamente *l'an* e il *quantum debeatur* dell'assegno divorzile, ritenendo che la preventiva regolamentazione degli stessi fosse sottratta all'autonomia delle parti<sup>186</sup>.

La situazione rimase invariata per almeno due decenni fino a quando, nel 2013, vennero espressi i primi dubbi sulla compatibilità tra l'interpretazione data alla natura e ai criteri dell'assegno da parte della giurisprudenza maggioritaria e il (mutato)

<sup>185</sup> Non sarebbe stato necessario uno stato di bisogno dell'ex coniuge al fine di vantare il diritto alla richiesta, potendo lo stesso benissimo trovarsi in una condizione di autosufficienza. A essere rilevante sarebbe stato l'apprezzabile deterioramento che il divorzio avrebbe comportato alle condizioni economiche della parte più debole. L'assegno, dunque, avrebbe teso alla ricomposizione di un equilibrio rotto per sempre. Tra le più recenti pronunce Cfr. Cass. Civ., 3 luglio 2013, n. 16597, in *Fam. e Dir.*, 2013, 10, 924 ss., con nota di ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: "il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa"*; Cass. Civ., 28 ottobre 2013, n. 24252, *Il Foro Italiano*, 2014, 3, 1, 858.

<sup>186</sup> Cass. Civ., sez. I, 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1239. Una certa dottrina ha avuto modo di sostenere che al di là della natura assistenziale dell'assegno, pur mantenendosi una parametrizzazione sul tenore di vita coniugale, l'assegno continuasse a presentare due componenti: una espressione degli alimenti, del tutto indisponibile; l'altra espressione del mantenimento, invece disponibile. Cfr. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, I, 1993, 34 ss. Tale distinzione rappresentava in realtà il risultato di un vivace dibattito dottrinale precedente alla pronuncia delle Sezioni Unite. La contesa trae origine da un passo della relazione del disegno di legge che aveva accompagnato la riforma della legge sul divorzio in cui il criterio dell'"adeguatezza dei mezzi" veniva interpretato nel senso di conferire all'ex coniuge un assegno tale da poter consentirgli un'autonomia economica attraverso un "dignitoso mantenimento". Una parte della giurisprudenza quindi, dopo l'approvazione della norma, aveva assunto come criterio per la determinazione dell'assegno divorzile proprio un "modello di vita economicamente autonomo e dignitoso" (Così, Cass. Civ., 2 marzo 1990, n. 1652, in *Dir. Fam.*, 1990, 437). Contro questa ermeneutica si era posta quella parte della dottrina che riteneva l'assegno divorzile basato su criteri etici e giuridici della solidarietà post-coniugale, tanto da conferirgli una natura e sostanza ben diversa dal diritto agli alimenti. Sta di fatto che, nel momento di approvazione della legge, tale dicitura, presente nella relazione, era sparita. Si disse, quindi, che era stata confermata anche dal legislatore l'idea per cui l'assegno di divorzio fosse altro e oltre rispetto all'assegno alimentare e non un mero doppione di esso. Si suggerì quindi di ergere a parametro di giudizio dell'adeguatezza dei mezzi il tenore di vita matrimoniale, sia in caso di assegno di mantenimento in fase di separazione, sia di quello divorzile. La differenza fondamentale sarebbe stata che il tenore di vita sarebbe divenuto parametro inderogabile nei confronti del coniuge a cui non poteva essere addebitata la separazione; mentre nei confronti del coniuge divorziato l'ammontare dell'assegno sarebbe stato determinato tra un minimo, ossia il diritto agli alimenti e un massimo, dato dal tenore di vita. In tal senso C.M. BIANCA, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, II, 537 ss.; GABRIELLI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, *Ibidem*, 539 ss.

sistema sociale. Fu il Tribunale di Firenze<sup>187</sup>, in veste di giudice *a quo*, a scrivere un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale in cui venivano poste in luce alcune perplessità<sup>188</sup>. La critica mossa dai giudici fiorentini riguardò il diritto vivente di matrice giurisprudenziale, il quale si sarebbe posto in contrasto con i principi di uguaglianza e ragionevolezza espressi dalla nostra Costituzione. Infatti, venne rilevato come il criterio del “tenore di vita in costanza di matrimonio” estendesse il matrimonio oltre la sua effettiva durata, procrastinandone gli effetti per un tempo indeterminato. Inoltre, il Giudice *a quo*, fece una riflessione sull'assegno di divorzio e sul fatto che il porre a parametro lo sbilanciamento delle condizioni patrimoniali dei due ex coniugi determinasse un'alterazione e non un arricchimento della funzione assistenziale<sup>189</sup>. Infine, venne evidenziato che il criterio del “tenore di vita goduto” o che “il coniuge poteva legittimamente aspettarsi basandosi sulle aspettative maturate in corso di matrimonio” garantisse all'ex coniuge una tutela superiore se posta in comparazione con quella di cui avrebbe potuto godere in costanza di matrimonio<sup>190</sup>.

Nonostante la lucida analisi posta in essere, la Corte Costituzionale<sup>191</sup> rigettò il ricorso<sup>192</sup>.

Le cose sono mutate radicalmente a seguito della sentenza del 10 maggio 2017, n. 11504 della Suprema Corte<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> Trib. Firenze, 22 maggio 2013, n. 239 (ord.), in *Fam. Dir.*, 2014, 687 ss. con nota di AL MUREDEN

<sup>188</sup> Perplessità che sarebbero state, tra l'altro, il punto di partenza di quella che, quattro anni più tardi, sarebbe stata rinominata come “sentenza Grilli”, ossia Cass. Civ., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Il Foro Italiano*, 2017, 1859.

<sup>189</sup> Infatti, la garanzia per il coniuge più debole di poter conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio avrebbe rappresentato una distorsione e allontanamento della funzione assistenziale.

<sup>190</sup> In effetti, mentre l'applicazione del criterio nel momento della quantificazione dell'assegno rappresentava un dato oggettivo e immutabile, nel corso della propria vita coniugale i coniugi ben avrebbero potuto condurre una vita molto lontana dalle potenzialità economiche in loro possesso.

<sup>191</sup> Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015 n. 11, in *Fam. Dir.*, 2015, 537, con nota di AL MUREDEN

<sup>192</sup> Nonostante queste riflessioni, la Corte Costituzionale decise di rigettare la questione di legittimità sostenendo l'erronea interpretazione della disposizione di legge da parte del Giudice rimettente. La Consulta, infatti, sostenne che nella giurisprudenza di legittimità il criterio del “tenore di vita goduto in corso di matrimonio” sarebbe stato solo l'astratto tetto massimo per la quantificazione dell'ammontare dell'assegno divorzile, da ritoccare mediante l'applicazione degli ulteriori criteri dell'art. 5 l. div., al fine di assumere una decisione ritagliata sul singolo caso peculiare. Cfr. ASTONE, *Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc. 4, 2017, 1213 ss. Cfr. anche AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 702, il quale aveva già rilevato come difficilmente si sarebbe giunti ad una pronuncia di incostituzionalità, tuttavia auspicando per l'apertura di un dibattito sulle funzioni dell'assegno divorzile. Dello stesso avviso SESTA, *Negoziante assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 303.

<sup>193</sup> Cass. Civ., sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, 6, 1299 ss., con nota di DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Corr. giur.*, 2017, 7, 885, con nota di QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”: “persone singole” senza passato?* in *Fam.*

Tale pronuncia ha avuto un'incredibile eco sia tra gli studiosi sia tra gli operatori del diritto, introducendo concetti a tal punto rivoluzionari da dover richiedere l'intervento delle Sezioni Unite, pronunciate nel successivo Luglio 2018. In effetti la prima Sezione della Cassazione, ritenendo ormai maturi i tempi, ha deciso di discostarsi da un quasi trentennale orientamento giurisprudenziale<sup>194</sup>: la considerazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio quale parametro per la determinazione dell'assegno di divorzio<sup>195</sup>.

In estrema sintesi, la nota sentenza ha affermato che il giudice nel decidere sulla domanda di assegno ex art. 5 l. div. debba distinguere due fasi: in una prima verificare l'*an debeatur*, ossia la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge ("mancanza di mezzi adeguati", o comunque impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive") senza però assumere come criterio guida il "tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio", ma quello dell'"indipendenza o autosufficienza economica" dell'ex coniuge, desumibile da diversi indici tra cui: il possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari e immobiliari, la capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), la stabile disponibilità di una casa di abitazione".

---

*e Dir.*, 2017, 6, 636 ss., con nota di DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 1001 ss., e ivi con commento di ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*; in *Il Foro Italiano*, con note di PATTI e BIANCA.  
<sup>194</sup> I principi vennero posti dalle sentenze Cass. Civ., Sez. Un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Dir. Fam.*, 1991, 119; Cass. Civ., Sez. Un., 29 novembre 1990, n. 11492, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 11. Per un'analisi dottrinale si vedano: QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 1991, 3, 305 ss. In merito alle problematiche individuate dalla dottrina in merito a tale orientamento cfr. DI MAJO, *Passato e presente nell'assegno divorzile*, in *Giur. it.*, 2017, 12, 2625 ss.; DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 11, 964 ss.; SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 5, 509 ss.; AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, in *Fam. e Dir.*, 4, 2018, 330 ss.; Id., *La solidarietà post-coniugale a quarant'anni dalla riforma del '75*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 11, 972 ss.

<sup>195</sup> *Ex multis*, con riferimento all'assegno in caso di separazione si veda: Cass. Civile, sez. I, 3 aprile 2015, n. 6864 così massimata in *Giust. civ. mass.*, 2015: "Nella determinazione dell'assegno di mantenimento deve tenersi conto del tenore di vita "normalmente" godibile in base ai redditi percepiti dalla coppia, e, pertanto, colui al quale è riconosciuto il diritto a quell'assegno può chiedere, per tale titolo, le somme necessarie ad integrare entrate sufficienti a soddisfare le sue esigenze di vita personale in relazione al medesimo livello già raggiunto durante il matrimonio, dovendosi, peraltro, escludere, di regola, importi che consentano atti di spreco o di inutile prodigalità del suo destinatario". Con riferimento all'assegno divorzile si veda: Cass. Civ., sez. VI, 29 settembre 2016, n. 19339, così massimata in *Giust. civ. massimario*, 2017: "L'accertamento del diritto all'assegno divorzile va effettuato verificando l'adeguatezza o meno dei mezzi del coniuge richiedente alla conservazione del tenore di vita precedente. A tal fine, il giudice del merito può tenere conto della situazione reddituale e patrimoniale della famiglia al momento della cessazione della convivenza, quale elemento induttivo da cui desumere, in via presuntiva, il precedente tenore di vita e può in particolare, in mancanza di prova da parte del richiedente, fare riferimento quale parametro di valutazione del pregresso stile di vita alla documentazione attestante i redditi dell'onerato". Per le finalità di questo lavoro non è tanto importante il principio di diritto contenuto nella pronuncia, ma i diversi *obiter dictum* della Corte, manifestazioni di una concezione nuova del diritto di famiglia, espressioni di esigenze che da diverso tempo stanno emergendo, foriero di ulteriori sviluppi.

Avuta risposta positiva al primo quesito, il giudice potrebbe procedere con il secondo: la determinazione del *quantum*. Quest'ultimo dovrebbe tenere in considerazione tutti gli elementi indicati dalla norma ("condizioni dei coniugi", "ragioni della decisione", "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune", "reddito di entrambi") e valutare "tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno divorzile".

Merita un'analisi il percorso logico-deduttivo-interpretativo condotto magistralmente dalla Cassazione. In primo luogo i Giudici hanno sottolineato il fondamento costituzionale dell'assegno divorzile, ossia il principio di solidarietà economica espressione dell'art. 2 Cost. L'adempimento a tale obbligo, e qui sta la prima novità, non sarebbe assunto come dovere in relazione al pregresso vincolo matrimoniale, che risulta essere dissolto dalla sentenza di divorzio, quanto in ragione dell'essere "persona singola", con il risultato che l'ex coniuge rimarrebbe obbligato alla luce di una norma legislativa nel rispetto dell'art. 23 Cost. Tale nuova interpretazione è stata giustificata sulla base di un mutato costume sociale, che intenderebbe (oggi) il matrimonio come un "atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché (...) luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita e, in quanto tale, dissolubile"<sup>196</sup>. Da ciò deriverebbe la conseguenza che: "l'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento dell'indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione, esclusivamente, assistenziale dell'assegno divorzile"<sup>197</sup>.

---

<sup>196</sup> Cass. Civile, sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, cit. 10 ss.

<sup>197</sup> La Corte si ricollega all'orientamento consolidato che vede impegnato il giudice del divorzio nell'interrogarsi in due momenti: momento *dell'an* e quello del *quantum*, sottoponendo a dura critica la prospettiva assunta fino a quel momento per la determinazione del primo. "Il tenore di vita" risulterebbe un canone errato per una moltitudine di ragioni. *In primis*, ammetterlo nella fase *dell'an* significherebbe collidere con la natura stessa del divorzio, il quale costituisce il momento di rottura definitiva del rapporto di coniugio non solo dal punto di vista personale, ma anche patrimoniale ed economico. Riferirsi ad esso porterebbe illogicamente a un suo indiretto e imperituro ripristino. Così la Corte: "se applicato anche nella fase *dell'an debeat*, collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici: ... con la sentenza di divorzio, il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non personale ma anche economico patrimoniale... sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo, sia pure limitatamente alla dimensione economica del tenore di vita matrimoniale". *In secundis*, l'applicazione di tali criteri si scontrerebbe con la premessa da cui parte la Suprema Corte per cui l'assegno sarebbe dovuto alla persona in quanto "singola" e non parte di un rapporto ormai giunto a termine dal punto di vista sia affettivo che patrimoniale. Inoltre, insiste la Corte, il legislatore avrebbe imposto normativamente la considerazione del pregresso matrimonio, anche nel suo aspetto economico, solo per l'eventuale fase del *quantum*. Infine, il tenore di vita goduto in fase di matrimonio costituirebbe un'illogica e irrazionale sovrapposizione dei due momenti *dell'an* e *quantum*. La divisione in questi due momenti consentirebbe di determinare il riconoscimento dell'assegno alla "persona" in quanto tale (e non in quanto "ex coniuge") nel momento in cui ci si interroga *sull'an debeat*, e di determinarne il contenuto solo successivamente, nella fase del *quantum debeat*. Ed è in questa seconda fase, dice la Corte, che si quantifica la somma dovuta. Ciò, non "in ragione" del matrimonio (rapporto ormai esaurito), ma "in considerazione" di esso, avendo la relazione tra i coniugi determinato comunque un periodo più o meno rilevante di "comunione spirituale e materiale" traducibile come sovrapposizione di interessi e assunzione di decisioni comuni funzionali alla famiglia di tipo economico, patrimoniale, giuridico. Il mancato riconoscimento di ciò costituirebbe una ingiusta locupletazione da parte dell'ex coniuge più debole che scatterebbe in maniera automatica, prolungando all'infinito

Dalla lettura della sentenza emerge un capovolgimento di prospettiva in merito alla natura del matrimonio nel diritto vivente, con conseguente necessaria ridefinizione della natura dell'assegno divorzile e del soggetto che ne ha diritto; dell'interesse tutelato e della caratteristica di assistenzialità<sup>198</sup>.

Riferendosi all'assegno divorzile, la Suprema Corte ha giustificato la scelta delle Sezioni Unite di 27 anni prima ritenendola una scelta "mediana" tra passato e futuro, necessaria per accomodare le esigenze allora sentite come nuove alle particolari relazioni che si erano costruite in un periodo storico diverso. Ai giorni nostri, tuttavia, i tempi sarebbero stati sufficientemente maturi per assumere a pieno un diverso indirizzo, in cui riconoscere il matrimonio come atto di libertà e responsabilità dei singoli privati<sup>199</sup>.

Un ulteriore criterio utilizzato dalla Suprema Corte per perorare la propria tesi è stato quello dell'intenzione del legislatore. È stato rilevato, infatti, che nell'inserire l'art. 5 l. div con la L. n. 74 del 1987, la volontà del legislatore era stata senza dubbio quella di evitare che il giudizio sull'"adeguatezza dei mezzi" fosse riferito alle condizioni dell'obligato al versamento dell'assegno, ponendo invece come centro di indagine il soggetto creditore e le sue necessità<sup>200</sup>. Da ciò deriverebbe che nel momento della valutazione dell'*an* non si dovrebbe svolgere un'analisi comparativa tra le sostanze dei coniugi, ma aver riguardo soltanto a quelle del soggetto più debole<sup>201</sup>.

---

il rapporto matrimoniale che invece, per definizione, trova nel divorzio la propria tomba.

<sup>198</sup> *Ex plurimis* Cass. Civ., 10 gennaio 2017, n. 275, in *Dir. e giust.*, 2017, 11 gennaio. Volendo ricostruire sinteticamente il ragionamento della Corte si potrebbe sostenere che se il divorzio dissolve il matrimonio con i relativi effetti sarebbe una contraddizione in termini ritenere che l'assegno divorzile sia dovuto e si basi su aspetti ed elementi del matrimonio medesimo.

<sup>199</sup> Così la Corte: "Le menzionate sentenze delle Sezioni Unite del 1990 si fecero carico della necessità di temperamento dell'esigenza di superare la concezione patrimonialistica del matrimonio "inteso come "sistemazione definitiva", perché il divorzio è stato assorbito dal costume sociale" (così la sentenza n. 11490 del 1990) con l'esigenza di non turbare un costume sociale ancora caratterizzato dalla "attuale esistenza di modelli di matrimonio più tradizionali, anche perché sorti in epoca molto anteriore alla riforma", con ciò spiegando la preferenza accordata ad un indirizzo interpretativo che "meno traumaticamente rompe(ss) con la passata tradizione" (così ancora la sentenza n. 11490 del 1990). Questa esigenza, tuttavia, si è molto attenuata nel corso degli anni, essendo ormai generalmente condiviso nel costume sociale il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita, in quanto tale dissolubile (matrimonio che - oggi - è possibile "sciogliere", previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile, a norma del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 12, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, art. 1, comma 1)."

<sup>200</sup> La Corte si riferisce ai lavori della Commissione e rimanda al confronto "dell'intervento del relatore, sen. N. Lipari, in Assemblea del Senato, 17 febbraio 1987, 561a sed. pom., resoconto stenografico, pag. 23"

<sup>201</sup> A porsi contrariamente a questa tesi, a parere dei Giudici, non può essere fatta valere la disposizione di cui all'art. 5, 9 c l. div. (L'art. in questione al comma 9 dispone che: "I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria"). Tale norma impone ai coniugi di presentare in udienza la dichiarazione personale dei redditi e di ogni altra documentazione necessaria per la ricostruzione del patrimonio personale e comune e sull'"effettivo tenore di vita", affidando

Ciò premesso, la Cassazione ha ritenuto di dover introdurre un nuovo criterio col quale confrontare l'adeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge richiedente l'assegno divorzile: la possibilità o impossibilità per ragioni oggettive di procurarsi (o di avere) redditi adeguati al raggiungimento dell'indipendenza economica<sup>202</sup>.

L'analizzata sentenza pone in rilievo alcuni elementi fondamentali e funzionali alla nostra analisi. Il primo è la piena consapevolezza da parte dei Giudici del mutato contesto storico-culturale in cui l'Ordinamento si colloca. Il secondo punto di connessione riguarda, invece, il fenomeno della "privatizzazione del diritto di famiglia" che riemerge più volte lungo tutta la sentenza. Altro punto nevralgico è costituito dai concetti di autoresponsabilità dei coniugi<sup>203</sup> e di assunzione di "oneri e oneri" da parte dei coniugi che liberamente decidono di sposarsi e liberamente di concludere la loro relazione, consapevoli dei risvolti pratici e dei connessi riflessi giuridici. Infine, assume importanza anche l'analisi della natura del matrimonio, del divorzio e dell'assegno divorzile, interpretati alla luce del principio di solidarietà sociale non per l'esistenza di un (ormai sciolto) matrimonio, ma in quanto singolo chiamato a sopportare le conseguenze delle scelte fatte in passato in funzione della famiglia e del matrimonio.

La sentenza ha avuto interessanti sviluppi. Una parte della successiva

---

al giudice vasti poteri di indagine in caso di contestazioni. Infatti, tale norma dovrebbe essere letta nel senso di permettere al giudice di avere una base documentale su cui fondare i provvedimenti temporanei e urgenti ritenuti più opportuni nell'interesse del coniuge e della prole, in conformità dell'art. 4, 8 c. Inoltre, dove la norma richiama il "tenore di vita" non lo fa per permettere di determinare se il coniuge abbia il diritto o meno a ricevere l'assegno divorzile, ma per consentire al giudice, nella fase di determinazione del *quantum*, di ricostruire integralmente la situazione economica di entrambi i soggetti. Inoltre la Corte sostiene come sia "significativo, al riguardo, che il riferimento agli elementi del "reddito" e del "patrimonio" degli ex coniugi (sia) contenuto proprio nella prima parte del comma 6 dell'art. 5 relativa a tale fase del giudizio".

<sup>202</sup> Tale parametro non sarebbe sfornito di base normativa, anzi. Essa sarebbe almeno triplice: in primo luogo esso deriverebbe dal vigente art. 337-septies, 1 c. c.c. (già art. 155-quinquies), riformulato nel 2006, secondo il quale "il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico". L'assegno divorzile si collocherebbe nel (nuovo) delineato quadro del diritto di famiglia così come concepito e vivente nel nostro Ordinamento. Vi sarebbe, dunque, un'analogia *legis ex art.* 12 delle preleggi tra questa norma e la disciplina dell'assegno divorzile. Entrambe, infatti, si riferirebbero all'"adeguatezza dei mezzi" come chiave di lettura dei rapporti assistenziali endofamiliari. In secondo luogo, viene presa in analisi ed effettuata una comparazione tra lo *status* di coniuge e quello di figlio. Si dice, infatti, che se il criterio dell'"indipendenza economica" viene utilizzato per determinare la cessazione dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole maggiorenne, il cui *status* è considerato stabile e permanente, a maggior ragione si dovrebbe ritenere applicabile il medesimo criterio anche in relazione alla determinazione dell'*an* dell'assegno divorzile. Infatti, il divorzio rappresenta un momento in cui il soggetto perde definitivamente lo *status* di coniuge riacquisendo quello di persona singola. In terzo luogo, si rileva come la *ratio* dell'art. 337-septies, 1 c. c.c., in maniera analoga a quella dell'art. 5, 6 c. l. div., sarebbe ispirata al principio dell'"autoresponsabilità economica" e legata alle scelte esistenziali di una persona (Così richiamando un principio espresso dalla sentenza di Cass., 20 luglio 2014, n. 18076 in materia di mantenimento del figlio disoccupato ultraquarantenne che rifiutava di inserirsi nel mondo del lavoro).

<sup>203</sup> Sul principio di autoresponsabilità dei coniugi cfr. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, op. cit., 229 ss. CUBEDDU, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, in *Famiglia*, 2008, 2, 22 ss.; Id., *I principi di diritto europeo della famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto della famiglia*, I, 1, Milano, 2011, 105 ss.

giurisprudenza, infatti, ha accolto con favore tale pronuncia, condividendone a tal punto gli assunti da estenderne l'ambito applicativo o da specificarne il contenuto<sup>204</sup>. La Corte d'Appello di Roma, per esempio, ha ritenuto possibile determinare anche l'assegno di separazione in base al principio dell'autosufficienza economica e a tutta la storia patrimoniale dei coniugi<sup>205</sup>.

Altra giurisprudenza, al contrario, ha cercato di arginare gli effetti<sup>206</sup> o ha manifestamente deciso di discostarsi dai principi espressi nella cd. "Sentenza Grilli" continuando lungo il corso tracciato dalle Sezioni Unite nel 1990<sup>207</sup>.

A seguito della sentenza in analisi non sono mancati nemmeno i rilevi critici della dottrina. In particolare è stato sottolineato che il dichiarato principio di autoresponsabilità e di indipendenza economica degli ex coniugi non possa essere applicato indifferenziatamente a tutte le situazioni, necessitando invece di un approccio casistico<sup>208</sup>, tenendo in considerazione anche il fatto che il fulcro centrale della vicenda rimane pur sempre un essere umano dinnanzi a una crisi senza rimedio<sup>209</sup>. Se i coniugi sono chiamati a cooperare e collaborare ognuno secondo le proprie possibilità e capacità alla realizzazione del disegno familiare (ex art. 143 c.c.), allora la storia peculiare della relazione familiare dovrebbe essere tenuta di conto, non essendo

<sup>204</sup> È il caso, ad esempio, di una pronuncia sempre della Prima Sezione civile della Suprema Corte che, ribadendo il principio, è andata oltre precisando che: "l'assegno divorzile ha indubbiamente natura assistenziale e deve essere disposto in favore della parte istante la quale disponga di redditi insufficienti a condurre un'esistenza libera e dignitosa e deve essere contenuto nella misura che permetta il raggiungimento dello scopo senza provocare illegittime locupletazioni". Cfr. Cass. Civ., sez. I, 11 maggio 2017, n. 11538, in *Ilfamiliarista.it* 30 Giugno 2017

<sup>205</sup> App. Roma, ord. 5 dicembre 2017, in *La Nuova Procedura Civile*, 1, 2018

<sup>206</sup> È stato per esempio sostenuta la differenza ontologica tra separazione e divorzio e la relativa natura assistenziale dell'assegno. La prima, concernente una situazione in cui il matrimonio ancora permane nonostante gli effetti siano "affievoliti", giustificherebbe una continua applicazione del criterio del "tenore di vita", cosa che invece non potrebbe dirsi a seguito dello scioglimento definitivo del rapporto di coniugio, aderendo quindi ai criteri individuati dalla sentenza n. 11504/2017. Così Cass. Civ., sez. I, 16 maggio 2017, n. 12196, in *Dir. Fam. e Pers.* (II) 2017, 3, I, 765

<sup>207</sup> Il Tribunale di Udine, ad esempio, ha ritenuto che per poter determinare il *quantum* dell'assegno di divorzio, l'adeguatezza dei mezzi debba necessariamente essere analizzata parallelamente agli altri criteri stabiliti dal legislatore in modo da poter creare una situazione di equo equilibrio a seguito del venir meno di un precedente legame solidaristico, "con effetti *ex nunc e non ex tunc*", contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza di Cassazione n. 11504/2017, che avrebbe inteso il criterio dell'indipendenza economica "senza ancorarlo ad alcun parametro effettivo, rendendo quindi del tutto astratto e non calcolabile in concreto questo metro di giudizi". Trib. Udine, 1° giugno 2017, in *Dir. e Giust.*, 13 luglio 2017

<sup>208</sup> AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, 646

<sup>209</sup> ASTONE, *Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi*, op. cit., 1213 ss. È stato detto che il criterio di cui la giurisprudenza quasi trentennale si è servita per giustificare il "se e il quanto" dell'assegno divorzile troverebbe le sue radici in un modello familiare molto comune e che sopravviverebbe anche ai giorni nostri. Accade infatti che, in una grande maggioranza dei casi, esista una asimmetria tra i coniugi dal punto di vista della cura domestica e dell'impegno lavorativo e apporto economico. Il primo generalmente appannaggio della donna, il secondo dell'uomo. L'assegno di divorzio rappresenterebbe, dunque, la ricerca di un riequilibrio di quella situazione generata fisiologicamente dalla relazione familiare e dall'accordo delle parti, al fine di recuperare quel concetto di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancita dalla Costituzione. Così, BARGELLI, *Assegno di divorzio e tenore di vita matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1, 2017, 221.

bastevole il criterio dell'indipendenza economica<sup>210</sup>.

L'idea suggerita è stata, quindi, quella di superare la mera applicazione del criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio<sup>211</sup>, valutando altresì la relazione coniugale nel suo complesso<sup>212</sup>.

Alla ricerca di una possibile soluzione alle diverse questioni sollevate dalla Cassazione alcuni studiosi, subito dopo la sentenza del maggio 2017, hanno suggerito una strada pionieristica<sup>213</sup>: il superamento della natura assistenziale dell'assegno divorzile. Tale natura, riconosciuta come esclusiva dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del 1990, era stata riproposta dalla sentenza n. 11404/2017 e dalla giurisprudenza successiva<sup>214</sup>. Tale dottrina l'ha definita, invece, un "relitto storico che non ha più ragione d'essere<sup>215</sup>", dato che ai giorni nostri il coniuge più debole al momento del divorzio non chiederebbe assistenza, considerandola tra l'altro offensiva alla sua dignità, ma solo una ricompensa dei sacrifici da lui compiuti in favore della famiglia. Considerare l'assegno divorzile come meramente assistenziale frustrerebbe, invece, questa aspettativa.

È stato aggiunto, inoltre, che la giustificazione della natura assistenziale dell'assegno post-matrimoniale avrebbe una matrice storica. Essa sarebbe stata pensata per un contesto che con difficoltà andava emancipandosi dal concetto di indissolubilità del matrimonio e di cui l'assegno rappresentava l'ultimo baluardo della relazione coniugale, trascinata nel tempo futuro in ragione di un principio di solidarietà.

Ebbene, questo modello sarebbe il relitto di una società e di filosofie che non esisterebbero più. Di qui l'inadeguatezza e l'insufficienza di esso per distribuire equamente le ricchezze tra gli ex coniugi dopo il venir meno della loro relazione

---

<sup>210</sup> Invero, è spesso la donna ad abbandonare aspirazioni personali e lavorative, dedicandosi alla cura della casa e dei figli secondo un indirizzo concordato, magari tacitamente, tra i due coniugi. Tali elementi, specie se il matrimonio si è protratto per un lungo lasso di tempo, devono essere valutati al fine di garantire veramente il principio di solidarietà sociale. È necessario tener in considerazione il concreto ed effettivo apporto di entrambi i coniugi al mantenimento del nucleo familiare secondo una dimensione non esclusivamente patrimoniale in quanto, inevitabilmente, le scelte passate potrebbero aver precluso oggettivamente alcune possibilità a una delle due parti per il fatto di essersi dedicata prevalentemente alla famiglia. Ibidem; AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autore-sponsabilità e solidarietà post-coniugale*, op. cit., 2017, 648. Cfr. anche, QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità"*, op. cit., 885, secondo il quale il divorzio non trasforma le persone in soggetti singoli senza un passato.

<sup>211</sup> Cfr. LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione giustizia*, 11.3.2016, 1 ss.

<sup>212</sup> ASTONE, *Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi*, op. cit., 1213 ss. Ben si potrebbe ipotizzare, dunque, di giungere a risultati particolari, come il caso di un coniuge non autosufficiente, ma che non avrà diritto all'assegno divorzile data la brevissima durata del matrimonio (per esempio pochi giorni); oppure, viceversa, potrebbe essere concesso l'assegno anche in caso di autonomia e autosufficienza di entrambi i coniugi, tenendo in considerazione dell'enorme apporto e delle rinunce che uno dei due dimostri di aver effettuato. In definitiva, la critica principale mossa alla "Sentenza Grilli" è quella di aver assunto come punto di partenza una realtà familiare fondata sulla reale parità e distribuzione patrimoniale e dei compiti, senza valutare la reale storia familiare, potere che spetterebbe al giudice in quanto unico soggetto in grado di indagare sulla complessità storica di un matrimonio concluso.

<sup>213</sup> RIMINI, *Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando: proposta per una soluzione alternativa del problema dell'assegno divorzile*, in *Corr. Giur.*, 2018.

<sup>214</sup> *Ex multis*, Cass. Civ., 25 ottobre 2017, n. 25327, in *Ilfamiliarista.it*, 2018.

<sup>215</sup> Così, RIMINI, *Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, op. cit.

affettiva.

Questa interpretazione si è posta nell'alveo di una dottrina che da diverso tempo sta cercando di enfatizzare l'aspetto compensativo nella valutazione sia dell'*an* che del *quantum* dell'assegno divorzile<sup>216</sup>. Il fulcro del ragionamento riguarda l'5 l. div. il quale, se da una parte valorizza la mancanza di "mezzi adeguati" dall'altra, non esplicitando cosa si debba intendere con tale dicitura, lascia all'interprete la possibilità di riferire l'aggettivo "adeguato" alle concrete circostanze di ogni singolo matrimonio, con le sue peculiarità e diversità. Sarebbero adeguati, dunque, i "mezzi" che tengono in considerazione il "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune e alla durata del matrimonio<sup>217</sup>". Da una parte, quindi, si riconosce il fatto che ai privati sia concessa la possibilità di porre fine alla relazione coniugale anche e solo sulla base di una manifestazione unilaterale di volontà di uno dei due soggetti, senza che alcun effetto possa (e debba) perdurare in eterno. Dall'altra parte, però, si fa emergere che il matrimonio ingenera nei soggetti un principio di affidamento che li pone nella situazione di effettuare delle scelte, e soprattutto dei sacrifici<sup>218</sup>, che non possono essere completamente trascurati<sup>219</sup>.

Non si può non concordare, allora, con chi ha sostenuto che: "Il riconoscimento di questa funzione dell'assegno [la funzione assistenziale] contrasta con la tendenza volta a ravvisare nel divorzio lo strumento di liberazione totale dal matrimonio e da ogni peso che direttamente o indirettamente gli si riconnette. Questa tendenza ha trovato un limite nell'esigenza, alla quale la nostra società è ancora sensibile, di non lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare senza tracce l'impegno di vita assunto con un matrimonio e di abbandonare alla sua sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia<sup>220</sup>".

La necessaria conclusione che discende da quanto fino a ora detto è che il concetto di adeguatezza di cui all'art. 5 l. div. deve essere letto in modo da sottolineare anche l'aspetto compensativo dell'assegno divorzile, con tutte le conseguenze annesse e connesse<sup>221</sup>. La ragione della debolezza del coniuge che chiede l'assegno, infatti,

<sup>216</sup> Si vedano, ad esempio, gli scritti di QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. Fam.*, 2005, 1307; QUADRI, *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in *Corr. giur.*, 2009, 474; e, in merito ai dubbi sulla natura assistenziale dell'assegno divorzile: SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 300 ss; SESTA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica alla luce di Cass. 10.5.2017, n. 11504*, in [www.Cortedicassazione.it](http://www.Cortedicassazione.it).

<sup>217</sup> L'adeguatezza dei redditi, quindi, non andrebbe parametrata sul tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ma nemmeno sul *quantum* necessario e sufficiente perché l'altro coniuge possa essere economicamente autosufficiente o godere di una vita dignitosa. La valutazione della questione dell'adeguatezza dei mezzi andrebbe condotta prendendo in considerazione i sacrifici compiuti da un coniuge in costanza di tutto il matrimonio per il buon andamento di tutta la famiglia e in favore dell'altro coniuge specificamente.

<sup>218</sup> In relazione in particolar modo ai figli

<sup>219</sup> Così, RIMINI, *Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, op. cit.

<sup>220</sup> C.M. BIANCA, in *Diritto civile, La famiglia, 2.1*, op. cit., 298

<sup>221</sup> Per esempio, all'ex coniuge cui non possono essere riconosciuti sacrifici in favore della realizzazione del progetto comune familiare o che li abbia compiuti per un lasso di tempo irrilevante, non dovrebbe avere alcun diritto ad un assegno. Al contrario, avrebbe diritto a un assegno in grado di riequilibrare le sostanze dei coniugi colui che si fosse prodigato per moltissimi anni per la famiglia,

deve essere considerata non mediante l'angusto criterio della autosufficienza economica, ma attraverso un criterio prismatico, espressione della complessità della vita<sup>222</sup>.

Quanto appena illustrato è stato, almeno in parte, assorbito dal ragionamento delle Sezioni Unite con cui si è cercato di superare l'*impasse* che si era creato tra gli operatori del diritto.

Il variopinto panorama della giurisprudenza e della dottrina<sup>223</sup> che si era andato a generare a seguito della sentenza n. 11504/2017 è divenuto ragione per appellarsi alle Sezioni Unite al fine di sbrigliare la matassa che si era formata e che rischiava di minare l'integrità del sistema, scontrandosi in particolar modo con principi cardine come quello di uguaglianza e di certezza del diritto.

Con la sentenza n. 18287 del 2018<sup>224</sup> la Suprema Corte ha cercato quindi di porre

---

dedicandosi al proprio coniuge e ai figli fino a sacrificare se stesso, le proprie aspirazioni e possibilità di crescita lavorativa ed economica.

<sup>222</sup> Si dovrebbe avere a riguardo, ad esempio: alla situazione in cui viene a trovarsi il coniuge a seguito della rottura della relazione; al fatto che abbia o meno deciso di abbandonare un precedente lavoro per dedicarsi alla famiglia; al fatto che abbia rinunciato o meno a progressioni di carriera; al tempo perso e irrecuperabile; alle *chances* che ancora potrà cogliere e a quelle che non potranno ritornare; alle ragioni della fine del matrimonio (colui che con il proprio comportamento genera l'impossibilità di mantenere integra la comunione di vita materiale e spirituale non potrà dolersi successivamente della fine di una relazione su cui aveva posto il proprio affidamento). Tuttavia, allo stesso modo, dovrebbero assumere rilievo anche altre circostanze, come l'incremento del patrimonio conseguente al regime patrimoniale scelto o per i conferimenti fatti dall'altro coniuge. Anche tali aspetti costituiscono, infatti, elementi compensativi. Pare ovvio anche il fatto che tutti i summenzionati ragionamenti dovrebbero essere condotti in relazione del reddito del coniuge più forte, in quanto sono proprio le maggiori sostanze economiche ad aver ingenerato un maggior affidamento nell'altro e che giustificano un assegno dalla natura compensativa. Così RIMINI, *Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, op. cit.

<sup>223</sup> Tra i più importanti contributi si vedano DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza a del tenore di vita matrimoniale*, op. cit., 657; Id., *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 51; SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, op. cit., 509 ss; PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, in *Il Foro Italiano*, 2017, I, 2707 ss.; M. BIANCA, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in *Il Foro Italiano*, 2017, I, 2715; DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, op. cit., 1299; QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità"*, op. cit., 885; Id., *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in *Nuova Giur. civ. Comm.*, 2017, 1261; CASABURI, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in *Il Foro Italiano*, 2017, I, 1895; BARBA, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *www.giustiziacivile.com*, 27 novembre 2017; FIGONE, *Assegno divorzile e valutazione ponderata dell'autosufficienza economica: un "apripista" per le Sezioni Unite?*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 326 ss; COLANGELO, *Assegno divorzile: la vexata quaestio del rilievo da attribuire al tenore di vita matrimoniale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, 274 ss.

<sup>224</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1843 ss., con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186 ss., con nota di PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*; in *Fam. e Dir.*, 2018, 1058, (intero volume) con note di BIANCA-CARBONE-DOGLIOTTI-QUADRI-SESTA-SERVETTI-DANOVI-AL MUREDEN-FUSARO-RIMINI-TOMMASEO-PITTARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 601 ss. con nota di BENANTI; in *Il Foro Italiano*, 2018, I, 2671 con nota di CASABURI-BIANCA; in *Giurisprudenza it.*, 2018, 1843, con nota di RIMINI. Cfr. anche SESTA, *Attribuzione e determinazione*

ordine, mitigando due istanze che sembravano inconciliabili, rilevando criticità e positività delle idee maggiormente diffuse nella giurisprudenza<sup>225</sup>.

L'evoluzione storica di cui si è parlato sopra aveva portato alla formazione di quell'orientamento trentennale originato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 11490/1990<sup>226</sup>. La Cassazione si era orientata nel definire la natura dell'assegno divorzile come esclusivamente assistenziale e il criterio dell'"inadeguatezza dei mezzi" qualificato come "conservazione del medesimo tenore di vita". L'indagine veniva divisa in due momenti: quello dell'*an* e quello del *quantum*, legando il primo

---

*dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 11, 983 ss.; M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 2703 ss. e ivi con nota di CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, in *Dir. Fam.*, 2018, I, 869; SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, in *dir. Fam e Pers.*, 2018, 897 ss.

<sup>225</sup> Il punto di partenza ha a oggetto il quadro legislativo interno, ossia l'art. 5, 6 c. della legge del 1° dicembre 1970, n. 898. Viene riconosciuto come la prima formulazione della norma facesse emergere la presenza di tre profili: quello assistenziale (condizioni economiche dei coniugi); quello risarcitorio (ragioni della decisione); e quello compensativo (contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge). In un primo momento, come già detto, la giurisprudenza e dottrina dominanti si erano allineate nel ritenere che l'assegno divorzile avesse una natura mista senza necessità di dover diversificare e graduare tra criteri attributivi e determinativi (Cfr., Cass., Sez. Un., 26 aprile 1974, n. 1194). Dinnanzi alla disposizione così configurata, gli orientamenti giurisprudenziali erano stati influenzati dal contesto sociale ed economico del tempo, in cui i ruoli dei coniugi erano ben definiti, nonché dalla forza espansiva del principio di uguaglianza e parità dei coniugi che la riforma del diritto di famiglia avevano innestato nel sistema. I tre criteri, dunque, avevano trovato diversa espressione. In particolar modo, quello assistenziale, veniva utilizzato in funzione perequativa, onde riequilibrare eventuali situazioni patrimoniali ingiuste generatesi a seguito dello scioglimento del matrimonio. A tale criterio si collegava quello compensativo, giustificato dalla necessità di tenere in considerazione gli eventuali sacrifici posti in essere da un coniuge per il bene della famiglia, soprattutto in relazione alla durata del matrimonio. Ogni criterio veniva quindi utilizzato per garantire non in astratto, ma in concreto, un equilibrio delle condizioni economiche che la creazione di una vita in comune era stata in grado di mutare, incidendo sulle scelte, anche personali, di ciascun individuo. La modifica della legge 898/1970, avvenuta mediante la legge 74/1987, aveva però mutato l'assetto così determinato. Le novità introdotte erano state diverse: veniva dato rilievo all'indagine comparativa dei redditi e dei patrimoni dei coniugi mediante deposito dei documenti fiscali e tramite l'attribuzione al giudice di poteri di indagine; i tre criteri e le relative enunciazioni (ossia le condizioni dei coniugi, il reddito di entrambi, il contributo personale ed economico dato da ciascuno, le ragioni della decisione) venivano condensati nella prima parte della norma come elementi di cui il giudice "deve tener conto" nell'attribuzione dell'assegno; venivano infine introdotti i concetti di "insussistenza dei mezzi adeguati" e dell'"impossibilità di procurarseli per ragioni obiettive". Generatasi un'apparente divisione tra una prima parte della norma e una seconda si era venuta a delineare una giurisprudenza per cui il giudice, dinnanzi alla domanda di assegno, avrebbe dovuto indagare dapprima i profili attributivi e successivamente quelli determinativi. Un ulteriore motivo di dibattito era stato tra coloro che ritenevano che l'assegno dovesse essere concesso solo in caso di mancata autosufficienza economica, intesa talvolta come autonomia o indipendenza, talaltra come capacità di assicurarsi un livello di vita dignitoso, e chi valorizzava la comparazione economica-patrimoniale delle parti. Una completa ricostruzione della pronuncia è offerta da GORGONI, *Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 3, 2018, 35 ss. La Cassazione compie anche un'interessante *excursus* in chiave di diritto comparato. Per approfondimenti cfr. PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa*, op. cit., 2707 ss.

<sup>226</sup> Un'utile ricognizione dei passi compiuti dalla giurisprudenza sul tema si può leggere in SCHIRÒ, *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 926 ss.

momento meramente all'inadeguatezza dei mezzi.

Erano dovuti passare ventisette anni prima che un'altra pronuncia della Cassazione mettesse davvero in discussione questo principio, declinando il concetto di "inadeguatezza dei mezzi" come "autosufficienza economica", vincolando l'analisi del *quantum* all'esito positivo di quella dell'*an*, definendone precisi criteri.

L'ultimissima sentenza della Suprema Corte ha cercato di dare ordine ai contrasti che si stavano creando, partendo da alcuni importanti presupposti: anzitutto quello per cui la legge in analisi si presterebbe a diverse interpretazioni, in particolar modo in relazione al concetto di "inadeguatezza dei mezzi", data la mancanza di una precisa definizione; in secondo luogo cercando gli aspetti positivi e condivisibili di tutte le teorie esistenti, cassando quelle inopportune o irragionevoli; in terzo luogo soffermandosi sull'importanza dell'aspetto concreto di ogni vita matrimoniale, fuggendo da determinazioni aprioristiche o meramente astratte; infine, criticando la metodologia con cui fino a quel momento era stata interpretata la disposizione legislativa. La Corte ha ritenuto, infatti, che le due parti della norma sarebbero state interpretate (erroneamente) in maniera dicotomica, mentre il testo ne imporrebbe una logica esegetica unitaria. Il superamento della divisione tra il momento dell'*an* e quello del *quantum* è divenuto indispensabile. La norma, infatti, richiederebbe effettivamente di indagare sull'"adeguatezza dei mezzi", ma ciò alla luce dei criteri previsti dalla prima parte<sup>227</sup>.

L'assegno divorzile, e qui sta la novità assoluta, avrebbe una natura sia assistenziale ma, parimenti, anche compensativa. La Corte, quindi, nel pronunciare l'indirizzo per il futuro è ritornata al passato, prima della Sentenza del 1990, dando un'interpretazione simile a quella esistente prima della novella del 1987.

La Suprema Corte ha ritenuto di dover modificare l'orientamento precedentemente predominante alla luce del mutato contesto socio-economico-culturale, che vede una valorizzazione delle scelte personali e delle loro conseguenze anche economiche. Tale principio, correttamente individuato già nella Sentenza del 2017, ha sostenuto la Corte, pur se assiologicamente corretto non può essere sconnesso dagli altri principi della persona. L'art. 3 Cost., infatti, impone di tenere in considerazione tutti i principi e diritti dell'uomo, *in primis* quello di dignità, che condiziona e da cui discende la libertà di scegliere e determinarsi<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Entrambe le interpretazioni, sia quella passata che quella più recente, presentavano vistosi elementi di criticità. Quanto alla più remota, viene rilevato come il criterio del "medesimo tenore di vita" esporrebbe a forti rischi di locupletazioni ingiustificate dell'ex coniuge, quando lo stesso viva in condizioni già agiate oppure sia economicamente autosufficiente o, ancora, quando non abbia significativamente contribuito al *ménage* familiare o alla costruzione della posizione economica dell'altro coniuge. I giudici della S.C., infatti, pongono l'accento sul fatto che il riequilibrio a cui deve tendere l'assegno divorzile debba essere strettamente collegato alle scelte compiute da un coniuge in funzione della famiglia che abbiano avvantaggiato l'altro coniuge. Circostanza, questa, valutabile solo al momento dello scioglimento del matrimonio mediante un'analisi concreta della posizione e delle possibilità lavorative ed economiche pre- e infra- matrimoniali, assieme ad altri criteri come l'età e il sesso.

<sup>228</sup> Non può, dunque, non tenersi da conto che la fine di una relazione matrimoniale porti con sé delle conseguenze e dei possibili squilibri economici tra le parti, atteso che sono gli stessi soggetti privati che, in modo cosciente e responsabile, decidono oggi di sposarsi e di assumere delle scelte in funzione della famiglia, le quali hanno necessariamente dei risvolti nella loro vita in caso di scioglimento del rapporto.

Anche il principio di autoresponsabilità così come individuato dalla sentenza del 2017 sarebbe corretto, ma solo laddove si tengano in considerazione tutti gli aspetti concretamente e oggettivamente inerenti a ogni singola storia matrimoniale. Infatti, l'autoresponsabilità vige sia nel momento della costituzione del rapporto sia nel perdurare dello stesso e sia, infine, nella decisione di portarlo a termine<sup>229</sup>.

I Giudici della Suprema Corte del 2017, però, avrebbero errato nell'aver individuato nell'assegno divorzile una natura meramente assistenziale. Sbagliato, infatti, sarebbe l'assunto per il quale la legge intenderebbe l'assegno divorzile come strumento eccezionale e derogatorio, in relazione al riacquistato *status* di persona singola a seguito del divorzio. Le Sezioni Unite del 2018 hanno rilevato invece che, se è vero che la decisione di porre a termine un matrimonio è il frutto dell'autodeterminazione e della responsabilità del coniuge, lo è anche la decisione di sposarsi e di condurre una vita matrimoniale in un certo modo. Il matrimonio è un insieme di decisioni personali e condivise che, sebbene libere, hanno una influenza, talvolta irreversibile, sull'intera esistenza della persona e sulle possibilità economiche e lavorative della stessa, che non sempre si adattano alla nuova vita post-matrimoniale con la stessa duttilità con cui la persona si adatta all'assunzione del suo rinnovato *status* di persona singola. Il legislatore, quindi, avrebbe inteso da una parte garantire ai soggetti privati la totale libertà di scelta in merito alla conclusione del rapporto matrimoniale ma, determinando i criteri di cui all'art. 5, 6 c. l. div., avrebbe sottolineato l'impossibilità di azzerare completamente la storia matrimoniale condivisa da due ex coniugi<sup>230</sup>.

La Suprema Corte, dunque, ha concluso sostenendo la necessità di rivedere completamente la posizione che i giudici sono chiamati ad assumere in relazione all'assegno divorzile alla luce di una interpretazione nuova, che tiene conto degli articoli 2, 3 e 29 della Costituzione, nonché delle posizioni assunte dagli altri ordinamenti europei sul tema<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> Sarebbe, in altre parole, il cardine dell'intera relazione, sul quale si fonderebbe anche il reciproco obbligo di assistenza e collaborazione previsto dall'art. 143 c.c. Non potrebbe, quindi, essere posta una cesura definitiva tra la fase precedente e successiva allo scioglimento del matrimonio.

<sup>230</sup> Le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla famiglia e alla formazione del patrimonio personale e condiviso, il reddito di entrambi, la durata del matrimonio, sono il risultato di scelte assunte responsabilmente e liberamente dai privati, ma che possono avere un risvolto durevole per tutta la vita. Per tale ragione sono poste dal legislatore come criteri per la corresponsione di un assegno divorzile. La critica della Corte è rivolta all'atteggiamento sia della Giurisprudenza maggioritaria più risalente che di quella minoritaria e più recente. La prima avrebbe valorizzato tali criteri solo per la limitazione dell'assegno, concesso e determinato alla luce del mero criterio del "tenore di vita"; la seconda, invece, li avrebbe considerati strumentali alla fase del *quantum*, a sua volta subordinata alla ben più importante fase dell'*an*, in cui avrebbero dovuto trovare rilievo.

<sup>231</sup> *In primis*, viene posta la necessità di eliminare la bipartizione tra momento attributivo e determinativo. In secondo luogo, alla luce del mutato contesto sociale e sensibilità culturale, viene sottolineata la necessità di valorizzare gli aspetti astratti dell'uguaglianza dei coniugi, della libertà, dell'autodeterminazione e autoresponsabilità nell'assunzione delle scelte in tema matrimoniale. A questi aspetti, tuttavia, la S.C. ritiene di dover affiancare anche gli elementi particolari, contingenti e concreti di ogni singola storia intersoggettiva. L'assegno divorzile, infatti, deve essere attribuito a seguito di una valutazione concreta dell'"inadeguatezza dei mezzi e nell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive" fondate sulle condizioni economiche e patrimoniali delle parti, da ricostruire grazie ai poteri istruttori appositamente attribuiti al giudice. La quantificazione dell'assegno, poi,

Alla luce di ciò la Cassazione ha ritenuto di dover porre fine al dibattito sulla natura dell'assegno divorzile definendolo non più solo assistenziale ma composito: in parte assistenziale e in parte contributivo. Nel momento di determinazione dell'assegno di divorzio il punto di partenza assume una veste assistenziale, in quanto si deve indagare e raffrontare la mancanza di redditi adeguati e l'impossibilità di procurarseli; ma è nel secondo momento che si esplica l'aspetto contributivo dell'assegno, in quanto si cala la precedente mancanza di redditi e incapacità di procurarseli nel contesto sociale del richiedente. Si tratta di un contesto composito, in parte individuale e in parte costituito da risvolti che sono conseguenze della relazione coniugale appena conclusasi<sup>232</sup>.

La porta aperta dalla Corte di Cassazione è sembrata rivoluzionaria. Non è mancato infatti chi, anche tra i giudici di merito<sup>233</sup>, abbia colto dalla modifica della

---

deve basarsi sui criteri legislativi di cui alla prima parte dell'art. 5 l.div., interrogandosi sull'esistenza del nesso di causalità tra la disparità economica e patrimoniale al momento del divorzio e le scelte realizzate dai coniugi. Diventa quindi necessario capire se la differenza economica esistente dipenda o meno dalla scelta libera e condivisa della coppia di costruire l'assetto familiare in modo da favorire le prospettive di produzione reddituale di uno dei coniugi, consentendo all'altro la cura della famiglia e dei figli. In altre parole, al giudice spetta il compito di comprendere se le scelte assunte dai coniugi possano, e con quale entità, aver contribuito alla formazione del patrimonio comune o di uno dei due coniugi, e/o siano state pregiudizievoli per l'esplicazione delle potenzialità professionali e lavorative di uno dei due, anche in relazione alla durata del rapporto, all'età, e alle condizioni del mercato. A chiosa, viene specificato che "adeguatezza dei redditi" non significa "mancanza o insufficienza oggettiva", ma è un parametro da valutarsi in relazione al contributo dato dal soggetto alla realizzazione del progetto familiare che, una volta sciolto, potrebbe aver generato vantaggi meramente unilaterali.

<sup>232</sup> I criteri indicati dal legislatore si pongono, invece, in una posizione equiparata che consente al giudice non tanto di ricostruire il medesimo tenore di vita goduto da entrambi i coniugi in costanza di matrimonio, ma di riequilibrare le sostanze riconoscendo il contributo del coniuge più debole alla ricchezza della famiglia e, inevitabilmente, dell'altro coniuge. Una lucida analisi del percorso che il giudice di merito è chiamato a compiere per bilanciare la funzione assistenziale e quella perequativa la si può trovare nelle parole del Trib. di Siena, 15 dicembre 2018, in *ilfamiliarista.it*: "All'assegno di divorzio deve attribuirsi una funzione assistenziale, compensativa e perequativa; quindi ai fini del riconoscimento deve adottarsi un criterio composito che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali dei coniugi, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio, alle potenzialità reddituali future ed all'età dell'avente diritto. Al giudice del divorzio è demandato quindi il compito di valutare, caso per caso, se, pur in ipotesi di autosufficienza economica, propriamente intesa, del coniuge richiedente l'assegno la condizione dello stesso risulti oggettivamente più debole, non quale effetto automatico dello scioglimento del vincolo, bensì per effetto di scelte condivise tra i coniugi durante il matrimonio risultate poi penalizzanti per il coniuge che si assuma destinatario dell'assegno. In ipotesi di disparità economico-reddituale occorre accertare, ai fini della valutazione dei mezzi adeguati e dell'impossibilità di procurarseli, se detta disparità sia dipesa o dipenda da scelte di conduzione familiare condivise che abbiano portato al sacrificio di aspettative reddituali o professionali anche in relazione alla durata del matrimonio, alle effettive potenzialità delle capacità lavorative future parametrare all'età e alla conformazione del mercato del lavoro". Per alcune riflessioni di carattere dottrinale sull'importanza della sentenza, sul suo contenuto e la sua portata presente e futura, si legga QUADRI, *C'è qualcosa di nuovo oggi nell'assegno di divorzio, "anzi d'antico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1714-1724; RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2018, 1702 ss.

<sup>233</sup> Si veda l'intervista rilasciata in data 12 luglio dall'ex giudice civile di Milano dott. Giuseppe Buffone comparsa sul Corriere della Sera: FASANO, *Divorzio, il giudice: "Ora saranno possibili i patti prematrimoniali"* e disponibile in [https://www.corriere.it/cronache/18\\_luglio\\_12/divorzio-](https://www.corriere.it/cronache/18_luglio_12/divorzio-)

concezione della natura dell'assegno divorzile una tacita ammissione della compatibilità dei patti prematrimoniali (*rectius* contratti in vista della crisi affettiva) col nostro ordinamento. Se infatti, fino a quel momento, una delle ragioni degli oppositori si era basata sull'indisponibilità dell'assegno divorzile dato il suo carattere assistenziale, le cose non potrebbero più dirsi le stesse ora che la Suprema Corte ha chiarito che la funzione dell'assegno è composita, in particolar modo contributiva, dunque disponibile e quindi oggetto di possibile contratto<sup>234</sup>.

Anche la più illustre e recente dottrina non ha mancato di sottolineare tale possibilità, rilevando ad esempio che: “Sotto questo profilo vi è una affermazione nella sentenza annotata che potrebbe aprire nuovi spiragli in relazione ad un tema che da anni è al centro dell'interesse della dottrina: quello della disponibilità dell'assegno divorzile. In un inciso (...) si afferma “la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco”. (...) Da questo punto di vista, si può cogliere una funzione causale transattiva che lega le due parti di una separazione consensuale nella quale, da un lato, viene effettuato un riequilibrio patrimoniale e, d'altro lato, non viene previsto un assegno a favore del coniuge debole nonostante un persistente squilibrio reddituale. Se così è (...) la “natura disponibile dei diritti in gioco” dovrebbe portare a ritenere, almeno sotto il profilo compensativo, pianamente valida la rinuncia all'assegno periodico in cui il negozio relativo agli aspetti patrimoniali della crisi familiare si sostanzia<sup>235</sup>”.

Ciò premesso, è possibile ritenere che i due coniugi potrebbero liberamente contrattare il contenuto dell'assegno di divorzio sia privatamente a mezzo di un contratto, sia nei luoghi e nei modi previsti dal legislatore, ossia in sede di divorzio

---

giudice-ora-saranno-possibili-patti-prematrimoniali-8c918ab4-8592-11e8-b570-8bf371a11210.shtml, ultimo accesso 13 maggio 2020.

<sup>234</sup> Parte della dottrina ha sottolineato le lacune lasciate dalla presente sentenza auspicando l'intervento del legislatore per una coerente sistematizzazione della questione. In particolar modo in merito alla “mancata previsione della possibilità di riconoscere a favore dell'ex coniuge più debole un assegno a termine, finalizzato a lasciargli un tempo determinato per il reinserimento nel mondo del lavoro” e in merito al fatto che “manca nella legge italiana la possibilità di riconoscere a favore del coniuge che deve essere compensato per i sacrifici fatti durante il matrimonio una somma capitale in luogo di un assegno periodico. L'art. 5, 8° comma, L. n. 898/1970 prevede solo la possibilità che il giudice valuti equo l'accordo per una definizione in un'unica soluzione raggiunto fra le parti. Deve invece essere riconosciuta al giudice la possibilità di sostituire l'assegno periodico, in ogni caso in cui questa strada risulti praticabile, con una prestazione in un'unica soluzione che, lungi dal costituire un prolungamento del vincolo coniugale, realizza invece le finalità compensative con un *clean break*”. Così RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, op. cit., 1843 ss, con richiamo alla nota 39 del saggio di C.M. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa*, in *Giust. civ.com*, Editoriale del 9 giugno 2017. Per un confronto con l'esperienza del legislatore tedesco si veda: PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, op. cit., 2710 ss.

<sup>235</sup> RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, op. cit., 1843 ss. Sul punto si veda anche: PIANTANIDA, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Fam. e Dir.* 2018, 65; RIMINI, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1274; Id., *Assegno di mantenimento e assegno divorzile*, op. cit., 1799; Id., *Assegno di divorzio: non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando*, op. cit., 323 ss; Id., *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 1041 ss.

congiunto o di negoziazione assistita. Tutto questo, almeno, per la parte compensativa dell'assegno divorzile<sup>236</sup>.

A chiosa di queste riflessioni occorre anche precisare che il criterio del “medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio” è stato ormai superato anche per quanto concerne l'assegno di mantenimento comportando, come si suggeriva nel paragrafo precedente, un avvicinamento ontologico (se non una vera e propria sovrapposizione) tra l'assegno stabilito all'esito della separazione legale e quello di divorzio. L'Ordinanza della S.C. n. 16405/2019 ha confermato, infatti, che le riflessioni compiute nel 2018 dalla Suprema Corte a Sezioni Unite trovano applicazione anche con riferimento all'assegno di mantenimento, in tal modo facendo venir meno la necessità di dover trattare separatamente (e con criteri diversi) i due tipi di assegni, tanto che le riflessioni in materia di disponibilità o meno dell'uno possono dirsi vevoli *tout court* anche per l'altro<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Un'apertura in linea teorica che per essere concretamente ipotizzabile necessita un cauto percorso logico-razionale, quale è proprio quello che verrà compiuto nelle prossime pagine di questo lavoro. Per il momento si leggano le parole di un'autorevole dottrina secondo la quale, a proposito degli accordi patrimoniali preventivi della crisi, ha sostenuto che: “La concretizzazione del criterio ideato dalle Sezioni Unite comporterà la soluzione di alcuni interrogativi particolarmente problematici, quali il grado di disponibilità dell'assegno, alla luce dell'affermazione delle SS.UU. circa la tendenziale derogabilità e della natura non più (esclusivamente) assistenziale, nonché l'intreccio tra assegno e sistemazione patrimoniale, del resto postulata dalla stessa lettera della legge. (...) Le indicazioni applicative formulate evidenziano l'importanza di conservare memoria delle scelte concordate, quindi restituiscono attualità agli accordi di indirizzo della vita matrimoniale contemplati dall'art. 144 c.c. La loro redazione dovrà essere particolarmente accurata, sia quanto al contenuto, sia in ordine agli effetti. Sul primo fronte è intuitivo il differente grado di complicazione tra il censimento del possesso di beni e redditi attuali e l'illustrazione delle capacità e attitudini lavorative, insieme alle concrete chance di metterle a frutto. Sul secondo verranno in gioco i margini di disponibilità, la plausibilità di eventuali rinunce a far valere eventuali crediti, ciò che sembrerebbe consentito purché sia rispettata la soglia corrispondente alla componente assistenziale. In ogni caso occorrerà vigilare circa la formazione della volontà delle parti, per assicurare sia la genuinità del consenso - quindi l'assenza di interferenze o coartazioni -, sia la preventiva informazione; sono aspetti entrambi approfonditi e regolati nei paesi (Germania, Stati Uniti) che ammettono i patti preventivi rispetto all'assetto economico della crisi coniugale (*Ehevertraege; Prenuptial Agreements*), dalla cui esperienza pare quindi opportuno attingere. Invero è noto che, al fine di contenere il rischio di contenzioso, in altri ordinamenti viene fatto ricorso a questo tipo di patti patrimoniali, che in Italia sono osteggiati dalla giurisprudenza, sulla scorta di una pluralità di argomenti, la cui tenuta dev'essere verificata anche alla luce del mutato indirizzo relativo all'assegno di divorzio”. Così FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, op. cit., 1038.

Sulle aperture della dottrina ai patti prematrimoniali a seguito della sentenza 18287/2018 si legga anche RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile*, op. cit., 1041 ss.; GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e Mercato*, 2018, 236 ss.; SPASARI, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale. Prime riflessioni all'esito della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 18287 del 2018*, in Buzzelli (a cura di), *Il nuovo assegno di divorzio. L'istituto dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, Pisa, 2019, 115 ss.; SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, op. cit., 191 ss.

<sup>237</sup> Cass., 19 giugno 2019, n. 16405, in dir. *Fam. e Pers.*, 2019, 1172 ss. Per approfondimenti in dottrina si legga: RAVERA, *Separazione personale dei coniugi: come si calcola l'assegno di mantenimento?* in *ilfamiliarista.it*, 2017; VICINI, *Tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: archiviato anche nella separazione?*, in *ilfamiliarista.it*, 2018; SAVI, *La rilevanza del tenore di vita nel regolamento della crisi coniugale*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2017, 793 ss.

Dopo più di due anni dalla famosa sentenza del 2018, tuttavia, la dottrina continua incessantemente a monitorare l'evoluzione, nei Tribunali Italiani, degli indirizzi e dei principi statuiti dalla Suprema Corte a Sezioni Unite. Un'analisi empirica, tuttavia, non ci restituisce ancora un risultato pienamente soddisfacente<sup>238</sup>. Da una parte per alcune questioni non completamente risolte dalla SC<sup>239</sup>; dall'altra per le ritrosie di una certa giurisprudenza<sup>240</sup>, anche di legittimità, che tenta di mitigare

<sup>238</sup> Non si può non concordare, dunque, con le parole di Rimini secondo cui: “A quasi due anni di distanza dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 del 2018, la prassi non ha ancora elaborato un criterio per il riconoscimento dell'assegno divorzile e un metodo di calcolo uniformi e saldamente ancorati ad esigenze compensative. È perciò opportuna una riflessione, dai confini più ampi, relativa all'efficienza e all'equità dei criteri che il nostro ordinamento utilizza per attuare il principio costituzionale di parità nei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia. Ciò in una prospettiva che tenga conto del sistema complessivo e quindi sia della disciplina dei rapporti economici fra gli ex coniugi dopo la crisi del matrimonio, sia del regime patrimoniale della famiglia. Emerge un quadro non confortante che rende urgente un incisivo intervento riformatore da parte del legislatore”. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020, 422 ss.

<sup>239</sup> Si pensi ad esempio al peso da dare alle diverse funzioni dell'assegno divorzile così come individuate dalle Sezioni Unite. La domanda che parte della dottrina e della giurisprudenza si son poste è se la funzione assistenziale si trovi allo stesso livello, quanto a importanza, di quella compensativa, oppure quest'ultima debba prevalere, come sembrerebbero lasciar intendere i Giudici di Legittimità in alcuni passi della sentenza 18287/2018. La prevalenza della funzione compensativa su quella assistenziale è stata per esempio sostenuta dal Tribunale di Treviso in una recente pronuncia (cfr. Trib. Treviso, 1 marzo 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di BENANTI, *Il carattere recessivo della funzione assistenziale dell'assegno divorzile*, 1011 ss.) secondo il quale la funzione assistenziale dovrebbe essere intesa alla stregua di una funzione alimentare, ossia attribuibile solo nel caso in cui l'ex coniuge si trovasse in uno stato di bisogno non attribuibile a sua colpa. Sul punto anche la dottrina sembra dividersi. È stato per esempio sostenuto che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio più che garantire “le esigenze minime di vita di una persona” (come vorrebbe il tribunale di Treviso) si avvicina (senza sovrapporsi) all'istituto degli alimenti in quanto volto a garantire all'ex coniuge un'esistenza libera e dignitosa. Cfr. sul punto Cfr. RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, op. cit., 1699; Id., *Criteri di determinazione dell'assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 21 ss.; AL MUREDEN, *L'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 1019 ss., spec. 1028 s.; Id., *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 29 ss. Sugli alimenti e il livello di vita dignitoso che sono chiamati a garantire cfr., *ex multis*, AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2018, 289; SALA, *Gli alimenti*, in Bonilini, *Trattato dir. fam.*, II, Utet, 2015, 1899 ss.; PACIA, *Gli alimenti*, in Balestra (a cura di), *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, Utet, 2009, sub art. 433, 469. Non a caso, in una nota sentenza (sentenza cd. “Lamorgese”) i giudici parlano di “dignitoso mantenimento” inteso come tenore di vita superiore a quello alimentare anche se non più rapportabile a quello goduto in costanza di matrimonio. Cfr. anche MONDINI, *L'assegno di divorzio dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018: indicazioni per il giudice di merito*, in *Famiglia*, 2018, 537 ss.; App. Napoli, 10 gennaio 2019, n. 52 con nota di RIMINI, *Assegno divorzile: il valore decisivo del sacrificio per le esigenze familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 524 ss. e con nota di MORACE PINELLI, *I problemi irrisolti in materia di assegno divorzile, dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 622-659 in cui i giudici effettivamente parlano di “mezzi sufficienti per un'esistenza libera e dignitosa”.

<sup>240</sup> Si legga ad esempio la sentenza di App. Palermo, 9 gennaio 2019, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 177 ss., (sebbene in tema di separazione personale) secondo cui: “In tema di separazione personale dei coniugi, il marito deve ritenersi obbligato di versare alla moglie un assegno di mantenimento — di importo tale da consentirle di condurre il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio — sol perché titolare di un discreto patrimonio immobiliare ed indipendentemente dalle circostanze che: il

la portata della pronuncia del 2018<sup>241</sup>; dall'altra ancora perché ci è resi presto conto che cercare di dare soluzione al problema della natura dell'assegno divorzile non è

di lui reddito annuale risulti inferiore rispetto all'ammontare complessivo dell'emolumento imposto in sentenza; siano a carico pressoché totale di costui le spese dimantenimento del figlio; lo stesso sia gravato da una notevole esposizione debitoria; la moglie sia dotata di capacità al lavoro proficuo e non abbia provato di avere inutilmente cercato un'occupazione".

<sup>241</sup> A titolo meramente esemplificativo, si leggano le seguenti ordinanze della Cassazione: Cass., (ord.) 9 agosto 2019, n. 21234, in *Fam. e Dir.*, 2019, 1080, con nota di AL MUREDEN; Cass. (ord.), 7 ottobre 2019, n. 24934, in *Quotidiano Giuridico*, 2019. In esse i giudici sembrano sottolineare l'importanza preminente della natura assistenziale dell'assegno di divorzio, riducendo l'importanza di quella compensativa, in tal modo però scontrandosi con la Sentenza a Sezioni Unite in cui è stato pacificamente sostenuto che: "Il richiamo all'attualità, avvertito dalla sentenza n. 11504 del 2017, in funzione della valorizzazione dell'autoresponsabilità di ciascuno degli ex coniugi deve, pertanto, dirigersi verso la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio" (...) In caso di domanda di assegno da parte dell'ex coniuge economicamente debole ... l'adeguatezza [dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente l'assegno] assume un contenuto prevalentemente perequativo-compensativo". Ecco la ragione per la quale una certa dottrina, il cui pensiero pare condivisibile, sostiene che l'insegnamento delle Sezioni Unite è quello della preminenza della funzione compensativa, mentre la funzione assistenziale soccorre solo in quei casi in cui uno dei due coniugi non sia in grado, per qualche accidente, di condurre un'esistenza dignitosa dopo il divorzio. In questi casi, dunque, l'assegno assume una funzione eminentemente alimentare. Così RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia*, op. cit., 423, che richiama una pronuncia del Trib. Treviso, 1 febbraio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1017, con nota di BENANTI. Non manca, tuttavia, una giurisprudenza che segue il percorso tracciato dalle Sezioni Unite. Cfr., ad esempio, Cass., 17 aprile 2019, n. 10782, in *Dir. e Giust.*, 18 aprile 2019; Cass., 14 febbraio 2019, n. 4523, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019, 569 ss; Cass., 28 febbraio 2019, n. 5975, in *Quotidiano giuridico*, 2019; Cass., 29 gennaio 2019, n. 2480, in *Quotidiano giuridico*, 2019; Cass., 23 gennaio 2019, n. 1882, in *Fam. e Dir.*, 2019, 323; Trib. Civitavecchia, 14 settembre, 2018, in *Dir. Fam. e Pers.*, con nota di CRESCENZI, *La ridefinizione del parametro dell'“adeguatezza dei mezzi” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e le conseguenze in tema di modifica dell'assegno di divorzio*, 2019, 1599 ss.; Trib. Pavia, 23 luglio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 126, con nota di Rimini; Trib. Bergamo, 13 settembre 2018, in *ilfamiliarista.it*, 30.11.2018; Trib. Roma, 11 ottobre 2018, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 3274; Trib. Bologna, 17 luglio 2018, in *ilfamiliarista.it*, 25 settembre 2018; Trib. Pescara, 19 luglio 2018, *ivi*, 13 settembre 2018; Trib. Reggio Emilia, 23 luglio 2018, *ivi*, 7 novembre 2018; Trib. Verona, 20 luglio 2018, *ivi*, 19 ottobre 2018; Trib. Milano, 3 ottobre 2018, in *DeJure*; App. Catania, 16 ottobre 2018, *ivi*; Trib. Catania, 18 ottobre 2018, in *ilfamiliarista.it*, 19 dicembre 2018; App. Venezia, 26 ottobre 2018, in *DeJure*; Trib. Siena, 6.11.2018, *ivi*; Trib. Torino, 30 novembre 2018, *ivi*; Trib. Siracusa, 3 dicembre 2018, *ivi*; Trib. Treviso, 3 dicembre 2018, *ivi*; Trib. Siena, 15 dicembre 2018, *ivi*; Trib. Perugia, 8 gennaio 2019, *ivi*; App. L'Aquila, 18 gennaio 2019, *ivi*; Trib. Ancona, 15 febbraio 2019, *ivi*.

Di particolare rilievo, infine, la sentenza del Trib. di Pavia, 23 luglio 2018, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, 122 ss, con nota di RIMINI, *Assegno divorzile e rilievo delle pregresse attribuzioni patrimoniali*, la quale affronta nel concreto alcune questioni lasciate in sospeso o enunciate solo in via di principio dalle Sezioni Unite. In primo luogo, ad esempio, i giudici di merito sottolineano l'irrelevanza delle sperequazioni di genere che esistono nel mercato del lavoro. "A giudizio di questo Tribunale, i passi della sentenza delle Sezioni Unite che fanno riferimento alla "perdurante situazione di oggettivo squilibrio di genere nell'accesso al lavoro, tanto più se aggravata dall'età" e alla "funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio" non possono essere intesi nel senso di attribuire all'assegno di divorzio la funzione di ovviare alle sperequazioni che esistono nel mercato del lavoro e nel riconoscimento, anche economico, del lavoro extra-domestico femminile. In altri termini, se è notorio che la situazione sociale purtroppo penalizza le donne, rispetto agli uomini, sia nella ricerca del lavoro, sia nelle prospettive di carriera, sia addirittura (in molti casi nel settore privato) nella retribuzione pur a parità di mansioni, di tale notoria situazione si deve tenere conto al solo fine di valutare in concreto se una ex-moglie possa o meno trovare lavoro, dopo il divorzio e

sufficiente per dare effettiva attuazione al principio costituzionale di parità nei rapporti patrimoniali tra i coniugi<sup>242</sup>. Tale operazione deve essere attuata alla luce dell'ordinamento nel suo complesso<sup>243</sup> tenendo anche conto del regime patrimoniale della famiglia. Sia l'assegno che il regime patrimoniale, infatti, sono strumenti inscindibili di un sistema unitario<sup>244</sup>. Il ripensamento del primo, dunque, sta suscitando un vivo dibattito sull'opportunità di rivedere e riformare anche il secondo.

dopo una vita matrimoniale nella quale per scelta concorde dei coniugi si era dedicata esclusivamente alla famiglia". In secondo luogo viene approfondito il parametro della "perdita di chance". "Ritiene questo Collegio, pur consapevole della difficoltà di formulare in concreto una valutazione di questo genere, che sia necessario cercare di comprendere, nelle singole fattispecie, quale avrebbe potuto essere il percorso di vita del coniuge richiedente l'assegno qualora non si fosse sposato e raffrontare la situazione che si sarebbe potuta creare in tal caso con quella determinata dal divorzio. Altrimenti detto, nel giudizio prognostico relativo alle aspettative sacrificate, che comporta una valutazione "come se" un determinato fatto non fosse accaduto, l'elemento da eliminare è il matrimonio e non il divorzio, proprio per salvaguardare quei principi di solidarietà post-matrimoniale ben messi in luce dalle Sezioni Unite senza però cadere nel rischio di una visione "criptoindissolubilista" del matrimonio. Pur essendo questo Tribunale consapevole dell'estrema difficoltà di un simile giudizio prognostico, soprattutto quando, come nel caso che ci occupa, il matrimonio durò molti anni e i coniugi si sposarono piuttosto giovani, il Collegio ritiene che non si possa prescindere da tale valutazione, che andrà condotta anche sulla base di fatti rientranti nella comune esperienza e di presunzioni semplici ai sensi rispettivamente degli artt. 115 c.p.c. e 2729 c.c.". (l'Autore della nota, tuttavia, si dimostra essere particolarmente critico nei confronti di questo punti). Infine, Il Tribunale di Pavia affronta il tema della rilevanza, sotto il profilo compensativo, delle attribuzioni patrimoniali effettuate durante il matrimonio). "Invero si è visto che in sede di separazione le parti hanno diviso il patrimonio comune attraverso attribuzioni che tenevano conto dell'apporto dato dalla moglie alla carriera del marito, con corrispondente sacrificio della propria carriera professionale; parimenti gli impegni posti, nella separazione consensuale, a carico del marito hanno consentito alla moglie di accantonare risparmi e di effettuare acquisti immobiliari, con effetti che rimangono tuttora, nonostante lo scioglimento del vincolo: a giudizio del Collegio le esigenze di solidarietà post-coniugale poste in evidenza dalla Suprema Corte risultano soddisfatte nel caso di specie attraverso il regolamento voluto dalle parti al momento della separazione, che ha avuto un effetto di compensazione del sacrificio personale fatto dalla moglie e ha riconosciuto il contributo dato dalla medesima alla realizzazione professionale del marito".

<sup>242</sup> Sebbene, come rilevato da una certa dottrina, la sentenza della SC a sezioni unite abbia compiuto già un passo in avanti per la piena attuazione di importanti principi costituzionali. Si veda COSCO, *Assegno di divorzio – La revisione dell'assegno di divorzio ed i nuovi principi giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2020, 816 ss. secondo cui: "Ci sembra, in realtà, che la sentenza delle Sezioni unite debba essere guardata con favore, avendo riaffermato il valore della solidarietà post coniugale, conseguenza di un matrimonio "eticamente e giuridicamente forte", incentrato sulla pari dignità e sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (artt. 2, 3 e 29 Cost.), che impongono di attribuire, al verificarsi della crisi, il giusto rilievo alla durata del matrimonio ed all'effettivo contributo fornito dai coniugi alla vita familiare sulla base dei ruoli che si sono attribuiti per dare attuazione ai diritti ed ai doveri fissati dall'art. 143 c.c. (...) Il principio della parità fra i coniugi (ex art. 29 Cost.) opera soprattutto al momento della dissoluzione del vincolo; nell'ottica di dare rilevanza al matrimonio rapporto, ossia alla vita che i coniugi hanno trascorso insieme, occorre valorizzare, nella fase patologica del matrimonio, il profilo partecipativo e di condivisione di quanto realizzato insieme."

<sup>243</sup> Come sostenuto da QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, op. cit., 469 ss.

<sup>244</sup> Così BENANTI, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali fra coniugi*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, op. cit., 588 ss.

## 11. Accordi *a latere* della separazione e del divorzio.

Con il termine accordi *a latere* si intende le intese con cui coniugi mirano a integrare e/o a modificare le statuizioni contenute a conclusione dei procedimenti consensuali o giudiziali di separazione e divorzio. Essi, dunque, si formano al di fuori di un contesto giudiziario, costituendo un momento di formazione di volontà congiunta sulle modalità con cui far fronte al termine della comune vita spirituale e materiale.

Questa tipologia di accordi è stata frequentemente oggetto di analisi da parte della giurisprudenza, data la problematica assenza di controllo da parte di un organo giudicante<sup>245</sup>. La principale obiezione mossa riguarda il fatto che gli accordi *a latere*, integrando o modificando gli accordi conosciuti da parte di un giudice dovrebbero anch'essi subire lo stesso vaglio. Tale posizione, tuttavia, è stata più volte criticata soprattutto alla luce del ruolo marginale assunto dal giudice nei procedimenti di separazione consensuale e di divorzio congiunto. Da questa prima considerazione si sono sviluppate molte teorie dottrinali volte a perorare la tesi della loro validità. La giurisprudenza, come si vedrà, ha progressivamente ampliato il novero delle ipotesi in cui essi sono considerati ammissibili, ponendo tuttavia dei limiti in alcune particolari circostanze<sup>246</sup>.

Gli accordi *a latere* possono essere classificati secondo due criteri: uno

---

<sup>245</sup> Cfr. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 2, 459; GILIBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. Fam.*, 2014, 1, 476. AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, op. cit., 535 ss. Ciò per le già citate ragioni, e qui sinteticamente: 1- possono condizionare il contegno processuale delle parti, con lesione del diritto alla difesa, incidendo indirettamente sullo *status* di coniuge, cfr. COPPOLA, *Accordi in vista della pronuncia di divorzio*, in *Bonilini-Tommaseo, Lo scioglimento del matrimonio, nel Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010, 732 ss.; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, op. cit., 66.; 2- contrastano con il principio di inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio ex art. 160 c.c. 3- ove abbiano ad oggetto l'assegno di divorzio, si pongano in contrasto con la sua natura esclusivamente assistenziale, cfr. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, op. cit., 50.

<sup>246</sup> Cass., 20 ottobre 2014, n. 18066, in *Il Foro Italiano*, 2015, 567: "Al riguardo, la giurisprudenza di questa Corte è variamente intervenuta, con particolare riferimento agli accordi extragiudiziali, in occasione della separazione, attraverso una complessa evoluzione verso una più ampia autonomia negoziale dei coniugi. Dapprima si affermava che tutti i patti intercorsi tra i coniugi, in vista della separazione, anteriori, coevi o successivi, indipendentemente dal loro contenuto, dovevano essere sottoposti al controllo del giudice che, con il suo decreto di omologa, conferiva ad essi valore ed efficacia giuridica. Successivamente si cominciò ad effettuare distinzione sul contenuto necessario ed eventuale delle separazioni consensuali, sui rapporti tra i genitori e figli, riservati al controllo del giudice, e tra coniugi, che, almeno tendenzialmente, rimanevano nell'ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione, in base alla valutazione delle rispettive convenienze, fino a sostenere successivamente l'autonomia negoziale dei genitori, anche nel rapporto con i figli, purché si pervenga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice (tra le altre, Cass. Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Il Foro Italiano*, 1995, 2984; Cass. Civ., 22 dicembre 2005, n. 20290, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 7/8; Cass. Civ., 12 ottobre 2006, n. 23801, in *Il Foro Italiano*, 2007, 1189)".

temporale<sup>247</sup> e uno contenutistico<sup>248</sup>.

Quanto al contenuto potranno aversi accordi: *i*) modificativi del verbale di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso); *ii*) integrativi del verbale di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso); *iii*) derogatori del verbale di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso).

Quanto al tempo, se gli accordi sub *i*) sono necessariamente successivi e quelli sub *iii*) normalmente coevi alla separazione o al divorzio, quelli sub *ii*) possono essere: a) stipulati in precedenza all'accordo di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso). Con essi le parti si limitano a preparare il terreno all'imminente allentamento o scioglimento del vincolo, cominciando a definire alcune delle questioni che si porranno (ad esempio contrasti in materia di beni immobili comuni); b) stipulati in concomitanza all'accordo di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso). Generalmente riguardano la misura dell'assegno di mantenimento e i negozi di carattere transattivo che, per alcune ragioni ad esempio fiscali, i coniugi desiderano non pubblicizzare; c) stipulati successivamente all'accordo di separazione consensuale o della sentenza di divorzio congiunto (oppure di sentenza di separazione o divorzio contenzioso). Solitamente sono funzionali alla risoluzione di questioni di dettaglio non approfondite o di problemi insorti nell'esecuzione dei dispositivi di separazione o divorzio giudiziali.

Tra le tipologie di accordi in esame quelli integrativi risultano essere meno problematici. Essi, infatti, si limitano a precisare, riconoscere o puntualizzare, le condizioni già oggetto di statuizioni contenute nei provvedimenti di separazione o divorzio consensuali o contenziosi. Inoltre, permettono di introdurre alcune novità o far fronte a problematiche sorte in fase di esecuzione degli accordi<sup>249</sup>.

Diversamente, gli accordi derogatori o modificativi aggiungono un *quid novi ac pluris* rispetto a quanto già oggetto del vaglio giudiziale, potendo far cadere nel nulla alcune clausole. Si tratta, anche in questo caso, di possibili contenuti patrimoniali e non patrimoniali. Come già detto, il presente lavoro non ha a oggetto

<sup>247</sup> “Sarà poi opportuno chiarire (...) che il termine temporale di riferimento per stabilire il carattere anteriore, coevo o posteriore del patto non omologato è costituito non già dalla data di omologazione dell'accordo di separazione, ma da quella di sottoscrizione della relativa intesa; momento, questo, che potrebbe essere (ed anzi normalmente è) addirittura anteriore alla data di presentazione delle parti dinanzi al presidente del tribunale per l'udienza ex art. 708 c.p.c. La considerazione deriva dalla semplice constatazione secondo cui, come dimostrato in altra sede (Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 179 ss., 246 ss) e come apertamente riconosciuto anche in tempi recenti dalla Corte di legittimità. (Cfr. Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. giur.*, 2004, 307, con nota di OBERTO), l'omologazione non costituisce se non una condizione d'efficacia del negozio di separazione consensuale, laddove gli effetti di quest'ultima trovano il loro elemento generatore nella sola sovrana volontà delle parti, che della fattispecie della separazione consensuale costituisce dunque l'unico elemento costitutivo”. Così OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2, 2006, 152.

<sup>248</sup> Ibid. 147 ss.

<sup>249</sup> DE VELLIS - TAGLIAFERRI, *I Patti prematrimoniali*, Milano, 2015, 42 ss.

quest'ultima tipologia, ma si concentra solo sulla prima.

Si pone, dunque, il fondamentale interrogativo di quale sia il grado di autonomia privata dei coniugi nel determinare ciò che resta della propria relazione in maniera diversa da quanto conosciuto dal giudice.

Visto sotto quest'ottica, emerge chiaramente il punto problematico, ossia la mancanza del controllo giudiziale degli accordi dei coniugi, così previsto dal legislatore per il procedimento di separazione consensuale (artt. 158 c.c. e 711 c.p.c.), per quello di divorzio congiunto (art. 4 l. div), ma anche per il procedimento di modifica delle condizioni di separazione (artt. 710 e 711 ult. c. c.p.c.) e di divorzio (art. 9 l. div.). Infatti, gli accordi *a latere* precedenti non vengono omologati, mentre quelli successivi vengono realizzati in assenza del procedimento di modifica appena richiamato.

L'ammissibilità di questi patti può rappresentare una cartina tornasole dell'autonomia garantita ai coniugi in crisi da parte del nostro Ordinamento. È questa la ragione per cui è stato giustamente rilevato che "l'istituto degli accordi *a latere* non trasfusi nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio si rivela un significativo banco di prova dell'autonomia negoziale in ambito familiare<sup>250</sup>".

È chiaro come in gioco sussistono due esigenze e filosofie opposte: una di stampo pubblicistico che imporrebbe di sottoporre al vaglio di un potere pubblico le intese coniugali; l'altra di stampo privatistico che vorrebbe estendere gli spazi e le possibilità dei coniugi di autodeterminarsi dall'inizio alla fine della propria relazione.

La scelta di considerare leciti tali patti e/o di concederne ai coniugi una libera determinazione contenutistica rappresenta, quindi, spesso una scelta ideologica più che interpretativa.

È possibile dividere la trattazione della tematica degli accordi *a latere* della separazione in due momenti: nel primo si analizzeranno le intese con oggetto i coniugi e i loro aspetti patrimoniali; nel secondo quelle con oggetto la prole.

Attraverso un richiamo all'art. 158 c.c. è stato autorevolmente sostenuto che se il legislatore ha ritenuto di dover espressamente disciplinare i poteri del giudice in merito agli accordi in materia di prole, *a contrariis*, al giudice non sarebbe concesso il medesimo potere di indagine, suggerimento, rifiuto in merito agli accordi patrimoniali, con particolare riguardo all'assegno di mantenimento in favore del coniuge meno abbiente. La misura di questo, dunque, potrebbe essere determinata precedentemente all'accordo omologato o, ove sia stata oggetto dell'accordo omologato, essere rideterminata *in melius* o *in peius* mediante un successivo accordo<sup>251</sup>.

Sul punto la giurisprudenza ha modificato indirizzo nel corso del tempo. Dopo una prima stagione in cui, tra gli anni '60 e '70, venivano riconosciute valide le rinunzie preventive all'assegno di mantenimento nascoste da un atto di "riconoscimento di non aver diritto all'assegno" e dall'applicazione del principio del *rebus sic stantibus*<sup>252</sup>, si è passati a una totale chiusura nel corso degli anni '80<sup>253</sup>.

Tra il 1984 ed il 1985 la Suprema Corte ha, infatti, avuto modo di pronunciare la

---

<sup>250</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 22 ss.

<sup>251</sup> GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2006, 12, 1015.

<sup>252</sup> Cfr. Cass., 26 ottobre 1968, n. 3564.

<sup>253</sup> Cfr., OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 400 ss.

nullità sia degli accordi *a latere* precedenti all'accordo di separazione che di quelli successivi. La ragione principale di una tale chiusura veniva ricondotta alla natura della separazione, la quale apparterebbe a quel novero di atti che devono necessariamente conoscere il momento processuale. L'omologazione, infatti, veniva intesa come condizione necessaria affinché tutti gli accordi volti a regolare la separazione potessero trovare efficacia<sup>254</sup>. Una tale posizione giurisprudenziale tuttavia, come è stato rilevato, "era eccessivamente suggestionata dalla prevalenza di interessi pubblicistici nel settore familiare<sup>255</sup>".

La giurisprudenza successiva, invece, ha ritenuto opportuno suddividere la disciplina degli accordi in base al momento della loro stipula, se antecedente, coeva o postuma all'accordo di separazione consensuale<sup>256</sup>.

Gli accordi privati dei coniugi successivi alla separazione, si è detto, "trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi validi ed efficaci anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c. quando non varchino il limite della derogabilità consentito dall'art. 160 c.c."<sup>257</sup>. In questo senso si è definitivamente negato che il processo sia luogo necessario per le modifiche successive delle condizioni stabilite con la separazione, e si è affermato che la giurisprudenza riconosce la validità degli accordi *a latere* successivi se e in quanto costituiscano solamente una specificazione in senso migliorativo degli interessi delle parti<sup>258</sup>.

<sup>254</sup> Con la sentenza n. 14/1984, la Corte di Cassazione chiarava la nullità di un accordo stipulato anteriormente all'omologazione del verbale di separazione (e in questo non trasfuso) con il quale il marito si impegnava a corrispondere alla moglie un contributo economico maggiore rispetto a quello stabilito nell'accordo di separazione al fine di poter consentire alla stessa di far fronte in maniera migliore alle esigenze dei figli minorenni. "Successivamente all'omologazione della separazione consensuale, gli accordi con cui i coniugi modificano, anche migliorandole, le condizioni relative al mantenimento del nucleo familiare, includente i figli minori, sono inefficaci se non vengono omologate dal Tribunale". Così Cass. Civ., sez. I, 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Dir. Fam.*, 1985, 510.

<sup>255</sup> OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 153.

