**Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale**

**di Massimo Palazzo**

**Sommario: 1. La crisi del rapporto coniugale e l’autonomia privata: uno sguardo all'attualità. – 2. I contratti in vista del divorzio. – 3. Evoluzione del pensiero giurisprudenziale. - 3.1. La tesi della nullità assoluta. - 3.2. La tesi della nullità relativa. - 3.3. La più recente giurisprudenza di legittimità: il crepuscolo di un dogma? - 4. Assegno postmatrimoniale e contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio. - 5. Una prospettiva evolutiva.**

1. **La crisi del rapporto coniugale e l’autonomia privata: uno sguardo all'attualità.**

Il tema dell’autonomia negoziale nel diritto di famiglia non è certamente nuovo. Le istanze personalistiche e di eguaglianza affermatesi con la Costituzione e tradottesi, nella legislazione ordinaria, nella regola dell’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi hanno invero sottratto l’ordinamento familiare alla logica degli *status* (marito, moglie, membro del gruppo, etc). *Status* che, d’altra parte, hanno subito, sia sul piano normativo (in tal senso tra l’altro le discipline della separazione, del divorzio, delle nuove forme stragiudiziali di divorzio introdotte dalla legge n. 162/2014, delle unioni civili e delle convivenze contenuta nella legge n. 76/2016), sia sociologico, una evidente perdita di rilevanza[[1]](#footnote-1), favorendo importanti aperture all’autonomia dei privati.

Gli ultimi interventi normativi chiamano l’interprete a un compito che eccede la normale fatica del giurista positivo nel confronto con il testo e nello sforzo di armonizzazione con le altre regole dell’ordinamento, e che consiste a causa della svolta radicale, direi del “mutamento di paradigma”, nella necessità di individuare i nuovi principi ordinanti, i valori organizzativi dei quali si avverte l’esigenza non solo per ricostruire il sistema, ma anche per mettere a fuoco le regole volte a disciplinare le singole fattispecie concrete. L’interprete oggi deve fare i conti con molteplici gradi di legalità (ordinaria, costituzionale, comunitaria). A lui è richiesto uno sforzo di coordinamento al fine di garantire l’unitarietà ordinamentale. Entra in gioco, nella costante attività di ricostruzione del “sistema” normativo posta in essere attraverso le sintesi espressive operate dalla giurisprudenza e dalla prassi negoziale, l’idea di coerenza intesa come consonanza e congruenza, come concatenamento contenutistico e adattabilità della *regula juris* all’ordinamento, come interdipendenza tra materiali ed elementi diversi, riconducibili all’unità di senso del diritto[[2]](#footnote-2). L’interprete, in altri termini, è chiamato a riflettere se non sia venuto il momento di abbandonare regole e modelli di decisione ormai superati dalla coscienza sociale e idonei a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo. Emerge dunque la necessità di un “cambiamento culturale che ci renda capaci di considerare i nuovi problemi con strumenti adeguati alle loro soluzioni e non solo con quelli ereditati dal passato e non più sufficienti ad affrontare il presente” [[3]](#footnote-3)

Come è stato osservato, dall’Unità d’Italia ad oggi per la famiglia è tempo radicali mutamenti, nel segno del passaggio da un modello unico di famiglia fondata sull’autorità e sul preminente peso della potestà e dei doveri ad una accentuata pluralità di modelli familiari,[[4]](#footnote-4) che ha trovato un importante riconoscimento legislativo nella recente legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e le convivenze.

Nel susseguirsi dei modelli normativi è agevole riconoscere le profonde trasformazioni sociologiche che hanno investito il sistema delle relazioni familiari negli ultimi quattro decenni.

Il modello di famiglia, che ancora esisteva negli anni Settanta del secolo scorso e costituiva l'*Idealtypus[[5]](#footnote-5)* sul quale il legislatore ha costruito la disciplina del divorzio nel 1970 e la successiva riforma del 1987, è tramontato[[6]](#footnote-6). Quella famiglia era caratterizzata da un *paterfamilias*  che lavorava e sosteneva economicamente moglie e figli, svolgendo un ruolo strumentale e funzionale (*breadwinner*); alla moglie e madre erano riservati i compiti di cura domestica e dei figli. Questo tipo di famiglia non esiste più non solo negli Stati Uniti ma anche in Paesi, più tradizionalisti in questo settore, come l'Italia dove il modello più diffuso di famiglia vede entrambi i coniugi impegnati in una attività lavorativa extradomestica.

Un secondo tipo di profonda trasformazione che ha vissuto la famiglia occidentale riguarda la instabilità delle unioni e la molteplicità di nuclei familiari successivi che ciascuno costruisce nel corso della propria vita[[7]](#footnote-7). Nel corso dell'esistenza molte persone tendono ad avere più unioni di lunga durata, due o tre anziché una soltanto, come nel passato; ricostruendo nuove famiglie con i figli nati da precedenti unioni.

Occorre inoltre considerare, in terzo luogo, che – dopo la riforma della filiazione realizzata dalla l. 219/2012 e dal D. Lvo 154/2013 - oggi esiste una entità familiare – fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori – pur in difetto di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori e, sicuramente, pur in difetto del matrimonio che un tempo era ritenuto l’architrave della struttura familiare. Lo sgretolamento del rapporto biunivoco famiglia – matrimonio non è una novità normativa inattesa ma il portato di un processo che si è sviluppato, sospinto dal mutare del sentimento sociale e del costume, attraverso gli interventi legislativi sopra ricordati, l’opera della scienza giuridica e della giurisprudenza pratica.

Il Parlamento Italiano, con l’art. 12 della Legge 6 novembre 2014 n. 162, ha riconosciuto ai coniugi il diritto di separarsi, divorziare e modificare le condizioni di separazione e divorzio presentandosi davanti al Sindaco, in veste di ufficiale di Stato Civile[[8]](#footnote-8). Il legislatore del 2014 ha trasformato un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale in diritto potestativo sostanziale, che può essere esercitato fuori dal processo in sede amministrativa; riducendo così, significativamente, il raggio di azione di una disciplina processuale relativa alla separazione e al divorzio che conserva a tutt’oggi una matrice concettuale ancora assai vicina allo sfondo ideale da cui traeva alimento la dottrina di Antonio Cicu.

Giova, inoltre, ricordare che la legge 6 maggio 2015 n. 55 [[9]](#footnote-9) ha ridotto a sei mesi (in caso di separazione consensuale) o un anno (in ipotesi di separazione giudiziale) il periodo di separazione che deve decorrere dalla comparizione davanti al Presidente del Tribunale per la proposizione della domanda di divorzio, attribuendo al problema della validità dei patti in vista del divorzio un rilevo pratico ancora maggiore rispetto al passato. E’ ragionevole immaginare che i coniugi, raggiunto un accordo al momento della separazione intendano definire i loro rapporti oltre il periodo semestrale/annuale anche nella prospettiva del prossimo divorzio. E’ probabile quindi che il raggiungimento dell’accordo al momento di separarsi sia funzionale e collegato alla volontà di tenere fermi gli accordi anche in seguito al divorzio.

In questo mutato quadro la legge n. 76/2016 sulle unioni civili ed i contratti di convivenza ha riconosciuto, anche sul versante legislativo, una pluralità di modelli familiari, tutti giuridicamente plausibili, come da tempo evidenziato da una accorta giurisprudenza e dalla riflessione scientifica attraverso l’evocativa formula dell’arcipelago familiare[[10]](#footnote-10).

La constatazione, largamente diffusa, che oggi la famiglia ha assunto una formulazione completamente diversa rispetto a quella tradizionale, in virtù delle segnalate trasformazioni sociologiche (mutamento del modello di famiglia, instabilità delle unioni, molteplicità delle espressioni nelle quali la comunità familiare può presentarsi) suggerisce l’esigenza di un ripensamento di alcune regole legislative o giurisprudenziali sorte in un diverso contesto normativo e storico sociale. In altri termini, non si tratta di ripensare la famiglia nel nuovo diritto, quanto piuttosto di ripensare il diritto della nuova famiglia, nella consapevolezza che la dimensione giuridica, in una visione serena ed obbiettiva, risulta connaturale alla nostra quotidianità sociale e appartiene alla normalità di questa.

I mutamenti sociali segnalati moltiplicano i fattori di complessità delle strutture familiari di oggi[[11]](#footnote-11). Tale complessità non può essere certamente ignorata dall'interprete. Al contrario, la dialettica che si è creata tra prassi riflessione scientifica e giurisprudenza sul tema dei contratti in vista del divorzio offre ampio materiale per interrogarsi sull'influenza che l'evoluzione socio – culturale della società italiana ha avuto sul pensiero giurisprudenziale e, per converso, sulla influenza che alcuni modelli di decisioni giudiziali di ispirazione conservatrice hanno avuto sui comportamenti sociali e sulla prassi negoziale.

Malgrado i notevoli cambiamenti intervenuti nella realtà storica, sociale e normativa deve invero registrarsi una perdurante “irragionevole ritrosia”[[12]](#footnote-12) della giurisprudenza di legittimità ad ammettere la validità dei contratti stipulati in vista del divorzio, manifestando residue incrostazioni di carattere pubblicistico che - nel timore di sopraffazione a danno del coniuge “economicamente più debole” - comprimono ingiustificatamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata e, per altro verso, pongono pesanti limiti formali alla capacità di autodeterminazione.

1. **I contratti in vista del divorzio.**

Gli interventi della Corte Costituzionale, la legge di riforma del diritto di famiglia, insieme all’introduzione del divorzio – con disciplina poi riformata anche al fine di consentire dapprima la domanda congiunta e successivamente la negoziazione assistita e il “divorzio breve”[[13]](#footnote-13) – hanno notoriamente ampliato i margini di intervento dell’autonomia privata nell’ambito della crisi coniugale, assecondando gli auspici formulati da parte di una corrente dottrinale autorevole.

L’autonomia subisce una considerevole compressione rispetto agli accordi in vista del divorzio, osteggiati dalla nostra giurisprudenza sulla scorta di molteplici ragioni, imperniate sulla indisponibilità dell’assegno di divorzio. L’indagine condotta sulla giurisprudenza evidenzia una casistica abbondante, la cui analisi solleva interrogativi sia circa la redazione dei patti, sia in ordine alla loro disciplina. La linea osservata dalle corti soffre parecchie discontinuità, lascia emergere sottili questioni civilistiche irrisolte oppure affrontate con risposte non sempre appaganti. Numerosi gli interrogativi rilevanti: se gli accordi in vista della crisi siano invalidi nel senso che non vincolano le parti, oppure che il giudice non ne debba tenere conto; se facciano eccezione, da un lato la finalità transattiva autonoma e, dall’altro, gli impegni sfavorevoli all’onerato; se si tratti di nullità relativa, sebbene ricondotta alla illiceità della causa; se l’illiceità di un’intesa prematrimoniale collegata alla crisi coniugale possa essere evitata deducendo tale evento quale condizione sospensiva dell’obbligazione assunta. Inoltre occorre interrogarsi se le riforme della separazione e del divorzio intervenute negli ultimi anni – nel momento in cui ampliano gli spazi di autonomia dei coniugi nella fase della crisi – non possano fornire un contributo decisivo anche al dibattito sui contratti in vista del divorzio, contribuendo al superamento della tesi tradizionale.

Nel  *genus* dei contratti preventivi in vista della crisi coniugale quelli tra coniugi separati in vista del futuro divorzio costituiscono una *species* che presenta punti di contatto con le altre intese preventive, ma che pure ha caratteristiche sue proprie. Nella sequenza che normalmente si stabilisce tra separazione e divorzio, è comprensibile l’interesse dei coniugi a trovare in sede di separazione una sistemazione definitiva dei propri interessi che valga a risolvere le molteplici questioni economiche tra loro pendenti, abbraciandole nel loro insieme e risolvendole una volta per tutte[[14]](#footnote-14).

Le ragioni giustificative dell’accordo dei coniugi rientrano nell’ampio spettro che abbraccia intenti divisori del patrimonio comune, il mantenimento del coniuge meno abbiente, istanze restitutorie di arricchimenti, risarcitorie di pregiudizi, remuneratorie di prestazioni rese o compensative di contributi dati allo svolgimento della vita comune[[15]](#footnote-15).

La Corte di Cassazione ha riconosciuto, in più di una occasione, che l’autonomia privata è la principale fonte di determinazione degli effetti patrimoniali della separazione e della definizione dell’assetto economico complessivo post matrimoniale[[16]](#footnote-16). Recentemente la Corte ha precisato che “tradizionalmente gli accordi negoziali in materia familiare erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti… oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati dai singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale”[[17]](#footnote-17).

Da tempo, inoltre, la giurisprudenza di legittimità ritiene valida tra le parti e nei confronti dei terzi la clausola di trasferimento di immobile tra i coniugi contenuta nei verbali di separazione o nella sentenza di divorzio, così come il trasferimento o la promessa di trasferimento di immobili, mobili o somme di denaro, quale adempimento dell'obbligazione di mantenimento da parte di un coniuge nei confronti dell'altro[[18]](#footnote-18), come pure ha riconosciuto la validità del trasferimento di un immobile a favore di un figlio minore per il suo mantenimento[[19]](#footnote-19).

