

INDICE

INTRODUZIONE..... pag. 1

CAPITOLO I

*Autonomia familiare e accordi preventivi:
evoluzione storica e profili di diritto comparato*

1.1. *Il matrimonio nell'Antica Roma*.....pag. 4
1.2. *Tracce del fenomeno nel diritto romano: gli accordi dotali*..... pag.10
1.3. *Il recepimento negli Stati Uniti*.....pag.16
1.4. *Le ritrosie in Europa: Inghilterra*..... pag.25
1.5. *Il matrimonio oggi in Italia: tra influenze straniere e diversità
mantenute*..... pag.31

CAPITOLO II

Gli accordi preventivi nel diritto interno

2.1. *L'ingresso dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia*..... pag.41
2.2. *I patti prematrimoniali*..... pag.58
2.3. *Gli accordi di separazione*..... pag.74
2.4. *Accordi in vista del divorzio*..... pag.90

CAPITOLO III

Negozi di destinazione in vista della crisi coniugale

3.1. *Atto di destinazione e crisi familiare*..... pag.114
3.2. *Il trust nella famiglia*..... pag.123
3.3. *Proposte di legge*..... pag.132

APPENDICE.....	pag.140
BIBLIOGRAFIA	pag.157

Introduzione

La tesi si propone di valutare l'ammissibilità nell'ordinamento italiano degli accordi prematrimoniali che non sono esplicitamente contemplati, ma rappresentano una realtà consolidata tipica di vari ordinamenti stranieri, in particolare, ma non solo, di quelli appartenenti alla famiglia di common-law.

Il termine *prenuptial agreements* traduce quei patti stipulati da coppie prima del matrimonio, distinguendosi pertanto dai *post-nuptial*, in quanto successivi, e destinati a regolare vari aspetti, patrimoniali e non, dello stesso, nonché dell'eventuale crisi coniugale.

La disamina prende le mosse dal diritto romano, che già conosceva ed ammetteva una svariata serie di patti che accompagnavano la costituzione della dote e che ne disciplinavano la restituzione in caso di divorzio. Di qui la considerazione che negli accordi dotali possono rinvenirsi gli antenati del fenomeno, tuttavia mai approdato in Italia a fronte dell'influenza del cristianesimo che ha portato l'indissolubilità del matrimonio fino alla legge del 1970.

A tal fine si è analizzato brevemente il matrimonio nell'antica Roma, in cui lo stesso trova le sue origini storiche come istituto giuridico (e non più come rapporto di fatto), ed in cui il *consensus*, non solo iniziale, rappresentava l'unico perno intorno al quale ruotava l'istituto, consentendo pertanto il divorzio ove lo stesso veniva meno successivamente.

Inoltre è stato approfondito il sistema statunitense, dove tali accordi sono immediatamente approdati come *prenuptial agreement*, disciplinati in un primo momento dall' "Uniform Premarital Agreement Act" (UPAA), elaborato dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws e pubblicato nel 1983, successivamente, nei "Principles of the Law of Family Dissolution", redatti dall'American Law Institute e pubblicati nel 2002.

Sempre proseguendo nell'analisi comparatistica, si sono valutate le ritrosie in Europa, le ragioni di ordine pubblico dell'inammissibilità del fenomeno ed il superamento delle stesse in Inghilterra. In tale sistema infatti, nonostante l'atteggiamento statalista, il riconoscimento del fenomeno ha inizio con particolare riguardo ai *post-nuptial agreement* nel 2007, ma viene definitivamente ammesso nel 2009 in cui la Court of Appeals, confermata dalla Corte Suprema nel 2010, ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento anche nel Regno Unito anche degli *ante-nuptial contracts*, principalmente per ragioni di diritto internazionale.

Infine si è analizzato l'ordinamento interno, dove tracciando l'evoluzione dell'autonomia negoziale dei coniugi sotto un triplice aspetto, si è giunti ad avallare l'ammissibilità di accordi preventivi e la necessaria positivizzazione della figura.

In *primis* si è proceduto a segnare le tappe dell'evoluzione dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia, avviata con l'avvento della costituzione, ma determinata in concreto solo con la legge n. 898 del 1970 sul divorzio, che assume a tal fine un'importanza fondamentale, in quanto conferisce alla volontà individuale un significativo ruolo centrale, recuperando il principio romanistico del *consensus*, quale unico punto intorno al quale ruota l'istituto del matrimonio

In *secundis*, nell'ambito nella fase antecedente il matrimonio, si è affrontato il dibattito, ancora in atto, della validità degli accordi prematrimoniali in vista di una futura ed eventuale crisi coniugale.

In *tertiis* si è posta l'attenzione sul rilievo dell'autonomia negoziale nella fase patologica del matrimonio, gli accordi di separazione e la discussa figura degli accordi in vista del divorzio.

Infine, si è analizzata l'autonomia negoziale nella fase fisiologica del matrimonio. Si è, quindi, proceduto alla disamina dell'art. 2645 ter, sua ammissibilità nel diritto di famiglia e sue differenze con l'istituto del fondo patrimoniale e con il trust, quest'ultimo fenomeno di derivazione anglosassone. Figure che avallano una definitiva privatizzazione del diritto di famiglia, peculiare branca del diritto privato che ha subito, e continua ancora oggi a subire notevoli influenze pubblicistiche, nonché del cristianesimo.

Nella parte conclusiva del lavoro si sono esaminate, con puntale vaglio critico, le proposte normative, riportate in appendice, dirette ad introdurre anche in Italia i contratti prematrimoniali sulle conseguenze della crisi coniugale. Giova anticipare che notevole consistenza possiede la proposta del Notariato. Inoltre sono state analizzate le timide aperture giurisprudenziali sul tema, influenzate dai dati provenienti dalle esperienze straniere e dal diritto internazionale, che sembrano ulteriormente confermare la bontà di tale soluzione.

Capitolo I

*Autonomia familiare e accordi preventivi:
evoluzione storica e profili di diritto comparato*

1.1. Il matrimonio nell'Antica Roma

Il matrimonio come istituto giuridico, trova le sue origini storiche nell'antica Roma. Va sin da subito evidenziato che questo per lungo tempo è stato solo un rapporto di fatto, svoltosi fuori dallo stretto ambito del diritto. Si rischierebbe di distorcere la storia del matrimonio e la sua stessa struttura nella società romana se lo si considerasse nato come un'istituzione sin dalle origini del genere umano. Infatti, l'ordinamento non regolava direttamente il matrimonio, ma a partire da un determinato periodo, si prendono in considerazione solo le sue conseguenze¹.

Se si vuole circoscrivere l'epoca in cui si riscontra una rilevanza giuridica diretta del matrimonio, dove si ha una netta distinzione tra il matrimonio e il concubinaggio e nello specifico si regolamentano compiutamente gli effetti del matrimonio², si deve fare riferimento alla legislazione augustea; quindi, andare oltre l'età repubblicana, dove il matrimonio è sostanzialmente un rapporto di fatto, ovvero un'unione durevole tra uomo e donna³. Pertanto, solo successivamente e con il passare del tempo lo Stato ne ha riconosciuti taluni effetti.

¹Per la definizione di matrimonio nel diritto romano v., G. BINI, *Matrimonio e divorzio in diritto romano*, v. 1, Bologna, 1887, p. 33 ss. (ora in ristampa anastatica, G. BINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, 3 v., Roma, 1975).

²Cfr. C. CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato, nel mondo romano*, Milano, 1940; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER, Roma, 2005, pp. 11-54.

³G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1995, p. 135.

La stessa monogamia è un'evoluzione a cui si si giunge in seguito a un lungo processo storico. A distanza di secoli la concezione repubblicana del matrimonio come rapporto di fatto s'inquadra nell'affermarsi progressivo del matrimonio di coppia all'ombra del più vasto gruppo parentale gentilizio. L'emersione della famiglia come organismo istituzionale è un dato assai tardo della storia di Roma e trova il suo riconoscimento nella stessa storia del termine *familia* i cui significati antichi sono tutti e solo patrimoniali. In realtà i giuristi non definiscono il matrimonio, così come non lo regolamenta di per sé il diritto: essi ne accolgono il concetto sociale trasformandolo lentamente e indirettamente in rapporto giuridico e accentandolo così così come lo valuta la coscienza comune. Certo nessun testo classico definisce esplicitamente il matrimonio come *res facti*, ma questa realtà emerge ancora dalla regolamentazione degli effetti del *post liminium*²⁴.

Si osserva che quando il prigioniero di guerra torna dalla guerra, in base allo *ius post liminii* si riappropria dei suoi diritti e delle sue potestà, comprese quelle familiari (*patria potestà, manu*), ma non riacquista la situazione di matrimonio e di possesso. Se si procederà a una nuova convivenza, quest'ultima potrà dare eventualmente luogo a un secondo matrimonio, i figli nati però nel frattempo sono *vulgo concepti* e seguono la condizione giuridica della madre.

La distinzione tra *matrimonium cum manu* e *matrimonio sine manu*, trasmessa per tradizione dagli studiosi, non trova riscontro terminologico nelle fonti ed è, quindi, priva di una fondatezza sul piano storico⁵. Il matrimonio e la *manus* sono istituti diversi, esiste infatti il matrimonio senza la *manus*: è il caso della donna sposata nel corso

⁴Modestino in tarda età augustea dà del matrimonio una definizione ancora troppo generica, in quanto comprendere anche il concubinato e il *contubernium* (unione tra schiavi o con schiavi): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*.

⁵Sulla loro distinzione v. G. BINI, *Matrimonio e divorzio...*, cit., p. 137.

dell'anno o in presenza dell'effettuata *usurpatio trinoctii*, e la *manus* senza matrimonio com'è nella stessa *coemptio matrimonii causa* prima della conclusione del matrimonio⁶.

Nell'età classica i requisiti fondamentali del matrimonio romano sono il consenso e la convivenza matrimoniale, le fonti parlano di *consensus* e di *affectio maritalis*, che vanno interpretati come riferimento a un consenso perdurante, in atto, in quanto per la persistenza del matrimonio romano non è sufficiente il consenso solo inizialmente manifestato⁷.

In età giustiniana, grazie alle influenze cristiane, si inizia a dare un certo valore al consenso iniziale.

In età classica il consenso è quello dei nubendi, allo stesso tempo il consenso è esteso anche a coloro che hanno la potestà sugli stessi: *utriusque consentiant, si sui iurissunt, aut etiam parentes eorum, si in potestates sunt*. Il figlio poteva però ricorrere al magistrato di fronte a un giustificato diniego di assenso da parte del padre grazie alla *lex Iulia de maritandi ordinibus* (18 a. C.).

Il consenso dei nubendi può manifestarsi in qualsiasi modo, non ci sono quindi delle regole predefinite, è necessario però che vi sia una manifestazione congrua e non equivoca.

Diventa difficile stabilire se e quando il matrimonio ha avuto inizio, tenendo in considerazione vari fini: regime della donazione tra coniugi, successione pretoria.

Le fonti classiche danno ampio spazio alla necessità del consenso: *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio; nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*. Si poteva dunque manifestare in diversi modi, ma necessariamente doveva essere univoco, doveva

⁶ Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., p. 137.

⁷ Ivi, p. 163.

rispecchiarsi nel comportamento esteriore dei coniugi. Questo perché il diritto sussumeva il concetto di matrimonio dalla realtà sociale senza il filtro della giurisprudenza o delle disposizioni legislative.

Erano necessari, quindi, per stabilire un *iustum matrimonium* il *conubium* e la capacità dei nubendi⁸. Il *conubium* è la condizione necessaria affinché due persone idonee a contrarre il matrimonio possano sposarsi tra loro. Secondo Servio il *conubium* è paragonabile allo *ius legitimi matrimonii*, ovvero quello del *conubium* nel quadro delle leggi di scambio, è un concetto parallelo a quello del *commercium*; inoltre lo scambio a fine matrimonio postula la *coemptio* e di conseguenza l'uso della *mancipatio*, cui lo straniero è ammesso solo se fornito di *commercium*. In età storica tra i presupposti del *conubium* è la cittadinanza romana (*civitas*) dei nubendi; per vedere estesa a tutti i membri dell'impero la cittadinanza bisogna attendere la *constitutio Antoniniana* del 212 d. C., che estese a tutti il regime del *conubium*⁹. Vi erano però delle circostanze in cui il *conubium* mancava, ovvero quando si univano liberi e schiavi o semplici unioni tra schiavi, in questi casi non si dava luogo a *iustae nuptiae*, ma solo a *contubernium*.

Per quanto attiene alla capacità dei nubendi questa era essenzialmente legata alla loro età; Giustiniano stabilì che l'età dei coniugi dovesse essere quattordici anni per l'uomo e dodici anni per la donna. Il rito di passaggio a questa classe di età avveniva a prescindere dal giorno di nascita il 17 marzo, nei *Liberalia*, festa in onore di Libero (Dionisio) dio della generazione. Compiuto il quattordicesimo anno d'età l'adolescente veniva iscritto nelle liste del censo e, quindi, entrava nella

⁸ F. DE VISSCHER, 'Conubium' et 'civitas', «RIDA» I (1952), pp. 401-422; E. VOLTERRA, *La nozione giuridica del conubium*, «Studi in memoria di Emilio Albertario», II, Milano 1950, pp. 349-356.

⁹ A. VALVO, *Il conubium nella politica romana di integrazione*, in *Atti del Convegno Matrimoni Misti: una via per l'integrazione tra i popoli*, a cura di S. Marchesini, Verona-Trento, 1-2 dicembre 2011, Centro Duplicazioni della Provincia Autonoma di Trento, pp. 121-126.

vita pubblica, assumeva per la prima volta il *praenomen* individuale e indossava la toga *praetexta*.

Accanto ai due presupposti del *conubium* e della capacità dei nubendi era necessario affinché si potesse giungere al matrimonio l'assenza di alcuni impedimenti: un precedente matrimonio, assenza di vincoli di parentela in senso lato (esogamia), il *tempus lugendi* (rispetto del lutto vedovile), a questi principali divieti si aggiungevano quelli stabiliti dalle varie leggi.

A Roma non era consentita la poligamia, quindi, era vincolante che non si fosse contratto già un precedente matrimonio; in presenza di un secondo legame, questo era considerato concubinato, pratica ammessa dalla legislazione augustea e ancora prima dal costume, oppure il primo veniva sciolto per *ripudium*.

Per quanto concerne l'impedimento per lutto vedovile, nel diritto arcaico era legato a considerazioni prettamente religiose, ma spesso nascondeva anche preoccupazioni reali di carattere sociale. L'incapacità sessuale per lungo tempo sia dell'uomo che della donna non era invece considerata causa di impedimento, ma si attribuiva al coniuge, soprattutto all'uomo, il diritto di ripudiare il coniuge sessualmente incapace o sterile.

Il matrimonio a Roma produceva il vincolo di *coniugium* (*adfinitas*) tra gli sposi e il legame di affinità tra i due coniugi e i parenti con i conseguenti divieti matrimoniali. In seguito al matrimonio la donna al suo nome aggiungeva il *nomen gentilicium* del marito, entra a far parte della famiglia dello sposo e della sua *gens*, ma tuttavia resta in una situazione di subordinazione; infatti, le Istituzioni Gaiane mettono in evidenza la distinzione tra tutela femminile e maschile; per la donna la tutela non cessava con il raggiungimento dell'età pubere, quindi, la

mulier vi era sottoposta per tutta la vita, senza mai raggiungere il diritto di disporre con piena autonomia dei propri beni¹⁰. Inoltre, se la moglie è vittima di *iniuria* ad agire è legittimato solo il marito, sempre alla moglie spetta l'obbligo di fedeltà, l'uomo tradito aveva la facoltà di uccidere la donna fedifraga e il suo amante.

Lo scioglimento del matrimonio avviene in determinati casi: in primo luogo per la morte di uno dei due coniugi, per divorzio, per *captivitas*. Il divorzio non richiedeva forme particolari, era sufficiente che fosse chiara la volontà di non essere coniugi, tale volontà poteva essere espresse in qualsiasi modo, ma doveva essere univoca, si poteva scacciare la moglie di casa o l'uomo poteva allontanarsi di casa e passare a nuove nozze. Si dovette attendere la legislazione augustea per incontrare i primi limiti posti all'uso discrezionale del divorzio; si stabilirono alcune forme, come i testimoni, presenza di un liberto, ma sempre in riferimento al *ripudium* della donna da parte del marito.

Con Costantino si hanno invece le prime forme di repressione del divorzio, si tese infatti a dare maggior rilievo al consenso iniziale, il principio *consensus facit nuptias*, non venne più a significare che il matrimonio dura fino a quando è presente il consenso, passò a indicare invece la manifestazione iniziale, legata spesso a formalità religiose o laiche, come la benedizione sacerdotale o la redazione di convenzioni nuziali (*pacta nuptialia*).

A Giustiniano si deve, invece, la Novella 134.11 del 556 d. C. con la quale si stabilì la nullità del ripudio, dichiarando che il divorzio doveva essere consensuale, ma limitato nella pratica. Allo stesso imperatore si deve la regolamentazione delle seconde nozze, soprattutto

¹⁰ P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, I. *Profili funzionali*, Torino, 1976, p. 42.

per la tutela della prima moglie, alla quale spetta ora ricevere da parte del marito, che ha contratto nuove nozze, gli alimenti.

1.2. *Tracce del fenomeno nel diritto romano: gli accordi dotali*

Per molti secoli il regime patrimoniale della famiglia fu dominato dalla figura potestativa del *pater*¹¹, solo a partire da una certa epoca la donna *sui iuris* (cioè non soggetta alla *potestas* paterna o alla *manus* maritale) acquistò una capacità patrimoniale, anche se limitata dall'istituto della *tutela mulierum*¹².

Con il mutamento delle esigenze socio-economiche dell'ultima repubblica e del principato, il *pater*, anche fuori del caso dell'emancipazione, poteva di fatto attribuire al *filius familias*, già durante la sua vita, un complesso di beni utili per l'esistenza di lui e della sua famiglia (nel caso di figlio passato a nozze) o anche per l'esercizio di un'attività economica, artigianale o mercantile.

¹¹La famiglia romana ha una struttura potestativa, in quanto l'organizzazione del gruppo ruota intorno all'*potestas* del *pater* e ne costituisce l'unità: chi è sotto la *potestas* è membro della famiglia (figli, mogli, nipoti, adottati, *adrogati*); chi invece non ne fa parte è fuori da questo gruppo (figli emancipati, uxores in manu rispetto alla famiglia d'origine). L'appartenenza alla famiglia è, quindi, data dalla sottoposizione al *pater*, il solo titolare delle potestà personali e del patrimonio familiare.

¹²La donna giunta all'età della pubertà (*tutela impuberum*) a differenza dei maschi ricade sotto la *tutela mulierum*, che la seguirà per tutta la vita, finché essa non sottoporrà, eventualmente, alla *manus* di qualcuno. È un istituto che risale all'epoca delle *legesregiae*. La donna era priva di capacità giuridica e oggetto di scambio nella forma della *coemptio*, questa incapacità comportava che essa fosse sempre sottoposta a una *potestas*: quella del padre, del tutore, quella l'abbia in mano. Infatti, anche la possibilità data al *pater familias* di indicare un tutore nel suo testamento, è collegata al suo ruolo, solo il titolare di *patria potestas*, in effetti, poteva designare chi avrebbe esercitato su un suo sottoposto una potestà sostitutiva della sua, "quale era ritenuta la tutela nella sua originaria concezione", in C. Fayer, *La familia romana*, I, Roma 1994, p. 404; Le donne *sui iuris*, non più assoggettate alla *patria potestas*, alla *manus* o al *mancipium*, acquistavano la capacità di essere titolari di diritti, ma erano comunque considerate dall'ordinamento romano parzialmente incapaci d'agire e, quindi, erano soggette a tutela, come i maschi impuberi. Nelle Istituzioni giuridiche si prendono in considerazione le particolarità che distinguevano la tutela femminile e quella maschile; la tutela non cessava con il raggiungimento dell'età pubere; perciò le *mulieres* vi erano sottoposte per tutta la vita, non giungendo mai ad avere il diritto di disporre con piena autonomia dei propri beni. V. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum, I. Profili funzionali*, Torino, 1976, p. 42.

Nel corso del tempo la nuova situazione sociale diede luogo agli istituti della dote e dei *pecula*¹³.

La dote¹⁴, definita anche *res uxoria*, è un istituto regolamentato dalla giurisprudenza classica, per lungo tempo considerata un elemento essenziale del matrimonio. A volte la sua esistenza sembra separare il vero matrimonio e il concubinato, molto probabilmente la dote riguardava solo le unioni tra gli esponenti dei ceti abbienti di Roma.

In età tardo repubblicana e classica la dote consiste in un apporto economico che il padre della sposa, la sposa medesima e a volte un terzo, promettono o trasferiscono al marito, per contribuire alla sopportazione dei pesi del matrimonio¹⁵. La costituzione della dote prima del matrimonio era sottoposta alla condizione *si nuptiae fuerint secutae*.

La dote poteva essere costituita dal padre della sposa, e in questo caso si parlava di *dos profecticia*, oppure da qualsiasi altra persona, in questo caso si parlava di *dos adventicia*¹⁶.

¹³ Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., pp. 179-180.

¹⁴ La dote è costituita dal complesso di beni che la donna porta al marito per sostenere gli oneri del matrimonio. La dote è istituto antichissimo: anche se non esclusivo della società romana, in origine fu regolata dal costume, successivamente iniziò ad interessare il diritto. La dote, per la sua destinazione presuppone il matrimonio: se questo quindi non è valido, essa stessa è nulla e se viene costituita prima del matrimonio, soltanto nel giorno in cui il matrimonio viene celebrato prende vita. Ogni sorta di elementi patrimoniali poteva essere costituita in dote e obbligati moralmente a questa costituzione erano, oltre alla donna che andava in sposa, i suoi congiunti. A. POST, *Giurisprudenza etnologica* (trad. Bonfante e Longo), II, Milano 1908, p. 111.

¹⁵ Le Dodici Tavole, ossia quel complesso di norme che rappresentano “il diritto della famiglia” ignorano l’istituto della dote. Il carattere non arcaico della dote si intravede dall’assenza della stessa fino alla metà del terzo secolo a.C., infatti, non ci sono state *cautiones* né *actiones rei uxoriae*, al di là del riferimento ai mezzi di tutela della donna e del *pater* di lei. Per comprendere tale fenomeno è necessario partire da due punti fermi: “a) la donna nella società romana arcaica rappresentava spesso un bene rarificato e costituiva oggetto di scambio oneroso (la figura della *matrimonii causa*: Gai. 1. 113); b) l’incapacità patrimoniale della donna, che era assoluta nell’età più antica”. Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., p. 182. La dote sembra perciò affermarsi nell’epoca in cui la (*coemptio*) assumeva solo un valore simbolico non più reale. È difficile stabilire quando sia sorto l’istituto della dote, da una certa epoca il *pater familias* attribuiva dei beni al marito o al *pater* di lui, spesso con le opportune garanzie di restituzione, per sopperire alla carenza di successione della figlia che contraeva matrimonio, in caso di vedovanza o eventualmente di seconde nozze. Questi beni ricadevano sotto il dominio del marito o del *pater familias* di lui, i quali ne acquistavano la proprietà. Solo in seguito, quando si ha una prima emancipazione della donna, dovuta forse anche alle influenze orientali, inizia a nascere l’esigenza di tutelare, in caso di scioglimento del matrimonio, le aspettative della donna.

¹⁶ Con Giustiniano l’istituto della dote si trasformò da obbligo morale a dovere giuridico. Si distinsero tre specie di dote: *dos profecticia* costituita a *patre vel parente*; *dos adventicia*, costituita da un *extraneus*,

Legittimata a costituire la dote era innanzitutto la donna *sui iuris* che andava sposa; in alcuni casi era il debitore della donna che doveva costituire in dote la prestazione oggetto del suo debito.

Per lungo tempo, non c'è stato, da parte del *pater*, un vero e proprio obbligo giuridico di dotare la figlia, anche se nelle classi abbienti era una consuetudine dotare le figlie, soprattutto per un prestigio familiare.

I modi di costituzione della dote erano la *datio*, la *dictio* e la *promissio dotis*. Il modo tipico di costituzione della dote e soprattutto il più antico era la *dotis dictio*, un negozio formale unilaterale, costituito dal *pater* della sposa (o dal suo avente potestà), dalla stessa *mulier* o da un debitore della donna.

La *dotis datio* consisteva nell'atto traslativo dei beni dotali dal costituente al marito o al padre di lui: la *mancipatio* per le *res Mancipi*, la *traditio* per le *res nec Mancipi*, l'*in iure cessio* per entrambe le categorie di cose.

La *dotis promissio*¹⁷ consisteva in un'applicazione della *stipulatio*, fatta *dotis nomine*; con ciò il negozio formale della *stipulatio* da astratto diventava causale per effetto della menzione dello scopo dotale¹⁸. La dote entrava nel patrimonio del marito, il quale ne diventava il *dominus* e nell'età più antica non era tenuto a restituire niente in caso di scioglimento del matrimonio, a meno che non si fosse impegnato, con specifici accordi prematrimoniali, a restituire la dote nel momento della costituzione della stessa a mezzo di una *cautio (stipulatio) de dote restituenda*, in questo caso la dote si diceva *recepticia*.

dos recepticia, costituita anche da terza persona ma con il patto della restituzione in proprio favore in caso di scioglimento del matrimonio. V. A. POST, *Giurisprudenza etnologica*, cit., p. 113.

¹⁷ *Dotisdictio* e *dotispromissio* sono impegni solenni, a titolo obbligatorio, al trasferimento delle *res dotales* (Epitome di Ulpiano, VI, 1-2; Gaio, *Istituzioni*, III, 95a); la *dotis datio* è negozio a effetti reali, immediatamente traslativo della proprietà (Epitome di Ulpiano, VI, 2; Codice di Giustiniano, V, 12).

¹⁸ Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., pp. 188-189.

In caso di morte della moglie durante il matrimonio la *dos profecticia* tornava al *pater* di lei, se il *pater* era defunto, rimaneva di proprietà del marito. Nel caso di *dos adventicia*, sempre in caso di morte della moglie, la dote restava di proprietà del marito, salvo patto contrario

In caso di divorzio, invece, *l'actio rei uxoriae*¹⁹ consentiva alla moglie la restituzione della dote, ed era considerata un'azione personalissima e, quindi, non trasmissibile ai suoi eredi; l'unica eccezione riguardava il caso in cui il marito fosse già stato costituito in mora dalla stessa.

Nei casi di scioglimento del matrimonio per morte del marito, la restituzione della dote seguiva regole analoghe a quelle vigenti in materia di divorzio ma, di fronte ad un *legatum pro dote* lasciatole dal marito, in base all'*edictum de alterutro*, la moglie poteva scegliere tra l'accettazione del legato e l'esercizio dell'*actio rei uxoriae*.

Giova osservare che la ricostruzione dell'*actio rei uxoriae*, proposta da Friedrich von Savigny, è molto interessante, secondo cui questa azione sarebbe stata di buona fede, ma in *bonum et aequum concepta*. Il Savigny sosteneva la presenza della clausola di equità nella condanna, in modo tale da attribuire al giudice il potere di decidere, equamente, la somma che il marito avrebbe dovuto pagare.

Legato alla restituzione della dote è l'istituto della *retentio*, il marito convenuto con *l'actio rei uxoriae* attraverso apposita *exceptio* poteva far valere il suo diritto a trattenere qualcosa del patrimonio

¹⁹ *L'actio rei uxoriae* era l'azione con la quale, a seguito del venir meno del vincolo matrimoniale, la moglie o il *pater* di lei, convenivano in giudizio il marito al fine di ottenere la restituzione della dote. Mentre in età arcaica e in epoca repubblicana l'obbligo di restituzione del patrimonio dotale era soggetto a numerosi limiti, in età postclassica *l'actio rei uxoriae* fu esperibile sempre, a prescindere dalla causa di scioglimento e dal tipo di dote concessa. La restituzione della dote doveva essere effettuata immediatamente, per le cose infungibili non stimate (ma il marito non era responsabile della mancata o parziale restituzione di quelle distrutte o danneggiate senza suo *dolus*), mentre andava fatta in tre rate annuali (*annua, bima, trima die*) se si trattava di denaro o di altre cose fungibili o di beni stimati.

dotale. I casi di *retentio* furono cinque, due basati su un fondamento etico (*retentio propter liberos, retentio propter mores*)²⁰, tre basati su un fondamento economico (*retentio propter impensas, retentio propter donatas, retentio propter res amotas*)²¹. Quelle basate sul fondamento etico non spettavano anche agli eredi del marito, le altre tre, invece, si estendevano anche agli eredi del marito.

A partire da un certo periodo la moglie poteva rimanere proprietaria di beni non costituiti in dote, spesso la donna portava con sé questi beni nella casa coniugale, a volte li affidava alla custodia del marito, si trattava di mobili e arredo domestico in genere, gioielli, vesti, denaro ma anche ancelle o schiavi di proprietà della *mulier*. Questi beni vennero definiti *bona extra dotem*, cioè beni estranei alla dote. Questi beni restavano di proprietà della donna, spesso veniva redatto un inventario all'atto dell'ingresso in casa, per impedire che i beni si confondessero con quelli del marito, il quale era tenuto a sottoscrivere questo inventario. All'atto di scioglimento del matrimonio in caso di mancata restituzione dei beni spontaneamente, la donna poteva agire con l'*actio depositi* nell'ipotesi di semplice custodia da parte del marito oppure con l'*actio mandati* nel caso in cui il marito amministrava questi beni. Per la sottrazione dolosa la donna poteva agire con l'*actio rerum amotarum*.

²⁰ La *retentio propter liberos* era caratterizzata dal fatto che, nel caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, il marito aveva diritto di trattenere un quinto della dote per ogni figlio. Nel caso di divorzio determinato da colpa della moglie al marito spettava la *retentio* di un sesto per ogni figlio, fino al limite di tre, ossia della metà della dote. Il divorzio determinato dal comportamento immorale della donna comportava la *retentio propter mores*. Per questo il marito poteva ottenere un sesto della dote nel caso di colpe gravi della moglie, un ottavo nell'ipotesi di colpe più lievi. Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., pp. 193-194.

²¹ La *retentio propter impensas* consentiva al marito di trattenere una parte della dote per le spese da lui sostenute per la famiglia, erano escluse le spese superflue. La *retentio propter donatas* comportava che il marito potesse trattenere dalla dote una parte corrispondente all'importo delle donazioni fatte alla moglie. La *retentio propter res amotas* si connetteva alla sottrazione di cose mobili al marito da parte della moglie, in questo caso il marito poteva esercitare l'*actio rerum amotarum*. Se non veniva esercitata quest'azione, il marito poteva riottenere l'equivalente di quanto sottrattogli attraverso questa forma di *retentio*. Cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica...*, cit., p. 195.

È utile evidenziare che il diritto classico propone un modello di regime patrimoniale tra i coniugi riservato alla libertà dei contraenti, e quindi all'autonomia negoziale, i quali potevano accordarsi prima o durante il matrimonio. L'attività del giudice, quindi, doveva essere rispettosa della volontà dei contraenti e orientata verso la ricerca di una soluzione equilibrata.

Nel diritto giustiniano, invece, la dote appare funzionale, nell'obbligatorietà, della sua costituzione, al raggiungimento di uno scopo che non è più solo dei privati, anzi è in primo luogo pubblico: la conclusione dei matrimoni, la nascita dei figli. Di qui la funzione pubblicistica dell'istituto poi trasposta anche nel diritto moderno. Tuttavia a Giustiniano si deve il rafforzamento della posizione della donna, infatti viene riconosciuta l'appartenenza della dote alla donna, sebbene formalmente la proprietà sia del marito. Tuttavia la dote era vincolata: né il padre, né il tutore, né il marito o la donna stessa potevano disporre legalmente poiché garantiva la sopravvivenza della moglie in ogni evenienza successiva al matrimonio.

Pertanto, lo *ius dotium* assume rilevanza pubblicistica, ovvero la preservazione della dote alla moglie rende più agevole il matrimonio e quanto più a lungo si conserva questo patrimonio anche dopo il divorzio tanto più facile sarà per la donna contrarre nuove nozze²². Ciò a differenza del diritto moderno dove la funzione dell'istituto, fino alla sua espunzione dall'ordinamento operata con la riforma del 1975, consisteva nell'indennizzare la donna che uscendo dalla famiglia di origine perdeva il diritto all'eredità paterna, e di contribuire alle spese del matrimonio.

²² M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, cit., pp. 305-309.

1.3. *Il recepimento negli Stati Uniti*

Il fenomeno dei *prenuptial agreements*, nato negli Usa, definita “culla dei contratti prematrimoniali”, ha presto varcato i confini degli *States*, facendo subito ingresso nella gran parte degli altri ordinamenti di *Common Law*²³ e finendo per trovare modesta e discontinua accoglienza persino in alcuni degli ordinamenti di *Civil Law*²⁴.

Gli Stati Uniti sono stati tra i primi, negli anni '70 a riconoscere valore giuridico ai *prenuptial agreements*, in quanto vige un'impostazione molto liberale dei rapporti di diritto privato, secondo cui anche quelli di natura familiare sono contrattualizzabili.

Nella illustrazione della esperienza statunitense in tema di *prenuptial o premarital agreements* bisogna considerare che la materia del regime patrimoniale dei coniugi è disciplinata da fonti statali e che i singoli Stati accolgono regimi tra loro differenti.

Una parte di essi adotta un modello di *community of property*, in base al quale i beni acquistati durante il matrimonio sono attribuiti in comune ai coniugi ed allo scioglimento del matrimonio vengono divisi in parti uguali. Ciò comporta conseguenze patrimoniali certe e predeterminabili dello scioglimento del matrimonio e divisione dei beni sulla base di un criterio fisso.

Altri Stati adottano invece un modello di *equitable distribution*, secondo il quale la proprietà dei beni, durante il matrimonio, non è soggetta ad alcun regime particolare e, pertanto, dipende dal titolo

²³ Il *Common law*, originariamente formatosi in Inghilterra quale insieme di regole di diritto trasmesso per via consuetudinaria attraverso la ripetizione dei precedenti giudiziari, si è geograficamente diffuso in tutte le colonie inglesi, antiche e recenti. Esso accomuna quindi Gran Bretagna, Stati Uniti, Canada, India, Australia, Nuova Zelanda e molti paesi africani. Il giurista di quest'area non si è dunque formato sul diritto romano ma sul *common law*, quale diritto consuetudinario basato sulla regola madre del “precedente vincolante” (o regola dello *stare decisis*). Questa tradizione non è cessata e tuttora connota i sistemi appartenenti all'area in esame, anche se in essi non manca l'abbondanza di norme scritte che caratterizza i nostri tempi.

²⁴ F. NADDEO - J. VITERALE, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, nota a Cass., sen. n. 23713/2012, p. 8.

d'acquisto che può disporre sia la titolarità comune dei coniugi sia la titolarità esclusiva di uno di essi, secondo le regole generali.

I *prenuptial agreements* in base a questi due diversi modelli di regime patrimoniale, possono avere o la funzione di modificare il criterio predeterminato di divisione dei beni in ragione della metà a ciascun coniuge, e ciò si verifica negli Stati che accolgono il modello di *community of property*; oppure la funzione di limitare la discrezionalità del giudice, negli Stati che accolgono il modello della equa distribuzione da parte del giudice²⁵.

I *prenuptial agreements* sono stati disciplinati, in un primo momento, dall'*Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA)²⁶ elaborato dalla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e pubblicato nel 1983, successivamente, nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, redatti dall'*American Law Institute* pubblicati nel 2002. Questi due documenti racchiudono principi e regole destinati ad accomunare le legislazioni dei vari Stati della Federazione, però questo obiettivo è stato raggiunto solo in parte, visto che solo in 26 Stati hanno adottato l'UPAA.

Secondo l'UPAA un *prenuptial agreement* non è *forceable*, cioè applicabile, quando determina una situazione di iniquità, da valutarsi sia con riferimento al momento della stipulazione dell'accordo che a quello della sua esecuzione.

Negli Stati Uniti, dunque, non vige in materia di rapporti familiari un affidamento incondizionato all'autonomia delle parti, la quale risulta

²⁵ E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 543 e ss.