<sup>256</sup> Tale *revirement* giurisprudenziale è avvenuto con due sentenze degli anni '90, ossia: Cass. Civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. Fam.*, 1994, 554; Cass. Civ., sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657 in *Il Foro Italiano*, 1995, 2984.

<sup>257</sup> Così Cass. Civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. Fam.*, 1994, 554.

<sup>258</sup> GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, op. cit., 1016. Cfr. anche ANELLI E SESTA, *Premesse generali*, in Zatti (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, III, Anelli e Sesta (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, op. cit.; AL MUREN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, op. cit., 1018; FERRANDO, *La separazione consensuale*, in Ferrando e Lenti (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, Cedam, 2011, 32; ZANETTI-VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, nel *Commentario Schlesinger*, op. cit., 572; ROSSI-CARLEO e CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, in Auletta (a cura di), IV, II, *La crisi familiare*, Giappichelli, 2013, 132; ARCERI, *sub art. 158 cod. civ.*, in Sesta (a cura di) *Codice della famiglia*, op. cit., 630. A titolo esemplificativo, ciò potrebbe accadere qualora i coniugi regolassero l'assegno di mantenimento o l'assegnazione della casa familiare diversamente da quanto previsto dall'accordo omologato, in modo da tutelare maggiormente gli interessi sottesi ai citati istituti. Ad esempio, è stato ritenuto valido l'accordo con il quale i coniugi avevano concordato a seguito dell'omologazione di vendere la casa familiare di proprietà del marito e assegnata alla moglie, con la ripartizione in parti uguali della somma ricavata. La *ratio* sottesa al riconoscimento della validità di un tale contratto è stata che, mediante lo stesso, entrambi i soggetti ne avrebbero beneficiato e avrebbero potuto far fronte a nuove e sopraggiunte necessità. Infatti, da una parte il

Prima di tale *revirement* giurisprudenziale la dottrina prevalente riteneva necessaria l'omologazione delle intese *de quo*, sulla base del presupposto che, altrimenti, l'art. 158 c.c. sarebbe stato destituito di ogni fondamento ove si fosse consentito ai coniugi di porre nel nulla gli accordi omologati sostituendoli con intese non sottoposte al vaglio del tribunale<sup>259</sup>. Veniva, inoltre, fatto riferimento al richiamo operato dall'art. 711 c.p.c. agli artt. 710 c.p.c e 158, 1 c.c. disposizioni che, si diceva, "richiedono l'intervento del giudice"<sup>260</sup>. Infine, si asseriva che l'omologazione della modifica risultava necessaria poiché costituiva un *minus* rispetto all'accordo

---

marito aveva manifestato il bisogno di trasferirsi in un'altra città; dall'altra, alla moglie sarebbe stata riconosciuta un'ingente somma di denaro per un immobile di cui non era proprietaria e con tale somma sarebbe riuscita a far fronte alle esigenze proprie e della figlia con lei convivente. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Il civilista* 2009, 12, 72. Principio espresso anche in sentenze più recenti. Cfr., Cass. Civ., sez. I, 02 ottobre 2012, n. 16767, in *Guida al dir.*, 2012, 49-50. Cfr. anche Cass., 23 settembre 2013 n. 21736, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2014, 582, secondo cui: "Nel caso in cui, nell'ambito di un accordo destinato a disciplinare una separazione consensuale, sia inserita anche una convenzione avente una sua autonomia, in quanto non immediatamente riferibile né collegata al contenuto necessario del regime di separazione, si tratta di compiere una indagine ermeneutica, nel quadro dei principi di cui all'art. 1362 c.c., e segg., diretta a stabilire se a quella convenzione possa essere riconosciuta autonoma validità ed efficacia, infatti, alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c."

<sup>259</sup> Cfr. FALZEA, *La separazione personale*, op. cit., 209 ss.; MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, op. cit., 242 ss.; AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 263 s.; BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, op. cit., 25; PAJARDI, *La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza*, Padova, 1979, 510 ss.; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, in *Comm. cod. civ., redatto a cura di magistrati e docenti*, Torino, 1982, 1094 ss.; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit.; FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 694 s.; D'ANNA, *Ancora in tema di presunta «autonomia negoziale» dei coniugi separati: osservazioni critiche*, nota a Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Riv. not.*, II, 1985, 1187 s.; CALÒ, *Convenzioni modificative del contenuto del verbale di separazione tra coniugi*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, I, 1983-1985, Milano, 1990, 249 ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, 879 ss.; GIORGIANNI, *Sui patti aggiunti alla separazione consensuale e sulla famiglia di fatto*, nota a Trib. Genova, 2 giugno 1990, in *Giur. merito*, 1992, 62; TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, op. cit., 596 s.; MORACE PINELLI, *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*, nota a Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 307; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 144; *contra* cfr. però BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, 588; DELCONTE, *Il rapporto tra omologazione del giudice e consenso dei coniugi nella separazione consensuale*, in *Arch. civ.*, 1992, 643; per un riassunto delle varie posizioni espresse al riguardo cfr. anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 240 ss.

<sup>260</sup> JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, op. cit., 879 s.; cfr. anche PAJARDI, *La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza*, op. cit., 510 ss.

raggiunto e trasfuso nelle condizioni di separazione<sup>261</sup>. Si escludeva, però, la necessità di un apposito giudizio ordinario o camerale (dopo la riforma prevista dalla l. 29 luglio 1988, n. 311) ex art. 710 c.p.c., ritenendo che fosse sufficiente presentare l'intesa al tribunale per l'omologazione<sup>262</sup>.

La Cassazione, invece, con due pronunce degli anni '90<sup>263</sup> ha escluso che il richiamo dell'art. 711 c.p.c. agli artt. 710 c.p.c. e 158, 1 c.c. si riferisca alla necessità di omologazione delle intese successive, rilevando come il procedimento menzionato dall'art. 710 c.p.c. non sia quello di omologazione o di controllo di un'attività pattizia, ma quello di intervento del giudice in merito alla contesa tra coniugi separati sul mutamento del titolo della separazione o alle modifiche delle condizioni della stessa<sup>264</sup>.

La dottrina successiva ha perorato la tesi della Cassazione, rilevando in primo luogo che, effettivamente, il disposto dell'art. 710 c.p.c. non potrebbe trovare applicazione laddove la modifica fosse consensuale, stante la natura contenziosa del procedimento che esso introduce<sup>265</sup>. Tuttavia, nemmeno l'omologazione sembrerebbe la via più corretta da praticare. Si è detto che voler riscontrare la presenza di un ulteriore limite all'autonomia dei privati nonostante il silenzio del legislatore sarebbe un'opera del tutto arbitraria. In aggiunta, è stato rilevato che se è potere dei coniugi porre fine in qualsiasi momento allo stato di separazione senza nessun controllo (cfr. art. 157, 1 c.c.), a maggior ragione dovrebbe essere consentito agli stessi la possibilità di accordarsi sulla modifica di alcuni effetti della separazione

<sup>261</sup> FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, op. cit., 695.

<sup>262</sup> *Ex multis*, FALZEA, *La separazione personale*, op. cit., 209 ss.; MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, op. cit., 242 ss.; AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 263; ss.; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, op. cit., 1094 s.; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 129 s.; FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, op. cit., 694 ss.; D'ANNA, *Ancora in tema di presunta «autonomia negoziale» dei coniugi separati: osservazioni critiche*, op. cit., 1187 ss.; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, op. cit., 879 ss.; GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, op. cit., 721; TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, op. cit., 596 ss.; SALA, *Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi*, nota a Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, 220; Id., *Accordi successivi all'omologazione della separazione ed autonomia negoziale dei coniugi*, op. cit., 1493 ss.; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 1996, 144.

<sup>263</sup> Cass. Civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, cit.; Cass. Civ., sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657, cit.

<sup>264</sup> FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1657 ss.; cfr. anche OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit.

<sup>265</sup> Inoltre, un altro argomento può essere scorto dall'analisi del ricorso per la separazione consensuale e dalla natura del controllo svolto dal giudice. Se la causa della separazione è insita nella volontà dei coniugi espressa mediante l'accordo, e se tale accordo vede nell'omologazione solo ed esclusivamente una condizione legale di efficacia, ai coniugi dovrebbe poter essere concesso di accordarsi in modo libero una volta legalmente separati, con il solo limite degli argini costituiti dagli artt. 160 e 1322 c.c. Sul punto cfr. TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, op. cit., 596 ss.; METITIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 1177; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1064; in giurisprudenza cfr. Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corr. giur.*, 1993, 820, con nota di LOMBARDI; in *Giust. civ.*, 1994, I, 213, con nota di SALA; in *Giust. civ.*, 1994, I, 912; in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994, 554, con nota di DORIA.

consensuale o giudiziale senza richiedere l'intervento di un giudice<sup>266</sup>.

Diverso, invece, è l'indirizzo assunto dalla giurisprudenza nei confronti degli accordi *a latere* coevi o antecedenti all'accordo con cui i coniugi decidono di separarsi consensualmente. Il sospetto con cui questa tipologia di accordi sono sempre stati visti deriva dal fatto che l'intesa dei privati viene deliberatamente sottratta al controllo del giudice, non confluendo nel ricorso introduttivo per ottenere l'allentamento del vincolo<sup>267</sup>. Il timore principale è sempre stato quello che la redazione antecedente o precedente dell'accordo fosse da imputare al desiderio di tenerlo nascosto al fine di evitare gli ostacoli del controllo giudiziale. Di conseguenza, dagli anni '90 la giurisprudenza ha ritenuto che la validità di tali accordi debba essere garantita solo ove gli stessi siano caratterizzati dalla "non interferenza rispetto all'accordo omologato<sup>268</sup>" e di "di conclamata e incontestabile rispondenza all'interesse tutelato<sup>269</sup>". Con tale dicitura si intende che l'accordo non deve riguardare un profilo non ancora disciplinato, ovvero deve concernere uno già considerato ma che viene risolto in maniera conforme, ovvero assicurare una tutela maggiore all'interesse protetto ovvero, infine, integrare o specificare l'accordo omologato senza mutarne il quadro di riferimento.

In questo senso, si è detto, la giurisprudenza avrebbe adottato una soluzione "mediana" e di "compromesso". Da una parte, infatti, le intese *a latere* antecedenti o coeve non sono state ritenute essere universalmente valide, poiché ciò sarebbe potuto risultare in aperto contrasto con il dettato di cui all'art. 158 c.c. (e art. 4 l. div). Dall'altra, tuttavia, l'orientamento di chiusura precedente è stato temperato mediante il riconoscimento della validità di quelle intese che risultino essere più vantaggiose per il coniuge più debole e per i figli. Se così non fosse, è stato rilevato, si determinerebbe il paradosso di pregiudicare la parte più debole del rapporto<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> cfr. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, op. cit., 1658 ss.; ALPA e FERRANDO, *Quaestio*, op. cit., 512 ss.

<sup>267</sup> Se si tratta di contenuti estranei a quelli disciplinati dall'accordo omologato, infatti, *nulla quaestio*. Trattandosi di materie estranee non vi sarebbe un astratto conflitto tra gli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c. Così, Cass. Civ., sez. I, 8 novembre 2006, n. 23801, in *Il Foro Italiano*, 130, 4, 1189 ss.

<sup>268</sup> Cass. Civ., sez. II, 23 settembre 2013, n. 21736, cit.

<sup>269</sup> Cass. Civ., sez. I, 28 luglio 1997, n. 7029, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1287. In sostanza, la Cassazione ha stabilito che gli accordi precedenti o contemporanei al verbale di omologazione non trasfusi nell'accordo omologato "non possono incidere su di esso con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c. Così, Cass. Civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. Fam.*, 1994, 554, con nota di DORIA. Anche la giurisprudenza di merito sembra ormai essersi assestata nel riconoscere questo principio. A titolo esemplificativo si veda: Tribunale di Nola, 10 Febbraio 2015, in *De Jure*: "Sono validi i patti tra coniugi c.d. *a latere*", configurando contratti atipici e non convenzioni matrimoniali o atti di liberalità, le pattuizioni dagli stessi raggiunte prima e/o contestualmente al decreto di omologazione della separazione e non trasfuse nell'accordo omologato solo quando, in base ai principi stabiliti dall'art. 1362 c.c., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiose al coniuge più debole ovvero concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo o ancora costituiscano clausole meramente specificative e/o integrative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato dall'art. 160 c.c. attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c."

<sup>270</sup> Così, ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., 97.

Prima di differenziare tra accordi *a latere* precedenti e coevi all'omologazione da una parte e successivi dall'altra con le già menzionate sentenze del '93 e '94, la Suprema Corte era solita non distinguere tra queste due tipologie, riferendosi a essi con il termine generale di "accordi non omologati", invalidi senza alcuna eccezione<sup>271</sup>.

Nonostante tale divisione sia ormai accettata da buona parte dei commentatori, residuano comunque alcune perplessità<sup>272</sup>. Ciò non tanto per la distinzione sulla base del dato temporale, ma sul presupposto dell'arbitrarietà del criterio usato che vorrebbe le intese successive sempre valide, col limite del rispetto dei diritti inderogabili ex art. 160 c.c., mentre quelle precedenti e coeve valide solo allorché "non interferenti rispetto all'accordo omologato" o in caso di "conclamata e incontestabile rispondenza all'interesse tutelato".

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>273</sup> questa distinzione troverebbe ragione nel non privare di ogni senso compiuto l'istituto dell'omologazione, cosa che avverrebbe nel caso si estendessero anche agli accordi precedenti e coevi la stessa soluzione adottata per quelli successivi.

Tuttavia, si richiami per un attimo la distinzione fatta nella prima parte del presente capitolo tra "elementi essenziali" e "elementi eventuali" del negozio di separazione. Se si accetta quella teoria secondo cui tutti gli accordi patrimoniali tra i coniugi fanno parte della componentistica "eventuale"<sup>274</sup> allora queste intese potrebbero anche non risultare dal verbale. Lo stesso dicasi, tra l'altro, per tutte le condizioni di una separazione di fatto, la quale per definizione prescinde dall'omologa. L'eventuale estensione della validità anche a tutte le intese precedenti all'omologa non potrebbe significare per se stessa una privazione di significato dell'istituto dell'omologazione. Ciò, per lo meno, non più di quanto già possa fare l'ammissione della validità delle intese di una separazione di fatto o di quelle a contenuto patrimoniale non trasfuse nel verbale di separazione<sup>275</sup>.

In secondo luogo, la condizione della "conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato" appare un requisito che, oltre a non trovare alcun appiglio normativo all'interno della disciplina qui in oggetto, si pone in contrasto con gli stessi principi negoziali che la Suprema Corte ha riconosciuto, nelle sue sentenze, applicabili alle fattispecie in esame. Si tratta dei principi generali in materia contrattuale<sup>276</sup> secondo cui, nel caso di un accordo avente il medesimo

<sup>271</sup> Cfr. Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, cit.; Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, cit.

<sup>272</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 368 ss.

<sup>273</sup> FERRARI, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*, op. cit., 717; CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, op. cit., 392 ss.

<sup>274</sup> Come accettato da parte della dottrina e della giurisprudenza. Se, invece, si ritenesse di non aderire a tale teorica, considerando anche l'accordo sul mantenimento un elemento essenziale, il discorso che si sta per fare varrà, quanto meno, con riferimento a tutti gli altri accordi a contenuto patrimoniale altri rispetto all'assegno.

<sup>275</sup> OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit.

<sup>276</sup> Cfr. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, op. cit., 563 ss.; OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 157 ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, op. cit., 287 ss. e CORDER, *Accordi tra i coniugi precedenti, coevi e successivi alla separazione consensuale*, in Mariani e Passagnoli (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova, 2007, 489 ss.

oggetto tra le stesse parti, il successivo in senso cronologico revoca il primo in caso di incompatibilità<sup>277</sup>. Inoltre, poiché le intese a contenuto patrimoniale costituiscono contenuto meramente eventuale dell'accordo di separazione consensuale e il tribunale non può rifiutare l'omologazione solo ed esclusivamente per la loro mancanza, al contrario, la validità di tali intese ove inserite in un accordo *a latere* non può essere negata solamente perché prive di omologa del tribunale. Il ruolo del giudice, si ricordi, è solamente quello di verificare la rispondenza agli interessi della prole degli accordi di separazione, nonché verificare il rispetto del loro contenuto con le norme di ordine pubblico. I suoi poteri, tuttavia, non gli permettono di confondersi con l'autonomia dei coniugi.

Tutto ciò premesso, è stato sostenuto come l'unica distinzione in grado di assumere ancora una valenza sarebbe quella tra accordi inerenti ai rapporti tra i coniugi e quelli attinenti alla prole. Ciò non tanto per un differente apprezzamento in termini di ammissibilità o di convenienza, ma unicamente perché solo i secondi sono assoggettati, sul piano della legittimità, al vaglio del giudice.

In questo contesto, si è concluso che il tempo della stipulazione delle intese *a latere* rilevarebbe, caso per caso, solo per risolvere i possibili contrasti con le intese omologate alla luce dei principi generali in materia contrattuale<sup>278</sup>. In questo senso, quando un patto coevo o anteriore *a latere* abbia lo stesso oggetto di quello inserito nel verbale di separazione non si potrà preferire quest'ultimo solo perché è stato omologato. Ciò perché il giudice non ha il potere di preferire un contenuto piuttosto che un altro, fatto salvo il caso di violazione di diritti inderogabili. Il problema di quale delle due pattuizioni particolari debba regolare il rapporto tra i coniugi, quindi, può risolversi solo per via interpretativa. È solo con l'interpretazione del caso concreto che si riuscirà a determinare la reale volontà dei coniugi, giungendo ad abbracciare una delle due possibili conclusioni. La prima è che l'accordo successivo omologato rappresenti una tacita volontà di revocare i patti precedenti. La seconda, che l'accordo omologato costituisca il "tassello finale di un procedimento simulatorio" in cui l'accordo precedente, diverso per contenuto da quello omologato, sia quello realmente voluto, rappresentando, perciò, il negozio dissimulato<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> Per approfondimenti sulla relazione tra simulazione e separazione consensuale si veda: OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale*, op. cit., 774 ss.; Id., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, op. cit., 309 ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, op. cit., 290 ss.

<sup>278</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 368 ss. Dello stesso parere sono anche BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, op. cit., 290 ss.; BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 332. In senso contrario, invece, PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Franco Angeli, 2001, 98 ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, op. cit., 290 ss.

<sup>279</sup> "I coniugi, prima di avviare il processo di separazione, stabiliscono che i loro rapporti patrimoniali saranno regolati da accordi diversi da quelli omologati dal giudice. Le parti non vogliono gli effetti delle pattuizioni omologate bensì gli effetti degli accordi antecedenti; in ciò si sostanzia l'accordo simulatorio il quale, secondo la tesi che ricostruisce la simulazione in modo unitario e non quale divergenza tra volontà e dichiarazione, può anche essere anteriore al contratto simulato e non solo, come normalmente accade, contemporaneo a questo. Si ha simulazione anche quando "si conviene tra le parti che il contratto che esse andranno prossimamente a concludere sarà solo fittizio" (ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 697 e C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 700)", così

Si deve ritenere, tuttavia, che la regola generale mediante cui determinare la volontà delle parti sia quella secondo cui l'accordo successivo (omologato) deroghi a quello precedente (*a latere*), salva la prova della simulazione del patto omologato di cui è onerato il coniuge che intenda far valere l'accordo cronologicamente anteriore<sup>280</sup>.

## 12. Figli e accordi *a latere*.

La giurisprudenza, fino agli anni '90, è sempre stata concorde nel ritenere che gli accordi tra i coniugi inerenti alla prole dovessero trovare luogo in un atto che conoscesse, almeno in parte, l'*iter* processuale<sup>281</sup>. Si diceva, infatti, che solo con l'omologazione tali accordi potessero acquisire validità. Il controllo del giudice era ritenuto, quindi, non solo fondamentale, ma un requisito necessario perché tali accordi potessero produrre i propri effetti. Perciò, anche in presenza di accordi favorevoli alla prole o migliorativi rispetto a quanto inserito nell'accordo omologato, senza il necessario passaggio giudiziale nessun effetto poteva essere a loro riconosciuto<sup>282</sup>.

Con le summenzionate sentenze del 1993 e 1994, tuttavia, la Suprema Corte ha cambiato orientamento, non rinvenendo una norma specifica ostativa al principio generale di libertà negoziale in sede di crisi coniugale<sup>283</sup>.

---

GORGONI, *accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, op. cit., nota 16; cfr. anche BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, op. cit., 291.

<sup>280</sup> Ibid.

<sup>281</sup> Cfr., Cass. Civ., sez. I, 5 gennaio 1984, n. 14, in *Dir. Fam.*, 1984, 473; Cass. Civ., sez. I, 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Giur. it.* 1986, I, 1118, in cui si afferma che: "(...) Tale diritto-dovere ha un contenuto reale solo se tutte le condizioni vengono presentate al giudice; conseguentemente sono inefficaci sia le clausole concordate prima ma non presentate all'omologazione, sia quelle concordate successivamente all'omologazione le une e le altre in concreto non passate al controllo riservato al giudice".

<sup>283</sup> "In realtà il controllo del tribunale in sede di omologazione, pur trovando il suo momento più specifico esteso anche alla possibilità di indicazioni correttive nell'area dell'affidamento e del mantenimento dei figli, nondimeno involge anche le altre parti dell'accordo di separazione, come verifica del non travalicamento del canone di inderogabilità posto dall'art. 160 c.c. D'altro canto, l'accordo di separazione non si scinde in una duplice tipologia di clausole strutturalmente differenziate ('processuali' o 'extraprocessuali', secondo la terminologia della sentenza citata), ma è atto unitario ed essenzialmente negoziale, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia e in tale prospettiva si è collocata anche la giurisprudenza di questa Corte con alcune recenti sentenze, come la n. 2788-1991, la quale ha dato notevole rilievo all'autonomia dei coniugi, affermando il diritto di ciascuno di essi di 'condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto generale dei propri interessi economici, sempreché con tale composizione non si realizzi una lesione di interessi inderogabili (v. anche, in precedenza, la sentenza n. 3940 del 1984). In altri termini, è vero che il controllo del tribunale, in sede di omologazione ex art. 158 c.c., si appunta particolarmente sulla materia dell'affidamento e del mantenimento della prole, ma tale constatazione non può rovesciarsi nella proposizione reciproca secondo cui quella materia, in quanto tale, richiederebbe in ogni caso un momento di controllo giudiziario preventivo, anche quando il relativo negozio intervenga dopo l'omologazione. Tale ipotesi, fra l'altro, implicherebbe uno strumento processuale *ad hoc*, che invece non esiste, prevedendo la legge il procedimento di omologazione della separazione (art. 158 c.c.) ma non procedimenti omologativi di eventuali pattuizioni successive di modifica" (Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, cit.; negli stessi

Anche la dottrina maggioritaria si pone criticamente nei confronti di un divieto aprioristico degli accordi modificativi al di fuori della sede processuale, rinvenendo come l'interesse superiore dei figli rappresenti non già un'esigenza tipica del momento della separazione, ma un limite costante all'autonomia dei genitori<sup>284</sup>. Questi quindi, di comune accordo, avrebbero il diritto di modificare alcuni aspetti della modalità di esercizio della responsabilità genitoriale precedentemente concordata, come i termini del collocamento o del mantenimento, pur dovendo sempre rispettare gli artt. 160, 147, 148, 316 bis ss c.c. A favore di una tale tesi si è detto che ove non si permettesse ai genitori di concordare privatamente gli aspetti economici, personali, educativi della comune prole si paleserebbe un possibile pregiudizio nei confronti del figlio, laddove venisse impedito anche un accordo di senso migliorativo rispetto a quello precedentemente stipulato e conosciuto dal giudice<sup>285</sup>. Inoltre, anche ammesso che l'accordo privatamente stipulato tra ex coniugi fosse davvero peggiorativo per la prole, sarebbe sempre possibile instaurare un giudizio ordinario per accertarne la nullità, stante la violazione della norma imperativa di cui all'art. 160 c.c. Riconosciuto ciò, il controllo giudiziale non verrebbe mai a mancare, ma opererebbe solo in via eventuale e "in forma virtuale attraverso il processo contenzioso"<sup>286</sup>.

Infine, le intese in merito alla prole, come spiegato nei paragrafi precedenti, sono sempre assoggettate alla clausola del *rebus sic stantibus* e al principio dell'interesse superiore della prole, stante la particolarità del rapporto tra genitore-figlio che non ammette soluzioni di continuità. In qualsiasi momento, quindi, ove l'accordo non risultasse più confacente alle esigenze concrete ogni coniuge avrebbe il diritto di instaurare la procedura di modifica delle condizioni ex art. 710 c.p.c.<sup>287</sup>.

Queste voci sottolineano come una siffatta impostazione risulterebbe in linea con l'evoluzione dei tempi, in particolar modo ove si tenga in considerazione le modifiche legislative recenti in tema di affidamento condiviso della prole, volte a garantire una maggiore autonomia dei coniugi nel decidere tempi e modi del rapporto tra genitori e figli a seguito di separazione personale<sup>288</sup>. Inoltre, tale impostazione consentirebbe di non doversi recare dinanzi al Tribunale per ogni questione in merito ai figli, soprattutto nel caso in cui i genitori siano riusciti a raggiungere un accordo in maniera non litigiosa<sup>289</sup>.

Rimane un ultimo punto da analizzare. C'è da chiedersi, infatti, cosa accada nel caso in cui l'accordo *a latere* dovesse essere dichiarato, per qualsiasi ragione,

---

termini anche Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, cit.).

<sup>284</sup> ALPA e FERRANDO, *Quaestio*, op. cit., 516 s.; 569; SALA, *Accordi successivi all'omologazione della separazione ed autonomia negoziale dei coniugi*, op. cit., 1493, 1495 ss.

<sup>285</sup> A perorare tale pensiero si veda OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 157; ALPA e FERRANDO, *Quaestio*, op. cit., secondo cui: "l'applicazione della pattuizione più vantaggiosa sarebbe, quindi, preclusa per il solo fatto che tale accordo non è stato sottoposto al controllo giurisdizionale, peraltro non previsto dalla legge".

<sup>286</sup> CARINGELLA - GIOVAGNOLI, *Studi di diritto civile*, vol. 1, Milano, 2007, 710.

<sup>287</sup> Cfr. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, op. cit., 569.

<sup>288</sup> Ovviamente, se e in quanto i coniugi riescano a mantenere un rapporto bilanciato, pacifico e favorevole alla prole.

<sup>289</sup> ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., 94 e ss

invalido. Si ritiene che la soluzione non possa essere la medesima di quella in relazione agli accordi *a latere* disciplinanti la sfera patrimoniale dei coniugi, consistente nella riviviscenza dell'accordo omologato. Infatti, essendoci in gioco interessi superiori, la dottrina maggioritaria ritiene necessario che sia un giudice a stabilire se le condizioni delle intese omologate siano ancora idonee a disciplinare la situazione attuale<sup>290</sup>.

### 13. Gli accordi *a latere* del divorzio

La giurisprudenza maggioritaria ritiene che gli accordi *a latere* della sentenza di divorzio siano profondamente diversi da quelli *a latere* dell'accordo omologato<sup>291</sup>.

In questo paragrafo si effettuerà una disamina delle ragioni per cui è ipotizzabile e auspicabile un riconoscimento di uguaglianza della validità di entrambe le tipologie, servendosi di alcune importanti pronunce che perorano una tale tesi.

Per quanto concerne le intese precedenti o coeve alla pronuncia di divorzio sembra possibile richiamare la libertà contrattuale delle parti nel concordare, parallelamente o a integrazione dell'accordo di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, alcuni aspetti della futura vita da divorziati. Ad aver riconosciuto, sebbene implicitamente, tale possibilità sarebbe stata, secondo una parte della dottrina, la Corte Costituzionale nell'ormai lontano 1995<sup>292</sup>. Il giudice *a quo*, la Corte d'Appello di Torino, aveva sollevato questione di costituzionalità dell'art. 9 c. 1 l. div. nella parte in cui è previsto che il coniuge divorziato possa far valere il suo diritto alla pensione di reversibilità solo laddove sia beneficiante di un assegno divorzile stabilito giudizialmente. Nella circostanza del fatto concreto, però, era accaduto che i due coniugi, prima di chiedere e ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio, avessero stipulato a mezzo di scrittura privata (non richiamata dalla sentenza di divorzio) il riconoscimento di un assegno periodico per il mantenimento della moglie da parte dell'ex marito. I giudici della Consulta hanno dichiarato infondata la questione affermando, però, che il diritto previsto dall'art. 9 l. div. possa trovare "attuazione mediante un atto di autonomia privata" al quale, tuttavia, può essere riconosciuto solamente un'efficacia "circoscritta ai rapporti tra le parti, mentre nessuna rilevanza la convenzione privata può avere nei confronti dell'INPS (terzo) ai fini dell'integrazione della fattispecie costitutiva del diritto alla pensione di reversibilità prevista dall'art. 9".

Più recentemente, la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi a favore della piena validità delle convenzioni accessorie agli accordi di divorzio, chiarendo che la loro interpretazione è demandata al giudice di merito. La decisione assunta da quest'ultimo deve basarsi sugli articoli 1362 ss. c.c. e non può essere sindacata in Cassazione se motivata adeguatamente<sup>293</sup>.

<sup>290</sup> FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, op. cit., 1660; OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit.

<sup>291</sup> *Ex multis*, Cass. Civ., sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 12, secondo cui: "ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo".

<sup>292</sup> Corte Cost., 8 marzo 1995, n. 87, in *Dir. Fam.*, 1996, 13.

<sup>293</sup> OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 154.

Sempre sul punto, inoltre, si registrano anche numerose decisioni dei tribunali di merito di tutta Italia. In più occasioni, infatti, diversi giudici hanno ritenuto valide ed efficaci le intese *a latere* stipulate in precedenza o in costanza di divorzio contro il tentativo del coniuge obbligato di dimostrarne l'invalidità perché non trasfuse nell'accordo di divorzio congiunto<sup>294</sup>.

Per quanto concerne, invece, gli accordi successivi e di modifica del contenuto della pronuncia di divorzio, una certa dottrina ha avanzato diverse ipotesi per sostenere la validità. In primo luogo è stata rilevata l'assenza di una norma che disciplini la materia. L'art. 9 l. div., infatti, attiverebbe una procedura di natura contenziosa e non una di tipo consensuale. Ciò sarebbe esplicitato dall'uso da parte del legislatore dell'inciso "su istanza di parte", anziché di quello "le parti possono" previsto all'art. 710 c.p.c.<sup>295</sup> Per tale ragione, allora, qualora i coniugi fossero d'accordo nell'apportare una modifica alle condizioni stabilite nella sentenza di divorzio potrebbero liberamente, dovendo ricorrere al giudice solo in caso di impossibilità di raggiungere un'intesa in via bonaria.

In secondo luogo, si è fatto riferimento al favore con cui l'ordinamento guarda alle procedure amichevoli di soluzione della crisi coniugale e alla valorizzazione dell'autonomia privata sempre più riconosciuta in materia<sup>296</sup>.

Premesso ciò, si è detto che gli effetti di questi accordi sarebbero paragonabili a quelli delle intese *a latere* successive e modificative degli accordi di separazione<sup>297</sup>.

Ammettere la validità delle intese *a latere* significa, conseguentemente, ammettere la possibilità per i coniugi di trasferirsi diritti reali su beni immobili. È possibile ritenere che quanto detto in un precedente paragrafo a proposito di intese traslative inserite negli accordi di separazione valga anche per i trasferimenti immobiliari a mezzo di accordi *a latere*. Anche tali trasferimenti, dunque, essendo considerati atti diretti a regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi godranno di tutti i benefici fiscali previsti dall'art. 10 L. 6 marzo 1987 n. 74, così come previsto dalla Circolare 18/E del 29 maggio 2013 dell'Agenzia delle Entrate.

Sul punto si ha già avuto modo di disquisire. Basterà qui ricordare che l'accordo potrà avere contenuto obbligatorio ovvero reale.

Anche la Cassazione ha già avuto modo di pronunciarsi in materia.

Se è vero che la S.C. ha più volte ribadito la validità di un'intesa *a latere* traslativa in costanza di una separazione di fatto<sup>298</sup> non mancano, però, precedenti in cui ciò è avvenuto anche nei riguardi di intese *a latere* di separazioni consensuali. È stato per esempio ritenuto valido l'accordo con cui a mezzo di scrittura privata *a latere* delle condizioni di separazione la moglie si obbligava a trasferire la piena titolarità di un appartamento da edificare al marito, a fronte dell'impegno di quest'ultimo di

---

<sup>294</sup> Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, op. cit., 1063 ss. *Ex multis*, Trib. Milano, 24 settembre 1987, in *C.E.D.* - Corte di cassazione, *Arch. merito*, pd. 880191.

<sup>295</sup> OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 154.

<sup>296</sup> SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1098 ss.; cfr. anche RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, op. cit.

<sup>297</sup> SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1098 s.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 240 ss.

<sup>298</sup> Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 303, con nota di MORACE PINELLI.

trasferirlo a sua volta ai figli in un momento successivo. Inoltre, nel medesimo accordo, era stato previsto ulteriormente che, in caso di inadempimento dell'obbligazione summenzionata nel termine di tre anni, la moglie avrebbe trasferito al marito la proprietà di un altro appartamento a lei intestato entro i successivi due mesi<sup>299</sup>.

È quindi possibile sostenere che ai coniugi sia data la possibilità di trasferirsi reciprocamente, trasferire ai figli (o obbligarsi a trasferire), costituire (o obbligarsi a costituire) diritti reali in sede sia giudiziale che extragiudiziale mediante intese non sottoposte a omologazione.

Quanto alle modalità attuative, anche l'intesa traslativa *a latere* andrà rivestita della forma richiesta dall'art. 1350 c.c. Inoltre, in caso di efficacia reale, ai fini della trascrizione sarà necessaria la forma prevista dall'art. 2657 c.c. dovendosi rispettare, inoltre, tutta una serie di altri requisiti di forma e sostanza previsti dalle varie normative speciali in materia di trasferimento di diritti reali su immobili<sup>300</sup>.

#### **14. La negoziazione assistita ex D.L. 12 settembre 2014, n. 132.**

Accanto alla separazione consensuale e al divorzio congiunto, a seguito dell'introduzione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162) i coniugi hanno a disposizione un ulteriore strumento di tipo extraprocessuale per allentare o sciogliere il vincolo matrimoniale e dare una sistemazione agli aspetti patrimoniali. Si tratta della negoziazione assistita finalizzata alla ricerca di una soluzione condivisa di separazione, di divorzio o delle modifiche delle condizioni di questi (precedentemente accordate o stabilite)<sup>301</sup>. Come

<sup>299</sup> Cfr. Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, 1787.

<sup>300</sup> Si rinvia alla trattazione fatta da OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, op. cit., 174 ss., 195 ss.

<sup>301</sup> Per approfondimenti dottrinali di più ampio respiro si veda: BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 4/2015, 515 ss.; TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, op. cit., 1141 ss.; Id., *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, op. cit., 1053 ss.; DANOVÌ, *Il D.L. n. n. 132/14*, op. cit., 2014, 949 ss.; Id., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 1141 ss.; CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, op. cit., 1287 ss.; CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, op. cit., 1739 ss.; AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, op. cit., 535 ss.; TOMMASEO, *Separazione in negoziazione assistita: da quando i sei mesi per divorziare?*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 317-322; CARRATTA, *Negoziazione assistita in materia matrimoniale e disciplina generale: problemi applicativi*, in Ruo (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2016, 57; GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam e Dir.*, 2015, 1116 ss.; GABASSI, *Commento agli artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia*, IV ed., sub art. 3, Padova, 2020, 1357 ss., 1483; CALVIGIONI, *Nuove modalità di separazione e divorzio davanti all'ufficiale di stato civile*, in *Negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 217; RIMINI, *Il nuovo divorzio*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, op. cit., 70 ss.; CASTELLANI, *La negoziazione assistita degli avvocati: il punto di vista del giudice*, in Besso-Lupano (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, Milano, 2018, 36 ss.; LAI, *La negoziazione assistita nella crisi familiare: un mosaico in via di composizione?*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 782-788. Per i difetti di un mancato coordinamento della riforma con la legge sul divorzio cfr. FEDE, *Commento alla legge sul divorzio*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia*, op. cit., 1357 ss.; DANOVÌ, *I rimedi alla crisi familiare*, nel *Trattato di diritto di famiglia, diretto da*

è stato rilevato, l'introduzione di tale strumento avrebbe determinato "la fine della concezione del matrimonio come atto sottratto alla autonomia degli sposi e di valenza in senso lato pubblicistica"<sup>302</sup> verso un pieno riconoscimento dell'autonomia dei coniugi nella determinazione degli aspetti economici della rottura della loro relazione<sup>303</sup>. In effetti è lasciato oggi all'autonomia privata dei coniugi, sia pure "assistiti" da un avvocato, il potere di determinare l'estinzione o la mutazione di uno *status* personale e di negoziare attorno a esso<sup>304</sup>.

Ai coniugi viene quindi concessa la possibilità di determinare liberamente la sistemazione dei rapporti patrimoniali post-matrimoniali con la sola esclusione dei "patti di trasferimento patrimoniale", vietati dall'art 12 del decreto legge summenzionato<sup>305</sup>.

Sul contenuto di tale limitazione si è di recente molto dibattuto<sup>306</sup>, potendo sembrare una vistosa limitazione all'autonomia privata dei coniugi a conferma della necessità del momento processuale. Tuttavia con la Circolare n. 6 del 24.4.2015 il Ministro dell'Interno<sup>307</sup> ha fornito un'interpretazione secondo la quale l'unico limite sarebbe quello dei trasferimenti patrimoniali *una tantum*, confermando la possibilità dei coniugi di determinare la somministrazione periodica di un assegno di mantenimento o di divorzio<sup>308</sup>.

La circolare è stata impugnata da due Associazioni operanti nell'ambito della tutela della famiglia e dei diritti civili della persona, le quali hanno eccepito un'errata interpretazione dell'articolo in questione con necessaria interpretazione restrittiva, tale per cui dovesse considerarsi vietato ogni "trasferimento patrimoniale" senza distinzione tra prestazioni *una tantum* e prestazioni periodiche. Tale tesi è stata in un primo momento accolta dal T.A.R. del Lazio<sup>309</sup> il quale ha annullato la Circolare,

---

Bonilini, op. cit., 1987 ss.; TOMMASEO, *Negoziazione assistita e divorzio breve*, in Ruo (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, op. cit., 65 ss.

<sup>302</sup> SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 296.

<sup>303</sup> RIMINI, *Il nuovo divorzio*, op. cit., 26 ss.

<sup>304</sup> Ibid 305; C. IRTI, *Gestione condivisa nella crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2016, II, 665.

<sup>305</sup> Un'analisi sul rapporto tra la negoziazione assistita prevista dal d.l. 12.9.2014, n. 132 e la possibilità per i coniugi di disciplinare pattiziamente anche aspetti patrimoniali nella stessa è ben descritta in C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, op. cit., 812 ss.

<sup>306</sup> "Stante il dato letterale, tuttavia, la disposizione è stata in un primo momento interpretata nel senso di vietare l'utilizzo di questo strumento in tutte le ipotesi in cui l'accordo raggiunto dalle parti preveda statuizioni di natura economica, ovvero qualunque previsione di natura economica, mobiliare o immobiliare, periodica o in unica soluzione; si trattava, peraltro, dell'interpretazione sostenuta dalla Circolare del Ministero 28 novembre 2014, n. 28, che così facendo finiva per limitare l'applicazione della previsione normativa a pochissime fattispecie", così ibid., 817.

<sup>307</sup> Superando un'interpretazione restrittiva data con una precedente Circolare, la n. 19 del 28.11.2014.

<sup>308</sup> La Circolare del Ministero ha accolto un'interpretazione restrittiva della norma auspicata da una vasta dottrina. Cfr. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 295 ss.; LUPOI, *Separazione e divorzio*, op. cit., 283 ss.; CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Il Foro Italiano*, 2015, V, c. 44 ss.; DANOVÌ, *Il D.L. n. 132/14*, op. cit., 2014, 949 ss.; Id., *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, op. cit., 1141 ss.

<sup>309</sup> T.A.R. Lazio, 7 luglio 2016, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 31, 16, con nota di BUFFONE.

rilevando una possibile violazione del diritto di difesa della parte più debole<sup>310</sup>. Tuttavia, successivamente, il Consiglio di Stato<sup>311</sup> ha ribaltato la sentenza del T.A.R. statuendo che il “divieto di ‘patti di trasferimento patrimoniale’” previsto dall’art. 12, comma 3 d.l. 12 settembre 2014 n. 132 per gli accordi di separazione, divorzio o di modifica delle relative condizioni davanti all’ufficiale dello stato civile deve essere interpretato restrittivamente”, e che l’espressione “‘patti di trasferimento patrimoniale’” si riferisce esclusivamente “‘agli accordi traslativi della proprietà (o di altri diritti) con i quali i coniugi decidono, mediante il c.d. assegno *una tantum* (l’art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970), di regolare l’assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte e di trasferire la proprietà o la titolarità di altri diritti sui beni da uno all’altro, anziché prevedere la corresponsione di un assegno periodico”.

La dottrina che si occupa della questione non ha tardato nel rilevare come la decisione del Consiglio di Stato si collochi in modo armonico nell’articolato quadro di previsioni legislative e di orientamenti giurisprudenziali che definiscono i rapporti tra l’autonomia privata dei coniugi e il controllo del giudice in merito alle conseguenze patrimoniali della rottura del matrimonio<sup>312</sup>. È stato notato, ad esempio, come sia possibile assistere alla definitiva caduta del principio di indisponibilità dello *status* che per molto tempo ha caratterizzato la disciplina dei rapporti tra coniugi. Ciò, si è detto, sarebbe sufficiente per superare le obiezioni di coloro i quali ancora si oppongono a una piena autonomia dei privati nella definizione delle conseguenze patrimoniali della crisi<sup>313</sup>.

Ciò ammesso, la dottrina si divide tra coloro che ritengono che “l’introduzione di uno strumento capace di rendere maggiormente agevole il percorso che conduce alla rottura del matrimonio non comporta necessariamente un’espansione dell’autonomia dei coniugi che possa giungere a comprimere quel nucleo di diritti indisponibili riconosciuti alla parte economicamente debole. (...)”, per cui “(...) la possibilità per i coniugi (o parti dell’unione civile) di concludere accordi ex art. 12, comma 3°, del d.l. n. 132/2014 che comportino la rinuncia totale o parziale all’assegno divorzile non dovrebbe ammettersi, atteso che anche in questo ambito l’autonomia può svolgersi solamente entro i confini segnati dal principio fondamentale dell’indisponibilità della tutela inderogabilmente assicurata al partner debole<sup>314</sup>”; e coloro che invece ritengono che “il problema della tutela del coniuge debole, “specie di fronte al fenomeno dell’emancipazione femminile”, non può costituire una giustificazione alla permanenza di interventi “espressivi di una concezione paternalistica dei rapporti tra individuo e poteri dello Stato”. (...) Appare quindi

<sup>310</sup> Il Tribunale si è espresso sostenendo che la distinzione introdotta dalla Circolare del Ministero dell’interno 24.4.2015, n. 6 si sarebbe posta in contrasto con la *ratio* dell’art. 12, determinando una violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), pregiudicando coloro che, “trovandosi in posizione di debolezza o soggezione verso il proprio coniuge (...), potrebbero essere indotti ad accordi di tipo patrimoniale lesivi dei propri interessi in un ambito nel quale mancano adeguate garanzie di tutela”.

<sup>311</sup> Cons. Stato, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 49, 13, con nota di FLORINI.

<sup>312</sup> AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell’autonomia privata e controllo giudiziale*, op. cit., 535 ss.

<sup>313</sup> SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 296.

<sup>314</sup> AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell’autonomia privata e controllo giudiziale*, op. cit., 537-538.

auspicabile un ampliamento dei confini entro i quali possa svolgersi l'autonomia privata nella definizione delle conseguenze della rottura del matrimonio e che, pertanto, risulterebbero ammissibili anche accordi aventi ad oggetto la rinuncia all'assegno di mantenimento o all'assegno post-matrimoniale<sup>315</sup>”.

Queste due opposte visioni dottrinali dovrebbero essere rilette anche alla luce della sentenza n. 18287/2018 delle Sezioni Unite, che ha colto i profili di disponibilità e di indisponibilità dell'assegno postdivorzile. Non ci sembra dunque azzardata l'ipotesi per cui potrebbe riconoscersi la validità di un accordo stipulato in sede di negoziazione assistita sia di separazione che di divorzio in cui i coniugi stabiliscono che nulla (o una certa somma x) sia dovuto a titolo di compensazione; mentre a titolo assistenziale sia versata periodicamente la somma y. Ma spingendosi ancora oltre, ci sembra opportuno poter ritenere che anche quest'ultima somma y potrebbe essere azzerata, laddove si riscontrasse la caratteristica della particolare brevità del matrimonio così come individuata dai giudici della Suprema Corte nella citata sentenza.

Si innesta lungo questo discorso un'ulteriore riflessione. Si può decidere se abbracciare un pensiero più garantista della parte più debole, come sembra fare la giurisprudenza maggioritaria oppure, come ritiene una parte della dottrina, abbracciare in maniera convinta una visione meno paternalista e statalista del diritto di famiglia, secondo una direzione ormai imboccata molti anni or sono. Tuttavia non si crede che queste due posizioni siano totalmente inconciliabili. È necessario però interrogarsi su come sia possibile garantire l'autonomia privata dei coniugi proteggendo allo stesso tempo la parte più debole, cosa che si avrà modo di fare nel quarto capitolo trattando la questione dei contratti prematrimoniali.

Quanto specificamente il divieto di cui all'art. 12, 3c. del d.l. 132/2014, non si può non concordare con l'interpretazione restrittiva data dalla Circolare Ministeriale e confermata dal Consiglio di Stato che limita la libertà dei coniugi di definire gli aspetti patrimoniali post-crisi solo nel caso di liquidazione *una tantum*. Infatti, come è stato rilevato, “solo quest'ultima modalità di definizione dei rapporti patrimoniali costituisce un esercizio dell'autonomia privata dotata del carattere dell'irreversibilità e solo con riferimento ad essa, quindi, sembra porsi la necessità di un preventivo controllo di equità effettuato dall'autorità giudiziale<sup>316</sup>”. Anche da un punto di vista sistematico il controllo giudiziale di equità quale presupposto della validità dell'intesa è previsto solamente in relazione agli accordi aventi ad oggetto la definizione *una tantum* dell'assegno divorzile (ex. art. 5, 5c, l. n. 898/1970). Per converso, quando le pattuizioni hanno ad oggetto la corresponsione periodica dell'assegno, la tutela della parte debole si ritiene sia garantita dal carattere di indisponibilità della (parziale) natura assistenziale dell'assegno stesso, così come definita dalla nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite. L'ex coniuge potrà, quindi, richiedere il controllo giudiziale dell'accordo con cui ha rinunciato alla totalità dell'assegno e farne dichiarare la nullità<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 558; 589-624.

<sup>316</sup> AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, op. cit., 540-541.

<sup>317</sup> Ibid.

Ricordando anche che la dottrina maggioritaria sembra pacificamente concordare sul fatto che il

In tal modo il sistema potrebbe essere condotto verso un'armoniosa unità.

### **15. Un tentativo di ricostruzione dogmatica dei contratti della crisi coniugale.**

In questo capitolo si è voluto analizzare l'autonomia contrattuale dei coniugi in crisi, ossia la possibilità di regolare pattiziamente gli aspetti patrimoniali di una relazione nella sua fase finale. Si è partiti da una distinzione molto importante, fatta propria in passato dalla giurisprudenza e che, ancora oggi, costituisce un paradigma per i giudici di merito e per una vasta dottrina. Si tratta della distinzione tra contenuto "necessario" e contenuto "eventuale" degli accordi di separazione. Sul punto, come si è visto, manca un'unanime condivisione di cosa si intenda con questi due concetti, soprattutto del contenuto "necessario", anche dovuta al fatto che il legislatore non fa alcuna menzione di tale binomio.

In questo paragrafo ci si chiede se sia possibile, e opportuno, provare a superarlo, mediante un'opera interpretativa già iniziata da una parte della dottrina diversi anni orsono.

La distinzione tra contenuto "necessario" ed "eventuale", sebbene possa risultare funzionale per stabilire la sussistenza dei presupposti di legge previsti per l'omologazione, delimitando di conseguenza i poteri del controllo del giudice a garanzia degli interessi non disponibili per i coniugi, non pare soddisfacente allorché ci si interroghi se una specifica pattuizione, sia essa inserita in un accordo di separazione o *a latere* di esso, sia dotata o meno di una propria autonomia causale. Tale bipartizione, infatti, non permette sempre di comprendere quale sia il fondamento causale dell'intesa il quale, per esempio, potrebbe trovare la sua ragione nella separazione consensuale pur senza configurarne contenuto necessario in senso logico-giuridico. Detto diversamente e al contrario, non esiste una corrispondenza biunivoca tra le pattuizioni che costituiscono il contenuto "eventuale", la cui assenza non osta alla concessione dell'omologa, e quelle considerabili giuridicamente autonome rispetto alle sorti del procedimento di separazione consensuale. A titolo meramente esemplificativo, si prenda l'accordo avente a oggetto l'assegno di mantenimento del coniuge più debole. Secondo una sempre più diffusa dottrina e giurisprudenza, esso non sarebbe inquadrabile all'interno del "contenuto necessario". Ciò significa, in altre parole, che la sua assenza non determinerebbe l'impossibilità di ottenere l'omologazione dell'accordo di separazione da parte del giudice. Eppure, nel caso di revoca del consenso alla separazione o rifiuto di omologa, l'accordo *sull'an* e *quantum* del mantenimento, così come stabilito dai coniugi, non sarebbe produttivo di effetti in quanto pur sempre "condizionato" alla separazione<sup>318</sup>.

---

controllo di equità come requisito di validità così come richiesto dal legislatore ha l'effetto di rendere non operativa la clausola del *rebus sic stantibus*. Cfr. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, in *Contratti*, 1996, 407; CARBONE, *È sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione*, in *Fam. e Dir.*, 2001, 128, nota a Cass., 5 gennaio 2001, n. 126; ARCERI, *sub art. 5 l. n. 898/1970*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, op. cit., 2789; LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, op. cit., 453

<sup>318</sup> DONATO, *accordi patrimoniali "atipici", contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2011, 2, 131 ss.

È possibile, quindi, ipotizzare una diversa distinzione tra i contenuti degli accordi di separazione consensuale (o di divorzio congiunto), dividendo tra “contenuti tipici” e “atipici”, mediante l’analisi della loro causa, ossia chiedendosi quale sia lo scopo che i coniugi si prefigurano di raggiungere in concreto mediante quell’accordo assunto in occasione della separazione (o del divorzio). Per compiere questa operazione è necessario partire dalla constatazione per cui piuttosto che sul concetto di contenuto “minimo” o “essenziale” perché l’accordo sia omologato, pare preferibile concentrare l’attenzione sull’inerenza o meno dell’accordo al mutamento di *status*. Anche la S.C., talvolta, ha tracciato sullo sfondo delle sue decisioni la nozione di tipicità qui evidenziata sostenendo, indirettamente, che per “accordi a contenuto atipico” debbano intendersi quelli che non disciplinano i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio perché sono solo “occasionati” dalla separazione e non trovano causa in essa<sup>319</sup>.

Ciò premesso, dunque, alla nozione di contenuto “necessario” potrebbe sostituirsi quella di “contenuto tipico”, ossia che “trova causa nella separazione”.

Il primo corollario che si può ricavare da una tale teoria è che, poiché gli accordi a contenuto tipico hanno un vero collegamento funzionale con la separazione, nel caso in cui il consenso venga meno tutti i negozi da esso dipendenti perdono efficacia poiché rimasti privi di causa. Lo *status separationis*, quindi, costituisce per questi accordi la ragione in base alla quale i coniugi si fanno reciproche concessioni in sede di separazione consensuale.

Il punto problematico, allora, diventa quello di capire quali siano questi contenuti tipici degli accordi di separazione consensuale e, *mutatis mutandis*, di divorzio congiunto.

Come dimostrato dall’illustrazione delle tre teorie presenti sul punto non esiste, ancora, un pensiero unanime. Tuttavia, dal nostro punto di vista, risulta preferibile aderire al pensiero di coloro i quali ritengono che il negozio di separazione debba contenere necessariamente solo l’accordo di vivere separati (che si è definito come “negozio di separazione in senso stretto”) e le intese in merito alla prole (“negozi in senso lato eventualmente necessari”, stante la possibile assenza di figli). La separazione legale, infatti, ha come scopo concreto quello di “allentare” il vincolo matrimoniale e, conseguentemente, tutti gli obblighi da esso derivanti. L’accordo di separazione non può, quindi, non contenere l’assenso a interrompere la coabitazione e regolare le modalità con cui, da quel momento in poi, i coniugi si adopereranno per adempiere ai doveri discendenti dalla responsabilità genitoriale. Si tratta, in quest’ultimo caso, di accordi sia personali che patrimoniali. Tra gli accordi patrimoniali in funzione della prole, inoltre, è possibile includere anche quelli in materia di assegnazione della casa familiare, dato che questa è concepita dal legislatore

---

<sup>319</sup> Una certa giurisprudenza degli anni ’90 aveva cercato di proporre una suddivisione tra: a) contenuto tipico, caratterizzato dall’accordo di cessazione della coabitazione e di tutte le convezioni avente come scopo la genesi di un nuovo regime di vita (ad es. l’assegnazione della casa familiare; il mantenimento della prole e del coniuge; il diritto di visita; l’affidamento, etc...); b) contenuto atipico: relativo a tutti quegli accordi non direttamente collegati ai diritti e doveri che discendono dal matrimonio. Così Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Il Foro Italiano*, 1991, I, c. 1787; in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di CAVALLO. Tale posizione è stata però successivamente superata. Cfr. già Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit.

come funzionale agli interessi dei figli, e non tanto a quelli dei coniugi.

Non si ritiene, invece, che l'allentamento del vincolo possa giustificare pattuizioni in merito alle modalità con cui gli obblighi di fedeltà e assistenza morale debbano essere adempiuti dai coniugi. Tuttavia, poiché il presente lavoro non ha avuto ad oggetto la negoziabilità dei rapporti personali, ci si può qui limitare ad affermare che, per coloro che ritengono tali pattuizioni possibili, queste costituirebbero parte del contenuto tipico del negozio di separazione.

L'ultimo obbligo dei coniugi che potrebbe essere oggetto di pattuizione, e quindi oggetto di "accordi a contenuto tipico", è quello di assistenza materiale e di contribuzione in funzione degli interessi della famiglia. È possibile sostenere che, in sede di separazione consensuale, esso si traduca negli accordi aventi a oggetto la prole. Non sembra invece possibile ritenere, come vorrebbe una dottrina (maggioritaria), che l'assegno di mantenimento previsto dalla legge per il coniuge più debole sia la sua naturale trasformazione in relazione all'acquisizione dello *status* di separati. Invero, è possibile accogliere la tesi di coloro i quali sostengono che l'assegno di mantenimento costituisca una nuova obbligazione che sorge dalla separazione e in relazione al passato matrimonio, e non che sia il contrapposto del dovere di assistenza materiale già esistente in fase di fisiologia coniugale. Poiché, dunque, non deriva dall'accomodamento dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio con l'acquisizione del nuovo *status* di soggetti separati, l'intesa dei coniugi volta a determinarne ogni aspetto non costituisce un "accordo a contenuto tipico". Inoltre, a sostegno di quanto detto, si pone anche il dettato dell'art. 158 c.c., il quale prevede come unica possibilità di rifiuto dell'omologa da parte del giudice il caso in cui le pattuizioni tra coniugi siano in contrasto con l'interesse dei figli, non facendo invece alcuna menzione delle statuizioni sui rapporti patrimoniali dei coniugi.

Gli stessi ragionamenti possono essere condotti, *mutatis mutandis*, in merito al "divorzio congiunto". La differenza sostanziale riguarda il fatto che i diritti e doveri che i coniugi hanno assunto con il matrimonio vengono meno con il suo scioglimento. A permanere, infatti, sono solo gli obblighi discendenti dalla responsabilità genitoriale, che devono necessariamente essere pattuiti tra gli ex coniugi. In tal senso, essi stabiliscono un nuovo modo di collaborare nell'interesse della famiglia e di contribuire ai bisogni di questa, dato il rapporto indissolubile tra la prole e i genitori, i quali rimangono legati, in funzione dei figli, a un concetto di famiglia che si fa più labile perché non più fondata sul matrimonio, ma solo sull'interesse della prole.

Infine, come già sostenuto parlando della separazione, l'assegno divorzile non è considerabile come una trasformazione dell'obbligo di assistenza materiale. Ciò, a maggior ragione, se si considera la recente pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 18287/2018 la quale ha, tra le altre cose, precisato che l'assegno post-matrimoniale non rappresenta uno strascico senza limiti di un rapporto ormai definitivamente concluso, ma un obbligo che nasce come risultato di una vita comune spesa da due soggetti nella costruzione di un disegno familiare che ora viene meno. Tale circostanza può avere importanti incidenze economiche, stante le possibili difficoltà del soggetto che maggiormente si è dedicato a questo progetto di adattarsi alle nuove condizioni di vita.

Più complessa è, invece, la questione degli accordi "a contenuto atipico". Tali

sono gli accordi che riguardano le condizioni “della separazione”. A questa dicitura è possibile dare un duplice significato. Si può parlare di “accordi della separazione” come gli accordi patrimoniali ai quali il soggetto subordina il suo consenso alla modificazione del suo *status*, ossia le condizioni alle quali accetta di separarsi legalmente; oppure si può parlare di “accordi della separazione” come quel complesso di convenzioni atte a dare una regolamentazione a tutti i rapporti patrimoniali dei soggetti separati. Nel primo caso i coniugi intendono la pattuizione come parte integrante e sostanziale del negozio di separazione consensuale, ancorata necessariamente al conseguimento dello *status* di soggetto separato (mediante conferma della propria volontà innanzi al Presidente del tribunale e alla conseguente omologazione da parte del Collegio); nel secondo, invece, la pattuizione inserita nel verbale di separazione trova la propria ragione nella volontà di definire la totalità (o una parte) dei rapporti patrimoniali esistenti tra i coniugi in considerazione dell’esistenza di una crisi in atto e dell’interruzione di fatto della convivenza, indipendentemente dalle modalità con cui i coniugi sceglieranno di formalizzare la conclusione della propria relazione. Detto altrimenti, nella prima delle due ipotesi gli accordi sono assimilabili, quanto al profilo causale, a quelli a contenuto cd. “tipico”<sup>320</sup>, in quanto i coniugi raggiungono un accordo “in funzione” della separazione creando, così, un collegamento tra i due negozi e subordinando la validità ed efficacia della pattuizione al perfezionamento del ricorso di separazione consensuale. Nella seconda delle due ipotesi, per converso, a venire in rilievo è la sistemazione della totalità (o di una parte) dei rapporti patrimoniali esistenti tra due coniugi in occasione e in ragione della crisi. Si tratta di un interesse dotato di una propria autonomia, legato alle vicende di natura familiare, e come tale meritevole di tutela per l’ordinamento ex art. 1322 c.c. La ragione giustificativa di questa seconda tipologia di accordi, infatti, non è l’acquisizione dello *status* di soggetto separato, ma un interesse autonomo che rimane tale anche indipendentemente dal fatto che lo *status* dei coniugi muti legalmente, essendo rilevante solamente la volontà dei coniugi di porre fine alla comune vita spirituale e materiale<sup>321</sup>.

Di una tale ricostruzione è possibile trovare riscontro positivo anche in alcune pronunce della giurisprudenza. È il caso, ad esempio, dell’intesa con cui due coniugi avevano previsto, sia inserendo un’apposita clausola nell’accordo di separazione sia a mezzo di scrittura privata, il trasferimento alla moglie da parte del marito di un immobile di proprietà di quest’ultimo. Successivamente, però, il marito non aveva presenziato all’udienza innanzi al Presidente del Tribunale. Il procedimento si era, quindi, estinto e, al suo posto, ne era stato instaurato uno contenzioso. I giudici di merito, in una sentenza confermata dalla S.C. perché immune da vizi logici o giuridici, hanno dichiarato valida ed efficace la pattuizione inserita nella scrittura privata e nel ricorso, riconoscendone l’autonomia causale rispetto alla separazione consensuale. Dalla lettura delle motivazioni emerge come, ad avviso dei giudici, l’accordo fosse stato confezionato al fine di dare una regolamentazione ai rapporti dei due coniugi in crisi senza che lo stesso fosse stato condizionato dalle parti al raggiungimento dello *status separationis*. Per tale ragione è stato riconosciuto che

---

<sup>320</sup> DONATO, *accordi patrimoniali “atipici”, contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, op. cit.

<sup>321</sup> Ibid.

“sulla base dell’interpretazione dell’accordo *inter partes* (...) effettuata alla stregua dei criteri del senso letterale delle parole e della volontà delle parti, doveva ritenersi che l’intento dei coniugi – costituente la causa del negozio – fosse quello di regolare i più importanti rapporti economici, prima di rivolgersi al giudice per la separazione, al fine di eliminare controversie su questioni non strettamente riguardanti la separazione stessa e definire anche i rapporti economici con i figli maggiorenni, che con la separazione non avevano nulla a che fare<sup>322</sup>”.

Questi “accordi a contenuto atipico” “non strettamente riguardanti la separazione” e sostenuti da una causa autonoma, poiché aventi come obiettivo quello di regolare ogni pendente reciproco rapporto economico tra coniugi in fase di crisi, possono essere formalmente trasferiti nel verbale di separazione consensuale o stipulati *a latere*, prima, dopo o anche in costanza a esso.

Dello stesso parere sembra essere anche la giurisprudenza di merito maggioritaria che in più di un caso si è spinta ad affermare che il controllo previsto dall’art. 158 c.c. non debba riguardare le intese qui in oggetto e che, anzi, l’omologazione non produca, nei confronti di esse, nessun effetto, tanto che ben potrebbero essere stipulate anche al di fuori del procedimento di separazione<sup>323</sup>. Che gli accordi assunti in ragione del venir meno della comunione materiale e spirituale della vita siano validi e produttivi di effetti indipendentemente dal dispositivo di un giudice in merito alla separazione legale è cosa confermata anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte a proposito degli accordi assunti dai coniugi separati di fatto. Sono ormai pacificamente considerate valide, infatti, le intese con cui due coniugi che si vogliono separare di fatto si fanno reciproche concessioni al fine di disciplinare gli aspetti patrimoniali scaturenti dalla fine della propria relazione. Il contenuto di queste, tra l’altro, può avere a oggetto una moltitudine di diritti che spaziano dall’obbligo di mantenimento del coniuge più debole all’utilizzo della casa coniugale. Tutto ciò indipendentemente dalla volontà di addivenire, un giorno, alla separazione legale<sup>324</sup>.

Inoltre, come già si ha avuto modo di sottolineare a proposito dei trasferimenti immobiliari in occasione di separazione o divorzio, la dottrina ha posto in luce che essi possono perseguire anche “un interesse diverso, latamente riconducibile all’esigenza di disciplinare il nuovo assetto di interessi discendenti dalla disgregazione del nucleo familiare<sup>325</sup>”. O, ancora, si è scritto che le intese trasferite nel verbale di separazione possono avere uno scopo differente da quello di attuare le condizioni di separazione e, per esempio, mirare a regolamentare nuovamente certe situazioni che potrebbero originare delle inconvenienze in fase di separazione<sup>326</sup>.

Le caratteristiche di questi accordi sono emerse, soprattutto, trattando della separazione consensuale. Tuttavia, ciò che appare è che si tratti di accordi il cui scopo

<sup>322</sup> App. Roma, 25 gennaio 2006, n. 405, a conferma della sentenza del Trib. di Latina, 4 febbraio 2002. La S.C ha confermato la decisione assunta in secondo grado con la sentenza Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997, in *Sistema di documentazione giuridica Juris data*.

<sup>323</sup> Trib. Firenze, (decr.), 20 febbraio 2009, in *Fam. e Dir.*, 2009, 597, con nota di GELLI, *Trasferimenti in violazione della disciplina urbanistica e omologa parziale dell’accordo di separazione tra i coniugi*.

<sup>324</sup> Cfr. Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. Fam.*, 1993, 70.

<sup>325</sup> ARCERI, *Commento all’art. 158 c.c.*, op. cit., 860.

<sup>326</sup> SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, op. cit., 127.

è quello, più generale, di dare una sistemazione a tutti gli aspetti patrimoniali in considerazione dell'esistente crisi indipendentemente dal raggiungimento dello *status separationis*. Perciò, gli stessi, possono essere presenti anche nell'accordo di divorzio congiunto, e tutto quanto finora detto può valere anche per i negozi contenuti in quest'ultimo<sup>327</sup>.

Poste le dovute premesse, è possibile ricostruire sotto un'ottica diversa quanto si è detto a proposito delle intese in fase di separazione e di divorzio e di quelle *a latere* di esse.

La nuova regolamentazione degli aspetti patrimoniali a seguito della crisi coniugale, inteso come interesse meritevole di tutela indipendentemente dall'ottenimento dello stato di soggetto legalmente separato (o divorziato), deve essere intesa come la funzione economico-individuale degli accordi che i coniugi stipulano al fine di "accomodare" un assetto in via di disgregazione verso uno inedito. Si tratta, in altre parole, della causa concreta dei contratti stipulati dai coniugi in crisi. Agevole diventa, quindi, porsi oltre a quella semplice definizione di "contratto atipico" dato dalla giurisprudenza maggioritaria a tutte le intese traslative inserite negli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto. Ancor di più diventa agevole escludere la causa di liberalità, o differenziare questi negozi dalle convenzioni matrimoniali (che riguardano la fase fisiologica del rapporto, così escludendo il problema della forma *ad substantiam*) e dai negozi con finalità transattiva o solutoria. In effetti, ciò che i coniugi realizzano mediante la regolamentazione dei rapporti patrimoniali in fase di crisi, spesso valorizzando la pregressa esperienza di vita condivisa (come l'apporto di ciascuno ai bisogni della famiglia), non contempla uno spirito di liberalità (anche nei casi in cui un'attribuzione avvenga a titolo gratuito) perché il fine ultimo non è la volontà disinteressata di arricchire l'altro. I coniugi, infatti, comprendono la necessità di regolamentare i loro rapporti patrimoniali prendendo atto della situazione di crisi e dell'esperienza di vita materialmente e spiritualmente condivisa. Né ha senso qualificare l'attribuzione di un coniuge nei confronti dell'altro come adempimento di un'obbligazione naturale realizzato in ottemperanza a doveri di natura sociale o morale riconosciuti dallo stesso. Invero, da un punto di vista giuridico, l'interesse sotteso e meritevole di tutela è un altro, e consiste proprio nella presa di coscienza della situazione, della valorizzazione del passato comune, degli aspetti non patrimoniali connessi, del desiderio di dare, *pro futuro*, un nuovo e adeguato assetto ai reciproci rapporti patrimoniali.

Esclusa anche, come in precedenza fatto, la funzione solutoria e quella transattiva, gli accordi di cui si discute, alla luce della complessità e dalla natura dei rapporti da cui si originano, sono riconducibili a quella che è stata definita "causa familiare"<sup>328</sup> o "causa tipica di definizione della crisi coniugale" o, ancor più

---

<sup>327</sup> DONATO, *accordi patrimoniali "atipici", contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, op. cit.

<sup>328</sup> Cass. Civ., Sez. Trib., 29 marzo 2017, n. 8104, in *Riv. giur. ed.* 2017, 2, I, 496; Cass., 26 luglio 2005, n. 15603, in *Mass. Giust. civ.* 2005, 7/8; Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, *ivi*, 5; Cass., 9 luglio 2003, n. 10794, in *Dir. Fam.* 2004, 81; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, op. cit., Milano 1996, 304; AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit.; FERRANDO, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 41; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, op. cit., 158; LUMIA, *La separazione consensuale*, op. cit., 1364.

precisamente, “causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale”<sup>329</sup>, teorizzata da una certa dottrina, e che non sembra poi così distante da quella definizione data dalla giurisprudenza già citata, ossia di “originario spirito di sistemazione in occasione dell’evento di separazione consensuale (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto)”<sup>330</sup>. In altre parole, i contratti con cui i coniugi in crisi mirano a dare una sistemazione ai reciproci rapporti patrimoniali sono contraddistinti da una “tipicità propria” che, di volta in volta, può arricchirsi di elementi di onerosità o di gratuità a seconda degli obiettivi che i coniugi si prefigurano.

La nozione di causa familiare trova nei contratti inseriti nell’accordo di separazione consensuale il suo tipico momento di espressione. In realtà, e più in generale, essa si presta a essere molto elastica e a giustificare tutte le concessioni reciproche che due coniugi si fanno al fine di dare una sistemazione alla loro crisi affettiva, sia fase di separazione legale che precedentemente o successivamente<sup>331</sup>.

La conclusione a cui si può giungere è che tutti i contratti con cui i coniugi danno una regolamentazione tendenzialmente definitiva ai reciproci rapporti patrimoniali in conseguenza di una crisi affettiva hanno alla loro base la medesima causa. Ciò, sia che essi siano stipulati in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto (e quindi omologati o contenuti in una sentenza di divorzio) sia che vengano stipulati al di fuori di tali contesti.

La distinzione fatta “accordi a contenuto tipico e atipico che possono essere inseriti (o meno) nel negozio di separazione consensuale o in quello di divorzio congiunto è utile solo perché consente di distinguere quali accordi il legislatore ha ritenuto debbano necessariamente essere presenti in questi negozi, e conosciuti e approvati da un giudice, costituendo condizione minima ed essenziale per concedere ai coniugi il mutamento di *status* richiesto.

Invece, la distinzione che si è fatto tra le due diverse tipologie di “accordo a contenuto atipico” risulta essere funzionale solamente per determinare la validità ed efficacia dell’accordo allorché il consenso sia venuto meno prima dell’udienza Presidenziale di separazione consensuale o di quella di divorzio congiunto. A livello interpretativo, infatti, dinnanzi a un “accordo a contenuto atipico” tra coniugi è necessario comprendere<sup>332</sup> se, in base alla comune intenzione dei coniugi, l’accordo sia da intendersi come una delle “condizioni” della separazione legale (o del divorzio congiunto), quindi privo di significato al di fuori del procedimento, oppure se la giustificazione causale dell’accordo sia da rinvenirsi nella crisi coniugale e nel desiderio di governare la fine della relazione sentimentale. In quest’ultimo caso, l’eventuale revoca del consenso alla separazione (o al divorzio) non impedisce, di per sé, che la pattuizione sia considerata valida e produttiva di effetti<sup>333</sup>; così come

<sup>329</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, op. cit., 705; LUMIA, *La separazione consensuale*, op. cit., 1013 ss.

<sup>330</sup> Cass., 22 novembre 2007, n. 24321, cit.

<sup>331</sup> DONATO, *accordi patrimoniali “atipici”, contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, op. cit.

<sup>332</sup> in via interpretativa attraverso gli strumenti predisposti dal legislatore ex artt. 1362 ss. c.c.,

<sup>333</sup> DONATO, *accordi patrimoniali “atipici”, contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, op. cit.

un'eventuale riconciliazione dei coniugi rendere ingiustificato ogni trasferimento, determinando la risoluzione del contratto, a meno che i coniugi non decidano di confermarlo nei modi previsti dalla legge.

Queste distinzioni tra “accordi a contenuto tipico e atipico” e tra “diversi contenuti atipici”, tuttavia, sono mere chiavi interpretative dei negozi contenuti negli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto e non minano la tesi che qui si vuole sostenere, ossia che l'introduzione del concetto di causa familiare permette di asserire che tutti gli accordi patrimoniali della crisi hanno la medesima natura e finalità e non devono la propria validità ed efficacia al decreto di omologazione o alla sentenza di divorzio, potendo essere stipulati anche in una fase precedente o successiva.

Il superamento della distinzione tra contenuto “essenziale” ed “eventuale” degli accordi di separazione e divorzio parrebbe scorgersi anche nella più recente giurisprudenza. Nel 2016, infatti, la Corte di Cassazione<sup>334</sup> si è discostata per la prima volta dalla summenzionata differenziazione, affermando che la distinzione tra “accordi di separazione” veri e propri e “accordi in occasione della separazione” sia da

---

<sup>334</sup> Cass., Sez. Trib., 17 febbraio 2016, n. 3110, in *Ilfamiliarista.it*, 2016, 22.

“È noto come un ormai quasi ventennale orientamento dottrinale abbia sottoposto a serrata critica la distinzione tra accordi di separazione propriamente detti ed accordi stipulati “in occasione della separazione”, affermando che anche gli accordi che prevedano, nel contesto di una separazione tra coniugi, atti comportanti trasferimenti patrimoniali dall'uno all'altro coniuge o in favore dei figli, debbano essere ricondotti nell'ambito delle “condizioni della separazione” di cui all'art. 711 c.p.c., comma 4, in considerazione del carattere di “negoziato globale” che la coppia in crisi attribuisce al momento della “liquidazione” del rapporto coniugale, attribuendo quindi a detti accordi la qualificazione di contratti tipici, denominati “contratti della crisi coniugale”, la cui causa è proprio quella di definire in modo non contenzioso e tendenzialmente definitivo la crisi. La tesi innanzi ricordata trae certamente nuova linfa in un contesto normativo che (...) ha certamente attribuito all'elemento del consenso tra i coniugi il ruolo centrale nella definizione della crisi coniugale. Non è questa la sede per un'approfondita disamina delle tappe attraverso le quali è stato scandito detto percorso, che culmina certamente nelle disposizioni del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, artt. 6 e 12, convertito con modificazioni, nella L. 10 novembre 2014, n. 162, che hanno, rispettivamente, esteso il procedimento di negoziazione assistita da avvocati alla separazione consensuale, al divorzio ed alla modifica delle condizioni di separazione e di divorzio (art. 6) e previsto che i coniugi possono concludere, innanzi al Sindaco, quale Ufficiale dello stato civile... un accordo di separazione personale, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio (art. 12), i quali, ad ogni effetto di legge, “tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i corrispondenti procedimenti” e nelle disposizioni sul c.d. divorzio breve di cui alla L. 6 maggio 2015, n. 55 (...) Senza che in questa sede ci si possa soffermare sull'effettiva portata di disposizioni (...) è sufficiente osservare come le nuove disposizioni, drasticamente riducendo l'intervento dell'organo giurisdizionale in procedimenti tradizionalmente segnati da vasta area di diritti indisponibili legati allo status coniugale ed alla tutela della prole minore, abbiano, nel quadro d'interventi definiti di “degiurisdizionalizzazione”, di fatto attribuito al consenso tra i coniugi un valore ben più pregnante rispetto a quello che, anche a seguito dell'introduzione del divorzio a domanda congiunta delle parti, aveva pur sempre indotto unanimemente dottrina e giurisprudenza ad escludere che nel nostro ordinamento giuridico potesse avere cittadinanza il c.d. divorzio consensuale. Quanto sopra, nei limiti propri della presente decisione, induce questa Corte a ritenere che, nel mutato contesto normativo di riferimento, debba riconoscersi il carattere di negoziazione globale a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari o immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale, destinata a sfociare, di lì a breve, nella cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario o nello scioglimento del matrimonio civile, cioè in un divorzio non solo prefigurato, ma voluto dalle parti, in presenza delle necessarie condizioni di legge”.

superare, in quanto tutti gli accordi realizzati nel contesto di una separazione contenenti trasferimenti patrimoniali a favore del coniuge o della prole devono essere ricondotti nell'ambito delle "condizioni della separazione" ex art. 711, 4 c. c.p.c., "in considerazione del carattere di "negoziazione globale" che la coppia in crisi attribuisce al momento della "liquidazione" del rapporto coniugale, attribuendo quindi a detti accordi la qualificazione di contratti tipici, denominati "contratti della crisi coniugale", la cui causa è proprio quella di definire in modo non contenzioso e tendenzialmente definitivo la crisi"<sup>335</sup>.

In questa pronuncia, per la prima volta, la Corte di Cassazione ha riconosciuto espressamente dignità alla natura tipica di tutti gli accordi patrimoniali della crisi. Tali accordi, definiti "contratti della crisi coniugale", accumulati dalla medesima causa di sistemazione degli assetti patrimoniali in funzione del venir meno *dell'affectio coniugalis*, sono stati definiti come quelli che "si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale – contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo "postmatrimoniale", rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle "condizioni" della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale"<sup>336</sup>.

Compiendo un passo ulteriore, all'interno del *genus* appena individuato ci sembra possibile individuare, alla luce di quanto detto finora, due *species*: i contratti della crisi coniugale stipulati in seno al procedimento di separazione consensuale e di divorzio congiunto; e quelli stipulati al di fuori di essi. Quest'ultimi non sono altro che quelli che dottrina e giurisprudenza sono soliti chiamare "accordi *a latere*". Così qualificati, è possibile abbandonare quella, imprecisa e fumosa, definizione fatta dalla giurisprudenza secondo cui essi sarebbero "contratti atipici dotati di precisi presupposti e finalità".

Ciò che si ricava da questa ricostruzione è il superamento della distinzione tra gli accordi patrimoniali che i coniugi stipulano in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto, da quelli che stipulano *a latere*. Come si ha già avuto modo di rilevare, appare artificiosa e arbitraria la scelta compiuta dalla giurisprudenza di distinguere tra accordi *a latere* successivi o coevi all'omologa, validi solo se costituiscono una "specificazione in senso migliorativo degli interessi delle parti" e quelli precedenti, validi solo se si collocano in una posizione di "non interferenza rispetto all'accordo omologato" e di "di conclamata e incontestabile rispondenza all'interesse tutelato".

Come rilevato da una parte della dottrina, sarebbe sufficiente applicare i principi generali in materia di contratto per sciogliere eventuali dubbi interpretativi e superare eventuali antinomie qualora gli accordi a contenuto patrimoniale dovessero

<sup>335</sup> Nella sentenza la Cassazione si occupa di un caso di separazione consensuale, ma nelle motivazioni della sentenza si comprende il riferimento anche al caso degli "accordi di divorzio" e "in occasione del divorzio".

<sup>336</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 705 ss.

essere stipulati in più fasi temporali successive con contenuto antitetico o contraddittorio. Data la volontà dei coniugi di dare una regolamentazione complessiva agli assetti patrimoniali residuanti dalla loro relazione, una pattuizione successiva che dovesse disciplinare in maniera differente dal passato un certo rapporto dovrebbe necessariamente prevalere. Tutto ciò indipendentemente dal fatto che la pattuizione avvenga prima, dopo o durante la separazione legale o il divorzio. L'unico caso che potrebbe essere eccettuato è quello in cui il coniuge, che ne voglia profittare, riesca a dimostrare che l'accordo successivo sia stato oggetto di simulazione e che, invece, quello precedente rappresenti la vera volontà di regolamentazione dei rapporti economici.

Anche gli accordi economici in materia di prole non dovrebbero sottrarsi dall'inquadramento qui proposto. La, già citata, valorizzazione degli accordi tra genitori in merito alle modalità di esercizio condiviso della responsabilità genitoriale dovrebbe passare anche per il riconoscimento di una maggiore autonomia dei soggetti coinvolti. Come si è già rilevato, inoltre, la posizione del figlio, specie se minore, non risulta peggiorata da tale possibilità, in quanto la relazione tra genitori e prole, diversamente da quella affettiva tra soggetti adulti, non costituisce un rapporto che può essere interrotto per il sopraggiungimento di alcune circostanze o che può essere sciolto. Le norme a tutela dell'interesse superiore della prole costituiscono un limite invalicabile all'autonomia dei privati tale per cui qualsiasi pattuizione è assoggettata alla regola del *rebus sic stantibus* (diversamente da quelle tra coniugi) potendo essere rimessa in discussione in qualsiasi momento ove le condizioni mutino e gli accordi assunti non siano più idonei a garantire il mantenimento, l'educazione, l'assistenza o, più in generale, tutte le aspirazioni materiali e spirituali della prole.

È chiaro che il rispetto del dettato legislativo impone ai coniugi di sottoporre al vaglio del giudice tutti gli accordi esistenti in merito ai figli. Questo però, solo ove gli stessi decidano di separarsi legalmente o di divorziare. Nulla vieta, invece, ai coniugi separati di fatto di contrattualizzare privatamente le condizioni del mantenimento a cui il genitore non collocatario è tenuto nei confronti dell'altro. Nel caso queste, in un momento successivo, non dovessero più risultare idonee in relazione alle esigenze concrete, sarebbe sempre possibile adire il giudice invocando il mancato rispetto degli artt. 147 e 315 bis ss. c.c.

Nell'accordo di separazione e di divorzio, come detto, devono essere inserite le modalità con cui i coniugi si adopereranno per garantire alla prole il mantenimento di cui hanno bisogno. Il fatto che il giudice acconsenta a omologare l'accordo a lui presentato, tuttavia, non significa di per sé che egli abbia riconosciuto in quelle condizioni il "contenuto minimo" atto a garantire ogni necessità dei figli. Diversamente, il giudice si limita a considerare il contenuto dell'accordo "non in contrasto" con gli interessi di questi, dandone un giudizio, per così dire, positivo. Tale interferenza dello Stato nella contrattualizzazione di rapporti privati si giustifica sulla base dell'interesse collettivo al benessere della prole, soprattutto se minore, realizzato mediante il controllo che i figli non siano stati coinvolti nella definizione degli aspetti patrimoniali personali dei coniugi. Successivamente, tuttavia, ai coniugi dovrebbe essere data la possibilità di rivedere contrattualmente in sede extraprocetuale i contenuti economici dell'accordo. Ciò potrebbe avvenire in relazione alla

---

soppravvenienza dei più disparati eventi, come la perdita del lavoro del padre, l'incremento delle sostanze dalla madre, o ai nuovi bisogni del figlio. In generale, il timore della dottrina che si oppone a una tale autonomia è quello per cui la concessione di una tale libertà ai coniugi possa comportare un possibile detrimento delle condizioni omologate dal giudice a danno dei figli. Tuttavia, nulla vieterebbe al coniuge collocatario di ricorrere al giudice per richiedere la modifica delle condizioni di separazione ex art. 710 c.p.c. o di divorzio ex art. 9 l. div., sottoponendo al suo giudizio la congruità delle nuove pattuizioni. Nel caso in cui il giudice non dovesse ritenerle tali, allora vi sarebbe una statuizione che rappresenterebbe quel "*minimum*" considerato accettabile dall'organo giudicante. Nemmeno in questo caso, comunque, potrebbe dirsi esaurita, *pro futuro*, l'autonomia dei genitori nello stabilire l'entità del mantenimento. Gli accordi successivi e derogatori di quanto stabilito dal giudice potrebbero però essere, in questo caso, solamente migliorativi. Non si comprende, infatti, il perché si dovrebbe vietare l'accordo con cui i coniugi, privatamente, stabiliscono una condizione migliore, e quindi più vantaggiosa, per la prole rispetto a quanto fatto, a suo tempo, da un giudice.

Lo stesso accordo migliorativo potrebbe avvenire, inoltre, a seguito di separazione o di divorzio contenziosi. In tal caso, il *minimum* inderogabile sarebbe quello stabilito dal tribunale.

A questo punto, il timore di chi si oppone a questa ricostruzione si potrebbe spostare sul lato dello svuotamento di significato che la libertà contrattuale dei coniugi potrebbe comportare nei confronti dell'omologa. A ciò si potrebbe agevolmente rispondere che nessuno oggi dubita della validità degli accordi, anche in materia di prole, tra coniugi separati di fatto. I contratti in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto e quelli di separazione di fatto hanno la medesima causa concreta, ossia quella di regolamentare i doveri discendenti dalla responsabilità genitoriale dei figli di coppie che non vogliono più condividere la vita spirituale e materiale. Tali doveri sussistono indipendentemente da un decreto di omologa o da una sentenza di divorzio congiunto essendo, quello del giudice, un mero controllo pubblicistico a tutela della prole da effettuarsi nel momento in cui i coniugi decidono di formalizzare la rottura del proprio rapporto e di modificare il proprio *status*. Lo stesso controllo può essere richiesto anche dalle coppie separate di fatto anche se, in questo caso, si configura come un controllo "eventuale", ossia richiesto da uno dei genitori nel caso in cui l'altro si rifiuti di modificare quanto pattuito in relazione alle mutate esigenze concrete del figlio.

All'interno di questo ragionamento si innestano, oltretutto, le previsioni di cui al D.L. 132/2014<sup>337</sup>, con cui è stata concessa ai coniugi la possibilità di separarsi e divorziare legalmente in un contesto extragiudiziale. Gli accordi patrimoniali dei

---

<sup>337</sup> Da rilevare, inoltre, che in assenza di prole i coniugi possono sciogliere il vincolo innanzi al Sindaco. In questo caso, i coniugi sono costretti a regolamentare gli aspetti economici della loro vita futura in maniera privata, ossia a mezzo di contratto. Ciò dimostra, ancora una volta, che il controllo della magistratura è concepito solo in funzione della prole, tanto che in assenza di essa il legislatore chiede solo che sia manifestata la volontà di sciogliere il vincolo coniugale innanzi a un pubblico ufficiale atto a formalizzare e registrare la dichiarazione. Dei rapporti patrimoniali, invece, vi è totale disinteresse. Così facendo il legislatore ha rafforzato l'idea secondo cui la regolamentazione degli aspetti economici sia una questione privata, indipendente dal mutamento di *status*.

coniugi hanno potuto trovare, dunque, un ulteriore spazio per essere contrattualizzati. Anche queste pattuizioni, infatti, si inseriscono nel discorso qui proposto, entrando nel novero del “contratti della crisi coniugale”. Evidentemente, anche per esse l’omologazione o la pronuncia di una sentenza di divorzio non costituisce una condizione di validità.

Si è voluto, tuttavia, sottrarre alla disponibilità assoluta delle parti due contenuti: gli accordi in merito alla prole, per i quali è richiesta un’autorizzazione da parte del Pubblico Ministero; i patti di trasferimento patrimoniale, da intendersi come quelli accordi atti a dare una sistemazione definitiva alle reciproche pretese patrimoniali con concessioni “*una tantum*”.

Per quanto concerne il primo contenuto, il legislatore ha ritenuto coerente inserire anche in tale contesto un controllo pubblicistico a tutela dei figli in previsione della formalizzazione del mutamento di *status* dei genitori. Quanto al divieto degli “accordi *una tantum*”, come affermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, si è voluto far fronte al timore della loro non equità, essendo convenzioni caratterizzate dall’irreversibilità e dalla non assoggettabilità alla clausola *rebus sic stantibus*. La *ratio legis*, quindi, mira a prevenire situazioni di asimmetria nelle posizioni di forza tra parti contrattuali, chiedendoci di riflettere, in chiave di *de jure condendo*, sulle modalità con cui questa potrebbe essere superata<sup>338</sup>. Se questo è il timore del legislatore significa che, ipoteticamente, sussiste la possibilità per i coniugi di contrattualizzare le proprie pretese patrimoniali dandone una definizione definitiva, sottratta alla possibilità di revisione in caso di mutamento delle circostanze. Il collegamento immediato è quello con la rinuncia al diritto a qualsiasi tipologia di assegno di natura assistenziale e con l’assegno divorzile *una tantum*, l’assegno *una tantum* di separazione, e l’assegno *una tantum* per il mantenimento indiretto dei figli. In tutte e tre queste ultime ipotesi, il coniuge si libera dai propri obblighi con un unico trasferimento di beni mobili e/o immobili in luogo dell’assegno periodico. Tale possibilità è ammessa nei riguardi della prole in quanto, come si è detto, il rapporto genitore-figlio rimane sempre ancorato alla clausola *rebus sic stantibus*. Per cui, in realtà, non esiste alcun accordo caratterizzato veramente dalla definitività.

Diverso è il caso dell’assegno di mantenimento e di quello divorzile. In quest’ultimo caso esiste una espressa previsione legislativa, ossia l’art 5 l.div., la quale si ritiene applicabile analogicamente anche alla prima ipotesi. L’assegno post-separazione e quello post-matrimoniale, come detto, condividono oggi la medesima natura. Diversamente dal passato, non si può più ritenere che l’uno abbia funzione esclusivamente assistenziale mentre l’altro composita. Entrambi, infatti, hanno una natura composita: in parte assistenziale e in parte compensativa. Per ciò che concerne la parte compensativa, quindi, non si comprende la ragione per cui essa non possa considerarsi nella piena disponibilità delle parti ed essere oggetto di un contratto della crisi coniugale, senza il controllo preventivo di un giudice.

Invece, è la dimensione assistenziale a destare i maggiori problemi. Essa è condivisa dagli assegni di mantenimento e post-divorzili ed è ritenuta essere la ragione dell’impossibilità per i soggetti di disporre del diritto mediante rinuncia o diverso altro accordo tombale. In realtà, il timore più grande, fatto proprio anche dal

---

<sup>338</sup> Cosa che si farà, tra l’altro, nel prossimo capitolo.

legislatore mediante l'introduzione dell'art. 5 l. div, è quello che la parte più debole del rapporto prenda una decisione definitiva che sia per lei pregiudizievole. L'intervento del potere pubblico a presidio dell'equità della scelta, allora, diviene un modo per garantire un interesse sociale. In questo modo, però, si cerca di risolvere il problema mediante un'ingerenza esterna in un sistema costruito sull'accordo dei coniugi. Ciò che manca, invero, è la presenza di strumenti giuridici che supportino la decisione della parte più debole, rendendola maggiormente consapevole della scelta che si accinge a effettuare.

Alcune suggestioni verranno presentate nel capitolo 4 del presente lavoro. Per il momento ci si soffermi nel comprendere quali sono stati i risultati fin qui ottenuti.

### **16. I contratti della crisi coniugale: riflessioni alla luce della teoria dei contratti relazionali.**

Nelle pagine di questo secondo capitolo si sono esaminati gli accordi che i coniugi possono stipulare nel momento in cui la crisi è in atto.

Di essi si è voluto fare un'analisi quanto più completa dal punto di vista normativo e interpretativo-sistematico.

Ne si è visto la definizione, le caratteristiche, la tipologia, la forma, la causa e gli effetti verso i terzi. Ancora, li si è divisi tra accordi stipulati in sede di separazione (giudiziale o consensuale) ovvero di divorzio (congiunto o giudiziale) ovvero in sede di negoziazione assistita.

Si è, inoltre, approfondito la categoria dei cd. "accordi *a latere*".