Questo ampio riconoscimento dell’autonomia privata trova fondamento nei principi del diritto di famiglia e nell’evoluzione del sistema normativo ed ulteriore conferma nelle nuove procedure stragiudiziali di separazione e divorzio introdotte dalle legge 162/2014 che – ponendo fine al monopolio giudiziale per lo scioglimento del vincolo - hanno consegnato definitivamente all’autonomia dei coniugi la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale. A sua volta il legislatore fiscale ha dimostrato un inequivoco *favor* per gli accordi raggiunti in occasione della crisi coniugale, esentandoli da ogni tributo[[20]](#footnote-20).

In controtendenza, rispetto alle ricordate aperture, la giurisprudenza di legittimità è rimasta tradizionalmente orientata a ritenere gli accordi assunti prima del matrimonio, o in sede di separazione consensuale o comunque in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio[[21]](#footnote-21).

I contratti in vista della crisi coniugale vengono tradizionalmente distinti sulla base di un criterio contenutistico o temporale. Nel primo caso abbiamo accordi sul mantenimento di coniuge e figli, sul godimento della casa familiare o di altri beni o aventi ad oggetto rapporti diversi da quelli direttamente derivati dal divorzio. Nel secondo caso si distinguono accordi tra nubendi o tra i coniugi; anteriori, coevi o successivi alla separazione; coevi al divorzio o modificativi delle relative condizioni.

L’esperienza professionale[[22]](#footnote-22) e la casistica che si ricava dall’esame della giurisprudenza in materia evidenziano tuttavia una molteplice varietà di contenuti in ragione del fatto che alla conclusione di una convivenza connotata da rapporti affettivi vi sono in concreto una pluralità di situazioni che necessitano di una regolamentazione.

Poiché l’aspetto più dibattuto in termini di validità di questi contratti, e che registra la maggior distanza tra le posizioni espresse dalla prevalente dottrina e quella della giurisprudenza della legittimità, attiene alla validità di accordi atti a definire la crisi coniugale attraverso la predeterminazione, negoziata fuori dal processo di divorzio, del contenuto delle prestazioni post matrimoniali, appare opportuno concentrare l’attenzione sul profilo funzionale, cioè sulla causa in concreto del contratto, alla luce della teoria, fatta propria dalla giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale la causa non va intesa come mera astratta funzione economico – sociale, bensì come “sintesi degli interessi reali che il contratto è volto a realizzare”[[23]](#footnote-23). La causa, esprimendo la ragione del contratto, non si aggiunge agli altri requisiti, ma si desume dall'insieme unitario di essi, esprimendone il senso complessivo[[24]](#footnote-24).

Il problema del profilo causale dei contratti in vista del divorzio è di sicuro rilievo[[25]](#footnote-25). Nella riflessione scientifica la definizione della causa di questi contratti è passata dalla transazione al negozio a causa familiare, transitando per il negozio a causa esterna e il generico contratto atipico. Notevole consenso ha riscosso la proposta di definirli come contratti tipici della crisi coniugale, dotati di una propria causa, in linea di massima non liberale. La ricognizione della prassi mostra tuttavia uno scenario composito, irriducibile a schemi precostituiti la cui analisi in concreto è per ciò imprescindibile per formulare ricostruzioni aderenti alle singole fattispecie.

Invero la giurisprudenza ritiene nullo l’accordo preventivo se volto a definire il divorzio attraverso la predeterminazione delle prestazioni post coniugali e in particolare dell’assegno di divorzio, valido se “funzionalmente estraneo” agli effetti patrimoniali direttamente derivanti dal divorzio[[26]](#footnote-26).

1. **Evoluzione del pensiero giurisprudenziale.**

**3.1. La tesi della nullità assoluta.**

La giurisprudenza di legittimità si è consolidata, lungo l’arco temporale di oltre un trentennio, nel senso dell’affermazione della nullità degli accordi preventivi sul divorzio[[27]](#footnote-27).

Circa il grado di disponibilità degli interessi, è stata messa a punto la massima sulla nullità della preventiva rinunzia o transazione, ravvisando illiceità della causa di questi contratti. In una prima fase gli argomenti addotti si fondavano essenzialmente: a) sulla contrarietà all’art. 160 c.c. secondo cui gli sposi non possono derogare ai diritti e ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio; b) sulla illiceità della causa derivante da violazione della norma di ordine pubblico familiare da cui deriva l’indisponibilità dello *status* e sulla limitazione della libertà processuale che verrebbe sacrificata da detti accordi; c) sulla inammissibilità della rinuncia a diritti futuri; d) sull'irrinunciabilità della clausola *rebus sic stantibus* prevista dall'art. 156, ultimo comma, c.c. e dall'art. 9 l. 898/1970.

La Suprema Corte ha giustificato tale orientamento affermando che “la nullità di accordi patrimoniali fra coniugi per l'eventualità e in vista di un futuro divorzio va affermata per motivi di ordine pubblico attinenti alla idoneità di tali patti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo *status* personale[[28]](#footnote-28). In tale prospettiva l'accordo preventivo tra le parti si configura come una “transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di prezzo del consenso al divorzio”[[29]](#footnote-29).

In base a tali principi la Corte di legittimità ha dichiarato la nullità di un accordo stipulato in sede di separazione consensuale, con il quale era stato determinato il godimento della casa per il periodo successivo al divorzio[[30]](#footnote-30); in altre decisioni ha affermato la nullità di tutti gli accordi economici relativi al regime patrimoniale del divorzio[[31]](#footnote-31).

In un noto precedente del 1991 la S. C. ha deciso che “la pronuncia del giudice del divorzio in ordine all'assegnazione della casa familiare non è vincolata dall'accordo con cui uno dei due coniugi in sede di separazione consensuale si sia impegnato a costituire in favore dell'altro un diritto di usufrutto su detto immobile, salva restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c.”[[32]](#footnote-32).

Tali argomenti, nella loro assolutezza, si sono rivelati non persuasivi rispetto alle obiezioni degli interpreti. Quanto all’art. 160 c.c., è stato rilevato che esso non può essere congruamente riferito ai rapporti giuridici che nascono dal divorzio, rappresentando l’esatto opposto dei diritti e doveri derivanti dal matrimonio, come oggi riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Cassazione[[33]](#footnote-33).

Quanto al problema dell’indisponibilità dello *status,* con conseguente compressione del diritto di difesa sul piano processuale, occorre rilevare che nessuno ha mai revocato in dubbio la nullità per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative di accordi (di cui peraltro non vi è traccia nella prassi) nei quali l'interesse in concreto perseguito dalle parti risieda nella attribuzione di somme o altri beni quale “prezzo” del consenso al divorzio. Si pensi, ad esempio, ad una clausola che preveda l'impegno a non chiedere la separazione o il divorzio ovvero che escluda in perpetuo l'assegno di mantenimento o di divorzio a favore del coniuge dedito esclusivamente alla cura domestica e impossibilitato a procurarsi un reddito autonomo. Ma al di là di tali clausole “estreme”, che ben difficilmente nella prassi vengono stipulate, ben diverso è il caso, oggetto di queste note, di un contratto attraverso il quale le parti concordino le condizioni post matrimoniali, senza alcuna volontà di predeterminare la condotta processuale in relazione allo *status[[34]](#footnote-34).* La stessa giurisprudenza ha dovuto rilevare, a prima vista, la contriddatorietà della propria posizione, riconoscendo la validità delle convenzioni matrimoniali tra coniugi in vista dell’annullamento del matrimonio[[35]](#footnote-35) nonché la natura di (valido) contratto dell’accordo di divorzio, rispetto al quale è precluso al giudice di esercitare un controllo di merito[[36]](#footnote-36) sui rapporti economici tra i coniugi.

L’argomentazione relativa alla indisponibilità di situazioni giuridiche future è risultata incompatibile con il principio enunciato nell’art. 1348 c.c. secondo il quale “La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge”, nonché negli articoli 1472 e 1938 c.c.. Occorrerebbe inoltre verificare se nel caso di preventiva rinuncia all'assegno divorzile non si tratti, piuttosto che di rinuncia ad un diritto futuro, di rifiuto all'acquisto, ovvero esercizio del diritto a mantenere il proprio patrimonio nella composizione in cui si trova, impedendone l'incremento come previsto da numerose norme vigenti (art. 519, 1333, 1411 c.c.)[[37]](#footnote-37).

La riduzione dei tempi di accesso al divorzio, operata dalla Legge n. 55/2015, inoltre, ha fatto venir meno uno dei tradizionali ostacoli individuati dalla giurisprudenza[[38]](#footnote-38) rispetto alla validità degli accordi preventivi. Una volta ammessa la validità degli accordi in sede di divorzio su domanda congiunta, poiché riferiti a un divorzio che le parti hanno già deciso di conseguire e non semplicemente prefigurato, non pare possa disconoscersi la validità di un accordo raggiunto in sede di separazione, stante la continuità temporale con la procedura di divorzio, essendo oggi la cessazione del vincolo al momento della separazione non meramente prefigurata ma imminente.

Riguardo infine alla questione della compatibilità dei patti in vista del divorzio con la clausola *rebus sic stantibus[[39]](#footnote-39)*, potrebbe osservarsi che si tratta di un falso problema. L'art. 9, I comma l. div. prevede infatti che sia possibile ottenere la revisione dell'assegno qualora “sopravvengano giustificati motivi”. Al contrario l'art. 8, V comma l. div. stabilisce che “su accordo delle parti la corresponsione può essere prevista in unica soluzione, ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”.

La convenzione relativa al pagamento in un'unica soluzione dell'assegno divorzile costituisce un contratto aleatorio, rispetto al quale la convenienza dell'affare può essere valutata solo successivamente, proprio in ragione della definitività attribuita alla sistemazione dei rapporti tra i coniugi[[40]](#footnote-40). Come è stato condivisibilmente osservato, la valutazione di equità del tribunale non costituisce condizione di validità delle intese, ma solo del conseguente effetto preclusivo. Inoltre tale valutazione non risulta richiesta nel procedimento di divorzio su domanda congiunta ma solo nelle procedure contenziose, nel corso delle quali le parti, raggiunta la definizione sul *quantum* demandano al giudice la decisione sul *an[[41]](#footnote-41).*

Ove tuttavia si ritenga che la disposizione contenuta nel comma ottavo dell'art. 5 l. div. costituisca una norma inderogabile potrà conseguentemente sostenersi che, salvo il preventivo controllo di equità del tribunale, ogni accordo che abbia ad oggetto i diritti economici successivi al divorzio, e l'assegno divorzile in particolare, ha la stessa efficacia che ha il giudicato in tale materia e dunque è soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, ex art. 9 , I comma l. div., potendo essere modificato se mutano le circostanze che ne costituiscono i presupposti[[42]](#footnote-42). Del resto le stesse procedure *extra causam* introdotte dagli art. 6 e 12 dalla legge 162/2014 mettono capo ad accordi che tengono luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali, potrebbe quindi apparire irragionevole che la stessa norma contenuta nell'art. 9 , I comma, l. div., non valga per gli accordi stragiudiziali.

**3.2. La tesi della nullità relativa.**

Giurisprudenza più recente ha quindi riconosciuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all’ordine pubblico. Negli anni Ottanta del secolo scorso è stata ammessa la validità, per conformità all'ordine pubblico internazionale, di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia, durante il matrimonio ed in vista del divorzio[[43]](#footnote-43). Del resto una assoluta contrarietà all'ordine pubblico è smentita dal fatto che vi sono Paesi, con ordinamenti non dissimili dal nostro, che prevedono legislativamente tali contratti , come Germania e Catalogna[[44]](#footnote-44).

Ha, poi, ricevuto ampio risalto una successiva sentenza della S.C. la quale, in ragione della preoccupazione di tutelare la posizione del coniuge economicamente più debole, ha bensì confermato la nullità per illiceità della causa degli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, ha non di meno escluso che essa trovi applicazione ove la nullità venga invocata dal coniuge obbligato. Più specificatamente il principio dell’indisponibilità preventiva dell’assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole e l’azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo[[45]](#footnote-45).

In particolare, la S.C., decidendo su un accordo preventivo rivelatosi in concreto favorevole alla moglie, di cui l'obbligato eccepiva l'invalidità richiamandosi al ricordato orientamento della Corte, rigettava la domanda - attraverso la tecnica del *distinguishing –* assumendo che nella specie non si trattasse di un accordo in vista del divorzio ma di una transazione. Incidentalmente, tuttavia, la Corte enuncia la ragione di fondo della decisione quando afferma che il principio della nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio era stato affermato in fattispecie “nelle quali gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare o ridurre la domanda diretta ad ottenere l'assegno divorzile; mentre la fattispecie presenta posizioni rovesciate”[[46]](#footnote-46) poiché la nullità dell'accordo avrebbe favorito il debitore dell'assegno e non il creditore. La Corte riconosce in tal modo che tali accordi non sarebbero di per sè contrari all'ordine pubblico e, più specificamente, il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo. Conseguentemente la disponibilità preventiva dell'assetto economico post matrimoniale potrebbe operare “verso l'alto”, in quanto diretta ad incrementare la generale posizione del creditore, ma non verso il “basso”.