²⁶ Le regole contenute nell'UPAA si possono individuare nel concetto di *unconscionability*. Il termine *unconscionability* ed il relativo aggettivo *unconscionable* corrispondono al concetto di iniquità, che nel sistema dell'UPAA, costituisce il principale limite all'efficacia degli accordi prematrimoniali. A. MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, pubblicazioni, 2010.

invece sottoposta ad un controllo formale e sostanziale da parte dell'autorità giudiziaria. Il concetto di *unconscionability* corrisponde al concetto di iniquità, il quale costituisce il principale limite all'efficacia degli accordi prematrimoniali. Questa ultima previsione intende tutelare la parte debole del rapporto da eventuali modificazioni sfavorevoli della sua situazione economica intervenute dopo la stipulazione.

L'UPAA pone, inoltre, a carico delle parti di un *prenuptial agreement* un obbligo di *fair a reasonable disclosure*, cioè una dichiarazione fedele circa i beni materiali e finanziari di proprietà, che se trascurato, può determinare nella parte sfavorita, il diritto di chiedere che l'accordo venga dichiarato *unenforceable*, previa dimostrazione dell'altrui omissione.

Un ulteriore motivo di *unconscionability*, secondo l'UPAA si verifica quando l'accordo prenuziale prevede l'esclusione dell'obbligo di mantenimento e delle prestazioni alimentari ed una delle parti si ritrovi poi in stato di bisogno o di insufficienza di mezzi. In ipotesi del genere l'UPAA prevede che il giudice possa imporre, nonostante i termini dell'accordo, ad un coniuge di provvedere al sostentamento dell'altro. Ovviamente in questi patti prematrimoniali è possibile accordarsi sulle più diverse questioni, come l'affidamento congiunto dei figli, sul *quantum* del risarcimento da pagare all'altro in caso di infedeltà coniugale, sull'utilizzo della casa coniugale etc²⁷.

I *prenuptial agreements* nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, subordinano l'*enforceability dell'agreement* al rispetto di una serie di presupposti volti a garantire la corretta formazione del consenso. Si prevede che l'*agreement* non è *enforceable* se non è redatto in forma scritta e sottoscritto da entrambe le parti. Inoltre la parte che ne

²⁷ E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 552 e ss.

domanda l'esecuzione deve dimostrare che l'altra parte era stata informata e il suo consenso non è stato ottenuto indebitamente

L'accordo si presume stipulato nel rispetto dei requisiti indicati se concluso in una data di almeno trenta giorni precedente quella delle nozze, se le parti erano state avvertite circa l'opportunità di conseguire un parere legale al riguardo e avevano avuto l'opportunità di ottenerlo, in caso di mancato conseguimento di tale consulenza, è necessario, almeno, che l'accordo sia redatto in linguaggio tale per cui un adulto privo di specifiche competenze in ambito legale possa comprendere in che misura le pattuizioni incidano sui diritti a lui garantiti dalla legge al momento del divorzio e rendersi conto delle eventuali divergenze di interessi con l'altro coniuge rispetto all'accordo stesso.²⁸

Nel caso in cui sia richiesto l'*enforcement* di pattuizioni che limitano il diritto di un coniuge riguardo al mantenimento o alla compartecipazione alla *material property*, è necessario che quest'ultimo prima della conclusione dei *prenuptial agreement* aveva una conoscenza anche approssimativa della situazione patrimoniale dell'altro, questa conoscenza si può dimostrare in quanto prima della stipulazione dell'accordo era stata fornita all'altra parte una dichiarazione scritta contenente informazioni dettagliate al riguardo.

L'esigenza di tutelare il coniuge economicamente più debole che può essere pregiudicato dall'accordo emerge anche con riferimento al mutamento delle circostanze presenti al momento della conclusione. Nell'*Empirical Literature of Human Decision-making*²⁹ viene

²⁸ Secondo il commento ufficiale della *section 7.04*, risulterebbe *unenforceable* l'accordo che sia stato sottoposto al futuro coniuge "di sorpresa" il giorno precedente le nozze, per giunta minacciando di rimandare la cerimonia già fissata in caso di mancata accettazione, diversamente, l'accordo sarebbe da considerarsi *enforceable*, quantomeno ai fini della *section 7.04*, qualora esso fosse stato proposto con un considerevole anticipo in modo da permettere all'altra parte di valutare il contenuto anche con l'ausilio di un consulente legale.

²⁹ La *Empirical Literature of Human Decision making* individua errori di valutazione ricorrenti nei coniugi che si accostano alla stipulazione di un *prenuptial agreement*. In primo luogo si riscontra un

valorizzato il principio secondo cui, se da un lato i *partners* possono essere considerati *the best judges of their own self-interest*, dall'altro essi risentono di una *cognitive limitation*, che si risolve in un eccessivo ottimismo riguardo al futuro della coppia, sottovalutando le possibili implicazioni negative collegate ad aspetti della vita matrimoniale ed alla eventualità del divorzio. Viene consentito alle corti di operare uno specifico controllo di merito ed eventualmente considerare l'accordo *unenforceable* anche qualora esso, pur conforme alle regole poste a tutela della corretta formazione del consenso, prevede una regolamentazione degli interessi che, alla luce delle sopravvenuti mutamenti di fatto, risulti iniqua.

Rispetto al modello previsto dall'*Uniform Premarital Agreement Act*, i principi enunciati nella *section 7.05* realizzino un significativo riconoscimento delle istanze di tutela della parte pregiudicata dall'accordo attraverso l'ampliamento dei poteri di controllo giudiziale sugli accordi. La possibilità per le corti di considerare l'*agreement unenforceable* si ricollegava al mancato rispetto delle regole preposte alla corretta formazione del consenso e la *unconscionability* doveva essere valutata con riferimento al momento della conclusione dell'accordo.

Nei *Principles of the Law of Family Dissolution*, invece, alla più ampia possibilità di operare un controllo giudiziale in presenza di problematiche connesse alla fase di formazione dell'accordo, si aggiunge quella di una revisione giudiziale dell'*agreement* basata sul sopravvenuto mutamento delle circostanze al momento dell'esecuzione³⁰. I *prenuptial agreement* con il quale i coniugi in

eccessivo ottimismo riguardo al fatto che si possa addivenire ad un divorzio, di conseguenza si tende a sottovalutare l'importanza delle pattuizioni che presuppongono una simile eventualità.

³⁰ In un sistema così strutturato i *partners* dispongono in astratto di ampi poteri di autonomia in quanto, nel rispetto delle prescrizioni procedurali enunciate nella *section 7.04*, essi possono dare vita

situazioni reddituali simili escludono o limitano le reciproche pretese sul patrimonio dell'altro o il diritto al mantenimento è astrattamente valido, ma può in concreto essere considerato in molteplici ipotesi *unjust* e pertanto *enforceable*³¹.

Nel modello statunitense la volontà delle Corti di allargare la logica contrattuale anche al diritto di famiglia, affermando ad ogni costo l'uguaglianza contrattuale dei conviventi-parti contrattuali, ha comportato una accentuazione del “dilemma della differenza”: l'esaltazione di una parità di potere negoziale fra i contraenti, che è tutta formale perché giustificata soltanto dall'emancipazione lavorativa della donna³².

Negli Stati Uniti, i *premarital agreements*, anche detti *prenuptial* o *antenuptial agreements*, sono quelli con i quali le parti prestabiliscono mediante contratto il regime patrimoniale o l'obbligazione di mantenimento. Tradizionalmente, tali accordi interessavano i rispettivi diritti patrimoniali solo in caso di decesso di un coniuge. In genere, si trattava di casi in cui vi era una grande sproporzione fra i rispettivi beni dei coniugi oppure di casi in cui due coniugi anziani volevano evitare che la loro eredità finisse in mani diverse da quelle dei rispettivi figli.

Negli ultimi anni, tuttavia, i *premarital agreements* hanno ad oggetto le pretese patrimoniali che possono sorgere in caso di divorzio. La giurisprudenza americana talvolta ha considerato che tali patti incoraggiano il divorzio rendendolo maggiormente agevole. Pertanto si richiede un rigoroso rispetto sia della trasparenza (ciascuna parte

ad accordi capaci di regolare il profilo della divisione dei beni ed anche di incidere sul diritto al mantenimento fino ad escluderlo completamente.

³¹ E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 553.

³² F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, pp. 66-67.

dovrebbe chiarire all'altra quale sia la consistenza del proprio patrimonio) sia alla sostanziale equità dell'accordo.

Il *premarital agreement*, viene definito, nei suoi termini essenziali, come un accordo, destinato a produrre i suoi effetti dopo il matrimonio e col quale i futuri coniugi regolano convenzionalmente i loro rapporti³³. È senz'altro escluso che il *premarital agreement* possa incidere sui doveri nei confronti dei figli, così come sugli aspetti riguardanti l'affidamento dei figli e la potestà parentale. Inoltre, generalmente non è consentito che l'accordo possa influire sui presupposti per l'accesso al divorzio, mentre, negli Stati nei quali la colpa è rilevante di fini della divisione del patrimonio in sede di divorzio, l'accordo può disporre anche in merito agli effetti della violazione dei doveri matrimoniali sulla divisione del patrimonio e sugli obblighi di mantenimento. Nonostante l'ambito di applicazione del *premarital agreement* sia definito in termini piuttosto generali ed includa anche i diritti e gli obblighi di carattere personale tra i coniugi, le corti sono abbastanza propense ad escludere l'*enforcement* di pattuizioni relative ai rapporti personali. In tutti gli Stati, oltre che nei testi normativi, si richiede che gli accordi siano conclusi per iscritto. Nell'ambito della disciplina complessivamente contenuta in tali testi, due gruppi di regole rivestono maggiore interesse ai fini di un'indagine comparatistica. Sono quelle regole dalle quali emerge una certa procedimentalizzazione dell'accordo, che racchiude particolari obblighi di informazione a carico di ciascuna parte nei confronti dell'altra circa la consistenza dei rispettivi patrimoni, e di quelle che prevedono la possibilità di un controllo giudiziale sulla *fairness* dell'accordo.

³³ I *Principles of the Law of Family Dissolution* estendono l'impiego di tali strumenti negoziali anche ai conviventi e prevedono anche tipologie di accordi da stipularsi successivamente al matrimonio o in occasione della separazione.

La disciplina complessiva di tali accordi in base a queste previsioni da ultimo richiamate, sembra volta a realizzare un compromesso tra l'esigenza di prevedibilità e certezza circa le conseguenze patrimoniali del divorzio, in conformità alle pattuizioni delle parti, ed il controllo sull'equità dell'accordo. Se il riconoscimento della competenza dell'autonomia privata a disciplinare le conseguenze del divorzio implica necessariamente che, in linea di principio si dia attuazione alle pattuizioni delle parti, ciò comunque non esclude la predisposizione di specifici accorgimenti e poteri di intervento del giudice, idonei a dar rilievo alla posizione di debolezza nella quale possa trovarsi una delle parti ed a garantire che l'*enforcement* dell'accordo non obliteri le ragioni di tutela della parte svantaggiata. La logica del contratto, in altri termini, non esclude del tutto l'applicazione di regole, che ricordano il modello dello *status*, intese a rendere in qualche modo indisponibili certe tutele, in ragione della specifiche esigenze di protezione delle parti che lo scioglimento del matrimonio tipicamente fa sorgere³⁴, e ciò al pari dell'ordinamento italiano.

Orbene, i *Principles of the Law of Family Dissolution* recepiscono questa tendenza e prevedono regole più incisive in merito al procedimento di formazione del consenso ed in merito ai poteri di intervento del giudice soprattutto in relazione alle circostanze

³⁴ Se l'*UPAA* si caratterizza per controlli sostanzialmente procedurali (dà rilievo alla mancanza di libertà del consenso; consente al giudice di dichiarare l'accordo *unconscionable* in considerazione di circostanze esistenti al momento della sua conclusione; impone obblighi di *disclosure* della situazione patrimoniale) e per un potere giudiziale di intervento limitato al caso in cui l'accordo escluda lo *spousalsupport*, le legislazioni o le corti statali hanno spesso ampliato la portata di tali tutele, imponendo più incisivi accorgimenti procedurali e restringendo la competenza dell'autonomia privata (alcune legislazioni o giurisdizioni statali richiedono che i coniugi abbiano ricevuto specifica assistenza legale da parte di professionisti indipendenti in occasione dell'esame e dell'approvazione dell'accordo; inoltre si esclude in molti Stati che l'accordo possa incidere sullo *spousalsupport*) e riconoscendo al giudice più ampi poteri di intervento sulla equità dell'accordo anche in relazione a circostanze sopravvenute. E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., pp. 235 e ss.

sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto³⁵. Si impongono tempi minimi di riflessione per evitare accordi “a sorpresa” idonei a carpire il consenso in conseguenza di particolari stati emotivi del partner; si dà maggior rilievo alla effettiva acquisizione di un parere legale prima della conclusione dell'accordo (imponendo in caso negativo particolari obblighi di chiarezza nella redazione dell'accordo); si rafforzano gli obblighi di informazione circa la consistenza patrimoniale delle parti; si dà alle corti un generale potere di rifiutare l'*enforcement* quando, alla luce di tutte le circostanze, l'accordo, anche se formalmente legittimo, risulti nella sostanza iniquo³⁶.

Se, dunque, l'autonomia privata dei futuri coniugi ha un campo di competenza certamente più ampio di quanto non sia tradizionalmente riconosciuto nel sistema italiano³⁷, deve comunque rilevarsi come rimangono al giudice ampi poteri di intervento sull'efficacia dell'accordo, fondati sia su controlli di tipo procedurale che attengono essenzialmente alla integrità del consenso, mediante un rafforzamento degli ordinari obblighi di informazione precontrattuale, sia su controlli di tipo sostanziale sulla “giustizia” dell'equilibrio economico raggiunto, anche alla luce delle circostanze sopravvenute. Si tratta certamente di un potere d'intervento giudiziale notevolmente più incisivo di quanto non avvenga nell'ordinamento italiano per le convenzioni matrimoniali, non essendo l'equità un principio generale del nostro sistema, salvo la materia consumeristica.

Queste disposizioni delineano un modello che dà uno spazio rilevante all'esercizio dell'autonomia privata, mettendola però in speciali

³⁵ B. H. BIX, *Premarital agreements in the ALI principles of family dissolution*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy* 231, 2001, pp. 235 e ss.

³⁶ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999.

³⁷ G. OBERTO, “*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*” e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 212.

cautele. Tale modello di disciplina mostra così di tenere conto delle ampie riflessioni della dottrina statunitense, circa la cautela con la quale deve essere assunto il modello dell'individuo razionale e massimizzatore, quando il contesto di contrattazione faccia emergere alcuni tipici ostacoli per la decisione razionale quali le c.d. asimmetrie informative e la razionalità limitata, la quale in particolare comporta che ciascuno sottostimi le probabilità di eventi a sé sfavorevoli nel futuro. Tali riflessioni di conseguenza postulano l'intervento del diritto volto a colmare tali ostacoli alla decisione razionale (attraverso obblighi d'informazione e particolari assistenze per la conclusione dell'accordo) o a rimediare attraverso i controlli sull'equità dell'equilibrio raggiunto, anche alla luce delle sopravvenienze³⁸.

1.4. *Le ritrosie in Europa: Inghilterra*

Nell'ordinamento inglese, si riscontra una situazione radicalmente diversa in tema di *prenuptial agreements*, in quanto a fronte di un atteggiamento statalista di tale ordinamento nei confronti del diritto di famiglia, lo stesso ha da sempre negato valore vincolante a tale tipo di accordi.

In tale sistema, l'unione coniugale rappresenta il modello di famiglia tipicamente disciplinato e protetto, anche se negli ultimi anni la crescita delle convivenze ha comportato nuove realtà familiari. Alcuni autori definiscono la famiglia, non solo quale nucleo di persone legalmente riconosciuto in quanto fondato sul matrimonio, ma anche

³⁸ Scott-Scott, *A Contracttheory of marriage*, in BUCKLEY, *The fall and rise of freedom of contract*, Durham-London, 1999, pp. 201 e ss. Le considerazioni relative all'incertezza ed alla razionalità limitata (unite alla presenza di investimenti specifici), come fattori che caratterizzano la relazione tra gli sposi, rispetto alla sua proiezione nel tempo, sono anche alla base del noto modello che ricostruisce il matrimonio come "*relationalcontract*" e, sulla base di tale assunto, conforma le regole che dovrebbero disciplinarlo, anche in occasione del suo scioglimento (in particolare proponendo che le regole sugli obblighi postdivorzili tengano conto degli investimenti del coniuge che si dedica alla cura della casa e del rendimento che tali investimenti abbiano determinato per l'altro coniuge).

quale luogo in cui si svolge la vita domestica, entro il quale trovano adempimento i bisogni emozionali degli individui che la compongono, indipendentemente dalla forma che la relazione affettiva assume, rilevando piuttosto l'interesse, sia di natura patrimoniale che personale, dei soggetti coinvolti nella *relationship* e concedendo anche alla autonomia privata la facoltà di disciplinare il rapporto instaurato³⁹.

Tuttavia, le coppie sposate godono di una più efficace tutela giudiziale rispetto ai conviventi, infatti, le differenze più significative si riscontrano in tema di attribuzione patrimoniale conseguenti allo scioglimento della relazione affettiva, il giudice è dotato di un ampio potere di intervento per la distribuzione delle risorse economiche della famiglia fondata sul matrimonio. Infatti, il giudice può disporre di trasferire la proprietà di determinati beni da un coniuge ad un altro o imporre la vendita di altri ed indicare a quale dei due coniugi debba andare il ricavato. Si pensi che la House of Lords spesso ha riconosciuto alla moglie un assegno assai superiore a quanto era stato preventivamente concordato col marito⁴⁰. Mentre per quanto riguarda i conviventi, il giudice deve limitarsi all'applicazione delle regole in tema di contratti e proprietà per la definizione dei rapporti tra coabitanti⁴¹. Orbene, da tale atteggiamento statalista che derivano le ritrosie concernenti l'ammissibilità degli accordi prematrimoniali.

Infatti, sino a non molto tempo fa, per il sistema britannico, i *prenuptial agreements*, erano privi di efficacia. Il primo caso del Ventesimo secolo avente ad oggetto l'applicazione di un siffatto accordo fu esaminato dalla House of Lords nel 1929; in quell'occasione venne

³⁹ A. DIDUCK-F. KANAGAS, *Family law, gender and State: text, cases and materials*, 1999, Oxford, p. 15.

⁴⁰ Cfr il caso *Miller v Miller* (2006) UKHL 26 in cui la House of Lords aveva riconosciuto alla moglie un assegno assai superiore a quanto era stato preventivamente concordato col marito (7.5 milioni di sterline contro 275.000).

⁴¹ F. B. D'USSEAUX, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, 2005, Padova, pp. 323-324.

stabilito che un accordo stipulato prima delle nozze non potesse impedire al coniuge avente diritto di chiedere, durante il giudizio di divorzio, l'attribuzione di un assegno di mantenimento, sulla base del rilievo che l'imposizione al marito dell'obbligo di mantenere la moglie era rivolto a tutelare non solo costei ma anche i terzi che entrassero in contatto con lei. Sempre con la stessa sentenza si affermava poi la contrarietà all'ordine pubblico (public policy) dell'esclusione della giurisdizione statale che l'applicazione dell'accordo avrebbe comportato⁴².

Solo di recente si è venuto diffondendo anche in Inghilterra l'istituto del contratto prematrimoniale (*ante-nuptial* o *pre-nuptial agreement*), il ricorso a tale figura è consequenziale rispetto allo sgretolarsi della costruzione teorica tradizionale che faceva del marito il solo intestatario di tutti i rapporti giuridici esterni alla coppia e addirittura il titolare di tutti i diritti che in precedenza facevano capo alla donna⁴³.

La prima picconata volta a scardinare l'orientamento negazionista ha inizio con il caso *Ella v Ella*⁴⁴. Qui si diede infatti corso ad un accordo prematrimoniale relativamente alla questione della scelta della giurisdizione competente: le parti in causa avevano doppia cittadinanza, inglese ed israeliana, ed avevano convenuto che in caso di divorzio a doversi esprimere sarebbe stato il giudice israeliano. Dopo che la moglie aveva adito la giurisdizione britannica, il marito eccepì l'esistenza della predetta clausola del *prenuptial agreement* e chiedeva, ottenendo ragione, che il giudizio fosse devoluto alla competenza esclusiva del giudice israeliano.

⁴² *Hyman v Hyman* (1929) AC 601, su cui cfr. LOWE, *Prenuptial agreements: the English position*, in *InDret*, vol. 1, 2008, p. 5 s.

⁴³ M. D. PANFORTI, *Gli accordi paramatrimoniali fra autonomia dispositiva e diseguaglianza sostanziale. Riflessioni sul family law amendment Act 2000 australiano*, 2002, *Familia*, fasc. 1, p. 149.

⁴⁴ *Ella v Ella* (2007) EWCA Civ. 99, (2007) 2 FLR 35.

Ulteriori rilevanti progressi vennero compiuti poi nel 2008 con la decisione del Privy Council sul caso *MacLeod v MacLeod*⁴⁵, ove si affermò la validità di un *post-nuptial agreement*, mediante il superamento dell'argomentazione concernente la contrarietà degli stessi all'ordine pubblico. Infatti, con particolare riguardo agli accordi raggiunti dopo la celebrazione del matrimonio, finalizzato a regolare il rapporto tra le parti in vista di un eventuale divorzio, si rilevò che le parti, nel pieno della loro responsabilità derivante dalla consapevolezza dello stato coniugale, possono determinarsi per la disciplina dei rapporti intercorrenti tra gli stessi nell'eventualità di una crisi coniugale. Se ne concluse pertanto per la validità di un accordo stipulato durante la vita matrimoniale cd. *post nuptial*, regolativo sia del periodo in cui le parti erano insieme cd fase fisiologica del matrimonio, che del rapporto successivo ad un eventuale divorzio; anche se vennero in ogni caso fatte salve le competenze della Corte di variazione del contenuto di tali accordi.

L'evoluzione sin qui illustrata era espressione, in qualche modo, di un crescente livello di insoddisfazione tra gli interpreti circa la posizione negativa sulla validità delle intese in discorso⁴⁶.

Ma l'ultima e definitiva picconata si è data con il caso *Radmacher v Granatino*⁴⁷, in cui, nel 2009, la Court of Appeals ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento anche nel Regno Unito degli *ante-nuptial contracts*. L'ammissibilità di tali accordi si fonda sul "doppio argomento" (*à la fois* comparatistico e internazionalistico) per

⁴⁵ Cfr. http://www.postnuptial.agreements.co.uk/case_law/MacLeod_v_MacLeod.pdf; inoltre per la ricostruzione storica integrale dell'evoluzione dei prenuptial agreement negli ordinamenti di *common law* si v. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in www.giacomooberto.it.

⁴⁶ L'osservazione è di G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in www.giacomooberto.it.

⁴⁷ Cfr. *Radmacher v Granatino*, 2009 EWCA Civ 649; sulla decisione in questione cfr. poi anche G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 174 s., p. 204 s., 214, nota 709.

cui la coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo⁴⁸.

La cristallizzazione dell'ammissibilità dei *prenuptial agreement* anche in Gran Bretagna si ha nel 2010 in cui la Corte Suprema del Regno Unito conferma la decisione di appello del 2009.

Orbene, i *prenuptial agreements*⁴⁹ come sopra visto, rappresentano gli accordi con i quali i coniugi regolamentano gli aspetti, prevalentemente di carattere patrimoniale, del matrimonio che è già in corso o che si sta per avviare o, in alternativa, stabiliscono le condizioni della futura separazione.

Della stessa natura sono gli accordi di coabitazione, cd. *cohabitation contracts*⁵⁰, in cui i conviventi stabiliscono le condizioni della convivenza ed i riflessi patrimoniali della stessa relazione.

Vista la naturale sfera di incertezza che accompagna la stipula di un qualunque *prenuptial agreement*, l'attenzione dei *common lawyers* si è concentrata proprio intorno al momento della formazione del consenso,

⁴⁸ G. OBERTO, op. cit.

⁴⁹ La casistica giurisprudenziale inglese, nel corso di tutto il Novecento, conferma il dato che in linea generale, sino a non molto tempo fa, per il sistema britannico, i *prenuptial agreements*, erano primi di efficacia. Il primo caso del Ventesimo secolo avente ad oggetto l'applicazione di un siffatto accordo fu esaminato dalla *House of Lords* nel 1929, in quell'occasione venne stabilito che un accordo stipulato prima delle nozze non potesse impedire al coniuge avente diritto di chiedere, durante il giudizio di divorzio, l'attribuzione di un assegno di mantenimento, sulla base del rilievo che l'imposizione al marito dell'obbligo di mantenere la moglie era rivolto a tutelare non solo costei ma anche i terzi che entrassero in contatto con lei. La situazione nel sistema inglese mutò notevolmente con il caso *Radmacher v Granatino*, in cui, nel 2009, la *Court of Appeals* ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento degli *ante-nuptial contracts*. La decisione d'appello è stata poi confermata nel 2010 dalla Corte Suprema del Regno Unito, che è venuta così a sanzionare in via definitiva la validità degli accordi in discussione. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, 1/2012, *Famiglia e diritto*, pp. 71-73.

⁵⁰ L'accordo di coabitazione costituisce il contratto attraverso il quale i coabitanti possono disciplinare gli aspetti, non solo patrimoniali, della convivenza, della eventuale separazione e della cura dei figli.

sia nella ricerca della sussistenza di eventuali vizi della volontà, indotti dal coinvolgimento affettivo o dalla pressante esigenza di addivenire al matrimonio, sia nella prospettiva della corretta informazione e della effettiva conoscenza di tutti i profili rilevanti (economici e non) concernenti la controparte contrattuale⁵¹.

Oggetto dei *prenuptial agreements* può essere qualunque aspetto della vita di coppia, anche se le clausole di natura patrimoniale sono le più numerose. La divisione delle risorse economiche è accompagnata spesso dalla clausola che impone al marito di corrispondere, alla moglie ed ai figli, un pagamento periodico a titolo di mantenimento, che, nella sua formulazione più frequente, la *dum casta clause*, prevede la cessazione dell'obbligo in caso di adulterio della moglie⁵².

I *prenuptial agreements* sono contratti a tutti gli effetti di legge ed in quanto tali soggetti alla relativa disciplina. L'accordo potrà rivestire la forma solenne del *deed*, cioè la formalizzazione per iscritto dell'accordo alla presenza di testimoni, o in alternativa vestire altre forme, addirittura anche verbale, purché si possa rinvenire la presenza della *consideration*. Questo elemento è indispensabile per attribuire all'accordo efficacia vincolante e rappresenta il sacrificio che ciascuna parte è disposta a sostenere per assicurarsi la promessa dell'altro. Ai fini della validità del

⁵¹ F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, p. 68.

⁵² Nel 1998 il governo laburista appena eletto rese pubblico un documento sulla famiglia che, fra le altre cose, proponeva di rendere vincolanti per il giudice (*enforceable*) gli accordi prematrimoniali. Si trattava di un *consultation paper* cioè, di un documento fatto circolare fra gli operatori del settore allo scopo di ottenerne una valutazione ed un parere. Particolarmente interessante si è rivelata l'opinione dei giudici della *Family Division* della *High Court* che si sono pronunciati contro l'obbligatorietà degli *antenuptial agreements* anche in presenza del *legal advice*. I giudici hanno anche suggerito di tener conto dell'interesse dei figli coinvolti. Costoro non sono parti negli *antenuptial agreements* e la loro situazione non deve essere peggiore per la presenza di un'intesa di questo genere tra i genitori. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la normativa esistente riconosce dopo il divorzio un diritto di abitazione nella casa familiare alla madre e al figlio mentre nell'accordo tale diritto sia attribuito al solo marito. È evidente il danno procurato al figlio dal contratto tra i genitori. In forza di queste ed altre considerazioni, i giudici della *Family Court* suggeriscono che quando la coppia abbia dei figli l'accordo che li danneggia debba perdere, in parte o in tutto, la sua validità. M. D. PANFORTI, *Gli accordi paramatrimoniali fra autonomia dispositiva e diseguaglianza sostanziale. Riflessioni sul family law amendment Act 2000 australiano*, cit., pp. 155-156.

contratto è inoltre necessario che i termini dell'accordo siano sufficientemente determinati, e che non si possa rintracciare alcuna forma di coartazione della volontà delle parti⁵³.

1.4. Il matrimonio oggi in Italia: tra influenze straniere e diversità mantenute.

Si assiste oggi ad un inesorabile processo di crisi della concezione della famiglia, che si manifesta in due diverse fenomenologie, si assiste contemporaneamente a una spinta centrifuga verso la disgregazione della monoliticità della famiglia, che trova a livello normativo il riconoscimento dell'istituto del divorzio e all'insorgere di nuovi modelli di famiglia che scardinano i tratti caratteristici del modello classico, sorgono la famiglia monista, famiglia omosessuale, famiglia di fatto e famiglia ricomposta⁵⁴.

Nel sistema occidentale, come sopra esposto, il matrimonio trova le sue radici nel diritto romano e poi a partire dal basso Impero nel diritto canonico. “Al diritto romano classico si attribuisce il merito del superamento, nella disciplina costitutiva del vincolo, di un carattere tipico dei diritti arcaici: l'attribuzione di efficacia costitutiva alle forme del cerimoniale”⁵⁵. Il matrimonio romano era costituito da una fase preliminare cd. *sponsalia*, a cui seguiva il consenso e poi la funzione religiosa. Con l'avvento del cristianesimo resta immutata la nozione di matrimonio come atto consensuale; tuttavia l'influenza del diritto canonico ha i suoi effetti su un punto centrale, ovvero della natura sacramentale del matrimonio, da cui scaturisce l'attribuzione alla chiesa

⁵³ Cfr. F. B. D'USSEAU, *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, cit., p. 331.

⁵⁴ *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassiano, p. 11.

⁵⁵ G. AUTORINO STANZIONE, *Matrimonio in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Napoli, 1994, p. 299.

della legittimazione esclusiva a legiferare in merito l'istituto e a dirimere in via giurisdizionale i conflitti tra le parti sia nel momento costitutivo sia riguardo al rapporto dall'atto scaturente.

Uno degli obiettivi del diritto canonico è di reprimere la sopravvivenza, ereditata dal diritto romano, dell'istituto del ripudio, del divorzio; pertanto, alla fine del XI secolo in occidente, ormai sotto l'influenza della chiesa, viene sancita l'indissolubilità del matrimonio.

Con il termine *divorzium* si viene a designare soltanto la separazione *quoad mensam et thorum*, concessa come sanzione ai comportamenti colpevoli individuati dalle norme. A questo si aggiunga la bolla del papa Sisto V, che nel 1586 condanna la pratica delle separazioni consensuali di fatto.

Occorre sottolineare però che nei paesi che si allontanano dalla chiesa cattolica o che non ne subiscono l'influenza, il matrimonio percorre vie diverse. Infatti l'espandersi delle idee protestanti comporta la nascita nell'America del nord, ancora prima della rivoluzione francese, la forma laica del matrimonio e si afferma largamente il *common law marriage*⁵⁶.

Un veloce excursus storico ci permette di rivelare che già nel diritto romano si conoscevano e ammettevano diversi patti che accompagnavano la costituzione della dote e che ne disciplinavano la restituzione in caso di divorzio⁵⁷. È sufficiente notare come la stessa terminologia si rifaccia al diritto romano, le espressioni *pactum conventum ante nuptias* e *post nuptias*, transitano inalterate nei sistemi di common law, e vanno ad indicare gli accordi preventivi o successivi

⁵⁶ J. C. HALL, *Common Law Marriage*, CL J, 1986, p. 106 ss.

⁵⁷ G. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c., p. 1306 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss..

alle nozze, contenendo la regolamentazione *ex ante* dei rapporti economici tra gli ex coniugi *soluti matrimonio*⁵⁸.

I *pacta nuptialia* si ritrovano con una certa frequenza nel corso della storia e dell'evoluzione del diritto comune, quando la *separatio thori* sostituisce il divorzio come causa di restituzione dell'apporto dotale collegata alla crisi della famiglia⁵⁹. In tal senso si possono ricordare due casi risolti nel XVI e nel XVII secolo. Il primo fu la decisione dalla Rota Romana nel 1595 ed aveva tratto a un accordo stipulato in sede di *pactum nuptiale*, nel quale si era previsto che in *eventum separationis tori*, il marito avrebbe annualmente versato alla moglie una certa somma di denaro e che, in caso di mancato versamento per un anno, la moglie avrebbe potuto *agere ad restitutionem totius dotis*, ciò che puntualmente avvenne, con conseguente accoglimento della domanda di restituzione della dote⁶⁰.

Risulta più interessante la fattispecie decisa nel Regno di Sicilia nel 1612 dal *Concistorium* in applicazione delle consuetudini di Messina, dove per determinati tipi di matrimonio, indicati con la dicitura “alla latina”, vigeva un regime di comunione universale legale; la sentenza confermò la validità di una singolare clausola che escludeva la comunione “*casu (quod absit) di separatione* di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, & quelli morti in minori età, vel maiori ab

⁵⁸ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 68 ss.

⁵⁹ Cfr. G. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c., p. 1319.

⁶⁰ Cfr. *Bononien. restitutionis dotis*, 16 maggio 1595, riportata in F. MANTICA, *Decisiones Rotae Romanae*, Romae, 1618, p. 539 ss.: “Placuit Dominis, sententiam esse confirmanda: quia cum convenerit, ut in eventum separationis tori, D. Constantius teneretur D. Lisiae eius uxori praestare scuta 270, pro alimentis, et si in solutione eorum cessaverit per annum, ipsa possit agere ad restitutionem totius dotis: & D. Constantius dictam summam non solverit anno 1589. Necessario sequitur, quod dos eidem D. Lisiae debeat restitui”.

intestato”, stabilendo che, in tale ultima ipotesi, “detta sposa non possa disporre, nisi tantum di unzi trenta”⁶¹.

Nel nostro ordinamento italiano⁶² gli istituti quali gli accordi prematrimoniali e i contratti di convivenza, costituiscono un fattore di novità rispetto alla disciplina tradizionale della famiglia e contribuiscono ad avvicinare la famiglia alla categoria dei contratti, dove è lasciata un’ampia libertà all’autonomia delle parti. I contratti prematrimoniali, quali patti stipulati dalle coppie prima del matrimonio, come visto hanno come fine quello di regolarne gli effetti dell’eventuale scioglimento dello stesso. Sicchè, possono assumere una notevole importanza in relazione alla crisi matrimoniale, dal momento che sono volti a disciplinare anche la separazione e il divorzio⁶³. Però in Italia, a differenza di diversi paesi europei⁶⁴, la giurisprudenza ha dimostrato un orientamento sfavorevole a tali accordi, in quanto nel nostro paese prevale una concezione

⁶¹ Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612, in M. GIURBA, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621, p. 398 ss.

⁶² La base della maggior parte degli ordinamenti del mondo è il cosiddetto *civil law*, tradizione giuridica, la si ritrova soprattutto in Europa continentale, in Quebec (Canada), Louisiana (USA), Giappone, America Latina, Cina, e nella maggior parte delle ex-colonie europee. Il *civil law* si contrappone storicamente al *common law*, sistema giuridico nato in Inghilterra, e diffusosi nei paesi di tradizione inglese o nelle ex-colonie inglesi. La principale differenza tra i due sistemi si ha nel fatto che il *common law* si sviluppava sulla base delle consuetudini, che esistevano prima delle regole scritte, continuando ad essere applicate anche dopo la raccolta scritta delle regole. Le consuetudini si fondavano sulla decisione del singolo caso e il *common law* conserva ancora oggi questa caratteristica “natura casuale”. Il *civil law* al contrario si sviluppa partendo dal diritto romano, tenendo in considerazione in particolare il *Corpus juris* di Giustiniano, e si sviluppò partendo dalla identificazione di principi legali generali e grazie un’ampia elaborazione dottrinale, invece che dalla decisione di singoli casi concreti. Con la rivoluzione francese si ha una ulteriore differenziazione tra *civil law* a *common law* e la successiva codificazione, che non raggiunse, in quegli anni, il mondo di *common law*. Da ricordare però che non è la formale presenza o assenza di codificazioni a esprimere la correlata profonda differenza: ci sono ordinamenti di *civil law* senza codificazione, si pensi alla Scozia, al Sud Africa, ai Paesi del Nord Europa; e, dall’altra parte, si pensi alle codificazioni americane, quali lo Uniform Commercial Code (UCC) o il Codice Civile californiano. In realtà sono le differenze ideologiche sottostanti, sia nei contenuti degli istituti giuridici che nell’approccio metodologico, a caratterizzare, molto più sostanzialmente, le permanenti differenze tra i due sistemi.