Di tutte queste intese si è distinto tra quelle a sfondo patrimoniale, di cui ci si è occupati, da quelle a contenuto personale (che si è dichiarato non essere oggetto del presente lavoro), nonché tra quelli aventi a oggetto il rapporto genitore-figlio da quelli inerenti meramente al rapporto tra coniugi.

Le due grandi categorie di accordi individuate sono state quelle delle intese traslative e quelle con oggetto l'assegno di separazione/divorzio e quello di mantenimento del figlio.

In buona sostanza si è scelto deliberatamente di non tralasciare alcun aspetto degli accordi in fase di crisi: si è dato atto della presenza di tutte le teorie interpretative dottrinali-giurisprudenziali esistenti fino a oggi, talvolta prediligendo alcune ricostruzioni dogmatiche, talaltra, come fatto in queste prime conclusioni, presentando in maniera originale e inedita una teoria interpretativa del fenomeno.

Il risultato ottenuto è l'attribuzione a tutti questi accordi della qualifica di contratti o, ancor meglio, di "contratti matrimoniali della crisi". A essi deve essere riconosciuta piena liceità e validità senza quelle limitazioni che dottrina e giurisprudenza hanno cercato di teorizzare per arginarne i possibili effetti.

Oltre che leciti, l'analisi economica degli accordi tra coniugi ci rammenta che essi sono anche la strada maestra per la massimizzazione delle utilità personali e collettive.

Col capitolo 4 si andrà a studiare gli elementi problematici di questi contratti teorizzando quali dovrebbero essere gli strumenti per farvi fronte.

Dovremmo essere già arrivati al punto di comprendere, infatti, che le limitazioni dottrinali e giurisprudenziali alla piena validità di questi contratti non sono dovute a ragioni normative, bensì sono spesso strumentalizzazioni interpretative del dato

legislativo volte al raggiungimento di uno scopo: la tutela della parte debole.

Non ritenendo corretto nascondere una preferenza ideologica dietro alla dogmatica, si è preferito denunciare fin dalle prime pagine del presente lavoro l'idea che il ripensamento dell'attuale sistema debba partire da un nuovo modo di intendere la relazione contrattuale tra le parti, valorizzandone il rapporto sottostante a mezzo della teoria dei contratti relazionali.

Questo "nuovo" modo di ripensare al contratto è foriero di importanti risvolti, soprattutto perché ci chiede una valutazione di volta in volta differente dell'accordo, con una maggiore focalizzazione sul singolo caso concreto.

A molti questo modo di procedere potrebbe sembrare una rinuncia alla "certezza del diritto". Ma questo è vero solo se con tale locuzione si intende la necessità di trattare tutti i casi in maniera uguale, potendo prevedere l'esito di una controversia ancor prima che si instauri.

Tuttavia, per la loro natura, non esiste una relazione coniugale uguale a un'altra, tanto che il voler pensare di applicare il dato normativo in maniera identica in ogni circostanza appare del tutto irrazionale, oltre che ingiusto.

Inoltre, come ci insegna l'analisi economica, i coniugi lasciati liberi di contrattare sono in grado da soli di raggiungere un livello di ottimo che non può essere invece raggiunto qualora vengano poste in maniera eterodiretta delle limitazioni.

Tali limitazioni, infine, sono spesso più dannose per la certezza del diritto rispetto a quanto si voglia ammettere, in quanto frutto di interpretazioni giurisprudenziali che possono mutare a seconda del contesto.

Libertà contrattuale, tuttavia, non significa necessariamente libertà assoluta per i coniugi. L'errore, infatti, nasce dall'assenza di disposizioni di carattere generale in materia contrattuale che distinguano tra contratti relazionali e contratti separati, nonché in merito ai loro effetti e ai poteri correttivi del giudice. Tale lacuna del sistema, tuttavia, può essere recuperata in via interpretativa, in attesa di un intervento sistematico del legislatore.

Voler a tutti i costi applicare a contratti relazionali i rimedi dei contratti separati, infatti, conduce inevitabilmente a storture del sistema, facendoci assistere a ricostruzioni dogmatiche che, come visto, cercano disperatamente soluzioni puntiforme senza mai, però, giungere a una conclusione valevole una volta per tutte.

Se quanto detto fin qui corrisponde al vero, e sul punto si avrà modo di ulteriormente ragionare nel capitolo 4, si ritorni per un momento alla ricostruzione dogmatica proposta in queste ultime conclusioni. Distinti i contratti matrimoniali in fase di crisi tra "accordi a contenuto tipico" e "atipico", quest'ultimi, trovando nell'accordo di separazione o di divorzio una mera "occasione", possono essere contratti "relazionali" o "separati". In quest'ultimo caso sono equiparabili a tutti gli altri contratti "*una tantum*", ossia accordi che tendono a definire in maniera puntiforme una particolare questione.

Gli strumenti normativi che il codice civile italiano predispone all'uopo sono vari e noti, perché sono quelli che tutti si è soliti applicare e sui quali ci è formati.

Diversi, invece, sono i contratti "a contenuto atipico" che si basano sulla relazione di durata. In tal senso, infatti, a essi può essere attribuita la caratteristica di "contratti relazionali". Con essi, infatti, i coniugi danno una sistemazione al come dovrà essere il loro rapporto di soggetti "separati" o "divorziati".

Assumendo la separazione o il divorzio come “fasi di vita” significa evitare di considerare tali circostanze come “eventi *una tantum*”, ossia come punto finale di una relazione, cancellata definitivamente con un contratto.

Cancellare con un colpo di spugna un momento più o meno lungo di vita trascorso assieme è spesso impossibile e, talvolta, non auspicabile. Su questo punto, come si vedrà, si fonda l’esistenza della clausola del *rebus sic stantibus*.

Trattandosi di accordi relazionali, dunque, e avendo a mente gli insegnamenti dell’Analisi Economica del Diritto, si tratta di capire come bilanciare l’autonomia privata dei coniugi (da estendere quanto possibile) e altri interessi preminenti nel nostro sistema costituzionale, come la tutela della parte debole.

Questo, però, sarà oggetto del capitolo 4.



## CAPITOLO TERZO

### **Patti prematrimoniali e postmatrimoniali in vista di una crisi eventuale e futura**

#### **1. Considerazioni introduttive.**

Il presente capitolo ha come oggetto gli accordi che i soggetti stipulano in vista di una crisi meramente eventuale.

La giurisprudenza maggioritaria e una diffusa dottrina hanno sempre cercato di differenziarli rispetto a quelli assunti tra i coniugi in costanza della crisi.

Tuttavia, se si assume come punto di vista quello del profilo funzionale del contratto, così come illustrato nel precedente capitolo, le intese in questione sono qualificabili come una *species* di quelli che sono stati definiti “contratti della crisi coniugale”.

Se è vero che la causa in concreto del contratto rappresenta “la sintesi degli interessi reali che il contratto è volto a realizzare<sup>1</sup>”, anche gli accordi stipulati dai coniugi in vista di una crisi eventuale, pur ponendo la crisi come un’ipotesi e non come certezza, costituiscono il tentativo di due soggetti di sottrarre al contenzioso la definitiva sistemazione dei reciproci rapporti economici nel momento della dissoluzione dell’unione affettiva.

Punto di partenza non può che essere il pensiero, che si condivide, per cui “[n]on può dubitarsi, credo, che in questa materia le scelte dell’interprete siano profondamente condizionate dalle convinzioni culturali ed ideologiche di ciascuno, delle quali mi pare preferibile fare aperta professione, piuttosto che cercare conferme nelle pieghe del dettato normativo e nell’esegesi letterale<sup>2</sup>”.

In effetti nelle prossime pagine si è voluto mettere in evidenza come gli elementi ostativi al riconoscimento della validità degli accordi in vista della crisi eventuale sono da ricondurre a preconcetti, assiomi o ideali che gli interpreti nascondono sapientemente mediante lucidi ragionamenti giuridici.

Eppure, una profonda analisi della tematica riesce a far emergere la facilità con cui certi nodi problematici potrebbero essere sciolti ove si fosse disposti ad ammettere con sincerità che i contratti in vista della crisi eventuale rappresentano un problema per la tutela del coniuge più debole.

Tale riconoscimento permetterebbe di concentrare le proprie risorse e i propri

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. not.*, 2007, 180 ss.

Per un approfondimento sul tema cfr. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Cassazione, raccolta di studi in onore di A. Brancaccio*, VII, Milano, 2013, 30 ss. Ma anche, più di recente, ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in Alcaro (a cura di), *Causa del contratto*, Milano, 2016, 1 ss.

<sup>2</sup> ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 213 ss., spec., 224. Cfr. anche ZATTI, *Famiglia, familiae - Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2002, 9 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 515 ss.

studi sulla ricerca dei mezzi e degli strumenti giuridici necessari per prevenire o far fronte alla questione, sottraendoli a una vana formulazione di interpretazioni giuridiche volte alla tutela dello *status quo*.

La linea seguita nel presente capitolo sarà, dunque, la seguente: in un primo momento si inquadreranno le fattispecie oggetto di analisi; successivamente si cercheranno di confutare gli argomenti storici e poi quelli giuridici, dimostrando da una parte come gli accordi patrimoniali in vista della crisi sono stati un'esigenza percepita da secoli oscurata solo a partire dall'ottocento da ideologie sull'ordine sociale e, dall'altra, che gli argomenti giuridici che un tempo si contrapponevano alla validità di tali contratti sono oggi facilmente superabili. Infine, si evidenzieranno le progressive aperture della giurisprudenza e gli espedienti interpretativi formulati pur di non abbandonare quel decennale orientamento che ritiene nulli gli accordi in vista della crisi eventuale. Non si mancherà di far emergere, tuttavia, come questo tentativo conduca a risultati paradossali o, comunque, controintuitivi.

Si comprenderà, quindi, che il vero obiettivo della giurisprudenza è quello di realizzare una "giustizia del caso concreto" e che gli argomenti alla base della dichiarazione di nullità degli accordi tra privati sono spesso piegati in un modo o in un altro al fine di far fronte alle esigenze che di volta in volta sono sentite come preminenti nel singolo caso specifico.

## **2. Accordi patrimoniali in vista di una crisi coniugale eventuale: inquadramento preliminare.**

I termini "patti/accordi prematrimoniali" o "patti/accordi postmatrimoniali" corrispondono alla traduzione in italiano degli accordi che nel sistema giuridico di *common law* vengono detti "*prenuptial agreement*" e "*postnuptial agreement*".

In buona sostanza, si tratta di accordi pienamente vincolanti tra nubendi o tra soggetti sposati con cui viene stabilita la regolamentazione di alcuni (o tutti) gli aspetti patrimoniali o personali della vita in un momento antecedente o successivo alla modifica del proprio *status* onde evitare che le imprevedibili vicissitudini della relazione affettiva impediscano la formulazione di un possibile accordo in caso di fallimento della relazione coniugale.

Questi concetti sono stati mutuati nel nostro comune sentire sociale e giuridico privandoli delle loro sfumature e caratteristiche.

Il mondo di *common law*, infatti, conosce una moltitudine di tipologie di accordi tra soggetti legati da una relazione affettiva che si differenziano quanto a contenuti e al momento in cui vengono stipulati. Può accadere che siano due soggetti conviventi a voler regolare a livello contrattuale la loro relazione, ovvero due futuri sposi, ovvero due coniugi nel corso della propria vita coniugale<sup>3</sup> o, infine, due coniugi prossimi al divorzio<sup>4</sup>. Una mera traduzione dall'inglese all'italiano e una trasposizione dell'istituto nel nostro ordinamento non paiono quindi essere operazioni possibili.

Al fine di tener conto delle diverse caratteristiche e possibilità applicative degli

---

<sup>3</sup> L'accordo con cui i coniugi stabiliscono il mantenimento di uno nei confronti dell'altro in costanza di matrimonio si dice "*maintenance agreement*"; mentre quello con cui si accordano sul futuro assegno divorzile "*separation agreement*".

<sup>4</sup> Per un primo approfondimento si veda CRETNEY, *Family law*, London, 1997, 95.

accordi di questo genere anche in Italia pare opportuno utilizzare il termine di “accordi della crisi futura ed eventuale a causa affettiva”. Con questo concetto, riprendendo in parte quanto sostenuto nel capitolo 2 del presente lavoro, possono raggrupparsi in un’unica categoria giuridica tutti quegli accordi, dal complesso contenuto, aventi come causa concreta la necessità di disciplinare gli aspetti patologici della propria vita affettiva in vista di una possibile crisi.

All’interno di questa categoria è possibile individuare alcune *species*.

Una prima differenziazione necessaria è quella tra gli “accordi in vista di una crisi futura e meramente eventuale” e gli “accordi della crisi attuale”.

Di quest’ultima tipologia si ha già avuto modo di parlare. Con gli “accordi della crisi attuale” i coniugi si trovano in una fase patologica della relazione e si pongono dinnanzi alla necessità di disciplinare gli aspetti di una vita comune che si separa. Sono gli accordi assunti in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto e gli accordi *a latere* di essi.

Gli “accordi in vista di una crisi futura e meramente eventuale”, invece, sono intese che possono essere strette sia tra soggetti non ancora sposati, sia tra coniugi in fase fisiologica del rapporto matrimoniale<sup>5</sup>. Essi non mirano a dare una sistemazione ai rapporti patrimoniali della vita in comune, ma vengono stipulati in un momento in cui le recriminazioni reciproche sono lontane, in vista di una possibile (non augurabile) crisi.

Infine, la particolare struttura legale dello scioglimento del rapporto di coniugio in Italia pone all’attenzione un’ulteriore ipotesi, ossia i patti tra coniugi in fase di separazione in vista di un possibile divorzio i quali, sebbene stipulati in un momento di crisi in atto, sono volti a disciplinare le conseguenze della fine del rapporto di coniugio facilitandone un pacifico scioglimento.

Data la natura ibrida di quest’ultima *species*, la scelta può essere quella di considerarli una figura autonoma oppure un’ulteriore *subspecies* degli “accordi in vista di una crisi futura eventuale”<sup>6</sup>.

Un’ulteriore precisazione sembra opportuna.

Si suole far spesso confusione con il termine “convenzioni matrimoniali”. Con tale definizione, tuttavia, si qualificano solo ed esclusivamente quegli accordi di natura contrattuale espressamente e tassativamente disciplinati dal codice civile. Con essi ai coniugi è consentito regolamentare alcuni aspetti patrimoniali del proprio rapporto di coniugio in fase fisiologica. Si tratta, ad esempio, dell’accordo con cui si deroga alla disciplina legale della comunione o della separazione dei beni; o dell’accordo con cui si costituisce un fondo o un’impresa familiare.

Le convenzioni matrimoniali, dunque, si differenziano dagli accordi fin qui analizzati e per tale ragione non saranno oggetto del presente lavoro, se non per coglierne la *ratio* in relazione alla crescente autonomia privata concessa ai coniugi in materia patrimoniale.

La dottrina italiana<sup>7</sup> ha in passato assunto un atteggiamento di minor interesse nei

---

<sup>5</sup> Nei sistemi di Common Law, gli accordi precedenti al matrimonio si chiamano “*Prenuptial Agreement*”; quelli successivi “*Postnuptial Agreement*”.

<sup>6</sup> Quest’ultimo sembra essere l’indirizzo assunto dalla giurisprudenza. In tal modo questi accordi cadono sotto la scure della nullità per tutte le ragioni che si evidenzieranno.

<sup>7</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e Dir.*,

confronti degli accordi “in vista di una crisi futura ed eventuale”, mentre molto si è concentrata sulla natura e sulle caratteristiche degli “accordi della crisi”. Tale tipologia di accordi sono spesso visti come un qualcosa di nuovo, frutto della modernità e di derivazione angloamericana. Ciò, però, non pare corrispondere a realtà. Storicamente già il diritto romano conosceva simili intese di cui i consociati facevano ampio uso<sup>8</sup>.

Si definivano *pacta nuptialia* (*o pacta antenuptialia o ante nuptias; o pacta postnuptialia o post nuptias*) gli accordi tra nubendi, o più spesso tra le loro famiglie, in cui venivano disciplinati gli esiti patrimoniali a seguito di un possibile divorzio. Tali accordi potevano essere stipulati prima o successivamente alle nozze.<sup>9</sup>

Nei *pacta nuptialia* venivano inserite diverse clausole, molte delle quali finalizzate alla restituzione della dote a seguito della conclusione del rapporto (alla moglie; alla sua famiglia, al fratello, agli eredi, etc...)<sup>10</sup>.

In generale, le fonti confermano una forte attenzione da parte dei Romani nel disciplinare in maniera oggettiva e soggettiva, attraverso accordi, le situazioni in cui la dote sarebbe stata restituita una volta sciolto il matrimonio<sup>11</sup>.

Si veda, a titolo esemplificativo, questo frammento del Digesto:

*“Cum quaerebatur, an verbum: Solutum matrimonio dotem reddi, non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentiant? Et multi putabant hoc sensisse; et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronunciavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum.”* (D. 50, 16, 240).<sup>12</sup>

Nei secoli successivi alla dissoluzione dell’Impero Romano gli accordi patrimoniali in vista di una crisi eventuale del rapporto di coniugio erano diventati una realtà ben nota<sup>13</sup>.

Si riporta il testo di una sentenza della Rota Romana di fine sedicesimo secolo in cui è stato dichiarato valido l’accordo *antenuptias* stipulato tra i nubendi Costantino e Lisia con il quale era stato previsto che in caso di *separatio thori* il marito avrebbe pagato mensilmente una somma alla (“ex”) moglie a titolo di alimenti e che in caso di mancato versamento la donna avrebbe avuto azione per chiedere la restituzione della dote, cosa che era avvenuta.

*“Placuit Dominis, sententiam esse confirmandam: quia cum convenerit, ut in eventum separationis thori, D. Constantius teneretur D. Lisiae eius uxori*

---

2012, 1.

<sup>8</sup> OBERTO, *Prenuptial agreements in contemplation of divorce: European and Italian perspectives*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016, 135 ss.

<sup>9</sup> Si può notare come le diciture abbiano trovato una diretta e inalterata traslitterazione nei paesi di common law. Cfr., OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 68 ss.

<sup>10</sup> Cfr., OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, op. cit., 1306 ss.; Id., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2003, 535 ss.

<sup>11</sup> CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Giuffrè Editore, 2011, 11.

<sup>12</sup> “Si chiede se con l’espressione “dote da dover restituire in caso di dissoluzione del matrimonio” si debba comprendere non solo il divorzio, ma anche il caso di morte: cioè se le parti di questo tipo di accordo intendano che il contratto si riferisca anche all’ultimo caso (cioè la morte e non solo il divorzio). Molti pensano che sia così, ma altri hanno opinioni diverse. Cesare decide che in nessun caso la dote debba rimanere al marito”.

<sup>13</sup> Si tratta chiaramente di accordi in caso di separazione della coppia, in quanto la dottrina della Chiesa Cattolica non permette il divorzio.

*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. Lisia debeat restitui*".<sup>14</sup>

Ancora più interessante è il caso deciso dal *Concistorium* del Regno di Sicilia, datato 20 Giugno 1612, col quale è stata riconosciuta la validità dell'intesa tra il signor Pagano e la signora Pactis contenente la clausola per cui, in diversi casi specificamente previsti, alla moglie non sarebbe spettato altro se non il mantenimento mediante trenta once.

*"Sanctorus Pagano matrimonium contraxit cum Cornelia de Pactis, Nullo expresso contrahendi more, Graecorum, vel Messanensium: Sed cum pacto, Item che lo presenti matrimonio si intenda con patto, che casu (quod absit) di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, et quelli morti in minori età, vel maiori ab intestato, che ogni uno stia con le suoi doti, et beni, che ha portato, et non aliter, et detta sposa non possa disporre, nisi tantum di unzi trenta*"<sup>15</sup>.

Gli esempi appena citati sono la palpabile manifestazione di come gli accordi in vista della crisi affettiva tra nubendi non siano una novità del XX secolo, frutto di una società in cui le cui relazioni interpersonali sono caratterizzate da brevità e instabilità.

Ciò che si rileva è la storicità sottostante a un'esigenza percepita come di primaria importanza fin già dai tempi dei Romani.

Inoltre, a molti potrebbe stupire la convivenza del sistema dei *pacta* anche in epoca medievale e moderna in un'Europa saldamente cristiana, in cui la religione era dotata di una certa influenza sui legislatori e sugli ordinamenti giuridici in generale. Invece, non esistevano opposizioni agli accordi patrimoniali in vista della crisi per i Cristiani Siciliani del XVII secolo, né per la Sacra Rota del XVI secolo.

Al contrario pare potersi desumere che le questioni economiche venissero intese in maniera a sé stante rispetto a quelle religiose e personali.

L'inversione di rotta può essere considerata frutto degli idealismi ottocenteschi e della diffusione dello statalismo sul diritto di famiglia, così come presentati nel primo capitolo del presente lavoro e di cui si è sottolineata anche la fine attraverso una progressiva privatizzazione della materia.

Nel prossimo paragrafo verranno analizzate le ragioni che dottrina e

---

<sup>14</sup> "Piaccia a Dio, la sentenza deve essere confermata: poiché, com'era stato accordato, in caso di separazione dei coniugi, Costantino sarebbe stato tenuto a versare alla moglie Lisia 270 scudi a titolo in alimenti e che nel caso di mancato versamento per un anno essa avrebbe potuto agire per la restituzione della dote matrimoniale. Costantino non ha versato la somma nell'anno 1598. Conseguentemente necessariamente che debba essere restituito quanto dato da Lisia."

<sup>15</sup> "Il sig. Santoro Pagano ha sposato la signora Cornelia de Pactis senza decidere espressamente per la formula del matrimonio "Greco" o di "Messina" (n.d.r. si tratta della scelta del regime di separazione dei beni che permetteva alla coppia di derogare al regime patrimoniale previsto *ex lege*, ossia quello "Latino", corrispondente alla nostra comunione dei beni) ma con la seguente clausola: che in tale matrimonio sia inteso che in caso di separazione legale senza che figli siano nati o, nel caso di nascita di bambini, questi muoiano prima del raggiungimento della maggiore età o nel caso del raggiungimento della maggiore età da parte dei figli questi muoiano senza lasciare testamento, ognuno (marito, moglie e figli) manterrà i propri averi e dote conferiti in matrimonio e nient'altro che la sposa riceverà solo l'ammontare di trenta once". Si veda GIURBA, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae, I, Panormi, 1621, 399.*

giurisprudenza hanno da sempre opposto al riconoscimento della validità degli accordi in vista della crisi.

Si cercherà di comprenderne gli elementi e criticarne l'opportunità, nonché di rendere manifesta l'incoerenza di alcune scelte interpretative, soprattutto alla luce di una necessaria coerenza del sistema e delle nuove esigenze e pressioni sociali.

### 3. Le ragioni della nullità.

Gli argomenti di cui la giurisprudenza e dottrina maggioritaria si sono servite al fine di perorare la tesi dell'invalidità degli accordi in vista della crisi effettiva eventuale sono riconducibili essenzialmente a<sup>16</sup>: 1) la lesione della famiglia come elemento cardine della società; 2) l'indisponibilità dello *status* coniugale; 3) la possibile commercializzazione dello *status* di coniuge; 4) la lesione del diritto di difesa; 5) l'indisponibilità degli effetti nascenti dall'acquisizione dello *status* di coniuge; 6) l'indeterminabilità dell'oggetto degli accordi in vista della crisi; 7) l'inderogabilità assoluta dei diritti di cui all'art. 160 c.c. e del necessario controllo giudiziale; 8) la violazione della clausola del *rebus sic stantibus* posta a presidio di ogni accordo economico in materia di crisi coniugale. Siano ora analizzati con ordine.

Come emerso dall'analisi fin qui condotta, il nostro codice civile contempla un modello familiare bipolare: da una parte a essere valorizzato è il singolo membro, dall'altra viene posta al centro dell'attenzione, alla luce di un principio solidaristico, la famiglia come unione di interessi. Ogni atto espressione dell'autonomia privata del soggetto è perciò destinato a ripercuotersi direttamente o indirettamente sul ménage e a intrecciarsi con le dinamiche collettive<sup>17</sup>. Diventa quindi di estrema importanza comprendere se, e in quali circostanze, l'atto compiuto dal singolo sia idoneo a ledere gli interessi della famiglia che si ergono a una posizione di superiorità e, quindi, di indisponibilità<sup>18</sup>.

Gli accordi pre- e postmatrimoniali sono stati in passato, infatti, dichiarati nulli da una, ormai non più recente, giurisprudenza la quale sottolineava la potenziale lesione degli interessi pubblicistici sottesi alla famiglia quale elemento ostativo all'accordo non solo personale ma anche economico dei coniugi in crisi<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Per un'introduzione si legga: LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, op. cit., 86; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio, in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996, op. cit., 699 ss.; COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, in *Il Foro Italiano*, V, 1995, 113; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, op. cit., 178 ss., 191 ss.; GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, op. cit., 489; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, op. cit., 700 ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 603; DELLA CASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica di integrazione*, in *Notariato*, 1, 2001, 51.

<sup>17</sup> Cfr. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, op. cit., 216.

<sup>18</sup> Cfr. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997, 494 ss.; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Diritto & formazione*, 2002, 9; RUVOLO, *Autonomia negoziale dei coniugi nella crisi della famiglia*, op. cit.

<sup>19</sup> "Il patto con il quale i coniugi, per l'eventualità di una futura pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedano in favore dell'uno il diritto personale di godere della casa dell'altro, è affetto da nullità per causa illecita (ancorché sia inserito nei patti della separazione consensuale, limitatamente alla parte in cui disponga a far tempo da detta pronuncia), in

Tuttavia, come si ha avuto modo di mettere in luce nel primo capitolo del presente lavoro, l'evoluzione storica di cui il diritto di famiglia italiano è stato protagonista negli ultimi cinquant'anni ha reso quantomeno anacronistiche molte delle resistenze che in passato erano state costruite nei confronti dell'autonomia negoziale dei coniugi. Tant'è vero che è la più recente giurisprudenza ad ammettere che "tradizionalmente gli accordi "negoziali" in materia familiare erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti, e l'elemento patrimoniale, ancorché presente, era strettamente collegato e subordinato a quello personale. Oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, là dove essa non contrasti con l'esigenza di protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli, si afferma con maggior convinzione<sup>20</sup>".

I limiti alla possibilità dei coniugi di contrattualizzare le rispettive questioni patrimoniali sono stati sottratti da un'ideale astratto di famiglia e sono oggi ricondotti alla tutela della prole e dei soggetti più deboli in generale<sup>21</sup>.

Tale mutamento di paradigma non è altro che la presa di coscienza della realtà sociale esistente, la quale ha posto in crisi il concetto stesso di "interesse superiore della famiglia" in quanto riferito all'organizzazione istituzionale e tradizionale<sup>22</sup>. Da una parte le unioni omosessuali e le convivenze che hanno trovato una consacrazione nell'ordinamento giuridico a mezzo della l. 20 maggio 2016, n. 76, dall'altra il concetto di famiglia dinamica, quale è quella di quei soggetti che hanno alle spalle più matrimoni e, magari, più figli con diversi partner, hanno reso non più attuali tutta una serie di argomentazioni che dottrina e giurisprudenza hanno opposto al riconoscimento della validità degli accordi contrattuali che i soggetti stipulano.

Se si vuole ancora parlare di interessi pubblicistici tutelati dall'ordinamento contro la possibile dannosità dei contratti dei membri di una famiglia si ritiene opportuno mutare il centro di tutela. Non è tanto l'organizzazione sociale definita "famiglia" a poter subire gli effetti dannosi di un accordo economico, bensì lo sono i

---

quanto incide, direttamente od indirettamente, sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio, ed altresì tocca la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, che è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici". Cass. Civ., sez. I, 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 12.

<sup>20</sup> Cass., sez. III, 23 settembre - 3 dicembre 2015, n. 24621.

<sup>21</sup> Cfr. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, 276.

<sup>22</sup> Illuminanti sono le parole di Lipari in un suo recente scritto: "Anche nella chiave di un istituto che si va sempre più articolando nei modi della sua costituzione e del suo svolgimento va ripensato lo spazio riconosciuto all'autonomia dei privati nei rapporti familiari. È ragionevole prevedere che la molteplicità degli schemi familiari e la crescente riconduzione del modello stabile di coppia a paradigmi che si riconducono ad indici di valori condivisi, al di là di qualsiasi schematizzazione legale, tenderà progressivamente ad ampliare gli spazi dell'autonomia privata anche rispetto a temi che oggi si ritengono prevalentemente sottratti a qualsiasi forma di pattuizione convenzionale". Cfr. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, op. cit., 930. Sul tema e sugli spunti che esso suscita si legga l'interessante lavoro di RENDA, *Il matrimonio civile*, op. cit.

singoli membri “più deboli” e i terzi creditori personali a necessitare di una tutela rafforzata da parte dello Stato che li metta al riparo da scelte per loro pregiudizievoli.

Partendo da quest’ottica si pone la necessità di riformulare gli strumenti che l’ordinamento giuridico mette a loro a disposizione quali possono essere: un controllo esterno (come quello del PM o del giudice) in merito agli accordi inerenti alla prole; la pubblicità e strumenti processuali a tutela del credito dei soggetti terzi; un sostegno alla parte più debole nel momento della contrattazione in caso di asimmetrie informative.

Se del primo punto si ha già avuto modo di parlare, dei secondi due si avrà modo di disquisire approfonditamente nel prossimo capitolo, allorquando si affronterà il problema in chiave ricostruttiva e di *de jure condendo*.

Un ulteriore argomento a sostegno dell’invalidità degli accordi in vista del divorzio è quello per cui gli effetti discendenti dall’acquisizione dello *status* familiare non sono disponibili<sup>23</sup>.

In altre parole, nel momento in cui un soggetto decide di accedere all’istituto del matrimonio accetta anche che la regolamentazione del rapporto sia disciplinata dalle norme del codice civile previste all’uopo, con impossibilità di imporre un’autoregolazione privata, se non nei limiti espressamente previsti.

È questo uno dei postulati più ardui da criticare<sup>24</sup> ove si voglia sostenere la validità dei patti in vista di una crisi futura ed eventuale.

Infatti questi, per loro essenza, mirano ad incidere *pro futuro* sugli effetti del matrimonio o, meglio, sul momento conclusivo dello stesso.

Tale assunto rappresenta, però, una verità parziale.

Ciò può essere infatti vero laddove si abbia a mente l’ormai abrogato art. 149 c.

---

<sup>23</sup> “Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio devono considerarsi invalidi per illiceità della causa sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte concernente l’assegno spettante all’ex coniuge, in tutte le sue componenti, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio.” Cass. Civ., sez. I, 20 febbraio 1996, n. 1315, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 222.

“A norma della l. 1 dicembre 1970 (sita nella originaria formulazione, che a seguito della l. di riforma 6 marzo 1987 n. 74) l’accordo con il quale i coniugi fissano, in costanza, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, deve considerarsi invalido, oltre che nella parte riguardante i figli, anche nella parte concernente l’assegno spettante al coniuge ai sensi dell’art. 5, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio. Infatti, un siffatto accordo non solo contrasta con l’art. 9 della medesima legge, il quale consente la revisione in ogni tempo delle disposizioni concernenti la misura e le modalità di versamento dell’assegno, ma anche, e soprattutto, ha causa illecita, in quanto appare sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di viziare o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici, sia in relazione alla stessa dichiarazione di divorzio, in contrasto anche con la nuova disciplina della legge n. 74 del 1987, che, configurando detto assegno con natura eminentemente assistenziale, ne si pone in evidenza il carattere di indisponibilità in relazione con il principio generale dell’ordinamento secondo cui gli emolumenti di varia natura correlati alle esigenze di vita (pensioni, alimenti, retribuzioni ecc.) sono indisponibili”. Cass. Civ., sez. I, 04 giugno 1992, n. 6857, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 6.

<sup>24</sup> Per la delegittimazione di tale postulato da parte della dottrina si rinvia a AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *Contratti*, 2014, 582 ss.

1 del codice civile del 1942, secondo cui “il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi”<sup>25</sup>.

Con le riforme degli anni '70, però, si è concesso ai coniugi il diritto di terminare una relazione coniugale non più tollerata. Il matrimonio e i suoi effetti sono quindi divenuti disponibili, per lo meno quanto alla decisione di accettarne o interromperne la produzione di quelli tipici e discendenti dall'esistenza del vincolo.

È pur vero che fino a pochi anni fa l'espressione di una tale volontà da parte del privato necessitava del presidio di un soggetto terzo, il giudice. Tuttavia, a seguito del Decreto legge n. 132/2014, convertito in Legge n. 162/2014, anche questo tassello è stato scalfito<sup>26</sup>. Con l'introduzione della procedura di negoziazione assistita per la separazione e il divorzio è infatti possibile, a mezzo di un difensore, far conoscere all'ufficiale preposto ai Registri dello stato civile che due coniugi hanno consensualmente maturato la volontà di interrompere la propria relazione e definire privatamente (e autonomamente) i reciproci rapporti patrimoniali<sup>27</sup>. Un'innovazione di non poco conto, in cui l'autonomia privata si può esplicitare con ampio respiro, in quanto i criteri per accedervi sono predeterminati dal legislatore a monte. L'unica maglia posta è, ancora una volta, il necessario controllo sulle condizioni dell'accordo in merito ai figli minorenni (se esistenti) a mezzo del Pubblico Ministero, chiamato a tutelare la vera parte debole delle relazioni familiari<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, op. cit., 215.

<sup>26</sup> Per approfondimenti si veda: PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Atti del convegno “La crisi coniugale tra contratto e giudice”*, in *Il Foro Italiano*, 2008, V, 1161-1162; CAPONI, *Autonomia privata e processo civile*, op. cit.; SCARSELLI, *L'intervento del notaio nella prospettiva di una riforma dei procedimenti di separazione tra coniugi*, op. cit., 167-171. Sul punto è stato poi correttamente sostenuto che: “Le nuove procedure di separazione e divorzio, introdotte dalla l. n. 162/2014 dovrebbero aver tuttavia fugato ogni dubbio sulla piena disponibilità dei rapporti tra ex coniugi, mettendo in luce che non si tratta di situazioni a tutela di diritti fondamentali a disponibilità controllata, e quindi la piena validità degli accordi anche preventivi rispetto all'insorgere della crisi. Nel ragionare sul ruolo e sulla funzione dell'autonomia privata oggi nel diritto di famiglia potrebbe addirittura apparire contraddittorio che per un verso il legislatore incoraggi e legittimi le soluzioni negoziali della crisi, e, per altro verso, la giurisprudenza continuasse a inibire in punto di fatto e quale conseguenza di un controllo a posteriori, (...) gli accordi volti a prevenire contenziosi o a superare in modo non conflittuale la fase del divorzio”. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, op. cit., 581. Cfr. anche DANOVÌ, *Il d.l. n. 132 del 2014*, op. cit., 949 ss.; KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, *Studio n. 571 - 2016/C*.

<sup>27</sup> Più che di un accordo è possibile sostenere la tesi per cui “il legislatore ha certamente creato una nuova categoria di contratti, che potremmo definire procedurali o, forse meglio, negozi sulla procedura”, così BOLOGNESI, *il contratto sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, rivista online [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2014, 2 ss.

<sup>28</sup> Sul punto e in particolar modo sull'atipicità del ruolo del Pubblico Ministero, tra i primi commentatori del D.L. 132/2014 si annovera POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in op. cit., 41; RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. It.*, 2015, 1403 ss.; DANOVÌ, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. e Dir.*, 2017, 77 ss. Per approfondimenti si legga anche: CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 715); GIABARDO, *La “negoziazione assistita” e gli “accordi” coniugali nella gestione della crisi della famiglia (artt. 6 e 12 della l. 162/2014)*, in Besso - Frus - Rampazzi - Ronco (a cura di),

La questione è divenuta ancor più evidente con l'introduzione dell'istituto della separazione e divorzio dinnanzi al sindaco, a cui ai coniugi è permesso di accedere con assoluta libertà in assenza di prole, sottraendosi completamente dal controllo di qualsiasi giudice.

Tutto ciò ha portato di recente la dottrina a sostenere che “dopo l'introduzione della negoziazione assistita da avvocati, e del divorzio davanti al sindaco (artt. 6 e 12, l. n.162 del 2014), non pare che i diritti di contenuto economico postconiugali siano ancora qualificabili come indisponibili, almeno per la componente non alimentare<sup>29</sup>”.

Al di là dell'ulteriore apertura che le ultime novelle hanno consentito, è pur vero che anche prima della loro introduzione la critica alla validità degli accordi preventivi della crisi per impossibilità nel nostro ordinamento di disporre preventivamente dei diritti nascenti da un mutamento di *status* poteva essere intesa come un dogma indimostrato della giurisprudenza. In effetti nel nostro ordinamento già esiste una norma positiva che permette la regolamentazione preventiva delle conseguenze patrimoniali derivate dalla mutazione di *status*. Si tratta della scelta del regime di separazione dei beni in deroga a quello legale di comunione (ex art. 162, 3 c. c.c.) da realizzarsi all'atto di celebrazione del matrimonio. Se è possibile incidere con un atto di volontà sulle conseguenze patrimoniali di una mutazione di *status* in positivo, irragionevole appare non ammettere la possibilità di riconoscere ugual diritto in caso di mutazione negativa del medesimo<sup>30</sup>.

La dottrina che si oppone agli accordi in vista della crisi affettiva suole far riferimento alle regole in materia di acquisizione e di modificazione dello *status*<sup>31</sup> delle

---

*Trasformazioni e riforme del processo civile*, Torino, 2015, 123; GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, op. cit., 1118; BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice*, op. cit., 522; BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 899 ss.; TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme*, op. cit., 1149; D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, 1281, nota 23; LUISO, *Diritto processuale civile*, IX ed., V, Milano, 2017, 107 ss.; NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, 697; Id., *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, in *Aiaf Rivista*, 2016, 21; CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, op. cit., 1292; CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Torino, 2018, 303.

<sup>29</sup> Orientamento della Commissione Famiglia e Successioni del Consiglio Notarile di Firenze, *Presupposti e limiti di ammissibilità degli accordi tra coniugi sulle conseguenze patrimoniali della crisi matrimoniale*, disponibile online al sito [www.consigionotarilefirenze.it/index.php/component/content/article/44-osservatorio/famiglia-e-successioni/210-accordi-crisi-matrimoniale.html](http://www.consigionotarilefirenze.it/index.php/component/content/article/44-osservatorio/famiglia-e-successioni/210-accordi-crisi-matrimoniale.html).

<sup>30</sup> RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo la introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015, I, 207.

<sup>31</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, op. cit., 225 ss.; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, op. cit., 220 ss. COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, op. cit., 110 ss.; RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Cedam, Padova, I, 1993, 964 ss.; DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, op. cit., 184 ss.; MORETTI, *Contratto di transazione e rapporti di diritto familiare*, in *Contratti*, 1996, 524; CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del «ménage»*, Cedam, 1999, 142 ss.; BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, nota a Cass., 14 giugno 2000,

persone, la disciplina delle quali sarebbe una prerogativa riservata allo Stato. Ai coniugi quindi, non sarebbe mai lasciato il potere di determinarlo unilateralmente, né di “commercializzarlo”. Detto altrimenti: lo *status* è “strettamente personale ed indisponibile, sicché ogni convenzione sarebbe nulla sia per impossibilità giuridica dell’oggetto, sia per contrarietà all’ordine pubblico, e, più precisamente, per contrarietà ai principi generali e fondamentali della persona<sup>32</sup>”.

A questa dottrina è possibile obiettare, in primo luogo, che nel nostro ordinamento, sotto certi profili, lo *status* è già disponibile. Esempi di quanto affermato possono essere riscontrati nel fatto che la domanda di separazione, così come quella di divorzio, non può essere paralizzata dal coniuge che voglia conservare, invece, il matrimonio.

Inoltre, anche lo *status filiationis*, nel quale l’esigenza dell’indisponibilità è maggiormente sentita, prevede ipotesi, anche se molto particolari, di disponibilità. Basti considerare il diritto della madre a non essere citata nell’atto di nascita (art. 30, 1 c., d.P.R. n. 396/2000) e alla possibilità di trascrivere in Italia atti di nascita legittimamente formati all’estero sebbene in violazione dei divieti posti dal nostro ordinamento, come accade nel caso di persone dello stesso sesso che accedano alla procreazione medicalmente assistita (ex art. 5 l. 19 febbraio 2004, n. 40)<sup>33</sup>.

L’assoluta indisponibilità dello *status*, dunque, sarebbe di per sé un preconcetto<sup>34</sup>.

Oltre all’argomento appena citato, si può sostenere con ben più argomentazioni che gli accordi in vista di una crisi futura non costituiscono una disposizione dello *status* dei coniugi. Infatti, mediante un accordo economico preventivo di un eventuale divorzio i coniugi effettivamente dispongono solo di un “effetto conseguente a una modificazione di *status*” avvenuta in precedenza esclusivamente per mezzo di un provvedimento giurisdizionale<sup>35</sup>.

Un possibile caso di accordo avente oggetto lo *status* (e la sua relativa commercializzazione) potrebbe verificarsi, invece, laddove le parti si impegnassero a comportamenti come quello di “non divorziare”, “non chiedere la separazione”, non rilevare cause di nullità del matrimonio, etc...<sup>36</sup>. È indubitabile infatti che siffatte promesse si pongano come contrarie ai principi di ordine pubblico e che la relativa

---

n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, 1021; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1026; BRIGNONE - TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 2008, 24 ss., 42 ss.

<sup>32</sup> COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, op. cit., 110. In senso conforme PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1331. Sull’indisponibilità dello *status* di coniuge, dell’assegno divorzile e di altri diritti di cui è florida la materia matrimoniale si veda DE NOVA, in *Trattati*, op. cit., 505.

<sup>33</sup> Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362 ss., con nota di PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all’estero a favore di una coppia same sex*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2365 ss., con nota di DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all’Europa e al mondo*.

<sup>34</sup> Il pensiero è di GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 291 ss.

<sup>35</sup> CERRI, *Accordi prematrimoniali*, op. cit., 85.

<sup>36</sup> COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, op. cit., 110.

causa non possa che essere considerata nulla.

Ma ciò non è il caso della maggior parte degli accordi aventi contenuto patrimoniale stipulati in vista della conclusione della relazione affettiva. In tali situazioni il condizionamento del comportamento processuale delle parti, con relativa influenza della decisione di porre fine alla relazione, assurge, eventualmente, a semplice motivo<sup>37</sup>.

Di conseguenza, se il patto in vista della crisi si pone come estraneo alla determinazione dello *status* non potrà che essere considerato valido<sup>38</sup>.

Per sostenere tale posizione è possibile fare ricorso a una interessante quanto irriverente sillogismo. Come si è sempre detto, la libertà del soggetto di contrarre matrimonio non deve essere coartata, ma si deve consentire allo stesso di scegliere il se, il come, il quando e il con chi. L'ordinamento permette, non ingerendosi in alcun modo, di porre alla base dei motivi nuziali del nubendo anche mere ragioni patrimoniali. Tali ragioni non determinano il consenso, ma sicuramente lo dirigono e supportano. L'economicità dei motivi, quindi, come è considerata irrilevante nella fase costruttiva del legame, deve essere considerata ugualmente ininfluyente in quella di scioglimento. Non si tratta dunque di mercificazione dello *status* né in un caso né nell'altro.

Il tentativo compiuto da molti è quello di tracciare il confine che esiste nel nostro ordinamento tra libertà del privato nella determinazione delle questioni influenti lo *status* e l'indisponibilità dello stesso in relazione ai rapporti umani, alle relazioni personali e sessuali, quando le sue azioni si intrecciano con questioni di ordine economico. Se si cerca di comprendere, però, il punto in cui un accordo inerente alla sfera personale e sessuale passa dall'essere lecito e tutelato in nome della libertà personale a essere vietato e tacciato di nullità per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, l'impresa diventa davvero ardua e, spesso, conduce a esiti arbitrari. Si tratta, infatti, di un confine mobile in grado di spostarsi a seconda del periodo e del contesto storico. Spetterà quindi al giudice un'analisi del caso concreto alla luce del diritto vivente.

Proseguendo oltre è importante evidenziare che l'eventuale nullità dell'accordo con contenuto patrimoniale in relazione a un mutamento di *status* può essere pronunciata solo se l'aspetto personale assurge a parte integrante della causa. In altre parole, la determinazione dell'assetto personale deve entrare nell'accordo delle parti come preciso obbligo giuridico, con l'intento di renderlo coercibile e quindi azionabile, come accade ad esempio nel caso in cui un soggetto si impegna a dare 100 in cambio del disconoscimento del figlio dell'altro<sup>39</sup>.

È stata proposta, quindi, una particolare interpretazione a sostegno della validità degli accordi di cui si tratta.

Si è detto che la dottrina ha sempre riconosciuto la possibilità di porre come condizione un comportamento umano che invece non sarebbe deducibile a obbligazione. Se ciò è vero, non si comprende il motivo per cui tra questi comportamenti non possa farsi rientrare anche l'assunzione di uno *status*<sup>40</sup>. La *ratio* di un tale

---

<sup>37</sup> GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, op. cit., 700.

<sup>38</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, op. cit., 18.

<sup>39</sup> Ibid., 19.

<sup>40</sup> Ibid., in cui Oberto porta gli esempi di: SACCO, *Il contratto*, op. cit., 497 s., il quale cita la

accordo sarebbe quella di incoraggiare o scoraggiare un determinato atteggiamento in relazione a una promessa di carattere patrimoniale che può agire da deterrente o da premio. Le parti potrebbero infatti avere intenzione di non rendere giuridicamente rilevante una certa condotta, ma comunque disciplinare alcune conseguenze giuridico-patrimoniali in relazione alla tenuta o non tenuta della stessa<sup>41</sup>.

Esistono quindi accordi che costituiscono un incoraggiamento al perseguimento di un certo obiettivo, definibili come “clausole premiali”<sup>42</sup>. Si pensi al partner che promette alla compagna una prestazione patrimoniale subordinata all’esecuzione di una sua prestazione non patrimoniale (“ti darò cento se entro 5 anni mi darai un figlio”); o alla promessa del fidanzato alla propria futura moglie di cederle una somma di denaro nel caso in cui le nozze vengano effettivamente celebrate<sup>43</sup>; o ancora alla donazione di un bene sottoposto a condizione sospensiva alla circostanza per cui il matrimonio si protragga per un certo lasso di tempo.

Come traslazione del presente ragionamento, assumendo che il divorzio possa essere considerato come la soluzione a una irreversibile crisi di coppia, dovrebbe essere ammessa e consentita la promessa di una dazione di un certo ammontare di denaro per il futuro ex coniuge più debole al fine di accettare più volentieri la conclusione del rapporto matrimoniale attraverso un possibile vantaggio economico promesso: “ti darò X euro al mese se, nel caso di crisi del nostro matrimonio, accetterai di siglare il ricorso congiunto per cessazione degli effetti civili del matrimonio.”

Si sostiene che la validità di tali clausole è assicurata dal fatto che la prestazione di carattere personale non è garantita dall’esistenza di una certa forma di coercizione giuridica, né dall’esistenza di una clausola penale da pagare nel caso di inadempimento, ma si tratta solamente di incoraggiare una prestazione di cui un soggetto ha interesse e per la quale si impegna, eventualmente, a corrispondere una certa somma di denaro.<sup>44</sup>

La plausibilità di tale interpretazione trova una certa coerenza attraverso una lettura sistematica del codice civile. E infatti se si prende in considerazione la norma contenuta nell’art. 785 c.c. il nostro ordinamento ammette che la celebrazione del matrimonio sia posta a condizione sospensiva di un atto di liberalità realizzato da un nubendo nei confronti dell’altro<sup>45</sup>.

Laddove quindi le parti decidessero di disciplinare contrattualmente le proprie sostanze e destinazione delle stesse, subordinando il nuovo assetto alla condizione sospensiva del fallimento del proprio matrimonio, vi sarebbe chi potrebbe

---

promessa di un soggetto di versare una somma di denaro a condizione che quest’ultimo scriva un testo letterario; e JEMOLO, *Il matrimonio*, op. cit., 54, il quale ritiene che l’assunzione di uno *status* possa assurgere a condizione di un negozio anche quando lo stesso non potrebbe essere di per sé oggetto di negozio.

<sup>41</sup> Ibid. 20.

<sup>42</sup> OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, 1991, 197 ss.; Id., *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, in *FamRZ*, 1993, 7.

<sup>43</sup> Id., *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, CEDAM, 1996, 99.

<sup>44</sup> Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, op. cit., 20.

<sup>45</sup> Ibid.; SANTISE, in Santise (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto Civile*, Giappichelli, 4 ed., 2018, 22.

comunque tacciare tale clausola di nullità ex. 1354 c.c. in quanto contraria a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume.

Esclusa l'esistenza di una norma imperativa che vieta ai privati di disporre delle proprie sostanze in previsione di separazione o divorzio, l'unico eventuale problema si manifesta in relazione all'ordine pubblico o al buon costume. Ma se da una parte è la stessa giurisprudenza a riconoscere come tali accordi non siano in contrasto con l'ordine pubblico (come si avrà modo di leggere nelle prossime pagine), dall'altra si ritiene che la sensibilità della società contemporanea non veda leso il suo sentimento di "buon costume" in alcun modo.

Contrariamente, invece, si è detto che tali intese sono uno strumento capace di favorire il divorzio<sup>46</sup>. Lungo questa linea di pensiero si annoverano anche le pronunce della Suprema Corte n. 3777 del 1981<sup>47</sup> e n. 3080 del 1985<sup>48</sup>. Infatti, secondo la Corte di Cassazione, gli accordi (inframatrimoniali) stipulati dai coniugi in materia di regolazione dei rapporti patrimoniali in caso di crisi del rapporto non possono essere fatti valere dinnanzi al giudice chiamato a conoscere del loro divorzio. Gli stessi sono nulli poiché riguardano diritti insuscettibili, anteriormente al giudizio di divorzio, di rinuncia o transazione, in quanto comportano, direttamente o indirettamente, una restrizione del diritto di difesa assicurato dall'art. 24 Cost, stante la riduzione delle possibilità dei coniugi di avvalersi di ogni libertà in ambito processuale. Ciò sarebbe intollerabile in quanto in questa tipologia di controversie il diritto di difesa deve potersi esprimere in maniera piena ed assoluta, consentendo al soggetto di servirsi di ogni mezzo messo a disposizione dall'ordinamento giuridico a tutela delle posizioni giuridiche di natura personale annesse e connesse al rapporto di coniugio<sup>49</sup>. Inoltre, il diritto del soggetto di rivolgersi a un giudice per ottenere una pronuncia in merito ai rapporti patrimoniali eventualmente sussistenti dopo la cessazione del vincolo<sup>50</sup> formulando eccezioni e istanze istruttorie sarebbe uno dei diritti e doveri inderogabili derivanti dal matrimonio ex art. 160 c.c. Consentire questi accordi, quindi, può compromettere un "obiettivo d'ordine pubblico come la tutela dell'istituto della famiglia<sup>51</sup>".

Ma ancora più nel dettaglio, è stato anche rilevato come un accordo preventivo abbia natura di transazione preventiva dello *status* post-coniugale, mentre solo marginalmente riguarda gli aspetti patrimoniali, che si ergono invece a corrispettivo per un consenso anticipatamente prestato al divorzio<sup>52</sup>.

È stato evidenziato, infine, che la nullità di tali patti deriva dal fatto che la libertà dei coniugi è coartata in quanto gli stessi, in dipendenza e in ragione di tali patti, possono essere influenzati nelle proprie scelte e azioni<sup>53</sup>.

---

<sup>46</sup> Si veda anche la ricostruzione proposta da SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *Contratti*, 2013, 225 ss.

<sup>47</sup> Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Il Foro Italiano*, 1981, I, 184.

<sup>48</sup> Cass. Civ., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1456.

<sup>49</sup> CALVO, *La famiglia e le successioni*, Torino, 2004, 111.

<sup>50</sup> GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, op. cit., 699 e ss.

<sup>51</sup> Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

<sup>52</sup> NADDEO, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a Cass., sent., n. 23713/2012, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 27 e ss.

<sup>53</sup> Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Giust. civ.*, 2001, I, 457. Si veda sul punto anche

Tanto premesso, poiché lo *status* personale “non tollera vincoli e ancor meno prezzi”<sup>54</sup>, l’esito è quello di considerare gli accordi in vista della crisi affettiva come nulli ex art. 1343 c.c. per illiceità della causa.

La tesi secondo cui gli accordi in vista della crisi matrimoniale ledono il diritto di difesa dei coniugi e inducono a una commercializzazione dello *status* non pare, tuttavia, convincere fino in fondo.

Se lo scioglimento del vincolo coniugale è nell’ordinamento italiano un diritto potestativo di ciascun coniuge,<sup>55</sup> il diritto di difesa del soggetto nel giudizio inerente allo *status* non viene leso, perché l’eventuale volontà contraria dell’altro coniuge non potrebbe comunque impedire una pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>56</sup>.

In passato si sosteneva che ogni accordo patrimoniale dovesse essere sottoposto al vaglio dell’Autorità Giudiziaria in sede di separazione o di divorzio. Mediante tale controllo, si diceva, era possibile evitare il fenomeno della commercializzazione dello *status*<sup>57</sup> e del problema con esso connesso, ossia il pericolo della lesione del diritto di difesa del coniuge più debole che poteva essere indotto ad accettare un corrispettivo in cambio del consenso allo scioglimento del vincolo coniugale rinunciando a far valere le proprie pretese e difese in sede processuale<sup>58</sup>.

---

BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, op. cit., 1023 ss.; DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi* (nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109), in *Notariato*, 2001, 17 ss.; DELLA CASA, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione* (nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109), in *Famiglia*, 2001, 46; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, op. cit., 245; CATANOSI, *Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 169 ss. Nello stesso senso Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345. Tali principi sono stati più volte ribaditi dalla giurisprudenza. Nella sentenza n. 6857 del 1992 (Cass. Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863.), ad esempio, gli Emellini hanno dichiarato la nullità dell’accordo tra due coniugi siglato in sede di separazione in merito alle condizioni del rapporto tra gli stessi nell’eventualità futura di divorzio e ciò sia con riferimento alle parti inerenti ai figli, sia a quelle dei rapporti economici.

<sup>54</sup> DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell’assegno di divorzio*, op. cit., 345.

<sup>55</sup> GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra “causa genetica” ed “evento condizionale” del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 442; RUSSO, *Il divorzio «all’americana»; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Il Foro Italiano*, 2001, I, c. 1319 ss. In effetti la manifestazione della volontà di uno dei due coniugi di volersi sciogliere dall’unione rende di per sé non più tollerabile la convivenza e la ricostituzione di una comune vita materiale e spirituale. Cfr. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, op. cit., 424 ss.; Id., *Il divorzio «all’americana»; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, op. cit., 209; DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, op. cit., 131 ss.

<sup>56</sup> Infine, alla preoccupazione di chi si oppone ai patti preventivi per timore della possibile disposizione di diritti non patrimoniali si può obiettare che, per lo meno, la disposizione dei rapporti economici e patrimoniali dovrebbe trovare ammissione senza che ciò influisca necessariamente sulla volontà di sposarsi o divorziare.

<sup>57</sup> Oppure, con le parole di una certa dottrina, “illecito mercimonio dello *status*”. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, in *Il nuovo divorzio, II*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, 2, Giuffrè, 2015, 231 ss.

<sup>58</sup> *Ex multis*, Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 ss., con nota di BALESTRA: “di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario per soddisfare le esigenze di vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una

Tale posizione, tuttavia, manifesta oggi una serie di criticità anche alla luce delle recenti novelle.

In generale, il lodevole intento che emerge dalla lettura di numerose sentenze della giurisprudenza finalizzato alla tutela del soggetto debole dalla commercializzazione dello *status* diviene, *de facto*, annullato allorché si consente, in un Ordinamento come il nostro, di aderire a procedure consensuali (o congiunte) di separazione o scioglimento del vincolo coniugale. Dato il controllo formale più che sostanziale compiuto dal giudice sugli accordi dei coniugi, l'indagine dei motivi e delle ragioni alla base dell'accettazione di quel accordo e non di un altro rimangono, per tutti, un mistero inesplorabile. Nulla vieta al coniuge, infatti, di sciogliere il vincolo coniugale perché le condizioni a lui offerte sono particolarmente vantaggiose.

Incoerente appare anche ritenere che l'Ordinamento consenta ai coniugi di accordarsi sugli aspetti patrimoniali della propria relazione nel momento della separazione o in quello di divorzio, ma allo stesso tempo non consenta al coniuge nei dodici (o sei) mesi che decorrono dalla separazione legale al momento in cui è possibile sciogliere definitivamente il vincolo coniugale di accordarsi per ottenere una sistemazione economica che più lo aggrada come condizione per il suo assenso a una procedura consensuale<sup>59</sup>. Infatti, la giurisprudenza giudica nulli questi accordi. Tuttavia tale posizione manifesta tutta la sua irragionevolezza se si rammenta che la volontà del legislatore sembra essere quella di favorire gli accordi tra coniugi in crisi, anziché ostacolarli.

Inoltre, se il legislatore avesse voluto davvero scongiurare a ogni costo la possibile commercializzazione dello *status* a mezzo del vaglio (formale) di un giudice non avrebbe introdotto le procedure di separazione e divorzio a mezzo della

---

preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione di divorzio – potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio”.

La giurisprudenza, tuttavia, non risulta essere sempre coerente. In una pronuncia, ad esempio, contrariamente al principio dell'indisponibilità dello *status* a tutela del diritto di difesa ha statuito che: “Poiché ciascuno dei coniugi ha il diritto di condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, sempre che in tal modo non si realizzi una lesione di diritti inderogabili, è valido un contratto preliminare con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, promette di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile, anche se tale sistemazione dei rapporti patrimoniali avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice che provvede ad omologare gli accordi di separazione, purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento od agli alimenti, e ciò, altresì, a prescindere dalle condizioni economiche del coniuge beneficiario, una volta che il diritto al mantenimento, od agli alimenti, di quest'ultimo sia stato così riconosciuto dal coniuge obbligato”. Cass. Civ., sez. I, 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

<sup>59</sup> Per l'opinione che la situazione si sia particolarmente aggravata dopo l'introduzione del cd. “divorzio breve” si veda ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, op. cit., 48; QUADRI, *La crisi della unione matrimoniale*, in Belvedere e Granelli (a cura di), *in Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, CEDAM, 1996, 77. Infatti, data l'abbreviazione dei termini intercorrenti tra la separazione il divorzio, gli Autori ritengono che non si possa non tenere in considerazione degli accordi stipulati tra i coniugi in occasione e in dipendenza della separazione in vista del divorzio. Il divorzio si pone, infatti, in continuità temporale con la procedura di separazione, “essendo oggi la “cessazione del vincolo al momento della separazione non meramente prefigurata ma imminente”. Così PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op cit., 269

negoziato assistita<sup>60</sup>. In queste, infatti, la possibilità che un soggetto accetti alcune condizioni per acconsentire a terminare la propria relazione è ancora maggiore.

Dunque “chi (...) pretende di ravvisare una mercificazione dello *status* nella volontà dei coniugi di concludere accordi post-coniugali (...) mostra di essere condizionato da una visione della crisi coniugale totalmente disancorata dalla realtà fattuale<sup>61</sup>”. Tale riflessione nasce dal fatto che gli accordi della crisi, pur configurandosi come esito di libere negoziazioni delle parti, non rappresentano forme di rinuncia a diritti personali, assoluti e/o processuali<sup>62</sup>. Essi devono essere intesi come la meta di un percorso transattivo volto alla sistemazione degli assetti patrimoniali di una coppia in crisi, aventi a oggetto diritti patrimoniali che sorgono da uno *status*<sup>63</sup>, e non lo *status* in sé e per sé considerato<sup>64</sup>.

Un'affermazione di senso contrario, inoltre, difetta di un coordinamento sistematico con altre norme. Infatti, è noto il riconoscimento della liceità da parte della giurisprudenza dell'adesione a un regime di comunione convenzionale anche se conclusa prima del matrimonio e sottoposta a condizione sospensiva alla sua celebrazione. Si immagina però il caso in cui oggetto di tale convenzione siano tutti i

<sup>60</sup> Dopo considerazioni di ampio respiro sull'indirizzo assunto dal legislatore negli ultimi anni è stato detto che: “In questo quadro univocamente orientato, sembra venir meno ogni presupposto argomentativo a sostegno della tesi che lo status coniugale, al pari di quello paraconiugale, abbia conservato la sua vieta caratteristica di indisponibilità”. (...) “Secondo l'indicato percorso evolutivo, che, attraverso la crescente contrattualizzazione delle vicende familiari, segna una conquista di modernità, gli status in parola divengono disponibili, in quanto rinunciabili, e, con essi, diviene disponibile l'assetto che la disfunzione del rapporto rivendica anche sotto il profilo economico e patrimoniale. Peraltro, a confutare ogni possibile obiezione, è lo stesso dato testuale, che offre un argomento di valore dirimente col prevedere che nella negoziazione assistita l'oggetto della controversia non deve riguardare diritti indisponibili (art. 2, comma 2, lett. b)): con una testuale conferma che i diritti presidiabili attraverso tale procedura, ivi compresi quelli afferenti alla patologia del vincolo familiare, appaiono deprivati — nella corrente visione normativa — della precitata caratteristica di indisponibilità” Così SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla “crisi” del divorzio*, op. cit., 530; mentre RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, op. cit. spec. 2595 ss., sottolinea come la procedura di negoziazione assistita consenta ormai alle parti di modificare il loro status coniugale mediante un patto dispositivo, con esplicito riconoscimento della validità dell'accordo quanto alla loro condizione personale.

<sup>61</sup> C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, op. cit., 832, la quale rinvia in nota 70 alla lettura di AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, op. cit., 588, nota 50.

<sup>62</sup> Cfr. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, op. cit., 49, secondo il quale è “dogmaticamente discutibile” l'argomento che fa perno sull'assunto per cui si tratterebbe di negozi dispositivi di uno stato personale.

<sup>63</sup> “La dottrina prevalente ritiene che possano formare oggetto di transazione, in quanto disponibili, i diritti patrimoniali in sé e per sé considerati anche se dipendenti dallo *status* dal momento che non esiste, infatti, una norma che stabilisca per i rapporti di famiglia, similmente a quanto accade per i rapporti di lavoro, la inderogabilità dei diritti patrimoniali vantati da un coniuge nei confronti dell'altro o la invalidità di rinunce e transazioni relative agli stessi”, così C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, op. cit., 832, nota 71, la quale rinvia a sua volta all'opera di ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, op. cit., 1329.

<sup>64</sup> Ibid., in nota 72, si richiama la dottrina che distingue correttamente tra negozio con oggetto uno *status* e negozi con oggetto gli effetti patrimoniali derivanti da un determinato *status*, ossia GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, 19 ss.

beni personali di proprietà di entrambi i coniugi prima del matrimonio. Ebbene, si potrebbe maliziosamente pensare che uno dei nubendi possa essere spinto al matrimonio dall'idea di acquisire metà del patrimonio del futuro coniuge. Si tratterebbe quindi di ammettere la validità di una "mercificazione dello *status* di coniuge", in quanto senza quel matrimonio tale incremento patrimoniale non potrebbe aver luogo. Tuttavia, la validità di una tale convenzione è assicurata, in ottica giurisprudenziale, dal fatto che il matrimonio non assurge a causa della convenzione, ma a sua condizione. Una tale asserzione porta, quindi, a riflettere sull'ammissibilità degli accordi in vista della crisi, ove quest'ultima sia intesa come condizione dell'accordo e non causa di esso.

Tale ultima riflessione, pur non costituendo l'idea di fondo che muove il presente lavoro,<sup>65</sup> rappresenta comunque una valida interpretazione in quanto consente, quantomeno, di superare l'orientamento della nullità.

Nel sostenere la tesi della nullità degli accordi della crisi, una parte (invero minoritaria e sporadica) della giurisprudenza si è avvalsa del disposto di cui all'art. 1346 c.c.

Anche ammessa la possibilità e la liceità dell'accordo, si è detto, rimane un problema di determinazione e di determinabilità del contenuto. A non essere individuabili con certezza sono il patrimonio da cui attingere e quello da arricchire in adempimento della prestazione. Chi contratta, quindi, non è in grado di rendersi conto dell'entità delle sue obbligazioni, le quali assumono un valore solo in un futuro eventuale e incerto.

Questa riflessione pare essere, tuttavia, un problema più teorico che pratico.

Se i coniugi si trovano in regime di separazione dei beni, infatti, *nulla quaestio*.

Il problema può eventualmente configurarsi nel caso di comunione dei beni. Tuttavia due risposte possono essere date per superare agevolmente questo (falso) *impasse*.

In primo luogo, giova ricordare che anche nel caso di comunione dei beni i coniugi rimangono titolari esclusivi di alcuni determinati beni, senza che questo abbia mai dato adito a problemi dottrinali di sorta. L'eventuale futuro spostamento può essere considerato, dunque, come un trasferimento dal patrimonio comune a quello personale del coniuge.

In secondo luogo, è possibile immaginare la titolarità di due diverse quote del patrimonio comune da parte di ognuno dei due coniugi. La conclusione della relazione comporterebbe semplicemente il venir meno del patrimonio comune con scissione delle due quote, aumentate o diminuite secondo l'accordo preventivato.

Ma si va ancora oltre. Secondo una dottrina ormai consolidata, a ergere un limite invalicabile alla stipulazione di accordi in vista di una crisi eventuale e successiva da parte dei coniugi è l'art. 160 del codice civile, rubricato "diritti inderogabili", secondo cui: "gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio"<sup>66</sup>. Tali accordi, infatti, costituirebbero una disposizione di diritti e doveri che sono invece indisponibili, in pieno contrasto con il

---

<sup>65</sup> Secondo cui la causa degli accordi in vista della crisi troverebbero la loro causa nella comune volontà di due soggetti di disciplinare in via definitiva i reciproci aspetti patrimoniali in vista, o comunque in funzione, di una crisi irrimediabile del rapporto.

<sup>66</sup> CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, II, Torino, 2007, 29.

“dato sicuro di un divieto legale<sup>67</sup>”.

La generalità e astrattezza con cui è concepita la norma, tuttavia, impone all'interprete un atteggiamento cauto, rendendo necessaria una preliminare analisi di quei “diritti e doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio” a cui la disposizione fa riferimento<sup>68</sup>. E infatti occorre rifiutare un atteggiamento eccessivamente estensivo applicando tale norma a ogni situazione astrattamente configurabile come diritto o dovere nascente dal matrimonio, centellinando in maniera sapiente la sua applicazione, delineando un campo certo e definito corrispondente alle situazioni giuridiche concepite realmente dal legislatore<sup>69</sup>.

Oltre a dover far dialogare l'art. 160 c.c. con le altre norme del diritto di famiglia e con i principi generali dell'ordinamento giuridico, è necessario tenere anche distinte le diverse situazioni soggettive (patrimoniali e non patrimoniali) che per molti ricadrebbero indistintamente sotto il divieto in essa contenuto, ricordando che la disposizione di cui si discute trova il suo fondamento socio-giuridico nell'idea di indissolubilità di matrimonio. La necessità di storicizzare e contestualizzare la norma, allora, diviene di fondamentale importanza<sup>70</sup>.

Diverse sono le tesi prospettate dagli studiosi del diritto sul significato da dare all'art. 160 c.c.

<sup>67</sup> Così GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, op. cit., 700.

<sup>68</sup> ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 308 ss.; ma anche App. Brescia, 16 aprile 1987, in *Giur. mer.*, 1987, 845: “[è] evidente ... che dall'art. 160 c.c. – secondo il quale gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio – emerge non già il divieto dei coniugi di far valere anche nella materia familiare la propria autonomia – che trova la propria fonte nel diritto-dovere di autorganizzare la propria vita di coppia (arg. ex art. 143 e 144 c.c.) – ma solo il divieto di porre in essere accordi che derogano ai diritti ed ai doveri previsti dalla legge”; cfr. anche STANZIONE - AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in Ruscello (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, op. cit., 17 ss.; RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, op. cit., 474.

<sup>69</sup> Un atteggiamento inverso, invece, non potrebbe che essere considerato deleterio data la delicatezza dell'ambito normativo in cui ci si muove che, per sua natura, è ricco e foriero di limitazioni già espressamente previste. Non pare opportuno, dunque, attribuire a una norma un significato estremamente espansivo, a pena di correre il rischio di costruire ulteriori catene all'autonomia personale dei soggetti coinvolti. Operazione quest'ultima non solo dannosa, ma totalmente priva di una intrinseca ragione anche alla luce della moderna società civile. È pure vero anche che, in relazione a questa analisi, i preconcetti morali-etici-religiosi e storici dell'interprete emergono con maggior vigore rispetto ad altrove. Cosa sia da considerarsi diritto e dovere previsto dalla legge per effetto del matrimonio si presta infatti ad essere declinato, come spesso accade in questa materia, in maniera confacente al proprio sentire. E non c'è dubbio che lo stesso legislatore, al momento della scrittura normativa, l'abbia concepita con la propria sensibilità. Ma, una volta scritta, la disposizione gode di una vita autonoma, divenendo norma solo allorché l'interprete riesca a cogliere il significato nel contesto sociale e nell'ordinamento nel suo complesso e non (meramente) in sé stesso. A invitare a una lettura della norma che tenga in considerazione l'intero sistema del diritto di famiglia in cui essa è collocato è anche: FRANCO, *L'autonomia negoziale nel governo della crisi: spinte evolutive e persistenti resistenze*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 142 ss.

<sup>70</sup> Ibid. 143; DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, op. cit., 184 ss.; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, op. cit., 699 ss.; RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 281 ss., 295 ss., 421 ss.; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, op. cit., 222.

Secondo una parte della dottrina, i diritti e doveri di cui la norma tratta sono tutti quelli di natura personale e patrimoniale di cui agli artt. 143-144-145-147 e 148 c.c. Sono da considerarsi nulle, dunque, tutte le convenzioni che vanno a incidere sui principi di parità dei coniugi; sugli obblighi di fedeltà; di assistenza morale e materiale; di collaborazione negli interessi della famiglia; di coabitazione; di contribuzione ai bisogni della famiglia e di mantenimento dei figli<sup>71</sup>. Seguendo questa interpretazione, tuttavia, lo spazio per l'autonomia privata dei coniugi nel determinare pattiziamente la propria relazione in fase fisiologica o patologica, preventivamente o successivamente al matrimonio, risulta assai compresso.

Punto di vista diverso è quello da cui parte un'altra dottrina.

Ai coniugi è fatto divieto di stipulare solo quegli accordi di natura patrimoniale e personale che direttamente o indirettamente risultano essere una deroga a diritti indisponibili derivanti dal matrimonio. Volendo esemplificare, è nullo l'accordo con cui la moglie conferisse procura generale per l'amministrazione di tutti i propri beni e di quelli comuni, perché in tal modo si lede il principio di parità tra i coniugi<sup>72</sup>.

Seguendo quest'interpretazione, dunque, il problema torna a essere quello della comprensione di quali sono i diritti disponibili e indisponibili dei coniugi<sup>73</sup>. Nelle pagine precedenti di questo lavoro si è evidenziato come i rapporti patrimoniali tra i coniugi dovrebbero essere lasciati all'autonomia privata. Tralasciando la questione dei rapporti personali<sup>74</sup>, nel diritto di famiglia italiano contemporaneo il

---

<sup>71</sup> RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali*, op. cit., 195; FINOCCHIARO M., *sub art. 42, L. 19.5.1975, n. 151*, in FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, op. cit., 722.

<sup>72</sup> Per quanto questo lavoro non abbia a oggetto la negoziazione degli aspetti personali della relazione coniugale, giova sottolineare l'esistenza di una certa e autorevole dottrina che ritiene addirittura possibile contrattualizzare non solo i rapporti patrimoniali non espressamente inderogabili per legge, ma anche alcune situazioni giuridiche familiari non patrimoniali, come il dovere di fedeltà o quello di coabitazione. La giurisprudenza di merito, però, ha sempre sostenuto l'inderogabilità pattizia dei diritti e doveri personali nascenti dal matrimonio. Ad esempio, è stato ritenuto sottratto alla sfera di disponibilità il dovere di fedeltà (App. Milano, 29 novembre 1946); nullo il patto di non aver rapporti intimi (App. Firenze, 28 novembre 1957) e di procrastinare la convivenza coniugale (App. Napoli, 6 febbraio 1961).

<sup>73</sup> *Inter alias*, FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 780; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, op. cit., 58; DE ROSA, *Sulla validità degli accordi circa il cognome della moglie separata*, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, 127.

<sup>74</sup> In quanto la questione meriterebbe un apposito approfondimento ma trattandosi di due piani da trattare distintamente e, nella loro sovrapposizione, con cognizione di causa, come si spiegherà, ci si permette di rinviare ad alcuni contributi, tra i quali, FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, op. cit., 1188 ss; RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, op. cit., *passim*; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979, 140 ss.; FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, op. cit., 776 ss.; TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, in Auletta (a cura di) *Famiglia e matrimonio*, op. cit., 451 ss.; RUSCELLO, *Il rapporto coniugale, I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., 1065 ss.; PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi, artt. 143-148*, op. cit., 170 ss.; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano 1983, 149 ss.; N. IRTI, *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano 1976, 43 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Art. 144*, in Cian-OppoTrabucchi (diretto da), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, op. cit., 237; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di*

concetto di indisponibilità sembra essersi strutturato attorno alla figura della prole, il rapporto con la quale sembra essere sottratto alla libera disponibilità dei genitori. In tal senso la libertà dei soggetti di assumere decisioni in piena autonomia si arresta innanzi al “*best interest of the child*”, mentre viene tollerata (sebbene *rebus sic stantibus*) ove il minore tragga beneficio, perseguendo l’ulteriore fine del mantenimento del dialogo e della collaborazione tra ex coniugi. I rapporti economici dei coniugi, invece, sgombrata la mente dall’idea di sovrapposizione con quelli personali, ricadono nella loro disponibilità. La solidarietà che il nostro ordinamento impone ai soggetti che hanno condiviso una relazione affettiva viene recuperata, infatti, per mezzo dell’assegno alimentare il quale, per tale ragione, è caratterizzato dall’indisponibilità.

Anche la Cassazione, dal canto suo, ha spesso sostenuto come ai coniugi sia concesso stipulare transazioni in merito a rapporti patrimoniali qualora però non abbiano ad oggetto diritti indisponibili<sup>75</sup>.

Si cerchi però di circoscrivere in maniera ancora più precisa il campo di applicazione dell’art. 160 c.c.

Se si ritiene che l’oggetto dell’art. 160 c.c. siano gli accordi tra coniugi aventi natura contrattuale, allora la disposizione diviene una ripetizione non necessaria dell’art. 1322 c.c., il quale già di per sé sottende l’inderogabilità di diritti personali. Infatti, leggere l’art. 160 c.c. come divieto di accordi patrimoniali per violazione di diritti inderogabili rende la norma superflua, in quanto anche in assenza della stessa è comunque possibile accertare la nullità di un patto quando esso costituisce una violazione di una disposizione di legge imperativa (com’è la disposizione dei diritti personali), secondo i principi in materia contrattuale.

Per tale ragione, con l’art. 160 c.c. il legislatore ha inteso imporre un divieto di disposizione solamente degli aspetti personali della relazione e non anche di quelli patrimoniali. Questi ultimi, invece, liberamente oggetto di pattuizioni tra moglie e marito<sup>76</sup>.

Anche da un ulteriore punto di vista è possibile sostenere che gli accordi patrimoniali in vista della crisi non rientrano nel divieto previsto dall’art. 160 c.c. La

---

*famiglia*, Torino 2005, 1 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, in Cicu - Messineo - Mengoni (già diretto da) Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 83; FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, op. cit., 279 ss.; PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, Giuffrè, 1984, 217; BONILINI, *Gli effetti del matrimonio*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, I, 2, *La famiglia*, Milano 2009, 116 ss.; CONTE, *I rapporti personali tra i coniugi*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, op. cit., 3 ss.; VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in Bonilini-Cattaneo (diretto da), *Trattato, Il diritto di famiglia*, Torino 2007, I, 1, 337 ss.; PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, 43, 76; DE FILIPPIS, *L’obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio*, Padova 2003, 14; BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975, c. 129, spec. 136; BALESTRA, *I rapporti personali tra coniugi*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Auletta (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., 432; AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino 2016, 63; C.M. BIANCA, *La famiglia*, op. cit., 58; CONTE, in Amadio e Macario (a cura di), *I rapporti personali, Diritto civile, norme, questioni, concetti*, II, Bologna 2014, 501.

<sup>75</sup> Cass. n. 10794/2003, cit.

<sup>76</sup> MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in *Noviss. dig. it., App.*, VI, Torino, 1986, 472.

ragione è che con essi “non viene derogato ai diritti e ai doveri stabiliti dalla legge, ma vengono invece determinate le entità e modalità concrete per la realizzazione dei suddetti diritti e l’adempimento dei relativi doveri<sup>77</sup>”, perché “altro ... è derogare ai diritti e ai doveri che nascono dal vincolo matrimoniale, altro è regolare gli stessi dandone una concretizzazione adeguata alle peculiarità che caratterizzano il singolo rapporto<sup>78</sup>” e perché “dall’indisponibilità di un diritto inderogabile non può farsi discendere la negazione del potere di disposizione in ordine alle modalità di esercizio dello stesso, naturalmente nel rispetto dei limiti imposti dalla stessa *ratio* dell’inderogabilità<sup>79</sup>”.

Tutto ciò vale sicuramente per gli accordi postmatrimoniali in fase fisiologica, ossia determinativi delle modalità con cui i coniugi intendono regolare la propria vita comune dal lato economico<sup>80</sup>, mentre per alcuni quest’interpretazione non potrebbe essere fatta valere per gli accordi prematrimoniali o postmatrimoniali in vista di una crisi eventuale. Con riferimento a questi ultimi, tuttavia, si può sostenere che la norma imperativa di cui all’articolo in questione si riferisce solamente alle situazioni giuridiche soggettive nascenti dal matrimonio e non invece ai rapporti che derivano dallo scioglimento dello stesso<sup>81</sup>. In altre parole, l’art. 160 c.c. riguarda l’aspetto fisiologico della relazione e non anche quello patologico, non operando nei confronti degli accordi in fase di separazione e divorzio o di quelli in previsione di essi<sup>82</sup>.

A confermare la tesi dell’estraneità dell’art. 160 c.c. dagli accordi in vista della

<sup>77</sup> COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, op. cit., 113.

<sup>78</sup> ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, op. cit., 223.

<sup>79</sup> CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2006, 195 ss.; RUSCELLO, *Relazione conclusiva*, in *Ruscello, Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, op. cit., 217 ss.

<sup>80</sup> Esiste un’ulteriore argomentazione a favore della tesi per cui ai coniugi sarebbe permesso contrattualizzare ogni aspetto della propria relazione. Tale interpretazione, di natura dogmatica, soffermandosi sulla distinzione tra norma imperativa, norma cogente e norma inderogabile, sostiene che l’art. 160 c.c. veicola una norma inderogabile e cogente, ma non anche imperativa, sicché: “nelle limitazioni indicate dalla medesima disposizione, l’autonomia privata coniugale può svolgersi in tutta la sua programmaticità, non incorrendo in alcuna sanzione di illiceità della causa per violazione dell’ordine pubblico o del buon costume”. Si rinvia alla ricostruzione fatta da FRANCO, *L’autonomia negoziale nel governo della crisi: spinte evolutive e persistenti resistenze*, op. cit., 146-147, la quale si sofferma sull’analisi fatta da RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, op. cit., 93 s., 295 ss., 327 ss., 339 ss., 367 s.; Id., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 573 ss.; RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, op. cit., 474.

<sup>81</sup> Di questo parere anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 277 ss.; MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell’ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, in *Cultura e diritti*, 2014, 75; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 452 ss.; COMPARTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, op. cit., 113. Per una posizione dottrinale intermedia si veda invece: RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, in *Il nuovo divorzio*, II, op. cit., 246, secondo cui l’art. 160 cod. civ. non ha il valore “di dogma assoluto, ma di un principio flessibile in grado di contemperare l’autonomia negoziale in ambito familiare con le esigenze connesse alla particolare natura dei diritti di cui si tratta”.

<sup>82</sup> Cfr. BONILINI, *Gli accordi in vista del divorzio*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *I contratti*, 1998, 475; DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, op. cit., 189; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 433.

crisi affettiva è, in primo luogo, la storia.

L'art. 160 c.c. affonda le proprie radici nell'art. 1379 del codice civile del 1865 secondo cui: “gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo famiglia, né a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice”.

Tale disposizione era la corrispondente traslitterazione italiana dell'art. 1388 del *Code Napoleon* il quale, in fase di redazione, aveva suscitato un vivace dibattito. Vi era stato infatti chi, come Cambacérès, aveva sostenuto che la libertà negoziale dei nubendi (o dei coniugi) non dovesse trovare ostacoli eccessivi. A tali obiezioni, in seno al *Conseil d'État*, vi erano state voci, come quella di Jean-Baptiste Treilhارد, che avevano risposto che “lo scopo della norma è solo quello di difendere tutte le convenzioni che possano rendere la moglie a capo della società coniugale privando il marito, (colui al quale la natura ha dato le migliori risorse per governarla) del diritto spettantegli per la natura delle cose, di essere lui il capo ed il direttore di tale unione”<sup>83</sup>.

Non è un mistero quindi come tutta la dottrina, sia francese che italiana, abbia intravisto in tale disposizione l'espressione di un principio a tutela del marito, capo supremo dell'unità, della gestione e dell'indirizzo della vita familiare<sup>84</sup>.

Tale interpretazione consentiva la risoluzione di alcuni problemi sociali emergenti nel periodo di concepimento del codice civile. Un esempio era la questione della scelta della religione dei figli in caso di matrimonio misto. Al tempo si era presentato il dilemma della validità dei patti tra coniugi di diversa religione secondo il quale, in caso di nascita di figli, i maschi avrebbero seguito la religione del padre, le femmine quella della madre. Nonostante qualsiasi previsione contraria, la dottrina del tempo si era fortemente battuta per ritenere tali patti invalidi, consentendo al marito di poter imporre la propria religione a tutta la propria prole indipendentemente dal sesso e da ogni accordo. La moglie, si diceva, non avrebbe alcuna azione per impedire al coniuge ciò e, anche ove tentasse, la sua domanda sarebbe respinta da ogni giudice in quando il marito possiede il diritto di esercitare la patria potestà<sup>85</sup>.

In sostanza, il criterio storico sembra deporre per una riferibilità dell'art. 160 c.c. non tanto alla fase patologica del rapporto ma a quella fisiologica di vita comune<sup>86</sup>.

A confermare la validità dell'interpretazione per cui l'art. 160 c.c. è diretto a disciplinare la vita coniugale in atto e non il suo potenziale fallimento è anche un'interpretazione sistematica. La norma in questione è posta all'interno di un insieme di articoli che regolano il regime patrimoniale della famiglia e che hanno come fine precipuo quello di disciplinare gli aspetti economici della fase fisiologica del rapporto coniugale. Infatti il legislatore tratta la rottura del rapporto (capo V, rubricato: “dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi”) separandolo

<sup>83</sup> Traduzione di una parte del discorso rinvenibile in JOUANNEAU e SOLON, *Discussions du code civil dans le Conseil d'Etat*, I, Paris, 1805, 357.

<sup>84</sup> Cfr. BIANCHI, *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi secondo il codice civile italiano*, Pisa, 1888, 64 ss.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 70.

<sup>86</sup> Di tale parere, OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. Dir.*, 1995, 601 ss. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 277 ss.

dagli aspetti patrimoniali del momento fisiologico (capo VI, rubricato: “del regime patrimoniale della famiglia”), in cui è collocato l’art. 160 c.c. alla sezione I, ossia tra le “disposizioni generali”.

Tale interpretazione, tra l’altro, sembra essere ormai accolta anche dalla più recente giurisprudenza<sup>87</sup>.

Proseguendo oltre nella disamina, nei Giudici si nota un’avversione, destinata a sfociare in una dichiarazione di nullità, nei confronti degli accordi stipulati dai coniugi in un momento anteriore alla crisi (o al matrimonio stesso) per il loro effetto di inibire il principio del *rebus sic stantibus*, tipico degli accordi stipulati in sede di separazione o di divorzio<sup>88</sup>.

L’idea è quella di voler tutelare il soggetto da possibili ripensamenti: un’intesa che appariva in un certo momento ragionevole potrebbe sembrare al momento della separazione o del divorzio insensata, sfavorevole e/o eccessivamente onerosa. In altre parole, dinnanzi alla crisi, il coniuge si potrebbe trovare a dover sottostare a un accordo diverso e peggiorativo (date tutte le sopravvenute ed imprevedibili circostanze) rispetto a quello che avrebbe stipulato in quel preciso momento.

Anche queste osservazioni, tuttavia, lasciano perplessi trattandosi, in realtà, di un “falso problema<sup>89</sup>”.

In primo luogo perché esistono di fatto strumenti civilistici volti proprio a risolvere il problema *de quo*. Sono le tradizionali regole contrattuali dell’eccessiva onerosità sopravvenuta o della presupposizione che ben possono permettere a un soggetto di porre nel nulla l’accordo e imporre nuove trattative. In secondo luogo perché esiste già uno strumento in grado di inibire la clausola in quesitone. Si tratta di quello previsto dall’art. 8, 5 c., l. div. secondo cui “su accordo delle parti la corresponsione può essere prevista in unica soluzione, ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”.

L’accordo avente a oggetto il pagamento in un’unica soluzione dell’assegno divorzile costituisce un contratto aleatorio, la cui convenienza può concretamente essere valutata solo a posteriori, proprio per la definitività attribuita alla sistemazione dei rapporti tra coniugi<sup>90</sup>.

La valutazione del requisito dell’equità da parte del tribunale non deve essere

---

<sup>87</sup> Cfr. Cass., 20 agosto 2014, n. 18066 in *Fam. e Dir.*, 2015, 357. Per la dottrina OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 457; ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., 98 ss.

<sup>88</sup> Cfr. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1239 con nota di CAVALLO; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 338 con nota di DALMOTTO, il quale sostiene che l’accordo dei coniugi volto a dare efficacia agli accordi di separazione anche dopo il divorzio contrasterebbe con l’art. 9, 1c., l. div. *Contra* CARBONE, *L’assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, nota a Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 866, il quale osserva che dalla previsione della valutazione di equità del tribunale è possibile trarre solo un’indicazione nel senso della inammissibilità della rinuncia preventiva, ma non di una rinuncia *tout court*.

<sup>89</sup> Così PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 269 ss.

<sup>90</sup> OBERTO, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 96 ss., 214 ss. L’Autore, inoltre, ritiene che la valutazione di equità riguardi solo il divorzio contenzioso. Nel caso di divorzio congiunto, invece, l’autonomia privata sarebbe pienamente riconosciuta e idonea a produrre sia l’effetto della corresponsione dell’assegno in unica soluzione sia l’irretrattabilità della relativa pattuizione.

---

intesa come condizione di validità delle intese, ma solo del conseguente effetto preclusivo. Inoltre, tale scrutinio, aderendo al pensiero di un'importante dottrina, non è richiesto nel caso in cui le parti aderiscono al procedimento di divorzio congiunto ma solo in caso di divorzio contenzioso, nell'ipotesi in cui i coniugi abbiano raggiunto la definizione del *quantum* e chiedano al giudice di pronunciarsi sull'*an*<sup>91</sup>.

Ma anche volendo ritenere che il controllo di equità debba sempre essere esperito da parte di un giudice, si può sostenere che il nostro ordinamento concepisca due tipologie di accordi della crisi validi: quelli assunti in piena autonomia dai privati, efficaci *rebus sic stantibus*; e quelli assunti in "sede protetta", i quali paralizzano ogni possibilità di revisione futura. La presenza di un soggetto terzo e imparziale chiamato a conoscere l'oggetto dell'accordo e accertarne la volontà delle parti e dell'equità intrinseca consacra l'intesa rendendola non impugnabile.

Ad ogni modo, come si avrà modo di vedere nel prossimo capitolo, la clausola del *rebus sic stantibus* può essere "salvata" attraverso un ripensamento concettuale dei contratti tra coniugi in vista della crisi. La teoria dei contratti relazionali, infatti, permette una gestione efficiente delle sopravvenienze, dissipando i timori di coloro i quali vedono in questa clausola un importante strumento a tutela della parte debole.

#### **4. La giurisprudenza e la "Haarspaltemaschine": l'evoluzione del diritto vivente.**

Nel corso degli ultimi trent'anni la Suprema Corte ha sostenuto in innumerevoli occasioni la nullità di ogni contratto prematrimoniale o postmatrimoniale volto a regolamentare gli aspetti economici postdivorzili della coppia in crisi<sup>92</sup>.

Tuttavia, uno studio approfondito rivela come in numerosi casi se da un lato i giudici hanno cercato di ribadire il principio di nullità di tali accordi presentandolo come noto e assodato, dall'altro si sono prodigati per ricercare degli elementi di *distinguo* utili per recuperare una certa equità nel caso concreto.

Tale atteggiamento, tuttavia, appare all'occhio dello studioso desideroso di

---

<sup>91</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, op. cit., 233 ss.

L'art. 5, comma 8, l. div. viene inteso oggi, secondo un'opinione largamente condivisa, un "ingombrante relitto del tempo" in cui si riteneva che, nonostante il divorzio fosse ammesso, non fosse comunque consentito che lo stesso potesse comportare all'estinzione dell'obbligo vitalizio di assistenza coniugale. Se si guarda alla prassi giudiziale, inoltre, è possibile notare come i giudici non operino nessuna verifica di equità, limitandosi ad adottare la formula del "non sono emersi elementi istruttori che conducono ad escludere la richiesta valutazione di equità". RIMINI, *Il nuovo divorzio*, op. cit., 154; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 439 e II, op. cit., 826, per il quale al di fuori del divorzio contenzioso non è necessaria la valutazione di equità del tribunale per dare all'accordo carattere definitivo.

<sup>92</sup> *Inter multis*, Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 ss.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Il Foro Italiano*, 1986, I, 747 ss.; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156 ss.; Cass., 1° marzo 1991, n. 2180, in *Dir. e Fam.*, 1991, 926; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1078 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 338; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Il Foro Italiano*. 2001, I, 1318; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Dejure*; Cass., 10 agosto 2007, n. 17634, in *Dejure*, Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758, in *Il civilista*, 2008, 12, 64.

ricostruire un principio guida in materia come una (malfunzionante) *Haarspaltemaschine* (“macchina spaccacapelli”), prendendo a prestito un’espressione cara a Jhering<sup>93</sup>.