L'argomento è espresso come *obiter* nella citata pronuncia 8109/2000, poiché, evidentemente, la Corte avverte il peso del tradizionale argomento che fa leva sulla illiceità della causa e ritiene incongruo qualificare in termini di nullità relativa la conseguente invalidità. E' del resto innegabile che, se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero contratto, non potendo essere lecito nei confronti di una sola delle parti; al punto che, come stato osservato, la sentenza si porrebbe in violazione dell'art. 3 Cost., poiché riserverebbe una trattamento di differenziato a ciascuno dei coniugi[[47]](#footnote-47). L'estensore preferisce quindi ripiegare sulla, non plausibile, motivazione formale, qualificando il caso di specie come “funzionalmente estraneo” agli effetti economici del divorzio[[48]](#footnote-48).

In una successiva decisione dello stesso anno[[49]](#footnote-49) la S.C. ha affermato che tale forma di invalidità relativa non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal creditore dell'assegno ma solo nell'ambito del procedimento di divorzio, “così surrettiziamente introducendo una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione non soltanto del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello ex art. 1422 c.c.”[[50]](#footnote-50).

La giurisprudenza successiva utilizza tuttavia l'*obiter dictum* del 2000 come argomento sostanziale in una vicenda di rinuncia preventiva all'assegno, affermando che il principio secondo il quale “gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime del futuro divorzio sono nulli per illiceità della causa (…) trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole”[[51]](#footnote-51). Un interesse quindi – parrebbe di capire - ascrivibile all'ordine pubblico di protezione, quale presupposto di un trattamento della nullità graduato e differenziato in funzione della peculiarità dell'interesse protetto da norme dettate a tutela di una parte, considerata quale contraente strutturalmente debole, con limitata legittimazione di quest'ultimo all'azione di nullità. Conseguentemente la Corte decide che la nullità del contratto non può essere fatta valere dal marito debitore dell'assegno.

La decisione è stata criticata sotto vari profili. In primo luogo, viene coniugata, con scarsa plausibilità, l'illiceità della causa con la *ratio* protettiva della disciplina, smarrendo, nella reiterazione dell'argomento, le consapevolezze del primo estensore. In secondo luogo, l'operazione ermeneutica della S.C. trasforma – al di fuori di ogni previsione di legge – la nullità per violazione di regole per ordine pubblico in una nullità relativa[[52]](#footnote-52), in contraddizione non solo con l'art. 1421 c.c. secondo il quale: “Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può esser fatta valere da chiunque vi ha interesse”; ma anche in radicale contrasto con il principio di eguaglianza tra i coniugi.

La teoria della nullità relativa e di protezione[[53]](#footnote-53) del patto in vista del divorzio che incida sulla misura e la durata dell'assegno, per violazione di un diritto indisponibile, appare inoltre una soluzione di cui è agevole misurare la distanza con quelle che il diritto vigente e applicato consentirebbe di argomentare. A volerne sinteticamente illustrarne le ragioni, tale teoria dà per presupposto ciò che invece oggi appare quanto meno bisognevole di una nuova fondazione teorica: la necessaria statualità del diritto della crisi post coniugale, nel senso che l'assegno imposto in via eteronoma dal giudice realizzi l'interesse del creditore in maniera migliore di quanto negoziato tra le parti[[54]](#footnote-54); la indisponibilità dell'interesse del coniuge economicamente più debole a mantenere il tenore di vita goduto durante il matrimonio[[55]](#footnote-55).

La creazione del diritto da parte dei giudici dovrebbe soddisfare criteri di coerenza argomentativa, di coerenza con l’ordinamento nel suo insieme e di accettabilità razionale, come ha ben mostrato Habermas[[56]](#footnote-56). Tuttavia, come vedremo, la coerenza argomentativa non è l'unico principio sacrificato dalla Corte sull'altare della tutela del creditore dell'assegno[[57]](#footnote-57).

La giurisprudenza di merito si è sempre adeguata all'orientamento rigidamente negazionista della S.C.[[58]](#footnote-58). Recentemente tuttavia tra i giudici di merito si è registrata una posizione meno sensibile ai pregiudizi culturali e più attenta alla dimensione pratica dei problemi, che la prassi sociale tenta di gestire attraverso lo strumento negoziale, mostrando una radicata e profonda insoddisfazione nei confronti delle applicazioni giurisprudenziali dell'assegno divorzile, del suo fondamento teorico, degli esiti pratici cui conducono gli attuali criteri interpretativi adottati dai giudici. Del resto, la copiosa giurisprudenza, speculare alla prassi diffusa di concordare preventivamente gli assetti post coniugali, costituisce la migliore prova della insoddisfazione sociale verso le attuali regole giurisprudenziali in tema di assegno di divorzio.

Si dice che il malcontento sia il primo passo verso il progresso. Il Tribunale di Torino[[59]](#footnote-59), a conferma del fatto che gli esiti della posizione tradizionale della giurisprudenza non sembrano giustificati e soddisfacenti, in consapevole e aperto contrasto con la Cassazione, ha ritenuto valido e non contrastante né con l’ordine pubblico né con l’art. 160 c.c., l’accordo perfezionato dai coniugi in vista del divorzio, nel quale si prevedeva che la corresponsione dell’assegno di mantenimento sarebbe cessata all’avvio del procedimento di divorzio, con l’impegno della moglie a null’altro pretendere dal marito.

**3.3. La più recente giurisprudenza di legittimità: il crepuscolo di un dogma?**

Una ulteriore e più recente cifra ermeneutica del diritto giurisprudenziale in questa materia riguarda la tendenza ad applicare il divieto preterlegale di stipulare patti sugli effetti economici del divorzio in maniera selettiva. Nel quadro granitico sopra delineato assumono infatti rilievo alcune recenti pronunzie di legittimità.

La Cassazione con il citato precedente del 2012[[60]](#footnote-60), avente ad oggetto la validità della scrittura privata sottoscritta il giorno prima delle nozze nella quale si conviene che, in caso di separazione o divorzio, la moglie avrebbe trasferito al marito un immobile a titolo di rimborso spese per il restauro della casa coniugale, ha qualificato il contratto come una *datio in solutum* sottoposta alla condizione sospensiva del fallimento del matrimonio. La pronunzia non mette in discussione l’orientamento giurisprudenziale contrario alla liceità degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio, ma compie un passo, non piccolo, che dimostra che i tempi sono ormai maturi per una decisa inversione di rotta.

Innanzitutto la Corte riconosce che le prescrizioni dettate dall’art. 160 c.c. operano in costanza di matrimonio cioè, “prima” della crisi familiare e che non risulta in alcun modo violata la norma da una pattuizione volta a regolare la fase successiva alla crisi coniugale, lasciando inalterati i reciproci diritti e doveri dei coniugi durante il matrimonio. Con la sentenza in esame la giurisprudenza della Cassazione compie poi un passo ulteriore affermando la validità del contratto in cui la crisi coniugale assurga non a causa genetica dell’accordo bensì a mero evento condizionale. Infatti, osserva la Corte, nell’ipotesi in cui l’obbligo assunto da un coniuge a favore dell’altro svolga funzione sanzionatoria, quale mezzo di coartazione della libertà decisionale in merito a iniziative relative alla cessazione del vincolo, se ne deve affermare la nullità insanabile, ma si riconosce, al tempo stesso e assai opportunamente, la possibilità di subordinare un’obbligazione giuridica al fallimento del matrimonio, osservando che non si tratta di condizione sospensiva meramente potestativa, vietata dall’art. 1355 c.c., dal momento che il fallimento del matrimonio non dipende mai dalla mera volontà di un coniuge e, soprattutto che la crisi coniugale non integra una condizione illecita ai sensi dell’art. 1354, comma 1°, per contrarietà all’art. 160 c.c..

Una successiva decisione[[61]](#footnote-61), con riguardo ad un accordo perfezionato in costanza di matrimonio in forza del quale il marito, ricevuta una somma di denaro dalla moglie, si obbliga a restituirla nell’eventualità di una separazione personale, ha ritenuto che “non c’è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio di riconoscere l’esistenza di un debito verso l’altro e di subordinare la restituzione all’evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale”.

In conclusione, attraverso i due arresti del 2012 e del 2013, la S.C., malgrado l'ossequio formale all'indirizzo tradizionale (nullità dei patti sulle conseguenze economiche del divorzio), introduce un'ulteriore categoria di contratti pre o post matrimoniali validi e cioè quelli caratterizzati “da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali”, in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione.

Ulteriori segnali del fatto che un mutamento del tradizionale orientamento giurisprudenziale possa profilarsi a breve si ritrovano in tre più recenti decisioni. In tali controversie la questione non riguardava la validità dei patti in vista del divorzio, implicanti una rinunzia totale o parziale al futuro assegno, ma nelle tre decisioni viene affermata la validità di un accordo negoziale preventivamente stipulato dalle parti sugli effetti patrimoniali del divorzio o della separazione.

Nella prima vicenda[[62]](#footnote-62) le conclusioni uniformi di divorzio, poi recepite nella sentenza, prevedevano l'obbligo di un trasferimento immobiliare da uno dei coniugi al figlio. Nel secondo caso[[63]](#footnote-63) la controversia riguardava la natura di un accordo tra coniugi per vendere la casa coniugale, di comune proprietà, con destinazione del ricavato al saldo di un mutuo ipotecario e divisione in pari quote del residuo prezzo. La Suprema Corte non dubita della validità di siffatto accordo, qualificando il contratto come transazione comprensiva di ogni precedente rapporto obbligatorio. Nella terzo caso deciso dalla S.C.[[64]](#footnote-64) i coniugi avevano concluso in sede di separazione un dettagliato piano di assegnazioni di beni, peraltro non sottoposto al giudizio di omologazione (c.d. accordi *a latere*). Nelle più recenti decisioni la Corte presta formale ossequio alla teoria tradizionale della nullità dei patti in vista del divorzio volti a “regolare” l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione dell'assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti, riconosce tuttavia le aperture a favore della volontà di autodeterminazione dei coniugi e ricorda che essi sono frequenti in molti Stati europei, ove svolgono “una proficua funzione deflattiva delle controversie familiari”[[65]](#footnote-65). Significativamente la Corte conclude il proprio ragionamento richiamando “le critiche di parte della dottrina all'orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi di diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientata a riconoscere sempre più spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale”[[66]](#footnote-66).

Non pare, in verità, che i ricordati precedenti possono consentire di argomentare per un definitivo riconoscimento giurisprudenziale della validità dei contratti in vista del divorzio, pur avendo fornito elementi interpretativi circa l'idoneità del divorzio ad assurgere a lecita condizione cui subordinare gli effetti di un contratto avente per oggetto rapporti patrimoniali tra coniugi occasionati dal matrimonio o comunque ad esso connessi[[67]](#footnote-67). Tuttavia non può trascurarsi che la traslazione dell'evento “futuro divorzio” da causa del contratto ad elemento accidentale risulta insoddisfacente e, forse, non sufficiente ad escludere la nullità dell'accordo : nella prospettiva della causa in concreto ciò che conta non è la qualificazione dogmatica quanto piuttosto la individuazione e l'attuazione degli interessi sottesi al contratto[[68]](#footnote-68).

Non di meno le richiamante decisioni rappresentano un primo passo volto a colmare la distanza che separa il nostro diritto vivente dagli altri ordinamenti europei. Siamo tuttavia di fronte ad un itinerario in corso, non solo sul piano dell’individuazione di norme e letture giudiziali adeguate, ma anche sul piano della nostra consapevolezza interiore di giuristi, troppo plagiati da mitologie e conseguenti dogmi che alterano il nostro approccio culturale e tecnico giuridico[[69]](#footnote-69).

**4. Assegno postmatrimoniale e contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio.**

Le superiori considerazioni dimostrano, in modo non equivoco, che la *ratio decidendi* sostanziale posta alla base dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla validità piena dei contratti sugli effetti economici del divorzio è da individuarsi nell'interesse patrimoniale del beneficiario del credito costituito dall'assegno divorzile a mantenere un tenore di vita più agiato. La nullità dei contratti in vista del divorzio è, in altri termini, funzionale ad un sistema di regole di diritto pretorio volte a garantire al creditore dell'assegno una adeguata partecipazione, tendenzialmente vitalizia, alle risorse economiche dell'*ex* coniuge*.* Risultando quindi abbastanza evidente che i due filoni giurisprudenziali (assegno di divorzio e nullità dei contratti in vista della cessazione del vincolo) fossero intimamente intrecciati e funzionalmente collegati dal medesimo paradigma ideologico: la nullità del contratto implica come corollario che la determinazione dell'assegno sarà operata dal giudice per realizzare l'obbiettivo di garantire al coniuge economicamente più debole un tenore di vita analogo al precedente, ed in tale direzione saranno prese le decisioni relative alle altre provvidenze (assegnazione della casa coniugale, assegni perequativi per i figli).[[70]](#footnote-70)

Sebbene uno studioso dal respiro europeo del calibro di Alberto Trabucchi, oltre trenta anni addietro, all'indomani della seconda novella sul divorzio, avesse messo in luce che lo spiccato carattere assistenziale dell'assegno previsto dall'art. 5 comma sesto l.div. imponesse di ritenere che esso ha la funzione di rimediare ad uno stato di bisogno e perciò esso non potesse far conseguire al creditore un contributo superiore a quanto necessario all'autosufficienza economica[[71]](#footnote-71), è noto che la granitica giurisprudenza degli ultimi ventisette anni, a partire dalle Sezioni Unite del 1990, si era attestata nel senso che il criterio attributivo dell'assegno non fosse da individuare nella assenza di mezzi adeguati ma nella semplice disparità economica tra creditore e debitore, la quale costituiva non solo il presupposto attributivo dell'assegno, ma altresì l'elemento induttivo dal quale desumere in via presuntiva il tenore di vita precedente[[72]](#footnote-72).