⁶³ Cfr. A. VETTORELLI, *Le linee evolutive nel diritto internazionale sovranazionale e comparato dei modelli familiari*, in *Osservatorio nazionale della famiglia*, p. 33.

⁶⁴ Sull’argomento cfr. A. MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, in <http://www.uniese.it/pubblicazioni/gli-accordi-prematrimonialiiegliaccordidiconvivenza.html>.

pubblicistica del matrimonio e dei procedimenti di separazione e divorzio che è di ostacolo all'ammissibilità di tali istituti⁶⁵.

Come sopra visto, gli Stati Uniti possono essere considerati il paese pioniere per il riconoscimento della rilevanza giuridica dei *prenuptial agreements*, in Italia il dibattito sul valore da attribuire agli accordi delle parti in materia di diritto familiare risale alle origini del nostro sistema ed è stata in parte superata con la riforma del 1975. Con tale riforma è iniziato un processo di privatizzazione del diritto di famiglia che vede l'assegnazione ai coniugi di una più ampia autonomia rispetto al passato, in merito alle varie questioni legate al rapporto coniugale. Accanto al regime legale della comunione dei beni è stata introdotta la possibilità per i coniugi di optare per la separazione dei beni. Come sottolineato da parte della dottrina⁶⁶ l'estensione della sfera dell'autonomia dei coniugi riguardo il regime patrimoniale non si deve intendere come un elemento di contraddizione rispetto al regime legale ed alla finalità perequativa da esso perseguita, ma come un mezzo per adeguare il regime dei beni alle esigenze dei coniugi e all'effettivo assetto economico-organizzativo della vita familiare.

Con la riforma del 1975 si supera la contrapposizione tra autonomia privata e tutela della parte debole che aveva fino ad allora caratterizzato la visione del diritto di famiglia in Italia. Questo risultato è però limitato

⁶⁵ Cfr. G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003; G. OBERTO, *Del "galateo postmatrimoniale"; ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 337; A. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita Not.*, 2001, p. 1017; V. T. RUSSO, *Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura*, in *Notariato*, 2001, p. 292; E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, p. 991; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, p. 45; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in A.A. V.V., *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 2001, p. 35; F. PATTI, *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, in *Vita Not.*, 2004, p. 1381.

⁶⁶ Cfr. E. QUADRI, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Università di Catania (25, 26, 27 maggio 2006), pp. 3-4.

alla scelta del regime patrimoniale da adottare durante il matrimonio, mentre permaneva, come la successiva giurisprudenza avrebbe dimostrato una netta preclusione circa la negoziabilità delle condizioni di separazione e divorzio.

Con diverse sentenze, a partire dalla fine degli anni '80, la Corte di Cassazione ha infatti escluso la validità di qualsiasi accordo preventivo volto a determinare le conseguenze patrimoniali di un successivo eventuale divorzio⁶⁷, sulla base del rilievo che tali accordi determinano un commercio di status ed incidono su diritti, come quello all'assegno di divorzio, posti a tutela di interessi pubblici e quindi indisponibili.

Con la sentenza n. 3777 del 1981, la Cassazione, ha evidenziato che gli accordi preventivi sono nulli, in quanto condizionano la volontà del coniuge distogliendolo dal contestare la domanda di divorzio⁶⁸ e influenzando così le sue scelte personali in tema di status. Tuttavia, anche nel nostro sistema si registra una evoluzione soprattutto culturale e dottrinale⁶⁹, che tende a superare gli argomenti fino ad adesso addotti dalla giurisprudenza a sostegno della tesi dell'invalidità per l'ordinamento italiano di tali accordi⁷⁰.

Secondo parte della dottrina⁷¹, per quanto riguarda il commercio di status, esso si verificherebbe allorché un coniuge si obbligasse tramite accordo a presentare domanda di separazione, di divorzio o di annullamento del matrimonio, o a rinunciare a tali domande, e non in caso di regolazione preventiva degli effetti della crisi coniugale. Invece,

⁶⁷ Cfr. Cass., sez. un., 29 nov. 1990, n. 11490, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2789, con nota di Spadafora; Cass. 4 gennaio 1991, n. 39; Cass. 19 genn. 1991, n. 512.

⁶⁸ Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, p. 184 e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 con nota di Trabucchi.

⁶⁹ Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, n. 5/2003, pp. 496 e ss.

⁷⁰ A. MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, 1.

⁷¹ G. OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Famiglie e diritto*, 4, 2003, p. 497 e ss.

per quanto riguarda il carattere indisponibile dell'assegno di divorzio, con riferimento soprattutto alla sua natura assistenziale, si è sostenuto che gli argomenti utilizzabili per l'obbligazione alimentare non sono estensibili all'assegno di divorzio, che non ha come presupposto uno stato di bisogno dell'avente diritto, ma è rivolto a garantire a quest'ultimo un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio.

Queste obiezioni della dottrina più attenta, hanno legittimato l'efficacia dei *prenuptial agreements* nell'ordinamento italiano, efficacia ancora non pienamente condivisa dalla giurisprudenza, ancorchè oggi orientata secondo diverse aperture.

Infatti, la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi limitatamente alla validità di intese stipulate in sede di separazione in vista di un futuro divorzio, avendo in un caso dichiarato la validità per conformità all'ordine pubblico internazionale⁷², di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia, durante il matrimonio ed in vista del divorzio.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha invece dichiarato validi i contratti conclusi per regolare una convivenza, poiché in nessuna norma imperativa, di ordine pubblico e in nessun principio di buon costume è dato ravvisare un'indicazione in senso contrario⁷³. Tale indirizzo assume tanta più rilevanza quanto più si riflette sul fatto che la convivenza non è

⁷² Cass., 3 maggio 1984 n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv.*, 1985, p. 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 521: «L'accordo rivolto a regolamentare, in previsione di un futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra i coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale) è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».

⁷³ Cfr. Cass., 8 giugno 1993, n. 638.

espressamente regolata né tutelata, eccetto che per singoli aspetti⁷⁴, per cui il ricorso al contratto rappresenta per i conviventi l'unica via per dare giuridicità alla propria condizione.

Se si esclude l'accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e volto a regolamentare i loro rapporti patrimoniali in caso di divorzio, la giurisprudenza italiana non ha avuto modo "di esprimersi circa la validità di accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali in vista di un'eventuale crisi matrimoniale"⁷⁵. Tale accordo in America sarebbe stato identificato con *postnuptial agreement*, perché concluso in *contemplation of divorce*, ma in costanza di matrimonio.

Interessante risulta la decisione del 2000⁷⁶, che nonostante riaffermi il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha nella specie riconosciuto validità ad una di queste, giungendo così al risultato paradossale di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. Non si può negare che se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero atto; quest'ultimo non può essere lecito nei confronti di una parte e illecito nei riguardi dell'altra, al punto che secondo alcuni la sentenza si

⁷⁴ A tal proposito si vd. la legge 54/2006, che estende l'applicazione delle norme sull'affido condiviso anche ai casi di cessazione di una convivenza more uxorio.

⁷⁵ G. OBERTO, *Contratti matrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 1, 2012, p. 78.

⁷⁶ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. dir.*, 2000, p. 429; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di Balestra; in *Riv. notar.*, 2000, II, p. 1221, con nota di Zanni; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2217, con nota di Giacalone; in *Giur. it.*, 2000, p. 2229, con nota di Barbiera; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704, con nota di Bargelli; in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318, con note di E. Russo e di G. Ceccherini; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 457, con nota di Guarini; in *Familia*, 2001, p. 243, con nota di Ferrando.

può porre in violazione dell'art. 3 Cost., perché ha riservato un trattamento diverso a ciascuno dei coniugi⁷⁷.

Gli argomenti impiegati dalla Cassazione per fondare il suo indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi in vista del divorzio hanno trovato il conforto non solo dalla giurisprudenza di merito⁷⁸ ma anche da una parte della dottrina, la quale ha rilevato per esempio che “permettendo ai coniugi di determinare la somma da pagare si favorirebbe, indirettamente un loro accordo preventivo sulla condizione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda”⁷⁹.

Infatti, le posizioni così fortemente restrittive della giurisprudenza hanno disatteso le aspirazioni di quella parte della dottrina che invece vedeva, alla luce della nuova normativa⁸⁰, un superamento del “principio dell'ordinamento italiano circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio”⁸¹. A ciò potrà aggiungersi il condivisibile rilievo secondo cui risulta veramente peculiare l'ostinarsi a considerare come valore irrinunciabile la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, cioè una libertà connessa ad un potere che non esiste, ove l'opposizione al divorzio “costituisce una causa persa in partenza, perché la posizione di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge è una posizione di *soggezione* non di diritto alla persistenza e vincolo, come se lo scioglimento del matrimonio fosse una concessione operata dai giudici,

⁷⁷ M. FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, n. 24, p. 43.

⁷⁸ V. Trib. Varese, 29 marzo 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 295, con nota di Patania; in *Fam. dir.*, 2011, p. 919, con nota di Torre.

⁷⁹ VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980, p. 340 ss.

⁸⁰ CAVALLI, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, nota a Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Gius. civ.*, I, 1992, p. 1243.

⁸¹ QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 73.

non dipendente dalla volontà delle parti, ma connessa alla attuazione di un interesse pubblico superiore⁸².

Capitolo II

Gli accordi preventivi nel diritto interno

2.1. L'ingresso dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia

⁸² E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, Artt. 159-166-bis*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 425.

Il codice civile del 1942 non fa espressa menzione dell'autonomia privata negoziale, intesa come potere riconosciuto dall'ordinamento giuridico al privato di auto-regolare i propri interessi, ma fa espressa menzione all'autonomia contrattuale nell'art. 1322 c.c., il quale sancisce che: “le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”⁸³. Questa norma riveste una grandissima importanza, fondando la preminenza dell'iniziativa dei privati su qualsiasi altro interesse, anche pubblico, nei limiti del giudizio di meritevolezza sociale della funzione che, in concreto, lo schema negoziale è destinato a svolgere (1322 co 2 c.c.). Pertanto, nei rapporti patrimoniali, è rimessa alla volontà dell'individuo la nascita di un rapporto giuridico che lo riguardi e la determinazione del contenuto⁸⁴.

Tuttavia, l'autonomia privata, intesa quindi come capacità di regolare mediante strumenti negoziali i propri interessi fra gli stessi interessati ed oggi pacificamente riconosciuta a rilevanza costituzionale ex art 41, nel diritto di famiglia risulta un concetto acquisito solo nella recente civiltà giuridica.

Infatti, lo sviluppo della negozialità in tale ambito, da considerarsi come libertà contrattuale cui fa riferimento la rubrica dell'art. 1322, ha inizio con il tramonto della concezione istituzionale della famiglia.

L'impianto originario del codice civile era fondato su una concezione autoritaria e gerarchica dei rapporti di famiglia, tutto dipendeva dalla volontà del capo famiglia: figli e moglie erano

⁸³ L'autonomia contrattuale, che si esplica nella facoltà di determinare il contenuto del contratto, nonché di concludere contratti cd. atipici, trova il suo fondamento nella Costituzione, che riconosce ai cittadini la libertà effettiva di esplicazione della personalità e tutela la libertà di iniziativa economica

⁸⁴ D. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, p. 8.

accomunati da una posizione di subordinazione ed inferiorità⁸⁵. Di conseguenza tutte le scelte nell'ambito familiare, sia di natura personale che patrimoniale, erano di esclusiva competenza del *pater familias*. Di qui la famiglia come istituzione, ovvero vista come rivolta a perseguire finalità a carattere pubblicistico e pertanto sottratta al potere dispositivo dei suoi componenti⁸⁶.

Tuttavia, tale concezione non risultava sufficiente per la sussunzione della famiglia nell'ambito del diritto pubblico, e ciò per estraneità genetica e strutturale. Tale esclusione trae fondamento dalla natura speciale degli interessi sottesi al diritto di famiglia, che trovano puntuale traduzione nella celebre considerazione che “la famiglia è un'isola che il diritto può soltanto lambire”⁸⁷.

Al di là della collocazione giuridica della famiglia, nell'ambito del diritto privato, della matrice patriarcale per lungo tempo mantenuta, era chiara l'impronta istituzionale della stessa che ha in passato posto un vero e proprio sbarramento per ogni forma di autonomia privata, rendendo il contratto uno strumento inutilizzabile nel *mènage* coniugale.

La contrapposizione tra *status* e contratto, com'è noto, è impiegata correntemente per rappresentare il passaggio dal diritto premoderno, feudale, nel quale le prerogative e gli obblighi dei soggetti dipendevano essenzialmente dalla posizione sociale che ciascun soggetto occupava entro una collettività caratterizzata da un preciso ordine sociale, al diritto moderno improntato ai principi di libertà ed eguaglianza e dunque al consenso come fonte primaria per il sorgere di diritti ed obblighi. In tale contesto, il diritto di famiglia ha rappresentato tradizionalmente un luogo

⁸⁵V. BARBALUCCA – P. GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, p. 3.

⁸⁶C. VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003, p. 5.

⁸⁷A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in «Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania», III, 1948, p. 38 e ss.

caratterizzato dalla “sopravvivenza” degli status, piuttosto che dall’autonomia privata, come fonte primaria dei diritti ed obblighi dei soggetti⁸⁸.

In tale quadro, è facile comprendere la naturale aderenza tra la concezione istituzionale della famiglia, caratterizzata dall’assenza di autonomia privata, e la visione totalitaria della società espressa dalla dittatura fascista⁸⁹.

Giova evidenziare come già durante il ventennio fascista si manifestarono le critiche alla concezione istituzionale della famiglia da parte di chi non riteneva possibile stravolgere la natura sostanzialmente privatistica del diritto di famiglia piegato alla realizzazione dei fini nazionali⁹⁰.

La caduta del regime fascista rappresenta la prima tappa che segna il declino della concezione istituzionale della famiglia. In tale fase, infatti, si assiste ad un radicale mutamento dell’indirizzo dottrinario. Si riconducono alla categoria generale del negozio giuridico singoli istituti familiari; inoltre, si teorizzava la configurabilità di un istituto a carattere unitario: il negozio giuridico familiare, come atto di autonomia privata della coppia coniugale⁹¹. Il superamento della concezione istituzionale della famiglia e l’affermazione della teoria del negozio giuridico familiare sono dovuti anche ai mutamenti che la stessa nozione di negozio giuridico ha conosciuto.

Sul punto è condivisibile autorevole dottrina⁹² che riporta il pensiero di Kelsen, secondo il quale non esisterebbe nel diritto privato

⁸⁸A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, p. 913.

⁸⁹C. VERDE, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁰L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1941, p. 1 e ss.

⁹¹SANTORO-PASSARELLI, *L’autonomia Privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381.

⁹²G. 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.com, p. 3.

una completa autonomia, atteso che è pur sempre il diritto oggettivo a stabilire che il contratto produce diritto, così che la determinazione giuridica proviene in ultimo termine da questo diritto oggettivo, non già dai soggetti giuridici che vi sono sottoposti⁹³. Del resto la sopravvivenza della figura del negozio giuridico a constatazioni, pur corrosive, come quella sopra ricordata di Kelsen, si spiega alla luce della capacità di adattamento della stessa alle idee dei tempi moderni.

Oggi il negozio giuridico è lo strumento che consente alle parti di realizzare i propri interessi e che si pone a favore della volontà (si pensi alla teoria della volontà nella decodificazione del negozio giuridico, temperata dal solo principio di affidamento). Inoltre, la mancata previsione esplicita nel codice civile del '42 non traduce il ripudio della figura, bensì la scelta precisa del legislatore di individuare nel contratto il prototipo negoziale per eccellenza, quale principale strumento di regolamentazione degli interessi

Ad avvalorare tale considerazione si pone la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice civile (n. 602) che lasciava chiaramente aperta la porta ad un'applicazione, ancorché indiretta, ai negozi familiari delle disposizioni in materia di contratto, prospettando un'interpretazione tesa ad attribuire una portata espansiva alle norme stabilite per i contratti facente riferimento all'art. 1324 c.c.⁹⁴.

Sull'estensione dell'autonomia negoziale autorevole dottrina già in passato riteneva che il codice civile non contiene una disciplina generale del negozio giuridico, la quale può però ricavarsi dalle sue norme, essendo evidente che le norme sui contratti, "in quanto compatibili",

⁹³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Traduzione di Treves, s.l., 1956, p. 57; v. anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 182; per l'applicabilità, di volta in volta, ai negozi giuridici familiari dei principi contrattuali «congrui con l'atto di autonomia familiare posto in essere», v. anche BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 18.

⁹⁴ G. OBERTO, op. cit., p. 5 e ss.

siano suscettibili di applicazione non solo agli “atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale” (art. 1324), ma al negozio giuridico anche fuori del diritto patrimoniale. A ciò si aggiunga che la figura del negozio giuridico nel diritto familiare è supposta dal codice (e la sua utilizzazione si impone perciò all’interprete), poiché in esso si fa richiamo a nozioni caratteristiche del negozio, come i vizi della volontà (artt. 122, 265), le modalità, quali il termine e la condizione (artt. 108, 257), l’irrevocabilità o la revocabilità dell’atto (artt. 256, 2982), la sua invalidità (artt. 117 ss., 263 ss.)⁹⁵.

Ulteriore valore che ha portato l’insorgenza dell’autonomia negoziale all’interno della famiglia è rappresentato dalla Carta costituzionale, ovvero dai principi in essa contenuti. Infatti, con l’avvento della Costituzione Repubblicana si affaccia sulla scena la concezione costituzionale della famiglia, inquadrata nel principio di eguaglianza e della pari dignità dei coniugi, infatti, al suo interno il singolo familiare trova la sua tutela⁹⁶.

La previsione dell’art. 29 Costituzione prospetta, infatti, un assetto di rapporti familiari completamente diverso rispetto al sistema del codice civile: viene affermato il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi con l’unico limite della garanzia dell’unità familiare, nel pieno riconoscimento della famiglia, insieme, come istituto giuridico e come società naturale. Viene dato risalto al momento comunitario e all’aspetto unitario della famiglia, ma nello stesso tempo è anche garantito l’interesse individuale dei soggetti che la compongono⁹⁷.

Inoltre, la famiglia diviene la formazione sociale per eccellenza tutelata direttamente dall’art. 2 della Costituzione, in quanto costituisce

⁹⁵ SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 382 s.; v. contra SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 16 ss.

⁹⁶ C. VERDE, op. cit., p. 21.

⁹⁷ V. BARBALUCCA -P. GALLUCCI, op. cit., p. 3.

luogo privilegiato, anzi il primo, in cui si svolge la personalità del soggetto⁹⁸. Infatti, nella prospettiva inaugurata con la Carta costituzionale nella quale la famiglia si piega ai valori della persona, è la comunità familiare che diviene strumento e tecnica di realizzazione della personalità⁹⁹.

Tuttavia, la prima applicazione di questi principi costituzionali avviene solo negli anni '70. I principi della costituzione contenevano un vero e proprio programma di riforma del diritto di famiglia, che si è realizzato solo in seguito agli interventi della giurisprudenza costituzionale che hanno proiettato un monito per il legislatore al fine di attuare quella che poi si è tradotta come la rivoluzione copernicana del diritto di famiglia avviata con la legge n. 151 del 1975. Infatti, la consulta ha svolto una funzione di collante tra i principi costituzionali, favorevoli all'autonomia negoziale e le norme del codice civile imperniate dell'*humus* istituzionale in cui lo stesso fu redatto.

Pertanto, la giurisprudenza costituzionale con una serie di interventi, ristabilì una posizione di sostanziale parificazione tra i coniugi, soluzione accolta con favore dalla prevalente dottrina. Giova osservare che il primo intervento della corte costituzionale in materia, è la sentenza n. 91 del 27 giugno 1973, in cui la consulta abolisce il divieto di donazione tra i coniugi. Tale pronuncia fu recepita con favore dalla

⁹⁸Osserva RESCIGNO, in *L'individuo e la comunità familiare, Persona e comunità*, Padova, 1988, p. 231 ss., spec. p. 237, 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”. Sulla famiglia come formazione sociale, orientata allo sviluppo ed alla piena realizzazione della personalità dei suoi membri, cfr. in primo luogo, BESSONE, *Rapporti etico sociali, Commentario alla Costituzione* diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 18 ss.; PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1982, p. 38 ss.

⁹⁹F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006, p. 7.

dottrina, la quale, ne sottolineò la portata storica, anticipatrice della riforma¹⁰⁰.

Si apre così il varco per consentire l'ingresso ad ogni legittima attività negoziale tra i coniugi posti ora su di un piano di pari dignità e uguaglianza, sia nei rapporti personali che patrimoniali¹⁰¹. L'impatto, sul piano sistematico, dell'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi¹⁰² è ricca di implicazioni, poiché l'attività negoziale tra coniugi si presume fondata sugli affetti familiari, essa viene ora in qualche misura agevolata e protetta. Il "mutuo amore" o la riconoscenza se nel diritto romano doveva soggiacere alle "istanze" patrimoniali, ora invece diviene la privilegiata ragione giustificatrice degli atti di attribuzione patrimoniale; e ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona¹⁰³.

A livello legislativo la legge n. 898 del '70 sul divorzio è importante in quanto conferisce alla volontà individuale un significativo ruolo centrale, recuperando il principio romanistico del *consensus*, quale

¹⁰⁰M SGROI – S. CASTAGNA, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di Giuseppe Cassano, Piacenza, 2003, p. 217; i quali sottolineano due sentenze della Corte Costituzionale la n. 126 del 1970, con la quale fu definitivamente eliminato dal codice penale il delitto di adulterio della moglie, e la Sentenza n. 233 del 1970, che eliminò l'obbligo incondizionato di mantenimento da parte del marito. Tali sentenza furono accolte con favore dalla dottrina che ne sottolineò la portata storica, anticipatrice della riforma.

¹⁰¹ La sentenza della Corte cost. n. 91/1973, che ha abrogato il divieto di donazioni tra coniugi, ha comportato l'automatica legittimazione dell'attività negoziale tra i coniugi (in passato caratterizzata dal pericolo di nullità). Ancor prima, la sentenza n. 188/1970 (che ha abrogato la disciplina limitativa, con riguardo ai terzi, della prova delle convenzioni matrimoniali) ha assoggettato le convenzioni alle regole generali dei contratti, eliminando regole di diritto singolare. Da ultimo la sentenza n. 41/1999 (che ha abrogato la presunzione assoluta di gratuità degli atti di trasferimento immobiliare tra coniugi ai fini dell'imposta di registro) muove nel presupposto della parità tra coniugi e della loro piena autonomia, in www.leggiditalia.it/CassazioneCivile.

¹⁰² Corte cost. 27 giugno 1973, n. 91. Sul punto V. G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, pp. 12, 182 s., nonché F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 215.

¹⁰³G. OBERTO, op. cit.; v. inoltre R. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 334.

unico punto intorno al quale ruota l'istituto del matrimonio¹⁰⁴. Pertanto, se l'autonomia negoziale è incentivata con l'abolizione da parte della consulta del divieto di donazioni tra i coniugi, la concezione istituzionale della famiglia fondata sull'indissolubilità del matrimonio, subisce il suo primo formale scardinamento con la legge sul divorzio. Infatti, l'impossibilità di ricondurre gli istituti familiari al concetto di contratto, rendendo così i due istituti antagonisti, era il frutto della rilevanza solo iniziale del consenso nel matrimonio (al momento della celebrazione), il cui venir meno non aveva alcuna dignità giuridica.

Di qui, la contrapposizione tra “mercato” da una parte, come oggetto di regolazione primario del diritto privato generale, caratterizzato dal contratto, dalla disponibilità dei suoi effetti giuridici e dal carattere interamente patrimoniale del suo campo di operatività, e “famiglia”, dall'altra, ambito dominato dagli *status*, dall'indisponibilità del relativo regime giuridico, dalla irriducibilità degli interessi coinvolti alla mera logica della patrimonialità¹⁰⁵.

Pertanto, con il recupero del *consensus*, si apre lo spazio per l'autonomia negoziale nella famiglia, consentendo ai coniugi di porre fine al rapporto di coniugio, accordandosi sui relativi aspetti collaterali.

In questa logica si riconosce alla separazione consensuale uno dei momenti più significativi della negozialità nell'ambito delle vicende familiari, e l'omologazione non può che apparire come uno strumento di controllo di tipo garantistico¹⁰⁶. Tuttavia, si dovrà attendere la riforma del diritto di famiglia affinché i principi costituzionali ricevessero completa e piena attuazione. Solo nell'aprile del 1975 il quadro muta

¹⁰⁴ Cfr. G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in G. AUTORINO STANZIONE e A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002.

¹⁰⁵ LAS CASAS, op. cit.

¹⁰⁶ P. ZATTI, *Diritti e doveri del matrimonio*, in *Trattato dir.priv.*, a cura di Rescigno, vol. III, Torino, 1996, p. 80, ripreso da R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 132.

radicalmente, in quanto la riforma del sistema familiare introdotta con la legge n. 151 ha determinato l'avvio del cd processo di privatizzazione del diritto di famiglia. Con la tanto voluta riforma¹⁰⁷, si realizza il pieno coordinamento tra norma costituzionale e codice civile, imbrigliato nell'immobilismo degli istituti civilistici cui il legislatore ci aveva, fino ad un certo tempo, abituati¹⁰⁸. L'accordo diventa strumento principale per la disciplina dei rapporti familiari sia nella fase fisiologica che patologica, ovvero dalla celebrazione del matrimonio allo scioglimento dello stesso, ma anche alla fase susseguente.

L'introduzione del regime legale patrimoniale della famiglia, come quello della comunione dei beni, applicato alle coppie che avessero contratto matrimonio senza differenti scelte, rappresenta l'aspetto giuridico sostanziale della riforma. Esso rappresenta presupposto e corollario della stessa¹⁰⁹. Se da un lato il legislatore ha voluto dare spazio all'autoregolamentazione del regime patrimoniale secondario tra i coniugi, dall'altro però ha voluto compiere delle scelte maggiormente garantiste in favore del coniuge storicamente più debole.

Il vento riformatore porta all'introduzione con legge n. 74 del 1987 del divorzio su domanda congiunta, di matrice intrinsecamente negoziale, laddove entrambe le parti chiedono il divorzio, accordandosi pertanto sui relativi aspetti sia patrimoniali sia personali¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 661 ss.; V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona, Padova, 1986, p. 270 ss.; M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998, II, 1, p. 811 ss.

¹⁰⁸ A. TESTA, *Rapporti patrimoniali e la famiglia*, Milano, 2010, p. 1 e ss.

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 2.

¹¹⁰ Sul punto Cfr. A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 128. Contra v. G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nel divorzio*, in G. AUTORINO STANZIONE - A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, p. 207. Il divorzio su domanda congiunta non costituisce un procedimento propriamente consensuale, dal momento che il relativo procedimento è definito da un provvedimento di natura decisoria, (la sentenza di scioglimento) pronunciata dal giudice previo accertamento della sussistenza delle cause tassativamente previste dalla legge. Fermo restando il suo "alto tasso di negozialità", il

Tuttavia, uno degli istituti in cui l'autonomia negoziale raggiunge le sue vette più alte nell'ambito del diritto di famiglia oltre alla domanda congiunta, è l'assegno divorzile *una tantum*. Infatti, la legge n 74 del 6 marzo 1987 nell'introdurre tale istituto ha previsto che con la sentenza che pronuncia lo scioglimento 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 ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno, quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

È utile anticipare in tale sede che la previsione dell'art 5 comma 8 della legge n. 898 del 1970 già prevedeva che “su accordo delle parti” la corresponsione potesse avvenire in unica soluzione così normativizzando un'ipotesi di liquidazione cumulativa delle spettanze dovute a titolo di assegno divorzile, alternativa, purché oggetto di espresso consenso da parte dei coniugi, a quella della corresponsione periodica. La novella intervenuta a seguito della legge n 74 del 1987, nell'intento di assicurare al coniuge divorziato più debole (generalmente la donna) una tutela più estesa, ha così modificato il comma 8 dell'art. 5 prevedendo che “su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal Tribunale: in tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico.”

Si è così prevista la necessaria intermediazione dell'organo giudicante il quale, richiamando in parte la funzione svolta in sede di

divorzio su domanda congiunta rappresenta una nuova modalità di proposizione della domanda di divorzio.

omologazione, si rende artefice di un controllo di equità con l'importante conseguenza di ridurre l'accordo raggiunto dagli ex coniugi a semplice pre-requisito, incapace, *uti singulo*, di determinare l'applicazione dell'istituto. Tramite tale giudizio il giudice eviterebbe ogni forma di abuso in danno del coniuge più debole che, a causa del suo stato di bisogno, potrebbe essere indotto ad accettare in unica soluzione attribuzioni inadeguate¹¹¹.

Pertanto, la costituzionalizzazione della famiglia non come ente a sé stante, di natura pubblicistica o privatistica, ma come valore da tutelare alla stregua degli artt. 2, 3 e 29 Cost., in esclusiva funzione dello sviluppo della personalità dei singoli appartenenti, ha condotto ad un progressivo fenomeno di privatizzazione e funzionalizzazione del diritto familiare, nel senso dell'emersione degli interessi dei singoli rispetto a quelli del gruppo, in una prospettiva solidaristica che impone la ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze individuali e bisogni comuni. Siffatta evoluzione ha condotto necessariamente all'espansione dell'autonomia privata anche nella materia familiare¹¹².

Così come esposta l'evoluzione o più correttamente l'ingresso dell'autonomia negoziale nell'ambito familiare, in virtù degli interventi sia legislativi sia giurisprudenziali, è necessario evidenziare che non sono mancate alcune voci che hanno qualificato il richiamo al concetto di autonomia privata come non del tutto appropriato nel campo del diritto di famiglia; rappresentando il concetto di famiglia una formazione sociale contraddistinta da interessi comuni a tutti i suoi componenti e perciò non necessariamente coincidenti con quelli dei singoli membri¹¹³.

¹¹¹M. SANTINI – E. PIGLIAPOCO, *L'assegno divorzile una tantum*, in www.dirittodellafamiglia.com.

¹¹²P. STANZIONE – G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006, p. 17.

¹¹³C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Milano, p. 30. Cfr. pure R. CARAVAGLIOS, *I trasferimenti immobiliari*

Secondo tale impostazione, la privatizzazione del diritto di famiglia comporterebbe il rischio di una progressiva mercantilizzazione di tale branca del diritto civile, in netto contrasto con le aperture sempre più consistenti del diritto privato verso istanze di ordine non patrimoniale¹¹⁴.

Si ribatte a tale impostazione restrittiva, che la privatizzazione della famiglia è in linea con l'evoluzione di tutto il diritto civile, sempre più orientato all'estensione dell'autonomia negoziale tra i soggetti privati ex art. 1322 c.c. con l'unico duplice limite della liceità e della meritevolezza del negozio giuridico da valutarsi secondo la nozione di causa in concreto.

Tale soluzione restrittiva si pone in una visione antistorica, e in ogni caso superata, della famiglia in quanto dominata dal più gretto ed odioso egoismo¹¹⁵, fondato sul mercantilismo della dote e sulla sottomissione della donna alla potestà (e quindi alla volontà) maritale. Del mercantilismo, l'autonomia negoziale quindi non ha nulla, anzi lascia entrambe le parti (e non solo il *pater familias*) libere di disciplinare autonomamente i propri interessi, in relazione alle singole esigenze del caso concreto, sempre con il duplice limite del rispetto della cornice legislativa dei principi fondamentali dell'ordinamento e del perseguimento della meritevolezza degli interessi, tenendo conto della peculiarità della materia del diritto di famiglia, che sottende una continua tensione tra libertà e solidarietà.

Di qui la posizione di chi vede che la disciplina generale del contratto possa in determinate ipotesi trovare diretta o analogica applicazione (si pensi alla teoria della transtipicità), con la specificazione che l'estensibilità di tale disciplina non può tradursi in una acritica

nella separazione consensuale tra i coniugi, nota a cass. 15.05.1997, n. 4606 e Trib. di Napoli 16.04.1997, in FD, 430; C. VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003, p. 19.

¹¹⁴ C. DONISI, op. cit., p. 30.

¹¹⁵ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 132 e ss.

trasposizione di norme e di categorie create con riferimento esclusivo ai rapporti patrimoniali, bensì necessita di puntuali adeguamenti. Pertanto, qualsiasi sia il tipo di rapporto familiare che abbia prevalentemente contenuto personale o patrimoniale, occorre sempre procedere utilizzando un criterio di compatibilità, data la diversità di funzione¹¹⁶.

Quindi, l'autonomia negoziale nelle relazioni familiari oltre che fondarsi nell'art. 1322 c.c., ha il suo primo referente a livello costituzionale negli artt. 2, 3 e 41, e per ciò che concerne la specifica materia dei rapporti privati, negli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione. Proprio a fronte di ciò è stato osservato che gli obblighi ed i diritti che l'unione in matrimonio implica tra i coniugi conseguono certamente a manifestazioni di volontà, tuttavia il regime giuridico che tali manifestazioni di volontà costituiscono risulta in larga misura indisponibile nel suo contenuto e nei suoi effetti. Da questo punto di vista, probabilmente, tali manifestazioni di volontà sarebbero più facilmente paragonabili alla nozione di atto giuridico, piuttosto che a quella di contratto¹¹⁷.

Orbene, così come chiarita l'evoluzione dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia, occorre ora soffermarsi sull'estensione applicativa della stessa e sull'eventuale superamento dei limiti che l'ordinamento pone in tale materia. La crisi familiare e gli accordi volti a definirne gli effetti, rappresentano terreno fertile per una riflessione, sia pur non esaustiva, sul ruolo dell'autonomia privata e sulla sua evoluzione nel diritto di famiglia¹¹⁸. Infatti, è necessario analizzare in che modo e fino a quando le parti possono autoregolare il *menage* familiare sia nella fase

¹¹⁶P. STANZIONE – G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006, p. 19.

¹¹⁷LAS CASAS, *op. cit.*

¹¹⁸C. CARIATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Trattato di dir. Priv.*, diretto da Mario Bessone IV- *Il diritto di famiglia, la crisi familiare*, a cura di Tommaso Auletta, Torino, p. 417.

fisiologica che patologica del rapporto, ovvero cosa possono fare e cosa non è consentito dall'ordinamento.

È utile già chiarire che tali limiti affondano le proprie radici nel fatto che l'autonomia negoziale normalmente ha ad oggetto un rapporto giuridico di carattere patrimoniale e pertanto coercibile, a differenza dei rapporti giuridici non patrimoniali, tradizionalmente non coercibili.

È dalla natura del diritto di famiglia, dominato generalmente dalla non patrimonialità, che discende l'antagonismo tra contratto e famiglia, che come sopra esposto, erano due istituti che si escludevano a vicenda; dove c'era il contratto non c'era la famiglia e viceversa¹¹⁹.

Da un lato si pone la famiglia, connotata dagli *status*, dall'indisponibilità del relativo regime giuridico, dall'irriducibilità degli interessi coinvolti alla mera logica della patrimonialità; dall'altro, si pone il contratto, dominato dalla disponibilità dei suoi effetti giuridici e dal carattere interamente patrimoniale del suo campo di operatività.

In quest'ambito quindi non è più fondamentale solo capire fino a che punto può spingersi l'autonomia negoziale, ma se in astratto siano ammissibili negozi diretti a regolare rapporti non patrimoniali, e se gli stessi sono idonei a creare vincoli giuridicamente rilevanti. Si sviluppa a tale riguardo una dialettica tra disponibilità ed indisponibilità degli interessi familiari collegati allo *status* di coniuge, che ha sollevato grande attenzione da parte della dottrina e che vede costanti, ed a volte irragionevoli, incertezze da parte della giurisprudenza che continua a manifestare dubbi nel concedere spazi all'autonomia negoziale tra i coniugi. Occorre sul punto anticipare che il nostro codice civile dimostra

¹¹⁹ Sul punto Cfr. M. G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, p. 196 e ss. La quale afferma con riguardo agli accordi aventi l'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o dei figli, che il profilo funzionale condiziona la disciplina applicabile, impedendo la mera contrattualizzazione del rapporto.

che in taluni casi il contratto aiuta la famiglia, nel senso che è lo strumento utilizzato anche per regolare i rapporti familiari.