A) Il primo precedente in analisi risale agli anni ’80 e ha come oggetto un accordo prematrimoniale stipulato da due cittadini statunitensi residenti in Italia<sup>94</sup>. L’intesa è stata dichiarata valida perché ritenuta non contraria all’ordine pubblico internazionale, ma solo a quello interno.

Del resto, che gli accordi prematrimoniali non siano considerati universalmente contrari all’ordine pubblico lo dimostra anche il fatto che essi sono, oltretutto accettati, oggetto di chiare disposizioni legislative in numerosissimi stati al mondo, tra cui la Francia, la Germania e la Spagna<sup>95</sup>.

Ciò porta a chiedersi se, a seguito del processo di globalizzazione ed europeizzazione che l’Italia sta vivendo, sia ancora possibile tacciare di nullità questi accordi con la motivazione della loro contrarietà anche al buon costume e all’ordine pubblico interno.

Nel prossimo capitolo si metterà in luce come il processo di internazionalizzazione e di europeizzazione che il nostro ordinamento sta vivendo da diverso tempo conduca a ritenere questo un mito ormai da sfatare.

B) Il secondo precedente riguarda un accordo patrimoniale, ritenuto valido nel 1993, stipulato in sede di separazione in vista di un’ipotetica dichiarazione di nullità del matrimonio<sup>96</sup>.

L’autonomia negoziale dei privati ha potuto trovare piena espressione in quanto, secondo la S.C., la materia risultava differente rispetto a quella dello scioglimento del matrimonio<sup>97</sup>.

Tale principio, però, soffre evidentemente di una intrinseca irragionevolezza, in

---

<sup>93</sup> Sul punto, si veda la lucida analisi condotta da: OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. Dir.*, 2013, 4, 321 ss.

<sup>94</sup> Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579: “L’accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali tra coniugi, che sia stato stipulato tra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) spostati all’estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale del medesimo (applicabile ai sensi degli art. 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 tra stranieri, riguarda l’ordine pubblico c.d. 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”.

<sup>95</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi*, op. cit., 71 e 74 e PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali tra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000, Australiano*, in *Familia*, 2002, 156; BARGELLI, *Limiti dell’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia dalle Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 1, 57 ss.; Id., *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, op. cit., 303.

<sup>96</sup> Cass. Civ., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con nota di CUBEDDU.

<sup>97</sup> Cfr., RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Esi, Napoli, 2005, 92 ss. e ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 471 ss.

relazione quanto meno al diverso trattamento riservato agli accordi stipulati in sede di separazione in vista di divorzio.

Indubbia è la differenza ontologica tra nullità e scioglimento del rapporto di coniugio<sup>98</sup>. Tuttavia non sembra che gli accordi in vista dell’annullamento del matrimonio differiscano molto da quelli in vista del divorzio, se non in relazione all’evento dedotto in condizione<sup>99</sup>. Inoltre, a ben vedere, anche questi accordi comprimono allo stesso modo la libertà processuale delle parti<sup>100</sup> condizionandone le scelte relative allo *status* di coniuge<sup>101</sup>.

Non può sfuggire quindi a un occhio attento come queste e molte altre criticità siano in realtà comuni sia agli accordi in vista del divorzio che a quelli in vista di nullità. Di qui l’irrazionalità di considerare gli uni validi e gli altri non meramente sulla base del fatto che il procedimento di nullità sia di tipo inquisitorio e abbia come fine l’accertamento di un vizio, nei confronti del quale i coniugi non hanno alcun margine di espressione di autonomia e di disposizione dello *status*<sup>102</sup>.

C) Il terzo esempio ha a oggetto quegli accordi (molto comuni nella prassi, sebbene considerati generalmente invalidi) stipulati dai coniugi in sede di separazione e che fanno riferimento direttamente o indirettamente alla sistemazione dei rapporti patrimoniali postdivorzili<sup>103</sup>.

La giurisprudenza li considera generalmente nulli per illiceità della causa<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> Infatti, nel primo caso, si tratta solo di un accertamento in sede giudiziale di un vizio sussistente fin già dal momento della celebrazione.

<sup>99</sup> In effetti, con tali patti, i coniugi decidono in un momento precedente al matrimonio, o in costanza di matrimonio o di separazione, di concordare la disciplina dei relativi rapporti patrimoniali in vista e nel caso in cui il matrimonio dovesse essere dichiarato nullo.

Vi è stato anche chi ha distinto e analizzato attentamente tali contratti, dividendo la tipologia di clausole inseribili in due categorie: da una parte quelle che obbligano i coniugi a un certo comportamento processuale preordinato a ottenere una dichiarazione di nullità; dall’altra quelle inerenti alla regolamentazione patrimoniale dei coniugi a seguito della eventuale dichiarazione di nullità. Le prime sarebbero nulle, le seconde invece validi. Così ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, op. cit., 478 ss.

<sup>100</sup> Ad esempio, anche con gli accordi in vista di annullamento i coniugi hanno una concreta possibilità di influenzare le modalità e l’esito di un eventuale processo per l’accertamento del vizio invalidante il matrimonio. Così, CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, 398.

<sup>101</sup> Inoltre, si è specificato che le parti e i loro difensori hanno sempre l’obbligo di comportarsi secondo lealtà e buona fede, tanto che un’intesa contenente la non opposizione ad atti processuali sarebbe nulla ex artt. 1346 e 1418, 2 c. c.c. oltre che avere oggetto nullo. Così RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., 94.

<sup>102</sup> CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del ménage*, op. cit., 400.

<sup>103</sup> Si tratta, a ben vedere, di una particolare tipologia di accordi *a latere* del divorzio, ma che vengono stipulati già in sede di separazione e quindi omologati.

<sup>104</sup> “Il principio secondo il quale gli accordi dei coniugi, diretti a fissare, in sede di separazione, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l’assegno divorzile - che per la sua natura assistenziale è indisponibile - in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, trova fondamento nell’esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, la cui domanda di attribuzione dell’assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata”. Così Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia* 2001, 243, con nota di FERRANDO. Ma anche, più di recente, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 955 ss., con nota di GRAZZINI, *Accordi preventivi tra coniugi e assegno divorzile una*

Non sono mancate, tuttavia, pronunce di senso contrario che manifestano, ancora una volta, un'intrinseca irragionevolezza.

La Cassazione ha sostenuto, ad esempio, la validità di un accordo di transazione siglato in sede di separazione mediante il quale un coniuge aveva riconosciuto all'altro un assegno vitalizio, senza però menzionare espressamente la volontà di dare una sistemazione ai rapporti patrimoniali in vista del definitivo scioglimento del rapporto.

La Suprema Corte ha ritenuto che tale negozio non potesse influire sull'eventuale successiva richiesta di assegno divorzile da parte della moglie, pur tuttavia ritenendo necessario prendere in considerazione tale circostanza per l'eventuale accertamento dell'*an* e del *quantum* dello stesso<sup>105</sup>.

In sostanza, nonostante la dichiarazione di nullità degli accordi assunti in sede di separazione in vista del divorzio è stata sostenuta la validità (e l'influenza sull'assegno di divorzio) degli accordi in fase di separazione che servono a transigere una controversia patrimoniale tra i coniugi, purché non venga fatto alcun riferimento agli aspetti economici divorzili.

La pronuncia appena citata ci consente di fare alcune considerazioni. Nella prassi l'esigenza di eliminare ogni contatto con l'ex coniuge è molto sentita, in particolar modo ove esistano rapporti debito-credito che possono divenire fonte di conflittualità, specie in assenza di prole<sup>106</sup>.

La volontà di interrompere definitivamente ogni relazione con l'altro diventa ancor più rilevante nel caso in cui il soggetto abbia intenzione di costruire una nuova famiglia, circostanza che si configura, tra l'altro, come un diritto inviolabile della persona. Un aspetto, questo, che negli ultimi anni ha trovato ampio consenso tra la giurisprudenza e la dottrina<sup>107</sup>.

Le recenti novelle in materia di separazione e di divorzio, nonché in materia di filiazione e di unioni civili e convivenze, sostengono l'idea per cui se il legislatore ha deciso di agevolare lo scioglimento del matrimonio, coerenza vorrebbe che venisse garantito ai coniugi un novero di strumenti atti a consentirgli un adeguato spazio alla sua autonomia negoziale al fine di agevolare il raggiungimento di tale obiettivo<sup>108</sup>.

Sicché, se da una parte si vuole far emergere l'importanza del principio di solidarietà postconiugale e della tutela del coniuge più debole, dall'altra si rende

---

*tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare.*

<sup>105</sup> Cass. Civ., *Ibid.*

<sup>106</sup> GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 292-293.

<sup>107</sup> Cfr. Cass., 19 maggio 2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, 6, 1299 ss., con nota di DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, op. cit., 885 ss., con nota di QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità"*, op. cit., 1795 ss., con nota di RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile*, op. cit., 636 ss.; in *Fam. e Dir.*, con nota di DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale*, op. cit.; in *Fam. e Dir.* con nota di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, op. cit.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 1001 ss., con nota di ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*.

<sup>108</sup> GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 293-294-295.

necessario un bilanciamento col diritto dell’altro coniuge a formarsi una nuova vita e famiglia.

Prendendo spunto da queste considerazioni, un’autorevole dottrina ha ricostruito la problematica degli accordi stipulati in sede di separazione in vista del divorzio da un punto di vista inedito<sup>109</sup>.

Gli accordi in questione hanno a oggetto generalmente l’assegno divorzile e mirano alla soppressione della sua periodicità mediante dei trasferimenti (o impegni a trasferire) *una tantum*. Un tale accordo, come ben si conosce, risulta lecito solo se stipulato in sede di divorzio e solo ove vi sia un giudizio positivo compiuto sulla sua equità da parte del giudice, così come previsto dall’art. 5, 8 c., l.div.

Il giudizio positivo di equità, tuttavia, non dovrebbe essere inteso quale *condicio iuris* di validità o di efficacia dell’intesa, ma solo come eliminazione dell’efficacia della clausola *rebus sic stantibus* che caratterizza tutti gli accordi in fase di separazione e di divorzio.

Ciò perché il legislatore non ha strutturato l’accordo economico di divorzio quale atto complesso per la cui validità è richiesto l’intervento congiunto dei coniugi e del giudice, ma solo rafforzato la posizione del coniuge che non può mantenersi per l’assenza di “mezzi adeguati”, rendendo irrinunciabili gli assegni di mantenimento e di divorzio e introducendo il controllo di equità.

Per tale ragione, tutti gli accordi assunti in fase di separazione (o *a latere* di essa) in vista del divorzio non sarebbero nulli, ma semplicemente non produttivi dell’effetto estintivo della clausola del *rebus sic stantibus*<sup>110</sup>.

Lo stesso potrebbe dirsi, inoltre, anche per quegli accordi *una tantum* assunti nel procedimento di negoziazione assistita di cui all’art. 6 del d.l. n. 132/2014. Per questa dottrina, infatti, il sistema non esprime una radicale indisponibilità dell’assegno di divorzio, ma solamente l’interesse a che il coniuge più debole non perda i propri diritti o accetti una risoluzione della crisi iniqua.

Tale interpretazione, seppure in parte condivisibile, non rende pienamente soddisfatti. Essa può essere una soluzione di compromesso tra l’assoluta nullità degli accordi omologati stipulati in sede di separazione e la loro piena ammissibilità, ma è ancora troppo legata a una concezione della crisi e del matrimonio non più attuali.

Come più volte suggerito in questo lavoro si tratta di procedere con una modifica di prospettiva grazie alla, ormai nota, teoria dei contratti relazionali. L’accordo inserito nel verbale di separazione, o *a latere* di esso, contenente gli aspetti postdivorzili della relazione deve essere inteso, quanto a struttura e validità, nello stesso modo in cui si concepisce quello prematrimoniale in vista della crisi, o di quello postmatrimoniale in fase fisiologica ma in vista di una possibile patologia. Tutti questi accordi, infatti, sono accumulati, indipendentemente dal luogo e dal momento in cui vengono stipulati, dal voler disciplinare l’assetto patrimoniale postdivorzile della relazione, sebbene la produzione degli effetti venga subordinata all’avveramento della condizione sospensiva dell’evento divorzio. Sono tutti, quindi, contratti (pre)matrimoniali in vista della crisi.

---

<sup>109</sup> Ibid. 297 ss.

<sup>110</sup> La tesi dell’Autore, già rinvenibile in GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, op. cit., 145 ss., è condivisa anche da C. IRTI, *L’accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, op. cit., 812 ss.

L'Analisi Economica, come si è visto, ci ricorda che attraverso di essi è possibile raggiungere il risultato più efficiente in termini di utilità.

La TCR, dal canto suo, ci spinge a darne una qualificazione di “contratti relazionali” piuttosto che di “contratti separati”. In altre parole, si tratta di contratti per i quali la relazione che li sottende gode di notevole importanza e richiede, quindi, di assumere alcune cautele. Quali siano queste cautele lo si vedrà nel prossimo capitolo, allorché si tratterà la questione in termini di requisiti “formali” e “sostanziali”.

Per il momento si faccia un'ulteriore riflessione.

L'accordo di separazione legale talvolta si atteggia come accordo “temporaneo” in attesa di quello divorzile, mentre talvolta risulta essere l'unico accordo atto a disciplinare pattiziamente la crisi della relazione. Non sempre, infatti, le coppie separate giungono successivamente a divorziare. In questo senso, gli accordi inseriti nel verbale di separazione che mirano a essere trasfusi successivamente nell'accordo di divorzio si atteggiano come qualsiasi altro accordo prematrimoniale o postmatrimoniale in vista di una crisi eventuale.

Quando si dice che il legislatore ha voluto attribuire agli accordi di separazione e divorzio un'efficacia “*rebus sic stantibus*”, si vuole sostenere proprio la necessaria valorizzazione degli aspetti relazionali del rapporto tra marito e moglie. Tenere in considerazione l'evoluzione del rapporto nel tempo è un requisito al quale prestare attenzione non solo in relazione a quei rapporti contrattuali che vogliono disciplinare preventivamente gli esiti della fine del rapporto di coniugio (o, detto altrimenti, ai contratti prematrimoniali) ma anche con riferimento a tutti quegli accordi patrimoniali che hanno un'incidenza *pro futuro* sugli aspetti di una relazione di lunga durata. Tra questi, gli accordi assunti in fase di separazione o *a latere* di questa sono funzionali a disciplinare la fase di separazione intesa come rapporto di durata che tende a sfociare (spesso ma non sempre) nell'evento divorzio.

Allo stesso modo, gli accordi *a latere* del divorzio (i quali possono ricomprendere anche quegli accordi di separazione che contengono clausole da trasfondere negli accordi di divorzio) così come quelli di divorzio assolvono tutti a due funzioni principali: quelli *a latere* precedenti al divorzio, di regolare la fase della relazione compresa tra separazione e divorzio; quelli di divorzio e *a latere* postdivorzili, la fase successiva ossia la relazione postdivorzile tra due ex coniugi, in modo che la stessa si concluda definitivamente oppure abbia un qualche strascico anche successivamente a seconda di come le parti vogliono regolare il proprio rapporto.

## **5. Segue. La “Haarspaltemaschine” e le preferenze ideologiche della giurisprudenza.**

Sempre in tema di accordi di separazione contenenti clausole inerenti agli aspetti economici dell'accordo di divorzio, la giurisprudenza ha cercato altre vie per giustificare ulteriori *distinguo*.

D) In una sentenza del 2000, ad esempio, i giudici della Suprema Corte hanno affermato che gli accordi patrimoniali stipulati dai coniugi in fase di separazione e in relazione a un futuro divorzio possono essere fatti valere solamente dal coniuge che, in base a quegli accordi, riceverebbe di meno rispetto a quanto l'ordinamento

gli permetterebbe di ottenere<sup>111</sup>.

Nel concreto, marito e moglie avevano siglato un accordo preventivo della crisi che, di fatto, risultava più favorevole alla donna. L'uomo aveva eccepito l'invalidità di tale intesa secondo l'orientamento costante della giurisprudenza. La Suprema Corte, invece, ha ritenuto che nel caso concreto non si fosse trattato di un accordo in vista del divorzio, bensì di una transazione.

In un *obiter*, tuttavia, la Cassazione ha reso manifesta la vera ragione della sua decisione sostenendo che il principio della nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio era stato sostenuto in fattispecie in cui “gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare o ridurre la domanda diretta ad ottenere l'assegno divorzile” mentre la fattispecie in questione presentava posizioni rovesciate in quanto la nullità dell'accordo avrebbe favorito il debitore dell'assegno e non il creditore.

Indirettamente, quindi, la Corte ha riconosciuto che gli accordi non sono contrari di per se stessi all'ordine pubblico e che il principio di indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio trova la sua *ratio* nella necessità di tutelare il coniuge più debole. Per cui l'azione di nullità sarebbe proponibile solo da quest'ultimo<sup>112</sup>.

Tale indirizzo ermeneutico, tuttavia, non può non destare alcune perplessità. Anzitutto è parso che la giurisprudenza, pur volendo riconoscere a parole l'invalidità degli accordi in vista del divorzio, abbia trasformato una nullità assoluta per contrarietà a norme di ordine pubblico in una nullità relativa, rendendola eccepibile solo dal coniuge in possesso dei requisiti per reclamare l'assegno divorzile.

Tuttavia delle due l'una: o gli accordi in questione sono radicalmente nulli per illiceità della causa e nessuno dei coniugi può eccepirne la validità, oppure sono sempre validi per entrambi<sup>113</sup>. *Tertium non datur*. Infatti, se si tratta di accordo nullo per illiceità della causa, allora tale nullità investe l'intero patto senza speranza di scampo di sorta. Considerarlo nullo per una parte e valido per l'altra a seconda di chi solleva l'eccezione pare una palese violazione dell'art. 3 Cost.<sup>114</sup>.

Particolarmente interessante è stata l'osservazione svolta da quella dottrina che ha posto in rilievo e criticato l'atteggiamento della giurisprudenza che suole dividere tra accordi in vista del divorzio, nulli per le ragioni più volte ripetute, dagli accordi assunti precedentemente ma poi trasfusi nell'accordo di divorzio congiunto. Questi ultimi, infatti, ritenuti validi<sup>115</sup>.

In tale situazione, si è detto, l'autonomia dei coniugi è riconosciuta pienamente in quanto essi hanno già deciso di sciogliere il loro rapporto e cercano, mediante un accordo, di far fronte e transigere gli aspetti problematici patrimoniali che la conclusione di una relazione comporta. In altre parole, la validità degli accordi in sede di divorzio sarebbe data dal fatto che i patti non sarebbero preventivi di una crisi eventuale, ma risolutivi di una crisi in atto. Non sarebbe quindi posto in crisi il

---

<sup>111</sup> Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 con nota di BALESTRA; ma anche Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 347 con nota di GRONDONA; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, cit., e da ultimo Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.,

<sup>112</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 272

<sup>113</sup> Cfr. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, in *I Contratti*, 2001, 45.

<sup>114</sup> FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi: una rivoluzione annunciata solo sulla stampa*, in *Guida dir.*, 2000, 24, 43; RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., 83.

<sup>115</sup> Cfr., Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. It.*, 1993, 1495.

principio di indisponibilità dello *status*, né il diritto di difesa. La loro possibilità sarebbe ammessa dal riconoscimento dell'esistenza del divorzio congiunto e dell'istituto dell'assegno *una tantum*<sup>116</sup>.

Ci si chiede, tuttavia, quale sia la differenza, in termini di indisponibilità degli aspetti patrimoniali, tra il fatto che il divorzio sia percepito dai coniugi come eventuale e quello in cui lo sia come certo. Inoltre, ammessa la non disposizione dello *status*, rimane comunque aperta la questione della ragione per cui ai coniugi sarebbe permesso determinare consensualmente le destinazioni patrimoniali fino alla sera precedente all'udienza<sup>117</sup>, mentre sarebbe esclusa la possibilità che gli stessi lo possano fare una settimana, un mese, un anno prima, o magari anche precedentemente al matrimonio.

Se la libertà in merito allo *status* deve essere preservata, allora è necessario impedire ogni pattuizione intervenuta tra le parti prima dell'incontro col giudice.

Inoltre, in caso di divorzio congiunto, sebbene il mutamento di *status* si abbia solo a seguito di decisione del Tribunale, è pur sempre vero che dal punto di vista patrimoniale il giudice si limita a prendere atto degli accordi avvenuti tra le parti<sup>118</sup>. Al "necessario momento giurisdizionale"<sup>119</sup>, così come evocato da parte della dottrina, non sembra poter darsi quindi un rilievo fondamentale. Non è il controllo di un giudice a consacrare e a dare efficacia alle intese patrimoniali dei coniugi.

Nel divorzio a domanda congiunta delle parti, infatti, gli effetti patrimoniali sono diretta conseguenza dell'intesa raggiunta dai coniugi, rispetto alla quale il Giudice non possiede alcun potere, dovendo limitarsi a una recezione di quanto a lui sottoposto<sup>120</sup>. Se, dunque, gli accordi assunti dai coniugi sono validi ed efficaci, non si comprende perché mai gli stessi debbano attendere il momento della ricezione da parte del giudice<sup>121</sup>.

Sul punto è stata anche configurata da una parte della dottrina<sup>122</sup> la possibilità del

---

<sup>116</sup> ARCIERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., 99. È però stato affermato che proprio l'introduzione degli istituti da ultimo citati sarebbe la conferma della possibilità per i coniugi di stipulare accordi in vista e in previsione del divorzio. Tra chi riconosce la validità degli accordi in vista del divorzio sulla base anche dell'istituto del divorzio congiunto e del consenso dei coniugi si veda: RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit.

<sup>117</sup> Dinnanzi al giudice chiamato a conoscere il ricorso per divorzio congiunto.

<sup>118</sup> SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1100.

<sup>119</sup> A sostenere un controllo giudiziale degli accordi di divorzio attuato alla luce degli assetti economici familiari concretamente esistenti è QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 14.

Altri autori, hanno sostenuto il necessario controllo del giudice sul contenuto degli accordi tra i coniugi in sede di divorzio congiunto. Cfr., COPPOLA, *Le rinunzie preventive all'assegno postmatrimoniale*, in *Fam. Pers. e Success.*, 2005, 55 ss.

<sup>120</sup> OBERTO, *Contratto e famiglia*, op. cit., 233 ss.

<sup>121</sup> OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit., 372 ss. Al giudice italiano, infatti, non è concesso di riallocare le risorse familiari acquisite e costruite durante il matrimonio sulla base di criteri come la ragionevolezza e l'equità, ciò che invece è concesso ai giudici di altri ordinamenti, come quello francese, in cui l'art. 232 del *Code Civil* dà al magistrato il potere di rifiutare l'omologa dell'accordo di divorzio a lui sottoposto ove tale non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi di uno dei due coniugi. Così OBERTO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, 25 ss.

<sup>122</sup> Cfr., ad esempio, BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, op. cit., 2001, 326

giudice di correggere il contenuto degli accordi contenenti squilibri a favore di uno dei due coniugi, facendo riferimento a clausole generali come quelle di ordine pubblico e di buona fede. Tale proposta trova origine da alcune pronunce dei tedeschi *Bundesverfassungsgericht* e *Bundesgerichtshof* che, sulla scorta di una giurisprudenza che ammetteva indistintamente ogni accordo tra le parti in materia di assegno divorzile<sup>123</sup>, hanno deciso di costruire una tutela per quelle ipotesi in cui l'accordo si palesa come iniquo per le maggiori utilità che uno dei due coniugi ottiene sfruttando le debolezze, l'ignoranza, le problematiche economiche dell'altro, o facendo leva su un “*do ut des*” economico barattato con l'affidamento dei figli<sup>124</sup>. Prendendo in considerazione le istanze di una parte della dottrina che richiedeva un maggior *Inhaltskontrolle* (controllo sui contenuti) sull'oggetto degli *Eheverträge* (accordi pre/post-matrimoniali), i Tribunali Tedeschi hanno ritenuto che il giudice possa dichiarare la nullità di un accordo tra coniugi in cui vi sia un palese squilibrio tra vantaggi e svantaggi, unilateralmente a favore di uno dei due, ove vi sia un irragionevole e ingiusto accordo tra privati che si scontri con una giudiziosa valutazione dell'istituto matrimonio<sup>125</sup>.

In queste pronunce tedesche emerge una forte influenza americana, sottolineata anche dall'uso del concetto di accordo “*evident einseitig*” che, parallelamente, nel mondo di *Common Law* viene detto “*one-sided*”<sup>126</sup>.

Tale controllo è stato però aspramente criticato in Germania in quanto foriero di possibili incertezze dei rapporti giuridici tra privati, in aperto contrasto con una decennale certezza sul tema, nonché con i ben saldi principi di autonomia contrattuale che sarebbero ora messi in crisi da una nuova (e imprevedibile) forma di nullità relativa. Insomma, come è stato rilevato dalla dottrina, un infelice ritorno di uno Stato paternalista a capo del diritto di famiglia tedesco<sup>127</sup>.

La strada imboccata, come si avrà modo di vedere, sembra essere quella giusta, sebbene si ritengano essere necessarie ulteriori precisazioni e modificazioni, cosa che si avrà modo di fare nel prossimo capitolo.

ss.

<sup>123</sup> Basandosi sul concetto di *Sittenwidrigkeit* (§ 138 BGB).

<sup>124</sup> OBERTO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, op. cit. e la relativa nota n. 89 in cui si tracciano le coordinate di riferimento. Cfr., BverfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343, con nota di SCHWAB; in *MDR*, 2001, 392, con nota di GRZIWOTZ; e la corrispondente traduzione italiana disponibile in: *Familia*, 2002, 201, con nota di GEURTS. Rilevante anche BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale*, op. cit., 57 ss.; BGH, 11 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, 601, con nota di BORTH; in *NJW*, 2004, 930; sentenza commentata da 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.

<sup>125</sup> OBERTO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, op. cit.

<sup>126</sup> Si tratta del criterio mediante cui i giudici statunitensi valutano la validità dei “*pre-nuptial agreement in contemplation of divorce*” secondo quanto disposto dall'*Uniform Premarital Agreement Act*

<sup>127</sup> Ibid., e la dottrina da lui citata, ossia: HOFER, *Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten*, in Hofer, Schwab e Henrich (a cura di), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2005, 16. Medesime criticità rilevate 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*, Jahre Bundesgerichtshof, München, 2000, 1001; cfr. inoltre KOCH, in *NotBZ*, 2004, 147 ss.; LANGENFELD, *Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen*, in *DNotZ*, 2001, 279.

E) In merito allo stesso tema si cita un ultimo precedente che si colloca temporalmente sempre nel 2000<sup>128</sup>.

In tale circostanza la Corte si è discostata apertamente non solo dai principi di cui all'art. 1421 c.c. (come fatto meno di sei mesi prima), ma anche da quelli di cui all'art. 1422 c.c., introducendo una sorta di prescrizione all'impugnazione di un accordo nullo (mantenendo fermo, si ricordi, l'assunto per cui gli accordi in vista della crisi lo siano).

E in effetti i Giudici hanno sostenuto che la nullità di un patto stipulato in sede di separazione in vista di divorzio sia non solo affetto da nullità relativa, ma anche che tale nullità possa essere eccepita solo in sede di procedura di divorzio e mai successivamente alla sentenza. L'irragionevolezza di una tale statuizione non necessita di commenti ulteriori.

## **6. Segue. La “*Haarspaltemaschine*” e altri casi concreti.**

F) Si porta ora un esempio di giurisprudenza con oggetto gli accordi *a latere* del divorzio che nel precedente capitolo sono stati deliberatamente posti accanto a quelli *a latere* della separazione, proponendo l'assunto per cui in entrambi i casi si potrebbe riconoscerne la validità.

Ciò, tuttavia, è frutto di un'interpretazione personale. Infatti è bene precisare che la maggior parte dei giudici non concordano sul punto. Anzi, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che gli accordi *a latere* della sentenza di divorzio siano profondamente diversi da quelli *a latere* dell'omologazione, giungendo a dichiararne la nullità nella quasi totalità dei casi posti alla sua attenzione<sup>129</sup>.

Tale posizione, tuttavia, sembra contrastare con alcune pronunce giurisprudenziali, in particolar quella resa dalla Corte Costituzionale nel 1995<sup>130</sup>. Il giudice *a quo*, la Corte d'Appello di Torino, aveva sollevato questione di costituzionalità dell'art. 9 c. 1 della legge sul divorzio, nella parte in cui è previsto che il coniuge divorziato possa far valere il suo diritto alla pensione di reversibilità solo laddove sia beneficiante di un assegno divorzile stabilito giudizialmente.

Nella circostanza del fatto concreto, infatti, era accaduto che due coniugi, prima di chiedere e ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio, avevano stipulato a mezzo di scrittura privata (non richiamata dalla sentenza di divorzio) il riconoscimento di un assegno periodico per il mantenimento della moglie da parte dell'ex marito, il quale era successivamente defunto.

I giudici della Consulta hanno dichiarato infondata la questione di legittimità, ritenendo che il diritto previsto dall'art. 5 l. div. possa effettivamente sorgere da un atto espressione dell'autonomia dei privati e con valore *inter partes*, ma che non possa mai avere effetti nei confronti di soggetti terzi, come l'Inps, chiamati a erogare la pensione di reversibilità in attuazione dell'art. 9 l. div.

Tale sentenza è stata salutata da molti come un primo aperto riconoscimento implicito da parte della Corte Costituzionale della validità degli accordi *a latere* del

---

<sup>128</sup> Cass. Civ., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592.

<sup>129</sup> *Ex multis*, Cass. Civ., sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15064, cit., secondo cui: “Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo”.

<sup>130</sup> Corte Cost., n. 87/1995, cit.

---

divorzio, nonché dell’importanza dell’autonomia privata nei rapporti tra coniugi e nel diritto di famiglia in generale<sup>131</sup>.

G) Si prosegua oltre e si analizzi un altro precedente giurisprudenziale, questa volta datato 2001<sup>132</sup>.

Due coniugi in sede di udienza presidenziale di divorzio si erano accordati affinché il marito versasse alla moglie un assegno mensile e, in aggiunta, un ulteriore assegno *una tantum* di quaranta milioni di lire di cui la moglie aveva accettato di tenerne da conto “qualora si [fossero] verificati in futuro giustificati motivi per [una] possibile variazione dell’assegno”.

La Corte ha ritenuto che tale assegno non violasse i principi di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali post divorzili, dichiarando legittima la compensazione stabilita su accordo dei coniugi in sede di divorzio tra la somma divenuta esigibile a seguito dell’incremento del costo della vita e quanto già versato al momento dello scioglimento del matrimonio, considerandolo quindi un anticipo del *quantum* dovuto.

Sul punto, i Giudici hanno rilevato che il patto potesse ritenersi valido anche perché inerente a soggetti non più vincolati da legame di coniugio.

A voler essere sinceri, però, sebbene l’accordo fosse stato predisposto per dispiegare i suoi effetti su soggetti non più sposati, lo stesso era stato stipulato in un momento comunque precedente allo scioglimento del matrimonio. Quindi anche tale intesa ricadeva nella negoziazione degli aspetti patrimoniali di una relazione in crisi tra soggetti sposati<sup>133</sup>.

L’ammissione della validità di tale accordo mal si coniuga con quell’inscalfibile orientamento della Cassazione secondo cui gli accordi predivorzili sono invalidi per la possibile compressione dell’esercizio delle (assolutamente irrinunciabili) azioni in materia di scioglimento del vincolo coniugale. Nel caso di specie è proprio questo che è avvenuto ma che non si è voluto considerare. In effetti, prestare consenso oggi alla vanificazione degli effetti di una possibile azione esperibile domani equivale a rinunciare alla proposizione dell’azione medesima.

I prossimi precedenti presi in analisi sono datati 2003.

H) L’*obiter dictum* della sentenza n. 8109/2000 è stato posto in motivazione di una nota decisione della Suprema Corte, la quale ha ritenuto che “gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime del futuro divorzio sono nulli per illiceità della causa (...) trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente

---

<sup>131</sup> Si è detto che i negozi familiari non sarebbero ontologicamente separati dalle categorie del diritto delle obbligazioni, ma ne attrarrebbero, ove compatibili, contenuti e disciplina. Nella sentenza citata, infatti, si è ritenuto di poter applicare un principio cardine del diritto dei contratti, ossia quello della (naturale) efficacia relativa degli accordi tra parti, ex art. 1372 c.c. BARBALUCCA-GALLUCCI, *L’autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, op. cit., 65. Alla luce di ciò è stato suggerito che i limiti dati dal carattere pubblicistico della materia “assegno divorzile” potrebbero essere superati ritenendo che la volontà del legislatore sia quella di creare una tutela minima del soggetto più debole, lasciando all’autonomia dei privati la gestione e la regolamentazione delle posizioni giuridiche soggettive patrimoniali eccedenti tale *minimum*. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, op. cit., 188.

<sup>132</sup> Cass. Civ., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345, con nota di GRONDONA

<sup>133</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, op. cit., 86 ss.

più debole<sup>134</sup>”.

È parso a molti che la Cassazione, in questa pronuncia, abbia posto a fondamento della nullità degli accordi in vista della crisi un interesse pubblico di protezione, in relazione alle peculiarità dell'interesse protetto dalle norme a tutela di una parte considerata come contraente strutturalmente debole, alla quale solo è attribuita la legittimazione all'azione di nullità.

La critica che è stata mossa a tale decisione è stata anzitutto quella di aver coniugato l'illiceità della causa con la *ratio* protettiva della disciplina, perdendo così il senso che la S.C. avevano voluto dare alle motivazioni del caso da loro precedentemente affrontato<sup>135</sup>.

In secondo luogo è stata nuovamente ribadita la trasformazione compiuta dai giudici della nullità per violazione di regole di ordine pubblico in nullità relativa<sup>136</sup> pur in assenza di un'espressa disposizione legislativa che disponga in tal senso. Ciò, in piena contraddizione sia con l'art. 1421 c.c. secondo cui “salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può esser fatta valere da chiunque vi ha interesse”, ma anche con i principi di parità e di uguaglianza tra i coniugi.

La nullità relativa e di protezione degli accordi aventi a oggetto l'assegno divorzile poteva trovare in passato argomenti di sostegno in alcuni principi pacificamente proclamati e accettati che però, oggi, necessitano di essere dimostrati<sup>137</sup>. Si tratta della “statualità del diritto della crisi post coniugale”, nel senso che le decisioni assunte da un giudice in merito all'assegno divorzile sono preferibili e migliori rispetto a quelle negoziate tra le parti<sup>138</sup> e dell'“indisponibilità del diritto del coniuge più debole a mantenere il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio”, che le recenti sentenze in materia hanno ormai superato<sup>139</sup>.

I) In un'altra sentenza la Suprema Corte<sup>140</sup>, dopo la classica affermazione di nullità di ogni patto che incide sugli aspetti patrimoniali post-divorzili, ha sostenuto l'ammissibilità della richiesta di quantificare l'assegno divorzile *una tantum* dello stesso ammontare del valore di una precedente operazione economica svolta tra due coniugi (come ad esempio il trasferimento di un bene immobile), così da considerare l'obbligo già assolto.

Ha però affermato che, in assenza di un'inequivoca richiesta, il decisore è impossibilitato a determinare l'assegno e a riconoscere l'avvenuta corresponsione in un'unica soluzione.

I giudici hanno poi distinto l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i reciproci rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno. Tale regolamento, è stato detto, non costituirebbe di per se stesso una corresponsione di “assegno *una*

---

<sup>134</sup> Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e Dir.*, 2003, 344.

<sup>135</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 273-274-275

<sup>136</sup> Cfr. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, op. cit., 323; PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, op. cit., 1321.

<sup>137</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 274.

<sup>138</sup> In argomento si è rilevato che: “il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica (...) la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti”. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, op. cit., 227.

<sup>139</sup> Principio oggi messo in discussione dalle interpretazioni della più recente giurisprudenza così come messo in luce nel precedente capitolo.

<sup>140</sup> Cass. Civ., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.

*tantum*” in quanto le parti potrebbero aver solamente riconosciuto la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche. In questo caso, l'accordo sarebbe “valido per l'attualità” ma non sarebbe escluso che eventuali mutamenti della situazione patrimoniali di una delle due parti possano giustificare una richiesta successiva di corresponsione di una somma periodica a carico dell'altra.

Se si parte dal presupposto che gli accordi preventivi della crisi siano nulli, i due principi esposti nella sentenza appena richiamata suscitano due ordini di perplessità. In primo luogo ci si chiede su quali basi giuridiche sia concesso al giudice di determinare *l'an* e il *quantum* dell'assegno *una tantum* una volta che lo stesso sia già stato liquidato<sup>141</sup>. In secondo luogo, se gli accordi preventivi fossero davvero invalidi sarebbe la loro stessa nullità a impedire l'ammissibilità di una qualsiasi richiesta futura basata su una sopravvenienza. Se un accordo è nullo, infatti, lo stesso non può produrre alcun effetto. È del tutto privo di senso parlare di “validità per l'attualità”<sup>142</sup>.

### 7. Segue. La “Haarspaltemaschine” più recente.

J) Correvano l'anno 2012<sup>143</sup> e la Cassazione riconosceva la validità di un patto raggiunto in sede di separazione con esplicitazione degli effetti a seguito e in vista del divorzio. Un'operazione, questa, che sembra essere frutto di una svista più che di una maturata riflessione, data la non menzione in nessun punto della decisione della tradizionale nullità degli accordi in vista della crisi.

La questione prendeva vita da un'intesa tra marito e moglie in sede di separazione personale avente a oggetto la vendita di un immobile in proprietà con relativa divisione del ricavato<sup>144</sup>.

Nel caso specifico veniva posta una condizione del seguente tenore: “l'immobile in questione verrà posto in vendita a terzi con modalità che i coniugi stessi stabiliranno di comune accordo, quando i figli L. e V. trasferiranno altrove la loro residenza e quindi tale abitazione non sarà più di loro necessità”.

La Cassazione, nel risolvere la controversia, affermava che la convenzione tra le parti era destinata a valere a tempo indeterminato fino al momento del verificarsi della condizione apposta.

In conclusione, la Suprema Corte ha dichiarato valido il patto con cui due coniugi, in sede di separazione, disciplinavano *pro futuro* la destinazione della casa familiare, dando quindi al loro accordo effetti post-divorzili sebbene condizionandoli al principio del *rebus sic stantibus*<sup>145</sup>.

K) Il prossimo precedente che si segnala è di fondamentale importanza e rappresenta chiaramente come il tentativo della giurisprudenza di aprirsi agli accordi in vista della crisi conduca a formulare motivazioni irragionevoli pur di non

<sup>141</sup> OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, op. cit., 326.

<sup>142</sup> Ibid. 327.

<sup>143</sup> Cass. Civ., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e Dir.*, 2012, 772, con nota di ARCERI.

<sup>144</sup> Da rilevarsi è anche come la medesima questione fosse stata già posta nel 1992 e risolta nel senso della assoluta nullità dell'accordo, in conformità con l'indirizzo da sempre accolto dalla giurisprudenza di legittimità. Cass. Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863, con nota di CARBONE.

<sup>145</sup> OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, op. cit., 327.

abbandonare il dogma della loro assoluta nullità.

Si tratta della pronuncia della Suprema Corte n. 23713 del 2012.<sup>146</sup>

Il caso prendeva avvio da una scrittura privata tra due nubendi il giorno prima della celebrazione delle nozze del seguente tenore: “in caso di suo fallimento (separazione o divorzio), la P. cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale; a saldo, comunque, l'O. trasferirà alla moglie un titolo BOT di L. 20.000.000”.

La vicenda giungeva in Cassazione dopo che, a seguito di divorzio, il marito chiedeva il trasferimento dell'immobile, trovando però l'opposizione della ex moglie che si faceva scudo dietro all'asserita nullità del patto sottoscritto precedentemente al matrimonio.

Nella Sentenza n. 23713 del 2012, la Suprema Corte ha compiuto un ragionamento diverso da quello realizzato nei propri precedenti, in cui a rilevare erano state soprattutto le peculiarità di ogni singolo caso. È stata infatti individuata un'importante divisione tra le tipologie di intese prematrimoniali, ossia quella tra: accordi che hanno come oggetto l'intera regolamentazione (o un elemento importante) dell'assetto patrimoniale dei coniugi con arricchimento di una parte e impoverimento dell'altra; e contratti aventi oggetto prestazioni tra loro proporzionali, in cui la crisi del rapporto viene posta come condizione per l'esplicazione dei loro effetti. I primi, si è detto, sono nulli per tutte le ragioni da sempre sostenute dalla giurisprudenza maggioritaria; i secondi, invece, perfettamente validi.

Ancora una volta, dunque, ci si trova di fronte al tentativo di operare un minuzioso *distinguo* strumentalizzando la versatilità dell'ordinamento per raggiungere l'obiettivo della risoluzione del caso concreto, senza tuttavia porsi in contrasto con la tradizionale interpretazione.

L'esito, tuttavia, non può essere accolto positivamente.

In primo luogo perché, così facendo, si creano dubbi e incertezze all'interno dell'intero sistema; in secondo luogo perché si manifesta pienamente l'ipocrisia dell'atteggiamento di chi assume decisioni diverse in base alle circostanze, travestendole mediante sapienti ragionamenti giuridici che, tuttavia, se analizzati approfonditamente non convincono del tutto; infine, perché si palesa la preferenza per un “comodo passato”, nonostante si riconosca apertamente l'esigenza concreta di giustizia e di adattamento dell'interpretazione normativa alla realtà vissuta dai consociati.

Questa pronuncia rappresenta perfettamente l'atteggiamento di una giurisprudenza conservatrice che vuole fare passi avanti pur rimanendo ferma.

Le critiche che si possono svolgere alle motivazioni della sentenza in analisi sono diverse.

---

<sup>146</sup> Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713. Per i numerosi commenti si vedano: TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 258 ss.; SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniale e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, op. cit., 221 ss.; SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniale e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, 1563 ss.

Anzitutto, nell'introdurre le due tipologie di intese, la Cassazione chiama i primi “accordi” e i secondi “contratti”, tornando sull'annosa distinzione tra il negozio-accordo e il negozio-contratto<sup>147</sup>. Una teoria suggestiva e autorevolmente proposta e sostenuta che vorrebbe distinguere tra quei negozi aventi la funzione di regolare interessi “paralleli e convergenti” (negozi-accordo) e quelli che mirano a contrapporre interessi in conflitto (negozi-contratto).

Tuttavia, si crede che la distinzione tra accordo e contratto sia più un cavillo linguistico che una questione dotata di una propria sostanza. In primo luogo la fattispecie di contratto e quella di accordo disciplinante interessi comuni trovano nel nostro Ordinamento momenti di identità. È il caso, a titolo esemplificativo, dei contratti plurilaterali con comunione di scopo<sup>148</sup>. Inoltre, tali categorie non trovano alcun richiamo normativo esplicito, ma anzi si pongono in contrasto con lo stesso art. 1321 c.c., il quale addirittura fonda il contratto sull'accordo<sup>149</sup>. Infine, questa distinzione è totalmente inutile perché trasforma l'accordo in una figura “metagiuridica” e priva di utilità pratica laddove, per esempio, a un certo punto le parti mutassero l'“apprezzamento dei propri interessi convergenti”<sup>150</sup>.

La realtà è che, come stato già illustrato nel presente lavoro, trattando di accordi sulla separazione, divorzio o annullamento, esiste un'unica categoria che è quella dei “contratti della crisi coniugale”, caratterizzati per la presenza di una causa (o di un motivo accanto a un'altra causa tipica) “postmatrimoniale”, ossia dell'intenzione delle parti di regolare pattiziamente la crisi della propria relazione mediante concessioni e rinunce considerate essenziali per transigere un conflitto in maniera pacifica<sup>151</sup>.

Irragionevole, quindi, è il fondamento della distinzione fatto dalla Cassazione n. 23717 del 2012 sulla base della differenza tra accordo e contratto.

Così come irragionevole è basare la differenza tra le due categorie di accordi prematrimoniali in base al “patrimonio”.

La Corte ha compiuto nella medesima pronuncia una distinzione in base alla rilevanza di questo, ma non ha esplicitato né dato alcun riferimento ai criteri di commisurazione dello stesso. Non si comprende, inoltre, su quale norma questa distinzione trovi sostegno.

Inoltre, è proprio sulla definizione e quantificazione patrimoniale che le parti tendono a divergere e a confliggere. Si tratta molto spesso di questioni in merito al

<sup>147</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., 304 ss.

<sup>148</sup> Cfr., RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, (la terminologia legislativa nella materia dei contratti), in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 12.

<sup>149</sup> Critiche all'autonoma categoria dell'accordo si possono trovare nelle opere di diversi autorevoli autori. Cfr., a titolo esemplificativo, SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 14 s.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 213 s.; RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, op. cit., 12; DORIA, «Negozio» di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso, nota a Trib. Napoli 13 marzo 1989, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1990, 507 ss.; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, op. cit., 1038 ss.

<sup>150</sup> Cfr., OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, op. cit., 601 ss.

<sup>151</sup> Idea magistralmente sostenuta da: OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, op. cit. Sull'artificiosità della distinzione tra accordo e contratto v. *ivi*, 204 ss. e 705 ss.

regime; alla titolarità dei beni oggetto di acquisto; alla qualificazione giuridica delle attribuzioni patrimoniali fatte o ricevute in costanza del matrimonio e a tutta una serie di ingenti rapporti obbligatori sorti lungo il corso della relazione affettiva<sup>152</sup>.

Nella sentenza in esame, con uno sforzo sovraumano, la Corte ha rifiutato di vedere la sostanza delle cose, ossia la natura di contratto prematrimoniale stipulato in vista di una crisi futura e meramente eventuale<sup>153</sup>.

L'accordo tra le parti è stato invece definito come "contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma c.c."

In realtà la natura di questo accordo è tutt'altro che atipica, potendo infatti essere qualificato come contratto di mutuo (per le opere di ristrutturazione dell'appartamento della nubenda) per la cui estinzione era stata prevista una *datio in solutum* (con l'altro appartamento di proprietà della stessa) e a cui il bot di 20 milioni di lire sarebbe servito per riequilibrare la differenza di valore tra le due prestazioni<sup>154</sup>. La peculiarità del caso è stata solamente quella di differire, fino all'evento di un (possibile) fallimento della relazione, l'efficacia del contratto a mezzo dell'apposizione di una condizione sospensiva<sup>155</sup>.

È altrettanto pacifico che, nel caso in cui la coppia avesse vissuto un lungo ed imperituro matrimonio la clausola non si sarebbe mai attivata; il contratto non avrebbe mai prodotto effetti; e le spese dell'uomo per la ristrutturazione del bene della sua futura sposa avrebbero conservato il loro spirito di gratuità<sup>156</sup>.

La fattispecie in questione, quindi, è qualificabile come *prenuptial agreement in contemplation of divorce*, categoria che condivide molti aspetti con i *postnuptial agreements in contemplation of divorce*. Questi accordi possiedono due caratteristiche: la prematrimonialità o la postmatrimonialità, che consiste nello stabilire precedentemente alla celebrazione delle nozze o in fase inframatrimoniale quale sia la situazione patrimoniale da fotografare, la quale diventerà il flashback da cui ripartire nell'esatto momento in cui la coppia deciderà di separare le proprie strade; e la *cd contemplation of divorce*, ossia la peculiarità per cui l'accordo economico è stipulato in vista di un divorzio eventuale e che pone lo scioglimento del matrimonio come condizione sospensiva alla produzione dei suoi effetti.

Giova concludere, con un ulteriore e ultimo argomento, tratteggiato dalla sentenza della Corte di merito che aveva deciso la causa prima della S.C. Il tema è quello

---

<sup>152</sup> OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, op. cit., 330.

<sup>153</sup> Sul punto cfr. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniale e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 879 ss.

<sup>154</sup> Oppure, da un altro punto di vista, il medesimo contratto potrebbe essere qualificato come una liberalità non donativa condizionata nel medesimo modo di cui sopra.

<sup>155</sup> "La liceità dell'accordo e, in particolare, della condizione, deriva da una visione della solidarietà coniugale che, se permette di sospendere in costanza di matrimonio i rapporti di dare e avere tra i coniugi, determina, in caso di fallimento del matrimonio, anche la fine della sospensione predetta in ragione della avvenuta cessazione dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio. La sentenza in parola rappresenta dunque con nettezza una differente visione della solidarietà coniugale se solo si tiene a mente che nelle decisioni meno recenti l'indisponibilità dell'assegno di divorzio era motivata proprio sulla perpetuità del principio solidaristico. Cfr., Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Il Foro Italiano*, 1982, I, 184". Così commenta NAZZARO, *il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 87-88.

<sup>156</sup> O di liberalità, se si accetta l'interpretazione del contratto come liberalità non donativa.

dell'interpretazione della crisi coniugale come particolare condizione del contratto<sup>157</sup>.

La Corte d'Appello di Ancona<sup>158</sup> aveva riformato la sentenza di primo grado ribaltandone la *ratio decidendi*. Se infatti il giudice di prime cure aveva sostenuto l'invalidità del patto stipulato dai nubendi per contrasto con l'art. 160 c.c. la Corte d'Appello, invece, aveva sostenuto che l'accordo in questione “era un impegno negoziale che, in sé, non trae[va] il proprio titolo genetico dal matrimonio, e non [poteva] quindi annoverarsi fra i diritti o doveri nascenti dal matrimonio, nell'ottica dell'art. 160 c.c., che vieta appunto gli atti di disposizione relativi a diritti o doveri “nascenti” dal matrimonio, e sanciti imperativamente”. “(...) si potrebbe, tuttavia, in ipotesi, sostenere che, al di là della causa formalmente apparente di tale *datio in solutum* condizionale, in realtà la causa negoziale effettivamente sottesa (...) fosse quella di istituire una sorta di abnorme “penale” per il caso di scioglimento del matrimonio, ossia una prestazione patrimoniale destinata ad avere effetto dissuasivo o penalizzante in caso di iniziativa intesa a determinare lo scioglimento del matrimonio: se tale fosse stato l'intento finalistico delle parti, la effettiva *causa negotii* non avrebbe potuto intendersi come regolamento preventivo (in sé ammissibile) di rapporti di dare ed avere patrimoniali riguardanti il rimborso (mediante *datio in solutum* di altro bene) delle spese come sopra affrontate dal marito nella prospettiva del matrimonio (in tal senso rilevante solo dal punto di vista del motivo), ma avrebbe invece dovuto intendersi in termini di preventiva, preordinata e dissuasiva penalizzazione di iniziative intese alla risoluzione del vincolo [matrimoniale], e, come tale, sicuramente illecita, in quanto mirante a condizionare preventivamente la libertà decisionale degli sposi”. Questa ipotesi “però potrebbe ritenersi vera solo nel caso in cui risultasse una forte sproporzione fra le prestazioni (...), poiché solo dalla eventuale sproporzione di tali contrapposte prestazioni potrebbe eventualmente dedursi (...) che la reale *causa negotii* della surrichiamata scrittura del 18/8/89 non fosse quella di una *datio in solutum* con funzione di indennizzo, soggetta all'evento condizionale dello scioglimento del matrimonio, ma fosse, invece, rispondente ad una ben diversa funzione causale, mirata a dar vita ad una sorta di “penale” per la iniziativa di scioglimento del matrimonio”.

Con tali parole, dunque, la Corte d'Appello aveva sottolineato che la validità dell'accordo era assicurata dal fatto che i nubendi avevano posto la crisi del rapporto a condizione per l'adempimento e non l'adempimento come penale per scoraggiare il divorzio. In caso contrario sarebbe stato nullo.

Si tratta, in buona sostanza, di distinguere tra gli accordi che hanno ad oggetto lo *status* personale, con relativo impegno a separarsi o divorziare (o a non farlo) da quelli in cui la mutazione dello *status* è posta come condizione sospensiva o risolutiva di prestazioni patrimoniali. I primi, toccando gli aspetti più intimi della libertà personale, vanno considerati nulli per contrarietà all'ordine pubblico; i secondi invece, sono pienamente validi, avendo come fine quello di dare una sistemazione pacifica ed extraprocessuale agli assetti economici che nel momento conclusivo di

<sup>157</sup> Distinzione che appartiene alla lucida analisi di Oberto.

<sup>158</sup> App. Ancona, 14 marzo 2007, n. 104, in causa R.G. n. 432/2006, inedita. In OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, op. cit., 333.

una relazione affettiva necessitano di trovare una regolamentazione.

Ciò premesso, non si può non concordare sul fatto che, nella quasi totalità dei casi, gli accordi prematrimoniali o postmatrimoniali in vista di una crisi eventuale o paventata non prevedono l'impegno a concludere o mantenere in piedi la relazione, ma hanno contenuti economici subordinati all'avveramento di condizioni inerenti alla prosecuzione o meno della relazione. Per cui, seguendo questo ragionamento, sarebbero sempre validi.

### **8. Segue. L'ordinanza del Tribunale di Torino del 20 aprile 2012.**

L) Proseguendo oltre nella nostra analisi giurisprudenziale, si innesta lungo l'annoso e irrisolto problema della validità degli accordi in vista della crisi una coraggiosa pronuncia di merito: l'ordinanza del Tribunale di Torino del 20 aprile 2012.

Con essa un giudice di merito, per la prima volta, ha deciso di andare oltre alla distinzione che la giurisprudenza maggioritaria è solita fare tra accordi in vista della separazione (validi se *a latere* e nel rispetto dei requisiti elaborati dalla giurisprudenza e illustrati nel capitolo precedente) e quelli in vista di divorzio, ponendosi a favore del riconoscimento della validità anche di quest'ultimi<sup>159</sup>.

Il Tribunale ha motivato la propria decisione mediante assunti giuridico-normativi ben saldi nel nostro Ordinamento.

La prima osservazione mossa ha riguardato l'irragionevolezza della dichiarazione di nullità degli accordi in vista del divorzio per la possibile commercializzazione dello *status* personale. Il Giudicante ha manifestato l'idea per cui, in realtà, anche con la separazione personale i coniugi acquisiscono un nuovo *status*, sia pure in maniera transitoria. Pertanto ha concluso che l'oggetto di entrambe le due tipologie di accordi è il medesimo.

Non avrebbe anzi alcun senso differenziare gli accordi *a latere* della separazione, riconoscendone la validità, tacciando invece di nullità quelli *a latere* di divorzio. Tale idea si baserebbe sull'assunto che separazione e divorzio sono diversi in quanto il primo è una situazione "aperta", in cui i coniugi rimangono tali e il loro *status* non muta; mentre il secondo rappresenta un punto definitivo e di svolta. Tale ricostruzione significa però voler forzare la realtà delle cose e piegare il dato normativo a proprio piacimento. Per tale ragione, ha ritenuto il Tribunale di Torino, considerarne gli effetti in maniera diversa significherebbe violare l'art. 3 della Costituzione.

La stessa argomentazione viene utilizzata anche da una parte della giurisprudenza a proposito della dichiarazione di nullità degli accordi di separazione omologati contenenti disposizioni in vista del divorzio. Il punto di prospettiva di questi giudici, infatti, risulta essere influenzato dalla differente funzione e dagli effetti prodotti

---

<sup>159</sup> Il caso riguardava una coppia che, pochi giorni prima di separarsi consensualmente decideva, a mezzo di contratto, che il marito non avrebbe più dovuto versare alcun assegno di mantenimento alla moglie e che quest'ultima non avrebbe potuto vantare alcuna ulteriore pretesa a seguito della pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'esordio del Giudicante è chiaro nel riconoscere, già tra le prime righe della sua decisione, che la (quasi) totale maggioranza dei giudici ritiene un siffatto accordo nullo. Tuttavia, egli crede sia necessario discostarsi da tale dominante filone ermeneutico, sollevando dubbi e critiche e auspicando un'interpretazione evolutiva della materia che possa accettare nel nostro ordinamento almeno gli accordi stipulati in sede di separazione e in vista di un eventuale e possibile divorzio.

dalla separazione e dal divorzio, poiché il primo comporterebbe solamente una “sospensione” dei doveri di natura personale e una prosecuzione di quelli patrimoniali, sebbene con un adattamento alla nuova situazione. Ma neppure questa distinzione convince oggi appieno. Poiché, sebbene ciò sia esatto dal punto di vista descrittivo, una tale ricostruzione non tiene in considerazione né l'evoluzione dell'ordinamento, né il caso concreto e nemmeno l'interesse perseguito dai coniugi.

Venuto meno il principio di indissolubilità del matrimonio, la separazione non può più essere considerata “uno stato temporaneo orientato a favore della riconciliazione dei coniugi<sup>160</sup>”. Invero, almeno nel caso in cui si voglia giungere allo scioglimento del vincolo matrimoniale, essa è un momento necessario, oggi di sempre minor durata, finalizzato al divorzio. Se questa è la realtà delle cose, non è possibile giustificare tutta quella serie di regole costruite dalla giurisprudenza al fine di precludere ai coniugi che vogliono sciogliere il loro rapporto di coniugio di regolamentare in maniera definitiva i rispettivi rapporti economici fin già dal momento della separazione<sup>161</sup> (o comunque precedentemente a un divorzio che può essere percepito anche come meramente eventuale).

Nell'ordinanza dell'Aprile 2012, il Tribunale si è soffermato inoltre sulla posizione di coloro che ritengono nulli tali accordi mossi dal timore che un eventuale riconoscimento della loro possibilità possa incrementare il fenomeno della “commercializzazione dello *status*”, consentendone la determinazione in base ad accordi economici precedentemente stipulati<sup>162</sup>.

Il giudice di merito ha sostenuto che il nostro Ordinamento invita esplicitamente il nubendo a dare una regolamentazione e un inquadramento al proprio profilo economico mediante le convenzioni maggiormente idonee a tutelare i suoi interessi ed esigenze di vita stabilendo, tra l'altro, che tali convenzioni matrimoniali possono essere stipulate in qualsiasi momento. Non si comprenderebbe, quindi, perché mai questo non potrebbe avvenire in occasione e con riguardo al divorzio.

Sono state ritenute infondate anche le critiche di coloro<sup>163</sup> che sollevano le

<sup>160</sup> FERRANDO, *Diritto di famiglia*, op. cit., 171. Cfr. anche MORA, *La separazione personale dei coniugi*, op. cit., 2034 ss., il quale da una parte evidenzia il carattere della temporaneità della separazione, dall'altra ricorda che la separazione può sia evolvere verso il divorzio sia permanere come situazione definitiva o comunque duratura nel tempo. Per tale ragione, il fatto che lo *status* di coniuge non muti a seguito della separazione personale dei coniugi non preclude ai soggetti di dar vita ad accordi che regolano di fatto definitivamente i reciproci rapporti patrimoniali. Non si può escludere che il fondamento del divorzio, ossia l'impossibilità di mantenere o di ricostruire la comunione spirituale e materiale esista fin dalla separazione personale. Cfr. LUPO, *Il divorzio*, in Bonilini (diritto da), *Trattato di diritto di famiglia*, op. cit., 2386.

<sup>161</sup> GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, op. cit. 303-304.

<sup>162</sup> Gli argomenti aventi a oggetto lo *status* sono stati inseriti nella prima parte del capitolo per questioni di ordine logico-espositivo. Sinteticamente il Giudice torinese ha ritenuto che la mercificazione dello *status* non possa nemmeno lontanamente configurarsi (né direttamente né indirettamente) ove le parti si limitino a prevedere le conseguenze patrimoniali in caso di scioglimento del matrimonio senza obbligarsi a tenere dei comportamenti processuali atti a influire sullo *status* di coniuge. Prestabilire quali debbano essere le conseguenze economiche a un possibile mutamento di *status* è ontologicamente diverso dal porre un'obbligazione inerente allo *status* a oggetto del sinallagma negoziale. Vengono inoltre utilizzati gli argomenti della liceità delle convenzioni matrimoniali stipulate prima delle nozze e dello *status* come prerogativa dell'ordinamento giuridico.

<sup>163</sup> Cfr., BOZZI, voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 1141

problematicità degli accordi prematrimoniali alla luce del carattere di pattuizioni *pro futuro* in essi contenute per contrasto con i principi espressi e sottesi agli artt. 458 e 2937, 1 c., c.c.

Il Giudice di merito, tuttavia, ha sostenuto che tali principi non trovano possibile estensione analogica in quanto il divieto di disporre dell'eredità in vita e l'indisponibilità del diritto di prescrizione hanno una loro natura e peculiarità che è possibile percepire e che si esplica solo in relazione a questi istituti<sup>164</sup>.

La rinuncia di un diritto futuro, invece, trova sostegno nel principio generale di cui all'art. 1348 c.c., secondo il quale "la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti dalla legge". E sarebbe proprio l'ultimo inciso a confermare che gli artt. 458 e 2937 c.c. non possono essere considerati il criterio generale, ma che di esso sono solo un caso peculiare, specifico e limitato nel contenuto e nell'ambito applicativo. A sostegno della tesi secondo cui invece l'art. 1348 c.c. sarebbe il vero criterio generale applicabile a tutti i casi in cui si tratta di disposizioni di diritti futuri, volendo procedere secondo un criterio interpretativo di tipo logico, si potrebbero citare gli artt. 1472 e 1938 c.c.<sup>165</sup>

Tutto ciò premesso, la deduzione è stata che, venuti meno gli appigli normativi, il principio secondo cui per poter rinunciare a un diritto sia necessario che l'abdicante abbia già nel suo patrimonio il diritto *de quo* si riduce a un postulato non dimostrato<sup>166</sup>.

Inoltre, sempre in relazione all'art. 1348 c.c. e alla possibilità di rinunciare preventivamente all'assegno di mantenimento o divorzile, è stato detto che piuttosto di una rinuncia a un diritto futuro si potrebbe interpretare come rifiuto all'acquisto, oppure di esercizio del diritto a mantenere il proprio patrimonio nella composizione in cui si trova, con il fine di impedirne l'incremento così come previsto da diverse norme vigenti (artt. 519, 1333, 1411 c.c.)<sup>167</sup>

Di estrema importanza è anche la ricostruzione fatta dal Tribunale *de quo* in merito all'art. 160 c.c., da sempre elemento cardine per tutti gli studiosi che si oppongono al riconoscimento dell'autonomia privata dei coniugi in tema sia di accordi in vista della crisi, sia di quelli in fase di crisi.

Nella pronuncia in analisi è stata ribadita la differenza ontologica tra fase fisiologica e fase patologica del rapporto di coniugio, con possibilità di immaginare l'applicazione dell'art. 160 c.c. solo nella prima circostanza e non anche nella seconda<sup>168</sup>.

---

ss.; MACIONE, voce *Rinuncia (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 941

<sup>164</sup> Il primo ha la finalità di tutelare la libertà di testare; il secondo è espressione di un principio generale e declina lo sfavore con cui il legislatore guarda al protratto non esercizio di un diritto.

Cfr. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., 199.

<sup>165</sup> Cfr. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, op. cit., 21

<sup>166</sup> OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, nota a sent. Trib. Torino 20 Aprile 2012, in *Fam. e Dir.*, 2012, 803 ss.

<sup>167</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 269.

ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., 99.

<sup>168</sup> Inoltre è stata posta in luce anche la distinzione tra il momento di coniugio, quello precedente (fidanzamento o convivenza) e quello successivo (post-divorzio). In effetti, il Tribunale di Torino afferma, riferendosi al periodo successivo allo scioglimento del matrimonio, che gran parte dei diritti e dei doveri dei coniugi cessano. Viene fatta emergere, quindi, l'irragionevolezza del voler far

---

Ipotizzare una possibile applicazione dell'art. 160 all'art. 5 L. div. significherebbe postulare una "similitudine di casi" tali da consentire l'applicazione dell'art. 12 delle preleggi, sostenendo indirettamente che la materia "matrimonio" sia uguale al suo opposto "non matrimonio", ossia il divorzio. Ciò appare, intuitivamente, un ragionamento non corretto.

Il Tribunale ha utilizzato poi un criterio letterario per sostenere la propria tesi, affermando che il legislatore nell'articolo in questione usando il termine "sposi" e non "coniugi" avrebbe voluto chiaramente esprimere che i diritti e doveri a cui si riferisce concernono coloro i quali si apprestano a costruire la relazione coniugale e non a coloro che, invece, vogliono determinarne gli elementi conclusivi<sup>169</sup>.

Nell'ordinanza in analisi hanno trovato poi spazio alcune riflessioni di ordine socio-culturale. Il Giudice di Torino ha sostenuto che la giurisprudenza maggioritaria sia "sostanzialmente inadeguata alla evoluzione socio-culturale della concezione del matrimonio e delle sue fasi, per così dire, di crisi irreversibile e conclusive", riconoscendo come anche altri ordinamenti, dopo una decennale opposizione alla disponibilità degli aspetti patrimoniali dei coniugi in fase precedente allo scioglimento del matrimonio, si sono evoluti prendendo una strada diametralmente opposta<sup>170</sup>.

Infine, in un passo successivo di questa importantissima ordinanza è stata data una lettura dell'intero ordinamento alla ricerca di una collocazione dei rapporti negoziali patrimoniali dei coniugi, nel tentativo di ricondurre il tutto a coerenza.

Il Giudicante, infatti, ha notato come una continua chiusura da parte della giurisprudenza agli accordi in vista della crisi coniugale appaia in netto contrasto non solo col diritto vivente, ma anche con quello di natura legislativa. È stato fatto emergere, infatti, come il nostro legislatore sia andato progressivamente a realizzare una svariata serie norme in un numero sempre crescente di settori, come nel diritto

---

permanere nel tempo tale e quale anche il dovere di contribuzione economica mediante l'assegno divorzile. E anche laddove si voglia far riferimento ai doveri di solidarietà, il Giudice si è interrogato sulla ragione per cui all'ex marito e moglie non sia data in alcun modo la possibilità di incidere pattiziamente sulla sua determinazione. In passato, una certa giurisprudenza di legittimità, aveva già avuto modo di esprimere il pensiero per cui l'obbligazione al mantenimento nata con la separazione (fase patologica) fosse un'obbligazione autonoma e distinta rispetto al dovere di contribuzione di cui all'art. 143 c.c. Per diretta conseguenza, si è detto, è possibile dedurre che l'obbligo al mantenimento non sorga al momento della celebrazione del matrimonio, ma nel momento della separazione, come obbligazione nuova rispetto a quella che il coniuge assume al momento in cui si sposa. Perciò, ove ne ricorrano le condizioni ex art. 156, 1 c. c.c. al momento della separazione personale nascerrebbe nei confronti del coniuge una nuova obbligazione, quella al mantenimento, funzionale a soddisfare le esigenze personali dell'altro coniuge, conseguentemente venendo meno l'obbligo di contribuzione ai bisogni familiari, sussistente invece in fase di convivenza. Cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 marzo 2001, n. 4099, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 547. Il ragionamento del Giudicante ha avuto oggetto anche i poteri concessi dal legislatore al magistrato in tema di separazione e divorzio. È stata rilevata, infatti, l'inesistenza di qualsiasi potere del giudice di intervenire sul lato economico degli accordi raggiunti dai coniugi e posti nelle domande congiunte di separazione e divorzio. Il giudice, ha affermato il Tribunale di Torino, non può in alcun modo attribuire d'ufficio ad un coniuge "un solo centesimo" a titolo di mantenimento o assegno divorzile, laddove ciò non sia oggetto di contenzioso tra le parti o vi sia una domanda sul punto.

<sup>169</sup> OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, op. cit., 69.

<sup>170</sup> A proposito viene citato il nel caso *Radmacher v Granatino*, pioniere per l'apertura dei *prenuptial agreements in contemplation of divorce* nell'ordinamento britannico.

contrattuale o in quello bancario, in cui i principi di buona fede e correttezza hanno assunto il ruolo di principi cardine e di rango superiore. La riflessione è stata quella per cui, ammesso questo riconoscimento, sarebbe paradossale pensare che proprio nel rapporto tra due coniugi, nel quale l'affidamento dovrebbe essere massimo, non possa aver rilievo alcun accordo patrimoniale, consentendo ad esempio che un accordo di separazione, magari faticosamente raggiunto dopo lunghe trattative, concepito come solutorio di un insieme di rapporti esito di un'unione sbagliata, possa essere accettato con la "riserva mentale" di poter mettere tutto in discussione al momento del divorzio.

Scendendo infine ancor più sul lato pratico e della prassi, il Giudicante ha rilevato che tale atteggiamento di chiusura non possa fare altro che spingere le parti verso soluzioni "al limite del lecito o comunque inutili o facilmente frustrabili", come ad esempio il rilascio di garanzie o la stipula di contratti simulati di mutuo risolubili solo nel momento di conclusione dell'intero procedimento di divorzio<sup>171</sup>.

### **9. Segue. Ancora sulla "Haarspaltemaschine".**

M) Proseguendo lungo la disamina degli orientamenti assunti dalla Suprema Corte in merito all'oggetto della nostra analisi, nel 2013, a proposito di un accordo assunto in fase fisiologica di matrimonio con cui il marito si era obbligato a restituire una somma di denaro ricevuta in prestito in caso di separazione personale, è stato sostenuto che: "non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale<sup>172</sup>".

---

<sup>171</sup> Trib. Torino, Ord. 20 Aprile 2012.

L'analisi condotta e qui riportata ha portato il Giudice a concludere in questo modo: "Pare quindi possibile e corretto affermare che ben possa essere ritenuto valido, anche alla luce della vigente normativa e con una interpretazione aderente a quei canoni di correttezza e di buona fede che, come detto, caratterizzano in modo stabile i più recenti impianti normativi, un accordo quale quello stipulato nel caso di specie dai coniugi in cui entrambe le parti, in piena autonomia e libertà, convennero la cessazione della contribuzione da parte del marito al momento del deposito della richiesta di divorzio". Del coraggio del Tribunale di Torino di porsi in netto contrasto con una forte e concorde giurisprudenza si deve dar risalto anche alla lucida analisi sociologica del matrimonio. Si dice, infatti, che la tesi della nullità degli accordi in vista dello scioglimento del matrimonio o della cessazione degli effetti civili si porrebbe in netto contrasto con una "concezione contemporanea del matrimonio". In effetti, e vale la pena di riportare le parole del Giudicante: "Ritenere (...) che il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, pare corroborare quella che è stata definita "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".

<sup>172</sup> "Nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere resistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale è la separazione coniugale. L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio;

In generale con le pronunce del 2012 e del 2013 la giurisprudenza sembra aver introdotto una nuova categoria di contratti pre- o post-matrimoniali considerabili validi se e in quanto “caratterizzati da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali” in cui la crisi del rapporto viene posta a condizione dell’accordo<sup>173</sup>.

N) Ciò sembrerebbe essere confermato anche dall’analisi delle pronunce più recenti della Cassazione. Nel 2014 è stato ritenuto valido l’accordo extragiudiziale, assunto in fase fisiologica ma poi trasfuso nell’accordo di divorzio, con cui era stato determinato l’ammontare dell’assegno divorzile e di mantenimento del figlio, nonché l’acquisto e il trasferimento al figlio di un immobile<sup>174</sup>.

O) Nello stesso anno è stata qualificata come transazione di ogni rapporto obbligatorio esistente volto a “regolare tutti i rapporti patrimoniali ancora pendenti tra i coniugi al fine di pervenire alla separazione personale”, l’accordo con cui due coniugi avevano stabilito che, in caso di divorzio, la casa familiare di comune proprietà sarebbe stata venduta per estinguere il mutuo ipotecario e il rimanente sarebbe stato diviso in pari quote<sup>175</sup>.

P) Nel 2015, invece, è stato sottoposto all’attenzione dei giudici un accordo assunto in sede di separazione ma non omologato. Si trattava di un vero e proprio accordo *a latere* con cui i coniugi avevano stabilito dettagliatamente la divisione dei beni a seguito della cessazione degli effetti civili del loro matrimonio<sup>176</sup>.

In motivazione la Corte ha colto l’occasione, pur ribadendo (almeno a parole) la nullità degli accordi in vista della crisi affettiva, di riconoscere l’esistenza di aperture nei confronti dell’autodeterminazione dei coniugi sottolineando come accordi come quello sottoposto alla sua analisi siano molto frequenti in altri Paesi Europei<sup>177</sup> in quanto realizzanti una “proficua funzione deflattiva delle controversie

---

e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame”. Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 13 ss., con nota di TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*.

In proposito, tuttavia, una certa dottrina si è interrogata sull’ammissibilità di pretese restitutorie tra coniugi dato il generale dovere di contribuzione. Cfr. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722 ss.; FUSARO, *La restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 477 ss.

<sup>173</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 277

<sup>174</sup> Cass., sez. I, 20 agosto 2014, n. 18066, rel. Dogliotti, in *Fam. e Dir.*, 2015, 357 con nota di FILAURO, cit.: “La clausola di trasferimento di un immobile tra coniugi ovvero da uno dei genitori al figlio minore recepito dalla sentenza di divorzio, anche sulla base di conclusioni uniformi, è valida tra le parti e nei confronti dei terzi. Essa può essere oggetto di annullamento per vizio di volontà in un autonomo giudizio di cognizione e non può costituire motivo di impugnazione della sentenza di divorzio”.

<sup>175</sup> Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2014, n. 4210, in *Dejure*; nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 19 agosto 2015, n. 16909, in *Ilfamiliarista.it*, 2016.

<sup>176</sup> Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. e Dir.*, 2016, 747 con nota di CARRATTA: “L’accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali dei coniugi, concluso tra le parti in occasione di un giudizio di separazione, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l’omologazione. Di conseguenza è pienamente valido e come tale sottoponibile alle normali impugnative negoziali l’accordo stragiudiziale intervenuto in pendenza di un giudizio di separazione in appello, poi abbandonato dalle parti a seguito dello stesso accordo”.

<sup>177</sup> Cfr. sul punto FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali*, *Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss.; LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva*

familiari”.

Infine, la Corte ha concluso col richiamo alle critiche compiute dalla dottrina tradizionale le quali “trascurerebbe[ro] di considerare adeguatamente non solo i principi di diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientata a riconoscere sempre più spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale”.

Per quanto anche le ultime pronunce manifestino una vistosa apertura della giurisprudenza alla materia in esame, doveroso appare il richiamo ad altre recentissime sentenze nelle quali i giudici si sono dimostrati insensibili agli argomenti favorevoli all’ammissione degli accordi in vista della crisi affettiva, ribadendo con forza la posizione tradizionale che li considera nulli<sup>178</sup>.

Q) In una sentenza del 2017, ad esempio, la S.C. ha dichiarato la nullità di un accordo con cui i coniugi avevano stabilito l’entità minima dell’assegno divorzile e il trasferimento alla moglie da parte del marito della sua quota di proprietà della casa familiare. Dall’analisi della pronuncia, tuttavia, emerge come la ragione di tale dichiarazione non sia stata tanto quella dell’assoluta invalidità di ogni accordo prematrimoniale, ma la valutazione concreta degli interessi e delle condizioni economiche dei soggetti coinvolti, che risultava sproporzionata. In tal modo la Corte ha sottolineato l’importanza della valutazione contenutistica delle intese prematrimoniali piuttosto che l’esistenza di una categoria generale nulla in quanto tale<sup>179</sup>.

## 10. Ulteriori riflessioni conclusive.

Nel presente capitolo si è voluto mettere in evidenza come la possibilità per i soggetti di disciplinare pattiziamente gli aspetti economici della crisi del loro rapporto affettivo sia un’esigenza da sempre sentita come fondamentale.

Come per il precedente capitolo, si è deciso di presentare in maniera quanto più completa le ragioni avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza a sostegno della tesi della nullità degli accordi presi in analisi.

Le diverse tesi passate in rassegna, tuttavia, non hanno convinto pienamente e, dunque, si è sentito la necessità di procedere ancora una volta con un’analisi sistematica differente, nonché con una nuova interpretazione del fenomeno.

È stata individuata una duplice partizione degli accordi in vista di una crisi eventuale futura: gli accordi cd. “prematrimoniali”, ossia sottoscritti prima dell’atto di matrimonio e gli accordi “postmatrimoniali”, ossia le intese inframatrimoniali in fase fisiologica del rapporto in vista di una possibile crisi.

Questi contratti si distinguono da quelli analizzati nel capitolo precedente per il fatto che la crisi non è in atto, ma è solo un’eventualità futura.

Esiste, infine, una categoria “ibrida” di accordi, ossia quelli assunti in sede di separazione consensuale e omologati che mirano a disciplinare una parte o la

---

*comparatistica*, op. cit., 913.

<sup>178</sup> Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 955 ss., con nota di GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*. Cfr. anche BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 166.

<sup>179</sup> Cfr. Cass., 13 gennaio 2017, n. 788, in *Il familiarista* con nota di FRANCO.

---

totalità delle questioni economiche postdivorzili. Essi condividono con gli accordi *a latere* la circostanza di essere formulati in corso di crisi, ma allo stesso tempo sono considerati dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria come nulli perché, come gli accordi postmatrimoniali, incidono preventivamente sugli effetti di un possibile divorzio.

Si è cercato di analizzare le decisioni più importanti in materia degli ultimi trentaquarant'anni al fine di riuscire a ricostruire un principio guida che potesse essere considerato valido per ogni intesa patrimoniale tra soggetti vincolati da una relazione affettiva, sposati o in procinto di farlo. Il risultato di questa operazione non ha prodotto gli esiti auspicati. Tuttavia, l'analisi condotta ha fatto emergere ulteriori e interessanti questioni. La prima è sicuramente la difficoltà di considerare allo stesso modo tutti gli accordi in vista della crisi. La complessità delle situazioni, delle differenze dei soggetti e dei contenuti o, in altre parole, le specificità dei singoli casi concreti complicano la questione. Da una parte, infatti, è possibile notare un'interpretazione giurisprudenziale che sembra non poter essere scalfita e che considera queste intese come nulle. Dall'altra, invece, i giudici, soprattutto dagli anni 2000 in poi, hanno iniziato a manifestare una certa insofferenza nei confronti della rigidità del dogma della nullità assoluta, dando vita a dei *distinguo* finalizzati a salvare le peculiarità della fattispecie e a realizzare una "giustizia del caso concreto". Ciò, però, non può non essere visto con una certa diffidenza da parte dell'osservatore esterno.

Sono state evidenziate una moltitudine di incongruenze e di considerazioni irragionevoli, risultato di un'ispirazione etica-morale piuttosto che giuridica. Le moltissime ragioni poste alla base dell'insuperabilità della nullità degli accordi della crisi, inoltre, sono state attentamente passate in rassegna e criticate, attraverso interpretazioni di ordine logico, sistematico, storico e sociale.

La necessità di andare oltre all'orientamento tradizionale è stata percepita anche dalla Suprema Corte, la quale sembra aver riconosciuto l'esistenza di una regola: la validità dell'accordo nel quale il divorzio è posto a condizione sospensiva dell'efficacia e il cui oggetto è limitato alla transazione di alcuni (e non alla totalità) dei rapporti economici pendenti tra le parti, di cui i soggetti si fanno reciproco riconoscimento.

La disponibilità dell'assegno divorzile, invece, rimane ancora un nodo problematico. Se si considerano però le ultime pronunce in materia parrebbe quantomeno ipotizzabile la disponibilità, anche preventiva, della sua parte compensativa, così come è stato messo in luce nel precedente capitolo. Ma a voler essere ancor più coraggiosi si potrebbe sostenere come, in realtà, a essere indisponibile alla luce di un principio di solidarietà non sarebbe tanto il diritto all'assegno divorzile, quanto il diritto a essere titolare di un eventuale assegno alimentare in caso di bisogno secondo la disciplina prevista dal codice civile. La solidarietà che il nostro ordinamento vorrebbe ritenere esistente tra ex coniugi, infatti, non deve essere confusa con il principio di assistenza veicolato dall'assegno divorzile. L'essenza e la finalità dei due istituti è ben diversa e non può essere sovrapposta. Per tale ragione al coniuge (o al nubendo) ben può essere riconosciuto il potere di prevenire o risolvere i problemi economici sorti da una crisi, in atto o eventuale, rinunciando all'assegno divorzile o ponendolo come oggetto di una transazione complessiva.

Letta nel suo complesso non pare possibile aderire pienamente alla ricostruzione compiuta dalla Suprema Corte. Non tanto per le restrizioni in merito al contenuto, ma per aver preso in considerazione solamente gli accordi prematrimoniali qualificandoli come contratti atipici sottoposti alla condizione sospensiva dell'evento divorzio, così trascurando la vera natura di questi accordi. Infatti, al di là delle mere questioni dogmatiche, ciò che conta per la qualificazione della causa in concreto di un contratto è l'individuazione e l'attuazione degli interessi che allo stesso sostengono.<sup>180</sup> Se la causa deve essere individuata nella "sintesi degli effetti sostanziali"<sup>181</sup>, allora sforzarsi di distinguere tra elementi essenziali e accidentali del negozio risulta essere un'operazione vana<sup>182</sup>. Ciò che si richiede, infatti, è una valutazione teleologica e non strutturalistica, che sia fondata sulla funzione concreta dell'atto<sup>183</sup>.

Tutte e tre le tipologie degli accordi (pre- o post- matrimoniali in fase fisiologica o in sede di separazione in vista del divorzio) condividono la medesima causa concreta, ossia la completa e definitiva sistemazione di tutti i rapporti economici pendenti tra due soggetti che vogliono sciogliere ogni vincolo tra loro esistente. A ben vedere essa è la stessa degli accordi analizzati nel capitolo due del presente lavoro, ossia quelli della fase patologica e quelli *a latere*. Entrambi, infatti, sono ipotesi particolari dei cd. "contratti della crisi coniugale" (o "contratti matrimoniali della crisi"). L'unica differenziazione consiste nell'apposizione ai primi della condizione "*in contemplation of divorce*".

A seguito dell'analisi compiuta in queste pagine, si comprende come gli elementi posti alla base della loro distinzione, se hanno mai avuto un senso, oggi lo perdono completamente e divengono sfumature che impediscono di cogliere il disegno generale. L'atteggiamento della giurisprudenza maggioritaria, dunque, pare essere il tentativo di rendere complesso ciò che, in realtà, è molto più semplice, attraverso sforzi interpretativi che generano ancor più incerta la situazione, incespinando in ricostruzioni che si contraddicono o che appaiono irragionevoli su più fronti.

La verità è che, intesi nella loro globalità, i contratti della crisi, ossia quegli accordi economici che nubendi o coniugi stipulano in vista o in costanza della crisi affettiva, sono validi e pienamente efficaci nel nostro ordinamento. Gli argomenti contrari non riescono più a superare quelli a favore.

La giurisprudenza pare essere cosciente di ciò. Infatti negli ultimi tempi le pronunce si sono fatte via via sempre meno strutturate attorno all'interpretazione dei tradizionali argomenti giuridici contrari al riconoscimento della validità di tali intese, mentre sempre più hanno valorizzato la tutela della parte debole e il bisogno di giustizia nel caso concreto.

La conclusione che si ritiene di dover proporre è quella per cui il vero nocciolo della questione sia il timore che il riconoscimento di una maggiore autonomia privata patrimoniale dei coniugi possa comportare una diminuzione di protezione di

---

<sup>180</sup> PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, op. cit., 279.

<sup>181</sup> Cfr. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 76 ss.

<sup>182</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1939, 61 ss.

<sup>183</sup> PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976, 2, 103 ss.

---

quelle parti della relazione più esposte agli effetti negativi della crisi.

Il nostro sistema apparentemente non sembra essere dotato degli strumenti per far fronte a questo problema. Dalla mera lettura del dato normativo, infatti, non si riescono a scorgere delle disposizioni astratte che possano dirsi vevoli in ogni singola circostanza concreta. La complessità della realtà, infatti, richiede uno sforzo ulteriore che vada oltre la dogmatica.

Per poter uscire da questo *impasse*, la teoria dei contratti relazionali ci viene, ancora una volta, in soccorso. Senza la formulazione di un nuovo modo di intendere il contratto, infatti, l'idea per cui il compito di preservare l'equilibrio contrattuale tra le parti spetti a un giudice diventa una questione opinabile, soprattutto in assenza di disposizioni che gli permettano di compiere questa operazione. Di qui la formulazione da parte della giurisprudenza di tutte quelle interpretazioni volte a sostenere la nullità degli accordi in vista del divorzio. Attraverso l'inibizione di questi contratti i giudici neutralizzano lo strumento ingenerante il problema senza però dare una soluzione alla causa di esso. Ciò perché, evidentemente, rimanendo all'interno degli stessi schemi di pensiero non possiedono i mezzi per risolvere la questione alla radice. Ciò che serve è un modo nuovo di approcciarsi e di interpretare il contratto. Il suggerimento è, come già detto, quello della TCR.

Pare di poter notare che anche la giurisprudenza più recente abbia compreso il problema, sebbene non riuscendo a darne una soluzione.

Si cerchi di rileggere le ultime pronunce giurisprudenziali prese in esame nell'ultimo paragrafo assumendo, però, il punto di vista della TCR.

Cosa si nota?

Si nota che la S.C. tende sempre più a compiere *distinguo* tra alcuni contratti prematrimoniali e altri, alcuni dichiarandoli nulli e altri no. Per fare ciò ci si avvale di articolate ricostruzioni interpretative che, tuttavia, da un punto di vista logico-sistematico non riescono a superare un'attenta critica, come si ha avuto modo di notare.

Ma su cosa si basa questo tentativo di distinguere tra diversi tipi di contratti (pre)matrimoniali?

La giurisprudenza non ammette (o forse nemmeno riconosce) che esistono delle differenze tra questi contratti che non sono meramente formali, bensì sostanziali.

Nella sentenza n. 4210/2014, ad esempio, marito e moglie, in vista di un eventuale futuro divorzio, si sono accordati privatamente per vendere la casa familiare al fine di estinguere il mutuo ipotecario e per dividere la rimanente somma in parti uguali. Si è dinnanzi a un contratto (pre)matrimoniale di una crisi futura eventuale.

Seguendo il decennale orientamento giurisprudenziale ci saremmo dovuti aspettare che un siffatto accordo sarebbe stato dichiarato nullo. Invece così non è stato e la SC ne ha riconosciuto la piena validità.

Se da una parte tale *distinguo* può sembrare del tutto irragionevole, ciò non è se si riconosce a tale accordo la caratteristica di "contratto separato": con esso, infatti, le parti non miravano a regolare per il futuro lo sviluppo e la prosecuzione (o le altre caratteristiche) della relazione matrimoniale, ma avevano come obiettivo quello di risolvere in maniera puntiforme una questione problematica: il destino di un immobile abitato in comune una volta che la convivenza fosse cessata. In questo senso le caratteristiche peculiari e lo sviluppo temporale della relazione coniugale sottostante non assumevano alcun rilievo.

(Volendoci ricollegare alle conclusioni del capitolo 2, se questo accordo fosse stato inserito in un accordo di separazione o di divorzio sarebbe stato qualificabile come un “contratto a contenuto atipico”).

Diverso, invece, è l'accordo che è possibile scorgere nella sentenza n. 2224/2017, con cui marito e moglie avevano stabilito l'entità minima dell'assegno divorzile e il trasferimento alla moglie da parte del marito della sua quota della casa familiare. Tale accordo, questa volta, è stato riconosciuto affetto di nullità da parte della S.C.

È possibile notare come questo contratto, diversamente da quello precedentemente preso in analisi, sia qualificabile come “contratto relazionale”. La relazione coniugale, infatti, entra in considerazione in maniera preponderante. Le parti, infatti, si stavano accordando su come gestire la fase successiva della relazione, ossia quella di soggetti divorziati. Per fare ciò erano stati chiamati a prendere in considerazione alcuni aspetti: il modo in cui era stata vissuta la relazione coniugale; le aspettative reciproche; le rinunce fatte da ciascuno; i bisogni e le necessità future di ogni parte; le difficoltà vissute e che avrebbero vissuto di lì in avanti, etc...

Ci pare di notare, in sintesi, che pur non volendolo ammettere apertamente, l'accertamento della nullità degli accordi (pre)matrimoniali in vista della crisi eventuale che la giurisprudenza sta compiendo in questi ultimi anni si basi proprio sulla distinzione tra contratti separati e relazionali, salvo poi trovarsi in difficoltà nel momento di giustificare la regione di una tale scelta.

Ci si chiede, tuttavia, se non possa esistere comunque un modo per “salvare” dall'accertamento di nullità anche i contratti “relazionali” di questo tipo.

L'intromissione perpetrata nei confronti degli stessi a opera dei giudici non solo non trova una ragione valida da un punto di vista normativo, ma anche appare inefficiente dal punto di vista economico-razionale (come gli studi in *Law & Economics* dimostrano).

Si torna, quindi, ancora una volta al problema di voler nascondere, attraverso interpretazioni più o meno fantasiose, l'obiettivo (nascosto) di tutelare la parte debole.

Ma c'è un modo per bilanciare questi interessi? In altre parole, è possibile salvare l'autonomia privata quanto più possibile (scelta che si è visto essere più efficiente per la massimizzazione del benessere collettivo e quello delle singole parti) e allo stesso tempo proteggere anche gli interessi superiori di cui si fanno promotori i giudici alla luce dei valori costituzionali promossi dal nostro ordinamento? La risposta a questo quesito sarà l'oggetto principale del prossimo capitolo.

Ci sarà spazio, inoltre, per fornire dei suggerimenti anche al legislatore. Infatti, se costui sembra aver imboccato una strada che guarda con favore agli accordi privati tra coniugi in crisi, allora è chiamato anche a chiedersi come sia possibile arginarne le possibili derive.

Se il contratto si pone come lo strumento, data la sua funzione deflattiva e conciliativa, in grado di allontanare i coniugi dalle aule dei tribunali e favorire l'accettazione di soluzioni bonarie per entrambe le parti, allora occorre spostare l'attenzione su di esso.

Nel prossimo capitolo si cercherà quindi di partire da queste considerazioni interrogandosi sull'esistenza di asimmetrie, specie informative, delle posizioni contrattuali e sulla possibilità di ipotizzare soluzioni atte a sostenere la volontà delle parti

coinvolte e a preservare tutti gli interessi in gioco.

Solo in questo modo, infatti, risulta possibile garantire sia entrambi i componenti della relazione, sia i soggetti terzi che troppo spesso non sono tenuti in debita considerazione nella trattazione della questione.

La certezza dei rapporti giuridici da una parte, l'equità e le peculiarità del caso concreto dall'altra potrebbero, in questo modo, trovare un punto di equilibrio.



## CAPITOLO QUARTO

### **Gli accordi (pre)matrimoniali tra estensione e controllo dell'autonomia privata dei coniugi**

#### **1. Contratti (pre)matrimoniali in vista della crisi: il problema dell'incompletezza.**

I contratti matrimoniali in vista della crisi tendono a essere incompleti perché spesso prendono in considerazione solo una serie limitata di contingenze.