Inoltre, costituiva consolidato principio giurisprudenziale che fosse da escludere la necessità di una puntuale indicazione da parte del giudice di tutti i parametri indicati dall'enunciato legislativo contenuto nell'art. 5 comma VI l.div., e poiché, in definitiva, non era possibile determinare quanto necessario a garantire il pregresso tenore di vita il giudice decideva, secondo la propria personale e soggettiva valutazione sulla base di “*una stima affidata ad elementi di comune conoscenza e per buona parte anche a una valutazione discrezionale ed equitativa*”[[73]](#footnote-73). Parafrasando il noto brocardo potremmo dire *quod iudici placuit legis habet vigorem.*

Dalle radicali, ma purtroppo ricorrenti, applicazioni di queste regole giurisprudenziali è scaturita la massima tutela del creditore e un atteggiamento punitivo[[74]](#footnote-74) verso il debitore, con una esplosione del contenzioso familiare, una enorme conflittualità tra le parti con gravi danni per la prole ed un autentico disastro sociale, specialmente per le fasce con minori redditi, ripetutamente denunciato dai mezzi di comunicazione[[75]](#footnote-75) .

La radicale svolta culturale operata dalla Corte di Cassazione ed il mutato approccio ricostruttivo contenuto nella sentenza, indiscutibilmente storica e lungamente attesa, del 10 maggio 2017 n.11504[[76]](#footnote-76) -che ha modificato la funzione dell'assegno di divorzio da “perequativa e partecipativa” delle risorse dell'altro, in assistenziale pura, volta cioè a consentire l'indipendenza economica- non potrà dunque non avere rilevanti implicazioni sul tema della validità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio[[77]](#footnote-77). Come si è visto il divieto preterlegale di stipula ruotava infatti sull'interesse del creditore a mantenere il pregresso tenore di vita. Oggi, ricondotto il presupposto genetico del diritto ad ottenere l' assegno di divorzio alla mancanza di indipendenza economica, senza alcun riferimento al pregresso tenore di vita matrimoniale, appare inevitabile argomentare che l'auto-responsabilità dovrebbe implicare anche l'auto-determinazione, costituendone il correlato logico-giuridico.

Il pregio della recente svolta giurisprudenziale è da ravvisare nell'avere evidenziato l'incoerenza di ogni tentativo di fondare il regime economico post-coniugale sulla ultra-attività del matrimonio, basando la valutazione del giudicante in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno sulla conservazione di un “tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio”. Parametro questo, è opportuno sottolinearlo, estraneo alla lettera della disciplina vigente e di creazione giudiziale. Per di più ravvisandone il fondamento in una pretesa “solidarietà post-coniugale” che una volta giustamente reputato cessato, a seguito del divorzio, ogni legame di continuità con il vincolo coniugale, risulta veramente problematico legittimare.

Il dogma del diritto indisponibile a mantenere il tenore di vita precedente dovrebbe quindi aver finito il suo corso, per la semplice ragione che, come osservava Trabucchi, non avrebbe mai dovuto iniziarlo a causa della implausibilità di un discorso a tesi precostituita, la cui curvatura ideologica è stata recentemente rimarcata in due lucide ricostruzioni retrospettive[[78]](#footnote-78). La svolta della Cassazione è senz'altro da condividere. Come ognuno può comprendere non si tratta di negare assistenza a chi ne abbia realmente necessità, essendo privo dei mezzi per una vita autonoma, bensì di evitare che in nome della solidarietà post-coniugale possa essere aprioristicamente motivata una significativa e generalizzata compressione del diritto di ogni cittadino, sia pure un *ex* coniuge, a non subire intrusioni esterne da parte del giudice nella propria sfera personale fino a quando non violi un precetto normativo.

A confutare ogni possibile obiezione è oggi lo stesso dato legislativo che offre un argomento di valore dirimente col prevedere che nella negoziazione assistita l'oggetto della controversia non riguarda diritti indisponibili (art. 2 comma II lett. b) legge 162/2014).

Avuto riguardo alla disciplina della negoziazione assistita, alla recente legge sulle unioni civili e convivenze (l.76/2016) ed alla portata radicalmente innovativa della recente giurisprudenza in tema di assegno di divorzio, l'inveterato paternalismo giudiziario di pervicace chiusura alla prefigurazione degli assetti patrimoniali del divorzio risulterebbe palesemente privo di coerenza storica ed assiologica, nonché sfornito di indici sistematici che possano supportarlo, rimanendo fondato solo sulla mistica della gestione statuale ed eteronoma delle vicende relative al divorzio. Un passo avanti è stato dunque compiuto. Forse uno di quei passi che annunciano svolte culturali profonde. L'Italia ha tutto il diritto di aspettarselo. Ma il compiacimento di oggi, per non rischiare di trasformarsi in una cocente delusione, deve essere temperato dalla consapevolezza che all'indomani di ogni progresso culturale ci sono sempre tentativi di restaurazione dell'antico e degli ostacoli che rimangono sulla strada di una corretta ed equilibrata gestione della crisi coniugale.

L'opportunità e l'urgenza di un ripensamento della materia familiare in prospettiva extra-statuale, d'altro canto, è resa palese, oltre che dai ricordati interventi legislativi e giurisprudenziali, dalle proposte di disciplina elaborate in sede politica e scientifica[[79]](#footnote-79).

**5. Una prospettiva evolutiva.**

Come si è cercato di segnalare in queste note, è oggi maturata una più evoluta coscienza dei confini pubblico-privato, abbandonando lo statualismo di origine ottocentesca a favore della spontaneità nel prodursi e nell'essere della soluzione giuridica, in tal maniera ponendo le basi per una metodologia che si sta affermando ben oltre la civilistica.

Lo Stato ed il diritto giurisprudenziale tendono ad assumere un atteggiamento di crescente indifferenza ideologica, rinunciando, in attuazione dell'art. 29 I comma Cost., ad imporre alla coppia o ai divorziati modelli di condotta o stili di vita precostituiti ed eteronomi. Tendono insomma ad estendere, anche in questo ambito di relazioni sociali, gli spazi di autonomia, di libertà, di pluralismo sociale e giuridico, correlativamente riducendo i margini dell'intervento pubblico e della coercizione legale, come ben segnalato dalla introduzione legislativa dei contratti di convivenza.

Come accennato in apertura del presente contributo, in passato le suggestioni dello “Stato etico” spingevano i giudici ed il legislatore a circondare i rapporti tra i coniugi di un pesante apparato di formalizzazione legale, sia direttamente, definendo e imponendo una precettistica vincolante dei rapporti, sia edificando una sovrastruttura sanzionatoria diretta a colpire ogni deviazione rispetto ad un modello ideale di relazione coniugale cui si pretendeva di imporre, per legge o per sentenza, efficacia di vincolo giuridico.

E’ stato peraltro da tempo messo in evidenza che la famiglia “è governata da regole di formazione spontanea” come tale connotata da “libertà normativa e attuativa” nonché da “autogoverno” della stessa[[80]](#footnote-80). In questo senso può parlarsi di vero e proprio ordinamento primario con carattere di originarietà[[81]](#footnote-81). Sicché il diritto storico, c.d. effettivo ed applicato, che governa i rapporti idi famiglia, anche nella fase della crisi coniugale, si costituisce e si atteggia come sistema mobile, aperto, in equilibrio instabile, mutevole, sempre e continuamente rinnovantesi in un processo senza sosta e senza fine[[82]](#footnote-82).

Salvatore Romano, riprendendo le tesi pluralistiche ed istituzionalistiche del padre, Santi Romano, affrontava, alla fine degli anni Cinquanta, “il problema della autonomia privata” oltre i confini imposti dalle trattazioni pandettistiche per contestare la teoria del negozio giuridico “sorta sulla negazione del concetto di autonomia”[[83]](#footnote-83). Le pagine nelle quali, con maggior chiarezza, Salvatore Romano utilizza “autonomia” per disegnare un diverso rapporto tra pluralità ed unità sono però offerte dalla breve presentazione alla riedizione del *Diritto dei privati* di Cesarini Sforza[[84]](#footnote-84). L'attualità del pensiero di Cesarini Sforza è determinata -scrive Romano- dalla Costituzione: dalla necessità di trovare “concetti di sintesi”, una rappresentazione della *societas* conforme a quella presente nei primi due articoli della Costituzione, ad una *societas* caratterizzata daal forza ordinante di tutti i consociati e sovrastata da regole di azione elaborate dalla collettività. Ed è in quest'ambito che assume rilievo l'idea di un' autonomia che si proietta “oltre, al di fuori, al di sopra dello Stato”, “collegata ...alla collettività come fonte primaria di ogni potere”. Dopo la costituzionalizzazione del principio di solidarietà c.d. orizzontale, introdotto nel 2001 nell'art. 118 Cost. Ult. Comma, che pone un solenne principio di limitazione ai pubblici poteri riconoscendo espressamente la competenza dispositiva dei privati anche in presenza di interessi generali, si apre uno scenario che impone l'esigenza di approcci culturali diversi da quello precedente[[85]](#footnote-85).

Stando così le cose, se continuiamo ad applicare alla famiglia contemporanea regole sorte in stagioni ormai superate, caratterizzate da una lettura pubblicistica e paternalistica del quadro normativo[[86]](#footnote-86), si verifica quanto denunciato, con grande chiarezza in una recente audizione alla Camera dei deputati, da un autorevole magistrato: “l’elevato livello del contenzioso familiare è determinato da regole di diritto sostanziale circa la crisi della famiglia che per molti versi appaiono superate dalla coscienza sociale e idonee a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo”[[87]](#footnote-87).

D’altro canto, sembra opinione condivisa che, a seguito della introduzione del divorzio stragiudiziale (l. 162/2014), immediatamente seguita da una consistente riduzione del tempo per cui deve protrarsi la separazione per esser causa di divorzio (l. n. 55/2015), sia nato un “nuovo divorzio”. Il nuovo istituto consegna definitivamente al mondo di ieri la concezione pubblicistica della famiglia e le vere e proprie strategie di aggiramento e resistenza al matrimonio dissolubile, che ancora affiorano in molte pronunzie di legittimità, affermando con ogni evidenza l’attitudine dell’autonomia negoziale e della autodeterminazione a ricoprire il ruolo di fonte (e tecnica di composizione) della crisi coniugale. L’ordinamento arretra il potere di determinare la sorte del conflitto a favore di scelte private di composizione dello stesso[[88]](#footnote-88).

Poichè l'epicentro critico della disputa interpretativa sulla nullità dei contratti in vista del divorzio sembra risiedere in un contrasto tra valutazioni diverse circa il margine di intervento eteronomo che realizza in concreto nel modo migliore la tutela del coniuge economicamente più debole, non pare inutile verificare ipotesi ermeneutiche alternative al paradigma interpretativo della nullità relativa di protezione accolto dalla giurisprudenza.

Una prospettiva ricompositiva del quadro, che tenga nel giusto conto le esigenze di protezione dell'interesse del coniuge c.d. economicamente più debole, può scaturire dalla messa a frutto di esperienze maturate in altri ordinamenti, attraverso una soluzione dialettica nella quale i punti precedenti sono superati e conservati in calibrate valutazioni ermeneutiche.

Fermo restando che il segnalato contrasto interpretativo non pare suscettibile di essere sciolto in via generale, ma piuttosto può essere composto soltanto nei confronti di ogni singola vicenda ermeneutica riferita a una specifica e irripetibile fattispecie, non sembra che debba aprioristicamente escludersi che attraverso un contratto preventivo le parti possono validamente comporre i propri interessi a una sistemazione postmatrimoniale. Le rilevate criticità argomentative della soluzione della nullità relativa inducono a prospettare l'idea che proprio attraverso il contratto in vista del divorzio il coniuge c.d. economicamente più debole possa non solo mantenere un dignitoso livello di vita, ma anche trovare forme di compensazione di eventuali contributi offerti alla famiglia durante il matrimonio, sacrificando le proprie possibilità di lavoro remunerato.

Non parrebbe invero che – valorizzando la riscoperta giurisprudenziale della “causa in concreto” - un contratto in vista del divorzio debba essere pregiudizialmente ritenuto invalido, specie ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile nell'attribuzione di beni quale “prezzo” del consenso al divorzio. Il tema del procedimento di formazione del contratto, del resto, costituisce oggi la cartina di tornasole per misurare l'efficacia delle risposte ordinamentali in vista dell'obbiettivo di protezione del contraente assunto come più vulnerabile[[89]](#footnote-89).

E' possibile segnalare, sotto il profilo redazionale, taluni aspetti rilevanti.