Nel codice civile vi sono varie dimostrazioni di negozi giuridici utilizzati nel diritto di famiglia: i coniugi concordano l'indirizzo della vita familiare (art. 144); la potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori (art. 316 co. 2); i coniugi possono conformare il regime patrimoniale della famiglia secondo schemi diversi dal regime legale stipulando le convenzioni matrimoniali (art. 166 che, peraltro, fa un riferimento al contratto di matrimonio)¹²⁰.

In virtù di tale panorama normativo, così come arricchito dalla Carta costituzionale e dalla riforma del diritto di famiglia, in passato¹²¹ si è affermato che è possibile individuare una figura generale del negozio familiare, nell'ambito del negozio giuridico, dotato di una propria autonomia e tipicità. Si è detto che la nozione di negozio familiare è supposta dal codice, poiché il legislatore, pur non facendone espressa menzione, richiama in ambito familiare i principi propri del negozio giuridico (si pensi ai vizi della volontà, la condizione, l'irrevocabilità etc.). Di qui la possibilità di applicare a tale atto a contenuto non patrimoniale, le norme sui contratti in quanto compatibili¹²².

La prospettiva unificante, seppur autorevolmente sostenuta e tradizionalmente accettata, non può essere accolta se si guarda il sistema delle norme che regolano la famiglia, sia per ciò che concerne i rapporti personali che patrimoniali, sia nella fase fisiologica che in quella patologica. Infatti, il negozio giuridico familiare non può dirsi categoria autonoma perché per esempio già nel lessico relativo alla fase fisiologica del rapporto coniugale, si utilizza il termine “accordo” con riguardo agli

¹²⁰ Così osserva M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto Civile*, a cura di M. Santise, Torino, 2014, p. 17.

¹²¹ SANTORO-PASSARELLI, op.cit., p. 382 e ss.

¹²² D. G. RUGGIERO, op. cit., p. 37 e ss.

atti di autonomia relativi ai rapporti personali; il termine “convenzione”, invece, è riservato dal legislatore agli atti relativi alla gestione di rapporti di natura patrimoniale¹²³. Anche nella fase patologica del rapporto coniugale, negli accordi di separazione si rinvencono gli accordi riguardanti i figli, le determinazioni modificative dello *status*, e gli accordi relativi ai rapporti patrimoniali¹²⁴.

Emerge, quindi, che il termine “accordo” nel diritto di famiglia può assumere diversi significati strettamente collegati alla funzione dallo stesso assolta; non risulta pertanto sostenibile l’intento unificante, non avendo l’accordo nel diritto di famiglia una propria autonomia concettuale. Di qui la necessità di individuare le regole contrattuali di diritto comune applicabili, da coordinare con la disciplina inderogabile del diritto di famiglia; ricerca da modellare a seconda del contenuto dell’accordo.

La prima conseguenza dell’applicazione della disciplina di diritto comune, risiede nella circostanza che s’impone ai coniugi la costante disponibilità alla revisione delle negoziazioni, allorché sopravvengono nuove esigenze di cui entrambi devono farsi carico, ovvero si modificano le situazioni di fatto in occasione delle quali era scaturito un determinato assetto di interessi¹²⁵. Questo connotato è espresso nella clausola *rebus sic stantibus* a quale, nel contesto familiare, è infatti affidato il perdurare dell’efficacia vincolante dell’accordo stesso.

¹²³ Sul punto cfr. F. D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, p. 514.

¹²⁴ D.G. RUGGIERO, op. cit., p. 40.

¹²⁵ G. DE NOVA, in *Trattati*, a cura di P. Cendon, *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, p. 470, in base al quale questo connotato è espresso nella clausola *rebus sic stantibus* a cui, nel contesto familiare, è infatti affidato il perdurare dell’efficacia vincolante dell’accordo stesso. A tal proposito è stato rilevato che, mentre in presenza di una sopravvenienza oggettiva è necessaria la ricerca di un nuovo accordo e l’eventuale insistenza sull’accordo precedente sarebbe illegittima e costituirebbe violazione dei doveri coniugali, di fronte ad un ripensamento unilaterale sull’accordo raggiunto non si intravede soluzione non patologica sulla questione.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che gli accordi intervenuti tra i coniugi in materia di indirizzo della vita familiare, soprattutto quando derogano, sia pure lecitamente, ai principi generali fissati dall'ordinamento, possono essere posti nel nulla dalla contraria volontà di una delle parti la quale ha il diritto di richiedere l'applicazione del criterio integrativo legale¹²⁶. Invece, costituisce limite al potere di autonomia privata derivante dallo specifico ambito familiare, l'art. 160 c.c., in base al quale gli sposi non possono derogare né ai diritti, né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio.

Tale norma, sebbene collocata nella disciplina patrimoniale, ovvero dei diritti e doveri a contenuto patrimoniale, esprime un principio generale del nostro ordinamento che coinvolge anche il campo dei rapporti personali fra i coniugi (dovendo tali obblighi essere contenuti entro una determinata soglia minima inderogabile)¹²⁷.

Pertanto, l'art. 160 c.c. limita fortemente il potere dei coniugi di autodeterminarsi, sia nella fase fisiologica sia patologica del rapporto, ma soprattutto, secondo il tradizionale orientamento che sarà di seguito analizzato, costituisce uno sbarramento insuperabile per l'ingresso dei patti prematrimoniali nel nostro ordinamento.

Tuttavia l'orientamento più evoluto obietta a tale considerazione che l'apparente onnicomprensività del dettato normativo è smentita dagli articoli immediatamente precedenti e seguenti, i quali prevedono e disciplinano l'ipotesi di pattuizioni tra coniugi derogatorie del regime patrimoniale legale. Per delimitare l'ambito applicativo dell'art. 160 c.c. è necessario dunque ricorrere alla sua interpretazione sistematica,

¹²⁶ Cass. 1.02.83 n. 858 GC, 1983, I, 2003.

¹²⁷F. GAZZONI in *Trattati*, a cura di P. Cendon, *Gli accordi in vista della crisi coniugale, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, p. 471.

necessaria a fronte della genericità della formula utilizzata dal legislatore¹²⁸.

2.2. *I patti prematrimoniali*

Il tema degli accordi prematrimoniali in vista del divorzio rappresenta uno dei più significativi luoghi di emersione di quella tendenza alla “contrattualizzazione” delle relazioni familiari ampiamente rilevata dalla dottrina¹²⁹. Con il riconoscimento di legittimazione all’autonomia privata per la disciplina delle conseguenze patrimoniali dello scioglimento del matrimonio e con il conseguente riconoscimento della validità ed efficacia dei contratti a tal fine conclusi, si realizza un primo slittamento del diritto di famiglia dal modello dello “*status*” a quello del “contratto”¹³⁰. Infatti, secondo la dottrina più innovativa¹³¹, una delle modalità tipiche di esternazione dell’autonomia negoziale familiare, andrebbe individuata anche nella conclusione degli accordi prematrimoniali. In tali ipotesi però siamo di fronte a fattispecie di autonomia rinvenibili in una fase in cui la famiglia formalmente intesa non è ancora formata, e quindi fattispecie poste in essere da singoli soggetti che troveranno una dimensione familiare in un prossimo futuro.

Sul punto occorre però operare una distinzione tra accordi compiuti tra i nubendi prima ancora della contrazione del vincolo, in cui gli stessi

¹²⁸P. STANZIONE – G. AUTORINO, op. cit., p. 21.

¹²⁹ Sui vari orientamenti cfr. A. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio* in *Vit. not.*, 2001, n. 2, secondo cui gli equilibri delineati saltano nel momento in cui tale disponibilità si arricchisce della specifica connotazione temporale della “preventività”, essendo quest’ultima in grado - almeno secondo la giurisprudenza prevalente - di condizionare fortemente ed in varia misura il concreto esercizio del potere di disposizione dei coniugi.

¹³⁰A. LAS CASAS, *Accordi Prematrimoniali, Status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, p. 913.

¹³¹ Cfr. MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in AA. VV., *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 2003, p. 153 e ss.; BIX, *Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage*, in 40 *Wm. & Mary L. Rev.*, 145 (1998).

decidono di definire il regime giuridico-economico in vista di un'eventuale probabile o possibile separazione o divorzio o annullamento matrimoniale; ed accordi compiuti dai coniugi durante il matrimonio. Su quest'ultima tipologia occorre ulteriormente distinguere gli accordi in vista della separazione da quelli in vista del divorzio.

Tra tali negozi il rilievo pratico della distinzione ha un effetto dirompente perché solo i primi sono ammessi nel nostro ordinamento, incontrando i secondi una serie di limiti di carattere pubblicistico che informano l'istituto familiare, principi che si pongono in termini ostativi anche per l'ammissibilità degli stessi accordi prematrimoniali.

È ormai noto che sia gli accordi prematrimoniali che gli accordi preventivi di divorzio, non sono espressamente contemplati dal nostro ordinamento giuridico, tuttavia i secondi hanno da lungo tempo trovato ingresso nelle decisioni giudiziarie, sia pure per vedersi sanzionati con la nullità, mentre i primi, di matrice anglosassone, sono stati oggetto di scarsa attenzione, finora, da parte del formante giurisprudenziale e, salvo poche eccezioni, anche di quello dottrinale¹³². In particolare, la previsione nel nostro sistema giuridico della necessaria conformità delle disposizioni dei privati ai principi di ordine pubblico individuati da una serie di libertà e garanzie considerate insopprimibili, implica che l'autonomia negoziale dei coniugi sia altrettanto limitata.

I patti prematrimoniali regolano il futuro dissolvimento del matrimonio, pertanto gli effetti di tali pattuizioni sono sospensivamente condizionati allo scioglimento del vincolo matrimoniale. Molti dubbi sono sorti, oltre che per l'ammissibilità di tali negozi, anche in ordine alla natura giuridica.

¹³²J. VITERALE, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a Cass., sent. n. 23713/2012, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 8.

Secondo alcuni autori si tratterebbe di accordi a titolo oneroso, volti a definire una crisi coniugale(eventuale) ed aventi ad oggetto prestazioni unilaterali o bilaterali a seconda del caso concreto¹³³. Così inteso l'accordo prematrimoniale, finalizzato cioè a dettare regole di svolgimento di futuri rapporti patrimoniali e personali, ha natura del cd. contratto normativo, la cui efficacia è subordinata ad un evento futuro ed incerto e definibile come atto con il quale le parti predeterminano le conseguenze giuridiche da ascrivere ai loro futuri comportamenti¹³⁴.

Circa l'ammissibilità, i patti preventivi alla crisi coniugale sono tendenzialmente giudicati nulli dalla giurisprudenza per tre principali motivazioni. In *primis* si pone il limite dell'indisponibilità degli *status* che ne determina l'illiceità della causa ex art. 1343 cc. Il rischio che la giurisprudenza di legittimità intende scongiurare, bollando di nullità gli accordi *de qua*, è rappresentato dall'influenza, anche indiretta, che detti accordi, preventivamente intervenuti, eserciterebbero sulle determinazioni dei coniugi relative al loro *status*, condizionando il comportamento processuale e la libertà delle parti di difendersi nel giudizio di divorzio.

Sul previsto condizionamento processuale, il pensiero della Suprema Corte è inequivocabile: l'accordo preventivo si configurerebbe alla stregua di un accordo transattivo diretto a regolare pattiziamente lo *status* post-coniugale piuttosto che gli aspetti patrimoniali, i quali, invece, assumerebbero la funzione di corrispettivo per il consenso preventivamente prestato al divorzio¹³⁵. In *secundis* si pone il limite dell'indisponibilità del diritto di difesa tutelato ex art. 24 Cost., laddove gli accordi, sia prematrimoniali che post-matrimoniali, sono diretti

¹³³ G. OBERTO, *Gli accordi della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 705.

¹³⁴V. BARBALUCCA - P. GALLUCCI, op. cit., p. 14.

¹³⁵F. NADDEO, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a *Cass., sent.*, n. 23713/2012, in www.comparazioneDirittocivile.it, p. 27 e ss.

implicitamente o esplicitamente a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio.

Il fondamento della nullità, risiede nel fatto che le convenzioni destinate a disciplinare gli effetti economici della futura crisi coniugale, o del futuro divorzio, sarebbero destinate a condizionare il comportamento processuale delle parti relativamente ad un giudizio sui diritti indisponibili quali sono gli stati personali. L'effetto si rivelerebbe inammissibile perché in tali controversie il diritto di difesa esige piena libertà del postulante di avvalersi dei mezzi giuridici a protezione delle posizioni soggettive di natura personale connesse al rapporto di coniugio¹³⁶.

L'accordo, infatti, avrebbe quale sua esplicita o implicita finalità di circoscrivere o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio per lo scioglimento del matrimonio, in relazione non solo agli aspetti economici, ma addirittura con riguardo alla stessa pronunzia di divorzio. In altri termini, il regolamento convenzionale preventivo, si presenterebbe come un accordo transattivo diretto, non tanto a superare i profili d'indisponibilità dell'assegno di divorzio, ma a regolare pattiziamente lo stesso *status* post-coniugale: sotto questo profilo, i vantaggi patrimoniali previsti nell'intesa sul futuro divorzio svolgerebbero la diversa funzione di corrispettivo per il consenso preventivo al divorzio, violando il principio secondo cui la libertà nella scelta dello *status* non tollera vincoli e tantomeno prezzi¹³⁷. In *tertiis* la giurisprudenza giustifica la propria posizione di chiusura sull'art. 160 c.c. che determina l'indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, che verrebbe quindi a limitare l'autonomia negoziale sia per gli accordi

¹³⁶R. CALVO, *La famiglia e le successioni*, Torino, 2004, p. 111.

¹³⁷E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 345.

ante nuptias in vista di una futura crisi, quanto per le pattuizioni concernenti il regime post-matrimoniale.

Pertanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo, il tenore della vigente normativa in materia di divorzio vieta di accordare efficacia a ogni patto *ante* o *post nuptias*, intervenuto preventivamente allo scioglimento del matrimonio, al fine di predeterminare il regime giuridico patrimoniale di un futuro ed eventuale divorzio¹³⁸. In particolare, è costante l'affermazione dell'inammissibilità degli accordi *de qua* per la presunta, assoluta indisponibilità dell'assegno divorzile, desunta, in primo luogo, dall'esclusiva funzione assistenziale ad esso attribuita; in secondo luogo, dal combinato disposto degli art. 160 c.c., 143 c.c. e dall'art. 5, VI co., l. 898/1970¹³⁹. In una simile prospettiva, ogni accordo preventivo dei coniugi che prevedesse o escludesse la spettanza dell'assegno divorzile o ne specificasse la misura e le modalità di corresponsione sarebbe radicalmente nullo¹⁴⁰.

Si può osservare in chiave critica che le argomentazioni sostenute a fondamento della tesi dell'inammissibilità di accordi sulla cessazione del *menage* coniugale, possono essere superate.

Infatti, il descritto orientamento della giurisprudenza tradizionale è fortemente ostacolato in dottrina sulla base di numerose ragioni, convincenti anche sul piano logico e sistematico, le quali vanno dall'infondatezza dei timori circa le ripercussioni di questi accordi sulle decisioni inerenti lo *status*, sino alla dimostrazione dell'erroneità del

¹³⁸L. 898/1970, come modificata dalla L. 74/1987. L'osservazione è di F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. impr.*, 2000, III, p. 1137 e ss.

¹³⁹Cass. n. 3777/1981, la S. C. ha affermato: "Anche l'assegno di divorzio, pur riferendosi innegabilmente ad un tempo in cui i coniugi non sono più tali, rientra pur sempre tra i diritti derivanti dal matrimonio e, quindi, tra i diritti inderogabili da parte dei coniugi fino a che essi siano tali o prima ancora che lo diventino".

¹⁴⁰F. NADDEO, op. cit., p. 29.

richiamo all'art. 160 cod. civ. in questa materia¹⁴¹. Infatti, quanto alla nullità per contrarietà all'ordine pubblico derivante del commercio di *status*, occorre evidenziare che lo scioglimento del vincolo costituisce nell'ordinamento vigente diritto potestativo di ciascun coniuge.

Si realizza lo schema diritto-soggezione, ovvero nel momento in cui una parte esercita il proprio diritto proponendo la relativa azione giudiziaria, si determina una situazione di soggezione, poiché la volontà di un coniuge di sciogliersi dall'unione rende intollerabile la convivenza ed impossibile la ricostituzione della comunione materiale e spirituale. È chiaro pertanto che il diritto di difesa non viene in alcun modo scalfito poiché nel giudizio concernente lo *status*, l'eventuale volontà contraria di uno dei coniugi non può mai impedire la pronuncia della sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Inoltre, l'intento delle parti non è quello di disporre dello *status* bensì di determinare in modo certo l'assetto dei futuri rapporti economici, in senso non necessariamente iniquo per una di esse. A questo si aggiunga la preoccupazione principale identificata nello scambio del consenso al divorzio con una prestazione patrimoniale promessa, può essere superato limitando l'oggetto di siffatte convenzioni esclusivamente volte a disciplinare gli aspetti patrimoniali della fine del matrimonio, una volta intervenuto il divorzio. Sicché con gli accordi prematrimoniali si può regolare il regime patrimoniale del matrimonio, anche per la futura ed eventuale cessazione dello stesso, senza alterare in alcun modo la decisione di chi ne è parte, di sposarsi.

Va temperata anche l'affermazione di assoluta indisponibilità del diritto all'assegno divorzile, atteso che la previsione di legge consente alle parti di concordarne la corresponsione in unica soluzione, sempre

¹⁴¹B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 5, p. 442.

che questa sia ritenuta equa dal Tribunale. La dottrina¹⁴² ritiene che a sostegno della tesi negazionista, l'art. 160 c.c. non sia ben invocato. Infatti, se è vero che gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio, è anche vero che il divieto in parola, riguarda solo ed esclusivamente gli atti di disposizione dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, e non anche la determinazione, secondo autonomia, dei rapporti patrimoniali durante il divorzio.

Sotto il profilo patrimoniale, l'art. 160 c.c. si riferisce al dovere di contribuzione durante la fase fisiologica del rapporto coniugale. Esso quale espressione del principio di solidarietà e quindi quale attuazione dei valori fondamentali di cui all'art. 29 Cost., che merita essere sottratto all'autonomia privata¹⁴³. Potrebbe esserci dell'altro, interpretare la norma in senso eccessivamente rigoristico significa non tenere conto di chiare indicazioni legislative di segno contrario. Si pensi alla possibilità offerta ai coniugi di modificare tramite convenzione il regime patrimoniale della famiglia ex art. 159 ss cc, di concordare i termini della separazione consensuale (art. 158 cc) o di presentare una domanda congiunta di divorzio che disciplini le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici (art. 4 comma 13 l. div).

Occorre anche sin da ora evidenziare un'evoluzione giurisprudenziale che sarà meglio analizzata in seguito, nella quale che la Suprema Corte ha disatteso i medesimi principi in ipotesi affini a quella considerata. Si pensi agli accordi stipulati in vista dell'annullamento del matrimonio, o quelli stipulati per disciplinare i termini della separazione di fatto o a quelli intervenuti prima del decreto di omologazione e in esso non trasfusi che assicurino una maggiore o più puntuale tutela

¹⁴² G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, p. 184 e ss.

¹⁴³ D.G. RUGGIERO, op. cit., p. 192.

all'interesse protetto o a quelli intervenuti successivamente al decreto di omologa che siano modificativi o integrativi dell'accordo omologato: tutti questi accordi sono stati ritenuti validi dalla giurisprudenza, così come non sono stati considerati invalidi i patti in vista del divorzio stipulati da stranieri e consentiti nell'ordinamento cui i coniugi sono sottoposti. Su tale scia si collocano pronunce che manifestano una tendenziale apertura verso l'ammissibilità di forme di autonomia privata.

La giurisprudenza, preso atto del processo di "privatizzazione" della famiglia, secondo l'evoluzione prima esposta, ha fatto trasparire una timida ma chiara condivisione della inadeguatezza dello strumento processuale rispetto alla risoluzione dei conflitti di natura patrimoniale che possono sorgere nel *mènage* familiare.

Singolare è sul punto la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 6 febbraio 2009 n.2997 che ha affrontato la questione giuridica in cui due coniugi, separati di fatto, avevano sottoscritto una scrittura privata allo scopo di regolare i loro rapporti economici, anche con riguardo ai figli maggiorenni. Tale accordo si vedeva disatteso dal marito che aveva chiesto la dichiarazione di nullità dello stesso per effetto della trasformazione del procedimento da consensuale in giudiziale.

La Corte, statuendo la piena validità dell'accordo, ha ordinato che fosse dato puntuale adempimento alle prestazioni contenute nelle intese in precedenza raggiunte. Il collegio ha osservato che "l'interpretazione del contratto e degli atti di autonomia privata costituisce un'attività riservata al giudice di merito", il quale nel caso di specie aveva congruamente e logicamente argomentato. Conseguentemente, è stato chiarito che "l'accordo stipulato dai coniugi in vista della futura separazione, se interpretato dal giudice di merito quale intesa volta a eliminare possibili controversie su questioni patrimoniali estranee alla

separazione, anche riguardanti i rapporti con i figli, è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale, ovvero per vizi di motivazione”.

Da tale decisione emerge che non è stato ritenuto operante l’istituto della presupposizione, invocata dal marito, perché dalla scrittura non emergeva che la separazione consensuale fosse il presupposto comune e tale circostanza presupposta, per sua natura in ogni caso, non poteva certamente essere ritenuta indipendente dalla volontà delle parti.

La Suprema Corte sul punto ha quindi fatto applicazione del principio in base al quale “le pattuizioni intervenute tra i coniugi anteriormente o contemporaneamente al decreto di omologazione della separazione consensuale, e non trasfuse nell’accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest’ultimo, in posizione di “non interferenza” – perché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell’accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, ovvero perché hanno un carattere meramente specificativo – oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all’interesse tutelato attraverso il controllo di cui all’art. 158 c.c.”¹⁴⁴.

Nel caso citato, la Corte ha quindi riconosciuto rilevanza ai contratti conclusi tra coniugi durante la crisi matrimoniale, volti alla regolamentazione di questioni economiche anche rispetto ai figli maggiorenni, nella misura in cui essi operano su un piano diverso rispetto alla separazione personale, sia sotto il profilo dell’oggetto che della causa.

Sebbene la pronuncia si riferisca ad un accordo post-coniugale ma precedente alla domanda di separazione, va trattato in tale sede,

¹⁴⁴ Cass. Sez. I, 20 Ottobre 2005 n. 20290, con nota di G. Oberto, *Fam. e Dir.*, 2006, p. 150; Cass. Sez. I, 24 Ottobre 2007 n. 22329, in *Giust. Civ. Massimario*, 2007, p. 10.

nell'alveo degli accordi prematrimoniali, ovvero antecedenti alla celebrazione delle nozze in quanto a differenza degli accordi di separazioni successivamente trattati, traducono un importante riconoscimento della Corte in favore dell'autoregolamentazione da parte degli stessi interessati nella gestione degli interessi in gioco nella fase della crisi coniugale ed in vista della futura separazione come un'espressione dell'autonomia negoziale nell'ambito della famiglia.

Tale apertura in favore dell'autonomia negoziale nell'ambito del diritto di famiglia, con particolare riguardo agli accordi *ante-nuptias*, si è manifestata da ultimo nella giurisprudenza di legittimità che con sentenza 2012 n. 23713, ha statuito che l'accordo con cui, prima del matrimonio, la futura moglie s'impegna a trasferire al marito, in caso di "fallimento" del matrimonio, la proprietà di un immobile, a titolo di indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di altro locale di proprietà della moglie medesima, destinato ad abitazione familiare, è un contratto atipico a prestazioni corrispettive, lecito e meritevole di tutela, poiché il fallimento del matrimonio non viene considerato dalle parti come causa genetica dell'accordo, ma come mero evento condizionale, conforme a norme imperative ed in particolare all'art. 160 c.c. Questo contratto è estraneo, peraltro, alla categoria degli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti.

Si tratta di un altro passo molto rilevante verso il riconoscimento della validità dei patti prematrimoniali che tuttavia ha diviso gli interpreti, sostenendo alcuni il suo distacco dall'orientamento tradizionale, affermando altri, al contrario, che tale orientamento verrebbe confermato. Bisogna sapere leggere tra le righe, e la posizione

della Corte pare leggersi con estrema chiarezza. Difficilmente le sezioni semplici procedono a *revirement* totali, si muovono piuttosto per piccoli passi, salvo investire della questione le Sezioni Unite. Il passo della sentenza in esame non è peraltro tanto piccolo. Ovviamente la Corte è vincolata dall'inquadramento effettuato dal giudice *a quo*, se sorretto da motivazione “adeguata e non illogica”¹⁴⁵.

Il caso concerne due nubendi che, alla vigilia del matrimonio, avevano sottoscritto una scrittura privata in virtù della quale la moglie, in caso di fallimento dello stesso, s'impegnava a cedere al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese da quest'ultimo sostenute per la ristrutturazione di altro immobile, a lei intestato, da adibirsi a casa coniugale; mentre il marito si impegnava a trasferire, a saldo, un titolo BOT. Intervenuto il divorzio, sorgeva contestazione riguardo alla vincolatività dell'accordo.

Il Tribunale di primo grado, pronunciata la cessazione degli effetti civili del matrimonio, rigettava la domanda volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. dell'impegno assunto con la predetta scrittura privata, ritenuta nulla “per illiceità della causa, perché in contrasto con l'art. 160 c.c.”, che pone in capo ai coniugi il divieto di derogare ai diritti e ai doveri nascenti dal matrimonio.

La Corte di Appello, investita del gravame, riformando parzialmente la sentenza di primo grado, dichiarava valido ed efficace l'accordo negoziale siglato prima delle nozze, reputandolo, dunque, suscettibile di essere eseguito in via coattiva ex art. 2932 c.c.

Secondo la Corte si tratta di “un impegno negoziale che, in sé, non trae il proprio titolo genetico nel matrimonio, e non può quindi annoverarsi tra i diritti o i doveri nascenti dal matrimonio nell'ottica del

¹⁴⁵ A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 8; 9, p. 843.

prefato art. 160 c.c., che vieta appunto gli atti di disposizione relativi ai diritti o ai doveri nascenti dal matrimonio, e sanciti imperativamente¹⁴⁶. Avverso la sentenza del giudice d'appello la moglie proponeva ricorso per Cassazione, lamentando la nullità della scrittura privata stipulata *ante nuptias* per violazione del divieto posto dall'art. 160 c.c.

Investita della questione, la Suprema Corte, avallando la ricostruzione operata dal Giudice di secondo grado, ha riconosciuto la validità e l'efficacia dell'impegno negoziale assunto dai nubendi in vista dell'eventuale disgregazione del loro vincolo coniugale, qualificando l'accordo preventivamente siglato dalle parti come un "contratto atipico, espressione di autonomia negoziale dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., II co."

In particolare, secondo i giudici di legittimità, ricorrerebbe nel caso concreto una "sorta di *datio in solutum*" poiché l'impegno negoziale di cedere un immobile, assunto da uno dei nubendi verso l'altro, è sinallagmaticamente collegato alle spese da quest'ultimo sostenute per la sistemazione di altro immobile adibito a casa coniugale". Tale contratto è sottoposto a una condizione sospensiva lecita, individuata nel "fallimento" del matrimonio.

L'accordo siglato dai nubendi alla vigilia del matrimonio deve reputarsi valido innanzitutto perché tale "fallimento" non può essere considerato in termini di "causa genetica" del contratto, bensì come condizione volontaria sospensiva dell'efficacia dello stesso. Ove, al contrario, il matrimonio e la sua fine fossero assunte, nella considerazione dalle parti, a giustificazione causale dell'accordo, questo

¹⁴⁶ Corte App. Ancona, 14 marzo 2007, sent. n. 104, riprendendo testualmente un passaggio della sentenza di primo grado emessa dal Trib. Macerata il 14 dicembre 2005. Gli stralci più significativi delle due pronunce sono testualmente riportati da G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, p. 321.

sarebbe stato sicuramente nullo, poiché – secondo le parole della Corte di merito riprese dalla Cassazione – l’impegno in questione avrebbe assunto la funzione di “sanzione dissuasiva in ordine all’assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale”.

Peraltro, sempre secondo l’interpretazione dei giudici di merito, ritenuta adeguata e immune da errori di diritto, “indice di tale ipotesi potrebbe essere soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni, al contrario non provata”, essendo il contratto in questione caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali.

Ricondotto, dunque, lo scioglimento del matrimonio nell’alveo dell’elemento condizionale, la Corte ne asserisce la piena validità, escludendo in *primis* che si tratti di condizione meramente potestativa ai sensi dell’art. 1355 c.c., poiché la verifica dell’evento non dipende dalla mera volontà dei contraenti ma dal “fattore oggettivo” del fallimento del matrimonio, considerato indipendentemente da eventuali responsabilità di ciascuno dei coniugi. Né la condizione suddetta si pone in contrasto con norme imperative, l’ordine pubblico o il buon costume ed in particolare con la disposizione dettata dall’art. 160 c.c., rispetto alla quale anzi risulta essere “pienamente conforme”.

In costanza di matrimonio, infatti, opera tra le parti, ex art. 143 c.c., il dovere reciproco di contribuzione, rispetto al quale “può sicuramente ipotizzarsi che, nell’ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, su loro accordo, una sorta di quiescenza, una “sospensione”, appunto, che cesserà con il “fallimento” del matrimonio e, con il venir meno, provvisoriamente con

la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri e diritti coniugali¹⁴⁷.

Si tratta di un passo importante che amplia le possibilità di stipulare accordi personalizzati e mirati anche alla preventiva risoluzione delle controversie in sede di separazione e divorzio.

Tuttavia tale pronuncia non infrange l'orientamento giurisprudenziale sfavorevole ai patti prematrimoniali, anche se da alcuni è ritenuta una svolta epocale, ma la sentenza ribadisce il tradizionale orientamento di ritenere invalidi le convenzioni che hanno ad oggetto i diritti considerati inderogabili e pertanto gli accordi economici che riguardino il futuro assegno di divorzio. Invero, con tale statuizione si riconosce l'esistenza dell'autonomia privata – sancita dall'art. 1322 c.c. - all'interno del diritto di famiglia. Autonomia che consente ai coniugi, di disporre del loro patrimonio in vista della fine dell'unione matrimoniale, in assenza di condizioni di disparità e di sproporzione delle prestazioni patrimoniali da eseguire.

La pronuncia della Corte compie però un discutibile distinguo. Se gli accordi sono volti a una sistemazione dei complessivi rapporti coniugali post divorzio sono nulli. Qualora, invece, l'efficacia di questi accordi sia sospensivamente condizionata alla cessazione del matrimonio si tratterà di accordi atipici meritevoli di tutela.

Il distinguo della corte non può essere condiviso, anche perché troppo sibillino e poco ragionevole. Sembra ancora una volta un modo per restare ancorati al vecchio orientamento restrittivo, giungendo però a una soluzione che ormai apre nitida la strada all'ammissibilità degli accordi pre-divorzili e, quindi, all'irruzione dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia.

¹⁴⁷ La ricostruzione del caso è testualmente ripreso da J. VITERALE, in *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a *Cass.*, sent. n. 23713/2012, op. cit., p. 5 e ss.

Come risulta infatti dal dibattito giurisprudenziale, il momento temporale in cui viene siglato l'accordo è in grado di condizionare incisivamente la disponibilità dei diritti patrimoniali connessi alla crisi coniugale, fino a costituire il vero e proprio *discrimen* della validità degli accordi in parola. Esso, assurgendo *de facto* a criterio di legittimità e di classificazione degli accordi preventivi, si riflette in maniera diversa sulla problematica questione della loro ammissibilità al punto da determinare un trattamento irragionevolmente disparitario tra le diverse fattispecie di accordi preventivi. Si nota come alla piena legittimità degli accordi patrimoniali preventivi stipulati in vista della separazione o dell'eventuale declaratoria di nullità del matrimonio (come dopo si vedrà), si contrapponga la conclamata nullità degli accordi patrimoniali preventivi di divorzio e dunque anche degli accordi prematrimoniali volti a prefigurare le conseguenze economiche della crisi coniugale¹⁴⁸.

In tempi non recenti e in un periodo in cui si poteva discorrere non già di divorzio, bensì d'invalidità del matrimonio, autorevole dottrina, affermava la liceità degli accordi stipulati in vista dell'annullamento del matrimonio, ricorrendo all'art. 1322 c.c. cpv. ed evidenziando che siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche. La funzione economico-sociale del contratto è quindi evidente, anche se non siamo di fronte ad un tipico negozio causale. Circa il *quantum* dell'obbligazione, e l'addossarla all'uno o all'altro dei coniugi, è materia in cui l'autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi insindacabilità del

¹⁴⁸F. NADDEO, op. cit., p. 27 e ss.

giudice nel valutare se ci sia stata o meno generosità di chi si è obbligato, se avrebbe potuto dare somma minore¹⁴⁹.

Se si aderisce alla posizione della dottrina dominante che identifica il giudizio di liceità con quello ex art. 1322 c.c., comma 2, c.c., anche il profilo dell'accertamento della meritevolezza degli interessi delle intese prematrimoniali ne può risultare agevolato, dovendo l'interprete limitarsi alla verifica negativa della non violazione dei criteri di liceità senza ricercare in positivo altre finalità da sottoporre al controllo di compatibilità con i valori dell'ordinamento. Invero, una volta distinta la causa dal tipo negoziale, la prima ha riacquisito tutta la sua valenza in chiave d'interessi concreti e oggettivati propri degli autori o dell'autore del negozio.

Se la causa è funzione economico-individuale e il giudizio di meritevolezza coincide con quello di liceità, è chiaro che nell'ambito dei negozi patrimoniali *inter vivos*, tipici ed atipici, l'unico limite in negativo è dato dalla non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Vero è che il termine meritevolezza è spesso utilizzato per indicare una sorta di funzionalizzazione in positivo dell'autonomia contrattuale che, tramontata con l'ideologia dirigista coeva al codice civile del 1942 è, a ben vedere, via via riaffiorata anche nella vigenza della Costituzione repubblicana, seppur, ovviamente nell'ambito della promozione dei valori personalistici e di sviluppo dell'individuo ex art. 2 Cost¹⁵⁰.

2.3 *Gli accordi di separazione*

¹⁴⁹A. C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv.dir.civ.*, II, 1967, p. 530.

¹⁵⁰S. FRANCESCO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corriere Giur.*, 2013, 12, p. 1563.

Nullità, separazione e divorzio costituiscono risposte che l'ordinamento offre alla crisi del rapporto coniugale. Diversi quanto ad origine storica, presupposti ed effetti, essi esprimono approcci differenti alla patologia del matrimonio¹⁵¹.

In linea di principio è agevole tracciare la linea di confine tra questi istituti.

La nullità rappresenta un'anomalia dell'atto che non è validamente sorto a causa di vizi antecedenti o contemporanei alla celebrazione. Separazione e divorzio dipendono invece da circostanze normalmente sopravvenute che influiscono sul rapporto coniugale. Mentre tuttavia il divorzio determina lo scioglimento del matrimonio e la perdita dello *status* coniugale, la separazione ne provoca un semplice "allentamento", l'attenuarsi di alcuni obblighi, il modificarsi di altri, ed è generalmente considerata una situazione non definitiva destinata ad evolvere o in una ripresa della convivenza, o nel completo scioglimento del matrimonio.

Nella fase della crisi coniugale manca però nel nostro ordinamento giuridico una norma che attribuisca in modo espresso ai coniugi il potere di regolamentare i propri interessi. Tuttavia, il codice civile, prevede una serie di disposizioni a garanzia della solidarietà *post* coniugale. Infatti, sono state individuate dalla dottrina¹⁵² quali disposizioni di riferimento l'art. 711 co. 3, c.p.c. che, con riguardo alla separazione consensuale¹⁵³, prevede che nel processo verbale debba darsi atto delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole.