Ciò, tuttavia, non rappresenta un aspetto necessariamente negativo.

La letteratura ha evidenziato come l'incompletezza contrattuale possa condurre comunque all'ottimo<sup>1</sup>. Le ragioni sono diverse: in primo luogo perché i costi di contrattazione, in particolare le spese legali, aumentano con la complessità del contratto. È razionale che il contratto presenti lacune laddove i costi di negoziazione dell'allocatione del rischio di un certo evento siano maggiori del beneficio che le parti traggono dall'introduzione nel contratto della clausola che contempla tale evento. Inoltre, la lacuna sul punto sarà tanto più probabile quanto minori saranno le probabilità che quella circostanza si verifichi.

In secondo luogo, i costi relativi alla previsione, descrizione, verifica, soluzione per tutte le contingenze possono essere proibitivi. Come sottolineato da Williamson<sup>2</sup> i limiti cognitivi umani rendono limitata la razionalità. Ciò in quanto è troppo difficile pianificare, o addirittura prevedere, tutte le possibili contingenze. Problemi di prevedibilità, descrivibilità e verificabilità significano che può essere meno costoso semplicemente rinegoziare in un secondo momento, piuttosto che cercare di introdurre nel contratto ogni circostanza ipotizzabile<sup>3</sup>.

In terzo luogo, i vantaggi derivanti dall'aggiunta di una certa clausola possono essere irrilevanti o inesistenti. Le parti, infatti, possono facilmente eludere uno specifico obbligo minacciando di non cooperare allorché si verifichino contingenze non contrattualizzate a cui l'altra parte attribuisce maggiore importanza<sup>4</sup>. Questo punto è vero soprattutto nel caso in cui esiste una significativa incertezza sul fatto che una certa clausola possa essere riconosciuta come valida in un futuro giudizio.

Infine, la libertà di rinegoziare può far sì che lasciare incompleto un contratto sia la scelta migliore<sup>5</sup>. Il vantaggio di avere un contratto più completo sono minori se

---

<sup>1</sup> EGGLESTON, POSNER, AND ZECKHAUSER, *Simplicity and Complexity in Contracts*, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 93 (2nd Series), Chicago: The Law School, University of Chicago, 2000; KAPLOW AND SHAVELL, *Economic Analysis of Law*. NBER Working Paper 6960, 1999; SALANIE, *The Economics of Contracts*, Cambridge, Mass: MIT Press, 1997.

<sup>2</sup> WILLIAMSON, *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, in *Journal of Economic Literature*, 2000, 38, 595–613.

<sup>3</sup> Cfr. *ex multis*, HART AND MOORE, *Foundations of incomplete contracts*, in *Review of Economic Studies*, 1999, 66, 115–138; TIROLE, *Incomplete contracts: where do we stand?* *Econometrica*, 1999, 67, 741–781.

<sup>4</sup> EGGLESTON, POSNER, AND ZECKHAUSER, *op. cit.*

<sup>5</sup> HART AND MOORE, *op. cit.*

le parti sanno che potranno modificarlo in futuro.

## **2. Altri problemi della contrattazione privata in materia matrimoniale.**

La letteratura offre altre tre principali linee di critica nei confronti dei contratti matrimoniali.

Si è visto come i contratti matrimoniali possono promuovere un investimento efficiente nella relazione coniugale.

Può accadere, tuttavia, che laddove esista una disparità di contrattazione tra i partner, tali accordi possano portare a gravi ingiustizie economiche in caso di divorzio<sup>6</sup>.

Si tratta, il più delle volte, di una disuguaglianza basata sul genere: donne economicamente più deboli che sono disposte a rinunciare a diritti sulla ricchezza e sul reddito del futuro marito attraverso un contratto a loro unilateralmente proposto.

Una delle cause per cui questo accade è il cosiddetto “ottimismo sistematico eccessivo”.

Prima del matrimonio le parti tendono a essere eccessivamente ottimiste sul fatto che non divorzieranno mai, in special modo se si tratta del primo matrimonio<sup>7</sup>.

Sul punto la letteratura suole citare un esperimento condotto da Baker e Emery<sup>8</sup> i quali, intervistando un campione di coppie americane in procinto di sposarsi, hanno chiesto ai futuri coniugi di definire in termini probabilistici l'eventualità di un loro divorzio.

Paradossalmente, quasi tutte le coppie stimavano (correttamente) che in America il tasso di divorzio si aggirasse attorno al 50% ma, alla domanda sul loro matrimonio, dichiaravano di ritenere prossima allo zero la probabilità del fallimento della loro relazione.

Baker ed Emery hanno spiegato che l'irrealistico ottimismo sulla longevità coniugale è dato dalla distorsione della rappresentatività<sup>9</sup> che affligge gli esseri umani quando fanno calcoli probabilistici<sup>10</sup>. Volendo spiegare questo concetto, si potrebbe dire che gli intervistati consideravano se stessi come non rappresentati dal campione della popolazione dei soggetti già sposati e quindi, calcolando la propria probabilità di fallimento, hanno ritenuto di poter trascurare tutti gli altri precedenti.

Ma la distorsione nel calcolo della rappresentatività non è l'unica ragione dell'eccessivo ottimismo che caratterizza i nubendi.

Un'altra ragione è la sottostimazione del rischio di divorzio.

---

<sup>6</sup> BROD, *Pre-marital agreements and gender justice*, op. cit., 229–295; McLELLAN, *Contract marriage — the way forward or dead end?* *Journal of Law and Society*, 23, 1996, 234–246.

<sup>7</sup> FREY AND EICHENBERGER, *Marriage Paradoxes*, *Rationality and Society*, 8(2), 1996, 187–206.

<sup>8</sup> BAKER E EMERY, *When every relationship is above average: perceptions and expectations of divorce at the time of marriage*, *Law and Human Behavior*, 17(4), 1993, 439–450.

<sup>9</sup> *Representativeness bias*: si tratta di uno degli “euristici” individuati da Kahneman e Tversky e si verifica quando la somiglianza di due oggetti o eventi confonde il pensiero delle persone riguardo alla probabilità di un risultato. Spesso, infatti, si commette l'errore di credere che due cose o eventi simili siano più strettamente correlati di quanto lo siano in realtà.

<sup>10</sup> Cfr. KAHNEMAN E TVERSKY, *Subjective probability: a judgment of representativeness*, in Kahneman, Slovic e Tversky, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press., 1982; vedi anche TVERSKY e KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981, 211, 453–458.

Secondo la “teoria del prospetto”<sup>11</sup> di Kahneman e Tversky<sup>12</sup> gli individui tendono sottostimare il rischio quando la probabilità degli esiti negativi è moderata o alta.

Ciò comporta una propensione al rischio nei confronti alle perdite e una sottoassicurazione per il caso di divorzio, andando contro alle previsioni del modello di utilità atteso.

In pratica, l'effetto è di ridurre la probabilità che gli individui decidano di scrivere un contratto coniugale. Ciò perché sottoscrivere un accordo che contempla una perdita certa è poco attraente (si tratta di una forma di “effetto di dotazione”<sup>13</sup>) rispetto che scommettere su un'ipotesi moderatamente rischiosa qual è il fallimento coniugale.

Alti tassi di preferenza temporale<sup>14</sup> implicano inoltre una propensione a sottostimare nelle scelte presenti l'evento di un incerto e lontano possibile divorzio.

Essendo il tasso di preferenza temporale un concetto soggettivo, più gli individui tendono a considerare gli eventi futuri come distanti e improbabili, maggiore è la tendenza a sopravvalutare le sensazioni e le esperienze che si vivono nel presente come, ad esempio, la felicità provata negli anni trascorsi come fidanzati.

Maggiore è il tasso di sconto, maggiore è la relativa sopravvalutazione di eventi esperienziali immediati come la felicità prematrimoniale. I giovani, in particolare, hanno meno probabilità di attribuire un peso elevato alla possibilità di future violazioni, a meno che non abbiano esperienza di divorzio dei genitori, nel qual caso la loro capacità di immaginare vividamente l'insuccesso coniugale è maggiore.

Anche ammettendo che le parti si decidano per la stipulazione di un contratto prematrimoniale, l'eccessivo ottimismo e la sottoponderazione dei rischi può avere comunque l'effetto di dar vita a contratti ingiusti e svantaggiosi per una parte. Ciò perché i contraenti potrebbero non comprendere l'importanza delle clausole contrattuali che stipulano o non investire un adeguato sforzo nella negoziazione di un accordo giusto.

Nonostante questi problemi, la contrattazione prematrimoniale rimane comunque un'opzione preferibile rispetto a quella post-matrimoniale, soprattutto in fase di crisi. È stato dimostrato, infatti, che gli accordi prematrimoniali tendono a essere più equi rispetto a quelli postmatrimoniali. Ciò è dovuto principalmente al fatto che

---

<sup>11</sup> *Prospect theory*: è una teoria della decisione formulata dagli psicologi Daniel Kahneman e Amos Tversky nel 1979. Mentre la teoria classica ha lo scopo di individuare le condizioni ideali ("normative") per le quali una decisione può essere definita "razionale", la teoria del prospetto si propone invece di dare una spiegazione alle modalità con cui gli individui effettivamente si comportano nell'assumere una decisione. La teoria del prospetto si concentra in particolare sulle scelte in condizioni di rischio, ossia quelle decisioni in cui è nota (o si può stimare) la probabilità connessa ai possibili esiti di ogni alternativa a disposizione. Cfr. RUMIATI e BONINI, *Psicologia della decisione*, Bologna, Il Mulino, 2001, 13.

<sup>12</sup> KAHNEMAN E TVERSKY, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, *Econometrica*, 47, 1979, 263–291.

<sup>13</sup> *Endowment effect*: secondo la *behavioural law and economics* è la constatazione che le persone hanno maggiori probabilità di conservare un oggetto che possiedono piuttosto che acquisire lo stesso oggetto quando non lo possiedono.

<sup>14</sup> *Time preference*: in economia, la preferenza temporale è una valutazione relativa con cui un soggetto mette a confronto l'utilità di ricevere un bene in un certo momento rispetto alla ricezione dello stesso in un momento successivo.

l'età, la fertilità e l'investimento nella vita domestica piuttosto che nella prosecuzione della carriera portano per le mogli una diminuzione delle possibilità esterne alla vita coniugale molto maggiore rispetto a quelle dei mariti.

Si tratta, infatti, di un'ipotesi di "compressione della contrattazione"<sup>15</sup>. Le donne possono fare affari migliori quando sono giovani, l'amore è forte e la divisione equa del patrimonio familiare più probabile.<sup>16</sup>

Inoltre, le donne possono essere più vulnerabili alla violenza domestica una volta sposate, compromettendo le loro capacità di negoziazione. In altre parole, è probabile che il potere di contrattazione pre-coniugale sia distribuito in modo più equo rispetto al caso della contrattazione infra-coniugale o post-coniugale<sup>17</sup>.

### **3. I contratti (pre)matrimoniali in vista della crisi eventuale come contratti relazionali.**

Non è un caso che gli studiosi abbiano evidenziato la similitudine esistente tra il matrimonio e il rapporto esistente in un contratto relazionale. Si è detto infatti che "le parti (nei contratti relazionali) trattano i loro contratti più come matrimoni che come rapporti di una sola notte. Le obbligazioni nascono dall'impegno che hanno assunto l'una con l'altra e dalle convenzioni che la comunità commerciale ritiene applicabile a tali impegni; non rimangono paralizzati al momento iniziale dell'impegno, ma cambiano quando le circostanze cambiano; l'oggetto del contratto non è ... allocare i rischi, ma dirigere l'impegno alla cooperazione. In tempi difficili, le parti dovrebbero prestarsi mutuo sostegno reciproco, invece di difendere i propri diritti; ciascuno tratterà l'insistenza dell'altro all'esecuzione del contratto alla lettera come ostruzionismo intenzionale ... e la sanzione per comportamenti palesemente negativi è sempre ... il rifiuto di fare ancora affari assieme"<sup>18</sup>.

In Italia, l'atteggiamento degli interpreti nei confronti degli accordi a contenuto patrimoniale dei coniugi è sempre stato di rifiuto nel definirli come contratti, preferendo la dizione di negozi familiari. Come si ha avuto modo di dire nel primo capitolo, il vero problema di qualificazione non riguarda tanto quei contratti con natura meramente patrimoniale ma quelli in cui gli aspetti patrimoniali si intrecciano con gli aspetti personali, coinvolgendo i diritti e i doveri connessi al matrimonio.

Si ritiene, invece, che non bisognerebbe aver timore di riconoscere natura contrattuale agli accordi tra coniugi. Non si dovrebbe aver paura, in altre parole, di parlare di "contratti matrimoniali".

Si veda ora in maniera più strutturata e ordinata come la più volte richiamata teoria dei contratti relazionali sia in grado di fornirci un'utile chiave di volta per

---

<sup>15</sup> *Bargaining squeeze*. Cfr WAX, *Bargaining in the shadow of the market*, op. cit., 509–672.

<sup>16</sup> RASMUSEN E STAKE, *Lifting the veil of ignorance: personalizing the marriage contract*. *Indiana Law Journal*, 73(2), 1998, 453–502; TREBILCOCK, E KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, *University of Toronto Law Journal*, 41, 1991, 533–590.

<sup>17</sup> SMITH, *The law and economics of marriage contracts*, op. cit., 215.

<sup>18</sup> GORDON, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity in Contract Law*, *Wis. L. Rev.*, 1985, 569, così come citato in KIMEL, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27 *Oxford J. Legal Stud.*, 2007, 236.

interpretare questi contratti.

Come si ha già avuto modo di dire, gli accordi tra marito e moglie che si è definito di natura puramente economica, come può essere quello con il quale Tizio dona a Caia un immobile, non destino particolari criticità perché condividono la natura di contratti “spot” come la maggior parte dei contratti. In altre parole, e usando la terminologia di Macneil, questi contratti sono “separati”, funzionali alla risoluzione di una questione che si pone “*una tantum*”. Lo stesso dicasi per alcuni contratti matrimoniali della crisi che si è visto alla fine del capitolo 2 e per alcuni contratti (pre)matrimoniali in vista di una crisi eventuale così come visti nelle conclusioni del capitolo 3.

I contratti (pre)matrimoniali con i quali i coniugi, invece, stabiliscono il modo in cui definire le proprie relazioni patrimoniali collegate al matrimonio, e che quindi finiscono per incidere nella sfera personale, non possono essere concepiti e intesi se prima non si comprendono le norme comportamentali che ne sono alla base della relazione nella sua integrità, così come si sviluppa nel tempo. Questi contratti, dunque, dovrebbero essere intesi come “contratti relazionali” con tutte le implicazioni descritte dalla TCR<sup>19</sup>.

I contratti (pre)matrimoniali, dunque, possono essere stipulati sia in fase fisiologica che patologica della relazione. Ma non solo, possono essere anche stipulati prima o durante il matrimonio e sottoposti alla condizione sospensiva della fine della relazione.

Questo modo di intendere i contratti (pre)matrimoniali come contratti relazionali, infatti, ha delle conseguenze dal punto di vista interpretativo perché richiede al giudice una valutazione degli elementi peculiari e concreti di quella particolare relazione e della sua evoluzione.

Si cerchi quindi di vedere gli accordi in vista della crisi come contratti relazionali.

Si prenda, ad esempio, il contratto prematrimoniale.

Il matrimonio presuppone una relazione affettiva basata sull'impegno di condividere la vita insieme fino alla morte. Il contratto prematrimoniale si lega strettamente al matrimonio e dalla sua sorte ne dipende l'esecuzione o meno.

La relazione sulla quale si fonda, dunque, è quella di due persone che si promettono di impegnarsi per lavorare insieme a vantaggio di entrambi. I coniugi, quindi, sono meno disposti a perseguire solamente i propri interessi poiché gli interessi dell'altro coniuge sono considerati interessi anche del primo. La relazione tra le parti di un accordo prematrimoniale è, perciò, una relazione di lunga durata.

Tuttavia, per loro natura, i contratti prematrimoniali sono contratti incompleti, in quanto risulta impossibile prevedere tutte le possibili sopravvenienze future e disciplinare di conseguenza tutti i possibili obblighi tra le parti.

Inoltre, anche il modo di intendere la vita e le opinioni dei coniugi potrebbero cambiare nel tempo, rendendo problematico fare affidamento su un accordo prematrimoniale concluso molti anni prima.

Al momento di stipulare un accordo prematrimoniale, i futuri coniugi di solito non sanno ancora se, ad esempio, avranno figli o se compreranno una casa o come

---

<sup>19</sup> Questo è il pensiero, tra gli altri, di John Wightman, il quale ben argomenta la propria posizione e le ragioni a sostegno di essa in WIGHTMAN, *Intimate Relationships, Relational Contract Theory, and the reach of Contract*, in *Feminist Legal Studies*, 8, 2000, 93-131.

si svilupperanno le loro carriere.

Le parti di tali accordi sono interdipendenti, sia a livello emotivo che socioeconomico e funzionano come un'unità. Pertanto, è giusto aspettarsi che il comportamento dei coniugi sia determinato più da norme comportamentali interne derivate dalla relazione coniugale che da norme contrattuali o legali.

Anche se viene stipulato un contratto prematrimoniale con il quale le parti si fanno reciproche promesse in termini economici in caso di divorzio, è difficilmente ipotizzabile che per tutta la vita ognuno si comporti in modo da curare esclusivamente i propri interessi patrimoniali.

Le persone potrebbero essere state male informate al momento della stipula dell'accordo oppure potrebbero essersene dimenticate dopo un certo arco di tempo.

È possibile quindi sostenere che la vita quotidiana degli sposi non viene influenzata dall'esistenza di un accordo prematrimoniale<sup>20</sup>. Nel prendere decisioni inerenti ai propri beni e a quelli comuni della coppia i coniugi tendono a essere più influenzati da norme non giuridiche che dalle norme pattizie espresse dal contratto. Detto altrimenti, le norme comportamentali della solidarietà, integrità personale e la considerazione del contesto e della matrice sociale saranno molto più importanti per la relazione rispetto a quanto scritto nel contratto.

Inoltre, ciò che concretamente accade è che i coniugi tendono a non modificare gli accordi prematrimoniali già assunti. Cercare di rinegoziare un simile accordo sarebbe visto come una "mancanza di fiducia"<sup>21</sup>.

Sebbene due coniugi, con la stipula di un contratto prematrimoniali, diventino partner commerciali, la norma comportamentale dell'integrità personale e di ruolo li porterà a comportarsi sempre come coniugi piuttosto che ad allinearsi a quanto previsto letteralmente dal contratto.

Nonostante il mondo sia in continua evoluzione, il legame tra ruolo familiare e genere è ancora abbastanza significativo. Il marito è ancora molto spesso il capofamiglia, mentre la moglie con più probabilità si dedica attivamente all'educazione della prole e alla gestione familiare.

In questo contesto sociale, la donna è più portata ad accantonare o abbandonare la sua carriera. Anche questa circostanza incrementa l'interdipendenza dei coniugi che sono portati a confidare ancor più che la loro relazione durerà per sempre<sup>22</sup>.

Infine, in una relazione coniugale esistono numerosi altri fattori in grado di incidere sugli aspetti relazionali, come la fedeltà sessuale, la capacità di strutturare un rapporto sull'onestà e la comunicazione, l'interdipendenza economica (dovuta alla divisione del lavoro) ed emotiva.

Le norme comportamentali di cooperazione e solidarietà che da questi fattori discendono creano aspettative nei coniugi che potrebbero porsi in contrasto con gli accordi presi e confluiti nel contratto prematrimoniale. Inoltre queste stesse aspettative possono riflettersi sulle clausole decise al momento della stipulazione.

---

<sup>20</sup> EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, op. cit., 814.

<sup>21</sup> SCOTT, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 *Va. L. Rev.* 2000, 1909.

<sup>22</sup> THOMPSON, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2015, 161.

#### **4. La flessibilità nei contratti matrimoniali in vista della crisi.**

Nella maggior parte degli stati in cui sono permessi, i contratti prematrimoniali devono essere stipulati per iscritto innanzi a un notaio o a un avvocato. L'imposizione di questo requisito formale mira a dare maggior certezza all'accordo. Inoltre, la redazione da parte di un soggetto terzo e perito conferisce imparzialità e permette che le parti siano informate correttamente sulla legge esistente e sulle conseguenze delle loro scelte.

L'aspetto negativo della forma scritta, tuttavia, è quello di conferire agli accordi prematrimoniali un carattere statico e rendere impossibile, per le parti, la loro modifica in maniera informale.

Poiché si attribuisce al matrimonio un'importanza maggiore rispetto al rapporto contrattuale, fintanto che rimangono sposate, la più parte delle coppie presta poca attenzione all'accordo prematrimoniale stipulato. Sono pochi, infatti, coloro che decidono di apportare delle modifiche all'accordo prematrimoniale in corso di matrimonio.

Tuttavia, nel corso del tempo, la loro relazione progredisce e si evolve: nascono bambini; vengono acquistati e venduti immobili; si iniziano e si abbandonano carriere, etc...

Non modificare tali accordi in corso di matrimonio significa, molto spesso, essere vincolati da un accordo che riflette la situazione originale in cui si trovavano inizialmente i coniugi. Ciò, però, non è privo di rilievi problematici.

Può accadere, per esempio, che due coniugi che al momento della stipulazione del contratto si trovavano in una condizione economica di uguaglianza si accordino per una divisione "tradizionale" dei ruoli per cui sia il marito a lavorare e la moglie ad accudire la famiglia. In tal caso, tuttavia, la moglie finisce inevitabilmente per diventare la parte debole del rapporto.

Di qui l'importanza per questi accordi di contenere clausole di rinegoziazione.

#### **5. L'Applicazione della teoria dei contratti relazionali agli accordi prematrimoniali.**

I contratti di lungo termine richiedono una maggiore flessibilità rispetto ai contratti separati.

La natura relazionale di questi contratti impone o l'esistenza di norme *ad hoc* o un'interpretazione delle norme generalmente applicate ai contratti che tenga conto delle loro peculiarità.

Per un legislatore che si accinge alla regolamentazione dei contratti prematrimoniali, dunque, è di fondamentale importanza concepire norme che impongano alle parti di tenere in considerazione questo fenomeno in modo da avere contratti più flessibili e modificabili nel corso del rapporto.

A questo scopo soccorrono gli insegnamenti della TCR.

Uno degli aspetti più importanti da tenere in considerazione è quello che la TCR chiama "rappresentazione", intensa come la capacità delle parti di un contratto di lungo termine di portare le loro esigenze future nel presente, fin già dal momento della stipula del contratto.

Riuscire in questa operazione non pare essere semplice, né completamente realizzabile.

L'obiettivo di portare innanzi agli occhi tutte le esigenze future così come potrebbero palesarsi a seconda di tutti gli scenari che il matrimonio potrebbe vivere risulta essere un'operazione tanto più difficile quanto è il tempo che passa tra il momento della stipula del contratto e il momento della crisi.

La rinegoziazione dell'accordo diventa quindi indispensabile.

Tuttavia si è visto che la richiesta di un coniuge di rinegoziare l'accordo viene spesso vista dall'altro come segno di sfiducia<sup>23</sup>.

Inoltre, le coppie tendono a sopravvalutare le probabilità di non divorziare. Tendono a vedere il proprio futuro in modo troppo ottimistico e, pertanto, le persone non sono preparate ad affrontare conseguenze non previste<sup>24</sup>.

Un altro aspetto da considerare sono le norme comportamentali delle parti di un contratto a lungo termine, così come spiegato dalla TCR.

Un legislatore accorto dovrebbe considerare gli elementi relazionali del rapporto tra marito e moglie e concepire norme atte a influenzare il comportamento delle parti e a costringerle a cooperare al fine di proteggere la parte più debole del contratto.

Come già si ha avuto modo di rilevare, anche nel caso di stipulazione di un contratto prematrimoniale, i coniugi tendono a essere influenzati più dalle norme comportamentali che dalla lettera delle clausole contrattuali. Si tratta, in particolar modo, della cooperazione, flessibilità, reciprocità e solidarietà. È necessario che l'accordo rimanga quanto più allineato alla realtà della coppia così come influenzata da tali norme relazionali.

Più le parti si discostano dalle circostanze che sono state i presupposti dell'accordo prematrimoniale, più cioè il loro comportamento (e con sé la relazione) cambia, più l'accordo diventa obsoleto. Si creano tra le parti affidamento e aspettative che non possono essere trascurate. È quindi necessario prevedere o una rinegoziazione o la non esecuzione.

Una corretta regolamentazione legislativa del fenomeno, o l'interpretazione di questi contratti a opera dei giudici, dunque, non può non tenere in conto questi aspetti.

## **6. Teorizzando la validità dei contratti (pre)matrimoniali in vista della crisi: i requisiti.**

Nel primo capitolo si sono compresi i vantaggi del riconoscimento della validità dei contratti (pre)matrimoniali, siano essi in vista della crisi o meno.

Si è detto, però, che ai privati non può essere riconosciuta una piena libertà ma devono essere individuati dei limiti che tengano conto delle problematiche che tali accordi possono comportare.

Gli insegnamenti dell'analisi economica del diritto e quelli della teoria dei contratti relazionali ci sono di aiuto in questo processo.

È possibile teorizzare due ordini di requisiti di validità per i contratti (pre)matrimoniali in vista della crisi: l'uno *ex ante*, l'altro *ex post*.

---

<sup>23</sup> FLOS, op. cit., 180.

<sup>24</sup> BAKER & EMERY, *When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, op. cit., 446; LAVNER, KARNEY, BRADBURY, *Newlyweds' Optimistic Forecasts of Their Marriage: For Better or for Worse*, 27 *J. Fam. Psychol.*, 2013, 536.

Quanto ai requisiti *ex ante* si tratta di quegli aspetti formali che si reputano essere indispensabili.

Nell'intervenire in questa materia, il legislatore dovrebbe tenerli in considerazione e positivizzarli.

È possibile sostenere, tuttavia, che anche in assenza di una disposizione scritta i requisiti che si analizzeranno potrebbero essere utili al giudice per accertare la validità o meno dell'accordo.

La TCR ci ha insegnato che i contratti matrimoniali richiedono un'attenzione diversa da parte dell'interprete, che non può limitarsi all'analisi del momento genetico ma è chiamato a considerare se, alla luce di tutta la relazione ed in particolar modo alla sua evoluzione nel tempo, all'accordo possa essere riconosciuta validità e data esecuzione.

Nel prossimo paragrafo si vedranno proprio quali elementi si reputano di fondamentale importanza per la validità di un accordo relazionale.

Una volta definiti gli aspetti contrattuali del momento genetico e delineata così una "correttezza procedurale", si passeranno in rassegna il secondo momento, ossia quello atto a garantire una "correttezza sostanziale". Si riuscirà così a capire come il giudice sia chiamato a intervenire per bilanciare i diversi interessi in gioco e portare la situazione concreta verso una condizione di equità ed equilibrio<sup>25</sup>.

Ma si proceda con ordine.

L'introduzione dei contratti (pre)matrimoniali nel nostro ordinamento potrebbe avvenire seguendo due strade diverse: una prima attraverso la scrittura di una normativa *ad hoc* a opera del legislatore; una seconda mediante il mutamento della giurisprudenza, a oggi maggioritaria, e conseguente riconoscimento della validità di questa tipologia di accordi da parte dei giudici.

Entrambe le strade condurrebbero allo stesso risultato sostanziale: la previsione di requisiti che le parti sarebbero chiamate a rispettare nel momento della redazione degli accordi (pre)matrimoniali: per il legislatore sarebbe un'opera di redazione; per la giurisprudenza un'opera di individuazione in via interpretativa<sup>26</sup>.

La teoria dei contratti relazionali può essere una fonte di ispirazione per delineare quali requisiti il contratto (pre)matrimoniale debba soddisfare al momento della sua

---

<sup>25</sup> Quest'analisi "in due momenti" è stata condotta anche da altri studiosi, sebbene per altri sistemi giuridici. Si veda, ad esempio, SCHERPE, *The financial consequences of divorce in an European perspectives*, in SCHERPE (ed.), *European family law*, Vol. III, Edward Elgar Publishing, 2016, 45-52. Il professor Scherpe sostiene che in quei Paesi in cui gli accordi (pre)matrimoniali sono consentiti l'attenzione si concentra su due fasi: inizialmente su quella genetica dell'accordo, consentendo una "protezione dell'autonomia privata"; successivamente su quella sostanziale in cui si valutano gli elementi di giustizia e di compatibilità con l'ordinamento e che egli definisce di "protezione dall'autonomia privata".

<sup>26</sup> Alcuni autori hanno rilevato che "rispetto ad altri settori dell'autonomia privata, nel diritto di famiglia l'autorità giudiziaria trova già qualche dato sul quale poter poggiare un controllo di adeguatezza del contenuto economico dell'accordo, che può svolgersi alla luce del costante confronto con le relative regole legali: si pensi al riferimento all'"equità", contenuto nel citato art. 5, comma 8 l. div. che potrebbe prestarsi ad essere inteso come non puramente coincidente con una verifica del rispetto dei limiti legali inderogabili", così BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, op. cit., 71.

redazione per non scontrarsi con la peculiare natura di questo genere di accordi.

Una volta positivizzati, se il contratto dovesse essere stipulato in contrasto con i dettami legislativi, nel momento del contenzioso i giudici sarebbero chiamati semplicemente a dichiararne la nullità per violazione di una norma imperativa.

In assenza di una normativa *ad hoc*, invece, l'opera dei giudici sarebbe più complessa perché consisterebbe nel ricercare gli aspetti che nella formazione del contratto hanno violato le norme generali in materia di annullabilità o nullità del contratto.

Questi due scenari, tuttavia, hanno un punto in comune. In entrambi i casi, infatti, sia il legislatore che il giudice sono chiamati a definire i requisiti che gli accordi (pre)matrimoniali devono rispettare nel momento genetico.

La teoria dei contratti relazionali ci ricorda, tuttavia, che le norme generali in materia contrattuale possono non essere sufficienti in quanto pensate più per la regolamentazione di accordi singoli piuttosto che per quelli relazionali e chiede, dunque, sia al legislatore che alla giurisprudenza di andare oltre alle disposizioni codicistiche già esistenti ritenendole non bastevoli per la peculiare realtà di queste relazioni contrattuali di lungo termine.

Si è anche visto come un intervento eccessivamente pervasivo del legislatore o della giurisprudenza in questa materia non sempre risulta essere il più efficiente.

Ai privati dovrebbe essere dato modo di muoversi quanto più liberamente per costruire pattiziamente la disciplina contrattuale in materia patrimoniale che più si confaccia alla loro peculiare relazione.

In altre parole legislatore e giurisprudenza sono chiamati a ricercare e definire i principi-guida del comportamento dei soggetti, creando una cornice all'interno della quale garantire la loro autonomia.

Questa cornice è in realtà un insieme di norme ritenute essenziali e imprescindibili per l'ordinamento, frutto del bilanciamento sia degli aspetti positivi che di quelli che suscitano preoccupazione e che nelle precedenti pagine si è imparato a conoscere.

La costruzione di "buone norme" non è mai un processo semplice, anzi. Si tratta di una sfida che richiede particolare dedizione, specie quando non esistono modelli dai quali partire.

Tuttavia si è profondamente convinti che legislatore e giudici, alla ricerca di una soluzione, possano trovare nell'ordinamento europeo una valida fonte di ispirazione.

Il progressivo processo di europeizzazione che il nostro Paese sta vivendo ormai da decenni incide profondamente sulle scelte legislative e interpretative. Sia il legislatore che la giurisprudenza, infatti, sono chiamati ad "allinearsi" alle norme europee e ai suoi principi, sia nel momento della redazione della legge che in quello della sua interpretazione.

In altre parole, l'ordinamento italiano è parte integrante dell'Unione Europea, a essa guarda e al contempo si conforma.

A questo processo di armonizzazione il diritto di famiglia non è esente, così come non lo è la disciplina degli aspetti patrimoniali dei coniugi che, da più di dieci anni, è oggetto di alcuni importanti Regolamenti Europei.

### **7. L'internazionalizzazione e l'uropeizzazione del diritto di famiglia.**

La famiglia è da sempre considerata come il luogo in cui il soggetto realizza pienamente la sua dimensione individuale e sociale. Gli interessi che soddisfa non sono solamente privati ma anche pubblici. Si tratta della culla dell'identità del soggetto da un punto di vista culturale, ideologico, religioso, politico e sociale.

Per questa ragione gli Stati hanno da sempre dimostrato una certa gelosia nel disciplinare tale materia rivendicando le proprie tradizioni culturali e giuridiche<sup>27</sup>.

Tuttavia, soprattutto dagli anni 2000, una dirompente evoluzione sociale e culturale è riuscita a mettere in crisi molte delle dinamiche tradizionali dei rapporti intersoggettivi. Non solo il concetto di famiglia è mutato nel corso tempo ma la sua stessa dinamica spaziale è cambiata. La globalizzazione ha spinto verso dimensioni più internazionali. I flussi migratori, in particolare, hanno permesso a cittadinanze e culture diverse di incontrarsi e di scegliere il luogo in cui stabilirsi.

Ai legislatori è stato chiesto di aprirsi o, quantomeno, confrontarsi con una realtà sempre più internazionale e di dare soluzioni a tutta una serie di problematiche inedite.

Alcuni hanno definito questo fenomeno come “internazionalizzazione del diritto di famiglia” in quanto più fonti normative di diverso livello, nazionale, europeo, internazionale, sono state chiamate a confrontarsi nel disciplinare sia gli aspetti personali che patrimoniali del diritto di famiglia<sup>28</sup>.

Anche il diritto dell'Unione Europea ha avuto una sua parte in questo processo<sup>29</sup>.

In assenza di un'attribuzione esplicita in materia di *status* personale e familiare, diverse sono state le disposizioni che, storicamente, sono state invocate per giustificare l'adozione di atti europei in materia di Famiglia<sup>30</sup>.

In un primo momento, tra il Trattato di Roma del 1957 e quello di Maastricht del 1992, l'attenzione dell'allora Comunità Europea era tutta volta alla realizzazione di un mercato libero tra gli Stati membri. La giustificazione alla predisposizione di norme con incidenza sul diritto di famiglia è stata la necessità di garantire la libera

---

<sup>27</sup> Il Consiglio d'Europa, in un rapporto sulla necessità di armonizzare le legislazioni nazionali nelle materie civili ha statuito che: “*family law is heavily influenced by the culture and tradition of national (or even religious) legal system, which could create a number of difficulties in the context of harmonisation*”, Council Report, 16 Novembre 2001, 13017/01, *justciv* 129, 114.

<sup>28</sup> CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in Lipari-Rescigno, *Diritto Civile*, Vol. I, *Famiglia*, Milano, 2009, 7; LONG, *Il diritto della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006. Sul futuro del diritto di famiglia europeo in materia patrimoniale si veda: BOELE-WOELKI, MILES AND SCHERPE (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2011.

<sup>29</sup> CALÒ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, 509 ss. Interessante anche la lettura di FANTETTI, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 140 ss.; Per l'idea che vi sia una tensione, se non una vera e propria antinomia, tra il modello costituzionale e il modello derivante dai principi europei, si legga BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1453 ss. La dottrina ha anche ipotizzato l'ipotesi di una duplicità di fasi di riforma del diritto di famiglia italiano: la prima derivante dall'attuazione del dettato costituzionale e la seconda dall'influenza del diritto europeo. Cfr. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia a oggi*, op. cit., 1043 ss. - 1287 ss.; DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità*, op. cit., 243 ss.

<sup>30</sup> Cfr. HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 4 ss.

circolazione dei lavoratori e, più in generale, delle persone. L'idea era quella per cui, nel progressivo processo di integrazione europea, la possibilità di un individuo di circolare, soggiornare, lavorare liberamente in uno degli stati membri non avrebbe potuto prescindere dal pieno riconoscimento del suo *status* non solo professionale, ma anche personale e familiare<sup>31</sup>.

Il legislatore europeo ha iniziato progressivamente a riconoscere l'impossibilità di tenere completamente distinti gli aspetti economici e lavorativi da quelli familiari. La persona, quindi, ha cominciato ad essere intesa non più solo come consumatore, lavoratore o operatore economico, ma anche per il suo lato umano e sociale. Sono state così emanate le prime direttive in materia di ricongiungimento familiare<sup>32</sup>; si sono affermati i principi di pari trattamento tra uomini e donne, di uguaglianza tra i sessi<sup>33</sup>, di pari opportunità<sup>34</sup>, di non discriminazione, etc<sup>35</sup>...

Tuttavia, gli unici atti vincolanti dell'UE in materia di diritto di famiglia sono stati quelli adottati sulla base del Titolo V, capo III TFUE, aventi a oggetto la cooperazione giudiziaria in materia civile<sup>36</sup>. Si tratta di una competenza piuttosto recente attribuita all'Unione Europea.

Il sistema di cooperazione giudiziaria in materia civile trova il proprio fondamento nell'art. 61 let. c) TCE letto in combinato disposto con l'art. 65 TCE (oggi

---

<sup>31</sup> MEEUSEN, PERTEGAS, STRAETSCHAN, SWENNEN, *General Report*, in Meeusen – Pertegas – Straetsman - Swennen (a cura di), *International family law for the European Union*, Antwerp-Oxford 2007, 8 ss.

<sup>32</sup> Oggi confluite nella direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

<sup>33</sup> In materia di retribuzione ma anche di accesso e condizioni di lavoro. Vedi l'art. 119 Trattato CE; la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, in G.U.C.E., L 39 del 14 febbraio 1976 e la direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, in G.U.C.E., L 303 del 2 dicembre 2000, 16 ss.

<sup>34</sup> Vedi il Trattato di Amsterdam del 1997 che promuove azioni dirette a conciliare responsabilità lavorative e familiari alla luce dell'art.2 del Trattato.

<sup>35</sup> La valorizzazione dei principi appena citati nell'ambito della materia familiare la si deve soprattutto all'opera del Parlamento Europeo. La sua attività è sempre stata quella di impulso per il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri. Negli ultimi anni hanno visto la luce numerosi atti non vincolanti tesi talvolta a prendere in esame alcuni aspetti della vita familiari. A titolo esemplificativo si veda la Risoluzione del Parlamento europeo sulla protezione delle minoranze e le politiche contro la discriminazione nell'Europa allargata (P6-TA-PROV (2005) 228 dell'8 giugno 2005). Altre volte, invece, sono stati realizzati studi di portata più sistematica e generale. Si veda la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 1983 sulla politica della famiglia nella Comunità europea, in G.U.C.E. C 184 dell'11 luglio 1983, 116 ss; la Risoluzione del Parlamento europeo, 14 dicembre 1994 sulla protezione delle famiglie e dei nuclei familiari a conclusione dell'anno internazionale della famiglia, in G.U.C.E., C 18 del 23 gennaio 1995, 96.

<sup>36</sup> Cfr. *ex multis*, KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 65; BASEDAW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market l review*, 2000, 687 ss.; PAULINO PEREIRA, *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives*, in *Riv. crit. dir. int. priv. proc.*, 2010, 1, 1 ss.; Bariatti, *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2003, 1-16.

sostituiti dagli artt. 67 e 81 TFUE). Al Consiglio è stata data la possibilità di adottare atti normativi vincolanti nel caso di: a) presenza di situazioni transfrontaliere; b) necessità per il corretto funzionamento del mercato interno.

Quest'ultimo requisito è stato da subito inteso dalle Istituzioni Europee in senso più ampio di un'accezione meramente economica. Del mercato interno e della libera circolazione delle merci, persone, servizi e capitali si è deciso di valorizzare anche la dimensione sociale e l'influenza esercitata sulla vita privata e familiare di tutti i cittadini europei. È il diritto alla libera circolazione delle persone a dare impulso alla creazione di un diritto privato internazionale di matrice europea, finalizzato alla rimozione degli ostacoli nei confronti della piena realizzazione di questa libertà, frutto soprattutto delle normative nazionali in materia di giurisdizione, conflitto di leggi e riconoscimento delle decisioni.

Si è potuto assistere, quindi, all'emanazione di un'importante serie di Regolamenti in materia di giurisdizione, leggi applicabili, riconoscimento e attuazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale<sup>37</sup>, divorzio<sup>38</sup>, mantenimento,<sup>39</sup> regimi patrimoniali<sup>40</sup>, relazioni non matrimoniali<sup>41</sup>.

Nelle considerazioni preliminari di questi Regolamenti, il legislatore europeo si è posto come obiettivo la certezza del diritto, la prevedibilità delle soluzioni, l'eliminazione del *forum shopping* e la libera circolazione delle decisioni. Senza di questi, viene specificato, la libertà di circolazione dell'individuo risulterebbe sacrificata.

Oggi, l'art. 81 TFUE attribuisce potere al Consiglio e al Parlamento di adottare misure di cooperazione "in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno".

Questa nuova dicitura non fa altro che sottolineare come l'intervento delle Istituzioni Europee non sia limitato agli aspetti mercantilistici<sup>42</sup>, ma riguardi più in

---

<sup>37</sup> Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (Bruxelles II bis); dall'1.08.2022 si applicherà il Regolamento 2019/1111/UE. In dottrina, un'interessante ricostruzione in chiave problematica del riconoscimento delle nuove forme di divorzio privato e stragiudiziale esistenti nei diversi stati europei è offerto da BERNASCONI, *La circolazione degli accordi di negoziazione assistita e di altre forma di divorzio stragiudiziale in Europa*, in *Fam. e Dir.*, 2019, 335-344.

<sup>38</sup> 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 (Roma III).

<sup>39</sup> Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

<sup>40</sup> REGOLAMENTO (UE) 2016/1103 DEL CONSIGLIO del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, in vigore dal 29 gennaio 2019.

<sup>41</sup> REGOLAMENTO (UE) 2016/1104 DEL CONSIGLIO del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in vigore dal 29 gennaio 2019.

<sup>42</sup> Cfr. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in Baruffi (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, 81 ss; BARRIÈRE BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010, 3 ss.

generale gli obiettivi dell'UE, tra i quali vi è il diritto di famiglia degli Stati membri<sup>43</sup>.

Come si sa il TFUE non dà competenza all'Unione Europea di unificare o armonizzare il diritto di famiglia degli Stati membri<sup>44</sup>. Tuttavia è chiara l'interconnessione tra il diritto internazionale privato e quello sostanziale<sup>45</sup>. Ed è altresì evidente che gli strumenti che il diritto europeo ha pensato per le coppie transfrontaliere possono risultare davvero efficaci nel lungo termine solo se esistono similitudini tra le discipline di diritto di famiglia sostanziale dei diversi Paesi membri.

Così, nel 2010, il Consiglio Europeo ha sostenuto che: “si dovrebbe estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate che tuttavia rivestono un ruolo centrale nella vita di tutti i giorni, quali [...] i regimi patrimoniali tra coniugi e le conseguenze patrimoniali delle separazioni, tenendo conto nel contempo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, tra cui l'ordine pubblico, e delle

---

<sup>43</sup> Nella costruzione di una vera e propria cittadinanza europea, infatti, in cui tutti i cittadini dell'Unione possono circolare e risiedere liberamente nel territorio di tutti gli stati membri, già il Programma de L'Aja segnalava l'esigenza: a) di proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale e (b) di eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere. Tali obiettivi, riteneva il Consiglio Europeo, non potevano più essere perseguiti solamente attraverso una cooperazione giudiziaria a carattere processuale, ma necessitavano di un “ravvicinamento delle disposizioni legislative e uno sviluppo di politiche comuni. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 maggio 2005 – *Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia* [COM(2005) 184 definitivo – Gazzetta ufficiale C 236 del 24.9.2005].

<sup>44</sup> Vedi la Comunicazione della Commissione Europea COM(2001) 125/3, *Bringing legal clarity to property rights for international couples*. Cfr. anche PINTENS, *Europeanisation of family law in Europe, European family law series No. 4*, 2003, 3-33. Contraria a questo pensiero BOELEWOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the role of conflict of laws, Hague Academy of international law*, 2010, no. 32.

Anche la dottrina italiana ha avuto modo di trattare in diverse occasioni il ruolo dell'Unione Europea nel processo di armonizzazione del diritto di famiglia italiano. Cfr. *Ex multis*, DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in Pascuzzi (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006; CALÒ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, op. cit., 509; BARATTA, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 574; ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2003, 439 ss.; PATTI, *Il “principio famiglia” e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, 529 ss.; LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Familia*, 2006, 1 ss.; MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 447 ss.; SCALISI, *Le stagioni della famiglia dall'unità d'Italia a oggi*, Parte seconda, “*Pluralizzazione*” e “*riconoscimento*” anche in prospettiva europea, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1296; CALÒ, *Matrimonio à la carte*, Milano 2009, passim; TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, op. cit. 68, 85; DIROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, op. cit., 2009, 755 ss.; PATTI, *Il diritto europeo della famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, op. cit., 71 ss.; BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, op. cit., 1447 ss. Dell'evoluzione del diritto di famiglia italiano dal secondo dopo guerra fino ai giorni nostri e dell'influenza del diritto europeo sul legislatore italiano ne parla anche FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, op. cit., 1188.

tradizioni nazionali in questo settore e dovrebbe inoltre “proseguire l'armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi a livello dell'Unione nei settori in cui risulta necessario, come la separazione e il divorzio<sup>46</sup>”.

Una qualche forma di armonizzazione è, dunque, il processo più naturale da perseguire<sup>47</sup>.

Lo strumento con il quale si è deciso di intervenire in materia di aspetti patrimoniali dei coniugi europei è stato il Regolamento<sup>48</sup>.

Il pregio è stato, senza dubbio, quello di aver scelto la tipologia di atto normativo che realizza una piena uniformità, data la sua diretta applicabilità ed efficacia in ogni Stato membro. Si tratta di norme dettagliate e precise che non richiedono recepimento interno, assoggettate all'interpretazione della Corte di Giustizia e alla sua funzione nomofilattica. Al contempo, si è chiesto ai giudizi nazionali di evitare interpretazioni contrastanti o differenti, sostenendo il principio di primazia del diritto europeo.

D'altra parte, una tale scelta non ha potuto non comportare la creazione di alcuni malumori.

Allo stato attuale mancano delle definizioni comuni tra tutti gli Stati in materia di diritto di famiglia, di vita familiare, di divorzio, di regimi patrimoniali, etc., tanto da rendere difficile il raggiungimento di quel grado di certezza auspicato dall'introduzione normativa in via regolamentare<sup>49</sup>.

Inoltre, come si è detto, gli Stati hanno da sempre nutrito una certa gelosia in relazione al diritto di famiglia e mal tollerano una “contaminazione” dei propri valori nazionali. Il timore è che la legislazione europea possa scontrarsi con i principi fondamentali che ispirano i diversi diritti nazionali.

Le difficoltà si sono palesate nel momento dell'approvazione delle misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali. L'art. 81 TFUE prevede infatti che le disposizioni in tale materia siano deliberate dal Consiglio secondo una procedura legislativa speciale, ossia all'unanimità e previa consultazione del

---

<sup>46</sup> Atto 2010/c-115/01 del Consiglio Europeo (cd. Atto di Stoccolma, “Un'Europa aperta e sicura a servizio e a tutela dei cittadini”).

<sup>47</sup> Cfr. MARTINY, *Is Unification of Family law feasible or even desirable?*, in Hartkamp, Heselink, Hondius, Mak, Du Perron, *Towards European civil code*, 2011, 429-457.

<sup>48</sup> Per approfondimenti si rimanda a un interessante articolo sul diritto di famiglia e il diritto internazionale privato con particolare focus sui Regolamenti Europei: FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 2, 2013, 424 ss., si possono trovare, infatti, le caratteristiche, i limiti e i problemi dei Regolamenti Europei evidenziando, tuttavia, come lo spirito sia quello di incentivare l'armonizzazione e l'avvicinamento delle discipline positive dei singoli Stati Membri. Per una lettura in tema di rapporti tra l'art. 161 c.c. e il diritto internazionale privato si legga OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali, Commento agli artt. 159, 160 e 161*, in Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile, Della Famiglia*, II, Di Rosa (a cura di), artt. 74-230 ter, Torino, 2018, 1177 ss.

<sup>49</sup> TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, op. cit., 49 rileva che “Un nucleo di nozioni condivise sembra tuttavia indispensabile, quanto meno al corretto funzionamento del diritto internazionale privato comunitario della famiglia e d'altronde una nozione di famiglia è a nostro avviso ricavabile dal sistema comunitario. Resta da vagliarne il grado di univocità nei diversi settori del diritto comunitario”.

Parlamento europeo, oppure, sempre all'unanimità e su proposta della Commissione, sia possibile ricorrere alla procedura legislativa ordinaria.

Tuttavia, il medesimo art. 81 TFUE dispone anche che i singoli parlamenti nazionali possano esercitare il diritto di veto entro sei mesi dalla decisione, bloccando sostanzialmente la decisione del Consiglio.

Si è posta così la necessità di ricorrere all'art. 20 TFUE che dà la possibilità a un gruppo di Stati (almeno un terzo dei Paesi membri) di accedere a un meccanismo di "cooperazione rafforzata" in materia di diritto internazionale privato dell'UE<sup>50</sup>.

È stato così emanato il Regolamento (UE) 1259/10, detto Roma III, relativo alla cooperazione rafforzata nella legge applicabile al divorzio e alla separazione personale<sup>51</sup>.

Di fondamentale importanza per il nostro Paese sono inoltre i Regolamenti (UE)

---

<sup>50</sup> La cooperazione rafforzata tra gli Stati Membri riguarda materie di competenza non esclusiva dell'Unione Europea e proposte normative che non abbiano raggiunto in tempi ragionevoli le maggioranze richieste dalle procedure di legiferazione. Per potervi accedere è necessaria a) il superamento dei vagli di compatibilità con il raggiungimento dei fini dell'UE alla luce dei Trattati; b) il rispetto delle competenze, dei diritti e degli obblighi degli stati decidono di non partecipare; c) la tutela del mercato interno, della coesione economica, sociale e territoriale; d) l'autorizzazione del Consiglio che accoglie la richiesta se ritiene che gli obiettivi dell'UE non possono essere raggiunti in tempi ragionevoli mediante le procedure legislative ordinarie.

Sulla cooperazione rafforzata in generale si veda: POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 297-306.

<sup>51</sup> Applicabile dal 21 giugno 2012, partecipano 14 stati: Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Austria, Portogallo, Romania e Slovenia.

Per un approfondimento sul contenuto e sull'importanza del Regolamento per l'autonomia privata delle coppie miste all'interno dell'UE si veda: NASCIMBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011; CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e Dir.*, 2011, 1053 ss; BOELE-WOELKI, *For Better or For Worse: the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010, 1 ss. Per l'importanza di tale regolamento per l'apertura dell'Italia ai patti prematrimoniali si legga: VELLETTI e CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. Giur.*, 2011, 733. Per una analisi sulla natura/importanza/contenuto del regolamento si rinvia, *ex multis*, a HAMJE, *Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2010, 294; REVILLARD, *Divorce des couples internationaux: choix de la loi applicable*, in *Répertoire Defrénois*, 5-2011, del 5 marzo 2011; HARDING, *The armonisation of private international law in Europe: taking the character out the family law?*, in *Journal of Private International Law*, 2011, 203; POCAR, *Brevi note sul le cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, op. cit., 301; VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 611, n. 32; Id., *Il nuovo regolamento sulla legge applicabile al divorzio per gli Stati europei interessati alla cooperazione rafforzata: prime riflessioni*, in *Scritti in onore di Draetta*, Napoli, 2011, 771 ss; BERGAMINI, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale - Developments of Family Law in EU: regulation 1259/2010 on the Law applicable to divorce and legal separation*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, 181 ss.; CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 59 ss.; ZANOBETTI, *Divorzio all'europea: il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 250 ss.; TOMMASEO, *La crisi della famiglia nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Fam. e Dir.*, 2013, 85 ss.

1103/2016 e 1104/2016<sup>52</sup> (in forza dal 29 gennaio 2019) che fissano regole comuni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni registrate. Ad essi hanno aderito, oltre all'Italia, altri 17 Paesi UE<sup>53</sup>.

Il regolamento (UE) 1103/2016 attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi. Per "regime patrimoniale tra coniugi" si intende l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento<sup>54</sup>.

Il regolamento (UE) 1104/2016, invece, attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Per "unione registrata" si intende il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione. Per "effetti patrimoniali di un'unione registrata" si intende l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o del suo scioglimento<sup>55</sup>.

Tali regolamenti disciplinano tutti gli aspetti del regime patrimoniale della coppia relativi sia alla gestione quotidiana dei beni, sia alla liquidazione del patrimonio in seguito a scioglimento o decesso del partner.

Nella scelta della legge applicabile viene privilegiata la volontà delle parti: i coniugi (o gli uniti civilmente) possono designare o modificare di comune accordo la legge applicabile, in presenza, tuttavia, di un collegamento con la legge scelta. Può trattarsi, cioè, della legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi (o uniti civilmente) o di uno di essi al momento della conclusione dell'accordo o della

---

<sup>52</sup> REGOLAMENTO (UE) 2016/1103 DEL CONSIGLIO del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; REGOLAMENTO (UE) 2016/1104 DEL CONSIGLIO del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Per un'analisi dei punti essenziali del regolamento per la nostra tesi si legga: SILVESTRI, *Il contrat de mariage in Francia e la circolazione UE degli accordi prematrimoniali*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 496 ss; nonché LAGARDE, *Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2016, 684 ss.

<sup>53</sup> I paesi sono Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Slovenia, Spagna e Svezia.

<sup>54</sup> Il regolamento si applica ai regimi patrimoniali tra coniugi, ma non alla materia fiscale, doganale e amministrativa. Sono inoltre esclusi dall'ambito di applicazione: a) la capacità giuridica dei coniugi; b) l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un matrimonio; c) le obbligazioni alimentari; d) la successione a causa di morte del coniuge; e) la sicurezza sociale; f) il diritto di trasferimento o adeguamento tra coniugi, in caso di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, dei diritti a pensione di anzianità o di invalidità maturati durante il matrimonio e che non hanno generato reddito da pensione nel corso dello stesso; g) la natura dei diritti reali; h) qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

<sup>55</sup> L'applicazione e le esclusioni sono le medesime del regolamento precedente.

convenzione.

In mancanza di un accordo tra le parti i Regolamenti individuano come legge applicabile, per le coppie unite in matrimonio, lo Stato membro di residenza abituale dei coniugi o, in mancanza, di ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora o, in mancanza, di residenza abituale del convenuto o, in mancanza, di cittadinanza comune dei coniugi. Per le coppie unite civilmente, invece, la legge applicabile è quella dello Stato in cui l'unione è stata registrata.

Un altro punto fondamentale dei due regolamenti riguarda l'automatico riconoscimento interno delle decisioni emesse in un altro Stato membro<sup>56</sup>.

## **8. Segue. Altri strumenti internazionali di armonizzazione in materia economico-patrimoniale del diritto di famiglia.**

Si è visto come il diritto di famiglia degli stati europei sia chiamato a una certa armonizzazione a opera degli strumenti di diritto internazionale privato.

Anche prima dei Regolamenti Europei poc'anzi citati, gli Stati europei avevano già iniziato un processo di comunitarizzazione del diritto di famiglia a mezzo di strumenti internazionalprivatistici.

Le convenzioni di diritto internazionale in materia, infatti, non sono una novità nel panorama europeo. Senza pretesa di esaustività è possibile citare le seguenti convenzioni: Convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970, sul riconoscimento dei divorzi e delle separazioni personali; Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari (così come sostituita dalla Convenzione dell'Aja del 2007); Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali coniugali; nonché, più in generale, al supporto fornito dalla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato a cui l'UE aderisce dal 2006<sup>57</sup>.

Ancora più recente è l'esperimento tentato dalla Germania e dalla Francia con una convenzione bilaterale del 4 febbraio 2010. Si tratta di un regime patrimoniale uniforme a cui possono aderire le coppie tedesche, quelle francesi e quelle miste<sup>58</sup>. Questo accordo rimane aperto a tutti i paesi UE che vogliono aderirvi.

Ma il diritto internazionale privato non è l'unico veicolo di valori e principi giuridici in grado di spingere i paesi europei verso una progressiva armonizzazione. Anche il diritto internazionale in materia di diritti umani lo è.

Sul punto, è possibile citare la CEDU<sup>59</sup> e la Carta di Nizza.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel prendere decisioni o interpretare le norme internazionalprivatistiche in materia di diritto di famiglia<sup>60</sup> trova una fonte

---

<sup>56</sup> Per quanto riguarda l'esecutività, invece, le decisioni possono essere eseguite in un altro Stato membro solo dopo essere state dichiarate esecutive dallo Stato in cui si procede, su istanza della parte interessata.

<sup>57</sup> Decisione del Consiglio 2006/719/CE - sull'adesione della Comunità alla conferenza dell'Aia di diritto internazionale private.

<sup>58</sup> Il regime convenzionale della partecipazione agli acquisti (*Participation aux acquits/Wahl-Zugewinnsgemeinschaft*).

<sup>59</sup> Si vedano, ad esempio gli artt. 7 e 8 sul rispetto della vita familiare; gli artt. 14 e 21 sul principio di non discriminazione.

<sup>60</sup> Cfr, a titolo esemplificativo, la sentenza CGUE del 5 ottobre 2010, Mc. B., Causa C-400/10 PPU, in *Raccolta della giurisprudenza* 2010.

di ispirazione nelle due Carte e influenza la giurisprudenza di tutti i 27 Paesi i quali, a loro volta, sono vincolati dai principi della Carta Edu e della giurisprudenza della Corte Edu nell'affrontare le questioni di diritto sostanziale. Si tratta di un sistema circolare che tende all'uniformizzazione, tanto che sempre più vi è chi parla dell'esistenza di un "diritto di famiglia europeo"<sup>61</sup>.

Un esempio pratico.

La domanda che ci si pone è ora la seguente: in che modo il diritto privato internazionale europeo influenza il diritto di famiglia sostanziale italiano?

Si è capito che la partecipazione dell'Italia all'Unione Europea ha condizionato (e continua a farlo) il legislatore italiano e la giurisprudenza italiana.

In materia di aspetti patrimoniali coniugali in fase della crisi un esempio del processo di contaminazione degli ordinamenti europei è dato dalla Sentenza a Sezioni Unite n. 18287/2018 nella quale la Corte, nel motivare un cambiamento epocale in materia di assegno divorzile, compie un lungo *excursus* in materia di diritto comparato dei paesi europei.

Ma non sono solo i principi di derivazione europea, della CEDU o della Carta di Nizza a influenzare l'opera interpretativa dei giudici italiani. Così come non sono solo le pronunce della Corte di Strasburgo a spingere il legislatore italiano verso l'introduzione di importanti leggi, come la Cirinnà, o spingere la Consulta verso una declaratoria di incostituzionalità di alcune disposizioni, come quelle della legge 40/2004.

L'ordinamento italiano subisce delle "incursioni" da parte dell'Europa non solo mediante la diffusione di principi, ma anche attraverso le norme cogenti che l'UE produce e alle quali lo Stato Italiano è chiamato a dare attuazione.

E non si tratta di un'imposizione "dall'alto" ma, come è successo per i recenti Regolamenti 1103 e 1104 del 2016, di un processo a cui l'Italia ha deciso di aderire tramite il procedimento di "cooperazione forzata".

Proprio questi ultimi Regolamenti sono destinati a produrre alcuni effetti che vanno ben oltre gli aspetti di diritto internazionale privato.

Si prenda in considerazione il seguente caso.

Anna, italiana, e Zeno, tedesco, decidono di sposarsi. I coniugi scelgono di stabilirsi in Germania e di stipulare un accordo matrimoniale (*Ehevertrag*) in cui disciplinano alcune questioni inerenti ai rapporti patrimoniali in fase fisiologica e patologica del loro rapporto, tra cui la reciproca rinuncia di qualunque pretesa economica in caso di divorzio. I due, infine, scelgono come legge applicabile quella tedesca. Per motivi lavorativi, dopo qualche tempo, decidono di trasferirsi in Italia. Purtroppo, l'anno successivo, i due divorziano.

Anna decide di adire il giudice italiano e chiede che Zeno debba corrisponderle un assegno divorzile di 1.000 euro al mese. Zeno si oppone invocando l'autorità

---

<sup>61</sup> Per approfondimenti si legga, *inter multis*, ANTOKOLSKAJA, *The armonization of family law: old and new dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003; HONORATI, *Verso una competenza della Comunità Europea in materia di diritto di famiglia*, op. cit. A credere in un processo di unificazione normativa del diritto di famiglia europeo si veda ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, op. cit., 439 e DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, op. cit., 506; MARTINY, *Is Unification of family law feasible or even desirable?*, op. cit., 63.

della legge tedesca la quale riconosce validità agli accordi prematrimoniali.

*Quid iuris?*

Se Anna e Zeno fossero stati entrambi cittadini italiani e avessero stipulato il medesimo accordo questo sarebbe, per tutte le ragioni ormai note, nullo.

In questo caso, tuttavia, il Regolamento 1103/2016 impone al giudice italiano di riconoscere e dare validità all'*Ehevertrag* da loro stipulato.

Un caso simile è già stato analizzato. Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione del 3 maggio 1984, n. 2682, in cui i giudici italiani hanno riconosciuto valido ed efficace un *prenuptial agreement* stipulato in America da due coniugi ritenendo che questa tipologia di accordi non sia in contrasto con l'ordine pubblico internazionale ma solo con quello interno. Ciò a dire che gli accordi prematrimoniali non sono nulli di per sé, ma lo sono solo se stipulati da cittadini italiani e/o sottoposti alla legge italiana<sup>62</sup>.

Il Regolamento Europeo del 1103/2016, però, ha cambiato questa prospettiva.

Penetrando nell'ordinamento italiano, il Regolamento Europeo è diventato legge italiana. Le sue previsioni, quindi, non possono dirsi contrarie all'ordine pubblico interno<sup>63</sup>.

Poiché il Regolamento permette a cittadini europei, ove presente un certo criterio di collegamento, di scegliere la legge applicabile alle questioni patrimoniali in caso di divorzio, allora significa che agli stessi è data facoltà di optare per una normativa che, come quella tedesca (ma non solo), riconosce tale tipologia di accordi.

Dinnanzi al caso proposto, dunque, il giudice italiano potrebbe percorrere due strade: la prima, continuare a ritenere contrario all'ordine pubblico il patto tra Anna

---

<sup>62</sup> Per approfondimenti cfr. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., 52 ss.

<sup>63</sup> L'ordine pubblico può essere invocato per paralizzare gli effetti del regolamento solo in casi del tutto eccezionali. Si legga il Considerando n. 7, il quale dispone che: "In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico le autorità giurisdizionali e altre autorità degli Stati membri competenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi dovrebbero altresì poter disattendere determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, alle autorità giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disattendere la legge di un altro Stato ovvero per rifiutare di riconoscere – o, se del caso, accettare – o eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta»), in particolare del suo articolo 21 sul principio di non discriminazione". Il Considerando n. 7 del Regolamento si inserisce in una cornice interpretativa ormai solidamente costruita da parte della Corte di Giustizia dell'UE, la quale tende a dare un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico, in quanto l'attivazione di tale clausola è potenzialmente in grado di ostacolare i cittadini Europei nell'esercizio delle libertà fondamentali. Si vedano alcune sentenze come: C.G. 28 marzo 2000, C-7/98, Krombach c. Bambersky, Racc., 2000, I, 1995; punto 23; C.G. giust., 4 febbraio 1988, C-145/86, Hoffmann c. Krieg, in *Il Foro Italiano*, 1988, IV, 321; C.G., 2 giugno 1994, C-414/92, Solo Kleinmoteren; 10 ottobre 1996, C-78/95, Hendrikman et Feyen c. Magenta Druck & Verlag, Racc., 1996, I, 4943; 11 maggio 2000, C-38/98, Renault c. Maxicar, Racc., 500 2000, I, 2973; C.G., 11 giugno 1985, 49/84, Debaecker e Plouvier c. Bouwman, Racc., 1985, 1779. Il fatto che questi Regolamenti siano in grado di influenzare il concetto di ordine pubblico sostanziale all'interno dei Paesi dell'UE è stato oggetto anche di riflessioni da parte della dottrina di altri Paesi, come la Francia. Tale argomento è stato oggetto del convegno tenuto presso La Maison du Barreau a Parigi il 6 marzo 2015, gli interventi del quale sono riportati nel saggio dal titolo: AA.VV., *Les prenuptial agreement et les contrats de mariage: une perspective franco-anglaise*, in *Droit de la famille*, 2015, 5.

e Zeno e accertarne la nullità; il secondo, darne esecuzione<sup>64</sup>.

Nel primo caso, tuttavia, una tale scelta comporterebbe uno scontro con il diritto europeo che porterebbe a snaturare le finalità stesse della cooperazione rafforzata e dello strumento scelto dal legislatore europeo al quale, si ricordi, l'Italia ha scelto deliberatamente di aderire.

Il giudice potrebbe, quindi, invocare l'applicazione dell'articolo 30 del medesimo Regolamento secondo cui: "1. Le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro. 2. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da uno Stato membro per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro ambito d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi ai sensi del presente regolamento."; oppure dell'art. 31, per il quale: "L'applicazione di una disposizione della legge di uno Stato specificata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro"<sup>65</sup>.

Tuttavia, come si è visto, è dal 1984 che, per giurisprudenza costante, i giudici italiani riconoscono che i patti prematrimoniali stipulati all'estero secondo una legge straniera non sono nulli di per sé, e quindi possono essere eseguiti in Italia senza motivi ostativi dati dall'ordine pubblico.

Il giudice italiano, quindi, deve dare immediata esecuzione alla legge tedesca e riconoscere la validità dell'*Ehevertrag* di Anna e Zeno?

Messo alle strette, il giudice non potrà che dare una risposta positiva a questa domanda.

Ma cosa può comportare questa decisione?

---

<sup>64</sup> Sull'ordine pubblico interno, il suo significato nel mondo odierno, influenzato da e immerso nel diritto internazionale e europeo, nonché per alcune suggestioni sul modo in cui l'interprete e il giudice dovrebbero relazionarsi con esso, una lettura foriera di ispirazione è C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016, 489-492. Sulla definizione di ordine pubblico interno e internazionale, la relazione con i patti prematrimoniali e le norme di diritto internazionale privato di stampo europeo si legga approfonditamente OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Il Corriere Giuridico*, 2020, 794-809.

<sup>65</sup> È opportuno meditare fin da subito sulle considerazioni fatte da SILVESTRI, *Il contrat de mariage in Francia e la circolazione Ue degli accordi prematrimoniali*, op. cit., 498 ss, "se si ha riguardo al Reg. n. 1103 del 2016, si può rilevare che il 7° considerando "evoca l'ordine pubblico nel suo tradizionale ruolo di meccanismo di regolazione dell'osmosi tra leggi di paesi diversi, ma il 54° considerando (del Reg. 1103, corrispondente al 53° considerando del Reg. 1104), ne delimita incisivamente l'operare. "determinate disposizioni di una legge straniera possano essere disattese soltanto in 'circostanze eccezionali', per 'ragioni di interesse pubblico' e con riferimento a 'una precisa fattispecie', escludendo la possibilità di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico qualora ciò implicasse la violazione della normativa sui diritti CEDU e in particolare il principio di non discriminazione". (...) "L'indicazione offerta dal considerando circa la necessità di un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico, 'costituisce una costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi con riferimento ai motivi ostativi alla circolazione delle decisioni in base al sistema Bruxelles I'. In merito a quest'ultimo punto si legga, più in generale, BARIATTI, *Volontà delle parti e internazionalità del rapporto giuridico: alcuni sviluppi recenti nella giurisprudenza della corte di giustizia sui regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2019, 513 ss.

Nel nostro ordinamento ci saranno, dunque, cittadini di serie A e cittadini di serie B. Alcuni, infatti, avranno la possibilità di regolare gli aspetti economici della propria crisi in maniera molto più libera di altri. Questi, inoltre, non saranno necessariamente cittadini stranieri o europei, ma anche italiani. (Si ricordi che nel nostro caso Anna è italiana, mentre Zeno tedesco).

Ai cittadini italiani non resterebbe altro, dunque, che soccombere dinnanzi a questa disuguaglianza, oppure bypassare il problema attraverso il *forum shopping*: sporsarsi in Germania, stipulare un *Ehevertrag*, trasferirsi e vivere in Italia, salvo poi tornare e stabilire temporaneamente la residenza in Germania nel momento del divorzio, ottenere una sentenza che, ancora una volta per il Regolamento del 2016, è immediatamente esecutiva in Italia (oppure richiederne l'esecuzione a mezzo di quanto previsto dalla legge 218/1995, l'interpretazione della quale ha già dato modo ai giudici di ritenere validi ed esecutivi anche in Italia gli accordi prematrimoniali).

Emerge evidentemente un tipico caso di "Discriminazione alla rovescia". Tale espressione viene utilizzata per indicare la posizione di svantaggio di quei soggetti che si trovano in una "situazione puramente interna" ed è determinata dalla non applicazione a tali soggetti di norme dell'UE che assicurano la libertà di circolazione. Da un altro punto di vista, lo stesso svantaggio può dipendere anche dall'impossibilità di opporre a tutti i cittadini europei le disposizioni nazionali che restringono una delle quattro libertà fondamentali<sup>66</sup>.

Poiché i Regolamenti del 2016 nascono con il preciso scopo di garantire la libertà di circolazione negli Stati membri, si è dato vita a una situazione in cui alla maggior parte dei cittadini europei viene riconosciuta la possibilità di regolamentare pattiziamente in via preventiva gli aspetti della propria crisi mentre agli Italiani tale prerogativa è categoricamente negata.

Rimane, tuttavia, una possibile strada da perseguire: la ridefinizione del concetto di ordine pubblico.

La penetrazione del diritto europeo nell'ordinamento interno italiano influisce sul concetto di ordine pubblico interno. I regolamenti del 2016 impongono allo Stato Italiano di non considerare di per sé contrari all'ordine pubblico gli accordi (pre)matrimoniali.

Non potendo più contestare la validità di questi accordi *ex se*, rimane comunque possibile analizzarne il contenuto, al fine di comprendere se alcune clausole siano incompatibili con l'ordinamento italiano.

Si pone, quindi, la necessità di riscoprire quali sono i principi e gli interessi che lo Stato Italiano ritiene essere limiti invalicabili per l'autonomia privata in materia di aspetti patrimoniali coniugali.

Nel realizzare questa operazione, tuttavia, l'interprete trova due limiti: la necessità di restringere quanto meno possibile la portata del Regolamento europeo e l'obbligo di evitare situazioni di discriminazione alla rovescia.

Per poter contemperare tutte queste esigenze in gioco l'operazione che ci si permette di suggerire consiste nel ricercare l'esistenza di principi comuni e condivisi dalla maggior parte degli Stati membri.

---

<sup>66</sup> La definizione è stata ripresa da SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Aracne, 2010.

Ripensare al concetto di ordine pubblico in chiave europea permette di ridefinire la contrarietà all'ordine pubblico degli accordi (pre)matrimoniali in modo da garantire a tutti i cittadini europei di vedersi riservato lo stesso trattamento da parte dell'Ordinamento Italiano, senza eccessive compressioni delle loro libertà ma allo stesso tempo tutelando gli interessi preminenti dello Stato. L'effetto utile, inoltre, è quello di evitare fenomeni di *forum shopping*, in quanto il trattamento che due soggetti potrebbero conoscere nel nostro Stato sarebbe, di fatto, il medesimo che gli stessi potrebbero vedersi riservato in un altro ordinamento dell'UE.

Si pone, quindi, la necessità di ricercare ed enucleare questi principi.

Un ruolo fondamentale nella ricerca di principi comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea in materia di diritto di famiglia è svolto dal CEFL (*Commission on European Family Law*) istituito a Utrecht il 1° settembre 2001. Si tratta di un'organizzazione indipendente dalle Istituzioni Europee, di cui fanno parte studiosi provenienti da tutti gli Stati membri, il cui obiettivo è quello di promuovere un'armonizzazione del diritto di Famiglia in Europa<sup>67</sup>.

Un *Organising Committee* coordina e promuove gli studi di un *Expert Group* al fine di elaborare i Principi comuni.

Il Comitato Organizzativo sceglie di volta in volta una macroarea del diritto di famiglia da sottoporre ad analisi, talvolta per ragioni economiche, altre volte per l'omogeneità di soluzioni già presenti a livello europeo.

Ad oggi, il CEFL ha realizzato i seguenti cataloghi di Principi: *Principles on parental responsibilities*<sup>68</sup>; *Principles on divorce and maintenance between former spouses*<sup>69</sup>; *Principles on property relations between spouses*<sup>70</sup>; *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*<sup>71</sup>.

Il metodo di lavoro della Commissione consta di due fasi<sup>72</sup>: in un primo momento vengono predisposti dei questionari che sono consegnati all'Esperto che rappresenta ogni Stato. Successivamente viene realizzata un'analisi complessiva al fine di comprendere se esistono, e quali sono, gli elementi di eterogeneità o di omogeneità.

---

<sup>67</sup> BOELE WOELKI, *The principles of European family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review* Vol. 1, Issue 2, 2005. Per maggiori informazioni si rinvia al sito ufficiale: [www.cefl-online.net](http://www.cefl-online.net). Per una miglior comprensione del percorso che si sta svolgendo è opportuno avere una panoramica quanto più ampia del rapporto tra autonomia privata e gli accordi tra coniugi nei diversi Paesi Europei. A tal fine si suggerisce la lettura del testo: SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing 2012.

<sup>68</sup> BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, EFL series, Intersentia, Antwerp, 2007.

<sup>69</sup> BOELE WOELKI et al. (eds) *Principles of European family Law regarding Divorce and maintenance between former spouses*, EFL series, Nr. 7, Intersentia, Antwerp, 2004.

<sup>70</sup> BOELE WOELKI et al., *Principles of European Family law regarding property relations between spouses*, Cambridge, Intersentia, 2013.

<sup>71</sup> BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ-BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, TODOROVA, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, EFL series, Intersentia, Antwerp, 2019.

<sup>72</sup> Per approfondimenti sul metodo di lavoro, obiettivi, risultati auspicabili, ragioni di fondo, si legga BOELE-WOELKI, *What comparative law should entail*, in *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2008.

Nella fase conclusiva del lavoro, la Commissione redige i Principi servendosi di un approccio definito “*common core and better law approach*”<sup>73</sup>.

In sostanza, l'obiettivo è quello di estrapolare una serie di regole che siano comuni alla maggior parte degli Stati membri (si parla di *common core*). Ove ciò non sia possibile, interviene il cosiddetto *better law approach*, ossia l'accoglimento del modello maggiormente rappresentativo o la creazione di uno completamente nuovo e che sembra più idoneo alla protezione degli interessi in gioco.

La finalità di questo lavoro non è tanto quella dell'unificazione, ma quella dell'armonizzazione, ossia dell'avvicinamento delle diverse normative nazionali, in modo da poter valorizzare sia le peculiarità dei singoli Paesi sia i loro punti in comune, al fine di garantire una quanto più libera circolazione delle persone<sup>74</sup>.

I Principi non hanno e non possono avere alcun valore cogente. Tuttavia essi rappresentano un modello di riferimento dal quale partire per i legislatori che intendono emendare o riformare la propria legislazione interna, così come per gli interpreti e gli operatori del diritto in generale<sup>75</sup>.

Nell'occuparsi degli aspetti patrimoniali del diritto di famiglia sia in fase fisiologica che patologica, la Commissione ha deciso di non introdurre alcun Principio che tratta specificamente la questione dei patti (pre)matrimoniali. Tra le legislazioni degli Stati analizzati, infatti, non sono state trovate norme con sufficiente grado di omogeneità e neppure è sembrato opportuno riconoscere migliore un sistema rispetto a un altro tanto da suggerire una particolare soluzione e trasformarla in Principio-guida. La ragione di fondo è che ogni Stato affronta in maniera peculiare il bilanciamento tra autonomia privata contrattuale e interessi statali superiori. Difficile, se non impossibile, trovare dunque una regola che possa valere per tutti<sup>76</sup>.

L'insegnamento del CELF, tuttavia, è quello per cui i Principi sono fonte di ispirazione che tengono assieme i valori e i principi comuni delle esperienze di

---

<sup>73</sup> BOELE WOELKI (ed.), *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005.

<sup>74</sup> Cfr. BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden/Boston, 2010, 65 ss.

<sup>75</sup> Per approfondimenti si veda: MEEUSEN-PERTEGÁS-STRAETMANS-SWENNEN, *General Report*, in *International Family Law for the European Union*, op. cit. 4; BOELE WOELKI, *The principle of European family law: its aims and prospects*, op. cit.; CUBEDDU – PATTI, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008; ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Antwerp-Oxford, 2006, 15; BOELE-WOELKY, *Comparative research-Based drafting of Principles of European family law*, ERA-Forum, 2003, 143. Per quanto riguarda la dottrina italiana, ad esempio, si veda lo scritto di PATTI, *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Famiglia*, 2017, 275 ss., il quale si è interrogato sul principio di autosufficienza introdotto dalla sentenza di Cassazione n. 11504/2017 alla luce e in relazione (anche) ai principi emanati dal CEFL. Lodevole è stato il recente tentativo compiuto da un Giudice di Merito italiano (Trib. Treviso, 1° marzo 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di BENANTI, *Il carattere recessivo della funzione assistenziale dell'assegno divorzile*, 1011 ss.) di far chiarezza sul peso da dare alla funzione assistenziale rispetto a quella compensativa delle funzioni dell'assegno divorzile così come individuate dalla Sentenza a Sez. Un. della Cassazione n. 18287/2018. Il giudice in questione cerca di fornire un'interpretazione servendosi del diritto comparato, in particolar modo francese e tedesco, nonché dei principi del CEFL (in particolar modo dei pp. 2:2 e 2:3 dei Principi in materia di divorzio e mantenimento tra ex coniugi).

<sup>76</sup> Discute sul punto SCHERPE, *The present and future of European Family law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 61.

moltissimi Paesi dell'UE.

L'obiettivo che qui ci si pone, dunque, è quello di cercare nei Principi generali che riguardano gli aspetti patrimoniali alcune suggestioni per il legislatore italiano e per gli interpreti utili per ripensare agli aspetti problematici dei contratti (pre)matrimoniali.

Nel trattare la tematica del divorzio e del mantenimento tra ex coniugi, il CEFL ha individuato i seguenti Principi.

PREAMBOLO	
Riconoscendo che, <b>malgrado le diversità</b> esistenti tra i sistemi nazionali di diritto della famiglia, vi è una <b>convergenza crescente tra le leggi</b> ; Riconoscendo che la <b>libera circolazione delle persone in Europa</b> è ostacolata dalle differenze che permangono; <b>Auspiciando di contribuire all'armonizzazione</b> del diritto della famiglia in Europa e di <b>facilitare ancor più la libera circolazione delle persone in Europa</b> ; Auspicando di <b>equilibrare gli interessi dei coniugi e della società e di tutelare effettivamente l'eguaglianza dei sessi, tenendo conto dell'interesse dei minori</b> ; La Commissione per il Diritto europeo della famiglia raccomanda i seguenti Principi:	
<b>PARTE 1. DIVORZIO</b> Principio 1:1 Possibilità di divorziare (1) La legge permette il divorzio. (2) Non è richiesta una durata del matrimonio.  Principio 1:2 Procedimento legale e autorità competente (1) Il procedimento di divorzio è determinato dalla legge. (2) Il divorzio è pronunciato dall'autorità competente che può essere sia un organo giudiziario sia un organo amministrativo.  Principio 1:3 Tipi di divorzio La legge permette sia il divorzio per mutuo consenso sia il divorzio senza il consenso di uno dei coniugi.  Principio 1:4 Mutuo consenso (1) Il divorzio è permesso in caso di mutuo consenso dei coniugi. Non è richiesto alcun periodo di separazione di fatto. (2) Il mutuo consenso deve essere inteso come un accordo dei coniugi sullo scioglimento del matrimonio. (3) Tale accordo può essere espresso attraverso la domanda congiunta o attraverso la domanda di uno solo dei coniugi con l'accettazione dell'altro.  Principio 1:5 Periodo di riflessione (1) Se, all'inizio del procedimento di divorzio, i coniugi hanno figli minori di anni sedici e sono d'accordo su tutte le conseguenze del divorzio come stabilite dal principio 1:6, è richiesto un periodo di riflessione di tre mesi. Se non sono d'accordo su tutte le conseguenze, è richiesto un periodo di riflessione di sei mesi. (2) Se, all'inizio del procedimento di divorzio, i coniugi non hanno figli minori di sedici anni e sono d'accordo su tutte le conseguenze del divorzio come stabilite dal principio 1:6 (c) e (d), non è richiesto alcun periodo di riflessione. Se non sono d'accordo su tutte le conseguenze, è richiesto un periodo di riflessione di tre mesi. (3) Non è richiesto alcun periodo di riflessione se, all'inizio del procedimento di divorzio, i coniugi sono di fatto separati da sei mesi.  Principio 1:6 Contenuto e forma dell'accordo (1) Le conseguenze sulle quali i coniugi devono aver raggiunto un accordo sono: (a) la responsabilità genitoriale, se necessario, compresa la residenza dei figli minori e i rapporti personali con essi, (b) il mantenimento dei figli minori, se necessario, (c) <b>la divisione e la distribuzione dei beni, e (d) il mantenimento post-coniugale.</b> (2) Tale	<b>PARTE 2. MANTENIMENTO TRA EX CONIUGI</b> Principio 2:1 Rapporto tra mantenimento e divorzio Il mantenimento tra gli ex coniugi è soggetto alle stesse regole a prescindere dal tipo di divorzio.  Principio 2:2 Autosufficienza <b>Salvo quanto disposto dai Principi seguenti, dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni.</b>  Principio 2:3 Condizioni per il mantenimento <b>L'attribuzione del mantenimento dopo il divorzio presuppone che il coniuge richiedente non abbia mezzi adeguati per fare fronte ai propri bisogni e che il coniuge obbligato abbia la capacità di soddisfare tali bisogni.</b>  Principio 2:4 Determinazione del mantenimento <b>Nel determinare il mantenimento, si deve tener conto in particolare dei seguenti fattori: la capacità lavorativa dei coniugi, l'età, lo stato di salute; la cura dei figli minori; la ripartizione dei doveri durante il matrimonio; la durata del matrimonio; il tenore di vita durante il matrimonio e qualsiasi successivo matrimonio o convivenza duratura.</b>  Principio 2:5 Modalità di esecuzione (1) Il mantenimento deve essere versato con cadenza periodica e in anticipo. (2) <b>L'autorità competente può, su richiesta di uno o di entrambi i coniugi, ordinare il pagamento in un'unica soluzione tenendo conto delle circostanze del caso.</b>  Principio 2:6 Eccezionale durezza per il coniuge obbligato <b>Nei casi di eccezionale durezza per il coniuge obbligato, l'autorità competente può negare, limitare o far cessare il mantenimento in ragione del comportamento del coniuge avente diritto.</b>

<p>accordo richiede la <b>forma scritta</b>.</p> <p>Principio 1:7 Decisione sulle conseguenze                  (1) In ogni caso, l'autorità competente stabilisce le conseguenze relative ai figli minori menzionate nel Principio 1:6 (a) e (b). Ogni ammissibile accordo dei coniugi deve essere preso in considerazione qualora sia ritenuto rispondente all'interesse del minore. (2) <b>L'autorità competente deve controllare almeno la validità dell'accordo sulle questioni menzionate nel Principio 1:6 (c) e (d).</b> (3) <b>Se i coniugi non hanno raggiunto un accordo o hanno raggiunto soltanto un accordo parziale sulle questioni menzionate nel principio 1:6 (c) e (d), l'autorità competente può decidere su queste conseguenze.</b></p> <p>Principio 1:8 Separazione di fatto                  Il divorzio è permesso, senza il consenso di uno dei coniugi, se essi sono separati di fatto da un anno.</p> <p>Principio 1:9 Eccezionale durezza                  il richiedente nei casi di eccezionale durezza per il richiedente, l'autorità competente può pronunciare il divorzio anche quando i coniugi non sono separati di fatto da un anno.</p> <p>Principio 1:10 Decisione sulle conseguenze                  (1) Se necessario, l'autorità competente decide su: (a) la responsabilità genitoriale, compresa la residenza dei figli minori e i rapporti personali con essi, nonché (b) il mantenimento dei figli minori. Ogni ammissibile <b>accordo dei coniugi deve essere preso in considerazione qualora sia rispondente all'interesse del minore.</b> (2) Con la pronuncia di divorzio ovvero successivamente l'autorità competente <b>può decidere sulle conseguenze economiche per i coniugi tenendo in considerazione ogni ammissibile accordo concluso tra gli stessi.</b></p>	<p>Principio 2:7 Pluralità di richieste di mantenimento  <b>Nel valutare la capacità del coniuge obbligato di soddisfare i bisogni del coniuge avente diritto, l'autorità competente deve: (a) accordare la priorità ad una richiesta di mantenimento del figlio minore del coniuge obbligato, (b) tenere conto dell'eventuale obbligo alimentare del coniuge obbligato verso il nuovo coniuge.</b></p> <p>Principio 2:8 Limiti temporali  <b>L'autorità competente attribuisce il mantenimento per un periodo di tempo limitato, ma eccezionalmente può attribuirlo senza limiti temporali.</b></p> <p>Principio 2:9 Estinzione dell'obbligo di mantenimento                  (1) <b>L'obbligo di mantenimento si estingue se l'ex coniuge avente diritto sia passato a nuove nozze o abbia intrapreso una convivenza duratura.</b> (2) Dopo l'estinzione secondo il paragrafo 1, <b>l'obbligo di mantenimento non rivive in caso di rottura del nuovo matrimonio o della convivenza.</b> (3) <b>L'obbligo di mantenimento cessa con la morte del coniuge obbligato o di quello avente diritto.</b></p> <p>Principio 2:10 Accordi sul mantenimento                  (1) <b>I coniugi possono concludere un accordo sul diritto al mantenimento dopo il divorzio. L'accordo può riguardare l'ammontare, le modalità di esecuzione, la durata, l'estinzione dell'obbligo di mantenimento nonché l'eventuale rinuncia al diritto al mantenimento.</b> (2) Tale accordo richiede la <b>forma scritta.</b> (3) Nonostante le disposizioni del paragrafo 1, <b>l'autorità competente deve controllare almeno la validità dell'accordo sul mantenimento.</b></p>
--	--

Volendo formulare alcune considerazioni, i Principi dalla prima parte, così come sostenuto anche dal commento a loro annesso, sottolineano l'importanza dell'accordo tra i coniugi nel momento della crisi.

L'autonomia privata subisce un'incursione, o meglio una compressione, da parte del giudice nel momento in cui si discute di questioni concernenti la prole. Il controllo, invece, diventa eventuale quando si parla di accordi dei coniugi in merito agli aspetti patrimoniali della loro relazione. Il Principio 1:10, inoltre, chiede all'organo giudicante di tenere in considerazione ogni ammissibile accordo concluso tra i coniugi.

Questa netta distinzione tra gli accordi aventi oggetto solo gli sposi e quelli inerenti alla prole è stata già sostenuta e motivata nel capitolo 2, alla lettura del quale si rimanda.

In merito al controllo del giudice sugli aspetti patrimoniali dell'accordo assunto dai coniugi esistono, tra i Paesi europei, due tipi di approcci: per alcuni, come la

Catalonia o la Svezia<sup>77</sup>, il giudice non deve compiere alcuno scrutinio. Il secondo approccio, invece, contempla altre due sottodivisioni: alcuni Stati impongono un controllo solamente della legalità e validità; altri richiedono una valutazione del merito al fine o di comprendere se l'accordo sia ingiusto, oppure di determinare se ogni parte risulti essere sufficientemente protetta.

I Principi del CEFL, invece, permettono un certo grado di controllo suddividendo la questione in base alle due principali conseguenze del divorzio: gli effetti sui coniugi e quelli sulla prole. Per questi ultimi lo scrutinio è massimo perché l'interesse da proteggere è prevalente. Per i primi, invece, il CEFL sostiene la libertà contrattuale delle parti. Tuttavia la Commissione non manca di sottolineare come nella società moderna non dovrebbero essere trascurati i principi di giustizia, buona fede e i buoni costumi, e invita per questo gli interpreti a tenerli in considerazione così come, nel concreto, fa la Germania nelle sue decisioni in merito alla validità degli *Ehevertrag*.

Interessanti sono anche i Principi della sezione seconda sul mantenimento tra ex coniugi.

Il Principio 2.1 è un *common core* dei Paesi Europei. Si tratta di una trasposizione del principio di autosufficienza, secondo cui entrambi i coniugi, dopo il matrimonio, dovrebbero provvedere autonomamente al proprio sostentamento. La Commissione, tuttavia, non manca di sottolineare nel suo Commento al Principio che si tratta meramente di una regola alla quale gli Stati dovrebbero tendere ma che molto dipende da una serie di fattori socio-economici importanti, come il sostegno statale ai coniugi più deboli; la situazione del mercato del lavoro; la struttura tipica della famiglia, etc... Per tale ragione tutti i principi della seconda sezione sono pensati per equilibrare questo principio dell'autosufficienza verso un risultato considerabile equo.

Il *common core* dei Paesi Europei in merito all'entità del mantenimento è dato dalla corrispondenza ai bisogni del richiedente e alle possibilità economiche dell'obbligato. Al di là di questo, il sistema è flessibile. Il CEFL ha deciso di non seguire un certo modello piuttosto che un altro. Per alcuni Stati, infatti, l'assegno divorzile si basa sulla discrezione delle Corti<sup>78</sup>. Per altri, il codice civile richiede specifiche condizioni per essere concesso<sup>79</sup>. In altri ancora, come la Norvegia, il matrimonio deve aver portato a un detrimento della condizione economica del coniuge; mentre per la Francia l'attenzione viene posta sull'impoverimento di una parte a causa del divorzio.

Da questo punto di vista, la scelta recente della Cassazione Italiana di valorizzare l'autosufficienza economica, ma allo stesso tempo dare all'eventuale assegno una funzione sia assistenziale che compensativa si pone come un bilanciamento tra le diverse posizioni dei Paesi Europei.

Rilevante è, inoltre, il Principio 2.4 che elenca per importanza gli elementi che il

---

<sup>77</sup> Art. 78 codice di diritto di famiglia catalano; per la Svezia vedi JÄNTERÄ- JAREBORG, *Swedish Report, Q 20* in Boele-Woelki, Braat, Sumner, *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce, European Family Law Series No. 2*, Intersentia-Antwerp 2003.