In primo luogo, la negoziazione degli assetti postconiugali sembra richiedere una rafforzata informativa precontrattuale sulla reciproche condizioni patrimoniali e reddituali (c.d. *full disclosure*), in modo che risultino chiari e manifestati nel testo contrattuale i presupposti di fatto che hanno condotto le parti alla conclusione dell'accordo.[[90]](#footnote-90)

In secondo luogo, sembra necessaria una assistenza legale indipendente, eventualmente tramite il ricorso alla figura professionale del Notaio[[91]](#footnote-91) che, essendo tenuto alla terzietà, appare un professionista idoneo a comporre interessi di segno diverso nel quadro di una adeguata consulenza indipendente[[92]](#footnote-92), oppure anche tramite l'assistenza di consulenti di parte.

In terzo luogo, attraverso un'accorta tecnica redazionale, sembra opportuno far emergere se le parti abbiano inteso raggiungere una definizione “tombale” dei reciproci rapporti, e quindi concludere un contratto aleatorio, escludendo il meccanismo della revisione di cui all'art. 9 comma 1 L. div.; oppure intendano consentire l'adeguamento del contenuto del contratto alla sopravvenienze.[[93]](#footnote-93) In tale ultima ipotesi le parti possono introdurre quale strumento negoziale di gestione delle sopravvenienze una clausola di rinegoziazione volta a disciplinare i mutamenti non previsti e non prevedibili delle circostanze di fatto ricorrenti al momento della stipula. In particolare le parti possono dare rilevanza alle sopravvenienze che dovessero verificarsi nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione dell'accordo e la sua effettiva esecuzione, o anche successivamente, attraverso un obbligo di rinegoziare, eventualmente prevedendo strumenti facilitatori della rinegoziazione (ad esempio: l'intervento di un mediatore qualificato)[[94]](#footnote-94). Le clausole di rinegoziazione sembrano in grado di consolidare il vincolo consentendo di durare nel tempo, pur nel mutamento delle circostanze.

Conclusivamente, se è chiaro che lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, è altrettanto chiaro che un allentamento della eteronomia legislativa o giurisprudenziale si impone, abbandonando, per dirla con le parole di un illustre storico del diritto, Paolo Grossi, “l’illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico, con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale”[[95]](#footnote-95). Dalla giurisprudenza delle Corti, in particolare, ci si attende un definitivo distacco dal dogma del matrimonio indissolubile sul piano patrimoniale, dogma che tuttora affiora nelle decisioni che negano validità ai contratti sugli effeti economici del divorzio; che negano la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio; che persistono a liquidare l'assegno divorzile secondo parametri redistributivi del reddito e patrimonio del debitore. Un diverso atteggiamento, volto a conservare o restaurare il vecchio approccio ermeneutico, renderebbe i giudici simili a coloro che continuano a ripetere formule di stagioni superate, senza rendersi conto che il contesto è radicalmente mutato.

Di fronte alla effettività di un rivolgimento storico occorre evitare di farsi cantori di un tempo trascorso: la storia rifiuta gli inutili esorcismi, sopratutto quando si fanno consistere nella riesumazione di improponibili mitologie. Sebbene sia fisiologico che all'indomani di una svolta culturale vi siano tentativi di conservazione e restaurazione[[96]](#footnote-96), occorre riconoscere che è molto più utile superare la visione precedente, palesemente fondata su una pre-comprensione di tipo ideologico[[97]](#footnote-97), non in linea con la società pluralista del presente.

Sullo sfondo della discussione stanno convinzioni -raramente dichiarate e difficilmente conciliabili- fra primato della politica e primato della giurisprudenza; fra affermazione di un progetto sociale perseguito attraverso la interpretazione giudiziale del diritto positivo e severa tutela dei diritti individuali eventualmente confliggenti con l'esperienza giuridica di un certo contesto. L'idea che sia compito del giudice farsi alfiere di istanze sociali e redistribuire i redditi tra gli *ex* coniugi -attraverso i collegati dogmi del tenore di vita precedente e della nullità degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio- a parte ogni ulteriore considerazione di tipo costituzionale sulla quale correttamente si fonda il *revirement* di Cass.11504/2017- appare oggi fuorviante almeno per due ragioni. Perché sostanzialmente antistorica, perpetuando nel terzo millennio una accezione invecchiata, rigidamente statalistica, del diritto come strumento di classe e proponendo una visione troppo rigida ed anche travisante della società italiana, rappresentata come divisa in classi contrapposte e in lotta. Perché identifica il diritto in una dimensione unicamente ideologica e ne falsa in modo riduttivo la natura, dopo che la scienza giuridica italiana -e la civilistica in prima linea- si sono sforzate con successo di recuperarlo ad una visione più complessa. Invece, attraverso gli accordi in vista del divorzio, realizzati attraverso l'operosità di qualificati giuristi, ha modo di esprimersi -nelle forme più efficaci e maggiormente collimanti con le esigenze dei privati- la realizzazione spontanea del diritto.