¹⁵¹ Anche per l'osservazione successiva G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, fasc. 1, 2001, p. 245.

¹⁵² Sul punto cfr. M. SANTISE, op. cit., p. 18.

¹⁵³ La separazione legale, oltre che giudiziale, può anche essere di natura consensuale. Essa presuppone l'accordo delle parti circa la volontà di vivere separati, che per avere rilevanza giuridica deve essere sottoposto al vaglio giurisdizionale mediante l'omologazione del tribunale (art. 158, co 1, cc). Il procedimento di separazione quindi si sussume nell'alveo del procedimento di volontaria giurisdizione, nell'ambito del quale il giudice non ha la funzione di dirimere un conflitto, bensì di convalidare la volontà delle parti.

Inoltre, l'art. 4 co. 13 Legge 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74 nella parte in cui dispone che la domanda proposta congiuntamente dai coniugi indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici. Infine l'art. 5 co. 8 Legge 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, nella parte in cui consente, previo accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, purché la convenzione appaia equa, con preclusione di qualsiasi successiva domanda avente contenuto economico.

La giurisprudenza e la dottrina dominanti ritengono legittimi gli accordi preventivi alla separazione svolti in costanza di matrimonio, ma solo entro certi limiti. Se la solidarietà che è a fondamento della relazione di coppia funge da elemento d'unione, l'intollerabilità della convivenza reca con sé uno sgretolamento anche degli interessi di natura patrimoniale che riacquistando una dimensione prettamente individuale, diventano l'oggetto di contrapposte rivendicazioni. Pertanto, in tale fase, il contratto per la sua naturale vocazione tendente alla composizione dei conflitti, può rivelarsi un appropriato strumento di gestione della crisi¹⁵⁴.

Nell'ambito degli accordi post-matrimoniali, si opera una sub-distinzione, e cioè quelle svolte in via preventiva, in vista di una separazione non conclamata o addirittura eventuale; e quelle preventive o contestuali, immediatamente accedenti all'accordo di separazione omologato, rientranti nella categoria degli accordi *a latere*.

Come sarà di seguito meglio specificato, giova sin da subito evidenziare come i correnti orientamenti distinguono ulteriormente negli accordi a latere, quelli coevi, anteriori e successivi all'accordo omologato. Inoltre, negli accordi preventivi si distingue tra quelli che

¹⁵⁴L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale*, in F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006, p. 79.

hanno ad oggetto questioni patrimoniali e personali non interferenti con interessi dei minori, in riferimento ai quali è possibile prospettare libera negozialità tra i coniugi, ed accordi interferenti con interessi dei minori che invece richiedono il necessario intervento giudiziale.

Quanto agli accordi a latere della separazione personale è opportuno iniziare il discorso dall'esegesi dell'art. 158, 2° co., c.c.. Il giudice, ai sensi di tale norma, effettua un controllo di merito sugli accordi raggiunti dai coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli, per verificare se essi soddisfino l'interesse predominante della prole indicando, in caso negativo, le modificazioni che i coniugi devono apportare per ottenere l'omologazione. Da questa norma si potrebbe trarre la conclusione¹⁵⁵ secondo cui i patti tra i coniugi, riguardanti i figli devono essere contenuti in un unico negozio avente sede necessaria nel processo, pena la loro inefficacia; neanche il miglior trattamento riservato al figlio dall'accordo a latere, rispetto a quanto previsto dai patti sottoposti al controllo giudiziario, potrebbe giustificare l'efficacia. La norma *de qua* porta l'interprete a svolgere anche un'altra considerazione: se il giudice può dare ai coniugi indicazioni correttive solo con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli, significa che egli non ha lo stesso potere riguardo agli accordi disciplinanti la posizione economica del coniuge che non abbia adeguati redditi propri. Ne deriverebbe la validità ed efficacia dell'accordo anteriore o successivo al decreto di omologa con cui i coniugi stabiliscano la misura dell'assegno di mantenimento discostandosi, *in melius* o *in peius*, da quanto omologato¹⁵⁶.

¹⁵⁵ In tal senso Cass., 5.1.1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, p. 401; Cass., 13.2.1985, n. 1208, in *Nuova giur. comm.*, 1985, p. 658 ss., con nota di Zatti, e Cass., 11.7.1985, n. 4124, in *Mass. Giur. it.*, 1985, in CED, RV 441651.

¹⁵⁶ A. GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 12, p. 1015.

In passato, la giurisprudenza degli anni '80 ha affermato la nullità degli accordi se preventivi e concomitanti alla separazione, e se riguardanti le materie dalla stessa disciplinata, ritenendosi sempre imprescindibile il vaglio giudiziale per riconoscere validità ed efficacia alle intese volte a regolare la futura vita dei coniugi separati.

In seguito, affermatosi il ruolo centrale del consenso dei coniugi e l'autonomia ad essi spettante, sia nella fase fisiologica che in quella patologica del matrimonio, si è sottolineato che tali accordi sono validi, costituendo accordi atipici o dotati di una loro tipicità, purché siano maggiormente vantaggiosi per il coniuge, soggetto debole della separazione.

Secondo la giurisprudenza successiva¹⁵⁷ andrebbe operata una distinzione in ragione del riferimento temporale dell'accordo, per questo motivo gli accordi coevi o anteriori all'accordo omologato sono validi se si pongono in ragione di non interferenza con l'accordo omologato; quelli successivi sono validi se stabiliscono solo una messa a punto, ovvero una maggiore rispondenza agli interessi delle parti tutelati con il già svolto controllo giudiziario¹⁵⁸.

Al fine di non privare di significato l'omologazione, l'efficacia degli accordi anteriori o contemporanei è circoscritta ai casi in cui questi si collochino in posizione di "non interferenza rispetto all'accordo omologato", oppure "in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato".

La prima ipotesi si determina quando i patti estranei al procedimento di separazione riguardino un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato "sicuramente compatibile con

¹⁵⁷ Cfr. *Cass.* 24 febbraio 1993, n. 2270, *Cass.* 22 gennaio 1994 n. 657, *Cass.* 28 febbraio 1997, n. 7029.

¹⁵⁸V. BARBALUCCA – P. GALLUCCI, op. cit., p. 45.

questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri”, ovvero quando essi ne costituiscano una mera specificazione, e pertanto non siano sottoposti al controllo atteso il loro carattere di disciplina secondaria. Conseguentemente si deve ritenere illegittimo un patto coevo o antecedente che attribuisca al coniuge titolare del diritto al mantenimento un assegno d’importo inferiore rispetto a quanto riconosciuto dagli accordi omologati¹⁵⁹.

La seconda ipotesi si concretizza quando i coniugi regolino l’assegno di mantenimento ovvero l’assegnazione della casa familiare in modo da realizzare una migliore protezione degli interessi sottesi a tali istituti rispetto a quella risultante dai corrispondenti patti omologati¹⁶⁰.

Sul tema, particolarmente importante è la sentenza del 20 ottobre 2005 n. 20290 in cui la corte statuisce che le pattuizioni intervenute tra i coniugi anteriormente o contemporaneamente al decreto di omologazione della separazione consensuale, e non trasfuse nell’accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest’ultimo, in posizione di non interferenza – perché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell’accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, ovvero perché hanno un carattere meramente specificativo – oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all’interesse tutelato attraverso il controllo di cui all’art. 158 cod. civ. In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, che aveva escluso

¹⁵⁹ “[...] Le clausole anteriori, non trasfuse nell’accordo omologato, non possono incidere su questo 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” (Cass., n. 2270/1993). Il pensiero della Cassazione è chiaro: se il giudice ha omologato la somma che i coniugi hanno stabilito dover essere corrisposta al coniuge economicamente più debole a titolo di mantenimento, non può prevalere un patto anteriore che preveda un importo inferiore.

¹⁶⁰A. GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, op. cit., p. 1016.

l'invalidità dell'accordo intervenuto tra i coniugi per l'alienazione della casa coniugale, di proprietà esclusiva del marito e assegnata alla moglie, e per la ripartizione del ricavato tra loro, in quanto la perdita dell'abitazione da parte del coniuge assegnatario era giustificata dall'intenzione di quest'ultimo di trasferirsi in un'altra città, ed era comunque compensata dal beneficio economico derivante dall'attribuzione di parte del corrispettivo, che avrebbe consentito alla moglie di far fronte più largamente alle proprie esigenze ed a quelle della figlia a lei affidata.

Nessun problema hanno, invece, mai posto gli accordi antecedenti e concomitanti, ove assolutamente estranei alle materie regolate dalla separazione (giudiziale o consensuale). In base al principio di non interferenza non sarebbero configurabile neanche in astratto un conflitto con quanto dedotto in sede giudiziale, difettando *in nuce*, la possibilità di violare il combinato disposto degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c.¹⁶¹.

Con riguardo, invece, agli accordi successivi all'omologazione, con cui i coniugi modificano le condizioni già sottoposte al vaglio giudiziale, l'autonomia negoziale ha maggiore spazio¹⁶², potendo esplicarsi purché si rispettino gli artt. 1322 e 160 c.c. Tali accordi sono validi e vincolanti indipendentemente dall'intervento del giudice. Un dubbio potrebbe residuare in relazione agli accordi incidenti sulla prole minorenni, assumendo il controllo giudiziale particolare profondità con riguardo alle pattuizioni relative ai figli¹⁶³. Alcuni autori¹⁶⁴ ritengono che

¹⁶¹ Cass., 8 giugno 2006 n. 23801, in *Dir. Famiglia*, 2007, 1.

¹⁶² Ciò deriva dalla natura giuridica privatistica dell'accordo che sorregge la separazione consensuale. Infatti, la causa della separazione risiede nella volontà dei coniugi, sicché l'omologazione agisce come mera condizione legale di efficacia dell'accordo. I limiti al potere del giudice nella fase di controllo dimostrano che l'accordo tra i coniugi costituisce l'elemento fondante del regolamento dei loro rapporti, mentre il controllo giudiziario è solo riferito alla verifica della compatibilità della convenzione alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico.

¹⁶³ M. SANTISE, op. cit., p. 20.

¹⁶⁴ Sul punto cfr. B. DE FILIPPIS – G. CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2004.

gli accordi successivi che incidono sulla prole siano sempre nulli, essendo sempre necessario l'intervento giudiziale.

Pare, però, preferibile un'impostazione che consenta, comunque, ai genitori di assumere decisioni nell'interesse dei figli, a condizioni che siano migliorative dell'assetto impresso dal Tribunale. Tale soluzione, oltre ad essere in linea con l'evoluzione dei tempi, evitando di costringere i genitori a ricorrere al giudice per ogni questione attinente alla prole, è anche in linea con il mutato assetto del regime della potestà dei genitori introdotto dalla legge sull'affidamento condiviso e all'importanza da essa attribuito all'autonomia negoziale degli stessi nella conformazione del rapporto con i figli dopo la cessazione del rapporto di coppia¹⁶⁵.

La giurisprudenza, dunque, raccogliendo i suggerimenti della dottrina, ritiene validi gli accordi in vista della separazione alle condizioni appena esposte, nella ulteriore considerazione che la valutazione di meritevolezza dell'accordo trova un coerente parametro di riferimento nei valori dell'ordinamento che emergono nella loro unitarietà¹⁶⁶. Sul punto, infatti, si precisa che autonomia non è arbitrio, né l'atto di autonomia nell'ordinamento sociale può esimersi dal realizzare un valore positivo. Se l'apice della gerarchia dei valori è la persona umana l'atto che la riguarda deve pur tendere obiettivamente a realizzarla nella libertà ma anche nel rispetto del suo stesso essere, soluzione che si pone quale fondamento e limite all'autonomia privata

¹⁶⁵A. ARCIARI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 1, p. 94 e ss.; M. SANTISE, op. cit., p. 20.

¹⁶⁶ Sul riconoscimento in capo ai coniugi di un potere di autoregolamentazione dei propri interessi patrimoniali rientrante nell'ampia sfera di autonomia disegnata dall'art. 1322. Cfr. Cass. 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233, con nota di Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*; Cass. 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; Cass. 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 710 con nota di Ferrari, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*.

tra i coniugi¹⁶⁷. Circa la natura giuridica di tali prestazioni, essa va individuata nel tipo di interesse tutelato ed individuabile nel contenuto delle concrete pattuizioni¹⁶⁸.

Nella separazione, l'obbligazione sarebbe ascrivibile a un'obbligazione legale di mantenimento. Infatti, l'obbligo di versare l'assegno di mantenimento trova il suo fondamento nel dovere dei coniugi, reciproco ed inderogabile, di contribuire ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Intimamente connessa all'irrinunciabilità dell'obbligo di mantenimento, nonché all'indisponibilità¹⁶⁹ del relativo diritto, è la funzione squisitamente contributiva dell'assegno, che può essere agevolmente desunta dal combinato disposto degli artt. 143 e 160 c.c.. Entro questi limiti, all'autonomia privata è rimessa la determinazione del *quantum* e del *quomodo* dell'assegno¹⁷⁰.

La Corte di Cassazione¹⁷¹ ha ritenuto 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 sono collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della donazione, e rispondono di norma a un più specifico e più proprio

¹⁶⁷ F. RUSCELLO, op.cit., p. 14.

¹⁶⁸ Nella consapevolezza che nell'ambito dell'accordo tra i coniugi relativo alla separazione si distingue un contenuto essenziale da uno eventuale. Il primo consiste nella volontà di separarsi legalmente, ovvero di vivere separati a fronte di una convivenza ormai divenuta intollerabile; mentre il secondo sarebbe integrato da una serie di pattuizioni quali l'accordo sull'affidamento della prole, l'assegno di mantenimento o l'assegnazione della casa familiare.

¹⁶⁹ Sul punto cfr. F. NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, vol. I, *Il matrimonio. I rapporti personali*, Torino, 2005, p. 474 e ss.; nello stesso senso, P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006, p. 21; in prospettiva più generale, G. AUTORINO STANZIONE, "Autonomia privata" and *Family Relationship Between Legal and de facto Situations*, Quaderni del Dipartimento, diretti da P. Stanzone, Salerno, 2002, p. 27 e ss.

¹⁷⁰ J. VITERALE, op.cit., p. 5 e ss.

¹⁷¹ In particolare, Cass. 21 dicembre 1987, n. 6424, cit., in *Dottrina*, vd. RESCIGNO, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 10.

originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale 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 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 cioè dei vari rapporti di cui i coniugi sono titolari. Gli accordi di gestione della crisi coniugale possono, quindi, avere forma versatile, non potendosi stabilire a priori se siano donazioni, atti a titolo oneroso o atti solutori¹⁷². La natura giuridica di tali intese preventive è quindi chiaramente negoziale, esse dunque restano regolate dal regime normativo di cui agli artt. 1321 e ss. cc. Di qui la possibilità per le parti di modificare in ogni momento tali pattuizioni, sino a che l'evento separazione, cui sono correlate ontologicamente, non si verifichi¹⁷³. Potranno essere annullabili per vizi del consenso ex art. 1427 cc., e potranno essere dichiarate nulle ai sensi dell'art. 1418 cc.

¹⁷²M. SANTISE, op. cit., p. 21 e ss.

¹⁷³ Cfr. F. NADDEO, *Diritti coniugali e disponibilità preventiva*, in www.comparazioneediritto civile.it, p. 4 e ss.

Sulla natura delle intese preventive alla separazione si è pronunciata la Corte di Cassazione¹⁷⁴, secondo cui le attribuzioni di beni mobili o immobili disposte, nell'ambito degli accordi di separazione personale, da un coniuge in favore dell'altro rispondono, di norma, a un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia che sfugge, da un lato, alle connotazioni di una vera e propria donazione e dall'altro a quelle di un atto di vendita e svela, dunque, una sua tipicità che può colorarsi dei tratti propri dell'onerosità o della gratuità a seconda che l'attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare o ripagare l'altro coniuge del compimento di una serie di atti¹⁷⁵.

Circa la natura tipica o atipica di siffatte statuizioni *a latere* dell'accordo omologato, la Corte di Cassazione ha evidenziato che configurano un contratto atipico, con propri presupposti e finalità. In particolare acquisisce validità ed efficacia se ricorre una delle seguenti ipotesi: se assicura una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma; se concerne un aspetto non preso in considerazione dell'accordo omologato e con esso compatibile, non modificandone sostanza ed equilibri; se costituisce, di fatto, clausole meramente

¹⁷⁴ La riconduzione dell'accordo di separazione in senso stretto alla categoria negoziale "se comporta la non operatività delle norme sul 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, come quelle in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti (peraltro richiamate in varie norme codicistiche relative alla materia familiare, come in tema di celebrazione del matrimonio e di riconoscimento dei figli naturali)", così Cass., 21.11.2003, n. 17607, in *Vita notarile*, 2004, p. 156 ss., la quale però ha ritenuto inammissibile l'impugnazione della separazione per simulazione quando i coniugi abbiano chiesto al Tribunale l'omologazione dell'accordo (simulato) in quanto tale domanda si deve interpretare come "un'iniziativa nel senso dell'efficacia della separazione che vale a superare e neutralizzare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso. Appare invero logicamente insostenibile che i coniugi possano disvolere con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso volere l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione: l'antinomia tra tali determinazioni non può trovare altra composizione che nel considerare l'iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione". Questa sentenza implicitamente ed erroneamente considera fulcro della separazione non l'accordo tra i coniugi ma l'omologa, la quale invece, se si accoglie la qualifica negoziale del primo, non può attribuire efficacia ad un accordo non suscettibile di produrre effetti perché simulato (cfr. le critiche di: G. OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corriere giur.*, 2004, 3, p. 309 ss.

¹⁷⁵ Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5473, in www.leggiditalia.it/CassazioneCivile.

specificative dell'accordo stesso. Si tratta, quindi, come anche chiarito dalla giurisprudenza di accordi a causa familiare¹⁷⁶ di carattere atipico o dotati di una loro tipicità¹⁷⁷.

Un orientamento meno recente aveva suggerito la riconduzione degli accordi della crisi negoziale nei negozi d'accertamento la cui figura giuridica è costituita alla stregua della figura processualistica della sentenza "determinativa" caratterizzata da un giudicato condizionato alla persistenza dei presupposti di fatto che hanno portato alla sua emanazione. Secondo tale ricostruzione i negozi familiari rappresenterebbero negozi determinativi del contenuto di obblighi legali con cui le parti accertano situazioni di fatto, prendono atto che le predette situazioni danno luogo a obblighi legali, determinano il contenuto di tali obblighi senza far nascere una situazione giuridica nuova, sicché il rapporto giuridico preesistente rimane sostanzialmente regolato dalla vecchia fonte (negoziale o legale), mentre la nuova ne determina soprattutto il contenuto¹⁷⁸.

Tuttavia il limite principale della riconduzione degli accordi sul regime economico post-matrimoniale alla figura del negozio di accertamento, oltre agli inconvenienti rappresentati dall'adozione di una figura di per sé controversa, è rappresentato dall'efficacia precaria propria della categoria del negozio di accertamento poiché può essere

¹⁷⁶ In questo senso in dottrina cfr. G. Doria, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, p. 304. L'A. teorizza l'esistenza di una "causa familiare", "autonoma ed innominata" e ritiene che la stessa vada rintracciata nell'intenzione delle parti di dare adeguata regolamentazione alla "sintesi assolutamente fusa ed indissolubile" di tutte le ragioni personali e patrimoniali che caratterizzano i rapporti familiari che sorgono in occasione della crisi coniugale. La causa familiare costituisce la "tendenziale ragione giustificativa" degli accordi della crisi coniugale - prosegue l'A. - e il suo fondamento giustificativo risiede nella "disciplina particolare del campo del diritto di famiglia".

¹⁷⁷ G. DORIA, op. cit., p. 297 e ss.

¹⁷⁸ E. RUSSO, in *Trattati*, a cura di P. Cendon; *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, op.cit., p. 515.

dimostrato in ogni tempo un rapporto giuridico fondamentale diverso rispetto a quanto accertato¹⁷⁹.

Ci si è chiesti se gli accordi di natura patrimoniale stipulati dai coniugi in occasione della crisi familiare, della separazione o del divorzio costituiscano vere e proprie convenzioni matrimoniali. Ciò sul presupposto che l'esclusione, almeno in linea di massima delle *causae donationis, solutionis e transactionis*, cioè di giustificazioni fondate su figure proprie del diritto comune, spinge l'interprete a cercare il fondamento causale dei contratti della crisi coniugale in quella che è la sede naturale rappresentata dal diritto di famiglia¹⁸⁰. Questi accordi si distinguono dalle convenzioni matrimoniali perché non hanno la finalità di regolamentare profili patrimoniali della convivenza matrimoniale in corso, ma all'opposto di disciplinarne lo sfaldamento.

Viceversa, la peculiarità della convenzione matrimoniale deriva direttamente dall'art. 159 c.c., ovvero quelle pattuizioni tra i coniugi disciplinanti la fase fisiologica del rapporto e che pertanto presentano un intimo legame con i regimi patrimoniali della famiglia, nel senso che si sostanziano nelle scelte di un regime diverso da quello legale. Si pensi alla scelta del regime di separazione dei beni, ovvero alla comunione convenzionale o ancora alla scelta di costituire un fondo patrimoniale destinato a soddisfare i bisogni della famiglia. Anche la giurisprudenza ha escluso dal novero delle convenzioni matrimoniali gli accordi conclusi in occasione della separazione consensuale, ritenuti però

¹⁷⁹G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, p. 107. L'autore, in base alla Novella del 1987, sottolinea come l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, accanto all'ordinaria procedura contenziosa, abbia contribuito ad accentuare il ruolo dell'autonomia negoziale dei coniugi nella fase patologica del rapporto, tanto da indurre taluno a discorrere precipitosamente di "divorzio consensuale". Cfr. sul punto anche A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 128. Contra v. G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nel divorzio*, in G. AUTORINO STANZIONE e A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, cit., p. 207.

¹⁸⁰C. VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 109.

comunque negozi socialmente utili e pertanto meritevoli di tutela ex art. 1322 co. 2 cc.

Secondo un certo indirizzo dottrinario è necessario distinguere ulteriormente tra i negozi a causa familiare, cioè i negozi costitutivi di *status* e determinativi di obblighi legali, dalle convenzioni matrimoniali. Non si deve peraltro ritenere che gli atti negoziali determinativi del contenuto dello *status* costituiscano una categoria assolutamente unitaria. Il raggruppamento è caratterizzato da un livello elevato di generalità. All'interno di esso sono distinguibili gli atti di indirizzo della vita coniugale, le convenzioni matrimoniali, le pattuizioni in vista della separazione, del divorzio e dell'annullamento¹⁸¹.

La Corte di legittimità, in più di un'occasione, ha riconosciuto la validità degli accordi preventivi in vista della separazione personale. In particolare, la Cassazione, con sentenza del 5 luglio 1984, n. 3940, ha ritenuto valido l'accordo con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti.

La giurisprudenza ha qualificato gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista della separazione come transazioni, e in particolare come transazioni novative con conseguente impossibilità per ciascuno di essi di chiedere la risoluzione del rapporto per inadempimento ex art. 1976 c.c. il quale esclude siffatta risoluzione ove il rapporto preesistente è stato estinto per novazione. Secondo la Corte sarebbero rinvenibili gli elementi strutturali della transazione nelle pattuizioni tra coniugi per porre fine o prevenire l'insorgenza di una lite tra i coniugi e, per la

¹⁸¹E. RUSSO, ripreso da CECCHERINI, op. cit., p. 111.

presenza dell'*aliquid novi* ricollegato al carattere dispositivo della transazione, potrebbe individuarsi il contenuto novativo tutte le volte in cui il rapporto nascente tra le parti si presenti incompatibile con quello preesistente¹⁸².

Anche il legislatore ha implicitamente riconosciuto la meritevolezza della causa familiare, ovvero della sistemazione dei rapporti patrimoniali per gestire la crisi coniugale, in quanto ha concesso l'esenzione dell'imposta di registro ed il solo pagamento delle tasse fisse agli accordi aventi ad oggetto la composizione della crisi coniugale, anche se questi determinano il trasferimento immobiliare¹⁸³.

In particolare, l'art. 12 quater della legge n. 898/70 così come modificato con legge del 1987, prevede che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa".

Dalla disamina della tematica oggetto di esame fin qui effettuata giova osservare come tra i coniugi si sviluppano molteplici eventi astrattamente gravidi di generare obbligazioni di varia natura, sia civili che naturali ma che tuttavia sono sussumibili in un'unica causale identificata nella gestione dei rapporti tra i coniugi sia personali che patrimoniali. Pertanto, l'individuazione di una causa autonoma ed innominata (perché variegata) comporta l'atipicità degli accordi tra i coniugi sul regime giuridico economico post-matrimoniale.

¹⁸² Cassazione 12.5.94, n. 4647, GC, 1995, I, p. 203. Con tale pronuncia, la Cassazione ha riconosciuto la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti.

¹⁸³ Il suddetto favor, nota G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 146, affonda le sue radici nel principio di uguaglianza e nella tutela della libertà individuale, in linea con l'intera disciplina matrimoniale e familiare riformata. Il favor dell'ordinamento verso l'attività negoziale nella fase patologica del rapporto coniugale emerge, rileva M. PARADISO, *La Comunità familiare*, Milano, 1984, p. 42, dalla normativa in materia di esenzioni fiscali per gli accordi stipulati in sede di separazione o di divorzio.

Sul punto si pone una questione che riveste particolare importanza concernente le pattuizioni di frequente inserite negli accordi di separazione consensuale, con i quali uno dei coniugi si assume l'obbligo di trasferire determinati beni immobili all'altro coniuge. Tali atti traslativi non risultano riconducibili alle cause proprie dei contratti tipici (vendita, donazione ecc.). Tuttavia, per ciò che concerne gli accordi di trasferimento d'immobili adempitivi di obblighi stabiliti *ex lege*, essendo per gli stessi prevista una *causa solvendi* identificata nell'obbligo di mantenimento, saranno configurabili come pagamenti traslativi, ossia negozi aventi causa esterna.

Questa ricostruzione determina la compatibilità dei patti traslativi della crisi coniugale con la regola della tipicità dei diritti reali che si rifletterebbe sulla tipicità dei negozi con i quali si creano o modificano diritti reali. Infatti, la dottrina prevalente è ormai orientata nel senso che il principio di autonomia privata nella creazione di negozi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non è limitato ai soli negozi ad effetti obbligatori, ma si applica anche ai negozi ad effetti reali, considerando che altro è la tipicità della fonte, altro la tipicità del suo risultato¹⁸⁴.

Pertanto, è possibile parlare a tal riguardo di contratto tipico della crisi coniugale o contratto post-matrimoniale, come contratto a titolo oneroso stipulato dai coniugi per regolare i reciproci rapporti giuridici patrimoniali sorti nel corso della loro relazione esistenziale, per regolare la crisi coniugale o una fase di quest'ultima (separazione di fatto, legale o divorzio), laddove non sia presente una causa tipica diversa¹⁸⁵.

¹⁸⁴G. B. FERRI, in *Trattati*, op. cit., *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, op. cit., p. 520.

¹⁸⁵G. OBERTO, op.cit., p.710.

Tale soluzione risulterebbe oggi definitivamente corroborata dalla legislazione fiscale di cui al d.p.r. 26.4.1986, n. 131 art. 8 lett. *f*, dalle disposizioni del codice di rito e dalla legge sul divorzio che attribuiscono esplicito rilievo ed un ruolo centrale al consenso tra i coniugi. Pertanto, anche il legislatore fiscale ha dimostrato un inequivoco *favor* per gli accordi raggiunti in occasione della crisi coniugale, esentandoli da ogni tributo¹⁸⁶. Nella certezza che “nessun giudice può far nascere l'affetto dove non c'è”¹⁸⁷, si ipotizza non più una separazione rigidamente disciplinata¹⁸⁸, che non lasciava spazio alcuno all'autonomia negoziale, ma una separazione determinata da intollerabilità della convivenza in cui la persona recupera un ruolo centrale e dove si consente la più ampia autoregolazione dei rapporti coniugali, consentita dall'abbandono di una visione assolutizzata e sacrale della famiglia.

2.4. Accordi in vista del divorzio

L'esigenza di regolamentare quei rapporti tra i coniugi che ancora sopravvivono alla crisi del matrimonio si pone, in forma ancora più

¹⁸⁶ Vd. art. 19 l. div. e . art. 8, lett. *f* della tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (T.U. Imposta di registro). Cfr. Corte cost. 15 aprile 1992, n. 176, in *Riv. dir. prat. trib.*, 1992, p. 1162, con nota di FUSARO, *Per divorzio e separazione lo stesso regime tributario?*, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 19 cit. nella parte in cui non comprendeva nell'esenzione del tributo ipotecario anche le iscrizioni effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge in sede di separazione; Corte cost. 10 maggio 1999, n. 154, in *Fam. dir.*, 1999, p. 539 con nota di Caravaglios, che pronuncia l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 19 nella parte in cui non estende l'esenzione in esso prevista a tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi. Ad esito di questa tormentata vicenda il regime di esenzione da ogni tributo si applica agli atti giudiziari ed a quelli notarili (o privati) connessi al procedimento di divorzio o di separazione e comportanti attribuzioni di beni patrimoniali.

¹⁸⁷ L'espressione è di A.C. Jemolo, ripreso da F. RUSCELLO, op. cit., p. 7; vd. anche A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950.

¹⁸⁸ Cfr. R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 132. L'A., riconoscendo all'autonomia privata ampi spazi di affermazione proprio nell'ambito della disciplina della crisi familiare, mostra grande interesse per quelle proposte di riforma volte a dare ingresso nel nostro ordinamento al fenomeno dell'autonomia assistita che, nel suddetto ambito, si specificherebbe in termini di mediazione familiare. Di ampio interesse sul punto sono le riflessioni di P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 343. Sull'argomento cfr. E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 284 e ss.

sentita in vista dello scioglimento del matrimonio o della cessazione dei suoi effetti civili. Infatti, mentre il procedimento di separazione determina una sorta di sospensione degli effetti nascenti dal vincolo coniugale, il divorzio segna la fine della vicenda matrimoniale; da qui la viva esigenza di regolare i rapporti patrimoniali e quelli di natura personale che ancora sopravvivono alla rottura del *mènage* e che interessano le parti e la prole eventualmente esistente¹⁸⁹. Sebbene vi sia generale concordia in ordine all'ammissibilità delle convenzioni di separazione, nei limiti dei diritti disponibili, un problema interpretativo che non ha avuto ancora composizione riguarda le convenzioni in vista del divorzio.

Nell'ambito degli accordi c.d. *predivorzili*, ovvero le intese che, in sede di separazione consensuale, le parti raggiungono sull'assetto patrimoniale in vista di un eventuale futuro divorzio, si assiste ad una significativa evoluzione del pensiero dei giudici di legittimità, da posizioni di rigida chiusura a concezioni più liberiste, fino ad arrivare ad un'apertura della giurisprudenza più innovativa spinta dalla dottrina possibilista.

Si può notare quanto la tendenza della giurisprudenza tradizionale tenda a comprimere quanto più possibile il dispiegarsi dell'autonomia negoziale tra i coniugi, per lasciare spazio all'applicazione della disciplina legale sullo scioglimento del matrimonio, ritenuta la più adeguata a salvaguardare i diritti fondamentali dei soggetti deboli. Tale ragione costituisce il minimo comune denominatore alle pronunce della Cassazione che negano validità agli accordi preventivi per la disciplina degli effetti sul divorzio.

¹⁸⁹C. MURGO, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Milano, 2006, p. 132.

La principale ragione sottesa alla ritenuta invalidità di questo tipo di pattuizioni, condivisa anche con riguardo agli accordi prematrimoniali, è l'illiceità della causa, ex art. 1343 c.c., e in particolare per violazione dell'ordine pubblico, attesa l'indisponibilità dei diritti e dei doveri oggetto dell'accordo.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, 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 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 pubblicistici¹⁹⁰.

Inoltre, altra importante argomentazione è la violazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., che sarebbe pregiudicato nel giudizio di divorzio in modo non tollerabile se si ammettesse la possibilità di negoziare preventivamente l'oggetto del processo, limitando la facoltà delle parti di avanzare istanze istruttorie e di merito¹⁹¹.

Pertanto, la Corte di Cassazione, raccogliendo queste perplessità, con orientamento consolidato, ha stigmatizzato con la nullità tale tipo di

¹⁹⁰ Cass. 11 Dicembre 1990, n. 1788, in www.leggiditalia.it/CassazioneCivile.

¹⁹¹ Sul punto cfr. G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 e ss., il quale include tra i diritti e i doveri inderogabili ex art. 160 c.c. anche il potere di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che devono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo. L'A., sebbene contrario alla validità degli accordi preventivi di divorzio, avverte la necessità di operare la distinzione indicata nel testo, sulla base del diverso grado di rilevanza assunto dal condizionamento del comportamento processuale.

accordi, ritenendoli, in alcuni casi, in contrasto con i principi di indisponibilità dello *status* di coniuge e dell'assegno di divorzio, in altri perché si tratterebbe di pattuizioni idonee a coartare e a condizionare, la volontà dei coniugi, influenzandoli su scelte personali aventi ad oggetto diritti indisponibili¹⁹².

Circa la concreta disponibilità degli effetti patrimoniali che scaturiscono dalla crisi coniugale, si è ritenuto che l'autonomia negoziale delle parti nel fissare il regolamento contrattuale delle pattuizioni preventive della dissoluzione matrimoniale, incontra il limite del generale principio di solidarietà coniugale che informa l'istituto matrimoniale. Tale principio si desume dal complesso degli obblighi derivanti dal rapporto coniugale e specificatamente dall'obbligo di assistenza morale e materiale. Pertanto a tutela della solidarietà tra i coniugi, l'art. 160 c.c. sancisce l'indisponibilità dei diritti e doveri derivanti dal matrimonio, limitando l'autonomia negoziale dei coniugi in ordine agli accordi sull'indirizzo coniugale¹⁹³. Il tema è stato affrontato per la prima volta con la nota sentenza n. 3777 del 1981 che per prima ha dichiarato la nullità di un simile accordo per illiceità della causa.

La statuizione investe la validità di un accordo che prevedeva il diritto per il marito separato di mantenere fermo per un certo periodo l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie per il mantenimento di quest'ultima e dei figli, a prescindere da un eventuale divorzio. Secondo la Corte, l'intesa avrebbe l'effetto di condizionare il comportamento processuale inducendo a seconda dei casi il contraente economicamente più debole a non difendersi nel giudizio di divorzio pur di percepire al più presto un possibile vantaggio economico ovvero il contraente effettivamente più motivato a subire anche odiosi ricatti concedendo sul

¹⁹²M. SANTISE, op. cit., p. 20.

¹⁹³G. DE NOVA, op. cit., p. 505.

piano economico molto più del giusto. Per questa via si ritiene che la negoziazione tra le parti realizzi un commercio dello *status* matrimoniale mediante la previsione di un corrispettivo per il consenso allo scioglimento dell'unione.

Si evidenzia come la Cassazione presenta per la prima volta l'argomento destinato a diventare negli anni a seguire il suo vero e proprio "cavallo di battaglia" in questa materia: la tesi, cioè, che si basa sull'asserito condizionamento del comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e sull'asserito commercio dello *status* di coniuge¹⁹⁴. Infatti tale argomentazione è costantemente riprodotta nelle successive decisioni, e si vede affiancata da quella dell'indisponibilità dell'assegno divorzile. Prima della novella alla legge sul divorzio avvenuta nel 1987, si riteneva che l'assegno ex art. 5 l. div. ricompredesse più componenti: ossia la componente assistenziale, quella compensativa e quella risarcitoria.

La prima tutelava la situazione economica del coniuge, deteriorata per effetto dello scioglimento del matrimonio o della cessazione degli effetti civili dello stesso. La componente risarcitoria invece attribuiva rilievo, per fini esclusivamente patrimoniali, alla responsabilità per il fallimento del matrimonio. Infine l'assegno di divorzio offriva anche un compenso per il contributo di carattere economico all'interno della famiglia, che concorrevva quindi a formare il patrimonio di entrambi. Inoltre la giurisprudenza precisava che i tre criteri andassero utilizzati contestualmente e bilateralmente¹⁹⁵. Era riconosciuta la disponibilità della componente risarcitoria e compensativa, e di conseguenza l'ammissibilità di accordi che non incidessero sulla componente

¹⁹⁴A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 614.