<sup>78</sup> Repubblica Ceca, Danimarca, Inghilterra, Galles, Finlandia, Ungheria, Irlanda, Paesi Bassi, Scozia e Svizzera.

<sup>79</sup> Vedi la Germania e i paragrafi 1570-1576 BGB.

giudice è chiamato a considerare al momento della quantificazione dell'assegno. La loro positivizzazione a opera del legislatore italiano sarebbe altamente auspicabile dato che, per ora, trovano una corrispondenza solo nelle pronunce giurisprudenziali più recenti, senza però avere una corrispondenza normativa ed essendo solo criteri ai quali il giudice può attingere ma non è obbligato a farlo.

Nei criteri della “capacità lavorativa dei coniugi, dell'età, dello stato di salute<sup>80</sup>” si trovano gli aspetti solidaristico-assistenziali dell'assegno; in quelli della “cura dei figli minori e della ripartizione dei doveri durante il matrimonio” gli aspetti compensativi;<sup>81</sup> in quelli della “durata del matrimonio e del tenore di vita goduto” la tutela delle aspettative generate dalla relazione nel programmare il proprio futuro; in quello del “qualsiasi successivo matrimonio o convivenza duratura” un modo per considerare le sopravvenienze e il diritto ad avere una nuova famiglia.

Per il nostro Paese sarebbe utile anche dotarsi di standard in grado di coadiuvare le Corti nella definizione dell'ammontare dell'assegno. Sarebbe opportuno fornire ai giudici uno strumento dal quale partire per poi adattare la somma in base a tutte le circostanze rilevanti per il singolo caso concreto. In Germania, Paesi Bassi e Svezia, ad esempio, esistono dei metodi di calcolo standardizzati dell'assegno divorzile accompagnati da linee guida per i giudici. In altri Paesi, come la Norvegia o l'Austria, il sistema è meno elaborato ma comunque presenta alcuni criteri volti a una standardizzazione che consistono, ad esempio: in Norvegia nel 30 % del reddito netto mensile in caso l'ex coniuge richiedente non abbia un proprio reddito; in Austria nel 33% se il richiedente non ha un proprio reddito e nel 40% del reddito netto comune meno il reddito percepito dal richiedente se quest'ultimo ne possiede uno.

Il Principio 2.6 contempla la cosiddetta “*hardship clause*” la quale prevede che in caso di accordi particolarmente onerosi per il coniuge obbligato l'autorità giudiziaria possa negare, limitare o far cessare l'obbligo di mantenimento in relazione alle condotte del coniuge creditore.

Questa previsione è comune alla maggior parte dei Paesi europei. Una condotta disdicevole di un coniuge austriaco può comportare per lui una limitazione del *quantum* dell'assegno. In Portogallo, invece, l'art. 2016 del Codice Civile dispone che solo il coniuge senza colpa (o meno colpevole) ha diritto a ricevere il mantenimento. Anche in Polonia il coniuge ha diritto all'assegno divorzile solo se non è a lui addebitabile la causa del divorzio.

Talvolta, la presenza di una *hardship clause* molto generale ha indotto la giurisprudenza a limitarne gli effetti solo in circostanze particolarmente gravi, come il tentativo di uccidere il coniuge o la lesione del suo onore o reputazione (come accade nei Paesi Bassi), o l'uso improprio dei fondi familiari (come in Inghilterra).

In altri Paesi, infine, esistono delle specifiche e precise *hardship clauses*, come in Grecia, dove il coniuge non ha diritto di ricevere l'assegno divorzile (o se lo ha gli

---

<sup>80</sup> In Svezia il divorzio viene spesso inteso come il momento di rottura di qualsiasi rapporto economico e patrimoniale tra le parti. Tuttavia viene riconosciuto un mantenimento se il coniuge necessita di un sostegno economico temporaneo per portare a termine il suo percorso educativo o trovare lavoro.

<sup>81</sup> In Svizzera il criterio della divisione dei doveri tra gli sposi è il primo tra quelli menzionati dall'art. 125.2 ZGB.

viene revocato) nel caso in cui abbia deliberatamente causato il suo stato di povertà; oppure in Germania, dove il mantenimento può essere negato, sospeso, ridotto, revocato in uno dei casi elencati al par. 1579 BGB che rappresentano situazioni nelle quali la richiesta di mantenimento è considerata fortemente ingiusta.

Tenere in considerazione il comportamento del coniuge creditore è prassi comune in numerosissimi Paesi, ad eccezione dell'Italia, in quanto il principio di solidarietà mal dovrebbe tollerare l'irricoscenza. Il rispetto reciproco, anche dopo la conclusione del rapporto, dovrebbe essere un obiettivo da perseguire da parte di entrambi i coniugi. La legge, prevedendo *hardship clauses*, induce a tenere e mantenere un certo comportamento laddove questo non sia spontaneamente assunto dalle parti.

Un altro Principio che contempla un *common core* dei Paesi europei è il 2.8, ossia la durata a termine dell'assegno divorzile. Se la regola è quella dell'indipendenza economica dei soggetti dopo la conclusione del rapporto, gli obblighi di mantenimento non dovrebbero durare per sempre ma solo il tempo da consentire al coniuge debole di riappropriarsi della sua esistenza da soggetto singolo.

In alcuni casi, tuttavia, alcune circostanze come l'età, la durata del matrimonio, la malattia possono giustificare l'assegnazione di una somma periodica senza la previsione di un termine.

Per la maggior parte degli Stati l'assegno a termine è la regola, mentre l'assenza di termine l'eccezione<sup>82</sup>, per altri vige il principio contrario<sup>83</sup>, ma rimane il fatto che al giudice viene sempre lasciata la discrezionalità di calibrare la sua durata.

Infine, la sezione 2 dei principi conclude con una previsione volta a incentivare e valorizzare il massimo accordo tra i coniugi in merito al mantenimento.

Il CEFL ha predisposto anche una serie di Principi in merito alle relazioni patrimoniali dei coniugi in fase fisiologica.

PREAMBLE	
Recognising that, notwithstanding the <b>existing diversities between national family law systems</b> , there is nevertheless a <b>growing convergence of laws</b> ; Recognising that the <b>free movement of persons</b> within Europe is hindered by the remaining differences; Desiring to <b>contribute to common European values regarding the equality of spouses</b> ; Desiring to <b>strike a balance between the spouses' private autonomy and their solidarity</b> ; Desiring to <b>contribute to the welfare of the family</b> ; Desiring to <b>secure the protection of the family home</b> ; Desiring to guarantee each spouse a <b>fair share in the property acquired during the marriage</b> ; Desiring to <b>contribute to the harmonisation</b> of family law in Europe and to <b>strengthen the rights of its citizens</b> ; The Commission on European Family Law recommends the following Principles:	
Principle 4:1 General application	The Principles contained in this Chapter <b>apply irrespective of the matrimonial property regime</b> .
Principle 4:2 Equality of the spouses	Both spouses have <b>equal rights and duties</b> .
Principle 4:3 Legal capacity of the spouses	Subject to the following Principles, <b>each spouse</b> has full legal capacity and in particular <b>is free to enter into legal transactions with the other spouse and with third persons</b> .
Principle 4:4 Contribution to the needs of the family	(1) Each spouse should contribute to the needs of the family according to his or her ability. (2) The contribution to the

<sup>82</sup> Generalmente, in Olanda l'assegno ha durata di 12 anni, in Danimarca 10, in Polonia 5, in Svezia 4, mentre in Repubblica Ceca, Bulgaria, Norvegia solo 3.

<sup>83</sup> In Germania e Belgio l'assegno ha durata per tutta la vita del beneficiario, ma il raggiungimento dell'indipendenza economica può giustificare la sua sospensione o revoca.

needs of the family encompasses contributions to the running of the household, the personal needs of the spouses and the maintenance, upbringing and education of the children. (3) If a spouse does not fulfill his or her obligation to contribute to the needs of the family the other spouse may request the competent authority to determine the contribution.

Principle 4:5 Protection of the family home and household goods

(1) Any act of disposal of rights to the family home or household goods requires the consent of both spouses. (2) Any act of disposal by one spouse without the consent of the other is valid if

the latter ratifies it. (3) If a spouse refuses or is unable to give consent, the other spouse may request authorisation by the competent authority. (4) Any act of disposal in breach of the preceding paragraphs may be annulled by the competent authority upon the application of the non-consenting spouse.

Principle 4:6 Protection of the leased family home

(1) Where the family home is leased to one spouse, the lease is deemed to belong to both spouses, even if it has been concluded before the marriage. (2) One spouse may not terminate or modify the lease without the consent of the other. (3) The landlord should notify both spouses to terminate the lease.

Principle 4:7 Representation

(1) One spouse may authorise the other spouse to represent him or her in legal transactions. (2) When a spouse is unable to express his or her intentions, the competent authority may authorise the other spouse (a) to act alone where the consent of his or her spouse would otherwise be required; (b) to represent his or her spouse when the latter has the power to act alone.

Principle 4:8 Duty to inform

Each spouse has the duty to inform the other about his or her assets and debts and about significant acts of administration in so far as it is necessary to enable the other to exercise his or her rights.

Principle 4:9 **Freedom to enter into marital property agreements**

**Spouses should be free to enter into agreements determining their marital property relationship.**

## CHAPTER II: MARITAL PROPERTY AGREEMENTS

Principle 4:10 Concept

**(1) In a marital property agreement made before the marriage the future spouses may choose their matrimonial property regime. (2) During the marriage the spouses may modify their matrimonial property regime or change it for another regime.**

Principle 4:11 **Form** requirements

**Marital property agreements should be drawn up by a notary or other legal professional with comparable functions, be dated and should be signed by both spouses.**

Principle 4:12 **Disclosure**

**When entering into a marital property agreement the spouses should be under a mutual duty to disclose their assets and debts.**

Principle 4:13 **Obligations of a notary or other legal professional** with comparable functions

The notary or other legal professional with comparable functions should (a) **give impartial advice to each spouse separately**, (b) **ensure that each spouse understands the legal consequences of the marital property agreement**, and (c) ensure that both spouses **freely consent to the agreement**.

Principle 4:14 Effects as against third parties

As against third parties marital property agreements are binding if at the time of making the transactions with a spouse (a) **such information is publically documented**; or (b) **they knew of the relevant parts of the agreement**.

Principle 4:15 **Exceptional hardship**

**Having regard to the circumstances when the agreement was concluded or those subsequently arising, the competent authority may, in cases of exceptional hardship, set aside or adjust a marital property agreement.**

## CHAPTER III: MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES

SECTION A: PARTICIPATION IN ACQUISITIONS

SECTION B: COMMUNITY OF ACQUISITIONS

(...)

Benché in questo lavoro ci si sia prefissati l'obiettivo di approfondire la tematica degli accordi (pre)matrimoniali della relazione alla crisi, merita porre brevemente l'attenzione anche sui Principi che il CEFL ha individuato in merito agli aspetti patrimoniali del momento fisiologico del rapporto di coniugio.

Non si approfondirà il capitolo terzo di questi Principi in quanto inerente specificamente ai regimi patrimoniali suggeriti dalla Commissione, ma ci si concentrerà nei primi due Capitoli.

Nel Primo Capitolo, infatti, vengono individuati alcuni Principi generali, valevoli per qualunque sia il regime patrimoniale prescelto dalle parti.

Fin dalla prima lettura si nota come il CEFL suggerisca di accentuare la libertà contrattuale dei coniugi concedendo loro piena autonomia nell'accordarsi in merito alle questioni economiche della loro relazione.

Ma è nel secondo capitolo che è possibile scorgere alcuni elementi ancor più rilevanti.

Indipendentemente dal regime patrimoniale previsto dalla legge, sia esso la "comunione degli acquisti" o la "partecipazione negli acquisti" così come suggerito dalla Commissione, ai coniugi viene data possibilità non solo di scegliere liberamente il proprio regime patrimoniale, ma anche quella di modificarlo e adattarlo alle proprie specifiche esigenze attraverso un "*agreement*" (contratto).

La suggestione che è possibile trarre, quindi, è l'invito ai legislatori dei Paesi di non costringere ogni relazione ad adattarsi all'interno di stretti schemi predefiniti e forniti da modelli standard, ma dare la possibilità, partendo da uno dei regimi previsti dalla legge, di modellarlo secondo le proprie necessità.

La tutela dei soggetti terzi viene garantita tramite la conoscenza a cui essi devono essere portati della scelta del regime patrimoniale e dell'accordo annesso, così come previsto dal Principio 4.14.

Il Principio 4.10, nel parlare genericamente di *agreement* da stipulare prima o durante il matrimonio, lascia pensare alla sostanziale equiparazione di questi contratti, così come si ha avuto modo di suggerire parlando di contratti (pre)matrimoniali.

Non ci sono limiti di contenuto, ossia non si parla di momento fisiologico o patologico, ma solo della libertà delle parti di accordarsi, prima o durante il matrimonio, sui propri aspetti patrimoniali<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Moltissimi Stati Europei prevedono la possibilità di derogare ai regimi legali patrimoniali a mezzo di contratti prematrimoniali o postmatrimoniali i quali non vengono sostanzialmente qualificati diversamente dal punto di vista giuridico. Per citarne alcuni, Austria, Belgio, Catalonia, Danimarca, Inghilterra e Galles, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Irlanda, Lituania, Norvegia, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo (solo con accordo prematrimoniale), Scozia, Spagna, Svizzera, Svezia. Eccettuano a questa regola, oltre all'Italia, solo Malta e la Slovacchia. Sul punto, ottime ricostruzioni e riflessioni sono quelle di: SCHERPE, *Contracting out of the default relationship property regime – comparative observations*, in Palmer, Peart, Briggs And Henaghan (eds.), *Law and Policy in Modern Family Finance – Property Division in the 21st Century*, Intersentia Publishing, 2017, 358-392.

I vincoli (o limiti) di questa contrattazione li si trovano espressi nei Principi successivi. Al punto 4.11 si trovano alcuni requisiti di forma: il contratto (pre)matrimoniale deve essere redatto da un notaio o da un altro professionista giuridico (nel nostro ordinamento si parlerebbe di un avvocato), datato e firmato da entrambe le parti.

Il Principio 4.12, invece, prescrive alcuni obblighi di *disclosure*, ossia di dichiarare apertamente i propri averi e i propri debiti.

Gli obblighi del professionista incaricato sono invece evidenziati al principio 4.13 e si tratta di: a) dare consulenza imparziale e separata a entrambi i coniugi; b) assicurarsi che entrambe le parti comprendano le conseguenze dell'accordo; c) accertarsi che entrambi gli sposi acconsentano liberamente alla stipulazione del contratto.

Il CEFL, inoltre, non si accontenta di una correttezza, per così dire, formale dell'accordo, ma lascia aperta la porta a una correzione sostanziale del suo contenuto a opera dell'autorità competente (che non può non essere l'AG) in casi di eccezionale "durezza" delle clausole. Il Principio 4.15 chiede al giudice, infatti, di soprassedere o "aggiustare" il contratto stipulato dai coniugi in determinate situazioni.

Quanto a quest'ultimo punto si avrà modo di disquisire approfonditamente in seguito, allorché si forniranno delle suggestioni sui modi e sulle ragioni del controllo sostanziale dell'autorità giudiziaria.

Ci si concentri, invece, sui requisiti formali che un contratto (pre)matrimoniale dovrebbe avere, traendo ispirazione dallo spirito di armonizzazione europeo.

## **9. Strutturare la forma di un contratto (pre)matrimoniale.**

Si analizzino ora quali potrebbero essere i requisiti di validità di un accordo (pre)matrimoniale allorché il legislatore italiano volesse intervenire nella materia o, più semplicemente, i giudici, decidendo di mutare orientamento considerando gli insegnamenti della TCR, potrebbero essere chiamati a considerare per accertare la validità dell'accordo.

È possibile sostenere che "volontà, forma, informazione, rinegoziazione" siano i quattro pilastri procedurali per un contratto (pre)matrimoniale equo.

A) Volontarietà. In quanto contratto, è in primo luogo assoggettato alle stesse regole generali previste dal codice in materia<sup>85</sup>.

È necessario, inoltre, che l'accordo sia frutto della libera scelta delle parti<sup>86</sup>.

La prima valutazione dovrà quindi riguardare i tradizionali vizi della volontà: incapacità; dolo, violenza ed errore.<sup>87</sup>

La volontà potrebbe non essere considerata libera anche in altre circostanze

---

<sup>85</sup> A prevedere l'assoggettamento alle medesime regole generali previste in materia contrattuale sono: Austria, Belgio (consenso, competenza, ammissibilità giuridica dell'oggetto, oggetto certo), Ungheria, Paesi Bassi, Germania, Danimarca, Ungheria, Russia, Scozia, Svezia, Svizzera.

<sup>86</sup> La libera volontà (e la presenza di vizi) come requisito a pena di nullità è espressamente prevista in: Belgio, Catalonia, Danimarca, Scozia. Generalmente, in tutti gli Stati si fa riferimento a un generico "mutuo consenso", mentre alcuni stati elencano i vizi della volontà che possono inficiare la validità dell'accordo.

<sup>87</sup> Sulla razionalità limitata dei coniugi un interessante lettura è ATWOOD, *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, 54 *Arizona Law Review*, 11, 2012.

concrete come, ad esempio, la sottoposizione di un contratto appena prima di celebrare la cerimonia nuziale<sup>88</sup>.

Per far fronte a questo problema si potrebbe introdurre un periodo di “ripensamento” oppure imporre un termine da rispettare tra la stipulazione dell’accordo e la data del matrimonio.<sup>89</sup>

B) Informazione. Per impedire lo sfruttamento di informazioni asimmetriche<sup>90</sup> nella contrattazione strategica<sup>91</sup> diversi sono gli strumenti che potrebbero essere previsti.

*In primis* un obbligo di divulgazione degli aspetti attivi e passivi del proprio patrimonio<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> Per ulteriori approfondimenti si legga RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, op. cit., 69 ss.

<sup>89</sup> L’importanza del requisito della volontà, la sua strutturazione e alcuni esempi sono ben descritti nel saggio di BIEMILLER, *The uncertain enforceability of prenuptial agreements: why the “extreme” approach in Pennsylvania is the right approach for review*, in *Drexel Law Review*, 6, 2013, 133 ss., che, sebbene con specifico riferimento al modello Americano, fornisce delle suggestioni vevolevoli anche per l’ordinamento italiano. Lo stesso dicasi per McATAMNEY, *Balancing Fairness and Predictability: An Analysis of Proposed Modifications to Standards Regarding the Enforcement of Prenuptial Agreements*, 2015, disponibile in: <http://digitalcommons.law.msu.edu/king/207>. Ultimo accesso 10.04.2020. L’autore, criticando gli UPAA, suggerisce l’importanza di avere standard ben definiti enucleandone tre principali: tempo-*disclosure*-avvertimento.

<sup>90</sup> Il tema della “contrattualizzazione del diritto di famiglia” e dei problemi dovuti ai deficit informativi dei coniugi (sia sui presupposti di fatto presenti al tempo della conclusione dell’accordo che sulle prerogative riconosciute a ognuno dalla legge), all’incapacità di prevedere i mutamenti futuri delle condizioni economiche e personali di uno dei due contraenti si possono leggere i seguenti saggi: MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, op. cit., 100-102; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, op. cit., 45 ss., 58, nota 45; MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 211-214.

<sup>91</sup> BROWN, *Optimal marriage contracts*, *The Journal of Human Resources*, 27, 1991, 534-550; PETERS, *Marriage and divorce*, op. cit., 437-454.

<sup>92</sup> In Germania non è previsto un obbligo generale di *full disclosure*, ma i giudici lo ritengono necessario alla luce dei principi di buona fede e cooperazione che esistono in materia matrimoniale. Lo stesso accade nei Paesi Bassi. Similmente in Svizzera, dove però i giudici fanno discendere quest’obbligo direttamente dalle norme generali in materia contrattuale al fine di comprendere se l’accordo è stato frutto di errore, frode, falsa rappresentazione o coercizione. In Scozia l’accordo ha validità solo se “*fair*” and “*reasonable*” nel momento in cui si richiede di darne esecuzione. Per tale ragione i giudici scozzesi ritengono imprescindibile che, al momento della sottoscrizione, ci sia stata una informazione chiara reciproca degli assetti attivi e passivi. A favore del riconoscimento della validità dei contratti in vista di una crisi eventuale il prof. Palazzo individua alcuni elementi importanti per il riconoscimento di tali accordi. Tra questi, vi è proprio un *full disclosure*. Cfr. PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 287 ss.

*In secundis*, il sostegno di un notaio<sup>93</sup> o di un legale<sup>94</sup>, soggetti terzi e imparziali<sup>95</sup>, in grado di spiegare il contenuto pratico dell'accordo e delle rinunce<sup>96</sup>. Si tratta di

---

<sup>93</sup> Che debba essere un notaio o un legale è una questione dibattuta, specie tra i due ordini di professionisti, i quali avanzano entrambi valide ragioni per essere incaricati della questione. A titolo esemplificativo, i Notai hanno avanzato una loro proposta in tema di accordi prematrimoniali (vedi: *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali, convenienze, successioni*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011) basandosi sul “nuovo ruolo del notaio” nella società contemporanea. Vedi LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in Furguele (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 387 ss.; Id., *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 761; PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 6, 584 ss.

<sup>94</sup> Sull'importanza del ruolo dell'avvocato e delle informazioni da condividere col cliente in modo da garantire una “giustizia procedurale” al fine di consentire al coniuge di esprimere, in relazione alle circostanze esistenti, un consenso all'accordo negoziale consapevole, congruamente e ragionevolmente formato (considerazioni partendo dall'accordo di negoziazione assistita) si legga BARCELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, op. cit., 325 ss.; MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, 157 ss.; FRANCO, *L'autonomia negoziale nel governo della crisi familiare: spinte evolutive e persistenti resistenze*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 166 ss.

<sup>95</sup> cfr. Sul requisito dell'*independent legal or financial advice*, cfr. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale*, op. cit., 153 ss.

<sup>96</sup> In Irlanda, nel 2006, è stata chiesto da un Governmental Study Group di introdurre un nuovo art. S. 20(3)(A) alla legge sul divorzio che preveda che gli accordi prematrimoniali siano validi solo se sottoscritti da entrambe le parti in presenza di un testimone (ed eventualmente da un avvocato) e che le parti abbiano ricevuto un'effettiva consulenza legale separata in merito al significato e ai contenuti pratici del contratto. Inoltre, si richiede di introdurre una *disclosure* di tutte le sostanze e un periodo di almeno 28 giorni tra la data di sottoscrizione e quella di celebrazione delle nozze. Cfr. SHANNON, *Pre-nuptial agreement*, in Boele-Woekli et Al. (eds), *European Family law in action, volume IV: property relations between spouses*, Q. 191, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009.

In Austria è dovere del notaio (legge notarile austriaca par. 52): comprendere la capacità delle parti di capire e disporre; spiegare alle parti gli obiettivi e le conseguenze pratiche dell'accordo; assicurarsi della serietà delle intenzioni delle parti. Questo dovere si considera assolto se le parti: hanno già ricevuto consulenza legale; sono esse stesse operatori giuridici (ad es. avvocati); o se la spiegazione di un certo punto risulterebbe del tutto inutile. Il mancato supporto legale non rende nullo il contratto (pre)matrimoniale, ma espone il notaio al rischio di dover risarcire le parti per i danni eventualmente causati da questa mancanza. Simile al caso Austriaco è quello Belga, dove il notaio (ex art. 9 legge notarile belga) deve informare in maniera completa e oggettiva le parti su ogni possibile aspetto fiscale ed economico conseguente alla stipulazione dell'accordo. Nel caso rinvenga la presenza di condizioni squilibrate o interessi in contrapposizione è chiamato a ricordare alle parti che possono richiedere l'assistenza sul punto di un legale o di un altro notaio. Si espone a personale responsabilità anche il notaio Catalano, il quale è obbligato a prestare consulenza su ogni aspetto del contratto matrimoniale. Inoltre è chiamato a capire, interpretare e adattare al caso concreto la volontà delle parti a lui esposta. Ciò accade anche in Francia, Germania, Grecia, Paesi Bassi, Portogallo, Russia, Spagna, Svizzera. In Lituania e Malta la mancanza di spiegazioni dettagliate da parte del notaio può comportare la nullità del contratto per errore. In Danimarca, Finlandia, Irlanda, Norvegia, Svezia gli sposi sono liberi di stipulare l'accordo con o senza il supporto di un avvocato. Se presente quest'ultimo, egli ha l'obbligo di fornire alle parti ogni spiegazione e supporto necessario. In Scozia non esiste alcun obbligo. Tuttavia, nel momento in cui le Corti analizzano il contratto (pre)matrimoniale si servono di tutti gli elementi esistenti per capire se lo stesso è nullo o valido. Tra queste circostanze rileva la conoscenza delle clausole contrattuali che le parti avevano al momento della stipulazione dell'accordo. In assenza di questa l'accordo potrebbe essere considerato irragionevole e ingiusto.

un utile strumento di “giustizia procedurale”, che si trovano anche in altri settori del diritto italiano, specie in ambito di contrattazione d’impresa, ove si fa spesso ricorso a forme di assistenza del contraente in fase di negoziazione, talvolta col fine di permettere di derogare a discipline di carattere imperativo<sup>97</sup>.

Il professionista che assistesse il coniuge nella conclusione dell’accordo sarebbe chiamato a certificarne la conformità con l’ordine pubblico, assumendo così il ruolo di garante delle posizioni soggettive tutelate da norme di carattere imperativo<sup>98</sup>. Egli, perciò, avrebbe in primo luogo il dovere di far comprendere al proprio assistito l’esistenza di diritti inderogabili e, successivamente, fornirgli informazioni in merito a quelli di natura derogabile.

Il rapporto tra professionista e assistito dovrebbe condurre alla formazione nella mente di quest’ultimo della piena consapevolezza in merito al significato e alla convenienza di regolare pattiziamente la propria relazione coniugale<sup>99</sup>.

Si potrebbe immaginare l’esistenza in capo al professionista e reciprocamente tra le parti del medesimo dovere di lealtà nella negoziazione disciplinato dagli artt. 2 c. 1 e 9 c. 2 della l. n. 162 del 2014<sup>100</sup>. Conseguentemente, sul primo graverebbero obblighi di protezione verso la controparte del proprio assistito, mentre tra i coniugi sussisterebbe un reciproco dovere di scambiarsi ogni informazione ritenuta rilevante e utile alla costituzione del contratto *in fieri*, a pena di incorrere in una responsabilità precontrattuale<sup>101</sup> (nonché nella nullità dell’accordo stesso).

Un dovere non certamente “inedito” ma già desumibile nel nostro ordinamento sulla scorta della clausola di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto<sup>102</sup>.

---

L’*“Independent legal counsel”* è un argomento molto discusso nella dottrina americana. Molti autori si interrogano su quale debba essere il significato da dare a tale locuzione prevista nell’UPAA e forniscono suggestioni volte al miglioramento della situazione esistente. Per approfondimenti cfr., *ex multis*, SCHEMBRI, *Prenuptial Agreements and the Significance of Independent Counsel*, in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 17, 2, 2003, 313 ss.

<sup>97</sup> Per la dottrina italiana, in particolare in merito al fenomeno della “giustizia procedurale” con specifico riferimento alla negoziazione assistita si legga GENTILI, *Relazione*, in AA.VV., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro. Atti del convegno - Roma 7 maggio 2004*, Torino, 2005, 31 ss., 44 e Id., *L’autonomia assistita nel diritto privato*, in Perone - Vallebona (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004, 386 ss. Con particolare riferimento all’incidenza delle tecniche dell’autonomia privata assistita sul rapporto contrattuale, cfr. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 394 ss. Si veda, inoltre, BATTELLI, *I contratti-tipo*, Napoli, 2017, 334-335.

<sup>98</sup> TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e degiurisdizionalizzazione alla luce delle recenti riforme*, op. cit., 1144; a parere di SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 304, tra i doveri inderogabili della relazione coniugale, ex art. 2 Cost., rientrano pure quelli attinenti ai rapporti economici nella separazione e nel divorzio.

<sup>99</sup> NIVARRA, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2016, 9.

<sup>100</sup> In assenza della quale vi sarebbe una vera e propria responsabilità contrattuale, come spiega DELLE MONACHE, *Profili civilistici della negoziazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, 105 ss., 122-124

<sup>101</sup> Così sostiene, abbondantemente argomentando, GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, op. cit., 92.

<sup>102</sup> In merito a una possibile responsabilità per violazione degli obblighi di buona fede cfr. FER-RANDO, *Il matrimonio*, op. cit., 132.

Così inteso, diverrebbe concepibile anche nel nostro ordinamento un *duty of full disclosure* che in altri sistemi costituisce un'utile salvaguardia nei confronti dei rischi di razionalità limitata dei contraenti<sup>103</sup>.

C). Forma. La forma scritta e l'obbligo di pubblicazione risolverebbero il problema della conoscenza e dell'affidamento sia tra i coniugi che tra i coniugi e i terzi<sup>104</sup>.

D) Rinegoziabilità. Per quanto si possa immaginare di prevedere tutte le circostanze future, il contratto perfetto (come si è già detto) non esiste.

Impossibile è, inoltre, prevedere tutte le sopravvenienze in grado di mutare le circostanze nelle quali il contratto era stato immaginato e siglato<sup>105</sup>.

Un contratto equo, dunque, dovrebbe contenere delle clausole in grado di imporre ai soggetti di rinegoziare i contenuti ogniqualvolta vi fossero delle sopravvenienze importanti imprevedute o imprevedibili al momento della sua stipulazione (si pensi alla nascita di un figlio).

Inoltre, è possibile sostenere che a un contratto (pre)matrimoniale stipulato molti anni prima del divorzio e mai emendato non debba darsi esecuzione ogniqualvolta non sia più in linea con gli aspetti relazionali dei coniugi. Ricordando gli insegnamenti della TCR le parti, nel corso del tempo, tendono progressivamente ad allontanarsi dalle norme scritte all'interno del contratto, adattando il proprio comportamento all'evoluzione della loro relazione. Più ci si distanzia temporalmente dalla data di stipulazione del contratto, dunque, e più l'accordo risulterà essere obsoleto e non più idoneo a regolare la loro relazione.

In altre parole, proprio con riferimento ai contratti di durata diviene di fondamentale importanza introdurre delle "clausole di rinegoziazione" che consentono di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze con l'effetto principale di assicurare maggiore stabilità e durata al vincolo<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Così MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, op. cit., 230. In Italia, anche una certa dottrina ha trattato il tema della rilevanza della disclosure, sebbene con particolare riferimento limitatamente agli accordi in sede di separazione e divorzio. Cfr. RIMINI, *L'accertamento del reddito e del patrimonio delle parti nei giudizi di separazione e divorzio: proposta per un modello di disclosure*, in *Fam. e Dir.*, 2011, 739 ss.

<sup>104</sup> Assoggettati all'obbligo di registrazione notarile e pubblicazione come requisito di validità sono gli accordi (pre)matrimoniali di Austria, Svezia, Danimarca, Paesi Bassi, Catalonia, Germania, Grecia, Ungheria (basta la firma di un avvocato), Paesi Bassi, Norvegia (si richiede la presenza di due testimoni), Polonia, Portogallo (davanti a un ufficiale di stato civile o con atto pubblico), Spagna, Svizzera (sebbene si ammetta la scrittura privata per alcuni singoli accordi in materia patrimoniale).

<sup>105</sup> Gli Stati Europei tendono a dare molta importanza ai fatti e alle circostanze tali da non rendere più attuale il contratto (pre)matrimoniale. In Irlanda, per esempio, si consiglia una revisione degli accordi ogni 3-5 anni o quando si verificano situazioni di particolare importanza come la nascita di un figlio. In Italia, ad essersi occupato del rapporto tra il principio del *rebus sic stantibus* e gli accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio facendo un'ottima panoramica delle posizioni dottrinali esistenti si veda BALLERINI, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, I, 1 ss., 42. In Russia e in Svezia, le circostanze sopravvenute possono essere valutate dal giudice per dichiarare la nullità dell'accordo.

<sup>106</sup> Proprio con riferimento ai contratti di durata (categoria di cui anche i contratti della crisi eventuale, come si ha avuto modo di spiegare, fanno parte) il tema delle clausole di rinegoziazione riecheggia frequentemente nella dottrina italiana. Cfr. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 175; CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 13; GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;

La considerazione delle circostanze sopravvenute appare inoltre funzionale per garantire l'economia del contratto stesso<sup>107</sup>. Concentrarsi sull'importanza di quest'ultima ci porta alla rilettura del principio di vincolatività dell'accordo ex 1372 c.c. Se il contratto "ha forza di legge tra le parti" esso produce quegli effetti, e solo quelli, leggibili nel testo contrattuale così come voluto dalle parti al momento della stipulazione del vincolo. Se, come è stato detto, l'"autonomia della volontà è un mito", ciò che conta non è tanto ricostruire un'inafferrabile volontà contrattuale, quanto piuttosto individuare e attuare gli interessi sottesi al contratto<sup>108</sup>.

Di "valorizzazione delle sopravvenienze" il nostro diritto positivo è già costellato: si pensi ad esempio all'impossibilità sopravvenuta, alle mutate condizioni economiche di una delle parti contrattuali, all'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>109</sup>.

Alle parti potrebbe essere dato il potere di dare rilievo alle sopravvenienze introducendo obblighi di rinegoziazione o strumenti facilitatori di essa (come la mediazione), nonché di prevedere le conseguenze nel caso di fallimento della rinegoziazione quali, ad esempio, la risoluzione del contratto o l'intervento sostitutivo di un terzo.<sup>110</sup>

Si parla spesso di "clausole di rinegoziazione" al plurale per sottolineare il fatto che, nonostante la condivisione della funzione, si tratta di clausole con i contenuti e gli effetti più svariati, frutto della fantasia dei privati che vogliono costruire uno strumento di protezione che si adatti perfettamente al particolare problema da loro percepito. Nel caso di sopravvenienze alcune, ad esempio, si limitano a prevedere la facoltà delle parti di dar avvio a una trattativa per la rinegoziazione dei termini

---

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 63 ss.; GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 193; DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, 491 ss.; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impr.*, 2002, 774 ss.; GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, ivi, 701-724; ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 2006, 478 ss.; AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 405; AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, 160 ss.; MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, 1026; LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179 ss.; DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, 1443 ss. Per la letteratura straniera si veda WALKER - SALT, *Resilience Thinking*, Washington, 2006; DCHANDLER, *Resilience. The governance of complexity*, London, 2014.

<sup>107</sup> PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, 25.

<sup>108</sup> Ibid. 13 ss.

<sup>109</sup> Ma si ricordi anche di altre figure riconosciute dagli interpreti, come lo svilimento della controprestazione e della c.d. presupposizione. Cfr. sul punto AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali*, op. cit., 17 ss.

<sup>110</sup> Tali suggestioni sono di LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 243 ss.

contrattuali<sup>111</sup>. Altre, invece, prevedono un obbligo per le parti di avviare una rinegoziazione finalizzata alla modificazione concorde dei contenuti originali dell'accordo nel rispetto dell'economia del contratto. Questo tipo di clausole di rinegoziazione contengono il dovere di ricevere e pronunciarsi sulle proposte provenienti dall'altra parte e, talvolta, anche le regole sul come e quando dar avvio alla rinegoziazione.

Infine, esistono clausole che non solo prevedono l'obbligo di rinegoziare alcuni termini contrattuali in caso di eventi sopravvenuti inattesi o imprevisi, ma anche indicano specificamente i criteri che devono essere seguiti per la modifica contrattuale. In alcuni casi, addirittura, vengono già previste le situazioni in cui una clausola deve essere automaticamente sostituita da un'altra scritta appositamente per far fronte a tale evenienza<sup>112</sup>.

Tuttavia, anche la previsione di una serie di clausole di rinegoziazione a opera dei contraenti non può mai dirsi completa, non potendo le parti prevedere tutte le possibili sopravvenienze. Mediante un'opera interpretativa, però, è possibile integrare il novero delle condizioni e dei criteri di rinegoziazione previsti espressamente dalle parti, col fine di attuare pienamente gli interessi delle parti che traspaiono dall'esistenza stessa delle clausole di rinegoziazione<sup>113</sup>.

Trattandosi di contratto, infatti, esso rimane soggetto alle canoniche regole in materia di interpretazione. Inoltre, poiché l'avversarsi delle condizioni previste da una clausola contrattuale in materia di rinegoziazione rappresenta pur sempre un obbligo contrattuale, si tratterà sempre di esecuzione di un obbligo contrattuale da compiersi alla luce del principio generale della buona fede ex art. 1375 c.c.,<sup>114</sup> col risultato che ulteriori obblighi rispetto a quelli testualmente previsti potrebbero essere individuati al fine di garantire l'interesse alla corretta esecuzione del contratto<sup>115</sup>.

E). Requisiti ulteriori. Diversi stati, pur trattando allo stesso modo contratti pre e post-matrimoniali impongono il rispetto di alcuni ulteriori requisiti a pena di nullità dell'accordo.

---

<sup>111</sup> Difficile dar rilievo giuridico a questo tipo di clausole di rinegoziazione. Anzi, la loro predisposizione pare quasi superflua dato che la possibilità di rinegoziare i termini contrattuali appartiene già all'autonomia delle parti senza la necessità di introdurre una previsione contrattuale *ad hoc*. Per approfondimenti si rinvia a: GENTILI, *La replica della stipula*, op. cit., 701.

<sup>112</sup> In tal caso non si tratta di una vera e propria rinegoziazione.

<sup>113</sup> Per il tema della cosiddetta "giurisprudenza integrativa" si veda, per tutte, Cass. 11 marzo 1996, n. 2001 in *Giust. civ. Mass.*, 1996 e, in dottrina (che parla spesso di "funzione correttiva"): BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto: artt. 1362-1371*, in *Commentario al codice civile Schlesinger*, Milano, 1991, 197.

<sup>114</sup> Secondo il pensiero della giurisprudenza maggioritaria: nell'esecuzione dei contratti "assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., contribuendo essi ad individuare obblighi, ulteriori o integrativi di quelli tipici del rapporto stesso, il cui inadempimento è patrimonialmente valutabile, ai sensi dell'art. 1174 c.c., e tale da giustificare una richiesta di risarcimento danni, purché siano specificati e provati i comportamenti pregiudizievoli e i loro concreti effetti lesivi". Così si è espressa Cass., 8 aprile 2014, n. 8153, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

<sup>115</sup> Per approfondimenti sulle clausole di rinegoziazione si legga LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, op. cit., 249-254 ss. In tale saggio, ad esempio, si affronta il problema dell'esecuzione di tali clausole.

Si vedano alcuni esempi.

In Austria è possibile definire preventivamente o in fase di crisi la divisione dei beni matrimoniali ma non è possibile rinunciare completamente a essi.

In Belgio, la libertà contrattuale dei coniugi è limitata dalla: sostenibilità finanziaria dello Stato (un accordo privato non deve portare il soggetto svantaggiato a dover fare affidamento sui programmi pubblici di assistenza sociale); pubblica morale; uguaglianza e capacità di contrattazione di entrambi i coniugi; limitazione indiretta della libertà personale; normativa in materia di mantenimento della prole<sup>116</sup>. L'accordo deve risultare nel complesso coerente e non deve contenere contraddizioni. Gli sposi devono garantire stabilità alle condizioni economiche della famiglia. È possibile modulare la compensazione che il coniuge più forte deve dare al più debole in caso di divorzio, ma mai escluderla del tutto.

In Francia si sottolinea che l'accordo non può essere contrario alla pubblica morale e ai diritti e doveri del matrimonio o in relazione ai figli<sup>117</sup>; inoltre, per i contratti postmatrimoniali, il regime patrimoniale può essere modificato solo dopo due anni dalla celebrazione del matrimonio ed esclusivamente: nell'interesse della famiglia, per mutua volontà, senza l'obiettivo di frodare i terzi e previa approvazione del giudice. Tutte le parti, inclusi i creditori, devono essere informate adeguatamente e possono fare opposizione.

Nei Paesi Bassi si fa riferimento a: “*boni mores*”, norme imperative e di sicurezza sociale olandesi, asimmetria nelle responsabilità per i debiti patrimoniali assunti per la famiglia.

## 10. Segue. Law in Practice (cenni).

Nel 2019 ha visto alla luce, dopo diversi anni di lavoro, un progetto condotto dall'UCERF (Centro di Europeo Ricerca in diritto di famiglia, Utrecht), l'Università di Utrecht, l'Università di Vienna, il CNUE (Consiglio dei Notai dell'Unione Europea), l'ELI (*European law Institute*, che raccoglie in sé professori, avvocati, esperti di diritto provenienti da ogni parte d'Europa) con il cofinanziamento del Programma di Giustizia dell'UE.

Il nome del progetto è: “*Empowering European Families, Towards more party autonomy in European family and succession law*”. L'obiettivo prefissato era quello di realizzare uno strumento ad uso e consumo delle coppie miste europee (coniugi, uniti civilmente e conviventi) e degli operatori del diritto, soprattutto avvocati e notai.

Il progetto si è proposto di ridurre gli ostacoli con cui le coppie internazionali sono solite confrontarsi, semplificare la libertà di movimento dei cittadini dell'UE, fornire certezza e prevedibilità dei risultati, ridurre il costo delle liti in materia di

<sup>116</sup> Anche se non previsto specificamente, gli aspetti economici della relazione tra genitori e figli non possono essere oggetto di contrattazione in quasi nessuno degli stati analizzati. Poche sono le eccezioni, tra le quali si cita la Spagna che consente di stipulare contratti prematrimoniali anche in materia di rapporti personali tra le parti.

<sup>117</sup> La Francia è un caso particolare perché da una parte consente ai coniugi di stabilire gli aspetti patrimoniali all'inizio del matrimonio prevedendo, invece, dei limiti in caso di modifica in corso di matrimonio. D'altra parte, tuttavia, vengono ammesse alcune clausole, come quella “Alsaziana” che prevedono che in caso di fallimento del matrimonio la comunione legale, inizialmente scelta, cessi con efficacia retroattiva, come se non fosse mai stato il regime patrimoniale prescelto.

diritto di famiglia e successorio, promuovere l'uso della mediazione all'interno dell'UE.

Sono stati realizzati tre *tool kit*: uno per il matrimonio, uno per l'unione civile e uno per le convivenze.

Come detto, il progetto si indirizza sia ai privati che agli operatori del diritto<sup>118</sup>.

Ai privati viene dedicato un documento informativo dal titolo "*prepare yourself: take independent legal advice*", in cui vengono spiegate molto semplicemente le ragioni per le quali è opportuno per la coppia transnazionale cercare un supporto tecnico-giuridico.

Accanto a questo documento ve ne è un altro, dal titolo "*explanatory note*", in cui l'ELI fornisce un'introduzione al progetto; chiarisce gli obiettivi; spiega il metodo di lavoro; presenta i risultati; illustra le ragioni dell'utilità per gli operatori del diritto e per le coppie transnazionali; dà un sintetico ma efficace inquadramento giuridico della situazione esistente, presentando le diverse opportunità che i Regolamenti Europei (e gli accordi bilaterali tra Stati) danno ai soggetti privati.

Infine, il *toolkit* costituisce un utilissimo strumento per gli operatori del diritto per fornire un "*independent legal advice*" alle coppie transnazionali.

Al punto 2 si trova una *checklist* di dodici questioni che, durante il colloquio con il proprio cliente, devono essere affrontati al fine di poter dare un'esaustiva panoramica degli aspetti giuridici e pratici delle scelte possibili.

Il punto 3, invece, è un modello contrattuale da compilare secondo le esigenze delle parti. In esso i coniugi: danno atto dei propri dati personali; della celebrazione del loro matrimonio; riconoscono di cooperare per raggiungere una situazione equa e giusta; scelgono la legge applicabile; scelgono il regime patrimoniale; possono scegliere di escludere o includere alcuni beni, di limitare la libera disposizione per alcuni di essi, di prevedere accordi speciali in deroga al regime patrimoniale prescelto (qui si possono prevedere quelli che comunemente vengono definiti accordi prematrimoniali o postmatrimoniali inerenti la fase fisiologica).

Il punto 3.3 è dedicato, invece, ai diritti connessi alla pensione.

Al punto 3.4., infine, si trattano gli aspetti patologici e gli sposi possono accordarsi su come affrontare le problematiche in materia patrimoniale in caso di eventuale separazione/divorzio.

In primo luogo si affronta il caso della separazione di fatto. Successivamente si trattano gli aspetti del mantenimento in caso di divorzio, separazione legale o di perdurante stato di separazione di fatto. (In questo punto si possono invece prevedere gli accordi (pre)matrimoniali che regolano la fase patologica in via preventiva).

Analizzando questa sezione emerge chiaramente l'ispirazione che il modello trae dai Principi del CEFL. Merita quindi dare uno sguardo al modo in cui è strutturato il punto b.

---

<sup>118</sup> Il sito del progetto è: [www.empoweringeuropeanfamilies.eu](http://www.empoweringeuropeanfamilies.eu)

- b.  The parties agree that, after a divorce, legal separation or expiry of a period of factual separation as specified in point 1, each spouse will seek to achieve self-sufficiency.

However, the economically stronger ex-spouse will pay maintenance to the other ex-spouse insofar and for as long as the other ex-spouse fulfills the conditions set out below and does not, despite best efforts, have sufficient means to maintain the specified standard of living.

The other ex-spouse ...	Relevant standard of living:			
	marital	adequate	minimum	no claim
(i) cannot be expected to earn a living due to care for common small children or sick/disabled family members. <sup>33</sup>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
(ii) is unable to earn a living due to relationship-generated disadvantages.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
(iii) is unable to earn a living due to age, health condition or lack of education.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
(iv) does not succeed in earning a living for other reasons.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
(v) .....	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
.....				

Maintenance shall not be due to the extent that the first ex-spouse would be deprived of the means required for the same standard of living.

 Tick exactly one box per line. Options shown dashed are particularly prone to be set aside by a court. Agreement is not recognised by courts in DK, FR, possibly not by courts in IT, NL, SE, if made before or during the marriage.

Rules concerning the modalities of how maintenance is to be provided as well as any special modifications, restrictions etc. under the designated law shall still apply. This includes the significance of maintenance rights or obligations either ex-spouse may have vis-à-vis new spouses, partners or children, or of misconduct on the part of an ex-spouse.

As far as possible under the applicable law, this obligation shall pass to the economically stronger ex-spouse's estate and heirs.<sup>34</sup>

Anche in questo caso viene lasciata libertà alle parti di prevedere “*special agreements*” in deroga alle regole appena specificate.

Successivamente, il modulo si concentra sulla casa familiare (punto 3.4) e sulle modalità di risoluzione delle eventuali controversie (punto 3.5), proponendo la scelta di una ADR (*Alternative dispute resolution*) o la ricerca di un accordo amichevole dinnanzi a un giudice. Viene data, infine, la possibilità di eleggere il foro competente scegliendo tra le diverse opzioni che il Regolamento del 2016 prevede<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> Le parti possono scegliere tra: a) Lo stesso Stato della legge che hanno scelto come a loro applicabile; b) il tribunale dello Stato in cui: entrambi hanno abituale residenza; avevano abituale residenza e adesso solo uno dei due continua ad averla; il convenuto ha abituale residenza; lo Stato di cui entrambi sono cittadini (e in cui possono o meno avere abituale residenza); c) lo Stato in cui il matrimonio è stato contratto.

Al punto 3.7, invece, vi sono alcune “*final provisions*” in cui le parti scelgono la data dalla quale l'accordo produrrà i propri effetti e si danno atto di alcuni aspetti come: che il contratto è stato stipulato in buona fede e a seguito di una “*fully disclosure*”; situazioni di particolare serietà in cui l'accordo potrà essere emendato; l'interpretazione del contratto in buona fede e le previsioni in caso di invalidità o inefficacia di alcune clausole; l'impossibilità di modificare l'accordo unilateralmente; l'impegno a rivedere periodicamente ed eventualmente modificare il contratto in caso vi siano importanti cambiamenti nella relazione.

A seguito delle dichiarazioni finali (in cui le parti confermano di aver attentamente compreso le clausole e di essere state adeguatamente istruite) viene posto lo spazio per le firme.

Il Punto 4 del toolkit, infine, contiene una serie dettagliata di note utili per la sua compilazione, con dettagliati rimandi alle diverse singole leggi statali al fine di evitare possibili contrasti con le stesse.

## **11. L'Equità sostanziale o “come superare i problemi attraverso il controllo concreto del giudice”.**

Una volta soddisfatti i requisiti formali è importante chiedersi se la conformità a questi standard sia da sola bastevole.

Vi è chi sostiene<sup>120</sup> che il rispetto di vincoli procedurali e formali sia sufficiente. Anche nel caso in cui l'accordo dovesse risultare concretamente sproporzionato da un punto di vista economico, il giudice dovrebbe astenersi dall'entrare nel merito e darne esecuzione.

Questa è la soluzione adottata da diverse giurisdizioni americane, in particolare quelle che aderiscono allo *Uniform Premarital Agreement Act*<sup>121</sup> (UPAA).

Anche in questi stati, tuttavia, alcuni studiosi si sono interrogati sull'opportunità di concedere ai giudici il potere di rivedere il contenuto dei contratti (pre)matrimoniali nel caso in cui paiano essere sostanzialmente ingiusti<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> *Ex multis* BROD, *Pre-marital agreements and gender justice*, op. cit., 229–295.

<sup>121</sup> Per approfondimenti in lingua italiana sui *prenuptial agreement* americani cfr. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e Dir.*, 2005, 543 ss.; MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, in *www.dirittoeprocesso.com*, rivista giuridica on line, 2010.

<sup>122</sup> Anche la dottrina italiana si è occupata del ruolo del giudice sull'autonomia negoziale dei coniugi, soprattutto a seguito dell'introduzione della procedura di separazione e divorzio a mezzo di negoziazione assistita e in relazione a essa. Cfr. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, 146 ss.; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, op. cit., 330 ss.; e, sia pure limitatamente all'ipotesi della corresponsione *una tantum* dell'assegno divorzile, SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, op. cit., 305; esclude, invece, la possibilità di operare un controllo, anche a mezzo di intervento giudiziale, alle convenzioni stipulate in “negoziazione assistita”, BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 34. A essere a favore di un controllo sostanziale da parte del giudice in merito agli accordi tra i coniugi, seppure per ragioni/prospettive/fondamenti diversi, nella dottrina italiana si può leggere: FERRANDO, *Il matrimonio*, Il matrimonio, op. cit., 132; ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, op. cit., 48; MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2003, 208 ss.; GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, op. cit., 100 ss. Dedicare un intero

Lasciare una totale discrezionalità all'organo giudicante, tuttavia, si scontra con l'idea di certezza del diritto e di prevedibilità. È quindi importante cercare un equilibrio tra la piena autonomia dei coniugi e l'intervento correttivo del giudice<sup>123</sup>. Affinché questo non diventi un'immotivata intromissione nella libertà contrattuale dei privati, il suo agire deve trovare una giustificazione.

Nelle prossime pagine cercherò di individuare le due principali ragioni che legittimano il potere correttivo del giudice<sup>124</sup>. Si tratta dell'irrazionalità comportamentale e degli interessi dello Stato per il matrimonio.

Nel momento in cui viene contestata la validità di un accordo (pre)matrimoniale stipulato tra due coniugi, il giudice è chiamato a valutarne la ragionevolezza ed "equità", ossia comprendere se ciascuna delle parti abbia ricevuto un corrispettivo di valore simile o pari a quanto concesso.

Un approccio di questo genere è nettamente diverso da quello tipicamente riservato ai contratti commerciali, in cui i giudici si limitano a interrogarsi sull'esistenza o meno dei profili di nullità o annullabilità, senza poter formulare apprezzamenti sull'entità dei beni o servizi scambiati. Si ritiene, infatti, che le parti siano i migliori giudici di se stessi quanto all'attribuzione del valore soggettivo dello scambio.

La premessa perché ciò sia vero, tuttavia, è che le parti sappiano cosa vogliono, quali siano i modi per ottenerlo, quali siano i possibili esiti delle loro azioni e quale sia la probabilità che questi risultati si avverino.

Tale ragionamento permette a una parte razionale di valutare se un determinato

---

capitolo alla "giustizia contrattuale nella famiglia", MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, op. cit., 125 ss., 153 ss., 161 ss.,

<sup>123</sup> Anche la dottrina italiana si è interessata della questione. Per le linee generali del problema, vedi GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, 625 ss.

<sup>124</sup> La dottrina italiana si divide in due grandi filoni: Per alcuni l'intervento correttivo del giudice dovrebbe esplicarsi ogniqualvolta venisse accertato che la parte si trovava in una posizione di debolezza negoziale tale da essere indotta ad accettare un accordo svantaggioso. L'analisi dovrebbe essere quindi condotta con riguardo al momento genetico dell'accordo. Il giudicante, in tal caso, potrebbe dichiarare nullo l'accordo e modificarlo o integrarlo correggendo tale disparità. Si veda, a titolo esemplificativo FERRANDO, *Il matrimonio*, op. cit., 132; BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, op. cit., 71-72, che suggerisce di ricorrere all'art. 5, comma 8, l. div., in relazione a ogni accordo, indipendentemente che la pattuizione contenga un assegno *una tantum* o meno; nonché Id., *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, op. cit., 68. Altra dottrina, invece, fonda il potere del giudice sulla clausola della buona fede, la quale consentirebbe allo stesso di modificare gli accordi esistenti qualora fossero riconosciuti come squilibrati. Cfr. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, op. cit., 48; MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, op. cit., 153 ss., 208; GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, op. cit., 100. Quanto ai poteri del giudice, una certa dottrina che caldeggia per l'incremento dell'autonomia privata dei coniugi tende a suggerire soluzioni e tecniche che vanno emergendo nel diritto dei contratti, nel quale si riscontrano rimedi non solo di tipo demolitorio ma anche di natura correttiva. Cfr. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, op. cit., 226; ARRIGO, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, op. cit., 727 ss., 731. In queste pagine si vuole invece dar vita a un approccio diverso, che tenga conto delle suggestioni di tutta la dottrina e che sia, per tal ragione, il più "completo possibile", grazie all'attenzione che viene posta sia sul momento genetico dell'accordo che su quello della sua produzione di effetti, offrendo delle ragioni a supporto in larga parte differenti da quelle che già sono state date. Si tratta, dunque, di un approccio inedito, innovativo, che si distanzia dalla dottrina esistente ma che, al contempo, ne ricomprende lo spirito, le intenzioni e le ragioni sottostanti.

contratto è in grado o meno di massimizzare le sue utilità<sup>125</sup>.

Questo modo di pensare è tipico dell'economia classica, la quale immagina l'essere umano come un *homo oeconomicus*: un essere razionale, con preferenze stabili, egoista, il cui obiettivo è sempre la massimizzazione dell'utilità personale.

Se ciò fosse sempre vero, non vi sarebbe bisogno di proseguire oltre. Una volta descritto, come si è fatto, i requisiti formali del contratto (pre)matrimoniale in grado di massimizzare il benessere degli sposi e di tutta la famiglia, la questione sarebbe risolta dalla corretta strutturazione dell'accordo *ex ante*, ossia prima della crisi, perché si tratterebbe di un contratto (quasi) perfetto.

Tuttavia così non è<sup>126</sup>.

Esistono questioni che mettono in discussione quanto detto finora e ai quali si deve cercare di dare una risposta.

Per quanto ci si sforzi di costruire un modello di contratto (pre)matrimoniale perfetto e quand'anche ci fosse una disposizione legislativa *ad hoc* in grado di dirci quali debbano essere esattamente i contenuti dell'accordo per essere valido e per darne esecuzione, comunque dovremmo arrenderci innanzi all'idea che l'intervento *ex post* del giudice sia un elemento imprescindibile<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 *Stan. L. Rev.*, 1995, 211-212.

<sup>126</sup> Dopo decenni in cui in Europa si è pensato di poter intendere l'*homo oeconomicus* in *homo juridicus*, oggi i legislatori del Vecchio Continente sembrano aver compreso l'imperfezione e l'irrazionalità dell'uomo e delle sue scelte. Si leggano i contributi di GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1105 ss.; SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; ELSTER, *Ulisse e le sirene, Indagine sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983; VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in Viale (a cura di), *Le nuove economie, Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, Milano, 2005, 223 ss.; EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, ivi, 173 ss.; RICHARDSON, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968, 25-56; In anni più recenti BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998, *passim*, 447 ss.; SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005; MCFADDEN, *Razionalità per economisti?*, in Motterlini e Piattelli Palmarini (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, 2005, 25 ss.; KAHNEMAN, *Mappe di razionalità limitata. Indagine sui giudizi e le scelte intuitive*, ivi, 77 ss.

<sup>127</sup> Nel recente saggio di SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio*, op. cit., 531 ss., ci sembra di poter leggere una richiesta formulata all'intera dottrina italiana per un ripensamento della situazione attuale in materia di contratti della crisi coniugale. L'Autore, infatti, da una parte rileva la necessità di un'apertura alla loro ammissione in coerenza con l'evoluzione sia sociale che dell'ordinamento italiano, dall'altra espone sinteticamente gli snodi problematici menzionando i punti salienti che una nuova riforma (che lui auspica avvenga in via legislativa) dovrebbe tenere in considerazione. Si tratta ad esempio: del rispetto della buona fede e della correttezza contrattuale (anche in fase precontrattuale, del sostegno all'eventuale debolezza di una parte o delle possibili asimmetrie informative); della considerazione delle sopravvenienze; dell'intervento correttivo del giudice che sia però confinato a casi tassativamente previsti, al fine di evitare l'imprevedibilità del giudizio o una forte discrezionalità; della conformità all'ultimo indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite in materia di assegno divorzile; della necessaria compensazione alla parte che ha fatto rinunce per la famiglia; della difficoltà probatoria delle allegazioni; etc... Una regolamentazione pattizia preventiva prematrimoniale non significa, per l'Autore, dare un "prezzo alla fine dell'amore" perché "al di là delle eventuali ripercussioni sulla sensibilità etica dell'interprete e di ogni sua reazione moralisticamente censoria, il beneficio che incontestabilmente ne deriva diviene apprezzabile nell'ottica di una metabolizzazione assai più agevole della crisi, al riparo da ogni suo gravoso, e, spesso, finanche immiserente, sviluppo (come peraltro insegna l'esperienza

Al giudicante, infatti, si immagina possa essere dato un duplice ruolo. Il primo, quello di valutare il momento genetico del contratto. Il giudice è chiamato a indagare sull'esistenza dei requisiti di validità, siano essi stati scritti appositamente dal legislatore e/o siano essi ricavabili dalla disciplina generale dei contratti alla luce della teoria dei contratti relazionali.

La seconda valutazione, invece, l'equità del contratto alla luce del nostro ordinamento in cui è chiamato a produrre i suoi effetti.

Solo attraverso questi due momenti il giudice sarà in grado di riportare la giustizia nel caso concreto, evidenziando e valorizzando le diversità di ogni singolo matrimonio<sup>128</sup>.

Le ragioni per le quali si ritiene essere necessaria una valutazione del caso concreto da parte di un giudice sono da ricondurre, ancora una volta, ai limiti della razionalità umana.

Negli ultimi anni gli studi in economia comportamentale sono stati oggetto di interesse da parte di studiosi di materie giuridiche al fine di comprendere in che modo la legge possa condurre gli individui a comportamenti in grado di massimizzare le loro utilità. Ha visto così la luce la scuola della *Behavioural Law and Economics*<sup>129</sup>, nata come costola della *Law and Economics* e che si pone in maniera critica nei confronti dell'*Homo Oeconomicus*, inteso come colui che agisce sempre razionalmente<sup>130</sup>.

Secondo gli studiosi, in alcune situazioni, gli uomini tendono sistematicamente a

---

nordamericana, ormai storicizzata, dei preuptial agreements). Senza che in ciò debba necessariamente scorgersi il cedimento, decadentista, verso un'improvvida concezione materialistica del vincolo affettivo: ma solo la concretizzazione, conforme alle aspettative dei soggetti coinvolti — anziché agli incalcolabili criteri di giudizio di un soggetto terzo — del principio di garanzia". L'Autore si ricollega anche ad analoghe riflessioni fatte da lui altrove, come in SPADAFORA, *Contratto amoroso econtratto di diritto privato: verso un nuovo "ordine pubblico familiare"?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2020, 259 ss., ma anche da altra dottrina, come MARTINO, *Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento*, in *Famiglia*, 2019, 85 ss. e BALLARANI, *L'assegno di divorzio fra solidarietà e nuovi modelli familiari*, in *Famiglia*, 2019, 43 ss., Ci sembra che l'idea che in queste ultime pagine si sta portando avanti possa ben rispondere alla suesposta invocazione della dottrina.

<sup>128</sup> Nel nostro ordinamento si assiste a una crescente tendenza ad attribuire al giudice un potere di intervento sul contenuto degli accordi dei privati grazie all'impiego delle clausole generali. Per approfondimenti SCODITTI, *Diritto dei contratti, fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Il Foro Italiano*, 2014, I, 2036; PALAZZO, *"Causa" del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis) applicazioni giurisprudenziali*, in Alcaro (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, 154.

<sup>129</sup> Cfr. *ex multis* JOLLS, CASS, SUNSTEIN & THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stan. L. Rev.*, 1998, 1471.

<sup>130</sup> MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 *Wm. & Mary L. Rev.*, 2002, 1907, 1909–1910. Anche la dottrina italiana si è interessata all'argomento, sebbene non specificatamente nelle sue connessioni al diritto di famiglia. Si veda, ad esempio, le opere di GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, op. cit., 1105 ss.; VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, op. cit., Milano, 2005, 223 ss.; EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, op. cit., 173 ss.; ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013, 167 ss.; PALERMO, *Equilibrio economico generale e fallimenti del mercato: teoria, metodologia e filosofia morale*, Brescia, 2003; CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008, 15 ss.

comportarsi in modo irrazionale. Tra questi, il primo che si è interessato alla relazione tra legge, razionalità limitata umana e patti (pre)matrimoniali è il prof. Melvin Eisenberg e il suo celeberrimo libro: “*The Limits of Cognition and the Limits of Contract*”<sup>131</sup>.”

La domanda che costui, per primo, si è posto è: quali sono questi elementi di irrazionalità che comportano delle deficienze nella scrittura dei contratti (pre)matrimoniali?

La risposta è complessa.

In primo luogo si trova l'eccessivo ottimismo e la conseguente sottostimazione della probabilità di avveramento degli eventi. Questo profilo era già stato trattato parlando delle ragioni per le quali le parti sottostimano sistematicamente la probabilità di aver bisogno nella propria vita di fare affidamento su di un contratto (pre)matrimoniale. Tuttavia, esso è anche alla base della ragione per la quale le parti possono trascurare di curare attentamente i termini di un eventuale accordo nel momento della contrattazione<sup>132</sup>.

La seconda lezione della teoria delle decisioni comportamentali che tende a giustificare una revisione sostanziale dei contratti prematrimoniali è nota come euristica della “disponibilità” o “*framing*” (dall'inglese, cornice). Con il termine *framing* si intendono gli effetti derivanti dalla presentazione di identici fattori decisionali sostanziali in modi diversi a uno stesso soggetto<sup>133</sup>.

Se l'individuo fosse davvero razionale allora dovrebbe agire nello stesso modo indipendentemente dalle modalità in cui un evento gli viene presentato. I teorici della teoria comportamentale, invece, hanno dimostrato che certi modi di presentare un evento alterano sistematicamente le risposte di una persona<sup>134</sup>.

Secondo Eisenberg l'effetto di *framing* è presente anche nel momento della stipulazione di contratti (pre)matrimoniali. Egli sostiene infatti che: “[quando] un attore deve prendere una decisione che richiede un giudizio sulla probabilità di un evento, egli generalmente giudica quella probabilità sulla base di dati e scenari

---

<sup>131</sup> EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, op. cit., 254–258.

Cfr. anche BIX, *Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think about Marriage*, op. cit., 195; GLASS, *Comment, Trading Up: Postnuptial Agreements, Fairness, and a Principled New Suitor for California*, 92 *Cal. L. Rev.*, 2004 215, 241–243, 251–252; GODELIER, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970; ELSTER, *Ulisse e le sirene*, op. cit.

<sup>132</sup> EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, op. cit., 254.

<sup>133</sup> Ibid. 218-220; TVERSKY e KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, op. cit., 211, 453-458. In Italiano si può leggere lo scritto di CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012, 67 ss.

<sup>134</sup> Per un approfondimento, cfr. CAMERER & KUNREUTHER, *Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications*, 8 *J. Pol'y Analysis & Mgmt*, 1989 565, 572–574; KAHNEMAN & TVERSKY, *Choices, Values, and Frames*, 39 *Am. Psychologist*, 1984, 341, 343–344; NOLL & KRIER, *Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation*, 19 *J. Legal Stud.*, 1990, 747, 753–754. Un esempio di questo effetto consiste nel dare a un intervistato la scelta tra due vassoi di caramelle, con l'obiettivo di selezionare casualmente una caramella rossa. Il primo vassoio contiene nove caramelle bianche e una caramella rossa mentre il secondo vassoio contiene novanta caramelle bianche e nove caramelle rosse. Anche se la probabilità di pescare una caramella rossa dal primo vassoio è più alta, molti intervistati hanno dimostrato di scegliere il secondo vassoio. EPSTEIN, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, 49 *Am. Psychologist*, 1994, 709, 717–718.

comparabili che sono prontamente disponibili nella sua memoria o immaginazione<sup>135</sup>". Poiché i dati che sono prontamente disponibili non sono necessariamente statisticamente rappresentativi di scenari futuri, la disponibilità euristica conduce a decisioni che si discostano dalla razionalità statistica.

I dati assunti alla base della decisione del soggetto, inoltre, sono influenzati dalla vicinanza temporale. Le conoscenze in possesso di due sposi, per esempio, sono fondate su sentimenti di amore e di fiducia. Ciò li induce a sottovalutare la possibilità del fatto che avranno mai bisogno di un accordo (pre)matrimoniale. Inoltre, a scontare quest'effetto sarà anche l'attenzione che i nubendi concederanno alla qualità delle clausole dell'eventuale accordo.

Un terzo limite cognitivo rilevante nel contesto degli accordi prematrimoniali e che giustifica un'ulteriore revisione sostanziale è ciò che il professor Eisenberg chiama "facoltà telescopiche difettose". Esso si riferisce alla tendenza delle parti a dare troppo poco peso ai costi e ai benefici futuri<sup>136</sup>.

Secondo gli studiosi, infatti, quando si confronta un costo presente con un beneficio futuro, è probabile che un decisore percepisca il costo attuale in maniera eccessivamente onerosa mentre il beneficio futuro troppo alla leggera. Ad esempio, se un contratto prematrimoniale proposto conferisce a una parte una quota sproporzionatamente ridotta della proprietà coniugale, quella persona peserà i costi attuali di rigetto delle condizioni dell'accordo rispetto al beneficio futuro di aver negoziato una quota maggiore di proprietà. Se la parte opera con una lente telescopica difettosa, potrebbe sottovalutare la misura in cui la quota maggiore aumenterebbe la sua utilità futura, in particolare rispetto alla tensione aggiuntiva che ulteriori negoziazioni potrebbero portare alla relazione nel presente.

Un giudice, preoccupato per i limiti cognitivi delle parti che stipulano un contratto prematrimoniale, potrebbe tentare di correggere le decisioni "irrazionali" in due modi. In primo luogo, potrebbe rifiutarsi di dare esecuzione a un accordo se ha motivo di pensare che le parti, al momento della stipula del contratto, non contemplassero le circostanze esistenti al momento della sua esecuzione. Questo metodo viene definito da alcuni studiosi come "approccio della prevedibilità<sup>137</sup>" e si propone di comprendere se il concreto scenario di divorzio sia simile a quello che le parti avrebbero potuto immaginare.

In secondo luogo, un tribunale potrebbe analizzare separatamente ciò che le parti hanno dato e ricevuto in relazione a quel contratto.

Questo metodo, definibile dell'"adeguatezza del corrispettivo<sup>138</sup>", corregge l'incapacità delle parti di stimare accuratamente la probabilità di eventi futuri perché, al momento della valutazione compiuta dal giudice, gli eventi maggiormente rilevanti sono già avvenuti.

Tali correttivi sostanziali affidati al giudice nel momento di dare esecuzione al contratto (pre)matrimoniale riescono, secondo il nostro punto di vista, a dare una concreta rilevanza alle caratteristiche di "relazionalità" del contratto.

---

<sup>135</sup> EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, op. cit., 220.

<sup>136</sup> Ibid., 222.

<sup>137</sup> SERVIDEA, *Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage*, 91 *Va. L. Rev.*, 2005, 545.

<sup>138</sup> Ibid.

Uno dei primi casi di adozione in America dell'approccio della prevedibilità per la revisione sostanziale di un contratto prematrimoniale è stato il caso *Gant v. Gant*.<sup>139</sup>

Nel caso di specie, le parti avevano stipulato un accordo prematrimoniale che prevedeva la rinuncia totale da parte della moglie dell'assegno di mantenimento.

Nel ritenere il contratto pienamente valido ed efficace, la Corte Suprema della Virginia dell'Ovest ha dato vita a un precedente nuovo, in contrasto con la giurisprudenza del passato, perché ha introdotto come requisito essenziale della validità di un contratto prematrimoniale l'esistenza di uno standard di equità.

La Corte ha definito "equità" in termini di prevedibilità, ritenendo che la validità dell'accordo si pone in relazione con la possibilità delle parti di prevedere fin dal momento della negoziazione le circostanze esistenti al momento dell'esecuzione. In caso di cambiamenti fondamentali e inaspettati tra il momento della stipulazione e quello di esecuzione, al contratto prematrimoniale non deve essere riconosciuta alcuna validità.

La Corte ha affermato che, a titolo esemplificativo, la nascita di tre figli in corso di matrimonio può considerarsi un cambiamento imprevedibile delle circostanze.

Nel caso concreto, quindi, la Corte ha deciso di ritenere valido ed efficace l'accordo stipulato tra i coniugi *Gant* in quanto il loro matrimonio era durato solo cinque anni durante i quali non erano avvenuti cambiamenti significativi.

Nella sua sentenza, tuttavia, la Corte ha anche precisato che, invece, avrebbe annullato l'accordo nel caso avesse appurato che i limiti della conoscenza delle parti del momento dell'esecuzione del contratto fossero stati alla base di una negoziazione di clausole che non avrebbero mai accettato qualora le parti avessero previsto il futuro in maniera più chiara.

In tal modo, i giudici, hanno espresso la loro convinzione in merito alla necessità di valorizzare il concetto di prevedibilità dei cambiamenti che possono avvenire in corso di matrimonio e che possono incidere sulla capacità delle parti di stipulare accordi nel loro interesse.

In un altro caso, ossia *Hardee contro Hardee*<sup>140</sup>, la Corte Suprema della Carolina del Sud ha adottato sia l'approccio della prevedibilità che l'approccio di adeguatezza del corrispettivo, applicando un triplice test per sostenere la validità di un accordo con il quale la moglie aveva rinunciato all'assegno divorzile.

Nella prima parte del test, i giudici hanno analizzato il momento genetico del contratto ricercando l'esistenza di almeno uno dei tre vizi che per la classica teoria dei contratti americana sono causa di nullità del contratto. Si tratta del "*duress, fraud e mistake*".

L'esito di questa prima fase è stato però messo in discussione dalla seconda e terza parte del test.

In secondo luogo, infatti, i giudici si sono interrogati sull'"*unconscionability*"<sup>141</sup> del contratto, ossia si sono chiesti se il contratto fosse irragionevolmente a beneficio di una sola delle due parti.

Partendo dall'idea di "adeguatezza del corrispettivo", la Corte si è concentrata

---

<sup>139</sup> 329 S.E.2d 106, 114-116 (W. Va. 1985).

<sup>140</sup> 585 S.E.2d 501 ss (S.C. 2003).

<sup>141</sup> *Restatement (Second) of Contracts* para 208 (1981).

sulla capacità delle parti di prendere decisioni sagge da sole.

Sebbene la teoria contrattuale richiederebbe una valutazione della "conscionability" nel momento della stipulazione del contratto, nel caso Hardee contro Hardee, i giudici l'hanno esaminata nel momento dell'esecuzione del contratto, ossia al tempo del divorzio. In altre parole, il tribunale ha approfittato della sua capacità di vedere come si sono svolte le vicende concrete del matrimonio tra la data del contratto prematrimoniale e la data del divorzio includendo nella sua analisi il valore dei benefici che la moglie aveva ricevuto nel corso del matrimonio in cambio della sua rinuncia all'assegno divorzile.

I giudici hanno così concluso che la donna aveva ricevuto "sostanziali benefici dall'essere sposata con il marito per tutta la durata dei cinque anni di matrimonio", potendo godere di un elevato tenore di vita, possedere numerose abitazioni e guidare auto di lusso"

Per tale ragione, la Corte ha riconosciuto che l'accordo fosse sostanzialmente equo.

Come per il caso Gant, la terza parte del test del caso Hardee ha riguardato l'approccio della prevedibilità. In altre parole, ci si è chiesti se fatti e circostanze fossero mutate tra il momento della stipula dell'accordo prematrimoniale e quello della sua esecuzione, tanto da poter considerare le clausole dell'accordo irragionevoli o ingiuste.

La Corte ha osservato che al momento del divorzio la moglie soffriva di gravi problemi di salute.

Tuttavia, nel contratto prematrimoniale vi era una specifica clausola che faceva riferimento all'esistenza di tali problemi e al loro possibile peggioramento. Per tale ragione, secondo i giudici, le parti avevano esplicitamente riconosciuto e assegnato tale rischio.

In conseguenza di ciò, la Corte ha deciso di compiere un passo indietro e di non intervenire per riequilibrare le sostanze tra le parti.

Anche in America, dunque, ci si è iniziati a chiedere come poter portare a equità i contratti prematrimoniali.

A tal proposito l'*American Law Institute* (ALI) ha pubblicato una serie di principi guida per coadiuvare il lavoro del giudice in questa operazione. Si tratta dei "*Principles of the Law of Family Dissolution*"<sup>142</sup>.

Nei *Principles* vengono precisate sia quali dovrebbero essere le norme procedurali da seguire per la redazione degli accordi (pre)matrimoniali, sia una serie di norme-guida per l'intervento sostanziale del giudice in fase di esecuzione di questi accordi<sup>143</sup>.

Più nel dettaglio l'ALI raccomanda al giudice di intervenire con una revisione sostanziale dei contratti ogniqualvolta si verifichi uno dei seguenti tre eventi-soglia:

---

<sup>142</sup> ALI, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, American Law Institute, 2002.

Sul sistema americano e sulle suggestioni utili per quello italiano si legga per approfondire: AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, op. cit., 543 ss.

<sup>143</sup> Per approfondimenti si rinvia a BIX, *Premarital agreements in the ALI principles of family law dissolution*, in *Duke Journal of Gender & Policy*, 231, 2001, 235 ss.

1) un certo numero di anni è trascorso tra il momento della stipulazione e quello dell'esecuzione (ossia il divorzio); 2) le parti non avevano figli al momento dell'accordo e successivamente hanno dato alla luce o adottato un bambino; 3) si è verificato un cambiamento sostanziale e imprevedibile delle circostanze tale da avere un impatto sostanziale sulle parti o sulla prole.

I Principi chiedono al giudice di dichiarare l'invalidità di un accordo quando, verificandosi uno di questi eventi, la sua esecuzione comporterebbe una "ingiustizia sostanziale".

Per determinare l'esistenza di una situazione di "ingiustizia sostanziale", l'ALI chiede al giudice di valutare l'incidenza dei seguenti quattro fattori: (1) l'entità della differenza tra la disparità esistente e quella prevista e prevedibile all'interno dell'accordo; (2) per i matrimoni di breve durata, con riferimento a chi richiede sia data esecuzione all'accordo, la differenza tra la situazione in cui si troverebbe se il matrimonio non fosse mai stato celebrato e quella in cui all'accordo fosse riconosciuta efficacia; 3) nel caso in cui l'accordo fosse stato pensato a beneficio o protezione di terzi, la permanenza di tale scopo; 4) gli effetti nei confronti dei figli in caso di esecuzione.

Nel commento annesso ai principi, i redattori dell'ALI spiegano che i tre eventuali-  
soglia individuati contemplan situazioni che le parti tendono a sottovalutare quando soppesano costi e benefici nella negoziazione dell'accordo. In effetti, gli studiosi danno un'interpretazione dei fenomeni molto vicina alle problematiche che si è cercato fin qui di sottolineare, ossia che: "all'inizio tutti gli accordi prematrimoniali comportano particolari difficoltà derivanti dall'ottimismo irrealistico del successo coniugale, la tendenza umana a trattare le basse probabilità come probabilità tendenti allo zero, l'attualizzazione eccessiva dei benefici futuri e l'inclinazione a far prevalere l'importanza delle conseguenze immediate e certe dell'accordo rispetto alle sue conseguenze potenziali e future. [I Principi], tuttavia, non richiedono ai Tribunali di esaminare tutti gli accordi prematrimoniali nei casi di divorzio, ma solo quei casi in cui le problematiche evidenziate sono più probabili".

Ecco che se la giurisprudenza decidesse di seguire questi Principi, è possibile sostenere che la soluzione del caso Hardee contro Hardee potrebbe oggi essere diversa. Infatti, ciò che i redattori dei principi chiedono ai giudici è di cercare l'ingiustizia sociale in tutti i mutamenti delle circostanze. Ciò a dire che non può riconoscersi validità *tout court* (ossia sempre e in ogni luogo) a una clausola che prevede una certa sopravvenienza, perché le parti sono affette dalle criticità evidenziate. Al più, infatti, si potrebbe prevedere la possibilità di rinegoziare alcune clausole in caso di mutamento imprevedibile o imprevedibile di tali circostanze.

Si è cercato di spiegare la ragione per la quale sia necessario un controllo da parte del giudicante per decidere se dare attuazione o sottoporre a revisione i contratti (pre)matrimoniali attraverso le teorie dei contratti relazionali e della razionalità limitata.

Tuttavia molti studiosi si sono opposti nel ritenere la razionalità limitata umana una giustificazione valida per derogare all'autonomia privata dei coniugi.

Sono state infatti evidenziate alcune criticità di questa teoria.

In primo luogo l'"effetto di dotazione". Si tratta della tendenza di un individuo a

valutare i propri beni in maniera maggiore rispetto a quanto possa fare un altro<sup>144</sup>.

Nel contesto dei contratti prematrimoniali, le parti che stipulano accordi potrebbero considerare i loro diritti derivanti dalla legge come dotazioni e quindi rifiutarsi di separarsi a meno che non gli sia concesso un corrispettivo adeguato.

Tutto ciò sfida la giustificazione dei limiti cognitivi razionali come la ragione per una loro possibile revisione sostanziale.

Una seconda lezione della teoria delle decisioni comportamentali, a volte definita come "orientamento alla correttezza"<sup>145</sup>, dimostra che le persone cercano di agire in modo equo e di cooperare e che, generalmente, sono restie nell'accettare ricompense ingiustificate o imporre sanzioni immeritate<sup>146</sup>.

È probabile che nessuna delle parti voglia imporre o accettare un'offerta che si discosti dal suo senso di equità. Di conseguenza, quando un accordo prevede disposizioni sproporzionate per le parti, andando contro la naturale inclinazione verso l'equità, le parti hanno un maggiore incentivo a controllare attentamente le condizioni del contratto.

La possibilità di una revisione successiva dell'accordo, invece, può comportare una diminuzione dell'attenzione delle parti causata da previsioni eccessivamente ottimistiche sulla longevità del matrimonio.

Un terzo euristico viene definito "avversione all'ambiguità" e insegna che le persone preferiscono la certezza all'ambiguità e suggerisce che i tribunali dovrebbero essere reticenti nel ribaltare gli accordi prematrimoniali sulla base della presunta irrazionalità delle parti<sup>147</sup>.

Poiché gli esiti delle decisioni dei giudici in materia divorzile sono spesso imprevedibili, una parte potrebbe essere indotta ad accettare una condizione di un contratto (pre)matrimoniale peggiore (ma almeno certa) rispetto a un risultato migliore (ma ipotetico) in sede di divorzio.

Perciò, laddove una parte dell'accordo abbia una maggiore avversione all'ambiguità rispetto all'altra parte, una disposizione contrattuale obiettivamente a favore di una parte potrebbe essere in realtà il prodotto di una deliberata scelta della parte più svantaggiata. Tale coniuge, infatti, potrebbe aver intenzionalmente scambiato

---

<sup>144</sup> HILLMAN, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, 85 *Cornell L. Rev.*, 2000, 717-722.

<sup>145</sup> *Ibid.* 724-725.

<sup>146</sup> Gli studiosi ipotizzano che l'orientamento alla correttezza sia basato sul desiderio di apparire equi. Tale fenomeno riguarda soprattutto relazioni tra soggetti conoscenti. L'esempio più noto di orientamento all'equità è il cosiddetto "gioco dell'ultimatum" tra due soggetti. (cfr. CAMERER & THALER, *Anomalies: Ultimatums, Dictators and Manners*, 9 *J. Econ. Persp.*, 1995, 209-218). Il primo giocatore ("P1") ha una somma di denaro e gli viene detto di offrirla al secondo giocatore ("P2") senza specificare il *quantum*. Il moderatore informa P1 che può trattenere il residuo, ma solo se P2 accetta l'importo offerto. Se P2 rifiuta la somma, nessuno dei due giocatori potrà trattenere i soldi. Razionalmente, P1 dovrebbe dare a P2 il minimo possibile, ossia un centesimo. P2, dal canto suo, dovrebbe accettare questo importo. Gli studi dimostrano, invece, che in media P1 offrirà a P2 tra il 30% e il 40% della somma totale. Inoltre, le offerte inferiori al 20% della cifra totale sono frequentemente respinte da P2.

<sup>147</sup> HILLMAN, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, op. cit., 724. L'avversione all'ambiguità è dimostrata dalla preferenza generale per un certo guadagno di \$ 3000 rispetto a una probabilità dell'80% di un guadagno di \$ 4000 anche se il valore atteso di quest'ultima scelta è maggiore.

un'eventuale futura assegnazione di una proprietà o l'assegno divorzile con un valore atteso inferiore perché attribuisce alla certezza una rilevanza fondamentale. Il giudice chiamato al controllo della razionalità, invece, potrebbe ignorare l'utilità che questa parte ha ottenuto con quel compromesso.

Sebbene questi esempi potrebbero scoraggiarci dal ritenere importante l'intervento *ex post* del giudice con funzione riequilibratrice, in realtà si è pienamente convinti della necessità di tale operazione.

La razionalità limitata, infatti, non è l'unica ragione a sostegno dell'intervento successivo del giudicante, ma si accompagna all'interesse dello Stato per il matrimonio<sup>148</sup>.

L'idea per cui i patti (pre)matrimoniali dovrebbero essere oggetto di possibile revisione da parte di un giudice si basa su due considerazioni fondamentali: 1) lo Stato ha un interesse nel matrimonio; 2) i contratti (pre)matrimoniali implicano tale interesse<sup>149</sup>.

Nel primo capitolo del presente lavoro si è sinteticamente rappresentato il percorso evolutivo del matrimonio nel nostro ordinamento.

Le riforme degli ultimi cinquant'anni hanno in comune la volontà dello Stato di allargare le maglie della determinazione eteronoma della famiglia e di favorire, invece, una sempre più ampia autonomia privata.

D'altro canto alcune resistenze, come il permanere del divieto della poligamia, la non completa equiparazione delle unioni civili al matrimonio o il divieto di adozione da parte delle coppie omosessuali, suggeriscono che lo Stato e i suoi cittadini riconoscono ancora al matrimonio un certo interesse pubblico meritevole di tutela.

Coloro che si battono a favore di un'ulteriore estensione dell'autonomia privata considerano la relazione coniugale come una questione prevalentemente privata, in cui gli interessi statali sono subordinati a quelli degli individui. Tuttavia, sebbene il matrimonio implichi interessi principalmente individuali, porre un'eccessiva enfasi sui diritti dei singoli può comportare un detrimento degli obiettivi di politica sociale che lo Stato si premura di perseguire attraverso il matrimonio.

Lo Stato, infatti, riconosce e tutela il matrimonio concedendo ai coniugi alcuni privilegi al fine di incoraggiare i consociati nella produzione di importanti benefici sociali.

Tra i privilegi concessi dallo Stato ai membri della relazione coniugale si individuano: il riconoscimento simbolico della relazione, i diritti in materia successoria,

---

<sup>148</sup> Anche la dottrina italiana ha suggerito una valutazione definibile "prospettica" degli accordi patrimoniali tra i coniugi da parte del giudice (tenendo cioè in considerazione delle probabili vicende future, come il passaggio a nuove nozze, il reinserimento nel mondo del lavoro, le condizioni di salute, il livello di istruzione, etc...). Cfr. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, op. cit., 297; MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987*, in Lipari (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, 910 ss. Tali considerazioni, tuttavia, sono state condotte con riferimento non solo ai cd. patti prematrimoniali e, comunque, sono state oggetto di più ampi ragionamenti dogmatici. Con riferimento più nello specifico al controllo degli accordi della crisi coniugale: MONTINARO, *Marital contracts and private ordering of marriage from the Italian family law perspective*, in *Italian Law Journal*, 3, (1), 2017, 75 ss.; ALPA - BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, op. cit., 1244.

<sup>149</sup> SERVIDEA, op. cit., 554 ss.

la protezione e comunicazione dei dati personali, il risarcimento in caso di morte per fatto illecito.

A fronte di questa serie di prerogative, lo Stato impone una regolamentazione del matrimonio a tutela della sua funzione pubblica.

È possibile ritenere che al matrimonio siano state storicamente attribuite tre principali funzioni sociali: 1) l'educazione dei figli; 2) la promozione di virtù civiche; 3) l'assistenza intersoggettiva.

Poiché i contratti (pre)matrimoniali hanno un'incidenza su ciascuna di queste funzioni, ecco che lo Stato è giustificato, talvolta, alla revisione sostanziale dei termini di questi accordi.

Il primo interesse sociale connesso al matrimonio, si diceva, è l'educazione della prole.

Lo Stato si trova in una posizione di *parens patriae* nei confronti dei propri cittadini.

Se i genitori non possono o non vogliono crescere il figlio, è lo Stato ad assumersi tale responsabilità. Quando i genitori decidono di crescere il bambino, quindi, sollevano lo Stato dal doverlo fare, ma lo Stato rimane in una posizione di vigilanza a tutela del "miglior interesse" per la prole<sup>150</sup>.

Lo Stato, infatti, ha interesse al corretto e migliore sviluppo psico-fisico dei bambini perché costoro, una volta divenuti adulti, produrranno esternalità sia negative che positive per tutta la società e permetteranno allo stesso Stato di poter continuare a esistere. La qualità della loro crescita, dunque, ha un impatto diretto sulla qualità della società futura<sup>151</sup>.

Strettamente correlato all'interesse dello Stato per l'educazione dei figli è il suo desiderio di promuovere valori fondamentali per una società democratica, ancora una volta grazie anche all'istituzione del matrimonio.

Le relazioni familiari insegnano alle persone le virtù dell'autorità, della responsabilità e del dovere. Come spiega il professor Bruce Hafen, "il senso del dovere volontario è la linfa vitale di una società libera, poiché "solo con un popolo animato da spirito pubblico e altruistico si può obbedire all'autorità di un sovrano eletto democraticamente, e ciò più per virtù della gente che per terrore del suo potere". Coloro che hanno strutturato il nostro sistema costituzionale hanno capito l'importanza della "virtù pubblica", ma sapevano che non poteva essere imposta dallo Stato senza fare violenza ai diritti inviolabili dell'uomo sui quali era fondato il sistema stesso<sup>152</sup>".

I bambini imparano le virtù civiche all'interno del contesto familiare grazie all'obbedienza all'autorità dei genitori. Gli stessi coniugi, inoltre, acquisiscono nuove virtù grazie alla loro relazione e coltivano quelle già esistenti.

Sebbene la maggior parte delle persone che decidono di sposarsi non conoscono precisamente i doveri giuridici connessi a tale *status*, essi percepiscono il fatto che il matrimonio comporta per loro l'assunzione di determinati doveri morali nei confronti del coniuge. Tramite l'accettazione e l'adempimento di tali responsabilità, le

---

<sup>150</sup> Cfr. AA. VV., *Black's Law Dictionary*, 7<sup>th</sup> ed., 1999, 1137.

<sup>151</sup> SILBAUGH, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 *Nw. U. L. Rev.*, 1998, 140.

<sup>152</sup> HAFEN, *The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy-Balancing the Individual and Social Interests*, 81 *Mich. L. Rev.*, 1983, 463, 476-477.

persone sposate diventano più "animate da spirito pubblico" e "altruiste", entrambi valori fondamentali per il buon funzionamento di una società democratica.

Come è stato notato, il matrimonio è un "modo non coercitivo per trasformare le persone. . . in partecipanti volontari alla crescita della società" ed è "efficace perché è intriso di sangue, di sessualità, di carne e del flusso delle nostre vite inconse, dove i veri cambiamenti del carattere e dell'impegno possono mettere radici"<sup>153</sup>.

Lo Stato riconosce e conferisce benefici alle coppie sposate non per promuovere "l'intimità e la compagnia", ma per "assicurare la società civile"<sup>154</sup>.

Inoltre, il matrimonio svolge un'importante funzione di assistenza sociale.

Attraverso i doveri di assistenza morale e materiale reciproca, le parti di un matrimonio riducono la probabilità che uno dei due debba fare affidamento sullo Stato per soddisfare i suoi bisogni primari. Oltre a evidenti benefici economici, la funzione di welfare del matrimonio soddisfa scopi democratici. Meno persone devono dipendere dallo Stato per provvedere alle loro necessità, meno "potere politico ed economico" lo Stato avrà sulla vita dei suoi cittadini<sup>155</sup>.

Una volta compreso le ragioni per le quali lo Stato coltiva un interesse per il matrimonio (per l'educazione dei figli, la virtù civica e le funzioni di welfare), la domanda successiva diventa come gli accordi (pre)matrimoniali che incidono sugli aspetti economici della relazione coniugale si ripercuotono su tale interesse.

Si prendano qui in considerazione i quattro più significativi, sebbene non siano i soli<sup>156</sup>.

In primo luogo, i termini degli accordi (pre)matrimoniali che limitano l'assistenza postmatrimoniale o incidono sulla divisione delle proprietà comuni potrebbero costringere uno dei due coniugi a dover ricorrere a sussidi statali, andando a sovraccaricare il sistema di assistenza sociale.