1. La linea evolutiva attribuibile alla autonomia privata in questo settore può cogliersi raffrontando alcune opinioni che efficacemente la rappresentano in corrispondenza alle varie stagioni che ha attraversato la famiglia in Italia, in un ampio lasso temporale: A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, p. 213 ss.; F. SANTORO - PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, p. 109 ss.; A. ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ*., 2002, p. 545 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia* in *Enc. Del Dir., Annali,* Milano, 2012, p. 77 Da ultimo C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Tratt. Cicu – Messineo – Mengoni,* Milano, 2015, p. 236 secondo il quale le nuove disposizioni in tema di negoziazione assistita e divorzio davanti al sindaco contenute nella legge n. 164/2014 “sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell’autonomia negoziale e della autodeterminazione nella crisi del matrimonio”. [↑](#footnote-ref-1)
2. In tale ordine di idee cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p. 41. [↑](#footnote-ref-2)
3. In tal senso G. FURGIUELE, *Il nuovo riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* I, Torino, 2014, p. 622. [↑](#footnote-ref-3)
4. Una attenta ricognizione in V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’Unità d’Italia ad oggi,* in *Riv. Dir. Civ*. 2013, p. 1043 ss. (parte I) e p. 1287 ss. (parte II). [↑](#footnote-ref-4)
5. Utilizzo la categoria coniata da Max Weber (1864 – 1920) per descrivere un modello ideale, che contiene in sé dati storici e contingenti che presentano caratteri comuni, attraverso il quale è possibile comprendere i tratti essenziali di una realtà storico – sociale. Cfr. M. WEBER, *Gesammelte Aufsatze zur Wissenschaftslehre (1922)*, trad. it. *Il metodo delle scienze storico sociali*, Torino, 1958. La categoria è stata successivamente ripresa da KARL JASPERS (1883 – 1969), *Allgemeine Psychopatologie*, 1959, trad. it. *Psicopatologia generale*, Roma, 1964, il quale nota che il rapporto tra tipo reale e tipo ideale è il frutto di un'interpretazione (Deutung). [↑](#footnote-ref-5)
6. Si tratta del tipo di famiglia studiato dal sociologo americano Talcott Parsons, cfr. T. PARSONS – R.F. BALES, *Family socialization and interaction process*, The Free Press, N.Y., 1955, trad. it. *Famiglia e socializzazione*, Milano, 1974. [↑](#footnote-ref-6)
7. L'instabilità del vincolo coniugale è un dato concretamente verificabile nella società contemporanea. Cfr. L. TODESCO, *Matrimoni a tempo determinato. L'instabilità coniugale nell'Italia contemporanea*, Roma, 2009. La decisa riduzione dei tempi per il divorzio introdotta dalla L. 6 maggio 2015 n. 55 costituisce una presa d'atto di tale fenomeno sociale che rappresenta il presupposto di questo intervento legislativo sulla disciplina processuale del divorzio. [↑](#footnote-ref-7)
8. La negoziazione assistita da avvocati (art. 6 l. 126/2014) consente ai coniugi di stipulare un accordo di separazione divorzio o modifica delle condizioni che tiene luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità. Il nuovo istituto, dal punto di vista dei principi tradizionali che governavano la crisi della famiglia, ha un effetto dirompente sul tema dell’autodeterminazione e della negoziazione come fonte per la definizione dei rapporti pos matrimoniali tra i coniugi. In primo luogo si afferma la validità di un accordo sullo *status* coniugale; in secondo luogo si legittimano i coniugi a stabilire le condizioni della separazione e del divorzio senza alcuna forma di preventivo controllo giudiziale, essendo solo affidato al P.M. il compito di rilasciare un “nullaosta” quando non ravvisi irregolarità; infine la convenzione di negoziazione assistita, sostanziandosi in un accordo con cui le parti si obbligano a negoziare le condizioni del futuro divorzio (o separazione), costituisce un patto relativo al futuro divorzio (o separazione). La legge n. 162/2014 ha introdotto un criterio di *self restraint* giurisdizionale e ha considerevolmente rafforzato il ruolo dell’autonomia privata nella crisi coniugale, prevedendo due procedure stragiudiziali di separazione, divorzio e mutamento dei rapporti tra separati e divorziati, che tengono luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali. I nuovi contratti di separazione e divorzio rappresentano, dunque, una svolta culturale importante: l’accordo tra i coniugi è oggi completamente svincolato, almeno nel caso di procedura davanti al Sindaco, dalla competenza fino ad oggi esclusiva del giudice. Nelle procedure di negoziazione assistita da avvocati residua un “nulla osta” o un’autorizzazione volta ad accertare la mera regolarità formale da parte del Pubblico Ministero. Per un esame generale delle nuove norme, tra i molti contributi, cfr. M. N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, p. 15 ss.. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. L. BALESTRA, *Le novità legislative in tema di divorzio*, in *Giustiziacivile.com* (20 maggio 2015), ove la critica al riformatore di aver mantenuto la separazione come condizione necessaria per il divorzio e il dubbio se non fosse più opportuno introdurre il divorzio diretto “che avrebbe determinato la fine di un modello rimediale corroborato da giustificazioni che, dotate di un proprio rilievo al momento in cui fù concepito, hanno progressivamente perso di fondamento”. Le finalità di ritardare il divorzio attraverso un periodo di separazione sono state “sostanzialmente sconfessate”, essendo oggi divenuto “improponibile” costringere le parti ad un doppio procedimento, una volta decretato un sostanziale riconoscimento della libertà di porre fine, anche unilateralmente, al matrimonio. [↑](#footnote-ref-9)
10. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. Dir. Civ*., 2002, p. 520. Sulla rilevanza “epocale” della Legge n. 76/2016, cfr. E. QUADRI, *“Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete,* in *Corr. Giur.*, 2016, p. 893 ss., che accosta l'intervento normativo più che alla riforma del diritto di famiglia del 1975 ed a quella della filiazione del 2012, alla introduzione del divorzio nel 1970, in quanto “tale da rivoluzionare alle sue stesse fondamenta il sistema (…) delle relazioni familiari”. Oggi più di ieri sembra trovare attuazione l'idea del diritto “flessibile” espressa da J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, *Répertoire du Notariat defrenois*, Paris, 1976: “*A ciascuno la sua famiglia, a ciascuno il suo diritto*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ne tracciano una sintesi V. POCAR – P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 2008, p. 51 ss.. [↑](#footnote-ref-11)
12. F. D. BUSNELLI, Prefazione a *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* a cura di D. Amram - D'Angeloin *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Milano, 2011, XIX. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sulla crisi della famiglia cfr. i volumi di recente pubblicazione nel *Trattato Cicu – Messineo – Mengoni – Schlesinger*: E. AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 2015; C. RIMINI*, Il nuovo divorzio* ,cit; M. SESTA – A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l’affidamento dei figli*, Milano, 2016; F. DANOVI*, Il processo di separazione e di divorzio*, Milano, 2015. [↑](#footnote-ref-13)
14. Nella esperienza professionale si nota un numero sempre maggiore di accordi tra coniugi volti a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un eventuale separazione/divorzio, non solo per rispondere a una esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ed anche in una apprezzabile logica di deflazione del contenzioso giudiziario che sovente, purtroppo, accompagna la crisi coniugale.A fondamento di tale prassi vi è sovente anche la volontà di escludere l’ingerenza dell’autorità giudiziaria e l’applicazione della regola giurisprudenziale volta conservare all’ex coniuge il precedente tenore di vita. L’attuale disciplina dell’assegno post coniugale manifesta un eccesso di tutela che esige di essere contenuto entro limiti di presupposto e di tempo coerenti con la natura estintiva del vincolo propria del divorzio. L’attuale orientamento giurisprudenziale dovrebbe effettuare un progressivo adattamento al *favor veritatis:* altro era l’ipotesi di un’unione coniugale esclusiva ed unica nel corso dell’esistenza; altro è invece l’ipotesi – oggi assai diffusa – della successione di plurimi rapporti matrimoniali e di filiazione, che determina la sovrapposizione di relazioni familiari complesse ed articolate sì da rendere opportuno un ridimensionamento della super tutela del coniuge economicamente più debole, quanto meno nelle ipotesi in cui egli si trovi in condizioni di piena autosufficienza economica. Non pare congruo, in definitiva, formulare una valutazione di indisponibilità, facendola discendere dalla funzione astratta dell'assegno, senza una preventiva analisi degli effetti che in concreto quell'assegno assolve sull'interesse del beneficiario. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, p. 627 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti della crisi coniugale,* in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, I, 2004, p. 506. [↑](#footnote-ref-15)
16. Testualmente Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, in *NGCC*, 1999, I, p. 278 con nota di Zanuzzi. Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure in caso di precisazioni comuni che concludono il procedimento contenzioso di separazione e divorzio “si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale, che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto. Non rileva che, in sede di divorzio esso sia recepito, fatto proprio dalla sentenza: all'evidenza tale sentenza è necessaria per la pronuncia sul vincolo matrimoniale, ma quanto all'accordo, si tratta di un controllo esterno del giudice, analogo a quello di separazione consensuale”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. 20 agosto 2014 n. 18066 in *Fam e Dir.*, 2015, p. 357, che richiama il proprio precedente di Cass. 20 novembre 2003 n. 17607. Tali considerazioni suffragano l'ipotesi che l'assegno di divorzio costituisca una situazione soggettiva nella disponibilità delle parti. Se la funzione assistenziale connotasse tale emolumento di profili di indisponibilità fondati su principi di ordine pubblico, il giudice potrebbe (dovrebbe) attribuirlo anche in mancanza di domanda; potrebbe ammettere mezzi istruttori al di là di ogni dovere della parte di dedurli tempestivamente nel processo (arg. *ex* art. 184 c.p.c.), né sarebbe possibile, neppure in sede processuale, omettere la proposizione della relativa domanda o rinunziarvi espressamente o per *facta concludentia* .Cfr. in tal senso A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni di separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio,* in *Fam. e Dir*., 2013, p. 100; M. ROMANO – M. SGROI, *Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti*, in G. Oberto (a cura di) *Famiglia e patrimonio*, Milano, 2014, p. 39 ss.. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cass. 11 novembre 1992 n. 12110, in *Dir. Fam*., 1993, p. 471. [↑](#footnote-ref-18)
19. Cass. Sez. trib. 3 febbraio 2014 n. 2263, in *F. It*, 2014, I, 2289; ma v. già Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, II, p. 283. [↑](#footnote-ref-19)
20. V. art. 19 legge div. e per un commento L. NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Le nuove famiglie e la parificazione degli *status* di filiazione ad opera della L. 219/2012, n. 3/2014, p. 276. In giurisprudenza cfr. Cass. Sez trib. 3 febbraio 2014 n. 2263, cit.: “Ai fini dell'esenzione ex art. 19 della legge 74/1987 deve intendersi che nel mutato contesto normativo di riferimento deve riconoscersi il carattere di negoziazione globale a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari o immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale e non soltanto agli atti posti in essere in attuazione degli obblighi connessi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento ed a quello del coniuge, oltre al godimento della casa di famiglia, dovendosi osservare, con riferimento alla negoziazione assistita da avvocati alla separazione consensuale, al divorzio ed alla modifica delle condizioni di separazione e di divorzio e alle disposizioni su c.d. divorzio beve, che nel quadro d'interventi definiti di “degiurisdizionalizzazione”, che le nuove disposizioni abbiano di fatto attribuito al consenso tra i coniugi un valore ben più pregnante, rispetto a quello che, anche a seguito dell'introduzione del divorzio a domanda congiunta delle parti, aveva indotto dottrina e giurisprudenza ad escludere che nel nostro ordinamento giuridico potesse avere cittadinanza il divorzio consensuale, drasticamente riducendo l'intervento dell'organo giurisdizionale in procedimenti tradizionalmente segnati da vasta area dei diritti indisponibili legati allo status coniugale ed alla tutela della prole minore”. [↑](#footnote-ref-20)
21. Il principio della nullità degli accordi preventivi sul regime giuridico post divorzio fu affermato per la prima volta da Cass. 11 giugno 1981 n. 377, in *Giur. It*., 1981, I, 1, p. 1553 con nota di Trabucchi e poi costantemente ribadito fino all’attualità, si veda Cass. 25 gennaio 2012 n. 1084 in *Dir. e Giust*. *on line* 27 gennaio 2012 con nota di P. Paleari. Il rigoroso indirizzo della Cassazione, contrario alla validità degli accordi in vista del divorzio, avviato nei primi anni Ottanta nel secolo scorso, prosegue nel corso degli anni Novanta (Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. Giur*., 1992, 863) e continua con altre pronunzie conformi, consolidandosi progressivamente, fino ai nostri giorni, cfr. da ultimo Cass. 30 gennaio 2017 n.2224, in Riv. Not. 2017, p.503, che ribadisce la massima tralatizia della nullità dei contratti in oggetto. Due i principali argomenti tradizionalmente utilizzati da i giudici di legittimità per negare la validità dei *prenuptial o post nuptial agreements*: la illiceità della causa (artt. 1343 e 1418, comma II, c.c.) per contrasto con il principio di ordine pubblico della indisponibilità dello s*tatus*; la interferenza con il diritto di difesa in giudizio (art. 24 Cost.). [↑](#footnote-ref-21)
22. Sul rilievo della prassi negoziale nel quadro delle fonti del diritto v. G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, 1, in *Tr. Cicu – Messineo*, Milano, 2014, p. 332. Sul potere privato quale antecedente di regole giuridiche cfr. F. MOSLEIN (a cura di) *Private Macht*, Tubingen, 2016. Come ha ricordato, anche recentemente Paolo Grossi, riprendendo il pensiero di Santi Romano (in P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ*., 2014, p. 11 ss.) , il diritto è prodotto dal fatto, scaturisce immediatamente dalle forze sociali. Le recezioni e formalizzazioni operate dal giudice e dal legislatore vengono dopo ma non è questo filtraggio a conferire giuridicità a ciò che è già di per sé diritto in grazia della propria effettività. Lo Stato, il legislatore, il giudice non esauriscono la giuridicità perché il diritto è fattuale, spontaneo, spontaneamente osservato, anche se ignorato dall’apparato ufficiale del Stato. “Nessuna potestà al mondo è in grado di creare diritto (…). Il diritto va – questo si – *inventato,* nel senso del latino *invenire,* ossia trovare, va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola, troppo vecchia o troppo generica, non si presta a ordinare i fatti” (P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza “incertezza del diritto”,* in *Gius. Civ.* 2014, p. 946). Sul ruolo decisivo dell'esperienza cui “è ormai inevitabile ricondurre il *proprium* della giuridicità” v. N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture,* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.,* 2015, p. 7. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. Cass. 8 maggio 2006 n. 10490 in *Riv. Not*., 2007, 180 ss.. Per una ricognizione del tema cfr. L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio in L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Cassazione, raccolta di studi* *in onore di A. Brancaccio*, VII, Milano, 2013, p. 30 ss.. Recentemente sul ruolo della causa e la riscoperta giurisprudenziale della “causa concreta” cfr. F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi* in *Causa del contratto* a cura di F. Alcaro, Milano, 2016, p. 1 ss.. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi,* cit. p. 26. [↑](#footnote-ref-24)