¹⁹⁵ Cass. Sez. Unite 9.7.74, n. 2008 e 26.4.74, n. 620.

assistenziale la quale sarebbe indisponibile in quanto espressione di quel rapporto di solidarietà economica tra ex coniugi che è insopprimibile per volontà di legge. Nonostante ciò, non mancavano pronunce che negavano validità ad ogni pattuizione che avesse ad oggetto l'assegno divorzile, allo scopo di garantire una piena libertà di comportamento processuale delle parti.

In ogni caso, la modifica legislativa intervenuta nel 1987, ha conferito all'assegno natura eminentemente assistenziale e, dunque, indisponibile; pertanto la posizione della giurisprudenza si è cristallizzata nel senso della nullità delle relative pattuizioni. A fronte di tale modifica gli accordi fra coniugi, in regime di separazione, circa la spettanza e l'entità dell'assegno di divorzio, devono ritenersi non vincolanti, in ragione della carenza del potere di regolare in via preventiva gli effetti patrimoniali discendenti dallo scioglimento del matrimonio, anche nella nuova disciplina introdotta dalla legge 6 marzo 1987 n. 74, la quale, nell'attribuire a detto assegno funzione eminentemente assistenziale, ne ha confermato ed accentuato la natura di diritto indisponibile¹⁹⁶.

Ciononostante la dottrina ha rilevato che al di là della sua componente assistenziale, l'assegno dovendosi comunque commisurare al precedente tenore di vita coniugale, presenterebbe una duplice componente: la prima relativa agli alimenti necessari, del tutto indisponibile, la seconda relativa al mantenimento, disponibile¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cass. 6 Dicembre 1991, n. 13128, *Giust. Civ.*, 1992, I, 1239.

¹⁹⁷E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, I, 1993, p. 34 e ss. Cfr. pure sul punto M. G. UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 18. La mancata proposizione della domanda giudiziale dell'assegno si trasforma in un vero e proprio negozio abdicativo, cosicché la disponibilità processuale dell'assegno di divorzio sarebbe assoluta, priva di qualsiasi controllo ed in buona sostanza vanificatoria della tutela che il legislatore appresta in favore del coniuge più debole. Contra, peraltro, è stato osservato che altra cosa è la disponibilità della norma civile, altra la disponibilità convenzionale del diritto. In tal senso, v. E. RUSSO, *Il divorzio all'americana; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, 2001, I, c., p. 1331 e ss.

Sul tema occorre riportare, in maniera analitica, la pronuncia della Corte Costituzionale del 17 marzo 1995 n. 87 che da alcuni è stata letta come implicito riconoscimento degli accordi precedenti o coevi al divorzio, ovvero ad integrazione di quest'ultimo. Invero, alla Consulta era stata presentata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 cpv l. div., nella parte in cui condiziona il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato, alla titolarità dell'assegno divorzile attribuito giudizialmente.

Nel caso di specie la Corte di Appello di Torino con pronuncia del 25 febbraio 1994, aveva ritenuto non manifestamente infondata la questione, in relazione al caso di due divorziati in forza di sentenza che non prevedeva alcun tipo di assegno, ma tra i quali era stata stipulata, pochi giorni prima della decisione, una scrittura privata (non richiamata nella sentenza) in cui si stabiliva l'erogazione di un contributo di mantenimento a carico dell'ex marito in favore della moglie. Orbene, l'assunto dedotto viene smentito dalla Consulta che nel dichiarare infondata la questione ha statuito che il diritto previsto dall'art. 5 l. div., può trovare attuazione mediante un atto di autonomia privata, con efficacia circoscritta ai rapporti tra le parti; mentre nessuna rilevanza la convenzione privata può avere nei confronti dell'Inps (terzo all'accordo) ai fini della integrazione della fattispecie costitutiva del diritto alla pensione di reversibilità prevista dall'art. 9 l. div.

Di qui l'ufficiale riconoscimento da parte della corte costituzionale dell'estensione raggiunta dall'autonomia negoziale nel diritto di famiglia, che senza acquisire una propria autonomia negoziale, ne attrae i principi civilistici propri del diritto dei contratti, in cui si pone il principio di relatività delle pattuizioni consacrato dall'art. 1372 c.c.¹⁹⁸.

¹⁹⁸V. BARBALUCCA – P. GALLUCCI, op. cit., p. 65.

Pertanto, un'apertura all'autoregolamentazione dei privati degli effetti patrimoniali della crisi coniugale si riconosce ritenendo che i limiti di carattere pubblicistico alla disponibilità dell'assetto economico post-matrimoniale, opererebbero esclusivamente verso il basso, nel senso di proteggere quel *minimum* di tutela della persona assicurata dalla legge per cui l'autonomia negoziale ben potrebbe assumere una valenza positiva anziché negativa, perché diretta a incrementare la generale posizione del soggetto¹⁹⁹.

Un timido spiraglio della giurisprudenza di legittimità in tal senso, non rappresentativo però di un'inversione di tendenza, è aperto con la sentenza n. 8109 del 2000 con cui la Cassazione ha affermato la validità di un accordo transattivo stipulato in sede di separazione, con la quale una parte s'impegnava a corrispondere all'altra un assegno vitalizio senza intaccare l'assetto dei rapporti in caso di scioglimento dell'unione. Il negozio, infatti, non precludeva al coniuge in stato di bisogno di avanzare pretese al momento del divorzio, pur dovendosi tener conto dell'ammontare degli emolumenti periodici già concordati per valutarne la posizione economica ai fini del riconoscimento o della quantificazione dell'assegno divorzile.

Questa statuizione, quindi, non suggella il riconoscimento ufficiale degli accordi in vista del divorzio perché espressamente evidenzia che essi intanto sono validi ed efficaci in quanto caratterizzati da una finalità transattiva, cioè in quanto idonei a porre fine ad una controversia di natura patrimoniale insorta tra i coniugi, senza alcun riferimento implicito o esplicito al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronunzia di divorzio²⁰⁰.

¹⁹⁹G. DORIA, op. cit., p. 188.

²⁰⁰V. BARBALUCCA – P. GALLUCCI, op. cit., p. 43.

Tuttavia, in altra decisione della Cassazione, sempre del 2000, la n. 15349, la stessa, nel ribadire la nullità dei patti, ha precisato che l'azione per far valere detta invalidità può essere esercitata soltanto dal coniuge che riceve dall'accordo meno di quanto la disciplina legale gli assicurerebbe.

In conclusione, secondo la giurisprudenza di legittimità e anche di merito, sono validi: *in primis*, gli accordi prospettati dalle parti con la domanda congiunta di divorzio dato che essi si riferiscono ad un divorzio non semplicemente prefigurato, ma che i coniugi hanno deciso di conseguire allo scopo di abbreviarne il procedimento²⁰¹; *in secundis*, gli accordi transattivi puri, ovvero gli accordi con cui i coniugi intendono porre fine alle controversie di natura patrimoniale che sono insorte²⁰², senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti alla sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio²⁰³. Tale indirizzo giurisprudenziale desta notevoli incertezze sia per le argomentazioni utilizzate sia perché poco coerente con le soluzioni adottate in casi non dissimili. Infatti, la Cassazione, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha nella specie riconosciuto validità ad una di queste, così pervenendo al risultato paradossale di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. È del resto innegabile che, se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero atto; quest'ultimo non può essere lecito nei confronti di

²⁰¹ Cass. 11.6.1997, n. 5244, *Giur.It.*, 1998, 2, p. 218.

²⁰² G. CECCHERINI, op. cit., p. 357.

²⁰³ Trib. Varese 29.3.2010, in www.leggiditalia.it.

una parte e illecito nei riguardi dell'altra, al punto che, secondo taluno, la sentenza si porrebbe in violazione dell'art. 3 Cost., poiché avrebbe riservato un trattamento differenziato a ciascuno dei coniugi²⁰⁴.

Infatti, delle due l'una: o sussiste il principio dell'indissolubilità preventiva dell'assegno divorzile, o non esiste un principio del genere potendosi sempre ammettere l'esercizio dell'autonomia negoziale, con i soli limiti generali imposti dalla legge²⁰⁵.

Timidamente, ma tenacemente, altra parte della giurisprudenza ha iniziato a scalfire la graniticità dell'orientamento appena riferito, complice il percorso di progressiva esaltazione dell'autonomia negoziale anche nel diritto di famiglia. Prima nel 1984 e poi nel 1993 due sentenze della Corte di Cassazione hanno insinuato il dubbio sulla validità degli accordi pre-divorzili.

La prima pronuncia²⁰⁶ ha precisato che l'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di un futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento

²⁰⁴ Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822, con nota di Lombardi; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670, con nota di Casola; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950, con note di Cubeddu e di Rimini; in *Vita notar.*, 1994, p. 91, con nota di Curti; in *Contratti*, 1993, p. 140, con nota di Moretti.

²⁰⁵ P. CARBONE, in *Trattati*, op. cit., *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, op.cit., p. 511.

²⁰⁶ Cass. Civ., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv. E proc. Civ.*, 1985, p. 579.

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.

Con la seconda pronuncia²⁰⁷, la Corte ha evidenziato che gli accordi tra i coniugi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono validi non venendo in gioco, in questo caso, una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia coniugale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico²⁰⁸.

Nonostante tale importante riconoscimento della Corte in favore dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia, si evidenzia in chiave critica un'irragionevolezza della soluzione adottata rispetto la granitica posizione di chiusura verso gli accordi in vista del divorzio.

Se rimane certamente indiscusso che il vizio invalidante il matrimonio concordatario è presente fin dalla nascita dello stesso, con la conseguenza che la sentenza di nullità si limita ad accertare con modalità inquisitorie ed in forma dichiarativa l'esistenza del vizio stesso, d'altra parte non può essere trascurata la circostanza che anche un coniuge o entrambi possono in concreto incidere non solo sulle modalità, ma anche sull'esito del giudizio di nullità²⁰⁹.

Infatti, le convenzioni in vista dell'annullamento del matrimonio si identificano negli accordi con cui i coniugi al momento della separazione, o addirittura durante il matrimonio, regolano i loro rapporti per il caso in cui il matrimonio sia dichiarato nullo. Autorevole

²⁰⁷ Cass. Civ. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, 1, c. 1670.

²⁰⁸ In dottrina, tra tutti, v. D. RUGGIERO, op. cit., p. 92 e ss. e F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 471 e ss.

²⁰⁹ M. CASOLA, ripreso da G. CECCHERINI, op. cit., p. 398.

dottrina²¹⁰ distingue tra gli accordi con i quali uno o entrambi gli sposi si obbligano a compiere determinate attività processuali per agevolare la pronuncia di nullità del matrimonio da parte dell'autorità giudiziaria e quelle pattuizioni con le quali in previsione della nullità i coniugi nell'esercizio della loro autonomia privata disciplinano l'assetto patrimoniale successivo alla relativa dichiarazione giudiziale²¹¹.

In ogni caso viene in gioco il contegno processuale delle parti ed il rischio che l'intesa pregressa possa influire, in modo determinante, sull'esito del giudizio di nullità²¹².

Dunque, sia gli accordi in vista dell'annullamento che quelli stipulati in vista del divorzio pongono gli stessi problemi; di qui la considerazione che non possono ritenersi validi i primi ed invalidi i secondi sul solo presupposto che il procedimento diretto ad accertare l'esistenza di una causa di invalidità è un giudizio dalle connotazioni

²¹⁰ F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 478 ess. Secondo il quale le convenzioni in parola sono lecite solo quando non sono dirette ad influenzare lo svolgimento e/o l'esito del procedimento di nullità del matrimonio.

²¹¹ Sul dibattito dottrinale cfr. M. CASOLA, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670; v. M. COMPORTI, op. cit., p. 106 e ss., secondo cui la sentenza della Corte di Cassazione, n. 348/1993, nella quale la Suprema Corte ha affermato la validità degli accordi patrimoniali tra i coniugi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio, ha costituito un chiaro *revirement* della giurisprudenza di legittimità sul tema, che negli anni precedenti si era, invece, orientata nel senso della nullità degli accordi coniugali in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio. Altra parte della dottrina (vd. F. ANGELONI, op. cit., p. 492), al contrario, ritiene che tale sentenza non abbia realizzato una netta inversione di tendenza, dal momento che l'invalidità degli accordi preventivi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio era stata affermata dai giudici di legittimità esclusivamente in relazione agli "accordi sul comportamento processuale". In senso critico sulla distinzione operata dalla S.C. tra accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio ed accordi preventivi di divorzio v. M. MORETTI, "Accordi ora per allora" e nullità del matrimonio, in *Contratti*, 1993, p. 141. Parla di erroneità della differenza tracciata dalla Corte, M. COMPORTI, op. cit., p. 107. L'affermazione della validità degli accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio costituisce, per F. ANGELONI, op. cit., p. 493, la conferma della validità degli accordi preventivi diretti a regolare i rapporti tra ex coniugi divorziati.

²¹² D. G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, op. cit., p. 94. In altri termini si dubita della validità anche di questi accordi a causa della grave compressione della libertà processuale delle parti e per il forte condizionamento sulla decisione che riguarda comunque lo stato di coniuge. In tal senso si è affermato anche che ai sensi dell'art. 88 co 1 cpc, le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità con la conseguenza che le convenzioni antiostruzionistiche verrebbero ad avere un oggetto giuridicamente impossibile e sarebbero nulle per il combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 co 2, c.c.

inquisitorie e dunque fuori da ogni potere negoziale di disposizione degli *status*²¹³.

A queste rilevate incongruenze si aggiungono le considerazioni²¹⁴ concernenti l'ulteriore irragionevolezza di un sistema che ritiene nulli gli accordi in vista del divorzio ma poi riconosce validità agli accordi trasfusi nel divorzio congiunto²¹⁵. Infatti, l'orientamento espresso dalla giurisprudenza tende a distinguere dagli accordi preventivi in vista della dissoluzione coniugale, considerati illeciti, le pattuizioni che s'iscrivono, invece, nelle manifestazioni di autonomia contrattuale, facenti parte di un più ampio negozio transattivo e rivenienti nella crisi coniugale la semplice occasione, con la conseguenza di risultare estranee allo schema delle convenzioni preventive che incontrano gli esposti limiti di carattere pubblicistico. Le intese raggiunte dai coniugi sul regime patrimoniale di un divorzio che hanno già deciso di conseguire, e quindi non semplicemente prefigurato troverebbero pieno riconoscimento senza che possa venire in considerazione una illecita disposizione del loro *status*. Siffatta liceità delle convenzioni in occasione del divorzio non solo eventuale, trova fondamento nel riconoscimento giuridico della disposizione una tantum dell'assegno di mantenimento e della figura del procedimento di divorzio a domanda congiunta²¹⁶.

²¹³ G. CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del mènage*, op. cit., p. 400.

²¹⁴ Sul punto cfr. M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, V- VI, 1995, c. 106, secondo il quale Il rigido orientamento giurisprudenziale sull'assoluta nullità degli accordi preventivi di divorzio per l'indisponibilità preventiva del diritto al mantenimento si pone, d'altronde, apertamente in contrasto anche con il diverso orientamento, espresso dalla stessa giurisprudenza, in materia di accordi stipulati in previsione della separazione del matrimonio, attualmente ammessi, seppure con dei limiti contenutistici; nello stesso senso M. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, cit., p. 1017 e ss.. Secondo cui un'adeguata valorizzazione delle analogie presenti tra i diversi "tipi" di intese patrimoniali preventive avrebbe dovuto sicuramente condurre la giurisprudenza verso una soluzione univoca e coerente del problema relativo alla disponibilità in via preventiva dei diritti coniugali patrimoniali.

²¹⁵ A. ARCIERI, *La pianificazione della crisi coniugale*, op. cit., p. 99.

²¹⁶ Cfr. Cass 11.8.92, n. 94949, 1993, I, 1, p. 149.

Tuttavia, tali interventi legislativi (artt. 4 e 5 co 8 LD) se da un lato costituiscono il fondamento giuridico delle convenzioni in occasione del divorzio, dall'altro rappresentano motivo, oltre che addentellato normativo, per riconoscere, e non per escludere, validità ed efficacia degli accordi in vista del divorzio²¹⁷.

Non si comprende quale effetto possa determinare sul carattere disponibile o meno degli effetti patrimoniali conseguenti alla cessazione del matrimonio la circostanza che il divorzio sia avvertito dalle parti come sicuro, anziché come mero elemento condizionante l'efficacia dell'accordo. Se il ragionamento cela ancora una volta la preoccupazione di garantire la libertà delle parti in ordine alle determinazioni concernenti lo *status* coniugale, allora a parte le obiezioni già sviluppate rimane da chiedersi perché mai se l'accordo può essere concluso la sera precedente alla presentazione del ricorso congiunto, esso non potrebbe essere concluso un mese prima, un anno prima, ovvero addirittura prima della celebrazione delle nozze. Se, infatti, il timore del legislatore fosse veramente quello di salvare la libertà del consenso sullo stato personale, *usque ad.....matrimonii spremum exitum*, andrebbe allora bandita ogni contrattazione che precedesse anche di un solo minuto la sentenza di divorzio. Pertanto non si spiegherebbe l'introduzione del divorzio su domanda congiunta nel quale le condizioni patrimoniali vengono liberamente decise prima che venga adottata in via definitiva, da parte del giudice, la decisione sullo *status*²¹⁸.

In tale ottica, giova osservare che la valorizzazione dell'autonomia negoziale tra i coniugi nel determinare (autoregolandosi) le modalità di

²¹⁷ Sul punto cfr. *Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano, I, *Famiglia e matrimonio*, op. cit., p. 501.

²¹⁸M. SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. dir. civ.*, 1996, p. 1100. In favore della validità degli accordi preventivi dall'esistenza dell'istituto del divorzio su domanda congiunta e dal fatto che l'intervenuto accordo debba constare dal ricorso; D. G. RUGGIERO, op. cit.

assolvimento delle obbligazioni *ex lege*, mediante negozi a causa esterna, è siglata dalla giurisprudenza di legittimità anche con particolare riguardo alle pattuizioni riguardanti i figli. Già con sentenza del 1987 n. 9500 la Corte di Cassazione ha confermato la validità dell'accordo di separazione (mantenuto anche successivamente al divorzio) che contenga l'impegno di uno dei coniugi al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la proprietà di un bene immobile, trattandosi di pattuizione meritevole di tutela poiché svolge funzione solutoria di un'obbligazione *ex lege* imposta dall'ordinamento nell'*an*, lasciando quindi libera la parte di predisporre il *quomodo* dell'attribuzione²¹⁹.

È interessante notare come la Corte rigetta la qualificazione del negozio come proposta di donazione (invocata dal marito), prevedendo che siffatto negozio, avente ad oggetto il contributo in favore del minore attuativo del mantenimento dovuto, è diretto a dar vita ad un contratto atipico gratuito ex art. 1333 c.c. e che si perfeziona per effetto del mancato rifiuto (la cui ammissibilità è ancora oggi discussa)²²⁰.

Su tale scia, il Tribunale di Torino, con ordinanza del 20 aprile 2012, elimina ogni aprioristica distinzione tra accordi in vista della separazione e accordi in vista del divorzio, riconoscendo validità anche a questi ultimi.

Irragionevole è la distinzione laddove si ritengono gli accordi in vista del divorzio nulli perché con essi si dispone di *status*, in quanto anche la separazione da vita ad uno *status*, sia pur temporaneo, pertanto entrambi hanno ad il medesimo oggetto.

²¹⁹ Sul punto cfr. C. GRANELLI, *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10/2012, p. 647 e ss.

²²⁰ Sul punto cfr. V. MARICONDA, articolo 1333 e trasferimento immobiliare, in *Corriere Giur.*, 1988, p. 148.

Di qui la conseguenza logica e necessaria ex art. 3 della Costituzione che se si ritengono validi gli accordi in vista della separazione, deve altrettanto dirsi per gli accordi in vista del divorzio.

Ancora, sempre volendo far riferimento al mutamento di *status*, appare singolare la diversità di trattamento con altra situazione, inversamente parallela, laddove un accordo patrimoniale, previsto e disciplinato normativamente, investe le determinazioni sul mutamento di status dei soggetti. Secondo il Tribunale di Torino sembra, anzi, che il nostro ordinamento, per così dire, solleciti il soggetto, all'atto del matrimonio, a costruire le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo. Non si riesce quindi ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire riguardo al divorzio. Del resto, è lo stesso legislatore a stabilire (art. 785 c.c.) che un comportamento personalissimo, costituente un mutamento di *status*, può essere dedotto quale condizione di un'attribuzione di tipo patrimoniale (donazione obnuziale)²²¹.

Sul punto si è osservato in dottrina²²² che gli accordi preventivi sulle conseguenze economiche di un eventuale divorzio non incidono né potrebbero incidere direttamente o indirettamente sullo *status*, rappresentando un *posterius* rispetto all'intervento dell'ordinamento giuridico, il solo legittimato a “disporre” dello stato di ciascuno dei coniugi. Alla disponibilità di questi ultimi è rimesso solamente un effetto della modificazione dello *status*, preventivamente e rigorosamente attuatisi in forza della pronuncia giudiziale.

²²¹M. SANTISE, op.cit., p. 22.

²²²F. CERRI, *Accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, p. 85.

Inoltre, secondo il Tribunale di Torino, non sono rinvenibili preclusioni con riguardo al carattere futuro delle posizioni di cui un contratto prematrimoniale dispone, le quali sono legittimamente ammissibili ai sensi dell'art. 1348 c.c.²²³. Infatti, le preclusioni derivanti dagli artt. 458 e 2937 cpv c.c., sono questioni mal poste, laddove il divieto di disporre della propria eredità *inter vivos* e l'indisponibilità della prescrizione prima che sia compiuta, si spiegano in ragione dei criteri e considerazioni del tutto particolari ed attinenti specificatamente agli istituti in parola. Il divieto di patti successori trova fondamento nell'esigenza di tutelare al massimo la libertà testamentaria, mentre la regola che impedisce una rinuncia preventiva alla prescrizione si spiega nell'interesse generale su cui si basa l'istituto e con lo sfavore del legislatore per l'inerzia rispetto all'esercizio di un diritto²²⁴.

Anche a prescindere dal tema specifico della rinuncia all'assegno divorzile, le voci a sostegno della tesi della non configurabilità, in generale, di rinunzie rispetto a diritti futuri prendono solitamente le mosse dalla constatazione secondo cui, stante la mancanza attuale del diritto nel patrimonio del rinunziante, questi non è legittimato all'atto, aggiungendo, a contorno di tale argomento logico, il richiamo agli artt. 458 e 2937 cpv. c.c.²²⁵. Ma i riferimenti normativi appaiono poco probanti, in quanto fondati su disposizioni dotate di sicuro carattere eccezionale rispetto al principio generale sancito in materia contrattuale dall'art. 1348 c.c., secondo cui "La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge". Ora, la norma

²²³ In dottrina, la tesi negativa è sostenuta da A. BOZZI, voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 1141 ss.; F. MACIONE, voce *Rinunzia(Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 941. Sull'ammissibilità di una rinuncia a diritti futuri cfr., invece, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, II, Torino, 1993, p. 288, e, con specifico riguardo agli accordi preventivi di divorzio, E. DALMOTTO, op. cit., c., p. 346.

²²⁴ Tribunale di Torino ord. 20 aprile 2012; in M. SANTISE, op.cit., p. 23 nota 73.

²²⁵ A. BOZZI, voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1141 ss.

in esame, facendo espressamente salvi “i particolari divieti della legge” rende chiaro, nella maniera più esplicita, il fatto che dagli artt. 458 e 2937 cpv. c.c. non può certo ricavarsi un principio d’ordine generale. Lo stesso argomento logico, poi, si scontra con il citato art. 1348 c.c., avente sicuramente una valenza generale, specie in materia contrattuale, come ulteriormente confermato dagli artt. 1472 e 1938 c.c. Una volta venuti meno i richiami normativi, la semplice enunciazione del principio secondo cui «presupposto necessario della rinuncia dovrebbe essere l’appartenenza al patrimonio del rinunciante del diritto al quale egli dichiara di abdicare» si risolve nell’imposizione d’un postulato assolutamente indimostrato²²⁶.

Notevole spicco all’interno del provvedimento viene dato al ribaltamento del tradizionale approccio all’art. 160 c.c. Norma, questa, che, a ben vedere, rappresenta l’unico concreto riferimento normativo cui la tesi giurisprudenziale di legittimità qui combattuta suole fare richiamo. Ora, il giudice torinese ben pone in luce l’irrifiribilità della disposizione alla materia della crisi coniugale, correttamente evidenziando la radicale diversità del rapporto coniugale in fase fisiologica, da quello in fase patologica²²⁷. Con il divorzio cessano la maggior parte dei diritti-doveri nascenti dal matrimonio (come il dovere di fedeltà, di coabitazione) onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al mantenimento debba invece necessariamente permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti.

Sul punto già in passato una decisione di legittimità poneva in evidenza come l’obbligazione di mantenimento in sede di separazione

²²⁶ O. GIACOMO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 8; 9, p. 803.

²²⁷ G. OBERTO, *op. cit.*, p. 804.

personale, e quindi nella fase patologica del rapporto, costituisca un'obbligazione del tutto autonoma ed indipendente rispetto al dovere di contribuzione ex art. 143 c.c., con la conseguenza che essa si deve reputare sorta *ex novo* nel luogo in cui la separazione legale dei coniugi si è perfezionata, e non già in quello (nella specie, diverso) della celebrazione del matrimonio. La Cassazione ha così deciso che “all’obbligo del coniuge di contribuire ai bisogni della famiglia, sussistente durante la convivenza coniugale, subentra, con la cessazione di tale convivenza conseguente alla separazione personale, ove ricorrano le prescritte condizioni (art. 156, comma 1, c.c.), un obbligo di mantenimento, destinato al soddisfacimento dei bisogni individuali dell’altro coniuge²²⁸.”

Deve, pertanto, escludersi che, dopo la riforma, l’obbligazione derivante dalla separazione sia la stessa che sussisteva durante la convivenza coniugale²²⁹.

Questi spunti dimostrano come alla stessa Cassazione non sfugga che “la crisi coniugale ha le sue leggi”. Lo comprova ulteriormente, ad esempio, il fatto che già la semplice proposizione della domanda di separazione (così come di annullamento, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili) giustifichi (cfr. art. 146 cpv. c.c.) la violazione del dovere di coabitazione; per non dire, poi, dell’insegnamento della stessa Corte di legittimità, che negli anni Novanta dello scorso secolo, sulla scorta della giurisprudenza di merito e della dottrina prevalente, venne a

²²⁸P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996, p. 139 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1999, p. 201 ss.; C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*; G. DORIA, *Negozi di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso*, in *Dir. famiglia*, 1990, I, p. 510 ss.

²²⁹Cass., 22 marzo 2001, n. 4099. V. inoltre Cass., 5 settembre 2008, n. 22394, secondo cui: “Ai giudizi di modifica delle condizioni economiche stabilite nella separazione, si applicano gli ordinari criteri di competenza e, quindi, oltre al foro generale delle persone fisiche, è competente anche il foro concorrente relativo alle obbligazioni; pertanto, sussiste la competenza del tribunale che ha pronunciato o ha omologato la separazione, nel cui circondario sono sorte le obbligazioni di cui si tratta”; in G. OBERTO, *op. cit.*, nota 12.

statuire il principio dell'assoluta insussistenza di un dovere di fedeltà tra separati²³⁰.

Inoltre, la tesi della nullità degli accordi in vista del divorzio, appare del tutto in contrasto con la concezione contemporanea del matrimonio. Ritenerne, infatti, che il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, pare corroborare quella che è stata definitiva “la mistica dell'indissolubilità, favorendo il ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio come atto al di sopra della volontà dei singoli²³¹.

In riferimento all'art. 160 c.c., poi, autorevole dottrina²³² ha avuto modo più volte di ribadire che lo studio di tale disposizione non può prescindere dalla considerazione del contesto storico in cui lo stesso è nato, né dalla sua collocazione topografica all'interno del sistema delle norme in materia di rapporti familiari.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, esso va sistematicamente interpretato avuto riguardo all'insieme di articoli in cui è collocato, ovvero quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica²³³. È lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel capo V, rende evidente che la regola ex art. 160 c.c., dettata in apertura del capo

²³⁰ G. OBERTO, op. cit., p. 2, nota 12, cfr. pure D'ANGELI, *Il mutamento del titolo della separazione personale dei coniugi*, Torino, 1994, p. 38 ss.; LENTI, *Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione*, nota a Cass., 17 marzo 1995, n. 3098, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c., p. 67 ss.; per un riepilogo anteriore delle posizioni di dottrina e giurisprudenza sulla sopravvivenza dei doveri coniugali in fase di separazione cfr. ID., *Modelli di separazione e mutamento del titolo*, Milano, 1984, *passim*; LAGOMARSINO, *Sopravvivenza dell'obbligo della mutua assistenza fra coniugi dopo i provvedimenti presidenziali*, nota a Cass., 14 luglio 1994, n. 6612, 1994, p. 629 ss.; per una rassegna giurisprudenziale al riguardo v. anche MOGLIA, *La separazione personale dei coniugi: panorama di giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 372 ss.

²³¹ M. SANTISE, op.cit., p. 22.

²³² G. OBERTO, op. cit., p. 803.

²³³ In questo senso G. AUTORINO STANZIONE, op. cit., p. 211 e ss. Secondo cui la norma enunciata dall'art. 160 c.c. e frequentemente invocata a sostegno della tesi della nullità è inoperante nel momento, irreversibilmente patologico, dello scioglimento del vincolo coniugale e quindi è inapplicabile ai diritti e ai doveri scaturenti dalla cessazione del *mènage*.

successivo, vale quale disposizione generale (così, infatti, s'intitola la Sezione I) in relazione alle sole norme ivi contenute. Come evidenziato in dottrina, lo stesso uso del termine sposi, anziché coniugi depone per una lettura della disposizione come riferita a quei diritti e doveri che si presentano a chi sta per iniziare la propria vita di coppia e non certo a chi s'appresta a scriverne l'epitaffio²³⁴.

Per ciò che concerne, invece, il contesto in cui l'art. 160 c.c. è nato, la storia insegna che tale norma è erede dell'art. 1379 c.c. del 1865 (“Gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalle legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice”), norma a sua volta mutuata dall'art. 1388 del Code Napoléon che non poche discussioni aveva sollevato in sede di lavori preparatori. Proprio in tale fase, di fronte all'obiezione, secondo cui non sarebbe sembrato opportuno porre limiti eccessivi alla libertà negoziale delle parti in sede di *contrat de mariage*, venne risposto²³⁵ che lo scopo della norma era unicamente quello di *défendre toute stipulation qui rendrait la femme chef de la société conjugale*, privando il marito (*celui à qui la nature a donné le plus de moyens pour la bien gouverner*) del diritto - spettantegli *par la nature même des choses* - di essere di tale unione *le maître et chef*. Pertanto, anche l'argomento storico sembra sconsigliare la riferibilità della norma in esame alla fase patologica del rapporto coniugale: anche una volta sostituita la “regola del capo” con quella della *Gleichberechtigung*, l'attenzione del legislatore continua ad essere rivolta, nell'art. 160 c.c., alla fase di normale svolgimento della vita

²³⁴ M. SANTISE, op. cit., p. 22.

²³⁵ V. il resoconto della relativa seduta del Consiglio di Stato in Jouanneau e Solon, *Discussions du code civil dans le Conseil d'Etat*, II, Paris, 1805, p. 357.

coniugale²³⁶, ciò che appare confermato anche dalla collocazione della norma in oggetto, dettata all'interno di un insieme di disposizioni (quelle in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica²³⁷.

Il carattere pienamente disponibile delle attribuzioni patrimoniali post coniugali *inter coniuges* emerge poi in modo palese dalla circostanza che il Tribunale non possiede, in relazione alle procedure d'omologazione degli accordi di separazione e di divorzio su domanda congiunta, poteri di merito sulle intese stabilite dai coniugi, salvo che queste non abbiano un'incidenza sulla prole. Né può ritenersi che la preoccupazione del legislatore fosse veramente quella di salvare la libertà del consenso sullo stato personale fino al momento del divorzio, perché allora andrebbe bandita ogni contrattazione sull'assegno che precedesse anche d'un solo minuto la sentenza di divorzio. Solo due ex coniugi sono in grado di trattare delle condizioni del loro divorzio in maniera del tutto indipendente dalla presenza (o dal sospetto della presenza) di un qualche condizionamento dell'assenso avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo all'effettuazione di una o più concessioni in sede di trattative sugli aspetti patrimoniali. Ne consegue che, se lo scopo perseguito dal legislatore fosse veramente quello di rendere la decisione in ordine allo *status* del tutto svincolata da ogni trattativa di tipo economico, allora non si spiegherebbe l'introduzione del citato divorzio su domanda congiunta, nel quale gli accordi economici e patrimoniali dei

²³⁶ Sicchè, l'art. 160 c.c. opera all'interno dello status coniugale e durante la sua persistenza, non nel momento dello scioglimento del vincolo. Sul punto cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, Il Contratto, Milano, 2007, p. 188. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 520; v. anche G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 206 e s., la quale osserva che la separazione non costituisce l'"anticamera inevitabile" del divorzio, bensì uno *spatium deliberandi* sulla prosecuzione del rapporto, inducendo ad affermare la vigenza di tutti i diritti e i doveri inderogabili che non siano incompatibili con lo stato di separazione.

²³⁷ G. OBERTO, op. cit., p. 803.

coniugi (insindacabili, secondo l'opinione quasi unanime) vengono liberamente concordati dagli stessi in un momento anteriore rispetto alla adozione, da parte del Tribunale, della decisione sullo *status*²³⁸.

Inoltre, la soluzione negativa risulta antistorica anche con riguardo alla recente normativa, così come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità, in cui buona fede e correttezza costituiscono sempre più cardini inderogabili e principi di rango superiore che trovano pieno riconoscimento sia nella fase delle trattative in base all'art. 1337 c.c.; sia nella stipula contrattuale ex art. 1338 c.c., ma anche nella fase successiva alla stessa in caso di atteggiamenti delle parti (colpevoli) che rendono impossibile l'esecuzione del rapporto, in base alla valorizzazione della buona fede, fonte primaria d'integrazione del contratto ex art. 1374 c.c.²³⁹.

Pertanto, ritenere che proprio nell'ambito del diritto di famiglia, quindi tra i coniugi, e cioè tra i soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento, non possa esser minimamente preso in considerazione qualsivoglia tipo di accordo economico raggiunto, è fuorviante; con la conseguenza che un accordo di separazione, faticosamente concordato dopo lunghe trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti, possa essere accettato da una delle parti con la riserva mentale, ovvero

²³⁸M. SANTISE, op.cit., p. 24.

²³⁹ Con riguardo alla valorizzazione del concetto di buona fede si guardi Cass., III sez. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in www.personaedanno.it, che ha definito la nota controversia Fininvest/Cir. La decisione si occupa del rapporto tra violazione della buona fede precontrattuale e vizi del consenso del contratto, in cui Corte di Cassazione approva esplicitamente la cosiddetta teoria dei vizi incompleti, elaborata da M. MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995. Il ragionamento della Corte muove dalla "ormai pacificamente (benché non univocamente), ammessa proponibilità di un'azione di risarcimento del danno per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative pur in presenza di un contratto valido, e, comunque, in assenza di una domanda di impugnativa del medesimo, perché della stessa non ricorrono (più) i presupposti". Così prosegue la S.C.: "A carico della parte che abbia callidamente e scorrettamente insidiato l'autonoma determinazione negoziale dell'altra deve, difatti, ritenersi configurabile in via generale una responsabilità risarcitoria anche quando il comportamento contrario a buona fede non sia tale da integrare il paradigma normativo di uno dei vizi del consenso così come disciplinati dal codice civile.

con l'intenzione di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio.