Questa evenienza è direttamente connessa all'interesse dello Stato per la funzione di "*private welfare*" del matrimonio.

Per il sistema delle finanze pubbliche è preferibile che il dovere coniugale di sostegno materiale continui anche dopo il matrimonio, almeno in misura tale da consentire alla parte di evitare il ricorso all'assistenza pubblica.

Di qui la ragione della funzione assistenziale dell'assegno divorzile, idea ancora difficilmente scalfibile nel nostro ordinamento, così come confermato anche dalla recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Un secondo modo in cui i contratti (pre)matrimoniali influiscono sull'interesse dello Stato per il matrimonio è quello dell'alterazione del tenore di vita goduto dai figli della coppia al momento del divorzio.

In questo caso a venire in gioco è l'interesse dello Stato per la funzione educativa dei figli del matrimonio.

In altre parole, prima della crisi, i figli della coppia beneficiano di entrambi i redditi dei loro genitori. Dopo il divorzio, invece, i figli possono godere del reddito del genitore non collocatario nei limiti dell'assegno di mantenimento per loro stabilito e dell'assegno divorzile eventualmente concesso all'altro coniuge.

---

<sup>153</sup> GILDER, *Sexual Suicide*, 1973, 73.

<sup>154</sup> Ibid., 74.

<sup>155</sup> HAFEN, op. cit., 481.

<sup>156</sup> SERVIDEA, op. cit. 557 ss.

Ciò comporta, già di per sé, un peggioramento del loro tenore di vita.

Dal punto di vista del "*best interest of the child*", una grave disparità tra lo stile di vita pre e post divorzio potrebbe rendere difficile il loro adattamento alla nuova situazione familiare in cui vengono a trovarsi loro malgrado, con possibili effetti di esternalità negative per la società intera in relazione alla loro crescita.

Una terza ragione per cui gli accordi (pre)matrimoniali si scontrano con l'interesse dello Stato per il matrimonio è data dall'alterazione degli incentivi dei coniugi nell'investire nella loro unione, che a sua volta mina il ruolo del matrimonio quale promotore di virtù civili e politiche e luogo in cui i bambini crescono nel migliore dei modi<sup>157</sup>.

Come spiegato nel primo capitolo, i coniugi tendono a specializzarsi per rendere la loro unione efficiente. Ciò comporta delle scelte, frutto di una valutazione personale e comune dei costi e dei benefici. Il soggetto che si espone maggiormente per la famiglia, assumendo delle decisioni per il benessere collettivo e trascurando quello individuale, si trova inevitabilmente in una situazione di debolezza e rischia di pagare il costo più alto per questa sua scelta in caso di fallimento del matrimonio.

Colui che invece, grazie al supporto dell'altro, investe nella propria carriera professionale, beneficia dell'investimento comune e di quello personale, perché l'eventuale divorzio non avrà alcun effetto sul capitale umano da lui acquisito in costanza di matrimonio il quale, tra l'altro, differentemente dalla specializzazione domestica, è spendibile in qualsiasi altro mercato al di fuori della relazione coniugale.

Nel decidere come comportarsi, dunque, se la parte teme la possibilità di un divorzio, la scelta per lei più razionale diventa quella di dedicarsi il meno possibile alle attività domestiche e concentrarsi anch'essa sulla sua carriera e sugli altri aspetti personali.

La funzione compensativa dell'assegno divorzile, quindi, diviene di fondamentale importanza perché modifica il precedente sistema di incentivi riallocando i rischi in caso di divorzio.

Compensare significa redistribuire le ricchezze che il coniuge più forte è riuscito a conquistare anche grazie ai sacrifici e all'apporto dell'altro coniuge.

Negoziare in un contratto (pre)matrimoniale la funzione compensativa dell'assegno divorzile prevedendone, per esempio, la sua futura rinuncia significa sostenere incentivi che si scontrano con la promozione statale del matrimonio come luogo della condivisione, cooperazione e volontaria responsabilizzazione personale.

Inoltre, il sistema di incentivi che l'accordo (pre)matrimoniale può comportare ha l'effetto di incidere negativamente anche sull'interesse dello Stato all'educazione della prole. Se la parte debole, infatti, teme le conseguenze del divorzio e investe su questioni personali anziché su quelle familiari, a subire questa situazione sarà anche la qualità e la quantità del tempo e attenzioni da dedicare ai figli, con tutto

---

<sup>157</sup> Per approfondire il tema di come lo studio delle scienze cognitive sia in grado di migliorare le regole pensate dal legislatore, si legga RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, op. cit., 151 ss; DE BENEDETTO, MARTELLI e RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011; RANGONE,  *Mercati finanziari e qualità delle regole (Economic analysis of financial regulation)*, in *Banca impr. soc.*, 2010, 55 ss.

ciò che questo comporta per la società nel suo complesso.

Un quarto e ultimo modo in cui gli accordi (pre)matrimoniali influiscono sull'interesse dello Stato per il matrimonio è quello di modificare gli incentivi al divorzio, il che ha implicazioni su tutte e tre le funzioni attribuite al rapporto di coniugio.

Il coniuge che in base al contratto (pre)matrimoniale dovesse vedersi attribuita una quota di proprietà o un assegno divorzile di importo maggiore di ciò che gli verrebbe generalmente riconosciuto da un giudice avrà maggior incentivi e propensione al divorzio.

Questa idea di promozione del divorzio è stata alla base di numerose pronunce della giurisprudenza che hanno dichiarato la nullità degli accordi prematrimoniali.

Utilizzando il concetto economico di “*quasi-rent*” (quasi-rendita), ossia il vantaggio economico superiore che una parte del contratto può ottenere dalla risoluzione unilaterale anziché dall'adempimento, è possibile spiegare in che modo una negoziazione delle regole di default previste in caso di divorzio possano incentivare il coniuge “più forte” a chiedere il divorzio<sup>158</sup>.

Per una coppia che divide le responsabilità in modo tale che la moglie si prenda cura dei figli della coppia e il marito produca il reddito necessario per la famiglia, i guadagni che i coniugi potranno trarre dalla relazione saranno asimmetrici col passare del tempo.

Il coniuge che lavora gode di una quasi-rendita nella prima parte del matrimonio, quando i guadagni sono inferiori rispetto al futuro, fruendo inoltre degli anni più produttivi della moglie in età fertile. Al contrario, il coniuge in età fertile non gode di una quasi-rendita fino a una fase successiva del matrimonio, ossia quando gli anni non saranno più così fertili e potrà beneficiare dell'aumento del reddito dell'altro coniuge.

Il disallineamento delle quasi-rendite, tuttavia, offre un incentivo per il coniuge che lavora per sciogliere il vincolo matrimoniale prima dell'inizio della seconda fase del matrimonio.

Le norme in materia di assegno divorzile, però, impediscono a questo coniuge di appropriarsi delle quasi-rendite dell'altro dando a quest'ultimo il diritto di avanzare pretese sul patrimonio dell'ex partner.

Accordi (pre)matrimoniali che riducono o eliminano tale pretese eliminano il disincentivo creato dalle norme in materia divorzile e permettono al coniuge che lavora di godere di una quasi-rendita nei primi anni del matrimonio e di sciogliere il vincolo senza costi prima che sia il suo turno di produrre per l'altro una quasi-rendita.

Un incentivo al divorzio ha implicazione su tutte e tre le funzioni attribuite dallo Stato al matrimonio.

In primo luogo, il divorzio ha effetti significativi sull'educazione dei figli e sul loro benessere. Gli studi dimostrano che il divorzio influisce sul benessere psicologico ed economico di un bambino.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> COHEN, *Marriage, Divorce, and Quasi Rents*, op. cit., 267-287.

<sup>159</sup> I bambini di famiglie divorziate sono suscettibili di ricevere meno istruzione rispetto ai bambini di famiglie “unite”; hanno maggiori probabilità di richiedere servizi di salute mentale; hanno più probabilità di assumere comportamenti antisociali. Inoltre, molti bambini subiscono un declino delle

In secondo luogo, gli incentivi al divorzio ostacolano la funzione del matrimonio di essere promotore di virtù civiche.

Invece di cercare di risolvere i problemi coniugali cooperando e salvaguardando l'unione, un coniuge con un accordo (pre)matrimoniale a sé unilateralmente vantaggioso vedrà il divorzio come una soluzione più semplice e relativamente economica.

Infine, il divorzio minaccia la funzione del matrimonio di garantire il welfare. Sebbene i redditi dei coniugi possano essere stati sufficienti per mantenere una casa, il costo aggiuntivo di mantenere due nuclei familiari dopo il divorzio potrebbe costringere una delle parti a richiedere assistenza allo Stato.

Tutto ciò premesso, quale dovrebbe essere la conseguenza di un accordo (pre)matrimoniale che il giudice ritiene, nel concreto, violare gli interessi dello Stato per il matrimonio?

La risposta a questa domanda dovrebbe essere la nullità per contrarietà all'ordine pubblico.

Chiedere un arresto dell'autonomia privata dinnanzi alla violazione degli elementi essenziali e giustificativi del matrimonio ha il duplice obiettivo di tutelare gli interessi dei soggetti coinvolti ma, allo stesso tempo, preservare la sacralità di questa istituzione.

Se lo Stato ritiene che l'unione matrimoniale sia un bene per la collettività, le politiche del decisore pubblico non possono che essere di promozione. *In primis* incrementando la qualità e la quantità di benefici per i soggetti che decidono di sposarsi. *In secundis* riservando trattamenti di favore di vario genere (sociali, economici, fiscali, etc...) ai soggetti che decidono di costruire una famiglia fondata sul matrimonio, in tal modo riportando l'art. 29 della Costituzione a riappropriarsi della sua centralità dimenticata. Infine, lasciando ai privati quanto più spazio nelle decisioni in merito agli aspetti fisiologici ma anche patologici del rapporto, circoscrivendo il suo intervento nella formulazione di limiti invalicabili alla luce dei principi posti come espressione dell'essenza stessa dell'istituzione. In altre parole, enucleando gli aspetti a tal punto importanti che, senza di essi, il matrimonio stesso perderebbe senso e sostanza.

Inoltre, se si pensa alla situazione attuale in Italia, l'estensione del riconoscimento di nuclei familiari anche alle forme sociali delle unioni civili e delle convivenze chiede al legislatore un intervento ulteriore<sup>160</sup>.

---

entrate familiari dovuto al divorzio dei genitori. Così SCOTT, *Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce*, 76 *Va. L. Rev.* 9, 1990, 31-32.

<sup>160</sup> L'introduzione della cd. Legge Cirinnà ha reso il panorama più complesso. Nel trattare la questione degli accordi tra coniugi diventa fondamentale non distogliere mai l'attenzione dal disegno generale e complessivo delle tre tipologie oggi esistenti nel nostro ordinamento. Tra la dottrina degna di menzione a tal proposito si legga SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 169 ss.; BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016, 1 ss.; Id., *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1779 ss.; BLASI - CAMPIONE - FIGONE - MECENATE - OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, passim; BUFFONE, *Convivenze di fatto: si "gioca la partita" degli orientamenti*, in *Guida dir.*, 2016, 26, 15 ss.; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, passim; DOSI, *Unioni civili: tre forme giuridiche regolano la "famiglia"*, in

Per le unioni civili il problema si risolve in maniere interpretativa. Se, come accade, la normativa in materia di unioni civili richiama in parte la disciplina del divorzio, una volta accolta la ricostruzione fatta fino a qui, è possibile sostenere che, *mutatis mutandis*, gli accordi tra uniti civilmente debbano avere gli stessi limiti e le stesse prerogative di quelli delle coppie sposate<sup>161</sup>.

Il vero problema riguarda le convivenze intese come stabili relazioni affettive.

In queste formazioni sociali si possono presentare le medesime problematiche che si è visto concernere le relazioni coniugali. Si pensi, ad esempio, alla diversificazione dei ruoli, alle asimmetrie di potere, alla presenza di un partner che a causa della relazione diventa sistematicamente più debole.

La semplicità con cui i soggetti costituiscono un rapporto e si accordano privatamente per determinarne ogni aspetto, anche economico, sconta il contrappasso dell'inesistenza di alcun vincolo legislativo in materia di crisi<sup>162</sup>.

La convivenza, dunque, luogo in cui l'autonomia privata può trovare massima esaltazione nella fase fisiologica del rapporto, può divenire, nella fase patologica, luogo di abbandono da parte dello Stato<sup>163</sup>.

E tutti gli aspetti considerati di fondamentale importanza per lo Stato in quanto promotore di una società migliore sono destinati a soccombere per la scelta compiuta di ritrarsi quanto più possibile dal disciplinare le relazioni di fatto.

Si assiste così a un doppio effetto deleterio: i consociati fuggono dal matrimonio per il suo essere iperregolato e preferiscono abbracciare il più fluido rapporto di convivenza ma, nel caso del sopraggiungere di una crisi relazionale, si trovano dinanzi a un vuoto legislativo che, di fatto, li abbandona a loro stessi.

---

*Guida dir.*, 2016, 23, 6 ss.; FINOCCHIARO, *Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto"*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 84 ss.; FIORINI - LEO, *Formazioni sociali con doppia disciplina "a geometria variabile"*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 62 ss.; FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2016, 1789 ss.; GRECO, *Il contratto di convivenza*, in Gorgoni (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 263 ss.; MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deducibile*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 1 ss.; MAGLIETTA, *Convivenze di fatto: gli spiacevoli effetti collaterali*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 8 ss.; ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, 979 ss.; SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.; SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*, in *Giur. it.*, 2016, 1808 ss.

<sup>161</sup> Per un approfondimento si rinvia a chi si è occupato e del tema come, a titolo esemplificativo, AA.VV., *La nuova regolamentazione della unione civili e delle convivenze di fatto*, Torino, 2016, ivi, in particolare, CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, 2016, 1 ss.; DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, op. cit. Cfr., altresì, SESTA, *Unione civile e convivenze*, op. cit., 1795-1797.

<sup>162</sup> Per alcune letture che trattano il tema della disponibilità degli aspetti patrimoniali delle unioni di fatto non matrimoniali si legga, *inter alia*, QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, 69 ss.; Id., *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità nei rapporti patrimoniali della famiglia*, in Perlingieri e Giova (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Esi, 2019, 401 ss.; ma anche QUADRI, "Convivenze", in *juscivile*, 2017, 2, 107, 110; PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *juscivile*, 2016, 6, 205, e PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1754 ss.

<sup>163</sup> Sebbene i diritti patrimoniali dei soggetti conviventi non sia oggetto del presente lavoro, ci sia permesso rinviare per approfondimento a una recente saggio, ossia EMILIOZZI, *I diritti patrimoniali nella crisi della convivenza di fatto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 1324 ss.

Eppure i prodotti e gli esiti concreti di una relazione di fatto sono i medesimi di quelli di una relazione coniugale. Si tratta dei figli; della promozione dei valori sociali; della tutela dei soggetti deboli; della riduzione del carico statale del welfare dei partner. Gli interessi in gioco per lo Stato, dunque, sono esattamente gli stessi.

Di conseguenza delle due l'una: o cambiare la normativa delle convivenze, oppure estendere parte della disciplina della crisi coniugale. L'intervento dovrebbe essere, ancora una volta, quanto meno pervasivo possibile. Potremmo parlare di un neopaternalismo per intendere uno Stato che si fa promotore di valori incentivando i consociati nell'assunzione di alcune decisioni e spingendoli verso queste.

La scelta del matrimonio deve essere promossa anche a mezzo della diminuzione dei costi percepibili dai consociati, quale può essere la presenza di una normativa considerata troppo stringente e non in grado di adattarsi a tutte le caratteristiche particolari che le relazioni coniugali hanno assunto oggi.

D'altra parte, la piena autonomia concessa ai conviventi deve trovare un contrappeso nell'introduzione di nuovi costi che i consociati devono essere chiamati a percepire e a bilanciare. E anche per quanto riguarda questo profilo, l'intervento del legislatore non dovrebbe essere quello di modificare in senso restrittivo la disciplina delle convivenze, ma riformare in senso propulsivo quella del matrimonio, attraverso l'introduzione di benefici esclusivi a cui solo le coppie sposate (o unite civilmente) possono accedere, in tal modo facendo percepire alle coppie conviventi il costo della scelta di non aderire al matrimonio<sup>164</sup>.

## **12. Il nuovo concetto di ordine pubblico e il diritto europeo.**

Nel paragrafo precedente si è sostenuta l'idea per la quale dovrebbe essere l'ordine pubblico, inteso come l'insieme degli interessi dello Stato per il matrimonio, a giustificare la dichiarazione di nullità degli accordi (pre)matrimoniali.

Tale considerazione è foriera di un ulteriore beneficio, ossia quello di bilanciare gli effetti dei Regolamenti Europei 1103 e 1104 del 2016 con gli interessi del nostro ordinamento ed evitare situazioni di discriminazione tra cittadini europei.

Si è detto che i Regolamenti in questione hanno mutato in Italia il concetto di ordine pubblico interno. Infatti, la loro immediata applicabilità comporta il dovere di accettazione degli accordi (pre)matrimoniali delle coppie di qualsiasi parte d'Europa.

L'ordinamento italiano, dunque, è chiamato ad accettare la non incompatibilità di questi contratti non solo dal punto di vista dell'ordine pubblico internazionale, come era stato già affermato dalla Corte di Cassazione nel 1984, ma anche dal punto di vista dell'ordine pubblico interno.

L'unico modo per riportare la situazione in equilibrio, per evitare la discriminazione a rovescio per cui alcune coppie straniere possono vedersi riconosciuto un

---

<sup>164</sup> Anche perché, come sostenuto, “la convivenza more uxorio rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito per il matrimonio ... l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione del principio di libera determinazione delle parti”. Così QUADRI, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, op. cit., 138 ss., richiamando le parole della Corte Costituzionale nella famosa sentenza del 13 maggio 1998, n. 166, n. *Giust. civ.*, 1998, I, 1729, in cui viene trattato anche il tema del rispetto della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza.

accordo che coppie italiane non possono, è quello di definire un nuovo concetto di ordine pubblico interno che sia valevole sia per gli accordi patrimoniali delle coppie italiane che per quelli delle coppie miste o straniere. Con particolare riferimento a queste ultime, dunque, ai giudici italiani potrebbe essere restituito un certo potere di controllo attraverso le previsioni degli artt. 30 e 31 del Reg. 1103/2016, negando di dare esecuzione a quegli accordi che, concretamente, si scontrano con l'interesse e l'ordine pubblico del nostro Stato.

Sempre con riferimento al Regolamento del 2016 è necessario fare un'ulteriore considerazione.

È vero che in moltissimi stati UE gli accordi (pre)matrimoniali sono riconosciuti come validi. Ed è vero anche che il Regolamento 1103/2016 impone ai giudici italiani di dare immediata esecuzione a questi accordi stipulati secondo la legge di uno Stato membro. Tuttavia, da un'attenta analisi comparatistica, emerge che anche negli Stati dove questi accordi sono ammessi dalla lettera della legge, nel concreto i giudici di questi paesi hanno elaborato un complesso sistema di interpretazione giurisprudenziale. Se il giudice Italiano si limitasse meramente al loro riconoscimento immediato, come richiesto dal Regolamento, si finirebbe per dimenticare tutte le specificazioni che la giurisprudenza di questi paesi ha avuto modo di dare nell'esaminare le singole fattispecie concrete.

La ricerca dell'armonizzazione delle norme in materia di contratti (pre)matrimoniali (o quantomeno dei principi) nei diversi Paesi membri dell'UE diventa, quindi, un obiettivo da perseguire anche per garantire la corretta applicazione del Regolamento Europeo.

Si conclude, così, il presente capitolo con la presentazione di due casi: quello tedesco e quello inglese. Essi paiono, invero, i più rappresentativi di un corretto modo di approcciarsi da parte della giurisprudenza nei confronti del caso concreto, finalizzato alla riconduzione del sistema a una equità sostanziale<sup>165</sup>.

In Germania, infatti, nonostante la legge consenta ampiamente la stipulazione di contratti (pre)matrimoniali, i giudici si sono ricavati lo spazio per intervenire e correggere le eventuali iniquità, con argomentazioni dalle quali si potrebbe trarre qualche spunto pratico.

In Inghilterra, per converso, si è passati da un sistema che, per ragioni storico-culturali molto simili alle nostre, negava la possibilità per i coniugi di stipulare qualsiasi accordo, a uno più possibilista. Non esiste, ancora oggi, un pieno riconoscimento della validità dei contratti (pre)matrimoniali ma la giurisprudenza ha mutato la propria sensibilità verso un concreto ed effettivo riconoscimento di tutti gli accordi in vista della crisi assunti dai coniugi ergendoli, quantomeno, a punto di partenza per l'assunzione di una decisione che sia espressione di giustizia nel caso concreto.

---

<sup>165</sup> Per poter comprendere profondamente la problematica in questione da un punto di vista comparato si suggerisce la lettura preliminare di un testo che affronti la questione del diritto di famiglia nei diversi paesi UE in chiave generale come, ad esempio, D'USSEAUX, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padova, 2005. Breve ma utile articolo per approcciarsi alla materia degli accordi prematrimoniali in alcuni paesi dell'Unione Europea: OBERTO, *Prenuptial Agreements in contemplation of divorce*, op. cit., 135.

### 13. Uno sguardo alle esperienze di altri paesi.

Come in Italia, anche in Germania non esistono disposizioni che specificamente disciplinano i contratti prematrimoniali<sup>166</sup>.

Eppure, diversamente da quello italiano, l'ordinamento tedesco consente una certa disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale come espressione dell'autonomia privata in materia di convenzioni matrimoniali disciplinata dal par. 1408, 1 c. BGB<sup>167</sup>.

I coniugi possono stipulare accordi (detti "*Ehevertrag*") sia per scegliere il regime patrimoniale secondario<sup>168</sup>, sia per predeterminare, financo escludere, l'assegno divorzile<sup>169</sup>. È inoltre possibile limitare (o paralizzare) le richieste in merito alle aspettative pensionistiche e la modifica giudiziale dell'ammontare dell'assegno in relazione a successive sopravvenienze influenti sulla situazione economica delle parti<sup>170</sup>.

La disponibilità contrattuale degli aspetti patrimoniali della coppia in crisi non è però illimitata. La giurisprudenza tedesca, infatti, si è da tempo posta l'obiettivo di controllare che gli accordi tra coniugi non diano vita a soluzioni squilibrate<sup>171</sup>, dichiarandone la nullità in alcuni casi particolari. A titolo esemplificativo, è stato ritenuto invalido l'*Ehevertrag* che appariva contratto approfittando dell'inesperienza o della debolezza psicologica di una delle parti; oppure nel caso in cui la rinuncia all'assegno divorzile si palesava essere il corrispettivo per l'affidamento dei figli o, in un altro caso, come condizione per portare a termine una gravidanza e celebrare le nozze.<sup>172</sup>

Investito della questione, il *Bundesverfassungsgericht* ha sostenuto che l'autonomia privata contrattuale dei coniugi può essere conciliata con il controllo giudiziario, dal quale può discendere una dichiarazione di invalidità per le più svariate ragioni<sup>173</sup> quali, in primo luogo, la presenza di sopravvenienze che abbiano reso

<sup>166</sup> FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 19 ss.

<sup>167</sup> Par. 1408 1 c. BGB dispone che "*Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern*". Per alcune riflessioni (soprattutto in merito all'assegno divorzile) svolte dalla dottrina italiana in relazione all'esperienza tedesca si legga Cfr. CUBEDDU, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, op. cit., 22 ss.; SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019, 3 ss.; PATTI, *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, op. cit., 275 ss.

<sup>168</sup> La scelta può essere quella di optare per la separazione dei beni o la comunione anziché per il regime legale della comunione degli incrementi.

<sup>169</sup> BGH, 28 marzo 2007, in *FamRZ*, 2007, 1310, 1311.

<sup>170</sup> LAGENFELD, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 5 ed., Monaco, Beck, 2005, par. 453 ss.; BERGSCHNEIDER, *Verträge in Familiensachen*, 3 ed., Bielefeld, Gieseking, 2006, 664 ss.

<sup>171</sup> BGH, 11 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 930, commentata da NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio*, op. cit., 134 ss.

<sup>172</sup> BGH 19 dicembre 1989.

<sup>173</sup> BVerfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343. Sentenza tradotta da CUBEDDU e pubblicata in *Famiglia*, 2002, II, 203 ss., con nota di GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*. Della questione si è occupato anche BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale*, op. cit., 57 ss.

sproporzionata la divisione delle risorse o in caso di rinunce unilaterali che abbiano escluso la tutela minima essenziale apprestata dalla disciplina sul divorzio.

A proposito di quest'ultimo punto, il Giudice Costituzionale Tedesco ha evidenziato, graduandoli secondo livelli di importanza, gli strumenti di tutela delle parti deboli di un divorzio così come previsti dal legislatore. Il primo sarebbe costituito dal mantenimento dei figli non economicamente autosufficienti; il secondo dall'assistenza economica in caso di malattia o vecchiaia, nonché dai trattamenti pensionistici; il terzo dal sostentamento in caso di disoccupazione; il quarto dalla garanzia dell'accesso dei trattamenti sanitari e dall'assistenza alle persone anziane; infine, dai sussidi per la formazione individuale e, da ultimo, dal regime della comunione.

Il criterio che il giudice è chiamato ad adottare nel suo controllo deve, per la Corte, ispirarsi al principio di effettività così come ricavato dal par. 138, 1 c BGB che prevede l'invalidità dell'accordo contrario al buon costume, così come accade nel caso in cui l'assetto derivante risulti di fatto asimmetrico.

Ove il contratto si discosti dal nocciolo duro delle tutele apprestate dal legislatore vi è un indizio di ciò, sebbene non una prova certa, dovendosi appurare l'esistenza di un eventuale controbilanciamento con i possibili vantaggi derivanti dall'accordo<sup>174</sup>.

A tale scopo al giudice è chiesto di applicare il par. 242 BGB, il quale impone di servirsi del criterio della buona fede in fase di esecuzione del contratto. Infatti, l'impiego di questa clausola consente di comprendere se e fino a che punto un coniuge abusi dei poteri che l'accordo gli riconosce verificando attentamente, inoltre, le ragioni per le quali si è scelto di derogare alle tutele primarie<sup>175</sup>.

Si riporta ora a titolo esemplificativo il ragionamento condotto dal giudice tedesco in un recente caso<sup>176</sup>.

Un uomo (nato nel 1962) e una donna (nata nel 1953) avevano contratto matrimonio nel 1997, sfortunatamente naufragato nel 2002. Prima della celebrazione dello stesso, i nubendi avevano stipulato un *Ehevertrag* con il quale, derogando alla legge sul divorzio, avevano rinunciato reciprocamente a ogni pretesa di mantenimento in caso di scioglimento del matrimonio. In compenso, data la differenza di età, il marito si era impegnato a corrispondere una rendita vitalizia alla moglie.

La coppia non aveva avuto figli. Il marito lavorava mentre la moglie era disoccupata e percepiva un sussidio di disoccupazione. Nel settembre 2002, tuttavia, aveva trovato occupazione come contabile part-time.

Il marito aveva adito il tribunale onde ottenere la dichiarazione di nullità del contratto. In Primo Grado si vedeva rigettare la domanda<sup>177</sup> che veniva però accolta in Grado di Appello<sup>178</sup>. Secondo l'*Oberlandesgericht* all'accordo non poteva darsi esecuzione perché nullo in quanto stipulato in violazione del buon costume ex par. 138, 1 c. BGB. La Corte giustificava questa sua scelta ritenendo che l'*Ehevertrag*

---

<sup>174</sup> BGH, 11 febbraio 2004, cit.

<sup>175</sup> Ibid.

<sup>176</sup> Per il secondo grado la pronuncia di riferimento è: OLG Karlsruhe, 11 settembre 2006, in *FamRZ*, 2007, 477 ss. Il caso è poi approdato innanzi al giudice di legittimità. Si veda BGH, 5 novembre 2008.

<sup>177</sup> Amtsgericht - Familiengericht, 14 ottobre 2005.

<sup>178</sup> OLG Karlsruhe, 11.9.2006, in *FamRZ*, 2007, 477 ss.

comportasse una ripartizione ingiustificatamente squilibrata degli oneri connessi a un eventuale divorzio secondo il modello di mantenimento previsto dalla legge che risulta essere basato sul principio (*Halbteilung*) del paritario contributo alle spese di vita coniugale e partecipazione agli incrementi patrimoniali, nonché dall'attenzione alla capacità economica dell'obbligato.

L'accordo veniva considerato un allontanamento dalla disciplina legale del mantenimento per il suo carattere di unilateralità, in quanto la rendita vitalizia sostitutiva dell'assegno divorzile avrebbe obbligato il marito senza considerare la sua effettiva capacità economica. Non solo, la rendita avrebbe avvantaggiato ingiustamente la moglie in quanto non parametrata sulla sua reale necessità, ma connessa solo all'eventualità in cui la stessa non fosse riuscita a trovare un impiego full time.

In conseguenza dell'accordo, dunque, la divisione delle sostanze economiche della famiglia non sarebbe risultata equa, poiché la moglie avrebbe ricevuto più della metà del reddito comune mentre al marito non sarebbe rimasto nemmeno il necessario per vivere.

La questione giungeva innanzi al *Bundesgerichtshof* il quale, pur confermando la sostanza della decisione di Appello, forniva una ricostruzione giuridica differente.

Innanzitutto veniva ribadito il principio per il quale la revisione degli accordi prematrimoniali a opera dei giudici in caso di ripartizione unilaterale di oneri di fatto insostenibili per la parte gravata valga non solo per il coniuge che chiede l'assegno divorzile, ma anche per colui che è obbligato al suo versamento.

Tuttavia il BGH si chiedeva se l'allontanamento dalla disciplina legale *dell'Halbteilung* a mezzo di un *Ehevertrag* costituisse o meno un allontanamento dal nucleo irrinunciabile della disciplina del mantenimento tale da comportare in ogni circostanza l'invalidità dell'accordo.

La risposta non era semplice.

In primo luogo il Tribunale Supremo confermava l'orientamento secondo il quale la disciplina pattizia tende, in linea di principio, a prevalere su quella prevista dal legislatore. Tale autonomia privata contrattuale dei coniugi in materia di conseguenze patrimoniali della crisi discende dai paragrafi 353 e 1356 BGB ed è finalizzata a consentire ai coniugi di costruire una disciplina confacente alle proprie inclinazioni, aspettative, ed esigenze di vita postmatrimoniali.

Il BGH ricordava, inoltre, che per giurisprudenza costante un comportamento unilateralmente maggiormente gravoso per una parte può anche essere il frutto di una scelta consapevole.

La violazione del buon costume, quindi, non è causata dalla decisione dei coniugi di derogare alla *Halbteilung*.

La necessità di parametrare il mantenimento alla capacità economica dell'obbligato deriva, invece, dai diritti fondamentali (e il diritto privato è chiamato a rispettarli, come confermato dal loro richiamo a mezzo delle clausole generali ex par. 138 e 242 BGB) e il giudice ordinario deve interpretare le norme in maniera costituzionalmente conforme per proteggere l'autonomia privata da se stessa.

La libertà di iniziativa economica in Germania è protetta a livello costituzionale (art. 2, 1 c GG). Poiché il mantenimento è in grado di incidere su questo diritto, il giudice è chiamato a vigilare che il soggetto con la sua promessa non si obblighi a tal punto da non avere più mezzi finanziari per la propria autosufficienza.

Il presupposto per richiedere il mantenimento, dunque, è sempre la capacità economica del soggetto obbligato e il suo limite è la possibilità di questi di provvedere alla propria sussistenza. Tuttavia, per accertare la nullità di un contratto prematrimoniale per contrasto con il par. 138, 1 c BGB è necessario compiere una valutazione complessiva della situazione concreta che coinvolge, per esempio, le condizioni oggettive esistenti nel momento della sua stipulazione, gli scopi perseguiti con quell'accordo, i motivi che hanno indotto il coniuge più debole ad accettare una certa richiesta e l'altro a formularla, nonché verificare se il contratto sia o meno il frutto di una asimmetria contrattuale in cui un soggetto si sia trovato in posizione dominante rispetto all'altro nel momento delle trattative.

La regola di principio per cui si presume sussistente uno squilibrio obiettivo solo quando una delle due parti contraenti si trovi in una posizione dominante per ragioni estranee al contenuto dell'accordo non vale nei rapporti tra marito e moglie, dove persino lo stato di gravidanza al momento della sua sottoscrizione configura un mero indizio dell'asimmetria contrattuale tale da comportare la necessità di un'analisi più approfondita da parte del giudice, chiamato a vagliare tutti gli elementi sussistenti in quel caso concreto.

Per tutte queste ragioni, il BGH concludeva ritenendo la rendita vitalizia contraria al buon costume perché essa avrebbe esposto il marito al rischio di dover fare affidamento all'assistenza pubblica.

Così, per esempio, in altre pronunce la giurisprudenza tedesca ha ritenuto nullo, per contrarietà all'ordine pubblico, l'accordo tra due nubendi in cui entrambi avevano rinunciato all'assegno divorzile in quanto, nel concreto, ciò aveva comportato per una delle parti la necessità di dover richiedere sussidi sociali<sup>179</sup>.

La traslazione dei rischi economici del divorzio sulla spesa pubblica è ritenuta inammissibile perché considerata al pari di un illecito commesso a danno del terzo.

Dall'analisi del caso tedesco è possibile trarre alcune suggestioni.

In Germania il par. 1408, 1 c BGB non prevede a chiare lettere la possibilità per i coniugi di stipulare contratti prematrimoniali. In realtà, infatti, la norma nasce con lo scopo di consentire agli sposi di modificare in corso di matrimonio il regime patrimoniale precedentemente prescelto. Per i tedeschi non vi è alcun dubbio che il negozio atto a questo scopo sia un contratto, e non un più generico "negozio familiare"<sup>180</sup>: *Ehevertrag*, infatti, significa letteralmente "contratto matrimoniale".

La dottrina e la giurisprudenza tedesca, inoltre, hanno progressivamente accettato l'idea che attraverso un *Ehevertrag* sia possibile disciplinare anche altri rapporti patrimoniali tra coniugi, come il diritto al mantenimento, sia precedentemente che successivamente al matrimonio.

In altre parole, come già suggerito, la negoziazione degli aspetti patrimoniali tra marito e moglie avviene sempre a mezzo di un contratto, eventualmente sospeso condizionalmente al caso di scioglimento del matrimonio (nel caso in cui vengano disciplinati i rapporti economici postdivorzili).

La sensibilità tedesca è sempre stata quella di assicurare una quanto più ampia libertà contrattuale tra i coniugi tale da garantire loro di dare una sistemazione alle

---

<sup>179</sup> BGHZ 25.5.2005 - XII ZR 296/01, in *FamRZ*, 2005, 1444, 1447.

<sup>180</sup> Per una critica all'esistenza di un'autonoma categoria definita "negozio giuridico familiare" si veda CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., 55 ss.

questioni patrimoniali nella maniera più confacente alle proprie esigenze, purché sempre “all’interno dei confini morali della natura morale del matrimonio<sup>181</sup>”.

L’autonomia privata dei coniugi tedeschi, tuttavia, non è priva di limiti, ma è anzi assoggettata a un controllo sostanziale da parte dei giudici. Detto diversamente, pur non avendo alcun problema nel ritenere validi (e chiamare contratti) gli accordi tra coniugi in materia patrimoniale, assunti in precedenza o successivamente al matrimonio, in fase fisiologica o patologica, lasciano che sia il giudice a valutarne concretamente la possibilità di darne esecuzione.

Per la giurisprudenza tedesca, infatti, un contratto (pre)matrimoniale può essere contrario al buon costume e, di conseguenza, dichiarato nullo.

Nelle precedenti pagine si è accolta una ricostruzione simile ma sostenendo che, piuttosto che di contrarietà al buon costume, si tratterebbe di contrarietà all’ordine pubblico. Il risultato sostanziale ottenuto, tuttavia, appare essere nei fatti esattamente lo stesso: in entrambi i casi si intende una contrarietà dell’accordo con gli interessi statali, e in un certo senso sociali, connessi al matrimonio.

La valutazione a cui i giudici tedeschi danno vita è duplice: riguarda sia il momento genetico del contratto che quello dei suoi effetti concreti. Così, è possibile dichiarare nullo un contratto matrimoniale perché contrario al buon costume quando vi sia una “*Sittenwidrigkeit*” (che corrisponde all’americana *Unconscionability*) intesa come ingiustizia intollerabile di alcune clausole contrattuali estremamente sbilanciate a favore di una parte perché frutto dell’asimmetria del potere contrattuale esistente tra i contraenti al momento della redazione dell’accordo.

Ma la contrarietà al buon costume potrebbe derivare anche dagli effetti concreti di alcune clausole contrattuali che, di per sé, non sarebbero invalide. Basti pensare al caso in cui l’accordo, di fatto, è in grado di lasciare il soggetto più debole alla mercé dell’assistenza sociale statale.

Ciò che è possibile trarre dall’esperienza tedesca è l’attenzione all’equilibrio generale dell’accordo. Partendo dai principi generali del diritto di famiglia o, più specificamente, degli aspetti legislativi patrimoniali in fase fisiologica e patologica (come quelli previsti dalla legge sul divorzio) i giudici tedeschi ammettono un loro discostamento atto a consentire ai coniugi di personalizzare la propria relazione, a condizione che il contratto, nel suo complesso, contenga altre clausole in grado di controbilanciare questo discostamento dalle regole generali.

Quali principi potrebbe tenere in considerazione un giudice italiano per comprendere se un contratto (pre)matrimoniale sia o meno sostanzialmente equo?

La strada potrebbe essere duplice.

Il CEFL e i suoi Principi sono di sicuro una fonte di ispirazione. La loro promozione, oltre a coadiuvare l’operazione dei giudici nel caso concreto, diventerebbe un’operazione promozionale del processo di armonizzazione in materia tra gli Stati dell’Unione Europea.

Questi Principi, comunque, dovrebbero essere posti in dialogo con le singole esperienze degli Stati membri e gli obiettivi da questi perseguiti con la propria legislazione.

<sup>181</sup> Questo pensiero lo si può già riscontrare nel momento della stesura del BGB. Confronta: *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Vol IV Guttentag*, Berlin, 1888, 142.

Si provi a ragionare sul seguente esempio concreto e si immagini che due coniugi (Anna e Zeno) vogliano, precedentemente al matrimonio, stipulare un contratto pre-matrimoniale che incida sul riconoscimento o sull'entità dell'assegno divorzile in caso di fallimento della relazione.

Anna e Zeno si accordano affinché, in caso di divorzio, nessuno possa pretendere dall'altro un assegno divorzile.

Un accordo del genere dovrebbe, in linea di principio, essere ritenuto valido.

Nelle prime pagine di questo lavoro, infatti, si è data dimostrazione delle ragioni per le quali gli accordi tra coniugi dovrebbero essere incentivati in quanto conducono a una situazione di efficienza, nonché perché permettono la libera circolazione di tutti i cittadini all'interno dell'Unione Europea evitando situazioni di discriminazione al contrario.

Tuttavia, si è avuto modo anche di sottolineare gli elementi problematici di un'autonomia privata illimitata e si è suggerito un intervento legislativo atto a definire una cornice, fatta di principi e norme puntuali, alla libera contrattazione dei coniugi. Anche in assenza di una norma *ad hoc*, tuttavia, si è sostenuto che la teoria dei contratti relazionali sia in grado di permettere alla giurisprudenza di attribuire una nuova veste ai contratti (pre)matrimoniali, dandone una interpretazione differente senza doverli per forza dichiarare di per sé nulli.

Si è suggerito che sia compito del giudice condurre una duplice valutazione: una formale, atta ad analizzare il momento genetico dell'accordo; e una sostanziale, con la quale far riemergere il concetto di equità, mediante una considerazione globale dell'accordo alla luce di tutta l'evoluzione concreta di tutta la storia matrimoniale così come evolutasi nel tempo.

Nella fase di analisi formale, dunque, il giudice è chiamato a far fronte ai problemi di conoscenza e coscienza delle parti. Gli elementi del momento genetico dell'accordo, come si è visto e descritto, sono quelli della volontarietà e dell'informazione.

Nella fase di analisi sostanziale, invece, il giudice deve bilanciare il contenuto del testo contrattuale e le modalità concrete ed effettive con cui la relazione si è evoluta. In tal modo, si è in grado di correggere i fallimenti scaturenti da una razionalità limitata (secondo la teoria comportamentale) e rispettare i principi fondamentali e inderogabili che l'ordinamento italiano ha deciso di darsi in materia matrimoniale sia in fase fisiologica che in quella patologica.

Questi principi si trovano, in primo luogo, nella legge.

Potremmo dire che uno dei principi cardine del diritto di famiglia italiano è l'uguaglianza tra marito e moglie, il che deve valere anche nel momento della negoziazione degli aspetti economici della relazione.

Per quanto riguarda la legge sul divorzio, inoltre, così come interpretata dalla giurisprudenza, per il nostro ordinamento l'obiettivo da perseguire è l'indipendenza economica e l'autosufficienza degli ex coniugi. Quando ciò non è possibile, è prevista l'attribuzione di un assegno divorzile con funzione assistenziale e compensativa-perequativa.

Oltre alla legge e ai principi desumibili da essa, i Principi del CEFL rappresentano il *common core* delle esperienze dei paesi europei o di una *best practice* e possono essere fonte di ispirazione per un giudice che si chiede quali elementi rendano di fatto giusto un accordo.

Si torni al caso di Anna e Zeno. Il loro accordo, sia esso stipulato prima che dopo la celebrazione del matrimonio, si definisce come contratto matrimoniale. (prima del matrimonio sarà un contratto prematrimoniale in vista della crisi; dopo il matrimonio sarà un contratto postmatrimoniale in vista della crisi). Si tratta, di per sé, di un accordo pienamente valido e vincolante.

Sopraggiunta la crisi, Anna e Zeno decidono di divorziare.

Zeno vuole far valere il contratto (pre)matrimoniale, mentre Anna vuole metterlo in discussione e adisce l'Autorità Giudiziaria.

Il giudice sarà chiamato a condurre la duplice analisi sopramenzionata.

Quanto alla fase procedurale, la domanda che si porrà sarà: sono stati rispettati tutti i requisiti previsti dal legislatore (nel caso esista una norma *ad hoc*) nel momento della stipulazione del contratto? Poiché nel caso italiano non sono (ancora) stati descritti in forma legislativa tali requisiti, egli procederà oltre chiedendosi: esistono ragioni per sospettare dell'esistenza di un vizio della volontà, come l'incapacità, il dolo, la violenza o l'errore? Sono stati, inoltre, rispettati tutti gli obblighi in materia di informazione? Anna e Zeno hanno dato vita a una reciproca *disclosure* delle proprie posizioni giuridiche soggettive attive e passive? Hanno, entrambi, ricevuto un'adeguata informazione da parte di un soggetto terzo e imparziale in grado di far loro comprendere effettivamente le conseguenze giuridiche della loro scelta?

Se la risposta sarà positiva, il giudice potrà proseguire oltre, in caso contrario dichiarerà l'annullamento del contratto per vizio di volontà o, nel caso di inosservanza di una norma imperativa *ad hoc* prevista dal legislatore, la sua nullità.

Si ipotizzi che non ci siano stati vizi della volontà e che l'informazione sia stata piena ed efficace.

Il giudice passerà alla seconda fase, quella sostanziale, e si porrà due domande.

1- il contratto al tempo stipulato è frutto dell'irragionevolezza comportamentale dei soggetti? Ossia, Anna e Zeno potevano e hanno potuto disciplinare tutte le conseguenze patrimoniali del loro rapporto al momento della sua stipulazione?

La risposta dovrà necessariamente essere data alla luce del caso concreto.

Alcuni esempi ci permettono di capire meglio cosa si intende con questo.

Si pensi al caso in cui Anna e Zeno siano due signori facoltosi di settant'anni al loro secondo matrimonio e che abbiano già avuto figli nelle precedenti relazioni. Si immagini, inoltre, che i due divorzino dopo appena sei mesi. Essi, prima di sposarsi, avevano stipulato un contratto prematrimoniale al fine di preservare il loro patrimonio e di tutelare la prole nata precedentemente. Entrambi hanno deciso di rinunciare a un eventuale assegno divorzile perché, di fatto, hanno ritenuto di non averne bisogno, date le loro ricchezze. I due hanno deciso che alla fine della loro relazione si applicasse il principio dell'autosufficienza economica per cui nessuno avrebbe dovuto pretendere qualcosa dall'altro e il matrimonio potesse risultare, un giorno, una breve parentesi di vita senza strascichi per il futuro.

Al momento del divorzio, il giudice dovrà riconoscere l'inesistenza di aspetti di irrazionalità comportamentale, anche alla luce della brevità della loro relazione coniugale e dell'assenza di sopravvenienze in grado di comportare delle modifiche sostanziali alla loro relazione. Non esistendo un vero e proprio coniuge debole, non avrebbe senso riconoscere un assegno con funzione assistenziale; così come non avrebbe senso riconoscerne uno con funzione compensativa, dato che nessuno dei

due, nel concreto, ha operato delle rinunce personali a favore della famiglia.

L'eventualità del divorzio era stata ipotizzata dai due coniugi ed essi, scientemente e coscientemente, avevano deciso di disciplinare in questo modo l'esito del fallimento della loro relazione. La loro autonomia, dunque, non potrà essere compressa dall'intervento di un giudice che di certo non può conoscere di più dei due coniugi il valore da loro attribuito alle loro personali utilità.

Diverso è invece il caso in cui Anna e Zeno fossero alla loro prima esperienza coniugale e non avessero avuto alcun figlio precedentemente. Si pensi al caso in cui il divorzio, inoltre, fosse l'esito di una relazione durata vent'anni, dalla quale fossero nati tre figli e, al seguito di ciò, Anna avesse abbandonato la sua carriera per dedicarsi completamente alla famiglia.

La teoria dei contratti relazionali dovrebbe portare il giudice a ritenere il contratto stipulato anzitempo o annullabile per errore o, come ritiene una certa dottrina, invalido per nullità sopravvenuta<sup>182</sup>.

Il contratto (pre)matrimoniale da loro stipulato avrebbe dovuto quantomeno prevedere alcune clausole di rinegoziazione obbligatorie atte a riallineare il contenuto dell'accordo all'evolversi della loro relazione o comunque, di fatto, essere oggetto di periodiche modifiche. Si è visto, infatti, che per la TCR la relazione tende a discostarsi dalla lettera scritta in un contratto parallelamente al passare del tempo tant'è che, dopo un certo numero di anni, l'accordo diventa obsoleto e non più in grado di rappresentare l'effettiva volontà con cui la coppia aveva deciso di gestire i propri rapporti giuridici patrimoniali.

2- Procedendo oltre, il secondo quesito che si porrà il giudice sarà: il contratto dai coniugi stipulato, di fatto, si scontra con gli interessi fondamentali per lo Stato Italiano in materia di matrimonio? Se così fosse, infatti, il giudice sarebbe chiamato a dichiarare il contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico.

Si ricordi che gli interessi dello Stato per il matrimonio sono quelli: dell'educazione dei figli; della promozione delle virtù civiche e dell'assistenza intersoggettiva.

Anche a questa domanda, tuttavia, non è possibile dare una risposta senza analizzare concretamente l'evolversi della storia matrimoniale.

Si pensi al caso in cui Anna, nonostante i due figli avuti da Zeno, non abbia mai compiuto delle rinunce per la famiglia. Zeno, infatti, è stato in grado di garantire ad Anna un altissimo tenore di vita e di permetterle di perseguire la propria carriera finanziando materialmente la realizzazione di ogni suo sogno e lasciando che fossero tate, baby sitter, domestiche, etc... a prendersi cura della casa familiare e di tutti i componenti della famiglia.

Nel caso in cui Anna e Zeno avessero stipulato un contratto prematrimoniale rinunciando a ogni pretesa economica reciproca futura, Anna, con tale accordo, avrebbe rinunciato di fatto solo alla funzione assistenziale dell'assegno e non a quella compensativa-perequativa, non essendo ravvisabile la necessità di

---

<sup>182</sup> La teoria della nullità sopravvenuta non ha, a oggi, molto seguito. Ciò è dovuto soprattutto al modo "tradizionale" di interpretare il contratto. Tuttavia la TCR potrebbe rimettere in discussione tale pensiero. Uno spunto su questa riflessione ci sembra di poterlo trarre nell'articolo di MARCHETTI, *La nullità dinamica nei contratti di durata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2018, 1258 ss., alla lettura del quale si rinvia.

quest'ultima.

La rinuncia della parte assistenziale potrebbe essere valida, però, ad alcune condizioni: anzitutto nel caso in cui Anna non ne avesse effettivamente bisogno. Non essendo più il criterio del medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio a guidare la decisione del giudice in merito all'assegno divorzile, se Anna fosse concretamente autosufficiente dal punto di vista economico, allora si potrebbe dare esecuzione al contratto contenente la rinuncia fatta precedentemente al matrimonio. Se invece Anna non fosse in grado di mantenere se stessa, il contratto sarebbe nullo per contrarietà all'ordine pubblico, in quanto imporrebbe allo Stato l'onere di farsi carico del sostentamento della donna.

Inoltre, al fine di accertare la validità o meno di tale accordo, entrerebbero in gioco i figli non economicamente autosufficienti. Ad essi, differentemente dalla madre, dovrebbe essere garantito lo stesso tenore di vita goduto quando la famiglia era ancora unita. Questo risultato si otterrà imponendo al padre un certo assegno a titolo di mantenimento.

Ma potrebbe accadere che ciò non sia sufficiente a causa delle minori capacità economiche di Anna. In tal caso il giudice potrebbe comunque prendere provvedimenti parzialmente in deroga con il contratto prematrimoniale, con effetti direttamente sul patrimonio della moglie. Per esempio, mediante l'attribuzione della casa familiare e di un assegno periodico alla ex moglie fintanto che i bambini non diventassero economicamente autosufficienti e/o non vivessero più con la madre. Si tratterebbe di un provvedimento temporaneo che non porrebbe nel nulla il contratto stipulato tra Anna e Zeno, ma lo integrerebbe a tutela del miglior interesse della prole.

Si pensi, infine, a un'altra ipotesi.

In questo nuovo scenario, Anna e Zeno sono rimasti sposati per dieci anni prima di divorziare. I due non hanno avuto figli. Anna, però, ha abbandonato la sua carriera per dedicarsi a Zeno e consentirgli di progredire nella propria. Prima del matrimonio, Anna aveva rinunciato con un contratto prematrimoniale a qualunque assegno di mantenimento in caso di divorzio.

Anna, divorziando da Zeno, non potrà più godere dello stesso tenore di vita, ma comunque riuscirà a mantenersi grazie a un nuovo lavoro appena trovato.

La ex moglie, firmando il contratto prematrimoniale, ha rinunciato ai diritti che la legge italiana le avrebbe riconosciuto in merito all'assegno divorzile e alla sua funzione assistenziale e compensativa.

Seguendo l'esempio di quanto accade nell'ordinamento tedesco, potremmo dire che tale accordo non è, solo per questo, da ritenersi nullo, ma che comunque ha generato un allontanamento dalla normativa nazionale in materia di assegno divorzile che, in qualche modo, deve trovare (o aver trovato) un bilanciamento al fine di tornare all'equilibrio e all'equità.

Anna, nonostante le rinunce fatte per il marito Zeno, potrebbe comunque dover rimanere assoggettata all'impegno contrattuale prematrimoniale assunto qualora, nel caso concreto, il giudice dovesse appurare che, a mezzo di altre clausole dello stesso contratto oppure per la situazione concretamente vissuta in costanza di matrimonio, la rinuncia fatta a suo tempo abbia trovato ugualmente una controprestazione. Detto diversamente, se la sua cessione di un diritto sia stata scambiata con

un'altra utilità da lei ottenuta. Si pensi ad esempio al caso in cui, grazie alle sostanze di Zeno, abbia vissuto dieci anni di matrimonio godendo di un tenore di vita particolarmente elevato, tra macchine di lusso, appartamenti al mare e in montagna, vacanze caraibiche, etc... In questo caso la rinuncia alla compensazione sarebbe stata, di fatto, già controbilanciata da una vita lussuosa che non avrebbe altrimenti mai potuto avere.<sup>183</sup>

Come è possibile notare dagli esempi finora proposti, si tratta sempre di una valutazione del caso concreto alla quale il giudice è chiamato a operare, potendo raggiungere l'equità senza per questo dover penalizzare l'autonomia privata dei coniugi funzionale alla personalizzazione economica della propria relazione mediante un'aprioristica dichiarazione di nullità a qualsiasi accordo da loro stipulato in vista della crisi.

Si analizzi ora un'altra esperienza, quella inglese<sup>184</sup>.

Come in Italia, anche in Inghilterra per lungo tempo gli accordi (pre)matrimoniali sono stati ritenuti contrari all'ordine pubblico. Le ragioni tipicamente addotte dai giudici inglesi per dichiararne la nullità erano essenzialmente due: in primo luogo si credeva potessero ledere l'essenza del matrimonio attraverso la previsione della fine di ciò che era inteso come eterno e indissolubile.

In secondo luogo tale tipologia di accordi era vista con sospetto perché giudicata come il prezzo per la decisione di sposarsi<sup>185</sup>.

Tuttavia, la ragione fondamentale dell'ostracismo da parte delle Corti Inglesi era da rinvenire nell'enorme potere conferito ad esse nelle decisioni in materia di divisione patrimoniale delle ricchezze possedute dalla coppia nel momento del divorzio. Per loro natura, infatti, gli accordi (pre)matrimoniali tra i coniugi sono osteggiati per la possibilità di incidere sulle prerogative concesse per legge al giudice.

Diversamente dalla maggior parte dei paesi dell'Europa continentale, in Inghilterra gli sposi non possono scegliere il regime patrimoniale della propria relazione coniugale. Marito e moglie rimangono titolari ognuno dei propri beni, come in una sorta di separazione legale, per tutta la durata del matrimonio. In caso di divorzio, tuttavia, il patrimonio di entrambi viene fuso in un'unica sostanza e diviso secondo un principio di "fairness" tra i due coniugi.

Questa prerogativa spetta al giudice, il quale è l'unico ad avere il potere della "redistribution of the property".

---

<sup>183</sup> Ci sembra di poter trovare tutte parte di queste valutazioni e, in un certo qual modo, una applicazione della TCR nella sentenza del Trib. Pavia, 23 luglio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 122 ss, con nota di RIMINI, *Assegno divorzile e rilievo delle pregresse attribuzioni patrimoniali*, in cui viene analizzata concretamente la storia d'amore tra i due ex coniugi e le reciproche dazioni/rinunce compiute da entrambi nel corso della relazione. Tuttavia, la sentenza non convince appieno in quanto chiede di valutare quale sarebbe stata la posizione economica dei coniugi se non avessero contratto matrimonio (in quanto la valutazione di solito riguarda una parte, ossia colei che richiede l'assegno, mentre non si tiene contemporaneamente in considerazione che l'altra parte si possa essere arricchita proprio grazie alle rinunce della prima). Si condivide, quindi, il pensiero dell'annotatore il quale sul punto offre una credibile spiegazione.

<sup>184</sup> Per approfondimenti si veda GIANNECCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, op. cit., 453 ss.; SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law – alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017, 920-938.

<sup>185</sup> WELSTEAD - EDWARDS, *Family Law*, Oxford University Press, 2011, 196.

La discrezionalità del “*reallocation process*” è assoluta<sup>186</sup> e la sua funzione è duplice: compensare il partner per il contributo economico e personale dato all’unione e garantire il mantenimento del coniuge più debole.

Non solo le Corti inglesi possono decidere come riallocare i beni di entrambi i soggetti,<sup>187</sup> ma anche vendere quelli di uno dei due coniugi e trasferirne discrezionalmente il ricavato.<sup>188</sup>

Dal 1984<sup>189</sup>, inoltre, i giudici inglesi possono valutare la possibilità di emettere un *clean break order* con il quale porre fine a tutte le obbligazioni reciproche esistenti tra i coniugi eliminando, così, ogni futura e ulteriore fonte di discussione e tensione. In tale circostanza, inoltre, possono riconoscere al coniuge più debole una *lump sum*, ossia una somma *una tantum*.

Chi sottopone al giudice, accanto alla richiesta di divorzio, una *ancillary relief* (ossia una richiesta in materia economica di qualunque tipo connessa agli aspetti patrimoniali della relazione) rischia di perdere completamente il controllo sulle questioni patrimoniali della relazione coniugale perché al giudice viene concesso pieno e assoluto potere di redistribuire la proprietà secondo la propria discrezionale valutazione<sup>190</sup>.

Per evitare che la decisione del giudice fosse il risultato di mero arbitrio, il legislatore ha introdotto alcuni criteri-guida che devono essere tenuti in considerazione nel momento della redistribuzione delle sostanze, ossia: 1) il reddito, la capacità di guadagno, il patrimonio e le altre risorse finanziarie a disposizione di ogni coniuge al momento del divorzio oppure in un futuro prossimo, includendo nella capacità di guadagno ogni incremento che, secondo la Corte, sarebbe ragionevole aspettarsi da uno dei due coniugi; 2) i bisogni economici, gli obblighi o impegni economici e le responsabilità che ognuno dei coniugi ha o è probabile che avrà in un prossimo futuro; 3) il tenore di vita goduto dalla famiglia prima della rottura del matrimonio; 4) l’età di ciascuno dei coniugi e la durata del matrimonio; 5) ogni menomazione fisica o psichica di ciascuno dei due coniugi; 6) i contributi che ciascuno dei coniugi ha dato o è probabile possa dare in un prossimo futuro per il benessere della famiglia, incluso ogni contributo nell’occuparsi della casa, nel prendersi cura della famiglia; 7) la condotta di ciascuno dei coniugi, nel caso in cui detta condotta dovesse essere, a giudizio della Corte e secondo principi di equità, di natura tale da imporre di tenerla in considerazione; 8) in caso di procedimento per il divorzio o di nullità del matrimonio, il valore di ogni beneficio (per esempio una pensione) che un

<sup>186</sup> PROBERT, *Family Law in England and Wales*, Walters Kluwer, 2012, 191.

<sup>187</sup> Così come previsto dal *Matrimonial Causes Act* del 1973.

<sup>188</sup> Possibilità introdotta nel 1981 con il *Matrimonial Homes and Property Act*

<sup>189</sup> Con il *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984.

<sup>190</sup> Quando pronunciano un provvedimento di separazione, nullità o divorzio le Corti possono emettere i seguenti *property adjustment order*: *Transfer of property order* (trasferimento completo di uno o più beni); *Settlement of property order* (trasferimento del diritto di uso di un bene senza la proprietà. Succede spesso in relazione alla casa familiare); *Variation of marriage settlement order* (incide sugli accordi presi prima o in costanza di matrimonio da parte dei coniugi. Tali accordi, che già necessitano di una convalida del giudice al momento della loro redazione, vengono ora modificati); *Order for the sale of property* (vendita di un bene di proprietà di tutti e due i coniugi o anche di solo uno. Le Corti distribuiscono la somma in maniera molto discrezionale, valutando soprattutto l’interesse dei figli)

coniuge non avrà più la possibilità di acquisire per effetto dello scioglimento del matrimonio. 9) A questi criteri la sezione 25 del *Matrimonial Causes Act* ne aggiunge un nono, ossia quello per cui le Corti devono, in linea di massima, tenere in considerazione tutte le circostanze del caso ulteriori a quelle elencate<sup>191</sup>.

Sebbene l'obiettivo sia quello della *fairness*, è chiaro che la discrezionalità dei giudici conduce in realtà all'assoluta imprevedibilità dell'esito finale.

Dagli anni 2000 si è inaugurato un sistema che non tende meramente ad assicurare al coniuge più debole la soddisfazione dei bisogni necessari ma, soprattutto nel caso delle coppie più ricche, alla divisione in parti uguali del patrimonio familiare.

Nel caso *White v. White*<sup>192</sup>, ad esempio, la *House of Lords* ha avuto modo di chiarire che la soluzione dell'equa divisione del patrimonio è necessaria per valorizzare il contributo dato da ciascuno dei coniugi alla famiglia, senza alcuna discriminazione basata sul genere o sui ruoli assunti dal marito e dalla moglie<sup>193</sup>.

Il primo tentativo di arginare il pericolo di una deriva del Common law lo si ha nel 2006 sempre ad opera della *House of Lords* nei casi *Miller v Miller* e *McFarlane v McFarlane*<sup>194</sup>. Partendo dalla considerazione che "*fairness is an elusive concept*" e che il benessere dei bambini rappresenta sempre il principale interesse, la Corte ha voluto dare tre criteri orientativi per i giudici, ossia *needs, compensation and sharing*.

L'intento è duplice: da una parte riconoscere a ogni coniuge il contributo dato al matrimonio; dall'altra garantire il mantenimento alla parte più debole.

Dinnanzi a un siffatto sistema, molte coppie inglesi hanno iniziato a sottoscrivere contratti prematrimoniali per cercare di far fronte all'arbitrio dei giudici e alla relativa incertezza sulle divisioni patrimoniali in caso di divorzio. Nella totalità dei casi i giudici hanno avuto modo di dichiararne la nullità per una serie di ragioni molto simili, tra l'altro, a quelle date dalla giurisprudenza inglese per invalidare i *deed of separation*, ossia gli accordi postmatrimoniali in vista della crisi. Si trattava, *in primis*, di questioni legate alla tutela del coniuge più debole; del diritto al giusto processo; della tutela dell'ordine pubblico; dell'inaccettabilità che spetti allo Stato di farsi carico con politiche assistenzialiste dei soggetti che si trovano in situazioni di indigenza a causa della stipulazione di contratti matrimoniali<sup>195</sup>.

La crescente pressione sociale per una maggior autonomia privata nella determinazione degli assetti patrimoniali in fase di crisi matrimoniale ha, nel corso del tempo, sortito un qualche effetto nei confronti delle Corti Inglesi che, via via, hanno cercato di temperare le esigenze e gli interessi in gioco, sebbene senza mai rinunciare al loro ruolo di decisori finali.

Nel 2002, ad esempio, nel caso *M. v. M.*<sup>196</sup> il giudice Connel J. si trovava dinnanzi al contratto prematrimoniale di una coppia in crisi. Secondo l'accordo, in caso di

---

<sup>191</sup> GIANNECCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese*, op. cit., 464-465.

<sup>192</sup> [2001] 1 All ER 1, [2000] UKHL 54, [2001] 1 AC 596.

<sup>193</sup> Si precisa che la divisione non riguarda solo i beni prodotti o acquistati in costanza di matrimonio, ma coinvolge anche tutte le ricchezze possedute o ottenute al di fuori (e anche precedentemente) al matrimonio.

<sup>194</sup> *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24.

<sup>195</sup> Vedi il caso *Hyman v. Hyman*, [1929] AC 601; *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249, 262.

<sup>196</sup> *M. v. M.*, [2002], 1 FLR 654 [20].

---

divorzio il marito avrebbe dovuto trasferire a stralcio di ogni altra pretesa una somma *una tantum* pari a £ 250.000. La moglie, a fronte di un patrimonio dell'uomo di 7,5 milioni di sterline aveva messo in discussione l'accordo precedentemente sottoscritto, chiedendo una somma di 1,3 milioni di sterline.

Il Giudice, pur non dichiarando la validità dell'accordo, si trovava nella difficile situazione di dover considerare tutte le circostanze che avevano indotto l'uomo a chiedere la sottoscrizione del contratto. Infatti la signora M., rimasta incinta, aveva minacciato il signor M. di abortire se questi non l'avesse sposata. Costui aveva quindi acconsentito a fronte, però, della stipula dell'accordo in questione.

Sentendo di non poter non tenere in considerazione le ragioni dell'accordo ma, allo stesso tempo, volendo rimanere fedele al dettato normativo, il Giudice qualificava la situazione come una delle "situazioni da valutare per raggiungere una decisione equa e giusta". Riconosceva quindi alla moglie una somma pari a £ 875.000.

Simile è il caso *K. v. K.* del 2003<sup>197</sup>. Una gravidanza inattesa portava due fidanzati a convolare a nozze, previa la stipulazione di un contratto prematrimoniale per il quale, in caso di fallimento del matrimonio entro i successivi cinque anni la moglie, a fronte di un patrimonio del marito di 25 milioni di sterline, avrebbe ottenuto una *lump sum* pari a £ 120.000. Ogni anno di matrimonio successivo al quinto avrebbe comportato una somma ulteriore di £ 12.000 all'anno.

Dopo quattordici mesi il matrimonio era naufragato e la moglie si era rivolta alle corti inglesi chiedendo una cifra pari a 1.6 milioni di sterline più £ 57.000 all'anno per sé e £ 15.000 per il figlio.

La Corte risolveva la controversia dando una motivazione contrastante. Da una parte, infatti, riteneva l'accordo pienamente valido, qualificandolo come una delle "circostanze necessarie da tenere in considerazione", specificando che nessuna delle parti aveva subito coercizione e che, anzi, vi era stata assistenza da parte di un legale. Dall'altra non rinunciava al suo potere discrezionale di redistribuzione del reddito in quanto, valutando il contributo della moglie alla famiglia, riconosceva alla moglie £ 15.000 all'anno e una somma pari a 1,2 milioni di sterline per l'acquisto di un immobile affinché la stessa potesse viverci con il bambino e fargli mantenere lo stesso standard di vita quando sarebbe stato dalla madre.

Altro caso importante è quello di *Crossley v. Crossley* del 2007<sup>198</sup>. La Corte, ancora una volta, pur non riconoscendo formalmente la validità dell'accordo prematrimoniale, ha rilevato che le circostanze del caso concreto non dovessero portare a discostarsi dal suo contenuto.

La vicenda riguardava un matrimonio di brevissima durata (circa un anno) tra due persone adulte e molto ricche. Sebbene nel contratto i due avessero stabilito che nessuno avrebbe avanzato pretese nei confronti dell'altro in caso di divorzio, la moglie aveva adito la Corte chiedendo di attingere a parte del patrimonio del marito.

Il giudice, nel dare esecuzione all'accordo, ha valorizzato l'età dei contraenti, la durata del matrimonio e l'assenza di figli, ma non potendo (o volendo) cambiare il precedente, ha deciso di giustificare la sua scelta con una frase divenuta celebre, ossia: "*All these cases are fact dependent and this is a quite exceptional case on its*

---

<sup>197</sup> *K. v. K.*, [2003] 1 FLR 120.

<sup>198</sup> *Crossley v Crossley* [2007] EWCA Civ 1491, [2008] 1 FLR 1467.

*facts, but if ever there is to be a paradigm case in which the court will look to the prenuptial agreement as not simply one of the peripheral factors in the case but as a factor of magnetic importance, it seems to me that this is just such a case”.*

Il vero *leading case* per la giurisprudenza inglese, tuttavia, è il famoso *Radmacher v. Granatino*<sup>199</sup> deciso dalla *Supreme Court*.

Due fidanzati, lei tedesca e lui francese, avevano stipulato un accordo prematrimoniale innanzi a un notaio tedesco. L'accordo, fortemente voluto dal padre della sposa, era risultato come la *conditio sine qua non* del matrimonio. La ragazza, infatti, era titolare di un ingente patrimonio ed era sul punto di ereditare un'ulteriore fortuna dal ricchissimo padre. Nell'accordo, i due prevedevano l'applicazione della legge tedesca, l'esclusione della comunione legale dei beni e, in caso di fallimento della relazione, la rinuncia a qualsiasi reciproca richiesta di mantenimento.

Dopo qualche anno il marito, che all'epoca lavorava per la JP Morgan & Co e che aveva visto crescere in maniera importante il suo reddito lordo annuo<sup>200</sup>, decideva di abbandonare il suo lavoro e tentare la carriera universitaria in biotecnologie.

La coppia si era sposata a Londra e lì aveva stabilito la propria vita matrimoniale.

Naufragato il matrimonio, il marito aveva adito il giudice inglese per vedersi riconosciuta una somma *una tantum* e un assegno divorzile mensile.

La questione, giunta dinnanzi alla Corte Suprema, diventa l'occasione per definire alcuni principi che costituiranno un importante precedente per i giudici inglesi.

La *Supreme Court*, infatti, pur partendo dal presupposto per cui i giudici non sono vincolati dal dare esecuzione agli accordi prematrimoniali e che le parti non possono, tramite la propria autonomia, “sottrarre alle corti il loro potere giurisdizionale”, sostiene per la prima volta che i giudici, comunque, devono dare a tali accordi “un appropriato peso”.

Poiché tali accordi non possono essere considerati vincolanti (“*binding*”) il problema si sposta nel definire cosa debba intendersi con “appropriato peso”.

Per la Corte, i giudici sono tenuti a seguire tre criteri fondamentali per decidere il caso concreto e la validità del singolo contratto.

In primo luogo l'accordo deve essere “*freely concluded e properly informed*”, ossia le parti devono averlo sottoscritto senza coercizioni e dopo un'attenta valutazione delle implicazioni e delle conseguenze.

Nel valutare la libertà contrattuale delle parti, quindi, la Corte invita i giudici di merito a indagare sulla libertà del processo di formazione della volontà delle parti fornendo i seguenti indici (non esaustivi): la presenza di errore o inganno; una “*undue pressure*”; una “*exploitation of a dominant position to secure an unfair advantage*”; uno stato emotivo della parte; l'età e la maturità dei contraenti; l'esistenza di un precedente matrimonio o di lunghe relazioni; la storia complessiva della relazione al fine di capire se le parti, al momento della sottoscrizione dell'accordo, erano davvero consapevoli e volevano considerarlo vincolante.

Per quanto riguarda, invece, il requisito di essere stati “*properly informed*”, la Corte specifica che le parti devono dare prova di aver ricevuto, o spontaneamente rifiutato, l'assistenza di un legale prima della sottoscrizione, nonché la completa e

---

<sup>199</sup> *Radmacher v Granatino* [2011] AC 534.

<sup>200</sup> Più di £ 120.000 sterline all'anno.

corretta comunicazione di tutti i beni oggetto del loro patrimonio. Ciò al fine di essere consapevoli a quali diritti i coniugi stanno derogando.

La *Supreme Court*, tuttavia, non rinuncia a riaffermare il ruolo del giudice nella valutazione della *fairness*. L'accordo, infatti, deve essere "*fair*" alla luce delle circostanze sopravvenute. E *fair* può essere solo se l'accordo si basa su *need, compensation and sharing*.

Non è *fair*, ad esempio, l'accordo che non contempla circostanze impreviste o imprevedibili, come la nascita di un figlio. O, ancora, quello che abbandona una parte in uno stato di bisogno.

Quest'ultimo inciso sembra riportare la situazione al passato in quanto, sostanzialmente, al giudice viene riconosciuto ogni potere decisionale finale.

Ma l'importanza di questa decisione non è assolutamente da sottovalutare.

La Corte Suprema dà per la prima volta riconoscimento ai contratti prematrimoniali come espressione della libertà e autonomia privata dei coniugi, ritenendo ingiusto perché eccessivamente paternalistico sostenere che le Corti debbano avere assoluto potere discrezionale sugli aspetti patrimoniali dei coniugi solo perché: "*the Court knows best*"<sup>201</sup>.

Negli anni successivi a questa importantissima sentenza l'atteggiamento dei giudici inglesi è rimasto abbastanza conservativo con la prassi giurisprudenziale precedente.

La possibilità di ricorrere al concetto di *fairness* ha permesso, infatti, di decidere i singoli casi in maniera piuttosto libera pur dichiarando, almeno a parole, di ritenere validi ed efficaci i contratti prematrimoniali<sup>202</sup>.

Non si può non apprezzare, tuttavia, l'impegno e le prime aperture dimostrate dalla giurisprudenza, segno di un progressivo cambiamento verso una strada ancora poco battuta e compresa ma che merita di essere esplorata, sebbene ciò richieda un po' di tempo per garantire che l'adattamento sia progressivo.

Si possono fare, in proposito, due esempi di decisioni risalenti al 2016.

<sup>201</sup> Paragrafo 78 della sentenza citata: "*The reason why the court should give weight to a nuptial agreement is that there should be respect for individual autonomy. The court should accord respect to the decision of a married couple as to the manner in which their financial affairs should be regulated. It would be paternalistic and patronising to override their agreement simply on the basis that the court knows best. This is particularly true where the parties' agreement addresses existing circumstances and not merely the contingencies of an uncertain future*".

<sup>202</sup> Un esempio di accordo ritenuto valido ma non *fair* lo si può riscontrare nel caso *WW v. HV* del 2015 (riferimento: [2015]EWHC 1844 (Fam)). Il caso riguardava un contratto prematrimoniale stipulato tra un uomo benestante di 42 anni e una ereditiera milionaria di 31. Dopo un matrimonio di undici anni e due figli la relazione era entrata in crisi e il marito pretendeva di attingere a parte del patrimonio della moglie. Il giudice, analizzando l'accordo, rilevava che lo stesso pareva essere validamente e correttamente stipulato secondo le indicazioni del caso *Radmacher v. Granatino*. Non c'era stato dunque né raggirio, né coercizione, né indebita pressione, anzi, le parti avevano dimostrato di comprendere che il contratto sarebbe stato stipulato per proteggere la ricchezza della moglie che era stata per quasi la totalità ereditata. Il giudice Cusworth, pur dichiarando di comprendere e di ritenere ragionevoli le finalità dell'accordo, sosteneva, però, che senza l'apporto della moglie il marito sarebbe rimasto in una condizione di indigenza. Inoltre l'uomo aveva impiegato alcuni suoi beni per l'interesse della famiglia. Il problema di pronunciare una soluzione *fair*, a tutela sia del marito che dei figli, veniva risolto dal giudice assegnando al marito in usufrutto un'abitazione del valore di 1.7 milioni di sterline fino alla sua morte, nonché un mantenimento di 18.000 sterline per il mantenimento dei figli e una somma *una tantum* di 200.000 sterline.

Il primo è il caso DB v. PB.<sup>203</sup>

Una coppia svedese aveva sottoscritto tre contratti prematrimoniali, due in Svezia e uno negli Stati Uniti in cui, sostanzialmente, avevano scelto la giurisdizione svedese come unica competente a conoscere degli aspetti patrimoniali derivanti dall'eventuale conclusione del loro matrimonio che avrebbe visto assegnato al marito 9,5 milioni di sterline, mentre alla moglie £ 560.000, senza poter pretendere nient'altro l'uno nei confronti dell'altro.

Il giudice, alla luce del caso Radmacher v. Granatino, si è interrogato sul fatto se l'accordo fosse stato stipulato senza pressione o coercizione e ha riscontrato che ciò non era avvenuto. Anzi, alla moglie era stata data assistenza legale e spiegato che il contratto rappresentava una *conditio sine qua non* per l'uomo per sposarsi.

L'accordo, però, pur se formalmente valido non è stato riconosciuto tale da un punto di vista sostanziale perché non *fair*. Il contratto avrebbe, infatti, lasciato alla moglie ben poco della ricchezza che invece sarebbe stata riconosciuta al marito. Inoltre, la donna si era dedicata per tutta la durata di quel lungo matrimonio alla cura della casa e dei due figli che, nel frattempo, erano nati.

Nel caso concreto, dunque, il giudice ha deciso di mettere in vendita una casa della coppia per pagare il mutuo e tutte le altre spese e ha imposto che il ricavato fosse equamente diviso. Inoltre, ha messo a disposizione della moglie una somma pari a 2 milioni di sterline affinché la stessa potesse acquistare una casa nella quale vivere con i figli e, infine, ha posto a carico del marito una somma provvisoria annuale a titolo di indennità per la moglie e un assegno per i figli pari a £ 95.000.

Il secondo caso che si prende in analisi è H. v. H.<sup>204</sup>

Si tratta di un contratto prematrimoniale tra un uomo di 72 anni e una donna di 64 che erano stati sposati per poco più di quattro mesi e con il quale i coniugi avevano rinunciato a ogni reciproca pretesa in caso di divorzio. La moglie, tuttavia, chiedeva di divorziare dal marito asserendo di aver subito violenza sessuale e impugnava il contratto prematrimoniale considerandolo *unfair* in quanto la stessa sarebbe stata indotta al divorzio dall'atteggiamento dell'uomo e, a causa di ciò, sarebbe stata costretta a vivere senza alcun supporto economico nonostante la sua età. Il giudice, oltre a non credere alle affermazioni della donna sul comportamento dell'ex marito, già assolto in sede penale, ha ritenuto di dover tutelare l'autonomia privata delle parti che era sfociata nel contratto prematrimoniale anche per proteggere i figli avuti da entrambi i partner nei precedenti matrimoni. Inoltre, interrogandosi sui requisiti delineati dalla Suprema Corte nel 2010 ha sostenuto che l'accordo fosse da considerarsi pienamente valido ed efficace, anche a causa della brevità del matrimonio e del fatto che, per questo, non avevano potuto palesarsi delle *contingencies* tali da giustificare un cambiamento nella vita della donna.

L'esperienza inglese risulta utile agli scopi di questo lavoro perché permette di fotografare lo sviluppo della giurisprudenza di uno Stato in merito a una questione che l'ordinamento italiano ancora sta vivendo e che pone agli studiosi italiani numerosi dubbi ormai da decenni. Una giurisprudenza, tra l'altro, in cui il precedente è sinonimo di legge.

---

<sup>203</sup> DB v PB [2016] EWHC 3431 (Fam).

<sup>204</sup> [2016] EWFC B81 (04 March 2016).

---

La situazione vissuta prima della pronuncia della *Supreme Court* ricalca, almeno in parte, quella Italiana. Le ragioni addotte dai giudici per avallare le proprie dichiarazioni di nullità, infatti, sono quasi le stesse di quelle dei colleghi italiani.

In Italia, però, le possibilità per i coniugi di accordarsi sul futuro della propria crisi sono da sempre state maggiori rispetto ai cittadini britannici.

In primo luogo è sempre esistita la possibilità di scegliere tra il regime patrimoniale della comunione e quello della separazione legale dei beni, con tutto ciò che questo può comportare nel momento dello scioglimento del rapporto di coniugio. In Inghilterra invece, come si è visto, l'unico regime patrimoniale è quello di una specie di separazione dei beni la quale diventa una "comunione forzata e divisione in parti uguali" al momento del divorzio.

Inoltre, la legge 898/1970 ha previsto, fin dalla sua promulgazione, la possibilità per i coniugi di ricercare soluzioni congiunte alla sistemazione degli assetti patrimoniali tra coniugi in crisi. Tale possibilità è stata, tra l'altro, di recente ancor più potenziata dall'introduzione della negoziazione assistita a mezzo del D.L. 132/2014.

Niente di tutto questo è invece mai avvenuto in Inghilterra, dove il legislatore ha solo dato i criteri generali al giudice per poter raggiungere una divisione del patrimonio che sia "*fair*".

Se quindi sia possibile dire che il nostro ordinamento stia vivendo, come visto fin già dalle prime pagine di questo lavoro, un ampliamento progressivo dell'autonomia patrimoniale dei coniugi in crisi, in Inghilterra la gelosia delle Corti per il proprio potere discrezionale non ha mai lasciato un vero spazio alla libertà dei coniugi di accordarsi sugli aspetti economici della fine della propria relazione.

Ecco che quindi il caso *Radmacher v Granatino* è stato accolto come un qualcosa di rivoluzionario.

Per la prima volta, infatti, la Corte Suprema ha imposto ai giudici di merito di dar ascolto alla voce dei coniugi e darne congruo rilievo.

Si tratta di un esempio molto importante di come le pressioni e le esigenze sociali riescano a imporsi e a divenire legge.

Con questa storica pronuncia, inoltre, i giudici inglesi hanno voluto perseguire anche un altro importante obiettivo: quello dell'avvicinamento del proprio ordinamento agli altri dell'Europa continentale. Non sfugge infatti che nella propria motivazione il giudice Thorpe LJ afferma che: "*as a society we should be seeking to reduce and not to maintain rules of law that divide us from the majority of the members states of Europe.*"<sup>205</sup>

In altre parole, la Corte Suprema ha riconosciuto che la società inglese sta vivendo un'esperienza simile a quella di altri paesi europei e si è posta come obiettivo quello di ridurre le distanze con il resto dell'Unione Europea, piuttosto che quello di mantenerle.

Lo strappo col passato, dunque, è stato percepito come una conquista di civiltà, considerazione che ci si auspica venga fatta propria anche dalla nostra Corte di Cassazione.

La *Supreme Court of UK*, tuttavia, non parla mai di validità degli accordi

---

<sup>205</sup> *Radmacher v Granatino* [2009] EWCA Civ 649 para 29 ii.

prematrimoniali, ma preferisce sostenere che a essi il giudice sia obbligato a darne “un giusto peso”.

In altre parole non viene posto in discussione il principio per cui la decisione spetti sempre e comunque al giudice, ma si chiede allo stesso di ritrarsi (almeno in parte) nel momento in cui venga a conoscenza di un accordo tra le parti. Il mito che viene sfatato non è quello per cui le Corti Inglesi hanno pieno potere in materia, ma semplicemente quello per il quale “*the Courts know best*” sul come dare una sistemazione alle relazioni postmatrimoniali rispetto ai coniugi stessi che quelle relazioni conoscono e vivono.

Non manca, nemmeno in questo caso, la previsione di norme guida per il giudice di merito che si accinge alla valutazione concreta dell'accordo.

Tra queste è possibile notare, almeno in parte, la corrispondenza con alcuni dei requisiti procedurali e sostanziali che si sono individuati in quest'opera.

La Corte, infatti, chiede che gli accordi siano stati “*freely concluded*” e le parti “*properly informed*”. Anche in questo capitolo si è sostenuto che gli accordi (pre)matrimoniali debbano essere privi di vizi della volontà e oggetto di adeguata informazione (requisiti formali).

Inoltre, i Giudici Inglesi richiedono che l'accordo sia nel complesso *fair* perché basato sui principi di *need, compensation and sharing*, ossia del bisogno, della compensazione e della divisione. Questo risultato può essere ottenuto solo mediante un controllo sostanziale del caso concreto compiuto a opera del giudice. Anche questo requisito ricalca, almeno in parte, quello che si è definito essere lo scopo di quelli che si è chiamato “requisiti sostanziali”.

Ecco dunque che sia l'esperienza tedesca che quella inglese sembrano muovere verso una soluzione affine alla nostra proposta, che si pone come il risultato di un'interazione tra richieste sociali, analisi economica, teoria generale dei contratti, diritto internazionale privato, diritto dell'Unione Europea, principi europei del diritto di famiglia e diritto comparato.

## CONCLUSIONI

È fondamentale, in queste ultime pagine, cercare di riportare lo sguardo sul disegno d'insieme che si è sottoposto all'attenzione di una microscopica analisi al fine di cogliere il senso complessivo di quanto fin qui realizzato.

Il nucleo di questo lavoro è la crisi.

Per quanto apparentemente in antitesi con il senso stesso di matrimonio, quale rapporto stabile tendenzialmente proiettato verso l'indissolubilità, la patologia permette oggi di comprendere l'ordinamento italiano molto meglio di quanto possa fare la stessa fisiologia. Ciò perché se i rapporti oggi sono divenuti più "fluidi" e difficilmente inquadrabili in poche e predefinite categorie, la pleora delle esperienze sentimentali che l'uomo del terzo millennio vive (e che deve imparare ad accettare) rende sfuggente e imprecisa l'analisi e la formulazione di preconfezionate risposte vevoli e bastevoli per ognuno.

Nelle prime pagine si è potuto comprendere come l'unica fisiologia delle relazioni affettive sia la scomparsa della "normalità", dove con tale concetto si intende un insieme di connotati che rendono un oggetto riconoscibile dall'esperienza comune in quanto replicante alcune caratteristiche note ai più. Cosa sia o debba essere "normale" in una relazione affettiva coniugale sfugge da ogni definizione o, perlomeno, non si presta più a esserlo come invece accadeva in passato. Tutto ciò è l'esito della gelosia con cui si è deciso di vivere le relazioni: come debba essere inteso il rapporto; quali siano gli equilibri economici e lavorativi tra le parti di esso; quali siano le gerarchie e i ritmi di gestione familiare, etc... Il tempo (e i tempi) hanno portato l'Uomo a sottrarsi progressivamente all'eterodirezione a favore di una privatizzazione del rapporto del quale non solo non tollera più l'altrui determinazione o giudizio, ma anche si irrita dinnanzi a ogni tentativo di intromissione.

Non sorprende, quindi, che l'evoluzione del diritto di famiglia in queste pagine tratteggiata parli di autonomia privata e autodeterminazione.

Ciò che ha reso le relazioni coniugali più simili tra loro, dunque, non è più la fisiologia quanto piuttosto la patologia. E ciò, ben si può comprendere, per una ragione molto semplice: la fisiologia si presta a essere intesa, vissuta, sperimentata in modo diverso mentre la patologia di qualunque coppia mira a una e una sola finalità, ossia la definitiva rottura della relazione con la possibile cancellazione di ogni strascico di essa.

Se queste sono le premesse, diventa più semplice e agevole partire proprio dalla crisi per comprendere la relazione in modo da poter (ri)scoprire la fisiologia proprio dalla patologia.

I due momenti non sono mai stati così vicini l'uno all'altro e non possono più, quindi, dirsi come distinti. Nella loro complementarietà si riscopre la loro essenza, proprio come Eros e Thánatos.

Non stupisce più, quindi, il fatto che nelle precedenti pagine la crisi sia stata il punto di partenza per approfondire altre questioni come: la caleidoscopica presenza di tipi di relazioni affettive (se di "*idealtypus*" si può ancora parlare); la ricerca da parte delle coppie di sfuggire dalle anguste predeterminazioni legali della relazione affettiva; la "crisi del matrimonio-atto"; etc...

Pensare alla fisiologia senza pensare alla patologia (e viceversa) non pare, oggi, avere più senso. E ciò vale anche nella regolamentazione che i privati desiderano dare alla propria relazione. Una regolamentazione che è destinata a rimanere conformazione privata non coercibile giuridicamente in assenza di un ventaglio di norme in grado di adattarsi alla mutata (e mutevole) realtà esistente.

Il discorso si intreccia, ovviamente, con la nota discussione sulla “certezza e incertezza del diritto contemporaneo”. La complessità dei rapporti personali, specie quelli familiari, chiede all’operatore del diritto (scienziato, giudice, legislatore) di uscire dagli schemi confortevoli dell’idea di un diritto preconfezionato che già presenta la risposta alle questioni concrete. Un modo di pensare che ci avvicina al mondo di *common law* ma senza sconfinare in esso. L’interprete può essere perfettamente in grado di trovare la risposta al quesito pratico cercando nel diritto e interrogando le norme, le quali vanno costruite come cornici entro le quali recuperare una libertà di movimento.

L’ipertrofia legislativa di disposizioni puntiformi, forse funzionale in alcuni settori, non lo è di certo (o non lo è più) nel diritto di famiglia.

La cornice entro cui muoversi diventa, così, la risposta non solo alla richiesta di equilibrio tra “certezza e incertezza del diritto” per l’interprete, ma anche il modo per incentivare o disincentivare alcune risposte sociali da parte dei consociati, spingendoli verso esiti auspicati o auspicabili secondo le politiche del diritto che si vogliono perseguire.

Questo atteggiamento, teleologicamente orientato, ci pare essere quello migliore date le premesse che lo studio, nel primo capitolo, dell’evoluzione dei rapporti endofamiliari ci ha palesato.

Come noto, si è deciso di prediligere come oggetto del lavoro le questioni patrimoniali della relazione in crisi.

Una volta date le summenzionate premesse ed eletto l’oggetto di analisi, è agevole comprendere la ragione per cui si sia scelta una metodologia di indagine insolita che, all’apparenza, può essere sembrata quasi stravagante. Si tratta dell’Analisi Economica del Diritto, accogliendo gli strumenti e i metodi di indagine delle diverse scuole (Classica, Neoclassica, *Behavioural Law and Economics*, etc...). L’obiettivo, sicuramente ambizioso, è stato quello di arricchire il dialogo scientifico esistente in Italia in materia attraverso la creazione di un ponte di dialogo tra scienze sociali diverse quali il diritto e l’economia. Un’opera che si ritiene possibile, sebbene con le dovute cautele e senza la pretesa di essere in possesso della chiave per la risoluzione di ogni problema. Anzi, proprio dall’arricchimento ottenuto dall’assetto multidisciplinare prescelto sono emersi, piuttosto che le soluzioni, i veri noccioli problematici, che ci hanno fatto percepire la nostra povertà. Povertà che si può intendere come sinonimo di inadeguatezza sia delle disposizioni legislative in nostro possesso, sia degli strumenti interpretativi in grado di far vivere tali disposizioni nel nostro tessuto sociale.

Nei rapporti patrimoniali tra soggetti legati da legame affettivo, infatti, si scorge una crescente domanda che, ormai da decenni, rimane priva di un’offerta. Un’offerta che andrebbe soddisfatta, *in primis*, dal legislatore, ma che anche la giurisprudenza ben potrebbe colmare. Ciò che manca, tuttavia, è la volontà, nascosta da ideologie prive di una vera sostanza o attualità, come si è cercato di dimostrare, ma

pesanti come relitti che portano a fondo la nave che dall'“isola del diritto di famiglia” è da anni ormai salpata.

Si è suggerito, quindi, di iniziare ad affrontare la questione delle relazioni patrimoniali da un punto di vista inedito, ossia grazie alla teoria dei contratti relazionali.

Ed ecco che il contratto (pre)matrimoniale (o coniugale che dir si voglia) ha assunto una nuova veste, strappato dall'ombra di negatività con cui è da sempre stato condannato ed ha iniziato a essere inteso come una possibilità. E non esiste, per le ragioni che poc'anzi si sono tratteggiate, un contratto degli aspetti patrimoniali dei coniugi in crisi diverso o altro da quello dei soggetti felicemente sposati. Esistono solo accordi di contenuto patrimoniale che mirano a regolare le relazioni economiche tra soggetti privati uniti da un vincolo affettivo che chiedono di gestire autonomamente le proprie sostanze sia in fase fisiologica, che in quella patologica sia, infine, in vista di una crisi meramente eventuale.

E ciò non crea più scandalo, non si scontra più con l'ordine pubblico o il buon costume, non è un tentativo eversivo di minare le radici della società, di commerciare il proprio *status*, di affondare o svilire il matrimonio.

Ci si può nascondere, non affrontare il problema, girare la testa altrove, ma la questione sarà sempre pronta a presentarsi. Non ci si trova più nel 1942, così come non ci si trova più nel 1975. Ciò che si ha dinnanzi sono solo persone, non meri soggetti giuridici le azioni dei quali si giudicano essere in contrasto o meno con il divieto della disposizione dell'importante *status* di soggetti coniugati.