25. Avuto riguardo ai limiti di questo studio sia consentito rinviare all'ampia produzione di dottrina e giurisprudenza citata in M. PALAZZO,*I contratti sugli effetti patrimoniali del* divorzio, in *Giust. Civ.* 1/2017 p. 93 ss. nonché in C. CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Tratt. Dir. Priv. Bessone*, vol 4, *Il diritto di famiglia* (a cura di Auletta), *La crisi familiare*, t. 2, Torino , 2013, p. 429 – 430. La tesi più compiuta, volta alla affermazione della tipicità causale di questi accordi, li qualifica “contratti della crisi coniugale” cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale,* cit*..* [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. Cass. 14 giugno 2000 n. 8109, in *Corr. Giur. 2000*, p. 1021 con nota di Balestra; Cass. 18 febbraio 2000 n. 1810, in *Corr. Giur.,* p. 1022 con nota di Balestra, più recentemente Cass. 21 dicembre 2012 n. 23713, in *Fam e Dir. 4/2013*, p. 321 con nota di Oberto; Cass. 4 agosto 2013 n. 19304 in *NGCC*, 2014, p. 103 con nota di E. Tagliasacchi; Cass. 23 settembre 2013 n. 21736 in *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 582; Cass. 21 febbraio 2016 n. 4210; Cass. 20 agosto 2014 n. 18066, in *Fam e Dir.* 4/2015, p. 357 con nota di C. Filauro; Cass. 3 dicembre 2015 n. 24621, in *Fam e Dir*. 8/2016, p. 747 con nota di Carratta, da ultimo Cass. 30 gennaio 2017 n. 2224 cit. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. Cass. 11 giugno 1981 n. 3777 cit., che costituisce il precedente - guida dei successivi arresti giurisprudenziali: “in tema di divorzio, il preventivo accordo con cui gli interessati stabiliscono, in costanza di matrimonio, il relativo regime giuridico (…) convenendone l'immodificabilità per un dato periodo di tempo, è invalido nella parte riflettente l'assegno spettante all'ex coniuge a norma dell'art. 5 l. div., per contrasto sia con l'art. 9 della stessa legge, che non consente limitazione di ordine temporale alla possibilità di revisione del suindicato regime sia con l'art. 5 cit.”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cass. 13 gennaio 1993 n. 348 in *NGCC*, 1993, I, 950. [↑](#footnote-ref-28)
29. Cass. 4 giugno 1992 n. 6857 in *Corr. Giur.*, 1992, p. 863. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cass. 11 dicembre 1990 n. 11788, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, c. 156, analogamente Cass. 20 settembre 1991 n. 9840, in *Giur. It*., 1992, I, 1, c. 1078. [↑](#footnote-ref-30)
31. Cass. 1 marzo 1991 n. 2180; Cass. 4 giugno 1992 n. 6857, cit. e Cass. 20 marzo 1998 n. 2955, in *Foro It*., 1999, c. 1306. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cass. 2 dicembre 1991 n. 12897, in *Quadrimestre*, n. 3/1993, p. 799 ss., con nota di Palazzo, *Casa familiare, divorzio e convenzioni stipulate tra coniugi separandi.* Questa sentenza ha sollevato perplessità tra gli interpreti perché scindeva in separati giudizi la competenza per far valere obblighi che derivano dalla comune matrice del dovere di mantenimento e che avrebbero potuto trovare congrua soluzione in una unica sede. La decisione esprime una visione del diritto della crisi coniugale collocato “accanto” al diritto privato generale, piuttosto che “nello” stesso, per di più confinato in una zona grigia coabitata dal diritto pubblico e da una disciplina processuale che molto spazio lascia ai profili autoritativi del giudice. Evidenziando in definitiva una concezione della crisi matrimoniale ancora fortemente marcata dai profili pubblicistici, insiti nella precedente concezione istituzionale della famiglia. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cfr. Cass. 20 agosto 2014 n. 18066 in *Fam. e Dir*., 2015, p. 357; sul tema vedi per tutti G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale, I, cit., p. 457; A. ARCERI, La pianificazione della crisi coniugale: il consenso delle condizioni di separazione , accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio,* cit., p. 98 ss. Non di rado infatti la tesi della nullità per illiceità della causa viene corroborata dal richiamo all’art. 160 c.c., che sancisce la inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio. Ancorché sia agevole osservare che sia dalla collocazione della norma, posta dal legislatore nel capo relativo al regime patrimoniale della famiglia ed in particolare riferita alla convenzioni matrimoniali, sia da una lettura sistematica risulta evidente che la stessa sia da riferire esclusivamente al regime primario inderogabile che regola la fase della convivenza, come oggi opportunamente interpretato dalla stessa Cassazione (Cass. Civ. sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713 in *Fam e Dir*. 4, 2013, p. 321 ss). [↑](#footnote-ref-33)
34. Testualmente in tal senso cfr. Cass. 20 agosto 2014 n. 18066 cit.. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cass. 13 gennaio 1993 n. 348 in *Giur. It*., 1993,I, p. 1670 [↑](#footnote-ref-35)
36. Cfr. Cass. 20 novembre 2003 n. 17607 in *Fam e Dir*., 2004, p. 473 e da ultimo Cass. 20 agosto 2014 n. 18066 cit.. La riflessione scientifica più consapevole invero ha argomentato nel senso che il diritto al divorzio costituisce una facoltà insopprimibile della parte, attuabile anche in caso di opposizione dell’altro coniuge. Non si comprende quindi in che modo lo *status* ne potrebbe risentire nel caso che i coniugi predeterminino consensualmente le condizioni del divorzio, (come del resto già testualmente riconosciuto da Cass. Civ., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6664 in *Giust. Civ*., 1999,I, p. 819 con nota di Finocchiaro). Nel medesimo ordine di idee si è argomentato per affermare che nessuna compressione del diritto di difesa deriverebbe dall’aver concluso un accordo di natura economica su diritti disponibili in vista del giudizio di divorzio. Cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi*, cit. p. 85 ss. [↑](#footnote-ref-36)
37. Cfr. A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso delle condizioni di separazione , accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio,* in *Fam. e Dir*., 2013, p. 99; G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale,* in *Familia*, 2008, p. 25 ss. [↑](#footnote-ref-37)
38. Cass. 11 giugno 1997 n. 5244, in *Fam e Dir.*, 1997, p. 576. [↑](#footnote-ref-38)
39. Cfr. Cass. 6 dicembre 1991 n. 13128 in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 1239 con nota di Cavallo; Cass. 4 giugno 1992 n. 6857, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 338 con nota di Dalmotto, secondo la quale l'accordo volto a prevedere l'efficacia degli accordi di separazione anche dopo il divorzio contrasterebbe con l'art. 9, primo comma l. div.. In senso contrario V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, nota a Cass. 4 giugno 1992 n. 6857 in *Corr. Giur.* 1992, p. 866, il quale osserva che dalla previsione della valutazione di equità del tribunale si può trarre un'indicazione solo nel senso della inammissibilità della rinunzia preventiva, ma non di una rinunzia *tout court*. [↑](#footnote-ref-39)
40. G. OBERTO, *Prestazioni* una tantum *e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000. Lo stesso autore ritiene che la valutazione di equità riguardi solo il divorzio contenzioso, mentre nel divorzio su ricorso congiunto l'autonomia privata è pienamente riconosciuta e idonea a raggiungere sia l'effetto della corresponsione dell'assegno in unica soluzione sia l'irretrattabilità della relativa pattuizione. [↑](#footnote-ref-40)
41. G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 233 ss. L'art. 5 comma ottavo l.div. costituisce, secondo un'opinione largamente condivisa, un ingombrante relitto del tempo in cui si riteneva che, ammesso e tollerato il divorzio, non si potesse comunque consentire che esso comportasse l'estinzione dell'obbligo vitalizio di assistenza coniugale. La prassi quotidianamente seguita da giudici di merito è del resto nel senso di non operare alcuna verifica di equità adottando la formula “non sono emersi elementi istruttori che conducono ad escludere la richiesta valutazione di equità”. Cfr. C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 154. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cfr. C. RIMINI, *Il nuovo divorzio,* cit., p. 246. In senso contrario G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 439 e II, cit. p. 826, ritiene, al di fuori del divorzio contenzioso, non necessaria la valutazione di equità del tribunale per dare all'accordo carattere definitivo. Nello stesso senso G. DE MARZO, *Divorzio su domanda congiunta ed equità degli accordi patrimoniali,* in *Fam e Dir.* 2000, p. 263; M. RABITTI, *La prestazione* una tantum *nella separazione dei coniugi,* in *Familia*, 2001, p. 601. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cass. 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv.,* 1985, p. 579: “ L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali tra coniugi, che sia stato stipulato tra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) spostati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale del medesimi (applicabile ai sensi degli art. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni tra stranieri, riguarda l'ordine pubblico c.d. internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani”. [↑](#footnote-ref-43)
44. Sul punto occorre rinviare a G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali*, cit., p. 71 e 74 e M. D. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali tra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul F*amily Law Amendment *Act 2000, Australiano,* in *Familia,* 2002, p. 156; E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale. A proposito di una recente pronunzia dalle Corte Costituzionale tedesca,* in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 1, p. 57 ss; *Ead.* *L'autonoma privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 303. Per un'ampia trattazione del sistema tedesco cfr. WONNE, *Wereinbarungen zum Ehegattenunterhalt,* in AA.VV. *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, a cura di Dose, Munchen, 2011, 1184 ss.. [↑](#footnote-ref-44)
45. Cass. 14 giugno 2000 n. 8109 in *Corr. Giur.* 2000, p. 1021 con nota di Balestra. Il principio è ribadito da Cass. 21 febbraio 2001 n. 2492 in NGCC, 2002, I, p. 347 con nota di Grondona; Cass. 10 marzo 2006 n. 5302, e da ultimo Cass. 21 dicembre 2012 n. 23713, cit. [↑](#footnote-ref-45)
46. Cass. 14 giugno 2000 n. 8109, cit. [↑](#footnote-ref-46)
47. M. FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi: una rivoluzione annunciata solo sulla stampa*, in *Giuda al dir*., 2000, n. 24, p. 43; D. G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali,* Napoli, 2005, p. 83. [↑](#footnote-ref-47)
48. Cass. 14 giugno 2000 n. 8109, cit. [↑](#footnote-ref-48)
49. Cass. 1 dicembre 2000 n. 15349 in *Gius. Civ*., 2001 ,I, p. 1592 [↑](#footnote-ref-49)
50. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam e Dir.* 2012, p. 80. [↑](#footnote-ref-50)
51. Cass. 12 febbraio 2003 n. 2076 in *Fam. e Dir.* 2003, p. 344. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine in *Fam, e Dir.*, 2013, p. 323; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore* di G. Benedetti, II, Napoli, 2008, p. 1321. [↑](#footnote-ref-52)
53. Sul tema cfr. G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)* in *Contratti* 2009, p. 732. Nel senso che per legittimare l'utilizzo della categoria della nullità relativa di protezione accanto all'interesse privato protetto deve concorrere un interesse generale inderogabile v. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio* in *Riv. Not.* 2010, p. 285 ss.. L'applicazione della categoria della nullità di protezione ai contratti prematrimoniali appare invero il riflesso di una non più attuale concezione del rapporto giudice – famiglia, secondo la quale la possibilità di autoregolarsi costituisce una graziosa concessione del potere, da accordare ai cittadini, se e quando si ritenga opportuno e compatibile rispetto al modello di famiglia che ha in mente il giudicante. Un rapporto modellato su quello tra sovrano e cittadino che risulta doppiamente antistorico sia perché la giurisdizione dovrebbe rappresentare la garanzia che ciascuno possa liberamente realizzare il proprio modello di famiglia; sia perché nella fase attuale la giustizia statuale ha tempi non compatibili con le esigenze della vita quotidiana delle persone. [↑](#footnote-ref-53)
54. Nella medesima prospettiva si è affermato che: “il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica (…) la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti”. Cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 227. Le stesse considerazioni ovviamente valgono per il paternalismo giudiziario, che presenta margini di soggettività ancora più ampi. [↑](#footnote-ref-54)
55. Il fondamento formale dell'indisponibilità dell'assegno non trova una giustificazione convincente nell'elaborazione giurisprudenziale; quello sostanziale viene apoditticamente desunto dalla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio. Sul punto e sulla connessione del filone giurisprudenziale in tema di contratti in vista del divorzio con i modelli di decisione sull’assegno post – coniugale e sulla non delibabilità delle sentenze canoniche di nullità del matrimoniale in caso di convivenza ultra triennale cfr. M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive,* in *Riv. Dir. Civ*., 2015, p. 575. [↑](#footnote-ref-55)
56. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contribuiti a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 271. Nello stesso senso B. PASTORE , *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea,* cit., p. 85: “La creazione del diritto da parte del giudice (…) presuppone e si svolge all’interno di un sistema che la struttura, la filtra, la contiene”. [↑](#footnote-ref-56)
57. Come si avrà modo di precisare nello sviluppo del discorso, negare la legittimazione all'impugnazione del contratto all'altro coniuge appare giustificabile solo in chiave di una eccessivamente unilaterale precomprensione ideologica, poiché parrebbero esservi interessi meritevoli di tutela, anche sul piano costituzionale, che potrebbero giustificare un'azione di nullità da parte del debitore. La prospettiva giurisprudenziale parrebbe non tenere adeguatamente in considerazione la complessità del fenomeno giuridico ed il necessario bilanciamento tra opposti interessi che essa suggerisce. Sulla prospettiva della complessità, come attuale ineludibile approccio al problema della conoscenza in ogni suo settore, cfr. E. MORIN, *Le vie della complessità* in *AA.VV., La sfida della complessità*, a cura di G. Bocchi e M. Ceruti, Milano, 1988, p. 49 ss.. Spunti sul senso della complessità nella cultura giuridica in N. IRTI, *Il diritto come ricerca* in *Riv. Dir. Civ*., 1986, p. 347 ss.; B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione. Il ruolo dei principi generali* in *Diritto privato*, VII – VIII (2001 – 2002) p. 64 ss. spec. p. 70. [↑](#footnote-ref-57)
58. Tra le molte decisioni cfr. Trib. Varese 23 marzo 2010, in *Fam e Dir.*, 2011, p. 295; Trib. Arezzo 28 giugno 2011, in *Notariato* 2011, p. 508; Trib. Messina 27 agosto 2002, in [*www.jusexplorer.it*](http://www.jusexplorer.it/), pur mostrando qualche apertura ritiene che gli accordi in vista del divorzio siano “bilateralmente vincolanti” fin quando si conformano al contenuto e alle finalità dell'obbligo legale”. Analogamente Trib. Messina 10 dicembre 2002, in *Arch. Civ.* 2003, p. 410, riconosce la validità di tali accordi purché non stravolgano la funzione assistenziale e ritine quindi valida e vincolante la rinuncia al mantenimento a fronte di una corresponsione di una somma *una tantum.* [↑](#footnote-ref-58)
59. Trib. Torino, sez. VII, ord. 20 aprile 2012 estensore Tamangone, in *Fam e Dir*., 2012, p. 803 ss., con nota di G. Oberto. [↑](#footnote-ref-59)
60. Cass. Sez. I 21 dicembre 2012 n. 23713, rel. Dogliotti cit. “ L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi in forza del quale si prevede che la moglie cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma in contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in una *datio in solutum,* in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale.” [↑](#footnote-ref-60)
61. Cass. Civ., sez. III, 21 agosto 2013, n. 19304, cit.: “Nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere resistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale è la separazione coniugale. L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame”. [↑](#footnote-ref-61)
62. Cass. Sez. I, 20 agosto 2014 n. 18066, rel. Dogliotti, in *Fam e Dir.* 2015, p. 357 con nota di Filauro, cit.: “La clausola di trasferimento di un immobile tra coniugi ovvero da uno dei genitori al figlio minore recepito dalla sentenza di divorzio, anche sulla base di conclusioni uniformi, è valida tra le parti e nei confronti dei terzi. Essa può essere oggetto di annullamento per vizio di volontà in un autonomo giudizio di cognizione e non può costituire motivo di impugnazione della sentenza di divorzio”. [↑](#footnote-ref-62)
63. Cass. Civ. Sez., II, 21 febbraio 2014 n. 4210, nello stesso senso Cass. Civ. sez. I, 19 agosto 2015 n. 16909, est. Nazzicone [↑](#footnote-ref-63)
64. Cass. Sez. III, 3 dicembre 2015 n. 24621, in *Fam e Dir*. 2016, p. 747 con nota di Carratta: “L'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali dei coniugi, concluso tra le parti in occasione di un giudizio di separazione, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione. Di conseguenza è pienamente valido e come tale sottoponibile alle normali impugnative negoziali l'accordo stragiudiziale intervenuto in pendenza di un giudizio di separazione in appello, poi abbandonato dalle parti a seguito dello stesso accordo”. [↑](#footnote-ref-64)