Tra l'altro, in tal modo s'incentiva anche la prassi a rinvenire soluzioni inutili o comunque facilmente frustrabili, quali, ad esempio, il rilascio di garanzie, o la stipula di simulati contratti di mutuo, risolubili solo all'atto della conclusione della futura procedura di scioglimento del vincolo.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche il Tribunale di Torino ha, quindi affermato 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 divorzio²⁴⁰.

Pertanto, considerare nulli gli accordi pre-divorzili trascurerebbe di considerare adeguatamente i principi del diritto di famiglia, a fronte della stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale, in coerenza con il più ampio genus orientato alla valorizzazione dell'autonomia negoziale costituzionalmente garantita ex art. 41.

²⁴⁰ Tribunale di Torino ord. 20 aprile 2012; in M. SANTISE, op.cit., p. 24.

Capitolo III

Negozi di destinazione in vista della crisi coniugale

3.1. Atto di destinazione e crisi familiare

Così come delineata la centralità dell'accordo tra coniugi, quale strumento ordinario per la regolamentazione del rapporto ex art. 1322 c.c. e chiarito l'abbandono del principio gerarchico in contrasto con il valore costituzionale di eguaglianza fra coniugi, giova ora brevemente soffermarsi sulle molteplici forme che la stessa autonomia può assumere. Si pone, infatti, il problema sia in dottrina²⁴¹ che in giurisprudenza, di individuare strumenti negoziali in grado di garantire una corretta sistemazione dei rapporti patrimoniali e, in particolare, un'efficace risposta alle esigenze di mantenimento che derivano dalla cessazione del rapporto coniugale²⁴². A tal fine ci si è interrogati sull'ammissibilità nell'ambito familiare delle nuove figure di matrice anglosassone²⁴³

²⁴¹ Cfr. G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter, Obbl. Contr.*, 2006, 4, p. 777 ss.

²⁴² G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, ivi, p. 73 ss.

²⁴³ Si pensi al trust, vivace risulta il dibattito in corso sull'ammissibilità dei trusts "interni" e circa l'estensione da attribuire alla Convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge applicabile al trust, al

approdate nel nostro ordinamento, nonché sull'ambito applicativo del 2645 ter, introdotto con Legge n. 51 del 2006²⁴⁴.

Giova da subito osservare come nell'ambito degli accordi patrimoniali tra coniugi in occasione della crisi della famiglia, l'atto di destinazione ben può adattarsi per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c. Si pensi al fondo patrimoniale, istituto tradizionale e classificato quale patrimonio di destinazione anche nell'attuale codice in quanto in base all'art. 167, 1° co., c.c., determinati beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri o titoli di credito, vengono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia. Quindi soltanto un certo agglomerato di creditori²⁴⁵ può accampare pretese su questi beni in deroga all'art. 2740 c.c.²⁴⁶.

Tuttavia è istituto che determina un patrimonio separato ma non conferisce allo stesso un'autonomia, ed è pertanto sfornito di soggettività. Sicchè, il fondo patrimoniale non costituisce una risposta

suo riconoscimento e sui risvolti giusfamiliari di quella normativa, con particolare riguardo alla materia dei profili patrimoniali.

²⁴⁴ Sul punto cfr. A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007.

²⁴⁵ Cfr. Cass., sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862: "Il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo patrimoniale va ricercato non già nella natura delle obbligazioni (legale o contrattuale), ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse ed i bisogni della famiglia, essendo irrilevante l'antiorità o posteriorità del credito rispetto alla costituzione del fondo, atteso che il divieto di esecuzione forzata non è limitato ai soli crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla sua costituzione, ma vale anche per i crediti sorti anteriormente, salva la possibilità per il creditore, ricorrendone i presupposti, di agire in via revocatoria (nell'enunciare il suddetto principio la S.C. ha precisato che vanno ricompresi nei bisogni della famiglia anche le esigenze volte al pieno soddisfacimento ed all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi)".

²⁴⁶ Secondo il quale: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge". Sul punto cfr. F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia le grandi questioni*, Torino, p. 160; secondo cui si è così sviluppato un impiego distorto del fondo patrimoniale, piegando l'istituto a soddisfare finalità diverse da quelle pensate dal legislatore. La norma è stata utilizzata dai coniugi, specie imprenditori, per frapporre un ostacolo ai creditori nell'escussione dei beni degli stessi, così da aggirare la regola della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore: è l'esperienza dei fondi patrimoniali costituiti da fideiussori che hanno accordato garanzia alle banche per finanziamenti in favore di società (di cui spesso sono soci), al fine di sottrarre singoli cespiti all'escussione delle stesse.

adeguata²⁴⁷ (e dunque il vincolo di destinazione inerente ai beni costituiti in fondo), considerato anche il fatto che cessa con l'annullamento, con lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, fatta eccezione per la sola ipotesi in cui siano presenti figli minori; in tal caso il fondo perdura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio²⁴⁸.

Di qui il dibattito sull'art. 2645 ter c.c., introdotto con la novella normativa n. 51 del 2006, riguardante la portata innovativa dell'istituto, ma soprattutto l'ambito applicativo dello stesso alla specifica materia familiare, per sopperire alle deficienze dell'istituto (tipico) del fondo patrimoniale.

La novità dell'art. 2645 ter c.c., risiede nell'aver modificato l'accezione di separazione patrimoniale, che in passato era limitata alle ipotesi nominate, mentre ora è ammessa in via generalizzata: un atto atipico di destinazione, laddove in precedenza erano atti tipici quanto alla funzione (fondo patrimoniale) o quanto al soggetto (art. 2447 bis c.c.). Si è sottolineato come qui si tratti di una separazione affidata allo scopo anziché all'organizzazione, quindi alla volontà del disponente, cosicché la deroga all'art. 2740 c.c. è di matrice negoziale²⁴⁹.

Circa l'ambito applicativo, concernente la possibilità del genitore di adempiere al proprio obbligo di mantenimento della prole mediante cessione di un bene immobile con vincolo di destinazione, la giurisprudenza di merito si è espressa in termini favorevoli laddove il 2645 ter c.c. conferisce una forte tutela al destinatario. Tale norma

²⁴⁷A. FUSARO, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2011, p. 33.

²⁴⁸F. BOCCHINI, op. cit., p. 162.

²⁴⁹A. FUSARO, op. cit. V. pure A. GAMBARO, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, Torino, 2009, p. 319; A. FALZEA, *L'atto negoziale di destinazione, Introduzione della tavola rotonda di Roma del 17.3.2006*, ora in M. BIANCA (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007, p. 3 ss. Secondo cui: "l'art. 2645 ter c.c. è un tassello di un sistema".

prevede infatti l'opponibilità *erga omnes* del vincolo di destinazione, purché trascritto²⁵⁰, e la possibilità di impiegare i beni conferiti e i loro frutti per la realizzazione del fine previsto dalla destinazione.

Si nota una *intentio legis* maggiormente garantista rispetto alla disciplina del fondo patrimoniale di cui all'art. 170 c.c., in quanto i beni destinati potranno essere aggrediti solo per soddisfare i debiti contratti a tale scopo. Viceversa, secondo l'art. 170 c.c. i beni del fondo sono suscettibili di esecuzione anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale circostanza²⁵¹.

La problematica è stata affrontata a più riprese dal Tribunale di Reggio Emilia.

La prima fattispecie concreta può essere così ricostruita²⁵²: due coniugi, già consensualmente separati con accordo omologato, si rivolgono al Tribunale per modificare le condizioni di separazione chiedendo la sostituzione della clausola che prescrive a carico del padre l'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori mediante il versamento alla madre affidataria di un assegno mensile con il trasferimento alla stessa della quota di un mezzo di determinati beni immobili.

Il Tribunale tuttavia valuta la modifica proposta non rispondente all'interesse della prole: l'obbligo di mantenimento dei figli verrebbe ad essere sostituito con il trasferimento di immobili alla madre affidataria senza alcuna garanzia in ordine alla destinazione dei cespiti e dei loro

²⁵⁰ In dottrina cfr. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 183 ss.; M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 59 ss.

²⁵¹ Sul punto cfr. A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art.2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1, p. 1 e ss.

²⁵² La ricostruzione del caso che segue è ripresa da S. MEUCCI, *L'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in occasione della crisi della famiglia*, in *Persona e Mercato*, a cura di G. Vettori (www.personaemercato.it).

frutti (naturali e civili) al mantenimento dei figli stessi. I Giudici suggeriscono ai coniugi il ricorso all'atto di destinazione ex art. 2645 ter e l'apposizione del relativo vincolo sugli immobili trasferendi, al fine di sottrarre gli stessi alla libera disponibilità della madre e vincolarli alla realizzazione dell'interesse della prole.

I coniugi accolgono i suggerimenti del Tribunale e presentano istanza di modifica delle condizioni di separazione prevedendo che, a seguito del trasferimento alla madre affidataria di determinati immobili e nel quadro dell'accordo di adempimento dell'obbligo di mantenimento, la stessa ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto a carico degli immobili e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli. Inoltre, si prevede un ulteriore vincolo di destinazione che si sostanzia in un divieto di alienazione, in quanto la madre affidataria si obbliga ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. a non alienare gli immobili sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli.

Il Tribunale, previo esame dell'applicabilità dell'art. 2645-ter cod. civ. e degli effetti del vincolo impresso, valuta positivamente la modifica proposta ritenendo sufficientemente salvaguardato l'interesse della prole. L'atto di destinazione, osservano i Giudici, ha ad oggetto il trasferimento e la destinazione di beni immobili²⁵³, riferendosi a negozi atipici²⁵⁴ ma anche a contratti con causa normativamente disciplinata.

²⁵³ Cfr. in dottrina G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità immobiliare nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, p. 321 ss.

²⁵⁴ Sulla natura atipica dell'accordo cfr. anche *Cass. civ.*, 8 novembre 2006, n. 23801, in *Mass. Giur. It.*, 2006, secondo cui "In tema di separazione consensuale, le pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato si configurano come contratti atipici, aventi presupposti e finalità diversi sia dalle convenzioni matrimoniali che dagli atti di liberalità, nonché autonomi rispetto al contenuto tipico del regolamento concordato tra i coniugi, destinato ad acquistare efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione: ad

Pertanto, in virtù della preminenza dell'autonomia negoziale privata, per atti deve intendersi il *genus* dei negozi, atti e contratti, stipulati in forma solenne e finalizzati ad imprimere vincoli di destinazione dei beni. Proprio il successivo richiamo all'art. 1322, co.2, c.c., dimostrerebbe che la norma fa riferimento anche ai contratti stipulati in forma pubblica. Nella fattispecie in esame, poi, il requisito della forma è stato rispettato, dal momento che l'accordo traslativo è stato inserito nel verbale di udienza atto idoneo ad essere trascritto²⁵⁵.

Ciò rilevato, l'accordo in concreto stipulato tra i coniugi deve essere valutato in ordine al profilo causale. A tal riguardo, il giudizio di meritevolezza di tutela dell'interesse destinatorio è ricostruito in termini di giudizio di liceità, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e dell'ampia casistica degli accordi tra coniugi in occasione della crisi

esse, pertanto, può riconoscersi validità solo in quanto, alla stregua di un'indagine ermeneutica condotta nel quadro dei principi stabiliti dagli artt. 1362 e ss. cod. civ., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggio alla parte interessata (ad esempio prevedendo una misura dell'assegno di mantenimento superiore a quella sottoposta ad omologazione), ovvero 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 ancora 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 cod. civ.”

²⁵⁵L. RENNA, Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007 – *Obbligo di mantenimento e trasferimento di beni immobili alla moglie*, in www.personaedanno.it, secondo cui La soluzione non è pacifica in dottrina: una parte di essa sostiene, infatti, che le condizioni riguardanti i coniugi di cui deve darsi atto nel verbale d'udienza comprendono qualsiasi patto che regoli i rapporti patrimoniali tra i coniugi ed il verbale, in quanto redatto da pubblico ufficiale, costituisce atto pubblico ex art. 2699 c.c. (G. OBERTO, *I trasferimenti immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e diritto*, 1995, p. 155 ss.; dello stesso parere, CEI, *Transazione stipulata tra i coniugi in vista della separazione*, *ivi*, 1994, p. 660 ss.); altra parte sostiene, al contrario, che l'effetto della certezza pubblica legale va limitato al solo contenuto necessario, essendo il notaio l'unico pubblico ufficiale competente ad attribuire forma pubblica alle dichiarazioni negoziali (M. C. ANDRINI, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, in *Famiglia*, 2001, che addirittura ritiene indispensabile la presenza del notaio anche in ipotesi in cui non si verta in tema di trasferimenti immobiliari; conformi anche F. TOMMASEO, *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 593 ss., secondo cui il ricevimento di atti soggetti a trascrizione, in assenza di un'espressa autorizzazione normativa, è di esclusiva competenza del notaio; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e Circolazione giuridica*, a cura di Fucillo, Milano, 1997, p. 20 s.; S. VAGLIO, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari fra coniugi*, in *Fam. e diritto*, 1994, 6, p. 685 ss.; A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. not.*, 1992, II, 598 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da Schlesinger, I, Milano, 1991, p. 681 ss.).

familiare: la valutazione di meritevolezza è operata in concreto, in conformità alla funzione che i giudici sono chiamati a svolgere nell'ordinamento²⁵⁶.

Non si può che condividere l'assunto dei giudici che, in sintonia con la dottrina maggioritaria²⁵⁷, rilevano che l'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. conferisce un vincolo d'impignorabilità assoluta ai beni e ai frutti conferiti, vincolo maggiore di quello ottenibile con la costituzione di un fondo patrimoniale dal momento che l'art. 170 c.c. assoggetta ad esecuzione dei beni del fondo anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza²⁵⁸.

Con tale formulazione la norma ha inteso bilanciare il principio di inespropriabilità dei beni destinati e dei frutti, principio che concretizza l'interesse all'effettiva realizzazione della destinazione a fondamento del fondo ed agevola l'accesso al credito per la soddisfazione dei bisogni familiari con la tutela dell'affidamento dei creditori.

Orbene, altra pronuncia importante, altresì, per la conferma della “irruzione della negozialità in tutti i campi riferibili ai rapporti patrimoniali all'interno del nucleo familiare” sempre proveniente dal Tribunale di Reggio Emilia è del 7 giugno 2012, che riconosce la natura negoziale dell'accordo di separazione (che pure non rientra nella categoria dei contratti, sia perché coinvolge interessi soprattutto personali dei coniugi e della prole, sia perché lo Stato non rinuncia ad un controllo preventivo attraverso l'omologa del giudice). In siffatta pronuncia si ribadisce che l'ammissibilità delle pattuizioni tra i coniugi in crisi trova il suo principale fondamento nella generale affermazione

²⁵⁶ Trib. Reggio Emilia, decreto 23 marzo 2007, in www.personaemercato.it.

²⁵⁷ Per tutti v. G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Fam. e diritto*, 2007, p. 202 ss.

²⁵⁸ L. RENNA, op. cit.

del principio di autonomia privata (o negoziale) ex art. 1322 c.c. nonché nella capacità dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente ex. artt. 2 e 29 Cost.

Il caso concerne due coniugi che hanno posto, quale condizione della separazione, la destinazione di un immobile e dei frutti di questo al mantenimento dei nipoti minorenni in ragione della non autosufficienza economica del loro unico figlio. In particolare, essi intendono destinare, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-ter c.c., alcuni immobili al soddisfacimento delle esigenze abitative e/o economiche dei propri nipoti sino al compimento del ciclo di studi e al raggiungimento dell'autosufficienza economica dei medesimi, e comunque non oltre il compimento da parte del più giovane di questi del trentacinquesimo anno di età.

In sostanza, lo scopo della costituzione del vincolo di destinazione ex art. 2645-ter risiede nell'esigenza di entrambi i coniugi di definire, in sede di separazione consensuale, i loro rapporti economici anche in riferimento all'adempimento dell'obbligo alimentare degli ascendenti nei confronti dei nipoti, come previsto dall'articolo 433 c.c. Il vincolo di destinazione citato è imposto sulla quota di proprietà di ciascuno riguardante l'immobile, senza in alcun modo operare alcun trasferimento della proprietà immobiliare.

Giova osservare come a differenza della giurisprudenza prima esposta (Reggio Emilia, decreto 23.3.2007 che riguardava il diverso caso in cui il vincolo era stato impresso su dei beni oggetto di trasferimento da un coniuge all'altro), nel caso *de quo* l'accordo tra i coniugi è essenzialmente un "negozio destinatorio puro", col quale, cioè, le parti vogliono imporre su beni di loro proprietà un vincolo di destinazione ex

art. 2645-ter c.c. (senza che si accompagni alcun altro negozio di cessione, trasferimento, ecc.).

I giudici emiliani si sono preoccupati di stabilire se l'art. 2645-ter ha introdotto nel nostro ordinamento il "negozio di destinazione" (nuova figura negoziale la cui causa s'incentra sul vincolo e sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con la destinazione dei cespiti) oppure se la norma riguarda esclusivamente gli effetti di un altro negozio (tipico o atipico) al quale – come contenuto eventuale – può essere accompagnato un vincolo di destinazione.

In dottrina si è osservato sul punto che è una questione mal posta: gli atti sono sempre funzionali agli effetti e per controverso gli effetti conseguono dagli atti (quando non derivano direttamente dalla legge), sicché non c'è iato tra i due termini, nel senso che la norma riguarda gli atti in vista degli effetti che ne derivano; nello specifico poi la legge contiene un riferimento agli interessi realizzati, e questi non possono che inerire agli atti programmatici degli assetti di interessi, cui si connettono gli effetti determinativi delle vicende giuridiche perseguite dai privati²⁵⁹.

Invero, il collegio si è conformato alla giurisprudenza sinora pronunciata sul vincolo di destinazione, secondo la quale l'art. 2645-ter c.c. è norma "sugli effetti" e non "sugli atti"²⁶⁰; in particolare, la citata disposizione riguarda esclusivamente gli effetti, complementari rispetto a quelli traslativi ed obbligatori, delle singole figure negoziali a cui accede il vincolo di destinazione e non consente la configurazione di un "negozio destinatorio puro", cioè di una nuova figura negoziale atipica imperniata sulla causa destinataria. Pertanto, secondo il collegio difetta un atto traslativo dell'immobile e che, quindi, il vincolo di destinazione

²⁵⁹F. BOCCHINI, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, op. cit., p. 167.

²⁶⁰In questi termini si sono espressi Trib. Trieste, 7.4.2006 e Trib. Reggio Emilia, 23.3.2007.

dovrebbe reputarsi come “autoimpresso” sulla quota di proprietà di ciascuno.

Infine giova osservare che dalla norma non deriva, di regola, un’inalienabilità del bene vincolato²⁶¹, in quanto la trascrizione del vincolo serve appunto a rendere conoscibile ed opponibile ai terzi solo il vincolo impresso al bene. Pertanto, può sussistere un divieto di alienazione solo se voluto e assunto dalle parti come funzionale allo scopo perseguito: in tal caso il divieto è trascrivibile in uno con il vincolo di destinazione in quanto assunto come funzionalmente collegato al vincolo di destinazione²⁶².

3.2. Il trust nella famiglia

Altra figura che riceve un’importante ricaduta ai fini applicativi in materia familiare, proprio in virtù della valorizzazione dell’autonomia negoziale tra i coniugi, è rappresentata dal trust.

Infatti, nell’ambito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale concernente l’ammissibilità, validità ed efficacia degli accordi conclusi in vista della crisi coniugale, l’attenzione di parte della dottrina si è soffermata sul ricorso allo strumento del trust, quale possibile mezzo, accanto a quelli già visti di diritto interno, di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi²⁶³.

Occorre premettere che il trust è un tipico istituto di diritto anglosassone che si sostanzia nell’affidamento ad un terzo di determinati

²⁶¹ Cfr. L. LUPOI, *Istituzione del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008; D. ZANCHI, *Diritto e pratica dei trusts*, Torino, 2008; L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010; A. C. DI LANDRO, *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari personali*, Napoli, 2010.

²⁶²F. BOCCHINI, op. cit., p. 168; v. anche L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004; P. IAMICELLI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001.

²⁶³ C. MURGO, *L’autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, op. cit., p. 181.

beni affinché questi li amministri e gestisca quale “proprietario” per poi restituirli, alla fine del periodo di durata del trust, ai soggetti indicati dal disponente. Presupposto coesenziale alla stessa natura dell’istituto è che il detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, dove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (*sham trust*) e non produce l’effetto segregativo che gli è proprio”²⁶⁴.

È utile evidenziare come esso rappresenta uno di quei terreni su cui, nei paesi di *common law*, famiglia legittima e famiglia di fatto si sono spesso incontrate, così dimostrando, di essere null’altro che due facce di una stessa medaglia: “*pile et face* - come icasticamente messo in luce da un’attenta sociologa della famiglia – *d’une même contractualisation des rapports privés*”, e ciò a differenza dell’ordinamento italiano dove la convivenza *more uxorio*, sebbene tutelata a livello costituzionale ai sensi degli artt.2 e 29, e menzionata in talune leggi settoriali sia civili che penali, non ha ricevuto riconoscimento espresso dal legislatore in termini generali.

Orbene, nella giurisprudenza inglese il trust è stato impiegato per risolvere problemi sostanzialmente di arricchimento ingiustificato derivante dal fatto che nel corso della convivenza (matrimoniale o meno) di due persone si siano acquistati beni “intestati” ad una sola di esse, ma al cui acquisto abbia in qualche modo contribuito anche l’altra, mediante prestazioni consistenti vuoi in un *dare* (si pensi alla consegna di una somma di denaro, o di un bene da offrire in permuta, o al pagamento del prezzo d’acquisto), vuoi in un *facere* (si pensi ai lavori di costruzione o

²⁶⁴ V. Cass., pen.; sez. V; sent. 24.01.11, n. 13276.

di restauro di immobili eseguiti dall'uno sul fondo dell'altro). La soluzione escogitata al riguardo consiste proprio nell'applicazione dell'istituto del trust, che consente di riconoscere nei casi suddetti l'esistenza, in capo al soggetto "pretermessso", di un *beneficial interest* su singoli cespiti (si tratta per lo più della casa d'abitazione) acquistati dall'altro e a questi "intestati". L'espedito è agevolato dal fatto che, nel *common law*, esiste un principio generale in base al quale, allorquando un certo bene viene acquistato formalmente da un soggetto diverso da colui che ha fornito il denaro necessario per l'acquisto, la *beneficial ownership* risulta in favore di quest'ultimo (c.d. «*presumption of resulting trust*») ²⁶⁵.

Nell'ordinamento italiano il trust non è mai stato oggetto di specifica disciplina, unico referente normativo è la legge n. 364 del 1989 che ha ratificato e reso esecutiva la Convenzione dell'Aja del 1985, relativa alla legge applicabile al trust (in vigore in Italia dal 1 gennaio 1992), che tuttavia lascia insoluto, in dottrina, il problema della ammissibilità del trust c.d. interno, ossia quel trust i cui connotati oggettivi e soggettivi sono connessi al nostro ordinamento giuridico ed al nostro territorio, ma la cui disciplina è una legge straniera che costituisce il solo elemento di estraneità.

Che il trust di origine giudiziale sia un fenomeno difficilmente "sportabile" in sistemi di civil law è stato ben compreso dai redattori della Convenzione internazionale dell'Aja del 1985, al punto da prevederne una esplicita esclusione dalla sfera di operatività di tale

²⁶⁵ G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, I, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 2, p. 201; v. pure nota 20, in cui si esprime il principio secondo il quale: "Where the home is conveyed to a person other than the one who provided the purchase money, there is a general rule that beneficial ownership 'results' to the one providing the purchase money"; v. inoltre M. L. PARRY, A. R. *Cohabitation*, London, 1981, p. 14 ss., il quale peraltro rileva che *la presumption of resulting trust* è *rebuttable by other evidence*. Sull'argomento cfr. D. B. PARKER-MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, London, 1970, p. 32; FORD-LEE, *Principles of the Law of Trust*, Melbourne, 1983, p. 951 ss. Sulla questione v. anche G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, op. cit., p. 130 ss.

strumento internazionale. Per questo i trusts di cui ci si occupa sono quelli di fonte negoziale. Pertanto, la costituzione in Italia per via negoziale di un trust a beneficio di una famiglia - vuoi legittima, vuoi di fatto - pur in assenza di un qualsiasi elemento di estraneità (che non sia quello della legge scelta dalle parti), appare immaginabile solo a condizione che si fornisca alla convenzione dell'Aja del 1985, una lettura tale da consentire di ritenere autorizzata la creazione di trusts "interni", superando le pur numerose e gravi perplessità sollevate in dottrina e in giurisprudenza. Si pensi ai problemi posti dai rapporti con il disposto dell'art. 2740 c.c., con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, con quello della tassatività delle ipotesi in cui è consentito creare enti dotati di autonomia patrimoniale, con quello della tassatività delle fattispecie soggette a trascrizione, o al profilo di un'eventuale antitetività rispetto all'art. 2744 c.c., in relazione alla possibilità di costituire, tramite trust, nuovi meccanismi di garanzia, alla potenziale frizione con i principi del nostro sistema successorio, pur nell'ambito delle clausole c.d. di salvaguardia di cui agli artt. 15 e ss. della Convenzione: si pensi, in particolare, al divieto dei patti successori e di sostituzione fedecommissaria, all'inapplicabilità di pesi e condizioni sulla legittima e, più in generale, alle norme a tutela della successione necessaria²⁶⁶.

Senza volersi addentrare nell'articolato dibattito dottrinale sviluppatosi sul tema, occorre osservare al fine che ci interessa, che la giurisprudenza²⁶⁷ è oggi pacifica nell'ammettere siffatta figura; tuttavia ne condiziona la validità alla sussistenza di due aspetti sostanziali²⁶⁸.

²⁶⁶ G. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, I parte, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 2, p. 201; O. WENDELL HOLMES, *The trust is not a metaphysical entity*, in *Landram*, v. JORDAN, 203 U.S. 56.

²⁶⁷ Cfr. pure Trib. Milano, 23.02.2005, in *Riv. Notar.*, 2005, p. 850, con nota di De Guglielmi, Momegat, in cui è stato omologato il verbale della separazione personale consensuale tra le cui condizioni è previsto che uno dei coniugi istituisca un trust (che preveda come trustee lo stesso

In *primis* è necessario che il trust sia meritevole di tutela, ossia deve perseguire un fine che con gli ordinari strumenti del diritto civile non sarebbe altrimenti perseguibile e questa precisazione deve essere contenuta nelle premesse dell'atto istitutivo. Ne consegue che sono da censurare tutti quei trusts nei quali l'unico beneficiario risulti essere il solo disponente e non invece una classe di beneficiari, per i quali sia stato predisposto un programma specifico di gestione dei beni nel loro interesse.

In *secundis* il disponente non può riservarsi ogni potere nel trust, anche se la legge regolatrice glielo consentirebbe, perché ogni trust interno deve comunque passare il primo ed imprescindibile vaglio di conformità ai precetti posti a fondamento della Convenzione, il cui art. 2, ultimo comma esclude espressamente questa possibilità.

È interessante evidenziare che tra le tipologie di trust oggetto di applicazione nell'ordinamento dei Paesi di *common law*, spicca la figura del c.d. *constructive trust*, quale strumento finalizzato a retribuire secondo equità la titolarità dei diritti acquistati dai coniugi in costanza di rapporto, anche nell'ipotesi in cui della titolarità di essi risulti formale intestatario solo uno dei coniugi (ma che l'altro coniuge abbia comunque contribuito con denaro o comunque con il lavoro di casa). Alla base del

disponente) un immobile di sua proprietà al fine di adibirlo ad abitazione della figlia e dell'altro coniuge, con la previsione del trasferimento dello stesso alla figlia al compimento del trent'anni; v. Cass. 13.06.2008, n. 16022, in cui si è ritenuto che in presenza di un trust in sede di divorzio, qualora ciascuno dei coniugi divorziati abbia agito per la rimozione dell'altro trustee, formulando un ventaglio di censure che attengono all'unitaria *causa petendi* dell'appropriata gestione patrimoniale, non incorre nel vizio di ultrapetizione la pronuncia che dichiara la decadenza di entrambi dalla carica di trustee per violazione degli obblighi di correttezza nella gestione del trust.

²⁶⁸ In dottrina cfr. F. VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005, p. 6. Secondo cui la deviazione rispetto alla garanzia patrimoniale generica ex art 2740 c.c. per i creditori, ammissibile solo sulla base di un giudizio assiologico di meritevolezza, costituisce il principale ostacolo all'incondizionato accoglimento nel nostro sistema di una figura duttile come il trust che proprio per tale sua caratteristica sembra configurare un non modello aperto alle più diverse finalità.

constructive trust sta l'affidamento ingenerato nel coniuge ma talora anche soltanto l'ingiustificato arricchimento²⁶⁹.

Così come brevemente esposte natura, origini e caratteristiche del trust, occorre ora rilevarne le differenze rispetto agli istituti affini, nella consapevolezza che la struttura e l'essenza di tale figura giuridica, proprio in virtù della matrice anglosassone, si delinea facendo ricorso alle figure simili legislativamente riconosciute dal diritto interno.

Con riguardo al fondo patrimoniale, che è figura tipica presente nell'ordinamento italiano sin dal 1942 (anche se poi modificata nel 1975), occorre immediatamente rilevare che il trust ha una portata più ampia, in quanto non è connesso ad un rapporto matrimoniale e alla presenza di figli minori. Inoltre, esso rappresenta una maggiore sicurezza di conseguimento dello scopo, cd. effetto segregativo, in cui il titolare è privato della disponibilità del bene, intestato ad un soggetto diverso (fiduciario) tenuto alla realizzazione del suddetto fine.

Di qui l'ampia utilizzazione del trust in materia familiare (che consente di sopperire alle carenze del fondo patrimoniale), sempre che viene impiegato per la realizzazione di scopi meritevoli, come la gestione dei beni di un minore fino alla maggiore età o fino al raggiungimento di una formazione professionale²⁷⁰; oppure assicurando la gestione di beni di un disabile fino ad una certa data.

Pertanto l'istituto può essere utilizzato in termini ampi, potendo essere modulato con una varietà di clausole circa lo scopo, la durata, il recesso, la sostituzione di uno dei soggetti, che consentono proprio di perseguire molteplici finalità²⁷¹.

²⁶⁹ M. DOGLIOTTI, ripreso da C. MURGO, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, op. cit., p. 184.

²⁷⁰ Cfr. Trib. Modena 11.12.2008.

²⁷¹ F. BOCCHINI, op. cit., p. 170.

Rispetto all'art. 2645 ter c.c., introdotto solo con legge del 2006, secondo alcuni codifica un trust interno; viceversa un'attenta opinione dottrinale ha rilevato che “non può certo ritenersi essere venuto ad esistenza una sorta di trust all'italiana”²⁷².

In particolare, secondo il filone più innovativo, si è sostenuto che il legislatore del 2006 introduce la disciplina italiana sul trust, pertanto a seguito dell'art. 2645-ter c.c. il nostro Stato non può più essere annoverato tra quelli che non prevedono l'istituto del trust e conseguentemente l'art. 13 della Convenzione dell'Aja non potrebbe più essere invocato per negare il riconoscimento ad un trust interno²⁷³

Viceversa, la giurisprudenza²⁷⁴ ha individuato notevoli differenze tra il trust e il vincolo di destinazione.

Una prima diversità si rileva nell'“essenza” degli istituti, perché nel trust la stessa risiede nell'affidamento dei beni al *trustee* che ne diviene proprietario, mentre nel vincolo essa si trova nella destinazione dei beni per fini meritevoli, che costituisce il baricentro dell'art. 2645-ter c.c.²⁷⁵ che non codifica affatto un'ipotesi di proprietà temporanea.

²⁷² L'espressione oltre ad essere ripresa dalla giurisprudenza è condivisa da molti in dottrina si veda E. ADDUCCI, A. DI ZILLO, A. SANI, *Patrimoni separati. Creditori da fatto illecito e tutela della stabilità della società costituente patrimoni destinati*, 2007, p. 67.

²⁷³ Sul punto cfr. L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, p. 305 ss.; A. GAMBARO, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento. Note introduttive*, II, *Il trust in Italia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1216; M. LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 966 ss. e 978 ss.

²⁷⁴ In particolare, la suesposta distinzione è individuata dal Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012.

²⁷⁵ Sul punto della meritevolezza il Tribunale di Vicenza ha ritenuto (nel 2011) non ammissibile un piano di liquidazione concordataria, considerando non meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. gli interessi dei creditori di una società insolvente, perché non rispondenti ad un'esigenza di tutela della solidarietà sociale, che sola giustificerebbe al di fuori di espresse previsioni normative che un atto di autonomia privata incida sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale. Il Tribunale di Lecco, l'anno successivo, ha considerato meritevole di tutela il fine perseguito da un'impresa che, anteriormente al deposito del ricorso per concordato preventivo, aveva costituito sul patrimonio un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. con lo scopo dichiarato di permettere la soddisfazione proporzionale dei creditori sforniti di cause di prelazione; ritenendo in particolare che tale iniziativa consentisse la conoscibilità dello stato di crisi e preservasse il patrimonio da eventuali atti di distrazione o da iniziative pregiudizievoli per alcuni creditori. Infine in materia di destinazione per “causa familiare”, il Tribunale di Trieste 2007 ha ritenuto che per l'individuazione dei valori in nome dei quali operare la separazione si possa fare “riferimento al sistema costituzionale, ovvero a beni ed interessi corrispondenti a valori della persona costituzionalmente garantiti, sulla falsariga di

Inoltre, la principale diversità risiede nella disciplina, perché con il vincolo ex art. 2645-ter c.c. il “conferitario” non assume necessariamente delle obbligazioni rispetto ai beneficiari (si tratta di una “figura statica” in cui il soddisfacimento dei beneficiari deriva dai beni conferiti e non da attività gestorie), né esiste una regolamentazione normativa dell’operato del “conferitario” o possono applicarsi le disposizioni sul mandato, mentre nel trust il trustee deve adoperarsi per il raggiungimento della finalità o dello scopo non potendo restare inerte rispetto agli interessi dei beneficiari.

Infine è diversa la funzione delle norme perché, come già esposto, l’art. 2645-ter c.c. introduce nell’ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi, pertanto non si è voluto introdurre nell’ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali, innominato, che diventerebbe il varco per l’ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico. Non c’è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata coniata una nuova figura negoziale²⁷⁶.

Viceversa, la legge 364/1989 (di ratifica della Convenzione dell’Aja) ha dato ingresso al negozio di trust²⁷⁷.

quelli selezionati dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione come meritevoli di ristoro ai sensi dell’art. 2059 c.c.”, ed ha ammesso il vincolo per soddisfare i bisogni di una famiglia di fatto. Il Tribunale di Roma 18 maggio 2013, con sentenza rilevante anche per il profilo delle modalità di istituzione del vincolo, ha invece considerato che lo scopo del mantenimento, istruzione ed educazione delle figlie minori di una testatrice (che in loro favore aveva istituito un vincolo di destinazione con testamento) non sia assimilabile agli interessi previsti dall’art. 2645 ter c.c., che dovrebbero connotarsi in senso etico e solidaristico “anche quando riferiti a singole persone fisiche”; in A. C. DI LANDRO, *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. alcune questioni nell’interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, Riv. Dir. Civ., 2014, 3, p. 727.

²⁷⁶ Trib. Trieste, 7.4.2006.

²⁷⁷ Cfr. M. C. MALAGUTI, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 997 ss; A. GAMBARO, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento. Note introduttive*, II, *Il trust in Italia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1216, secondo cui, al riguardo occorre tenere presente che l’art. 2, secondo comma, della legge italiana di riforma del sistema di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) dispone che “Nell’interpretazione di tali convenzioni, cioè di quelle internazionali, si terrà conto del loro carattere internazionale e dell’esigenza della loro applicazione uniforme”. A ciò s’aggiunga che lo stesso rappresentante dell’Italia in seno alla commissione che diede vita alla Convenzione non ha avuto esitazioni ad ammettere che tale Convenzione “rimane una

Di qui, la diversità nella causa (intesa come funzione economico-sociale) e nella valutazione della medesima, perché “mentre la costituzione di un trust interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della Convenzione e del limite dell’ordine pubblico (cd limite negativo), invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell’articolo 2645-ter c.c., dovrebbe sperare nell’esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell’interesse”²⁷⁸.