Dinnanzi a questo scenario, probabilmente apocalittico per il diritto di famiglia così come immaginato dal legislatore del codice civile del 1942, la vera domanda alla quale cercare di dare una risposta è: il matrimonio conserva ancora un senso di esistere? Una risposta negativa porrebbe fine a ogni ulteriore discussione. Ci potremmo limitare ad auspicare (o proporre in chiave di *de jure condendo*) una definitiva “privatizzazione” dei rapporti affettivi, augurandoci la liberazione da ogni catena della libertà volitiva dei soggetti, sia degli aspetti patrimoniali ma, a questo punto, anche di quelli personali.

Eppure tale risposta non ci ha convinti.

Il matrimonio e l'interesse dello Stato per esso ha il suo senso e conserva la sua fondamentale importanza per la società, così come si è messo in luce. Si ritiene, tuttavia, che si sia nel tempo persa questa prospettiva perché non si è affrontata la tematica delle relazioni interpersonali in chiave onnicomprensiva, dalla fisiologia alla patologia.

È necessario concedere ai privati la maggior libertà che reclamano. Anche perché, come nella arcinota storia del Proibizionismo, l'Uomo tenderà sempre di raggiungere ciò che gli è negato e, prima o dopo, in un modo o nell'altro, lo farà, indipendentemente dall'atteggiamento ostruzionistico dello Stato.

Cosa dovrà fare, quindi, lo Stato? Di certo non abdicare al suo scopo, ossia la pacifica e armoniosa convivenza. Dovrà riscoprire le profonde ragioni delle necessità del suo intervento e cambiare il modo di agire per il raggiungimento degli scopi che si è dato. Non dovrebbe proibire, bensì permettere. E permettere lasciando la libertà di scelta tra un ventaglio di opzioni, promuovendone e privilegiandone alcune e facendo trasparire questa sua preferenza a tutti i consociati con incentivi e disincentivi. L'essere umano, per quanto irrazionale, tenderà generalmente a

privilegiare l'opzione a lui più vantaggiosa.

La seconda questione a cui sarà chiamato lo Stato sarà quella di comprendere la presenza o meno di esternalità nelle scelte private assunte liberamente dai soggetti vincolati da un legame affettivo.

Che ai partner possa essere dato libero spazio nel gestire autonomamente le proprie sostanze economiche per il presente e per il futuro è, infatti, un qualcosa di socialmente accettabile. Anzi, come dimostra la scienza economica, auspicabile e apprezzabile.

Ma l'agognata libertà all'autodeterminazione se lasciata a se stessa può divenire un vortice in continua espansione in grado di attrarre pericolosamente a sé interessi di valore superiore o dell'altrui appartenenza. In altre parole, a ognuno può essere riconosciuta piena libertà di fare ed essere ciò che vuole con ciò che ha, ma non si può tollerare che il peso delle sue scelte ricadano su altri o si scontrino con i valori di solidarietà di uno Stato come quello Italiano.

Le ricadute pratiche di quanto appena detto possono essere colte facilmente: in primo luogo lo Stato dovrà essere chiamato a far sì che, detto prosaicamente, "gli errori dei padri non ricadano sui figli". In secondo luogo, se i valori fondanti la famiglia possono essere scorti nella Costituzione, ai privati non potrà essere dato il potere di disporre dei propri averi in un modo che si scontri con il nucleo dei principi che si è dato.

Nel nostro lavoro si è cercato di materializzare entrambi questi pensieri. Si è detto, ad esempio, quanto alla prole, che gli accordi economici tra coniugi possono essere vantaggiosi per i figli. Tuttavia, le circostanze che questo possa non essere impongono allo Stato un obbligato presidio del rispetto degli interessi superiori in gioco.

Quanto agli accordi con ricadute meramente sugli aspetti patrimoniali dei coniugi, i vantaggi conseguibili con la loro piena ammissione non potranno mai scontrarsi con principi cardine del nostro ordinamento come, ad esempio, la parità tra uomo e donna, oppure con il principio solidaristico che impone al soggetto più prossimo di prestare assistenza al soggetto che si trova in uno stato di indigenza. Quanto a questi ultimi due aspetti, a titolo meramente esemplificativo, un contratto che non tiene in considerazione la dovuta compensazione della parte per le scelte fatte di comune accordo per il beneficio di entrambi non potrà mai dirsi un accordo tra un uomo e una donna in condizione di parità. Per quanto riguarda il secondo caso, invece, un contratto tra due soggetti che sono stati (o sono tuttora) vincolati sentimentalmente non potrà essere tollerato nel nostro ordinamento qualora, per le condizioni concordate, conduca uno dei due contraenti in una situazione di indigenza e/o lo ponga a carico del *welfare state*.

Quanto appena scritto sono solo alcuni esempi di come l'idea che traspare nelle pagine di questo lavoro possa trovare riscontro nella realtà.

Non ci sono, tuttavia, idee preconfezionate. È lo Stato a doversi dare i suoi principi e le politiche da perseguire. In queste pagine si è soltanto tentato di mettere in luce l'esistenza di alcune falle del sistema e di proporre un metodo più efficiente per la risoluzione delle stesse.

Se, come visto, della libera contrattazione tutti i soggetti possono beneficiare, allora la stessa non andrebbe ostacolata, ma promossa. Ma perché sia davvero libera bisognerà capire quali sono gli ostacoli che impediscono la piena esplicazione del

proprio volere. Si è così ragionato attorno alle teorie comportamentali. È emersa dunque la necessità di regole cornice in grado di promuovere comportamenti virtuosi anche in materia di contrattazione. Ma, allo stesso tempo, si è riconosciuta la necessità di arginare gli eventuali fenomeni speculativi o i contrasti con i princìpi statali a mezzo del controllo *ex post* attribuito all'organo giudicante. Quest'ultimo, però, non affrancato dal divieto di sfociare nel diritto libero (cosa che, come si è visto, è spesso avvenuta) ma all'interno di binari che gli dovrebbero essere forniti dal legislatore. Al giudice, invero, spetta il difficile compito di interpretare la realtà, spesso complessa, della singola relazione sentimentale e di capire se essa si adegui alla cornice legislativa o se sfiori da essa, scontrandosi con princìpi di rango cardine o con interessi non solamente inerenti ai soggetti coinvolti contrattualmente.

Non è possibile credere che ciò sia cosa semplice.

È per questo, sebbene si sia sostenuto che già nel nostro ordinamento vi sarebbero tutti gli strumenti per superare l'odierna *impasse*, l'opera del legislatore potrebbe essere di sicuro aiuto.

Uno degli aspetti che si è eletto a filo rosso di tutto il lavoro, ad esempio, è stata l'analisi delle relazioni contrattuali tra soggetti vincolati da legame affittivo a mezzo della teoria dei contratti relazionali. Dopo averli definiti e compresi, si è spiegato le ragioni per le quali si possono ritenere applicabili le suggestioni proposte da questa teoria anche con riguardo al nostro campo di interesse.

I "contratti (pre)matrimoniali", specie quelli in vista di una crisi eventuale, possiedono tutte le caratteristiche dei contratti di durata. Per tale ragione la relazione sottostante, e le sopravvenienze, devono essere tenute in debita considerazione per accertarne la validità.

Nel corso dei mesi in cui ci si è occupati dello studio e della stesura del presente lavoro non sono mancati alcuni (sorprendenti) avvenimenti che si sono inseriti in maniera omogenea lungo il percorso che si andava progressivamente materializzando. Un auspicio, forse, di come le cose stiano cambiando e andando esattamente verso la strada che si è tracciata.

In primo luogo le due sentenze di Cassazione in tema di assegno divorzile. A proposito di esse molto si già detto e quindi in questa sede si soprassederà.

Ancor più sensazionale è stato, invece, il disegno di legge delega n. 1151 presentato al Senato il 19 marzo 2019. In questo ambizioso progetto di modifica del codice civile il governo italiano ha fatto proprio l'interesse di: "(...) b) consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli; (...) f) prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte (...); g) disciplinare i casi in cui pratiche negoziali ingannevoli, aggressive o comunque scorrette, o circostanze quali la distanza tra le parti, la sorpresa, la situazione di dipendenza di una parte rispetto all'altra determinano l'invalidità del

contratto concluso; h) prevedere l'invalidità delle clausole, dei patti o degli accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale, operante soltanto a vantaggio del titolare dei predetti diritti, con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto; i) prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti".

È possibile notare come tutti questi profili, in larga parte, siano stati trattati nel corso della disamina di questo lavoro allorché ci si è chiesti quale debba essere il modo più proficuo per ripesare ai patti (pre)matrimoniali.

Una riforma in tal senso, quindi, palesa la mutata sensibilità della politica verso questioni che solo apparentemente sono mere "lucubrazioni" dottrinali, dimostrando la necessità di importanti cambiamenti del modo di intendere le relazioni contrattuali moderne, certamente più complesse che nel passato.

Anche in tema di valorizzazione della relazione sottostante al contratto è possibile registrare una piacevole presa di coscienza da parte della dottrina.

Il 2020 è stato per il mondo l'anno segnato dalla pandemia del Covid-19. Nessun aspetto della vita degli esseri umani è stato da questo virus risparmiato. Nemmeno il mondo del diritto, chiamato a dare risposte inedite a problemi inediti. Anche la sensibilità e l'attenzione per certe tematiche piuttosto che per altre da parte degli studiosi ne sono risultate coinvolte.

Studiando la TCR ci si era accorti di essere dinnanzi a un nuovo modo di intendere la realtà contrattuale che ben si sposava con la tematica oggetto di studio. Allo stesso tempo, però, ci si era resi conto di come per la dottrina italiana questa teoria risultasse avere un sapore per così dire "esotico" in quanto in pochi, e con le dovute cautele, avevano affrontato alcune questioni facendone brevi cenni o rinvii.

Ecco invece che proprio il *lockdown* che ha costretto gli italiani a chiudersi nelle proprie case, e imposto profonde riflessioni, ha fatto emergere nella dottrina italiana una sensibilità nuova e un'attenzione verso certe tematiche che non erano state ancora riscontrate nella scienza giuridica italiana.

In piena emergenza sanitaria è emerso un interessante dibattito avente a oggetto l'adeguatezza delle norme contrattuali del nostro ordinamento in relazione alle mutate esigenze relazionali.

L'avvio è stato dato dal prof. Macario<sup>1</sup> il quale ha fatto emergere la questione delle sopravvenienze, rilevando l'inadeguatezza dell'apparato di regole del diritto dei contratti per farvi fronte, tanto che non vi sarebbe una risposta accettabile alle istanze di tutela di chi venisse pregiudicato dallo squilibrio tra le prestazioni contrattuali. In altri termini, è stata sottolineata la carenza di "rimedi" agli squilibri economici intervenuti nel corso del rapporto<sup>2</sup>. Queste carenze hanno portato la

---

<sup>1</sup> MACARIO, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giust. civ.com*, 2020.

<sup>2</sup> Ibid., secondo cui "Quest'ultima riflessione, che implica (...) una valutazione di adeguatezza e dunque di congruità delle norme astrattamente disponibili per l'interprete, non potrebbe non tener

giurisprudenza a interessarsi particolarmente alla questione assumendo via via degli atteggiamenti che sono, però, parsi a molti come ultronei rispetto ai poteri concessi al giudice all'interno della cornice di un sistema di *civil law* come il nostro.

Si tratta del noto dibattito attorno al tema della “giustizia contrattuale”. Riecheggiano in moltissime decisioni di merito e di legittimità, infatti, le clausole generali di buona fede ex artt. 1175 e 1375 cc erette a criterio decisionale assieme alla diretta applicabilità dei principi costituzionali nelle controversie tra privati. Sempre più comune, in effetti, è il ricorso da parte dei giudici della SC, ma anche di moltissimi tribunali di merito, del principio di solidarietà a sostegno della buona fede contrattuale, in grado di permettere ai giudici di operare attraverso opere di bilanciamento degli interessi<sup>3</sup>.

Sono i giudici di Cassazione a sostenere, per esempio, che: (il principio generale della buona fede) “non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito<sup>4</sup>” (...) ma impone a ognuna delle parti di tenere tutte quelle condotte che, sebbene non previste espressamente dal contratto, sono idonee a preservare gli interessi dell'altra “nei limiti di un apprezzabile sacrificio, quando ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte”, dato che è “[...] dovere di ciascuna delle parti contrattuali tutelare l'utilità e gli interessi dell'altra, nei limiti in

---

conto del fatto che, nel nostro ordinamento (ma non soltanto nel nostro, evidentemente), il diritto dei contratti si articola a diversi livelli: da quello di base, si potrebbe dire, del diritto comune e generale (racchiuso nel titolo II del libro IV del codice civile), alle discipline dei singoli “tipi” contrattuali, previsti nello stesso codice ovvero regolati altrove, da leggi “speciali”, che si presentano sempre più spesso come “settoriali” ovvero relative a un insieme di fattispecie negoziali individuabili funzionalmente e non soltanto dal punto di vista strutturale, se si preferisce secondo la fattispecie tipizzata, come sembrerebbe, almeno prima face, aver fatto il legislatore del codice civile. Ai diversi livelli di disciplina le norme non sembrano seguire la medesima logica, posto che la “macro-ratio” dell'adeguamento del contratto, con regole intese pertanto a consentire alle parti di “tenere in vita” il rapporto contrattuale, non caratterizza affatto il diritto dei contratti “in generale”, ove le sopravvenienze (e in genere gli squilibri economici determinatisi in corso di rapporto) rilevano come causa di risoluzione. (...)”. Vi sarebbe, secondo l'Autore, una ragione storica alla questione, da lui sintetizzata così: “La predisposizione delle regole “generali” del contratto nel codice civile ha, del resto, una storia sin troppo nota, svoltasi sul piano più autenticamente culturale (se si vuole, anche ideologico) del diritto civile e si radica nell'elaborazione ottocentesca. Una vicenda che ha una delle sue manifestazioni più significative nell'elaborazione della dottrina del “negozio giuridico” (...) indifferente a istanze diverse e ulteriori rispetto all'interesse individuale del soggetto e alla sua volontà, consacrata in un contratto, la cui tendenziale immodificabilità trovava una sin troppo facile (dunque, semplicistica) giustificazione nello principio cardine della vincolatività dell'impegno (secondo il noto, quanto generico, brocardo “pacta sunt servanda”)”. Per approfondimenti si legga anche ROPPO, *Il contratto*, in Iudica-Zatti (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 1037 ss.; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit.; TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989.

<sup>3</sup> Nel dibattito creatosi nel corso del lockdown, sul punto si sono inserite le riflessioni di DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giust. Civ.*; 2020; 227 ss. per il quale “L'influenza di valori costituzionali e il rispetto della dignità della persona, in disparte dalla immanenza, nella nostra società, del principio solidaristico espressamente richiamato all'art. 2 della nostra Carta costituzionale, non possono lasciare l'interprete indifferente alla incidenza di tali valori nella costruzione del rapporto di dare/avere, pervenendo così ad una valutazione solo economica dell'obbligazione”.

<sup>4</sup> Così Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428, in *Dejure*.

cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori<sup>5</sup>”. Inoltre, sempre secondo il pensiero dei Giudici di Legittimità, attraverso gli artt. 1175 e 1375 c.c. può essere “più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione), che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vanno in definitiva ad individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere<sup>6</sup>”.

Se tutto ciò è oggetto di vivo dibattito in dottrina, tra sostenitori e oppositori, per l'Autore è molto più importante il fatto che: “l'emergenza venutasi a determinare potrebbe, dunque, imporre una seria riflessione “di sistema”, per così dire, sugli strumenti che un ordinamento evoluto dovrebbe essere in condizione di porre a disposizione del giudice, affinché i conflitti d'interesse suscitati dagli effetti delle sopravvenienze siano gestiti all'interno di una logica della “relazione” contrattuale (con utili spunti che potrebbero provenire dal pensiero giuridico e socio-logico statunitense degli anni Sessanta, cui si ascrive lo studio dei c.d. “*relational contracts*”) non vincolata dalla alternativa “tutto-niente”, tipica delle soluzioni estintive offerte dal diritto comune di matrice codicistica - qui riconducibili, evidentemente, alla risoluzione del contratto -, ma arricchita dalla prospettiva conservativa del rapporto. Quest'ultima potrebbe esprimersi in termini diversi (e in un certo senso fungibili) come “adeguamento”, “correzione”, ovvero più semplicemente con l'espressione invalsa nella tradizione civilistica della *reductio ad aequitatem*, che il sistema tradizionale consacrato nel codice civile ben conosce, ma relega s'è detto in un angolo, affidandone l'operatività all'iniziativa della parte contro la quale viene invocata la soluzione estintiva (art. 1467, comma 3, c.c., ma la logica è la medesima nell'art. 1450 c.c., in tema di rescissione), dunque rendendo operativo il meccanismo conservativo soltanto in seconda battuta, ossia soltanto dopo che sia stata richiesta la risoluzione<sup>7</sup>”.

In risposta a questo saggio, anche altra dottrina si è inserita.

Vi è stato chi<sup>8</sup>, ad esempio, ha sostenuto che: “In particolare, la buona fede imporrebbe ai contraenti di cooperare, attivandosi per porre in essere le modifiche necessarie per ripristinare l'equilibrio delle prestazioni, in modo da garantire la prosecuzione del rapporto contrattuale, perseguendo la realizzazione del risultato voluto dalle parti con la pattuizione iniziale. E così la buona fede contribuirebbe “alla concretizzazione dell'obbligo di trattare per mantenere in vita il contratto in funzione delle utilità economico-giuridiche volute dalle parti e tutelate

---

<sup>5</sup> Così Cass., sez. III, 26 giugno 2018 n. 16823, in *Dejure*.

<sup>6</sup> Cass., sez. lav., 14 maggio 2014, n. 10428, in *Dejure*.

<sup>7</sup> Ibid.; la stessa questione viene posta da DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, op. cit., il quale si chiede: “È maturo il tempo per riflettere sui rimedi manutentivi del rapporto economico e non ragionare solo in termini risolutivi?”. E si ricordi sempre che il rapporto è anzitutto relazione, come ci ricorda ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2018, 57, il quale definisce il rapporto come “relazione tra i titolari di una situazione attiva e di una corrispondente situazione passiva”.

<sup>8</sup> VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al covid-19*, in *Giust. civ.com*, 2020.

dall'ordinamento<sup>9</sup>”, in una prospettiva quindi manutentiva e non già risolutiva del rapporto. Tale articolazione della buona fede è stata in particolare affrontata, in dottrina, nell'ambito dei contratti c.d. “relazionali”, ossia dei contratti di durata o a esecuzione differita. Peraltro, è stato osservato che essa troverebbe applicazione in tutti i casi di contratti di carattere “non istantaneo in forza del programmato svolgimento nel tempo dell'adempimento<sup>10</sup>”, posto che “la necessità di configurare un obbligo di rinegoziare, per salvaguardare l'equilibrio dell'operazione contrattuale, può manifestarsi anche con riguardo a contratti che non implicano una durata particolarmente lunga e che non sono condizionati in modo specifico dallo stato della tecnologia e del mercato”<sup>11</sup>. In definitiva, per chi ritiene che possa essere configurato un obbligo di rinegoziazione, questo è diretto a “conferire effettività alla tutela relativa all'esecuzione del contratto”<sup>12</sup>.

Altri, invece, hanno proposto soluzioni alternative all'attribuzione di un ruolo espansivo alla buona fede. Vi è stato, infatti, chi ha sostenuto i rimedi della rinegoziazione e dell'autotutela partendo dall'assunto (che si è condiviso nelle prime pagine) per cui: “il contenuto di un contratto destinato a proiettare i suoi effetti nel tempo si basa su una stima di valori e utilità attesi inevitabilmente correlata a previsioni di ricavi e spese; correlata, dunque, alla previsione di future utilità alla cui produzione anche quel contratto concorre. In tempi normali quelle previsioni possono essere sbagliate e può accadere che non tutti gli affari risultino tali (...). Tuttavia “La risposta offerta dalla parte generale dei contratti — la *tabula rasa*, la distruzione del vincolo — oggi è però inservibile, perché manifestamente inadeguata a sostenere le parti che più patiscono le conseguenze economiche dell'emergenza<sup>13</sup>”.

Tornando al saggio da cui si è partiti, è possibile dire che se l'Autore ha salutato positivamente la riforma del codice civile sul punto, preannunciata dalla “delega al Governo per la revisione del codice civile” (DDL Senato 1151)<sup>14</sup>, non è possibile,

<sup>9</sup> Il riferimento è a MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, op. cit., 343 ss.

<sup>10</sup> In nota si fa riferimento alla pronuncia di Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 120 ss.

<sup>11</sup> L'autore del saggio cita testualmente le parole nel testo di PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, commento alla pronuncia di cui alla precedente nota.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> BENEDETTI-NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Osservatorio Diritto impresa dopo la Pandemia*, in [dirittobancario.it/pandemia-e-diritto-dell'impresa](http://dirittobancario.it/pandemia-e-diritto-dell'impresa), 25 marzo 2020.

<sup>14</sup> “È evidente che tanto il diritto (e, reciprocamente, l'obbligo) di rinegoziare, quanto il richiamo al principio di correttezza e buona fede, così come alla preclusione di condotte opportunistiche ovvero abusive - vi sia o non la disposizione di legge ad hoc - richiedono un particolare impegno anche al giudice (del resto, già responsabilizzato dalle valutazioni previste dalle norme vigenti che richiamano l'equità come criterio di giudizio), ma i tempi sono certamente maturi per auspicare un'evoluzione del diritto dei contratti nel senso indicato, posto che il diritto civile oscilla (ed è destinato sempre più a realizzarsi) “tra legge e giudizio”. Così il già citato MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”*: *interesse individuale e solidarietà*, op. cit., 129 ss. Sempre il medesimo Autore ma in un articolo differente (MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus*, op. cit.) afferma che: “Indipendentemente da quanto farà, o potrebbe fare il legislatore, per rispondere alle esigenze di contraenti in difficoltà – nondimeno, lealmente pronti a ‘rivedere’ le condizioni e i termini contrattuali, affinché l'assetto dei rapporti risulti “equo”

invece, non salutare positivamente l'atteggiamento tutto della dottrina. Il saggio in analisi, infatti, si conclude con un'importante statuizione: "Un intervento del legislatore nel senso indicato dal DDL renderebbe più esplicito, oltre che formalizzato nella veste simbolicamente importante della norma codicistica della disciplina generale dei contratti, il raccordo, che in ogni caso il diritto vivente continuerà a operare (con o senza riforma delle disposizioni del codice civile) tra l'interesse contrattuale individuale e i doveri di solidarietà sociale, imposti dalla Carta costituzionale come primi tra i principi fondamentali. In questo senso, la vicenda delle sopravvenienze contrattuali e la problematica cui s'è fatto cenno potrebbero costituire soltanto degli spunti, da cui muovere per una riflessione ben più ampia".

Fa molto piacere leggere finalmente che, nei mesi in cui ci si stava apprestando a scrivere le conclusioni del presente lavoro, il faro della scienza giuridica si è calato nuovamente su questioni fondamentali che hanno caratterizzato la struttura dell'opera tutta. Non si può non scorgere, infatti, come le parole del prof. Macario sembrano potersi adattare a molte delle nostre riflessioni: si pensi all'importanza della (ri)scoperta della teoria dei contratti relazionali come chiave per interpretare i contratti di relazione-durata; il ruolo del sostegno alla parte strutturalmente debole del contratto, che si è argomentata con l'ausilio dell'Analisi Economica del Diritto; l'importanza dei valori costituzionali nella strutturazione, interpretazione e applicazione concreta della disposizione legislativa, sostenuta grazie alle teorie comportamentali; la presenza degli strumenti per sopperire ai problemi esistenti attraverso un nuovo modo di approcciarsi al contratto, ma che possono trovare un sostegno nell'opera guida del legislatore; la questione delle sopravvenienze e dell'importanza dell'intervento correttivo (e manutentivo) del giudice *ex post*.

Senza gli articoli della dottrina "in tempo della crisi" ci si sarebbe trovati a scrivere ardite conclusioni di un'opera che sarebbe sembrata "audace", e invece proprio nel periodo finale si riscontra una luce che sostiene tutto il percorso intrapreso mesi orsono.

L'accettazione della validità degli accordi a contenuto patrimoniale tra nubendi o (ex) coniugi non può essere più vista come un fantasioso auspicio di una ridotta dottrina, ma un'operazione di accoglienza che, come tutte le opere di questo tipo, necessita di una preparazione culturale da parte degli operatori del diritto. In questo modo non solo si dimostrerebbe di essere disposti ad accettare le sfide e le richieste che provengono dalla società ma anche di essere un po' più europei, nel rispetto delle nostre tradizioni ma aperti verso ciò che di buono l'armonizzazione porta con sé, abbracciando veramente quel motto scelto per l'Unione nel 2000 di "Uniti nella diversità".

---

rispetto alle circostanze che in modo "straordinario e imprevedibile" hanno prodotto uno squilibrio che renda economicamente insostenibili le prestazioni pattuite – occorre poi che la giurisprudenza sia pronta e disposta a confrontarsi con questi nuovi scenari, una volta acclarato che gli strumenti a disposizione del giudice non sono più soltanto le disposizioni di un diritto dei contratti tradizionalmente impostato secondo l'interesse del contraente, individualmente inteso e vincolato senza condizioni dal principio espresso nel noto (ma assai generico) brocardo *pacta sunt servanda*. Dalle clausole generali, a cominciare evidentemente, da quella di correttezza e buona fede (di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.), sino ai principi costituzionali, ove campeggia la solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, al giudice si offrono mezzi da utilizzare con molta cautela e impegno".

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Black's Law Dictionary*, 7th ed., 1999.

AA.VV., *La nuova regolamentazione della unione civili e delle convivenze di fatto*, Torino, 2016.

AA.VV., *Les prenuptial agreement et les contrats de mariage: une perspective franco-anglaise*, in *Droit de la famille*, 2015.

AKERLOF, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly J. Econ.*, 1970.

AL MUREDEN-SESTA, *sub art. 315 bis c.c.*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015.

AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, in *Fam. e Dir.*, 4, 2018.

AL MUREDEN, *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, 2007.

AL MUREDEN, *Crisi del matrimonio, famiglia destrutturata e perduranti esigenze di perequazione tra i coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2007.

AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e Dir.*, 2005.

AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. e Dir.*, 2014.

AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Fam. e Dir.*, 2017.

AL MUREDEN, *L'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. e Dir.*, 2014.

AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, La crisi della famiglia*, Milano 2015.

AL MUREDEN, *La solidarietà post-coniugale a quarant'anni dalla riforma del '75*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002

AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004.

AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019.

ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano 1983.

ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in Alcaro (a cura di), *Causa del contratto*, Milano, 2016.

ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: "il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa"*, in *Il Foro Italiano*, 2014.

ALLEN, *The Impact of Legal Reforms on Marriage and Divorce*, in *The Law and Economics of Marriage and Divorce*, Antony W. Dnes & Robert Rowthorn (eds.), Cambridge University Press, 2002.

ALPA - BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, I*, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio 2*, Milano, 2011.

ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci - in assenza di omologazione - gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989.

ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003.

ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *Contratti*, 2014.

AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Diritto & formazione*, 2002.

AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino 2005.

AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *i Contratti*, 2019.

AMAGLIANI, *Principi in materia di famiglia*, in *Ordines*, 2, 2015.

AMBROSI, *Unioni civili e Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1676.

AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

ANELLI E SESTA, *Premesse generali*, in Zatti (diretto da), *Tratt. dir. fam., III*, Anelli e Sesta (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2012.

ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Diritto privato, 1, Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Giuffrè, 1998,

ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997.

ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999.

ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective*, Antwerp-Oxford, 2006.

ANTOKOLSKAJA, *The armonization of family law: old and new dilemmas*, in *European Review of Private Law*, 2003.

ARCERI, *Il consenso nella separazione consensuale tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in *Fam. e Dir.*, 2008.

ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 1, 2013.

- ARCERI, *sub art. 158 cod. civ.*, in Sesta (a cura di) *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015.
- ARCERI, *sub art. 5 l. n. 898/1970*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015.
- ARRIGO, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2003.
- ASTONE, *Assegno post-matrimoniale ed autoresponsabilità degli ex coniugi*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 2017.
- ATWOOD, *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, in *54 Arizona Law Review*, 11, 2012.
- AULETTA, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, 2018.
- AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino 2016.
- AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2016.
- AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003.
- AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.
- AUMANN, *Game Theory*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman eds., Palgrave Macmillan, vol. 2, 1987.
- AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in Ruscello (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia*, Cedam, Padova, 2006.
- AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017.
- AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966.
- BAIRD, *Game Theory and the Law*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Peter Newman ed., Palgrave Macmillan, vol. 2, 1998.
- BAKER E EMERY, *When every relationship is above average: perceptions and expectations of divorce at the time of marriage*, in *Law and Human Behavior*, 17(4), 1993.
- BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005.
- BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000.
- BALESTRA, *I rapporti personali tra coniugi*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Auletta (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Giappichelli, 2013.
- BALESTRA, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019.
- BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016.
- BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016.
- BALLARANI, *L'assegno di divorzio fra solidarietà e nuovi modelli familiari*, in *Famiglia*, 2019.

BALLARANI, *sub art. 158 c.c.*, in *Comm. breve al d. it. fam.*, Milanofiori As-sago 2016.

BALLERINI, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1941.

BARATTA, *Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005.

BARBA, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *www.giustiziacivile.com*, 27 novembre 2017.

BARBAGLI, *Provando e riprovando*, Bologna, 1990.

BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955.

BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001.

BARBIERA, *Divorzio (assegno di)*, in *Enc. dir. Treccani*, 1989.

BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006.

BARGELLI, *Assegno di divorzio e tenore di vita matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1, 2017.

BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001.

BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronunzia dalle Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003.

BARIATTI, *Le competenze comunitarie in materia di diritto internazionale privato e processuale*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato e proces-suale*, Milano, 2003.

BARIATTI, *Volontà delle parti e internazionalità del rapporto giuridico: alcuni sviluppi recenti nella giurisprudenza della corte di giustizia sui regolamenti euro-pei in materia di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv.*, 2019.

BARNETT, *The Structure of Liberty Justice and the Rule of Law*, Oxford: Clar-endon Press, 1998.

BARRIÈRE BROUSSE, *Le Traité de Lisbonne et le droit international privé*, in *JDI*, 2010.

BASEDAW, *The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market I review*, 2000.

BASINI, *Gli accordi "tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una program-mata o attuata unione civile"*, in *Aiaf Rivista*, 2019

BASINI, *I cosiddetti "patti prematrimoniali". Note de iure condendo*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in Schlesinger (diretto da), *Il codice civile*, in Bonilini e Tommaseo (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010.

BATTELLI, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Con-tratto e impr.*, 2019.

BATTELLI, *I contratti-tipo*, Napoli, 2017.

BECKER & MURPHY, *The Family and the State*, in *31 J.L. & Econ.*, 1988.

BECKER, *A Treatise on the Family*, 1981, Enlarged ed., 1991.

- BECKER, G. S. and BECKER, G. N., *The Economics of Life*, New York: McGraw-Hill, 1997.
- BECKER, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998.
- BECKER, *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*, in *101 J. Pol. Econ.*, 1993.
- BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976.
- BECKER, *When the Wake-up Call is from the Nobel Committee*, *Bus. WE.*, Nov. 2, 1992,
- BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016.
- BENANTI, *Il carattere recessivo della funzione assistenziale dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm*, 2019.
- BENANTI, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali fra coniugi*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019.
- BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976.
- BENEDETTI-NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Osservatorio Diritto impresa dopo la Pandemia*, in *dirittobancario.it/pandemia-e-diritto-dellimpresa*, 2020.
- BERGAMINI, *Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale - Developments of Family Law in EU: regulation 1259/2010 on the Law applicable to divorce and legal separation*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012.
- BERGMANN, *The Economic Emergence of Women*, 1986.
- BERGSCHNEIDER, *Verträge in Familiensachen*, 3 ed., Bielefeld, Gieseking, 2006.
- BERGSTROM, *Economics in a family way*, *Journal of Economic Literature*, XXXIV, 1996.
- BERNASCONI, *La circolazione degli accordi di negoziazione assistita e di altre forme di divorzio stragiudiziale in Europa*, in *Fam. e Dir.*, 2019.
- BESSO MARCHEIS, *Mediazione e negoziazione in materia di diritto di famiglia*, in AA. VV., *Il processo in materia di diritto di famiglia*, Milano, 2018.
- BESSONE, *Rapporti etico sociali*, in Branca (diretto da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in Vassalli (diretto da), *Trattato*, Torino, 1950.
- BIANCA C.M., *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia diretto Cian, Oppo e Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, Milano 2014.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 1987.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, II, 6a ed.*, Milano, 2017.

- BIANCA C.M., *Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 119.
- BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA M., *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*, in *Il Foro Italiano*, 2017.
- BIANCA C.M., *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990.
- BIANCA C.M., *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa*, in *Giust. civ.com*, Editoriale del 9 giugno 2017.
- BIANCA M., *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Il Foro italiano*, 2018.
- BIANCHI, *Determinazione dell'assegno di mantenimento*, Milano, 2018.
- BIANCHI, *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi secondo il codice civile italiano*, Pisa, 1888.
- BIEMILLER, *The uncertain enforceability of prenuptial agreements: why the "extreme" approach in Pennsylvania is the right approach for review*, in *Drexel Law Review*, 6, 2013.
- BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto: artt. 1362-1371*, in *Commentario al codice civile Schlesinger*, Milano, 1991.
- BILOTTI, *Convivenza e arricchimento, La regolazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi nell'esperienza tedesca*, in Bertino (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017.
- BIRD, *Employment as a Relational Contract*, 8 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.*, 2005.
- BIX, *Premarital agreements in the ALI principles of family law dissolution*, in *Duke Journal of Gender & Policy*, 231, 2001.
- BLASI - CAMPIONE - FIGONE - MECENATE - OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016.
- BLAUG, *The Methodology of Economics*, 2nd ed., 1992, 220.
- BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951.
- BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001.
- BOELE WOELKI (ed.), *Common core and better law in European family law*, Intersentia, Antwerp, 2005
- BOELE WOELKI et al. (eds), *Principles of European family Law regarding Divorce and maintenance between former spouses*, EFL series, Nr. 7, Intersentia, Antwerp, 2004.
- BOELE WOELKI et al., *Principles of European Family law regarding property relations between spouses*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- BOELE WOELKI, *The principle of European family law: its aims and prospects*, in *Utrecht Law Review*, Vol. I, issue 2, 2005.
- BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, EFL series, Intersentia, Antwerp, 2007.

BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ-BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY, TODOROVA, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, EFL series, Intersentia, Antwerp, 2019.

BOELE-WOELKI, *For Better or For Worse: the Europeanization of International Divorce Law*, in *Yearbook of Private International Law*, 2010.

BOELE-WOELKI, MILES AND SCHERPE (eds), *The Future of Family Property in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2011.

BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the role of conflict of laws*, Hague Academy of international law, 2010.

BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden/Boston, 2010.

BOELE-WOELKI, *What comparative law should entail*, in *Utrecht Law Review*, Volume 4, Issue 2, 2008.

BOELE-WOELKY, *Comparative research-Based drafting of Principles of European family law*, ERA-Forum, 2003.

BOLOGNESI, *il contratto sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, 2014.

BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile, e famiglia*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2017.

BONILINI, *Gli accordi in vista del divorzio*, in *I contratti*, 1998.

BONILINI, *Gli effetti del matrimonio*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto civile, I, 2, La famiglia*, Milano 2009.

BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, in *Contratti*, 1996.

BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 8a ed., Torino, 2018.

BORENSTEIN E COURANT, *How to carve a medical degree: human capital assets in divorce settlements*, In *American Economic Review*, 79, 1989.

BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017.

BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995.

BOZZI, voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968.

BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010.

BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, Utet, 1998.

BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1990.

BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. not.*, 1992.

BRIGNONE - TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 2008.

BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970.

BRINIG & CRAFTON, *Marriage and Opportunism*, 23 *J. Legal Stud.*, 1994.

BRINIG, *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard University Press, 2000.

BROD, *Pre-marital agreements and gender justice*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 6(2), 1994.

BROWN, *Optimal marriage contracts*, *The Journal of Human Resources*, 27, 1991.

BUFFONE, *Convivenze di fatto: si "gioca la partita" degli orientamenti*, in *Guida dir.*, 2016.

BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015.

BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015.

BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, Milano, 2020.

BUSNELLI-SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Jovene, 1988.

BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.

BUSNELLI, *Il dovere di fedeltà coniugale, oggi*, in *Giur. it.*, 1975.

BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.

CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma e nel Trattato costituzionale*, in Baruffi (a cura di), *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008.

CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

CAGGIA, *Modelli e fonti del diritto di famiglia*, in Lipari-Rescigno, *Diritto Civile, Vol. I, Famiglia*, Milano, 2009.

CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, 1970.

CALAMANDREI, *Assemblea Costituente, Progetto di Costituzione della Repubblica Italiana, Seduta pomeridiana di giovedì 17 aprile 1947*.

CALÒ, *Convenzioni modificative del contenuto del verbale di separazione tra coniugi*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, I, 1983-1985, Milano, 1990.

CALÒ, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005.

CALÒ, *Matrimonio à la carte*, Milano 2009.

CALVO, *La famiglia e le successioni*, Torino, 2004.

CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contr. impr.*, 1998, 595 ss.

CAMERER & KUNREUTHER, *Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications*, 8 *J. Pol'y Analysis & Mgmt*, 1989.

CAMERER & THALER, *Anomalies: Ultimatums, Dictators and Manners*, 9 *J. Econ. Persp.*, 1995.

CAMPBELL, *Ian Macneil and the Relational Theory of Contract*, in *CDAMS Discussion Paper*, 2004.

- CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, 2016.
- CANDIAN, voce *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2006.
- CAPONI, *Autonomia privata e processo civile, gli accordi processuali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008.
- CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015.
- CAPORUSSO, *sub art. 6 d.l. n. 132/2014 convertito in l. n. 162/2014*, in Santangeli (a cura di), *La nuova riforma del processo civile*, Roma, 2015.
- CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, in *I Contratti*, 2001.
- CARBONE, *È sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione*, in *Fam. e Dir.*, 2001.
- CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005.
- CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2009.
- CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015.
- CARINGELLA - GIOVAGNOLI, *Studi di diritto civile, vol. I*, Milano, 2007.
- CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, II, Torino, 2007.
- CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento "Roma III"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012.
- CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015.
- CARRATTA, *Negoziato assistita in materia matrimoniale e disciplina generale: problemi applicativi*, in Ruo (a cura di), *Negoziato assistita nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2016.
- CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974.
- CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, in *Dir. Fam.*, 2018.
- CASABURI, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra coniugi: ammissibilità ed impugnazione*, in *Fam. e Dir.*, 2008.
- CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Il Foro Italiano*, 2015.
- CASABURI, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, in *Il Foro Italiano*, 2017.
- CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001.
- CASSESE, *Degli usi e abusi della giurisprudenza (e dei suoi limiti) nel diritto pubblico*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2013.

CASTELLANI, *La negoziazione assistita degli avvocati: il punto di vista del giudice*, in Besso-Lupano (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*, Milano, 2018.

CATANOSSÌ, *Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002.

CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino 2014.

CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008.

CATERINA, *Psicologia della decisione e tutela del consumatore*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2012.

CECCHHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Torino, 2018.

CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del «ménage»*, Cedam, 1999.

CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991.

CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999.

CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996.

CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996.

CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Giuffrè Editore, 2011.

CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

Cfr. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e Dir.*, 2012.

CHE E HAUSCH, *Cooperative investments and the value of contracting*, *American Economic Review*, 89(1), 1999.

CHERLIN, *Marriage, Divorce remarriage*, 1981.

CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989.

CHIANALE, *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990.

CIANCI, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

CICERO, *La transazione*, in Sacco (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2014.

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

CINQUE, *La famiglia si allarga ai 'nonni sociali'*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2019.

CINQUE, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

CLARICH, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, in *Dir. e proc. ammin.*, 2015.

CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e Dir.*, 2011.

COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960.

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, Jahre Bundesgerichtshof, München*, 2000.

COHEN, *Marriage as contract*, In Newman (Ed), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, Macmillan, 1998.

COHEN, *Marriage, Divorce, and Quasi Rents; or, "I Gave Him the Best Years of My Life,"* 16 *J. Legal Stud.*, 1997.

COLANGELO, *Assegno divorzile: la vexata quaestio del rilievo da attribuire al tenore di vita matrimoniale*, in *Fam. e Dir.*, 2017.

COMOGLIO, *Le prove*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 19, I, Torino, 1985.

COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Il Foro Italiano*, 118, 3, 1995.

CONTE, *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione*, in *Fam. e Dir.*, 2004.

CONTE, *I rapporti personali tra i coniugi*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, Zanichelli, 2007.

CONTE, in Amadio e Macario (a cura di), *I rapporti personali, Diritto civile, norme, questioni, concetti, II*, Bologna 2014.

CONTIERO, *Le procedure di separazione, divorzio e tutela dei figli nati fuori dal matrimonio*, Milano 2016.

COPPOLA, *Accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010.

COPPOLA, *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Fam. Pers. e Success.*, 2005.

CORDATO, *Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe a Modern Austrian Perspective*, Kluwer Academic Publishers, 1992.

CORDER, *Accordi tra i coniugi precedenti, coevi e successivi alla separazione consensuale*, in Mariani e Passagnoli (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Padova, 2007.

CORNELL, Jr., *When Two Become One and Then Come Undone: An Organizational Approach to Marriage and Its Implications for Divorce Law*, 26 *Fam. L.Q.*, 1992.

CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, 1988.

COSCO, *Assegno di divorzio – La revisione dell'assegno di divorzio ed i nuovi principi giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2020.

COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988.

COTTA, *Certezza di essere nel diritto*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare* (Firenze, 2-3 ottobre 1992), Milano, 1993.

CRESCENZI, *La ridefinizione del parametro dell'“adeguatezza dei mezzi” nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e le conseguenze in tema di modifica dell'assegno di divorzio*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019.

CRETNEY, *Family law*, London, 1997.

CUBEDDU – PATTI, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.

CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto della famiglia*, I, 1, Milano, 2011.

CUBEDDU, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, in *Famiglia*, 2008.

D'ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1959.

D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015.

D'ANNA, *Ancora in tema di presunta «autonomia negoziale» dei coniugi separati: osservazioni critiche*, in *Riv. not.*, II, 1985.

D'ANNA, *La forma nei patti aggiunti o non omologati nel procedimento di separazione consensuale: una questione ancora irrisolta*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.

D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in Tommasini (a cura di), *Sopra-venienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002.

D'USSEAU, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padova, 2005.

DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017.

DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in *Justitia*, 2012.

DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, I, 1993.

DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, in *Fam. e Dir.*, 2017.

DANOVI, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

DANOVI, *È davvero irrilevante (e inattaccabile) la simulazione della separazione?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005.

DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e Dir.*, 2014.

DANOVI, *I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

DANOVI, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2014.

DANOVI, *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. e Dir.*, 2017.

DANOVI, *I rimedi alla crisi familiare*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, III, Torino, 2016.

DANOVI, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

DANOVI, *La cassazione torna a negare rilievo alla simulazione della separazione: ma per quanto ancora?*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

DANOVI, *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015.

DANOVI, *Nuovi modelli di separazione e divorzio (artt. 6 e 12 l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, III, Torino, 2016.

DANOVI, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere della tutela dei diritti*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2016

DAU-SCHMIDT ET AL., *On Game Theory and the Law*, in *Law & Society Review*, 32, 1997.

DCHANDLER, *Resilience. The governance of complexity*, London, 2014.

DE BENEDETTO, MARTELLI e RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

DE CESARI, *Principi e valori alla base della disciplina comunitaria in materia di diritto di famiglia*, in Pascuzzi (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, Trento, 2006.

DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014.

DE FILIPPIS, *L'obbligo di fedeltà coniugale in costanza di matrimonio nella separazione e nel divorzio*, Padova 2003.

DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016.

DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giust. Civ.*, 2020.

DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000.

DE NOVA, *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in Cassano (diretta da), *Trattati*, in Cendon (a cura di), *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2006.

DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991.

DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

DE RITA, *L'impresa famiglia*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, Milano 1988.

DE ROSA, *Sulla validità degli accordi circa il cognome della moglie separata*, in *Giur. it.*, 1957.

DE VELLIS - TAGLIAFERRI, *I Patti prematrimoniali*, Milano, 2015.

DECRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

DEFILIPPIS e PISAPIA, *Mantenimento per il coniuge e per i figli nella separazione e nel divorzio*, Padova, 2017.

RINALDI, *L'assegno di mantenimento per i figli*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

DELCONTE, *Il rapporto tra omologazione del giudice e consenso dei coniugi nella separazione consensuale*, in *Arch. civ.*, 1992.

DELLA CASA, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, in *Famiglia*, 2001.

DELLA CASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica di integrazione*, in *Notariato*, 1, 2001.

- DELLE MONACHE, *Profili civilistici della negoziazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015.
- DENOVA, *Il tipo contrattuale*, Napoli 2014.
- DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003.
- DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, in *Notariato*, 2001.
- DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994.
- DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017.
- DI MAJO, *Passato e presente nell'assegno divorzile*, in *Giur. it.*, 2017.
- DI MASI, *Famiglie, pluralismo e laicità. Processi di secolarizzazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2018.
- DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.
- DIROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, in *Europ. d. priv.*, 2009.
- DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*, in *Giur. it.*, 2017.
- DNES, *Applications of Economic Analysis to Marital Law: Concerning a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division of Marital Assets in England and Wales*, in *International Review of Law and Economics*, 19, 1999.
- DNES, *Marriage contracts*, In Bouckaert e De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III, The Regulation of Contracts*, Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- DOGLIOTTI, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*, in *Fam. e Dir.*, 2018.
- DOGLIOTTI, *La separazione giudiziale*, in Bonilini e Cattaneo (diretto da), *Il diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997.
- DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 14.
- DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, 2018 (6° ed.).
- DONATO, *accordi patrimoniali "atipici", contenuti nel ricorso per separazione consensuale*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2011.
- DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997.
- DORIA, *«Negozio» di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1990.
- DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1994.
- DORIA, *Autonomia privata e causa familiare, Gli accordi traslativi tra coniugi nella separazione personale e nel divorzio*, Milano, 1996.
- DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam.*, 1992.
- DORIA, *La Simulazione della separazione personale*, in *Studium Iuris*, 2019.
- DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia: Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Giappichelli, 2016.

- DOSI, *Unioni civili: tre forme giuridiche regolano la "famiglia"*, in *Guida dir.*, 2016.
- EDLIN E REICHELSTEIN, *Holdups, standard breach remedies and optimal investment*, *American Economic Review*, 86(3), 1996.
- EEKELAAR, *The End of an Era?*, in Katz-Eekelaar-Maclean (edd.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000.
- EGGLESTON, POSNER, AND ZECKHAUSER, *Simplicity and Complexity in Contracts*, *John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 93 (2nd Series)*, Chicago: The Law School, University of Chicago, 2000.
- EGIDI, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in Viale (a cura di), *Le nuove economie, Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, Milano, 2005.
- EISENBERG, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 *Stan. L. Rev.*, 1995.
- EISENBERG, *Why There Is No Law of Relational Contracts*, 94 *N.W.U. L. Rev.* 2000.
- ELLMAN & LOHR, *Marriage as Contract, Opportunistic Violence, and Other Bad Arguments for Fault Divorce*, *University of Illinois Law Review*, 1997.
- ELLMAN, *The Theory of Alimony*, 77 *Cal. L. Rev.*, 1989.
- ELSTER, *Ulisse e le sirene, Indagine sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, 1983.
- EMILIOZZI, *I diritti patrimoniali nella crisi della convivenza di fatto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018.
- EPSTEIN, *Integration of the Cognitive and the Psychodynamic Unconscious*, 49 *Am. Psychologist*, 1994.
- ESTIN, *Maintenance, Alimony and the Rehabilitation of Family Care*, 71 *N.C. L. Rev.* 721, 1993.
- FADDA, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018.
- FALZEA, *Fatto vitale, Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1985.
- FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977.
- FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943.
- FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari ed immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Dir. Fam. Pers. Succ.*, 2010.
- FANTETTI, *Il regime patrimoniale europeo della famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011.
- FEDE, *Commento alla legge sul divorzio*, in Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia, IV ed.*, 2020.
- FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato*, 2, 2013.
- FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Schlesinger, I*, Milano, 2004.
- FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015.

FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001.

FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, 226.

FERRANDO, *Il matrimonio*, in Cicu - Messineo - Mengoni (già diretto da) Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015.

FERRANDO, *La separazione consensuale*, in Ferrando e Lenti (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, Cedam, 2011.

FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016.

FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*, in *Corr. giur.*, 2017.

FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994.

FERRARI, *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, in *Fam. e Dir.*, 2011.

FERRARI, *La revocatoria di "donazione in occasione" e di "trasferimento a causa" di separazione consensuale tra coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2011.

FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955.

FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989.

FESTA FERRANTE, *Brevi note in tema di corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione e successive vicende legate ai coniugi, con specifico riguardo ad un'ipotesi di adempimento una tantum dell'assegno divorzile*, in *Riv. not.*, 2004.

FIGONE, *Assegno divorzile e valutazione ponderata dell'autosufficienza economica: un "apripista" per le Sezioni Unite?*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

FILOSO, *La teoria economica del divorzio, un'applicazione al caso italiano*, in *Rassegna economica*, 1, 2008.

FINOCCHIARO M., *sub art. 42, L. 19.5.1975, n. 151*, in FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, 1984.

FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984.

FINOCCHIARO, in *"Matrimonio"*, *Comm. Cod. civ. a cura di Scialoja e Branca, libro I*, Zanichelli, 1971.

FINOCCHIARO, *Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto"*, in *Guida dir.*, 2016.

FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi: una rivoluzione annunciata solo sulla stampa*, in *Guida dir.*, 2000.

FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985.

FIORINI - LEO, *Formazioni sociali con doppia disciplina "a geometria variabile"*, in *Guida dir.*, 2016.

FISHER, *Measuring Household Production: Methodological Considerations and Current Practice*, *J. Legal Econ.*, 1993, 15, 20-21.

FLORE, *Sulla revoca unilaterale del consenso al divorzio congiunto*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

FLOS, *Prenuptial and Tenancy Agreements as Relational Contracts*, in Ratti, *Embedding the Principles of Life Time Contracts: A Research Agenda for Contract Law*, Utrecht, Eleven Publishing, 2018.

FORCINITI, *Il contenuto eventuale degli accordi patrimoniali in sede di separazione consensuale*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

FRANCESCATO E LOCATELLI (a cura di), *Separarsi, vivere come single, trovare nuovi partner*, Roma, 1998.

FREY AND EICHENBERGER, *Marriage Paradoxes, Rationality and Society*, 8(2), 1996.

FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008.

FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in *Il Foro Italiano*, 100, 1977.

FUCHS, *Women's Quest for Economic Equality*, 1988.

FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979.

FUSARO, *Assesti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Dir. Fam. Pers. Succ.*, 2011.

FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.

FUSARO, *La restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010.

FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali, Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012.

FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2016.

GABASSI, *Commento agli artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in Zaccharia (diretto da), *Commentario breve al diritto di famiglia, III ed., sub art. 3*, Padova, 2016.

GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio, in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1996.

GABRIELLI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990.

GABRIELLI, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in Gabrielli, *Trasferimenti fra coniugi e da uno od entrambi i coniugi alla prole*, in *Studium iuris*, 2008.

GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

GALLUZZO, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*, in *Fam. e Dir.*, 2008.

GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, I, 1991.

GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. not.*, 1997.

GELLI, *Trasferimenti in violazione della disciplina urbanistica e omologa parziale dell'accordo di separazione tra i coniugi*, in *Fam. e Dir.*, 2009.

GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013.

GENTILI, *L'autonomia assistita nel diritto privato*, in Perone - Vallebona (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino, 2004.

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impr.*, 2002.

GENTILI, *Relazione*, in AA.VV., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro*. Atti del convegno - Roma 7 maggio 2004, Torino, 2005.

GERSON, *Hard Choices: How Women Decide About Work, Career and Motherhood*, 1985.

GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*, in *Famiglia*, 2002.

GIABARDO, *La "negoziata assistita" e gli "accordi" coniugali nella gestione della crisi della famiglia (artt. 6 e 12 della l. 162/2014)*, in Besso - Frus - Rampazzi - Ronco (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile*, Torino, 2015.

GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988.

GIANNECCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.

GILDER, *Sexual Suicide*, 1973.

GILIBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. Fam.*, 2014.

GIORGIANNI, *Sui patti aggiunti alla separazione consensuale e sulla famiglia di fatto*, in *Giur. merito*, 1992.

GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

GIURBA, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae, I*, Panormi, 1621.

GLASS, *Comment, Trading Up: Postnuptial Agreements, Fairness, and a Principled New Suitor for California*, 92 *Cal. L. Rev.*, 2004.

GODELIER, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970.

GOETZ & SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, 67 *Va. L. Rev.*, 1981.

GOLINI, *Profilo demografico della famiglia italiana*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, Milano 1988.

GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

GORASSINI, *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia: un ritorno all'essenza dei fenomeni*, in Auletta, *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano 2007.

GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: Figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2018.

GORDON, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity in Contract Law*, *Wis. L. Rev.*, 1985.

GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2006.

GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.

GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e Mercato*, 2018.

GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009.

GORGONI, *Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite*, in *Persona e Mercato*, 3, 2018.

GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998.

GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017.

GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992.

GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam e Dir.*, 2015.

GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.

GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

GRECO, *Il contratto di convivenza*, in Gorgoni (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

GROSSBARD-SCHECHTMAN, *Why women may be charged more at the cleaners: a consumer theory with competitive marriage markets*, Center for Public Economics, *Working Paper 99-01*, San Diego State University, 1999.

GROSSBARD-SHECHTMAN E LEMENNICIER, *Marriage Contracts and the Law-and-Economics of Marriage: an Austrian Perspective*, in *Journal of Socio-Economics*, 1999.

GROSSBARD-SHECHTMAN, *A Theory of Allocation of Time in Markets for Labor and Marriage*, *Economic Journal*, 94, 1984.

GROSSBARD-SHECHTMAN, *On the Economics of Marriage: a Theory of Marriage, Labor, and Divorce*. Boulder, Co., Westview Press, 1993.

GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.

HAFEN, *The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy-Balancing the Individual and Social Interests*, 81 *Mich. L. Rev.*, 1983.

HAMJE, *Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2010.

HARDING, *The armonisation of private international law in Europe: taking the character out the family law?*, in *Journal of Private Internation Law*, 2011.

HART AND MOORE, *Foundations of incomplete contracts*, in *Review of Economic Studies*, 1999.

HATZIS e TSAOUSSI, *"...Or For Worse" Prenuptial Agreements and the Compensation Paradox in Divorce*, in *Review of Economics of the Household*, 2011.

HEER E GROSSBARD-SHECHTMAN, *The Impact of Female Marriage Squeeze and the Contraceptive Revolution on the Sex Roles and the women's Liberation Movement in the United State 1960-1970*, *Journal of Marriage and the Family*, 1981.

HEGEL, *Filosofia del diritto*, trad. Novelli, Napoli 1863.

HERSCH, *The Economics of Home Production*, *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 6, 1997.

HILLMAN, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, 85 *Cornell L. Rev.*, 2000.

HOFER, *Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten*, in Hofer, Schwab e Henrich (a cura di), *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2005.

HONORATI, *Verso una competenza della Comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007.

IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in Zatti (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, III, in Anelli e Sesta (a cura di), *Regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè, 2012.

IRTI C., *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016.

IRTI C., *Gestione condivisa nella crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2016.

IRTI N., *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano 1976.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

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

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990.

JANSSENS, *Trasformazione economica, lavoro delle donne e vita familiare*, in Barbagli-Kertzer (a cura di), *Storia della famiglia in Europa. Il Novecento*, Bari 2003.

JÄNTERÄ- JAREBORG, *Swedish Report, Q 20* in Boele-Woelki, Braat, Sumner, *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce, European Family Law Series No. 2*, Intersentia-Antwerp 2003.

JEMOLO, *Contenuto dell'atto di separazione dei coniugi*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1972.

JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967.

JEMOLO, *Il matrimonio*, in Filippo Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1950.

JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur.*, Università di Catania, 1948, III.

JOLLS, CASS, SUNSTEIN & THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stan. L. Rev.*, 1998, 1471.

JOUANNEAU e SOLON, *Discussions du code civil dans le Conseil d'Etat*, I, Paris, 1805.

KAHNEMAN & TVERSKY, *Choices, Values, and Frames*, 39 *Am. Psychologist*, 1984.

KAHNEMAN E TVERSKY, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, *Econometrica*, 47, 1979.

KAHNEMAN E TVERSKY, *Subjective probability: a judgment of representativeness*. In Kahneman, Slovic e Tversky, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge, Cambridge University Press., 1982.

KAPLOW AND SHAVELL, *Economic Analysis of Law.*, NBER Working Paper 6960, 1999.

KIMEL, *The Choice of Paradigm for Theory of Contract: Reflections on the Relational Model*, 27 *Oxford J. Legal Stud.*, 2007.

KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004.

KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, Studio n. 571 - 2016/C.

LA SPINA e MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000

LA SPINA, *Accordi in materia di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010.

LAGARDE, Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, in *Riv. dir. int. priv.*, 2016.

LAGENFELD, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 5 ed., Monaco, Beck, 2005.

LAI, *La negoziazione assistita nella crisi familiare: un mosaico in via di composizione?*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione giustizia*, 2016.

LANDES, *Economics of Alimony*, 7 *J. Legal Stud.*, 1978.

LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.

LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016.

LANGENFELD, *Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen*, in *DNotZ*, 2001.

LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013.

LAVNER, KARNEY, BRADBURY, *Newlyweds' Optimistic Forecasts of Their Marriage: For Better or for Worse?*, 27 *J. Fam. Psychol.*, 2013.

LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in Furgiuele (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015.

LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2015.

LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 2018.

LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006.

LONG, *Il diritto della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006.

LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013.

LUISO, *Diritto processuale civile*, IX ed., V, Milano, 2017.

LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Tratt. Zatti, Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002.

LUNDBERG & POLLAK, *Separate Spheres Bargaining and the Marriage Market*, 101 *J. Pol. Econ.*, 1993.

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987*, in Lipari (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987.

MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), 2016.

MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giust. civ.com*, 2020.

MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008.

MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.

MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020.

MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Riv. not.*, 1994.

MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. not.*, 1994.

MACIONE, voce *Rinuncia (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

MACNEIL, *Contracting Worlds and Essential Contract Theory*, 9 *Soc. Legal Stud.* 2000.

MACNEIL, *Essays on the Nature of Contract*, *N.C. Cent. L.J.*, 1979.

MACNEIL, *Reflections on Relational Contract Theory after a Neo-classical Seminar*, in Campbell, Collins & Wightman, *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*, Hart Publishing, Oxford/Portland, OR, 2003.

MACNEIL, *Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos*, 143 *J. Inst. Theo. Econ.*, 1987.

MACNEIL, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 *N.W.U. L. Rev.* 2000.

- MACNEIL, *Restatement (Second) of Contracts and Presentiation*, 60 *Va. L. Rev.*, 1974.
- MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, 47 *S. Cal. L. Rev.*, 1974.
- MACNEIL, *The New Social Contract: The Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University, New Haven, CT, 1980.
- MACNEIL, *Whither Contracts?*, 21 *J. Legal Educ.*, 1969.
- MAGLIETTA, *Convivenze di fatto: gli spiacevoli effetti collaterali*, in *Guida dir.*, 2016.
- MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, in *www.dirittoeprocesso.com*, rivista giuridica on line, 2010.
- MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in *Noviss. dig. it.*, 1986.
- MANCINI, *Trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione e di divorzio. Inquadramento sistematico, uso ed abuso*, in *Notariato*, 2009.
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I*, Napoli, 1979.
- MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962.
- MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992.
- MARCHESIELLO, *I nudge, ovvero: il tramonto dell'uomo economico*, in *Pol. dir.*, 2014.
- MARCHESIELLO, *Il paternalismo giuridico: tra conoscenza e compassione*, in *Pol. dir.*, 2015.
- MARCHETTI, *La nullità dinamica nei contratti di durata*, in *Riv. Dir. Civ.*, 5, 2018.
- MARELLA-MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014.
- MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2003.
- MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003.
- MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988.
- MARTINO, *Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento*, in *Famiglia*, 2019.
- MARTINY, *Is Unification of Family law feasible or even desirable?*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mak, Du Perron, *Towards Eropean civil code*, 2011.
- MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, in *Cultura e diritti*, 2014.
- McATAMNEY, *Balancing Fairness and Predictability: An Analysis of Proposed Modifications to Standards Regarding the Enforcement of Prenuptial Agreements*, 2015.
- MCFADDEN, *Razionalità per economisti?*, in Motterlini e Piattelli Palmarini (a cura di), *Critica della ragione economica*, Milano, 2005.

McGINNIS, *Cohabiting, Dating, and Perceived Costs of Marriage: A Model of Marriage Entry*, in *Journal of Marriage and Family*, 65(1), 2004.

McLELLAN, *Contract marriage — the way forward or dead end?* *Journal of Law and Society*, 23, 1996.

MEEUSEN, PERTEGAS, STRAETSMAN, SWENNEN, General Report, in Meeusen – Pertegas – Straetsman - Swennen (a cura di), *International family law for the European Union*, Antwerp-Oxford 2007.

MELI, *Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di famiglia*, in *Europa e diritto privato*, 2007.

MEMMO, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, in Cagnazzo-Preite-Tagliaferri (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 2015.

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975.

MENGONI, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea*, in *Jus*, 1998.

MENGONI, *Nuovi orientamenti sul matrimonio civile*, in *Jus*, 1980.

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.

METITIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995.

MEZZANOTTE, *Separazione consensuale dei coniugi: il problema della revocabilità unilaterale del consenso prima della omologazione*, in *Giur. di Merito*, 2007.

MITCHELL, *Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law*, 43 *Wm. & Mary L. Rev.*, 2002.

MONDINI, *L'assegno di divorzio dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018: indicazioni per il giudice di merito*, in *Famiglia*, 2018.

MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.

MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017.

MONTINARO, *Marital contracts and private ordering of marriage from the Italian family law perspective*, in *Italian Law Journal*, 3, (1), 2017.

MORA, *La separazione consensuale*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, Torino, 2016.

MORACE PINELLI, *I problemi irrisolti in materia di assegno divorzile, dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2019.

MORACE PINELLI, *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*, in *Giur. it.*, 1994.

MORACE PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996.

MORETTI, *Contratto di transazione e rapporti di diritto familiare*, in *Contratti*, 1996.

MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981.

MUSSO, *La famiglia operaia*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana dall'ottocento a oggi*, Milano 1988.

NADDEO, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata, in comparazione e diritto civile*, 2012.

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 *Famiglia*, 2005.

NASCIMBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2011.

NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, in *Aiaf Rivista*, 2016.

NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967.

NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'Autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014.

NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 214.

NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Cassazione, raccolta di studi in onore di A. Brancaccio*, VII, Milano, 2013.

NELSON, *The Study of Choice or the Study of Provisioning? Gender and the Definition of Economics*, in *Beyond Economic Man*, Marianne A. Ferber & Julie A. Nelson eds., 1993.

NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964.

NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2012.

NIVARRA, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2016.

NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniale e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

NOGLER & REIFNER, *Principles of Social Long-term Contracts, Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, Eleven International Publishing, L'Aia, 2014.

NOLL & KRIER, *Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation*, 19 *J. Legal Stud.*, 1990.

OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Fam. e Dir.*, 2012.

OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale: a neverending story*, in *Fam. e Dir.*, 6, 2011.

OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e Dir.*, 2012.

OBERTO, *Contratto e famiglia*, Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, VI, *Interferenze*, Milano, 2006.

OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali, Commento agli artt. 159, 160 e 161*, in Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile, Della Famiglia, II*, Di Rosa (a cura di), artt. 74-230 ter, Torino, 2018.

OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2, 2006.

OBERTO, *Gli accordi concernenti la prole nella crisi coniugale «Le couple parental survit au couple conjugal»*, in *Dir. e Fam.*, 1, 1999.

OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, in *www.giacomoober.to.it.*, 2011.

OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. Dir.*, 2013.

OBERTO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008.

OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Il Foro Italiano*, 1999.

OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Torino, 1997.

OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Il Corriere Giuridico*, 2020.

OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, 1991.

OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 1995.

OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006.

OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991.

OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (I)*, in *Fam. e Dir.*, 1999.

OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. e Dir.*, 2000.

OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, CEDAM, 1996.

OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. Dir.*, 1995.

OBERTO, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, in *FamRZ*, 1993.

OBERTO, *Prenuptial agreements in contemplation of divorce: European and Italian perspectives*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016.

OBERTO, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000.

OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corr. giur.*, 2004.

OBERTO, *Simulazione e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, in *Famiglia*, 2001.

OBERTO, *sub art. 3, l. n. 898/1970*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia, III ed.*, Milano, 2015, *Addenda di aggiornamento alla III ed.*, Milano, 2015.

- OBERTO, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, in *Fam. e Dir.*, 2007.
- OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e Dir.*, n. 2, 2007.
- OBERTO., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2003.
- ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, in Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017.
- PACIA, *Gli alimenti*, in Balestra (a cura di), *Commentario Gabrielli, Della famiglia*, Utet, 2009.
- PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *juscivile*, 2016.
- PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.
- PAJARDI, *La separazione personale dei coniugi nella giurisprudenza*, Padova, 1979.
- PALADINI, *Assegnazione convenzionale della casa familiare e opponibilità al terzo acquirente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019
- PALAZZO, *“Causa” del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis) applicazioni giurisprudenziali*, in Alcaro (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016.
- PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.
- PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015.
- PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2007.
- PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014.
- PALERMO, *Equilibrio economico generale e fallimenti del mercato: teoria, metodologia e filosofia morale*, Brescia, 2003.
- CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008.
- PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015.
- PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Franco Angeli, 2001.
- PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.
- PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali tra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000, Australiano*, in *Famiglia*, 2002.
- PARADISO, *Filiazione, stato di figlio e gruppi familiari tra innovazioni normative e riforme annunciate*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2016.
- PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi, Artt. 143-148*, in *Comm. Schlesinger*, Milano 2012.
- PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, Giuffrè, 1984.
- PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016.
- PARADISO, *Potestà, abuso e tutela dei figli*, in Auletta, *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano 2007.

PARKMAN, *Good Intentions Gone Awry: No-Fault Divorce and the American Family*, Rowman & Littlefield, 2000.

PARKMAN, *No Fault Divorce: What went wrong?*, Boulder: Westview Press, 1992.

PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008.

PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011.

PATTI, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?* In *Il Foro Italiano*, 2017.

PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*; in *Famiglia*, 2018.

PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in Ferrando (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, 2007.

PATTI, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006.

PATTI, *Il diritto europeo della famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, I*, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011.

PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. Pers. e Success.*, 2005.

PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.

PATTI, *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Famiglia*, 2017.

PAULINO PEREIRA, *La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives*, in *Riv. crit. dir. int. priv. proc.*, 2010.

PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016.

PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982.

PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not.*, 1976.

PETERS, *Marriage and divorce: informational constraints and private contracting*, *American Economic Review*, 76(3), 1986.

PIANTANIDA, *L'assegno di divorzio dopo la svolta della Cassazione: orientamenti (e disorientamenti) nella giurisprudenza di merito*, in *Fam. e Dir.* 2018.

PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004.

PINTENS, *Europeanisation of family law in Europe*, European family law series No. 4, 2003.

PIZZORUSSO, *Certezza (II. Profili applicativi)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

POCAR, *Brevi note sul le cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011.

POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *Il Foro Italiano*, 2015.

- POLLAK, *A Transaction Cost Approach to Families and Households*, *Journal of Economic Literature*, 23, 1985.
- POLLAK, *Gary Becker's Contributions to Family and Household Economics*, *Review of Economics of the Household*, Springer, 1(1), 2003.
- POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen Publishers, 2003, 1 ed., 1973.
- POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, 2000.
- PROBERT, *Family Law in England and Wales*, Walters Kluwer, 2012.
- PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Atti del convegno "La crisi coniugale tra contratto e giudice"*, in *Il Foro Italiano*, 2008.
- PROTO PISANI, *Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in *Atti del convegno "La crisi coniugale tra contratto e giudice"*, in *Il Foro Italiano*, 2008.
- PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica*, Milano, 1951.
- PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951.
- QUADRI, "Convivenze", in *juscivile*, 2017.
- QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 1991.
- QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005.
- QUADRI, *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in *Corr. giur.*, 2009.
- QUADRI, *C'è qualcosa di nuovo oggi" nell'assegno di divorzio, "anzi d'antico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.
- QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in Salanitro (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019.
- QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. Fam.*, 2005.
- QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino 1999.
- QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?* in *Fam. e Dir.*, 2017.
- QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014.
- QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018.
- QUADRI, *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": gli ex coniugi "persone singole" di fronte al loro passato comune*, in *Nuova Giur. civ. Comm.*, 2017.
- QUADRI, *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità nei rapporti patrimoniali della famiglia*, in Perlingieri e Giova (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Esi, 2019.

QUADRI, *La crisi della unione matrimoniale*, in Belvedere e Granelli (a cura di), in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, CEDAM, 1996.

QUADRI, *Matrimonio, unione civile, convivenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020.

RANGONE, *Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2012.

RANGONE, *Mercati finanziari e qualità delle regole (Economic analysis of financial regulation)*, in *Banca impr. soc.*, 2010.

RASMUSEN E STAKE, *Lifting the veil of ignorance: personalizing the marriage contract*, *Indiana Law Journal*, 73(2), 1998.

RAVERA, *Separazione personale dei coniugi: come si calcola l'assegno di mantenimento?* in *ilfamiliarista.it*, 2017.

REGAN, Jr., *Market Discourse and Market Neutrality in Divorce Law*, *Utah L. Rev.*, 1994.

RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013.

RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978.

RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto, (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988.

RESCIGNO, *Contratto, I, In generale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998.

RESCIGNO, *L'individuo e la comunità familiare, Persona e comunità*, Padova, 1988.

RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato, una conversazione*, Il Mulino, 2017.

REVILLARD, *Divorce des couples internationaux: choix de la loi applicable*, in *Répertoire Defrénois*, 5-2011, 2011.

RICHARDSON, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968.

RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Corr. giur.*, 2017.

RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020.

RIMINI, *Assegno divorzile e rilievo delle pregresse attribuzioni patrimoniali*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019.

RIMINI, *Assegno divorzile: il valore decisivo del sacrificio per le esigenze familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019.

RIMINI, *Criteri di determinazione dell'assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019.

RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, in *Il nuovo divorzio, II, nel Trattato Cicu-Messineo, 2*, Giuffrè, 2015.

RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo la introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2015.

RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Corr. giur.*, 2018.

RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in Cicu-Messineo-Mengoni (diretto da) e (continuato da) Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale, La crisi della famiglia, II*, Milano, 2015.

RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Cedam, Padova, I, 1993.

RIMINI, *L'accertamento del reddito e del patrimonio delle parti nei giudizi di separazione e divorzio: proposta per un modello di disclosure*, in *Fam. e Dir.*, 2011.

RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2018.

RIMINI, *Non è solidarietà, non è assistenza ciò che l'ex coniuge va cercando: proposta per una soluzione alternativa del problema dell'assegno divorzile*, in *Corr. Giur.*, 2018.

RIMINI, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

RINALDI, *L'assegno di mantenimento per i figli*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

RIVELLINI-BORDONE-ORTENSI, *I fenomeni demografici nel corso della vita familiare*, in Donati (a cura di), *La famiglia in Italia. Sfide sociali e innovazioni nei servizi, vol. I*, Roma 2012.

RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975.

ROMA, *Affidamento condiviso dei figli*, in Mantovani (a cura di), *Art. 1 (art. 155-quinquies c.c.)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008.

ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.

RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. It.*, 2015.

RONFANI, *Dalla separazione patologica alla separazione responsabile. Il dibattito tra gli studiosi*, in Maggioni, Pocar, Ronfani (a cura di), *La separazione senza giudice: il conflitto coniugale e gli operatori del diritto*, Franco Angeli, Milano, 1988.

ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2013.

ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»)?*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008.

ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2018.

ROPPO, *Il contratto*, in Iudica-Zatti (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011.

ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)* , in *Riv. Dir. Priv.*, 2007.

ROSS, *Game Theory*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta ed., 2006.

ROSSI-CARLEO e CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, in Auletta (a cura di), *IV, II, La crisi familiare*, Giappichelli, 2013.

ROSSI, *Gli aspetti patrimoniali della separazione riguarda ai coniugi*, in Oberto e Cassano (a cura di), *Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme. Come si quantificano i profili patrimoniali. Quali le conseguenze personali e le relative tutele*, 2016.

ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016.

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1939.

RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Esi, Napoli, 2005.

RUMIATI e BONINI, *Psicologia della decisione*, Bologna, Il Mulino, 2001.

RUO (a cura di), *Negoziato assistita nella separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Bari, 2016.

RUSCELLO, *Il rapporto coniugale, I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, I*, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011.

RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983.

RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Bari, 2001.

RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Il Foro Italiano*, 2001.

RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014.

RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983.

RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in Schlesinger (fondato e diretto da) e (continuato da) Busnelli, *Il Codice civile. Commentario, Artt. 159-166-bis*, Milano, 2004.

RUSSO, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1989.

RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001.

RUVOLO, *Autonomia negoziale dei coniugi nella crisi della famiglia*, in *Il familiarista*, 2017.

SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in Carraro, Oppo e Trabucchi (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia, I, 1*, Padova, 1977.

SALA, *Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi*, in *Giust. civ.*, 1994.

SALA, *Gli alimenti*, in Bonilini, *Trattato dir. fam.*, II, Utet, 2015.

- SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. di Diritto e Proc. Civ.*, 1996.
- SALANIE, *The Economics of Contracts*, Cambridge, Mass: MIT Press, 1997.
- SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3, 2019.
- SALOMONE, *La tutela dei creditori tra realtà e apparenza degli accordi di separazione personale*, in *Dir. Fam.*, 2, 2009.
- SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniale e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013.
- SANTI, *I figli nella separazione e nel divorzio*, in Cigoli, Gulotta e Santi, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, 1997.
- SANTI, *Separazione e divorzio in una prospettiva psicogiuridica*, in Cigoli, Gulotta e Santi, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, 1997.
- SANTISE, in Santise (a cura di), *Coordinate ermeneutiche di diritto Civile*, Giappichelli, 4 ed., 2018.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978.
- SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961.
- SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1982.
- SARACENO, *L'equivoco della famiglia*, Bari – Roma 2017.
- SARACENO, *Sociologia della famiglia*, Bologna, 1988.
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1966.
- SAVI, *La rilevanza del tenore di vita nel regolamento della crisi coniugale*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2017.
- SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2018.
- SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, in *Atti del Convegno di Verona*, Padova, 1986.
- SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013 parte I-parte II.
- SCARAFFIA, *Essere uomo, essere donna*, in Melograni (a cura di), *La famiglia italiana*, Milano 1988.
- SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, V ed., 2008.
- SCARSELLI, *L'intervento del notaio nella prospettiva di una riforma dei procedimenti di separazione tra coniugi*, in *Il Foro Italiano*, V, 2008.
- SCHEMBRI, *Prenuptial Agreements and the Significance of Independent Counsel*, in *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 17, 2, 2003.
- SCHERPE (ed.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing 2012.
- SCHERPE, *Contracting out of the default relationship property regime – comparative observations*, in Palmer, Peart, Briggs And Henaghan (eds.), *Law and Policy in Modern Family Finance – Property Division in the 21st Century*, Intersentia Publishing, 2017.

SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law – alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2017.

SCHERPE, *The financial consequences of divorce in an European perspectives*, in SCHERPE (ed.), *European family law, Vol. III*, Edward Elgar Publishing, 2016.

SCHERPE, *The present and future of European Family law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.

SCHIRÒ, *Attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio: un lungo percorso giurisprudenziale*, in *Fam. e Dir.*, 2019.

SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla p.d.l. n. 2669)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.

SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989.

SCODITTI, *Diritto dei contratti, fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Il Foro Italiano*, 2014.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970.

SCOTT, *Rational Decisionmaking About Marriage and Divorce*, 76 *Va. L. Rev.* 9, 1990.

SCOTT, *Social Norms and the Legal Regulation of Marriage*, 86 *Va. L. Rev.* 2000.

SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.

SEN, *How important is anticipation of divorce in married women's labor supply decisions? An intercohort comparison using NLS data*, *Economic Letters*, 67, 2000.

SEN, *Razionalità e libertà*, Bologna, 2005.

SERVIDEA, *Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage*, 91 *Va. L. Rev.*, 2005.

SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.

SESTA-ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli, La crisi della famiglia, III*, Milano, 2016.

SESTA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica alla luce di Cass. 10.5.2017, n. 11504*, in [www.Cortedicassazione.it](http://www.Cortedicassazione.it).

SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005.

SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019.

SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016.

SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. Trim. di Diritto e Proc. Civ.*, 2017.

SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e Dir.*, 2018.

SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova 2016.

- SESTA, *Negoziatazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e Dir.*, 2015.
- SESTA, *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Sesta-Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998.
- SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014.
- SESTA, *sub art. 29 cost.*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015.
- SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016.
- SESTA, *voce Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 445.
- SGROI, *sub art. 711*, in Richter (a cura di), *La Giurisprudenza sul codice di procedura civile*, Milano, Giuffrè, 2011.
- SHANNON, *Pre-nuptial agreement*, in Boele-Woekli et Al. (eds), *European Family law in action, volume IV: property relations between spouses*, Q. 191, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009.
- SICCHIERO, *La rinegoziatazione*, in *Contratto e impr.*, 2002.
- SILBAUGH, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 *Nw. U. L. Rev.*, 1998.
- SILVESTRI, *Il contrat de mariage in Francia e la circolazione UE degli accordi prematrimoniali*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Giuffrè, 2018.
- SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.
- SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984.
- SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993.
- SIOW, *Differential fecundity, markets and gender roles*, in *Journal of Political Economy*, 106, 1998.
- SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, in Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.
- SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniale e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *Contratti*, 2013.
- SMITH, *The law and economics of marriage contracts*, in *Journal of Economic Surveys*, vol. 17, 2003.
- SOUTH E LLOYD, *Spousal alternatives and marital dissolution*, in *American Sociological Review*, 60, 1995.
- SPADAFORA, *Contratto amoroso econtratto di diritto privato: verso un nuovo "ordine pubblico familiare"?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2020.
- SPADAFORA, *Dalla famiglia in crisi alla "crisi" del divorzio?*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2020.
- SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*, in *Giur. it.*, 2016.
- SPARPAGLIONE, *Criteri giudiziari nell'affidamento della prole*, in Cigoli, Gulotta e Santi, *Separazione, divorzio e affidamento dei figli*, Milano, 1997.

SPASARI, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale. Prime riflessioni all'esito della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite n. 18287 del 2018*, in Buzzelli (a cura di), *Il nuovo assegno di divorzio. L'istituto dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, Pisa, 2019.

SPEIDEL, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 93 *N.W.U. L. Rev.*, 2000.

SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Aracne, 2010.

STANZIONE - AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in Ruscello (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Cedam, Padova, 2006.

SUMNER MAINE, *Ancient Law*, 10 ed. 1884.

SUNSTEIN, *Humanizing Cost-Benefit Analysis*, in *Administrative Law Rev. Conference*, February 17, 2010.

TAGLIAFERRI, *Negozi familiari in vista di separazione e divorzio*, in Palazzo e Landini (a cura di), *Accordi in vista della crisi familiare*, Giuffrè, 2018.

TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.

TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015.

TESAURO e D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000.

TESTA, *Rapporti patrimoniali e la famiglia*, Milano, 2010.

THALER e SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven, Yale UP, 2008.

THOMPSON, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, Hart Publishing, Oxford and Portland, OR, 2015.

TIROLE, *Incomplete contracts: where do we stand?* *Econometrica*, 1999.

TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità europea*, in Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Casi e materiali di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2003.

TOMMASEO, *Della separazione personale dei coniugi*, in *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*, Padova, 1997.

TOMMASEO, *La crisi della famiglia nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Fam. e Dir.*, 2013.

TOMMASEO, *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 8/9, 2015.

TOMMASEO, *La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e Dir.*, 2015.

TOMMASEO, *Negoziazione assistita e divorzio breve*, in Ruo (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, Rimini, 2016.

- TOMMASEO, *Separazione in negoziazione assistita: da quando i sei mesi per divorziare?*, in *Fam. e Dir.*, 2019.
- TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato*, in Auletta (a cura di) *Famiglia e matrimonio*, Giappichelli, 2013.
- TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989.
- TONDO, *Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Il Foro Italiano*, 1987.
- TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007.
- TREBILCOCK, E KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, *University of Toronto Law Journal*, 41, 1991.
- TRIMARCHI, *Affectio e unitarietà dei doveri di coppia*, in *Fam. e Dir.*, 2019.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 2016.
- TVERSKY e KAHNEMAN, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, in *Science*, 1981.
- VALENTINI, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- VELLETTI e CALÒ, *La disciplina europea del divorzio*, in *Corr. Giur.*, 2011.
- VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003.
- VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al covid-19*, in *Giust. civ.com*, 2020.
- VETTOR, *Attualità e prospettive della conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in D'Amico-Leone (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano, 2017.
- VIALE, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in Viale (a cura di), *Le nuove economie, Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, Milano, 2005.
- VIARENGO, *Il nuovo regolamento sulla legge applicabile al divorzio per gli Stati europei interessati alla cooperazione rafforzata: prime riflessioni*, in *Scritti in onore di Draetta*, Napoli, 2011.
- VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010.
- VICINI, *Tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: archiviato anche nella separazione?*, in *ilfamiliarista.it*, 2018.
- VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in Bonilini-Cattaneo (diretto da), *Trattato, Il diritto di famiglia*, Torino 2007.
- WALKER - SALT, *Resilience Thinking*, Washington, 2006.
- WAX, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, *Virginia Law Review*, 1998.
- WEISS & WILLIS, *Children as Collective Goods and Divorce Settlements*, 3 *J. Labor Econ.*, 1985.
- WELSTEAD - EDWARDS, *Family Law*, Oxford University Press, 2011.
- WHITE, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, 54 *Tenn. L. Rev.*, 1986.
- WIGHTMAN, *Intimate Relationships, Relational Contract Theory, and the reach of Contract*, in *Feminist Legal Studies*, 8, 2000.

WILLIAMSON, *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, in *Journal of Economic Literature*, 2000.

ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 2006.

ZANETTI-VITALI, *La separazione personale dei coniugi. Artt. 150-158*, Giuffrè, 2006.

ZANETTI-VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2010.

ZANOBETTI, *Divorzio all'europea: il regolamento UE n. 1259/2010 sulla legge applicabile allo scioglimento del matrimonio e alla separazione personale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012.

ZATTI-MANTOVANI, *La separazione personale*, Cedam, 1983.

ZATTI, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002.

ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Rescigno (diretto da), Trattato di diritto privato*, III, Torino, 1996.

ZATTI, *La separazione personale*, in *Tratt. Rescigno*, 2, 2a ed., Torino, 1996.

ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, I*, in Ferrando-Fortino-Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio 2*, Milano, 2011.

ZISA, *Separazione personale dei coniugi: trascrivibilità del (relativo) verbale di udienza contenente pattuizioni patrimoniali ad effetti reali*, in *Riv. not.*, 2007.

ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990.

ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. It.*, 1990.

ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002.

ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011.



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

## DEPOSITO ELETTRONICO DELLA TESI DI DOTTORATO

### DICHIARAZIONE SOSTITUTIVA DELL'ATTO DI NOTORIETA'

(Art. 47 D.P.R. 445 del 28/12/2000 e relative modifiche)

Io sottoscritto MIRCO CAERAN

Nato a MONTEBELLUNA (TV) il 07.06.1991

Residente a MONTEBELLUNA in VIA DEGLI OLEANDRI 14

Matricola (se posseduta) 956362

Autore della tesi di dottorato dal titolo:

Autonomia privata e crisi coniugale. Un'indagine alla luce della teoria dei contratti relazionali e dell'analisi economica del diritto

Dottorato di ricerca in DIRITTO, MERCATO E PERSONA Ciclo XXXIII

Anno di conseguimento del titolo 2021

### DICHIARO

di essere a conoscenza:

- 1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decado fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni;
- 2) dell'obbligo per l'Università di provvedere, per via telematica, al deposito di legge delle tesi di dottorato presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e di Firenze al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi;
- 3) che l'Università si riserva i diritti di riproduzione per scopi didattici, con citazione della fonte;
- 4) del fatto che il testo integrale della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione viene archiviato e reso consultabile via Internet attraverso l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, oltre che attraverso i cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze;
- 5) del fatto che, ai sensi e per gli effetti di cui al D.Lgs. n. 196/2003, i dati personali raccolti saranno trattati, anche con strumenti informatici, esclusivamente nell'ambito del procedimento per il quale la presentazione viene resa;
- 6) del fatto che la copia della tesi in formato elettronico depositato nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto è del tutto corrispondente alla tesi in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, consegnata presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo, e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 7) del fatto che la copia consegnata in formato cartaceo, controfirmata dal tutor, depositata nell'Archivio di Ateneo, è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie;

Data \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

## NON AUTORIZZO

l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto la tesi depositata per un periodo di 12 (dodici) mesi a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca.

## DICHIARO

- 1) che la tesi, in quanto caratterizzata da vincoli di segretezza, non dovrà essere consultabile on line da terzi per un periodo di 12 (dodici) mesi a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca;
- 2) di essere a conoscenza del fatto che la versione elettronica della tesi dovrà altresì essere depositata a cura dell'Ateneo presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze dove sarà comunque consultabile su PC privi di periferiche; la tesi sarà inoltre consultabile in formato cartaceo presso l'Archivio Tesi di Ateneo;
- 3) di essere a conoscenza che allo scadere del dodicesimo mese a partire dalla data di conseguimento del titolo di dottore di ricerca la tesi sarà immessa in rete e comunicata al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto.

Specificare la motivazione:

- motivi di segretezza e/o di proprietà dei risultati e/o informazioni sensibili dell'Università Ca' Foscari di Venezia.
- motivi di segretezza e/o di proprietà dei risultati e informazioni di enti esterni o aziende private che hanno partecipato alla realizzazione del lavoro di ricerca relativo alla tesi di dottorato.
- dichiaro che la tesi di dottorato presenta elementi di innovazione per i quali è già stata attivata / si intende attivare la seguente procedura di tutela:

.....;

Altro (specificare):

LA TESI PRESENTA ELEMENTI DI NOVITÀ CHE DOVRENNO ESSERE ULTERIORMENTE APPROFONDITI E INSERITI IN UNA FUTURA PUBBLICAZIONE. FINO A QUEL MOMENTO, QUINDI, LA DIFFUSIONE DELLA TESI DOVRÀ ESSERE LIMITATA.

A tal fine:

- dichiaro di aver consegnato la copia integrale della tesi in formato elettronico tramite auto-archiviazione (upload) nel sito dell'Università; la tesi in formato elettronico sarà caricata automaticamente nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari, dove rimarrà non accessibile fino allo scadere dell'embargo, e verrà consegnata mediante procedura telematica per il deposito legale presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze;
- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

**Data** ..... **Firma** .....

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta.

**Firma del dipendente addetto** .....

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 196/03 si informa che il titolare del trattamento dei dati forniti è l'Università Ca' Foscari - Venezia.

I dati sono acquisiti e trattati esclusivamente per l'espletamento delle finalità istituzionali d'Ateneo; l'eventuale rifiuto di fornire i propri dati personali potrebbe comportare il mancato espletamento degli adempimenti necessari e delle procedure amministrative di gestione delle carriere studenti. Sono comunque riconosciuti i diritti di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 196/03.

## Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: Mirco Caeran  
Matricola: 956362  
Dottorato: Diritto, Mercato e Persona  
Ciclo: XXXIII

Titolo della tesi: Autonomia privata e crisi coniugale. Un'indagine alla luce della teoria dei contratti relazionali e dell'analisi economica del diritto

### Abstract:

Il lavoro tratta degli accordi che i coniugi stipulano nel corso della crisi sia in vista di essa. Nella prima parte viene dato atto del fenomeno della cosiddetta “privatizzazione del diritto di famiglia” illustrando le principali tappe raggiunte dall'autonomia privata nei rapporti tra marito e moglie. Successivamente viene delineato l'oggetto del lavoro, ossia l'ammissibilità e l'ambito di operatività degli accordi di natura patrimoniale in fase fisiologica e patologica, sia in costanza di crisi che in vista di una crisi meramente eventuale. Il metodo prescelto è quello dell'analisi economica del diritto e degli insegnamenti tratti dalla teoria dei contratti relazionali. L'analisi, poi, si concentra in chiave critica sulle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali di questa tipologia di accordi. Emerge, così, la definizione di contratti (pre)matrimoniali nella loro unitarietà di genere. Nell'ultimo capitolo, infine, dopo averne dimostrata la validità e l'efficienza, i contratti (pre)matrimoniali vengono fatti dialogare con i Principi Costituzionali e dell'Unione Europea, nonché con il diritto comparato e internazionale privato, in un tentativo di armonizzazione con l'intero Ordinamento Giuridico.

The work entails the agreements made by the spouses in the middle of the crisis or in forecast of it. In the first chapter the phenomenon of the “Privatization of the Family Law” and the stages of the private autonomy of the wedding relationships are analyzed. Subsequently, the admissibility and the scope of the economic agreements made by the parties are investigated, both in their physiological and pathological aspects, during and in forecast of the crisis. The “Law&Economics” method and the Relational Theory of Contracts are the chosen analysis methods. Then, a reasoned analysis of the law tenet and the jurisprudence related to this type of agreements is conducted. The outcome is a new definition of the concept of “(pre)marital agreements” as a single and unique category. Finally, in the last chapter, the (pre)marital agreements' validity and efficiency is demonstrated and observed in the light of the Italian Constitutional and European Principles, as well as of the foreign experiences and the questions raised by the International Private Law. The attempt is to harmonize with the whole Legal Order.

Firma dello studente

---