65. Sul punto v. l'articolata analisi di A. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali, Linee di una ricerca comparatistica,* cit.; nonché più recentemente A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali* status *dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, p. 913. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cfr. Cass. Sez. III, 3 dicembre 2015 n. 24621, cit. che riporta letteralmente interi periodi della precedente Cass. Sez. I, 20 agosto 2014 n. 18066, cit., ed entrambe si richiamano alle argomentazioni svolte in Cass. Sez. I 21 dicembre 2012 n. 23713, cit. Difficilmente le sezioni semplici procedono a *revirement* totali, si muovono piuttosto per piccoli passi, salvo investire della questione le Sezioni Unite, ma queste recenti pronunzie portano un contributo non minimo alla evoluzione del pensiero giurisprudenziale e forniscono agli operatori importanti punti di riferimento per l’attività professionale. [↑](#footnote-ref-66)
67. Cfr. A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione nella recente giurisprudenza di legittimità,* in *Contratti* 2016, p. 166. [↑](#footnote-ref-67)
68. Infatti Cass. 13 gennaio 2017 n.788, in *Il familiarista* con nota di Franco, continua ad affermare la indisponibilità dell'assegno divorzio e la conseguente nullità dell'accordo concluso in sede di separazione in relazione al futuro divorzio. Analogamente, in senso restrittivo, Cass. 30 gennaio 2017 n.2224 cit. ha ribadito la nullità di un contratto in vista del divorzio con acritica riproposizione dell'approccio ermeneutico tradizionale di matrice statalista e criptoindissolubilista, del tutto indifferente alla spinta centrifuga che il legislatore ha promosso da una retriva concezione verticistica della famiglia che individua nel percettore del reddito (o del maggior reddito) la causa giustificativa del prolungamento *sin die* del precedente tenore di vita. [↑](#footnote-ref-68)
69. R. BOCCHINI, *Sussidiarietà ed accordi prematrimoniali*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* I, Torino, 2014, p. 375 ss., sottolinea come la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, realizzato con la modifica all'art. 118 cost. ult. comma operato con Legge Cost. 3/2001, muti completamente il ruolo della autonomia negoziale nel diritto di famiglia. La norma costituzionale sancisce per la prima volta che le attività di interesse generale non sono monopolio dei pubblici poteri, ma possono essere svolte dai privati. Anzi, lo Stato, attraverso il giudice, deve proprio consentire nei settori in cui è assente una disciplina normativa,ai privati la possibilità di regolamentare. [↑](#footnote-ref-69)
70. Un terzo filone giurisprudenziale, che offre una significativa conferma della visione “cripto-indissolubilista” del matrimonio calata dalla Cassazione sul contesto sociale, è rappresentato dalle decisioni volte ad impedire la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario: Cass. S.U. 17 luglio 2014 n.16380, in *NGCC*, II, *2015*, con nota critica di Roma, *Ordine pubblico,convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le Sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento.* Per un quadro di insieme del diritto vivente in tema di assegno di divorzio sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in Riv. Dir. Civ. 3/2015, p.575 ss. [↑](#footnote-ref-70)
71. A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. Dir. Civ.*1987,II, 125 ss. [↑](#footnote-ref-71)
72. Cfr. tra le molte Cass. 17 luglio 2007 n.15610. [↑](#footnote-ref-72)
73. Tra le molte Cass. 16 ottobre 2013 n. 23442. [↑](#footnote-ref-73)
74. Il diritto, quando l'approccio è dominato da pesantezza ideologica ed eccessiva politicizzazione, ha costituito in ogni tempo un eccellente e formidabile *instrumentum regni* ed il potere costituito è spesso propenso a piegare le regole alla propria visione della realtà sociale, come ben evidenziato nelle lucide riflessioni di M. FOUCOULT, *Sorvegliare e punire* (1975), trad.it di A. Tarchetti, Torino, 2005. [↑](#footnote-ref-74)
75. Recentemente E. MOCCIA, *I nuovi poveri? I padri separati. Storie di ordinario disagio* in *Corriere della Sera 29 ottobre 2016,* ha riportato alcune vicende giudiziarie nelle quali vi è una palese violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana del debitore. [↑](#footnote-ref-75)
76. In *Foro It.*2017, I, 1859, secondo la quale il parametro di riferimento per l'attribuzione dell'assegno non può essere il “precedente tenore di vita matrimoniale” bensì quanto necessario a mantenere una vita autonoma e dignitosa, ripudiando come “antistorica” la funzione perequativa di redditi e patrimoni dell'assegno. Il principio è stato confermato in una successiva decisione in materia di separazione, Cass. 26 maggio 2017 n. 12196 ed è stato precisato ulteriormente da Cass. 11 maggio 2017 n.11538 e Cass. 22 giugno 2017 n. 15481. Tali decisioni si leggono in www.il caso.it. Una ricognizione della materia in A. SPADAFORA, *Il “nuovo” assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva* in *Giustiziacivile.com*, approfondimento del 25 luglio 2017; C. RIMINI, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale,* in *NGCC,* 9/20171274 ss*;* M.FORTINO, *Il divorzio, l'autoresponsabilità degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia* in NGCC 9/2017 p.1254 ss. Da ultimo, App. Milano V sez. civ., n. 4793 del 16 novembre 2017, nel caso Lario -Berlusconi, ha confermato e ribadito l'orientamento espresso da Cass. 11504/2017 . [↑](#footnote-ref-76)
77. In tal senso A. SPADAFORA, *Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva* cit. p. 16 ss., spec. p.19 “si delineano, allo stato, le premesse di un profondo ripensamento della materia, nel senso della possibile apertura – non più aprioristicamente rinnegabile- verso una prefigurazione degli equilibri della crisi familiare anticipata già alla fase fisiologica del rapporto”. Considera la decisione di Cass. 11504/2017 una importante tappa di riaffermazione del solenne principio di cui all' art. 29 Cost di non ingerenza del pubblico potere nei riguardi della autonomia originaria della famiglia come società naturale anche V. BARBA , *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente* in *Giustiziacivile.com* del 27 novembre 2017. [↑](#footnote-ref-77)
78. A. SPADAFORA, *Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva* cit.; V. BARBA , *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente* in *Giustiziacivile.com. C*it.. *Contra*  M.C. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa*? In *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 9 giugno 2017*.* Sostanzialmente critico verso il nuovo indirizzo giurisprudenziale anche E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autorseponsabilità” “persone singole” senza passato?* In *Corr. Giur.* 2017, p.885 ss., che ripropone la logica “perequativa e redistributiva del reddito” alla base del vecchio orientamento, già sostenuta in Id. *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative* in *Dir. Fam e pers. 2005, 1034 ss..* [↑](#footnote-ref-78)
79. Cfr. in particolare F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *NLCC*, *1/2017,191 ss.;* G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam.dir. 2014, 88 ss.* [↑](#footnote-ref-79)
80. A. M. SANDULLI, *Art. 29 cost*. in *Comm. Ci,an - Oppo - Trabucchi*, I, Padova, 1992, p. 8 [↑](#footnote-ref-80)
81. G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 69 ss. [↑](#footnote-ref-81)
82. V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia* cit. p. 1045. Con notevole realismo storicistico osservava L. MENGONI: “il tempo agisce sul diritto … dall’interno mediante l’interpretazione – applicazione” e, citando un passo significativo tratto da *Wahrheit und Methode* di Gadamer, il testo normativo “per essere compreso in modo adeguato deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti”. “Nuovamente e altrimenti”: il mistero del tempo si sposa indissolubilmente al mistero del diritto, alla sua “temporalità ontologica”, secondo la puntuale espressione mengoniana. Cfr. L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 637. [↑](#footnote-ref-82)
83. Salv. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p.7 e 22. [↑](#footnote-ref-83)
84. Salv. ROMANO, *Presentazione*, in Widar CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* [1929], Milano, 1963. [↑](#footnote-ref-84)
85. R. GIAMPIETRAGLIA, *Il principio di sussidiarietà nel dirtto di famiglia, in* M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* I, Torino, 2014, p. 329 ss. [↑](#footnote-ref-85)
86. L’approccio della giurisprudenza italiana in termini di atteggiamento culturale nei confronti dell’autonomia privata dei coniugi in occasione della crisi matrimoniale si ricava agevolmente dalla lettura di una massima che fino a qualche anno fa era tralatizia: “l’accordo finalizzato a disciplinare la separazione consensuale, in difetto di provvedimento di omologazione, cui compete l’essenziale funzione di controllare se i patti intervenuti tra i coniugi siano conformi agli *interessi superiori* della famiglia, è privo di efficacia giuridica” cfr. *Cass. 9 aprile 2008, n. 9174* in *Gius. Civ*. 2010, I, p. 181 ss.. Vedi oggi quale espressione di un apprezzabile evoluzione del pensiero giudiziale sul punto Cass. 20 agosto 2014 n. 18066 cit. e Cass. Sez. III, 3 dicembre 2015 n. 24621, cit., che hanno riconosciuto natura contrattuale sia all’accordo di separazione sia all’accordo di divorzio. [↑](#footnote-ref-86)
87. R. ROSETTI, *Le nuove prospettive del diritto di famiglia,* in *La Magistratura, Organo della A. N. M.,* luglio – dicembre 2014, n.3 - 4, consultabile *on line* in *www.associazionenazionalemagistrati.it*. [↑](#footnote-ref-87)
88. Cfr. C. RIMINI*, Il nuovo divorzio*, cit., p. 2 ss.. La posizione della giurisprudenza tradizionale sulla nullità dei patti in vista del divorzio è esplicitamente criticata da Trib. Torino, *Ord. 20 aprile 2012* in *Fam. e Dir*. 2012, p. 803 ss.. L’esigenza di una correzione della linea interpretativa sull’assegno di divorzio già ampiamente segnalata da autorevoli studiosi di diverse scuole e diverse generazioni è recentemente ribadita da F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un’aporia interpretativa?* in *Fam. e Dir.*, 2013, p. 108; A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza. L’assegno divorzile e il criterio del tenore di vita* in *Fam. e Dir*., 2014, p. 704 ss. in nota a Trib. Firenze 22 marzo 2014 *ibidem* p. 687 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 l. div. che prolunga oltre il matrimonio l’obbligo di assistenza dei coniugi a tempo indeterminato. La Corte Costituzionale 11 febbraio 2015 n. 11 in *Fam. e Dir*. 2015, p. 537, tuttavia ha dichiarato infondata la questione con una motivazione di poche righe. [↑](#footnote-ref-88)
89. In questo senso L. CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006,2; recentemente G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il rocedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano,* in *Gius. Civ. 3/2017, p. 579 ss.* [↑](#footnote-ref-89)
90. Nell'ordinamento italiano si registra una crescente tendenza ad attribuire al giudice il potere di intervenire, grazie all'impiego delle clausole generali, sul contenuto delle pattuizioni dei privati. Sul tema v. E. SCODITTI, *Diritto dei contratti, fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in F.It., 2014, I, 2036, eventualmente M. PALAZZO, *“Causa” del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis) applicazioni giurisprudenziali*, in F. ALCARO (a cura di) *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, p. 154. Rimane il fatto che l'unilateralità dell'accordo è attualmente regolata nei contratti comuni, tra i quali rientrano quelli della crisi coniugale, dall'istituto della rescissione. Ne deriva che il semplice elemento della obiettiva sproporzione tra le prestazioni, ove non rilevato al momento della conclusione del contratto, non potrebbe essere invocato per ottenere una modifica giudiziale degli accordi tra le parti, se non attraverso un'interpretazione vanificatrice degli articoli 1447 c.c. ss. [↑](#footnote-ref-90)
91. Sul ruolo del notaio nell'attuale fase storica cfr. R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante,* in G. Furgiuele (a cura di ), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, p. 387 ss; ID, L*a metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *NLCC*, 2015, p. 761; eventualmente M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto,* in *Notariato*, 6/2014, p. 584 ss.. [↑](#footnote-ref-91)
92. Sembra meritevole di attenzione in questo senso la proposta di articolato normativo, recentemente proposto dal notariato, che introduca nell'ordinamento la figura di contratti “prematrimoniali” attraverso i quali i coniugi stipulino “convenzioni volte a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio”, attraverso l'inserimento di un art. 162 *bis* c.c.. Cfr. *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali, convivenze, successioni,* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011. Tale proposta, se attuata, avrebbe il merito di promuovere l'autocomposizione del conflitto di interessi tra i coniugi e di sciogliere i nodi interpretativi sulle tecniche di tutela del coniuge debole. Questa linea di tendenza trova conferma, sul piano comparativo, dal raffronto con l'esperienza tedesca, in cui la *Unterhaltsrechetsreform*, in vigore dal primo gennaio 2008, è venuta ad imporre il rispetto della forma dell'atto notarile per ogni accordo avente ad oggetto l'assegno divorzile allorquando l'intesa sia raggiunta in un momento precedente al passaggio in giudicato della decisione sul divorzio. [↑](#footnote-ref-92)
93. Il tema della rinegoziazione delle condizioni contrattuali ha interessato recentemente la riflessione scientifica prevalentemente con riguardo alle soluzioni che l'ordinamento giuridico generale appronta all'economia del contratto per come costruita dalle parti. Tra i testi più significativi B. WALKER and D. SALT, *Resilience Thinking*, Washington, 2006; D. CHANDLER, *Resilience.* *The governance of complexity*, London, 2014. Per la letteratura italiana cfr. E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, p. 160; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir. Annali*, II, Milano, 2008, p.1026; recentemente S. LANDINI , *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e Impr.*, 2016, p. 179 ss; C. DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in M. Confortini (a cura di) *Clausole negoziali,* Milanofiori, 2017, p.1443 ss. [↑](#footnote-ref-93)
94. Accanto allo strumento processuale speciale introdotto nella disciplina di settore dall'art. 9 comma 1 L.div., tra le sopravvenienze disciplinate a livello di diritto positivo occorre richiamare l'impossibilità sopravvenuta, le mutate condizioni economiche di una delle parti contrattuali, la eccessiva onerosità sopravvenuta, la presupposizione, che pur non essendo espressamente disciplinata ha oramai trovato cittadinanza nel nostro ordinamento attraverso procedimento ermeneutici di dottrina e giurisprudenza. Sul tema cfr. S.LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, cit*.,* p. 184 ss.; C. DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in M. Confortini (a cura di) *Clausole negoziali,* Milanofiori, 2017, cit. [↑](#footnote-ref-94)
95. P. GROSSI*, Codici*, (a cura di) P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002, p. 599. [↑](#footnote-ref-95)
96. Ad una sostanziale restaurazione della situazione precedente a Cass. 11504/2017, mira il Ddl n. 4605 presentato alla Camera il 27 luglio 2017 a firma della on.Ferranti ed altri, recante la proposta di modifiche all'art. 5 l.div., con intento reattivo alla eventualità di un consolidamento del nuovo filone giurisprudenziale. La proposta mira a rimettere alla valutazione del giudice civile l'attribuzione di un assegno e la sua quantificazione con finalità compensative e redistributive del reddito, con un incoerente ritorno all statalismo e assolutismo giudiziario che parevano abbandonati dalla legge sulla negoziazione assistita, avendo creato maggiori problemi sociali di quanti ne abbiano risolti. Sul tema si veda E. QUADRI, *Assegno di divorzio:ora si muove il legislatore*, in *Giustiziacivile.com* del 22 novembre 2017. Assai più coerente con lo spirito dei tempi sarebbe viceversa la rapida approvazione di una delle numerose proposte di legge sui patti prematromoniali, sulle quali v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, cit. *191 ss.;* G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit.  *88 ss.* [↑](#footnote-ref-96)
97. L'idea di uno Stato che, attraverso il giudice, veicola i bisogni e le istanze sociali dei cittadini secondo una certa visione del mondo concepita come ineludibile e necessaria ha prodotto esiti non felici. Illuminanti le riflessioni sul diritto ridotto a pura ideologia, con un apparato statale invasivo dei rapporti tra privati, di H.ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino 2009, poi rimeditate e aggiornate in *La banalità del male* (1963), Milano 2001. [↑](#footnote-ref-97)