Circa il “conferimento”, la diversità risiede nel fatto che l’attribuzione al trustee non è mai definitiva ed è anzi meramente strumentale all’esercizio del compito affidato, mentre il conferimento disciplinato dall’art. 2645-ter c.c. determina un’assegnazione definitiva (tanto che nemmeno si profila, nella norma, la possibilità di sostituire il “conferitario” inadempiente, mentre è pacifica la revocabilità del trustee per fattispecie di breach of trust).

Tuttavia elemento comune alle tre figure giuridiche appena analizzate (trust, fondo patrimoniale e 2645 ter), risiede nella ammissibilità dell’azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, ove chiaramente ne sussistano i presupposti; ciò al fine di evitarne un uso distorto dello strumento, con abuso del mezzo giuridico utilizzato.

Infatti, per la giurisprudenza il trust è revocabile ex art. 2901 c.c. ove abbia effetto distorsivo di privare i creditori della garanzia patrimoniale

convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha affatto inteso trasformarsi in una convenzione di diritto uniforme”. Presupposto necessario per l’applicazione della Convenzione sarà dunque la presenza, nella fattispecie, di elementi estranei al sistema italiano.

²⁷⁸ Per i primi commenti sull’art. 2645-ter c.c., v. anche S. BARTOLI, *Prime riflessioni sull’art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, p. 697 ss.; M. BIANCA, *L’atto di destinazione: problemi applicativi*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema “Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.”, organizzato a Milano dal Consiglio Notarile di Milano il 19 giugno 2006; G. DE NOVA, *Esegesi dell’art. 2645 ter cod. civ.*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema “Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.”, cit.; A. DE DONATO, *Elementi dell’atto di destinazione*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema “Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.”, cit.; A. LUPOLI, *Gli “atti di destinazione” nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts att. fid.*, 2006, p. 169 ss.

generica di cui all'art. 2740 c.c., rendendo così difficoltoso o addirittura impossibile il soddisfacimento delle loro ragioni di credito²⁷⁹, soluzione che può quindi essere pacificamente estesa agli istituti affini.

3.3. Proposte di legge

A corroborare il processo concernente l'evoluzione dell'autonomia negoziale tra i coniugi, si pongono numerose proposte di legge²⁸⁰ che andrebbero da un lato, a sgombrare definitivamente il campo dalle resistenze che molti ancora oggi oppongono e, dall'altro, a fornire un'adeguata e ragionevolmente certa risposta a tutta una serie di interrogativi che si pongono sulla tutela di posizioni quali, ad esempio, quella della parte eventualmente "debole", o sull'esatta delimitazione delle "sfere di competenza" del notaio, dell'avvocato e del giudice²⁸¹.

Nelle stesse viene lasciato il più ampio spazio all'autonomia negoziale, nella consapevolezza che riconoscere ai coniugi la facoltà di gestire anticipatamente, e consensualmente, i propri rapporti patrimoniali e personali in relazione ad un'eventuale futura crisi del matrimonio, può costituire uno strumento molto utile, specie al fine di evitare che la fase di negoziazione di tale rapporti avvenga nel momento in cui il matrimonio è entrato già in crisi ed è particolarmente difficile il

²⁷⁹ Trib. Modena, 14.3.2012, n. 495. Nella specie il fideiussore di una società poi fallita aveva gratuitamente costituito in trust un proprio immobile e tutti gli arredamenti in esso contenuti.

²⁸⁰ Cfr., rispettivamente, il d.d.l. S/2629 (XVI) d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011 recante il titolo "Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali" e la proposta dell'A.M.I., su cui cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 93 ss. e 96 ss.

²⁸¹ G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, p. 88.

compimento di un accordo, e quindi di un assetto che soddisfi entrambi i coniugi, in presenza di reciproche recriminazioni e rivendicazioni.

Infatti, nella relazione del notariato si legge che obiettivo della proposta di legge è quello di rafforzare e rilanciare l'istituto del matrimonio, e di favorire l'accesso allo stesso con la giusta meditazione e serietà, nonostante possa dare ad un osservatore poco attento l'impressione opposta²⁸².

Rilevante a tal fine è la proposta di aggiungere dopo l'art. 162 c.c. l'art. 162 bis, che disciplina il contenuto di tali convenzioni anteriori al matrimonio, da stipularsi mediante atto pubblico redatto da un notaio alla presenza di due testimoni²⁸³, relative alla regolamentazione dell'eventuale separazione e/o scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio²⁸⁴.

Tali accordi non menomano il principio dell'inderogabilità dei diritti e dei doveri scaturenti dal matrimonio contenuto nell'art. 160 c.c., e possono specificare e determinare l'entità e le modalità concrete per la realizzazione di tali diritti e per l'adempimento dei relativi doveri, senza operare alcuna deroga ai predetti diritti e doveri, e senza incidere sullo status coniugale. In altri termini saranno comunque invalidi (per contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume) gli accordi che incidono sullo status (ad esempio “mi impegno a non divorziare”, “mi obbligo a non chiedere la separazione”), o che comportano violazione del diritto di difesa attraverso, per esempio, la rinuncia ad agire o a

²⁸²Cfr. *Le proposte del notariato*, relazione sugli accordi prematrimoniali, in www.notariato.it.

²⁸³ L'atto pubblico notarile con la sua solennità conferisce particolare affidabilità e rilevanza alle manifestazioni di volontà di cui si tratta, garantendo non soltanto la provenienza delle dichiarazioni e l'identità di chi le sottoscrive, ma anche che esse sono state manifestate in piena ponderazione, libertà e consapevolezza, caratteristiche queste di cui è garante il notaio, che deve per legge indagare personalmente la volontà dei contraenti e controllare la conformità dell'atto alla legge. Inoltre, l'atto pubblico consentirebbe di conferire alla scrittura privata la data certa, oltre a rendere più agevoli anche i conseguenti controlli di natura fiscale.

²⁸⁴ Cfr. proposta legge in appendice.

costituirsi in giudizio a difesa di propri diritti o mediante altre obbligazioni a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo stesso status coniugale²⁸⁵.

Si noti come la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino²⁸⁶, si fonda sul presupposto che il compito del giudice, non è già quello di intervenire in presenza di accordi prematrimoniali, ma, tutto al contrario, di operare solo in assenza di essi.

Gli accordi prematrimoniali sono stipulabili sia *ante* che *post nuptial*, sino al momento della presentazione del ricorso per separazione personale, il che, ovviamente, non esclude la possibilità di una consensualizzazione della separazione contenziosa, anche se l'operazione non ha più la valenza di un accordo in *contemplation* della crisi coniugale, essendo quest'ultima ormai in atto.

Circa l'estensione dell'autonomia negoziale, la proposta lascia ampio margine di discrezionalità nel prevedere che “un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 ter, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi”.

Di qui l'opportunità dell'utilizzo dell'atto di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c.; conseguentemente appare del tutto legittimo e meritevole di interesse l'atto con cui un soggetto destini un immobile (nei limiti di tempo previsti dalla legge) al riequilibrio delle differenze patrimoniali tra lo stesso ed il suo ex coniuge per l'ipotesi di cessazione

²⁸⁵ Proposta di legge notariato, www.notariato.it.

²⁸⁶Cfr. http://www.paolonesta.it/rassegna_stampa_quotidiana/2011/ottobre%202011/17-102011/Notai.doc.

del matrimonio, ovvero l'atto con cui il coniuge destini, sin d'oggi o "si premoriar", i frutti del bene immobile al mantenimento dell'altro.

Inoltre, si prevede che "nelle convenzioni un coniuge può anche trasferire all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'handicap".

Condivisibile secondo l'opinione favorevole e possibilista²⁸⁷ risulta anche la scelta operata in merito alle prestazioni alimentari (riferimento omissso negli altri disegni di legge): si stabilisce così che "tali convenzioni possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, salvo il diritto agli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c. e ss. e salvo il disposto di cui all'art. 143 c.c."

Tuttavia non si comprende il principio secondo cui "in ogni caso ciascun coniuge non può attribuire all'altro più di metà del proprio patrimonio", considerato che il tradizionale divieto di donazioni tra coniugi risulta ormai da tempo bandito²⁸⁸.

Ad ogni modo, sulla base della novella proposta²⁸⁹ saranno legittimi i seguenti accordi:

- il patto con il quale - in sede di cessazione del matrimonio - l'un coniuge (ex) attribuisca all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum, ovvero dei diritti reali su beni immobili con il vincolo di destinarne i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica della stessa;

²⁸⁷ G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e diritto*, 1/2012, p. 99.

²⁸⁸ Osservazione di G. OBERTO, op. cit., p. 99.

²⁸⁹ Proposta di legge notariato, www.notariato.it.

- il patto che prevede l'effettuazione di prestazioni patrimoniali in seguito alla cessazione del matrimonio purché si abbia cura d'evitare la coartazione della volontà di cessare il rapporto e resti evidenziata, al contrario, la funzione di solidarietà del patto verso il partner in difficoltà (come avviene per esempio per il patto che preveda la permanenza nella casa di proprietà di uno a beneficio dell'ex coniuge per il tempo necessario a trovare nuova sistemazione);

- il patto che prevede la rinuncia di un futuro coniuge al mantenimento dell'altro salvo il diritto agli alimenti.

Orbene, in una prospettiva comparatistica il progetto di legge appare carente laddove non prende in considerazione il problema della stipulazione o l'esecuzione di accordi che si rivelino iniqui per una delle parti (o che lo diventino nel corso del matrimonio per il sopraggiungere di mutamenti), profilo invece tenuto presente negli ordinamenti di *common law*.

Infatti, sotto questo profilo la pregnante disciplina dei *procedural requirements* prevista sia nei singoli stati americani, sia dall'Uniform Premarital Agreement Act, sia dai Principles of the Law of Family Dissolution (section 7.04) sopra analizzata, deve essere vista come un modello di riferimento, considerato che prevede una modalità tale nella quale i nubendi vengono sollecitati a prendere in considerazione le implicazioni delle proprie scelte, ponendo così una garanzia per entrambe le parti, affinché possano autodeterminarsi con chiarezza e pertanto con la migliore consapevolezza.

Un'altra lacuna, sia del nostro ordinamento che del progetto, riguarda il fatto che mentre gli accordi che i coniugi raggiungono in sede di separazione o di divorzio su domanda congiunta sono sottoposti al controllo giudiziale, dall'altro invece, tutto quanto concerne la scelta e

l'eventuale modificazione del regime patrimoniale può essere deciso senza che il giudice possa effettuare nessun controllo e quindi accertare l'ingiustizia dell'accordo o per un vizio della volontà, verificatosi al momento della scelta, o per il successivo mutamento delle circostanze.

Da ultimo autorevole dottrina²⁹⁰, sulla scia delle precedenti proposte, non accolte in Parlamento, e tenendo presente delle suddette lacune, ha elaborato una nuova proposta di modifica delle esistenti normative (ricalcando quella del notariato ritenuta maggiormente rilevante) al fine di consentire ai coniugi una più ampia autoregolazione dei propri interessi di natura patrimoniale.

Sul punto preliminarmente è stato osservato come la norma di cui al comma sesto dell'art. 162-bis c.c. potrebbe anche ritenersi superflua, se autorevole dottrina non avesse addirittura prospettato l'inapplicabilità dell'art. 2645-ter c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale²⁹¹. In ogni caso non va trascurata la funzione “didattica”, “premiale” e “incentivante” che l'adozione di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l'ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale. Lo stesso rilievo vale per quello che si avvia a diventare un “classico” della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza more uxorio - da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti - può dispiegare sull'efficacia dell'assetto post-matrimoniale. Anche in questo caso è

²⁹⁰ G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, p. 88.

²⁹¹ Cfr. G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 321 ss. Contra G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA. VV., *Le destinazioni patrimoniali*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, nel *Trattato dei contratti*, a cura di E. Gabrielli e P. Rescigno.

opportuno che le parti s'accordino, espressamente, attribuendo o negando rilievo a tale eventualità²⁹².

L'ottavo comma dell'art. 162-bis c.c.²⁹³ configura un vero e proprio trust all'italiana a tutela di uno dei (rari) casi in cui l'importazione dell'istituto anglosassone ha veramente un senso ed una sua causa meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, vale a dire la cura o il sostegno di figli portatori di handicap. La materia dei trasferimenti e della costituzione di diritti è trattata sia dal citato comma ottavo (trasferimento in favore di un fiduciario ed eventuale ritrasferimento in capo al conferente o in capo a terzi beneficiari finali, quali gli stessi figli), sia dal comma quinto dello stesso art. 162-bis c.c., che contempla la possibilità per le parti di regolare i rapporti post-matrimoniali reciproci (nonché quelli relativi alla prole: ma pure in questo caso è evidente la necessità di una autorizzazione diretta a riscontrare nella specie la rispondenza agli interessi dei figli minori) anche a mezzo dei citati atti traslativi. Come è oggi già consentito in sede di contratti della crisi coniugale, il trasferimento o la costituzione potranno avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale. Si è ritenuto di dover precisare che gli impegni ad operare il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali sono assistiti, in caso di inadempimento, dal rimedio di cui all'art. 2932 c.c.

²⁹² G. OBERTO, op. cit. Inoltre sul punto cfr. G. OBERTO, *“Galateo postmatrimoniale”*: e *Gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, cit., p. 337 ss.

²⁹³ In base al quale un n coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'handicap.

L'eventuale funzione traslativa delle intese in discorso doveva poi trovare un riscontro nelle disposizioni in tema di pubblicità. Così, mentre si chiarisce, a scanso di equivoci, che anche la scrittura privata autenticata da avvocato, ex art. 162-bis c.c., è titolo idoneo alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c., il nuovo art. 2647-bis c.c. si occupa di fornire di adeguata pubblicità dichiarativa tali accordi, mentre all'art. 2653 c.c. viene aggiunto un n. 6), che consente la trascrizione delle domande giudiziali dirette all'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'art. 162-bis, qualora abbiano ad oggetto l'impegno ad effettuare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale per effetto delle citate convenzioni. Infine, la pubblicità delle domande di mero accertamento di effetti reali legati al verificarsi di eventi della crisi coniugale, pare invece già "coperta" dal n. 1) del citato articolo²⁹⁴.

²⁹⁴ Spiegazione della proposta integralmente ripresa dal suo autore G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, p. 88.

APPENDICE*

Proposta n 1²⁹⁵

²⁹⁵ Notariato, in www.Senato.it

Proposta n. 2²⁹⁶

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

Art. 1 – Accordi prematrimoniali e matrimoniali

1. All'articolo 162 del codice civile, dopo il terzo comma, è inserito il seguente:

Fermo quanto stabilito dall'art. 160 c.c., è consentita la stipula di accordi prematrimoniali e matrimoniali, di natura patrimoniale, rispettivamente prima e dopo la celebrazione del matrimonio. Tali accordi sono disciplinati dagli artt. 162 bis ss.

2. Nel titolo VI, capo VI, sezione I, sono introdotti gli artt. 162 bis – 162 sexies.

3. Art. 162 bis: Accordi precedenti il matrimonio

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

²⁹⁶ Associazione Matrimonialisti Italiani, in www.ami-avvocati.it

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

- divisione dei beni, godimento di determinati beni, ripartizione del trattamento di fine rapporto lavorativo;
- risarcimento del danno per l'ipotesi di separazione giudiziale con addebito;
- contributo al mantenimento

4. Art. 162 ter: Obblighi delle parti

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

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

5. Art. 162 quater: Forma ed efficacia

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

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

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

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

6. Articolo 162quinquies : Accordi matrimoniali

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

7. Articolo 162sexies: Nullità ed annullamento

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

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

Art. 2 – Modifiche connesse e conseguenti al codice civile.

1. E' introdotto il seguente comma 3° all'art. 155 sexies c.c.:

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

cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il coniuge nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha diritto, se non passato a nuove nozze e in quanto sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5, ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge all'atto della cessazione del rapporto di lavoro anche

se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza, salvo eventuali accordi stipulati ai sensi di cui agli articoli degli artt. 162 bis ss. c.c.

Proposta n. 3²⁹⁷

Art. 129 c.c. - Diritti dei coniugi in buona fede.

1. Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze.

2. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'articolo 155.

3. L'applicazione delle disposizioni del presente articolo è esclusa nel caso le parti abbiano stipulato una convenzione ai sensi dell'articolo 162-bis per il caso di annullamento del matrimonio. In tale caso il giudice attribuisce alla convenzione efficacia di titolo esecutivo.

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

²⁹⁷ G.Oberto, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, p. 88.

1. Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati.

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

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

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

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

1. In difetto di apposito accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis*, il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

2. L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.

3. Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti.

4. Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis*, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.

5. Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'articolo 155.

6. La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818.

7. In caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto.

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

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

1. I futuri coniugi, prima della celebrazione delle nozze, ed i coniugi, sino alla presentazione del ricorso di separazione personale, possono stipulare, con la stessa forma prevista nell'articolo 162, convenzioni volte a disciplinare le condizioni ed i rapporti patrimoniali dipendenti dall'eventuale separazione personale, così come dall'eventuale

annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

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

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

4. Nel caso la convenzione sia stata stipulata prima della celebrazione del matrimonio o prima della nascita di figli, il ricorso può essere presentato solo una volta celebrato il matrimonio, se la coppia ha già almeno un figlio, oppure, in caso contrario, alla nascita del primo figlio; esso va successivamente ripresentato, eventualmente operate le opportune modifiche alla convenzione, dopo la nascita di ciascun altro

figlio della coppia. Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice rifiuta allo stato l'autorizzazione.

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

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

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

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

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

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

11. In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari. Questi patti debbono essere stipulati comunque con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162 c.c.

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

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

Art. 191 c.c. - Scioglimento della comunione.

1. La comunione si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l'annullamento, per lo scioglimento o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale, per la separazione giudiziale dei beni, per mutamento convenzionale del regime patrimoniale, per il fallimento di uno dei coniugi.

2. Nel caso di separazione personale consensuale la comunione si scioglie per effetto del decreto di omologazione dell'accordo di separazione. Nel caso di separazione personale giudiziale, la comunione si scioglie al momento dell'emanazione del provvedimento con cui il presidente autorizza i coniugi a vivere separati.

3. L'eventuale riconciliazione ai sensi dell'articolo 154 determina l'automatica ricostituzione del regime legale con efficacia retroattiva.

4. Nel caso di azienda di cui alla lettera d) dell'articolo 177, lo scioglimento della comunione può essere deciso, per accordo dei coniugi, osservata la forma prevista dall'articolo 162.

Art. 194 c.c. - Divisione dei beni della comunione.

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

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

Art. 210 c.c. - Modifiche convenzionali alla comunione legale dei beni.

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

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

3. [Terzo comma abrogato]

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

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

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

Art. 2653 c.c. - Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti.

Devono parimenti essere trascritti:

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

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

2) la domanda di devoluzione del fondo enfiteutico.

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

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

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

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

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

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

L'interruzione non ha effetto riguardo ai terzi che hanno acquistato diritti dal possessore in base a un atto trascritto o iscritto, se non dalla data della trascrizione dell'atto o della domanda.

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

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

Legge n. 898/1970, art. 5, comma 6

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

procurarseli per ragioni oggettive. Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis*, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.

Legge n. 74/1987, art. 19

1. Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 162-*bis* c.c., relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi, ovvero di annullamento, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli articoli 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché a quelli di cui agli articoli 155 e 156 c.c. sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa.

Bibliografia

- ADDUCCI E., DI ZILLO A., SANI A., *Patrimoni separati. Creditori da fatto illecito e tutela della stabilità della società costituente patrimoni destinati*, 2007
- ANDRINI M. C., *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, in *Famiglia*, 2001
- AL MUREDEN E., *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 991
- ID., *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2005, p. 543 e ss.
- AMAGLIANI R., *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005
- ANGELONI F., *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997
- ID., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. impr.*, 2000, III, p. 1137 e ss.
- ARCIARI A., *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2012, 1
- AULETTA T., *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in A.A. V.V., *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 2001
- AUTORINO STANZIONE G., *Matrimonio in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XI, Napoli, 1994, p. 299
- EAD., *Diritto di famiglia*, Torino, 1997

EAD., *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in AUTORINO STANZIONE G. e MUSIO A., *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002

EAD., *"Autonomia privata" and Family Relationship Between Legal and de facto Situations*, Quaderni del Dipartimento, diretti da P. Stanzone, Salerno, 2002

EAD., *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010

BALESTRA L., *Autonomia negoziale e crisi coniugale*, in F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006

BARASSI L., *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*, Milano, 1941

BARBALUCCA V.-GALLUCCI P., *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano

BARTOLI S., *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, p. 697 ss.

BESSONE M., *Rapporti etico sociali, Commentario alla Costituzione* diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976

BIANCA C. M., *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981

ID., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c.", organizzato a Milano dal Consiglio Notarile di Milano il 19 giugno 2006

ID., *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Milano, 2007

BINI G., *Matrimonio e divorzio in diritto romano*, v. 1, Bologna, 1887

ID., *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, 3 v., Roma, 1975

BIX B. H., *Premarital agreements in the ALI principles of family dissolution*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy* 231, 2001, pp. 235 e ss.

ID., *Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage*, in 40 *Wm. & Mary L. Rev.*, 145 (1998)

BOZZI A., voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 1141 ss.

BRIENZA A., *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. not.*, 1992, II, 598 ss.

BUSNELLI F. D., voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, p. 514

CALVO R., *La famiglia e le successioni*, Torino, 2004

CARAVAGLIOS R., *I trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra i coniugi*, nota a cass. 15.05.1997, n. 4606 e Trib. di Napoli 16.04.1997, in *FD*, p. 430

CARIATO C., *Gli accordi in vista della crisi*, in *Trattato di dir. Priv.*, diretto da Mario Bessone IV- *Il diritto di famiglia, la crisi familiare*, a cura di Tommaso Auletta, Torino

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

CASOLA M., *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670

CASTELLO C., *In tema di matrimonio e concubinato, nel mondo romano*, Milano, 1940

CAVALLI L., *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, nota a Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Gius. civ.*, I, 1992, p. 1243

CECCHERINI G., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999

CERRI F., *Accordi prematrimoniali*, Milano, 2011

COMPORTE M., *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, V- VI, 1995, c. 106

DALMOTTO E., *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 345

D'ANGELI F., *Il mutamento del titolo della separazione personale dei coniugi*, Torino, 1994

DE DONATO A., *Elementi dell'atto di destinazione*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c."

DE FILIPPIS B. – CASABURI G., *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2004

DE NOVA G., in *Trattati*, a cura di P. Cendon, *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da CASSANO G., I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2006

ID., *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema "Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645 ter c.c."

DE VISSCHER F., 'Conubium' et 'civitas', «RIDA» I, 1952

DIDUCK A. – KANAGAS F., *Family law, gender and State: text, cases and materials*, Oxford, 1999

DI GREGORIO V., *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003

DI LANDRO A. C., *Trusts e separazione patrimoniale nei rapporti familiari personali*, Napoli, 2010

ID., *I vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. alcune questione nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza*, *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 3, p. 727

DONISI C., *Limiti all'autoregolamentazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Milano, 1997

DORIA G., *Negoziato di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso*, in *Dir. famiglia*, 1990, I, p. 510 ss.

ID., *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996

D'USSEAU F. B., *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padova, 2005

FALZEA A., *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 614

ID., *L'atto negoziale di destinazione, Introduzione della tavola rotonda di Roma del 17.3.2006*, ora in M. BIANCA (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Milano, 2007

FAYER C., *La familia romana*, I, Roma 1994

ID., *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, «L'ERMA» di BRETSCHNEIDER, Roma, 2005

FALZEA A., *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007

FERRANDO G., *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, fasc. 1, 2001, p. 245

FIGONE A., *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 8; 9, p. 843

FINOCCHIARO M., *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, n. 24, p. 43

FORD-LEE, *Principles of the Law of Trust*, Melbourne, 1983

SANGERMANO F., *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corriere Giur.*, 2013, 12, p. 1563

FRANCIOSI G., *Famiglia e persona in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino, 1995

FUSARO A., *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2011, p. 33

GABRIELLI G., *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 e ss.

ID., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità immobiliare nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, p. 321 ss.

GAMBARO A., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento. Note introduttive, II, Il trust in Italia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1216

ID., *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, Torino, 2009

GAZZONI F., in *Trattati*, a cura di P. Cendon, *Gli accordi in vista della crisi coniugale, Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da CASSANO G., I, *Famiglia e matrimonio*, Milano

ID., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da Schlesinger, I, Milano, 1991

GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art.2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1, p. 1 e ss.

GIACOMO O., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Famiglia e Diritto*, 2012, 8; 9, p. 803

GIURBA M., *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621

GORGONI A., *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 12, p. 1015

GRANELLI C., *L'interpretazione come oggetto del contratto: gli accordi di interpretazione e gli accordi sull'interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 10/2012, p. 647 e ss.

GRAZZINI B., *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 5, p. 442.

HALL J. C., *Common Law Marriage*, CL J, 1986

IAMICELLI P., *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003

JEMOLO A. C., *La famiglia e il diritto*, in «Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania», III, 1948, p. 38 e ss.

ID., *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950

ID., *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv.dir.civ.*, II, 1967, p. 530

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Traduzione di Treves, s.l., 1956

LAGOMARSINO G., *Sopravvivenza dell'obbligo della mutua assistenza fra coniugi dopo i provvedimenti presidenziali*, nota a Cass., 14 luglio 1994, n. 6612, 1994, p. 629 ss.

LAS CASAS A., *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, p. 913

LENTI L., *Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione*, nota a Cass., 17 marzo 1995, n. 3098, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c., p. 67 ss.

LOWE N., *Prenuptial agreements: the English position*, in *InDret*, vol. 1, 2008

LUPOI A., *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts att. fid.*, 2006

ID., *Istituzione del diritto dei trusts e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008

LUPOI M., *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985*, in *Vita not.*, 1992, p. 966 ss. e 978 ss.

MACIONE F., voce *Rinuncia(Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 941

MAGAGNA M., *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, Padova, 2002

MAIETTA A., *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, pubblicazioni, 2010

MALAGUTI M. C., *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 997 ss.

MANTICA F., *Decisiones Rotae Romanae*, Romae, 1618

MANTOVANI M., *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino 1995

MARELLA M. R., *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in AA. VV., *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 2003, p. 153 e ss.

MARICONDA V., articolo 1333 e trasferimento immobiliare, in *Corriere Giur.*, 1988, p. 148

MEUCCI S., *L'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. in occasione della crisi della famiglia*, in *Persona e Mercato*, a cura di G. Vettori (www.personaemercato.it)

MOGLIA S., *La separazione personale dei coniugi: panorama di giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997

MORETTI M., *"Accordi ora per allora" e nullità del matrimonio*, in *Contratti*, 1993,

MURGO C., *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Milano, 2006

NADDEO F.- VITERALE J., *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, nota a Cass., sen. n. 23713/2012, p. 8

NADDEO F., *Il governo della famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, diretto da G. Autorino Stanzione, vol. I, *Il matrimonio. I rapporti personali*, Torino, 2005

EAD., *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a Cass., sent., n. 23713/2012, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.IT, p. 27 e ss.

EAD., *Diritti coniugali e disponibilità preventiva*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.IT, p. 4 ss.

NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007

OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999

ID., *"Prenuptial agreements in contemplation of divorce" e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 212

ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in www.giacomooberto.it

ID., *Gli accordi sulle conseguenze della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c., p. 1306 ss.

ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c., p. 1319

ID., *Del "galateo postmatrimoniale"; ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. Not.*, 1999, p. 337

ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999

ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.

ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, n. 5/2003, pp. 496 e ss.

ID., *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, I, in *Famiglia e Diritto*, 2004, 2, p. 201

ID., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corriere giur.*, 2004, 3, p. 309 ss.

ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Fam. e diritto*, 2007, p. 202 ss.

ID., *Contratti matrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 1, 2012, p. 78

ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, p. 321

ID., *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 1, p. 88

ID., *Gli accordi Patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, in www.giacomooberto.com

ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA. VV., *Le destinazioni patrimoniali*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, nel *Trattato dei contratti*, a cura di E. Gabrielli e P. Rescigno

PALERMO G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, *Obbl. Contr.*, 2006, p. 73 ss.

PANFORTI M. D., *Gli accordi paramatrimoniali fra autonomia dispositiva e disegualianza sostanziale. Riflessioni sul family law amendment Act 2000 australiano*, 2002, *Familia*, fasc. 1, p. 149

PARADISO M., *La Comunità familiare*, Milano, 1984

PARKER D. B. –MELLOWS A. R., *The Modern Law of Trusts*, London, 1970

PARRY M. L., *Cohabitation*, London, 1981

PATTI F., *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, in *Vita Not.*, 2004, p. 1381

PAZZAGLIA A., *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita Not.*, 2001, p. 1017

PERLINGIERI P., *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Persona e comunità familiare*, Napoli, 1982

ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 183 ss.

POST A., *Giurisprudenza etnologica* (trad. Bonfante e Longo), II, Milano, 1908

QUADRI E., *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987

ID., *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Università di Catania (25, 26, 27 maggio 2006)

RENNÀ L., Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007 – *Obbligo di mantenimento e trasferimento di beni immobili alla moglie*, in www.personaedanno.it

RESCIGNO P., in *L'individuo e la comunità familiare*, *Persona e comunità*, Padova, 1988

ID., *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000

RODOTÀ S., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 661 ss.

ROSSI CARLEO L., *Il diritto di famiglia*, Torino, 1999

RUGGIERO D., *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005

RUSCELLO F., *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova

ID., *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006

RUSSO E., *Il divorzio all'americana; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, 2001, I, c., p. 1331 e ss.

ID., *Le convenzioni matrimoniali, Artt. 159-166-bis*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 425

ID., in *Trattati*, a cura di P. Cendon; *Gli accordi in vista della crisi coniugale*, in *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, diretto da G. Cassano

RUSSO V. T., *Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura*, in *Notariato*, 2001, p. 292

SACCO R., *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977

SACCO R. e DE NOVA G., *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, II, Torino, 1993, p. 288

SALA M., *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. Trim. dir. civ.*, 1996, p. 1100

SANTINI M. –PIGLIAPOCO E., *L'assegno divorzile una tantum*, in www.dirittodellafamiglia.com

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto Civile*, a cura di M. Santise, Torino, 2014

SANTORO-PASSARELLI F., *L'autonomia Privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961

SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2004

SCALISI V., *La "famiglia" e le "famiglie"*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona, Padova, 1986

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970

- SCOTT-SCOTT, A *Contracttheory of marriage*, in BUCKLEY, *The fall and rise of freedom of contract*, Durham-London, 1999
- SESTA M., *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Rescigno*, Milano, 1998, II, 1
- SGROI M –CASTAGNA S., in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di Giuseppe Cassano, Piacenza, 2003
- STANZIONE P. –AUTORINO G., *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in F. RUSCELLO F., *Accordi sulla crisi della famiglia*, Torino, 2006
- STANZIONE P.- AUTORINO G., *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006
- TESTA A., *Rapporti patrimoniali e la famiglia*, Milano, 2010
- TOMMASEO F., *L'atto pubblico nel sistema delle prove documentali*, in *Riv. not.*, 1998, p. 593 ss.
- TRABUCCHI A., *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 128
- UDA M. G., *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 18
- VAGLIO S., *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari fra coniugi*, in *Fam. e diritto*, 1994, 6, p. 685 ss.
- VALVO A., *Il conubium nella politica romana di integrazione*, in *Atti del Convegno Matrimoni Misti: una via per l'integrazione tra i popoli*, a cura di S. Marchesini, Verona-Trento, 1-2 dicembre 2011, Centro Duplicazioni della Provincia Autonoma di Trento
- VERDE C., *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003
- VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter, Obbl. Contr.*, 2006, 4, p. 777 ss.
- VITERALE J., in *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, Nota a *Cass.*, sent. n. 23713/2012, p. 5 e ss.
- VETTORELLI A., *Le linee evolutive nel diritto internazionale sovranazionale e comparato dei modelli familiari*, in *Osservatorio nazionale della famiglia*, p. 33
- VIGLIONE F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005
- VINCENZI AMATO D., *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio*, a cura di Rescigno, Milano, 1980
- VOLTERRA E., *La nozione giuridica del conubium*, «Studi in memoria di Emilio Albertario», II, Milano 1950
- ZANCHI D., *Diritto e pratica dei trusts*, Torino; 2008; L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010
- ZANNINI P., *Studi sulla tutela mulierum*, I. *Profili funzionali*, Torino, 1976
- ZATTI P., *Diritti e doveri del matrimonio*, in *Trattato dir.priv.*, a cura di Rescigno, vol. III, Torino, 1996

Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, p. 184 e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 con nota di Trabucchi

Cass. 1.02.83 n. 858 GC, 1983, I, 2003

Cass., 5.1.1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, p. 401; Cass., 13.2.1985, n. 1208, in *Nuova giur. comm.*, 1985, p. 658 ss., con nota di Zatti, e Cass., 11.7.1985, n. 4124, in *Mass. Giur. it.*, 1985, in CED, RV 44165

Cass., 3 maggio 1984 n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv.*, 1985, p. 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984

Cass. 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233, con nota di Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*; Cass. 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; Cass. 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 710 con nota di Ferrari, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*

Cass. 21 dicembre 1987, n. 6424, cit., in *Dottrina*, vd. RESCIGNO, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 10

Cass., sez. un., 29 nov. 1990, n. 11490, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2789, con nota di Spadafora; Cass. 4 gennaio 1991, n. 39; Cass. 19 genn. 1991, n. 512

Cass. 6 Dicembre 1991, n. 13128, *Giust. Civ.*, 1992, I, 1239

Cass. 11 Dicembre 1990, n. 1788, in www.leggiditalia.it/CassazioneCivile

Cass 11.8.92, n. 94949, 1993, I, 1, p. 149

Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822, con nota di Lombardi; in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, c. 1670, con nota di Casola; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950, con note di Cubeddu e di Rimini; in *Vita notar.*, 1994, p. 91, con nota di Curti; in *Contratti*, 1993, p. 140, con nota di Moretti

Cass. Civ. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, 1, c. 1670

Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, Cass. 22 gennaio 1994 n. 657, Cass. 28 febbraio 1997, n. 7029

Cass., 8 giugno 1993, n. 638

Cass. Civ., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv. E proc. Civ.*, 1985, p. 579.

Cass. 11.6.1997, n. 5244, *Giur.It.*, 1998, 2, p. 218

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

Cass., 22 marzo 2001, n. 4099

Cass., 21.11.2003, n. 17607, in *Vita notarile*, 2004, p. 156 ss.

Cass. Sez. I, 20 Ottobre 2005 n.20290, con nota di G. Oberto, *Fam. e Dir.*, 2006, p. 150; Cass. Sez. I, 24 Ottobre 2007 n. 22329, in *Giust. Civ. Massimario*, 2007, p. 10

Cass., 8 giugno 2006 n. 23801, in *Dir. Famiglia*, 2007, 1

Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5473, in www.leggiditalia.it/CassazioneCivile

Cass. civ., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Mass. Giur. It.*, 2006

Cass. Sez. Unite 9.7.74, n, 2008 e 26.4.74, n. 620.

Cass., 5 settembre 2008, n. 22394

Cass., pen.; sez. V; sent. 24.01.11, n. 13276

Cass., III sez. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in www.personaedanno.it

Corte cost. 15 aprile 1992, n. 176, in *Riv. dir. prat. trib.*, 1992, p. 1162, con nota di FUSARO, *Per divorzio e separazione lo stesso regime tributario?*
Corte cost. 10 maggio 1999, n. 154, in *Fam. dir.*, 1999, p. 539 con nota di Caravaglios

Trib. Milano, 23.02.2005, in *Riv. Notar.*, 2005, p. 850

Trib. Trieste, 7.4.2006

Trib. Reggio Emilia, decreto 23 marzo 2007, in www.personaemercato.it

Trib. Modena 11.12.2008

Trib. Varese, 29 marzo 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 295, con nota di Patania; in *Fam. dir.*, 2011, p. 919, con nota di Torre

Trib. Varese 29.3.2010, in www.leggiditalia.it.

Trib. Modena, 14.3.2012, n. 495

Trib. di Torino ord. 20 aprile 2012

Trib. Reggio Emilia, 7.6.2012