**L'autonomia negoziale nella relazione familiare.**

**La regola di governo della *crisi familiare* tra spinte evolutive e persistenti resistenze.**

1. **La famiglia: dalla *morte* annunciata alla *moltiplicazione*, passando per la *frantumazione***

L’*incipit* di queste considerazioni potrebbe apparire se non funesto, almeno inappropriato o, ancor più gravemente (non solo *falsificabile*, ma addirittura) *falso*, se immediatamente non si precisasse che le morti *nel* diritto e *del* diritto sono state tutte, più o meno e per quanto suggestivamente evocate, soltanto proclamate e mai seriamente accertate. Invero, gli annunci della ‘morte del contratto’[[1]](#footnote-1), della ‘morte della famiglia’[[2]](#footnote-2); la constatazione delle ‘ceneri del diritto’[[3]](#footnote-3), della ‘fine del diritto’[[4]](#footnote-4) (sia pure seguita da un punto interrogativo), dell’‘eclissi del diritto civile’[[5]](#footnote-5), ‘del diritto inesistente’[[6]](#footnote-6), ovvero delle (non tanto) meno allarmanti voci che preconizzano la ‘crisi del diritto’[[7]](#footnote-7) o la ‘metamorfosi del diritto’[[8]](#footnote-8) si sono (non quasi, ma) sempre riconvertite, pur prendendo abbrivio da diverse prospettive d’analisi per giungere a differenziati esiti ermeneutici, nella proposizione di una rinnovata impostazione metodologica, assiologica e culturale dell’approccio allo studio del diritto, sì da potersi ribadire che la ‘fede nel diritto’[[9]](#footnote-9) ed il ‘ritorno al diritto’[[10]](#footnote-10) rappresentino il risultato ultimo, sia pure senza ingenui sincretismi dei diversi e molteplici pensieri al riguardo, di ognuna di quelle annunciazioni.

Sì che alla previsione della ‘morte della famiglia’, anche mercé il trascorrere dei tempi ed il mutamento dei modelli di riferimento culturale della società (particolarmente incidenti nel tema familiare), sempre più pluralistica e perennemente mutevole (e non più immutabile nella sua trascendente fissità *valoriale*), si è potuto replicare, contestandone i fondamenti argomentativi addotti a supporto, che essa è stata <<soltanto una morte annunziata; e la tesi della non-famiglia è rimasta [soltanto] nei libri>>[[11]](#footnote-11).

E ciò in un settore, peraltro, ad alta densità assiologica[[12]](#footnote-12) e nel quale le precomprensioni degli interpreti (se non talvolta i pre-giudizi ideologici) finiscono talvolta per inquinare un’analisi rigorosa e oggettiva dello stesso fenomeno sociale, in cui – nel non raro conflitto tra i precetti comunitari e i principi fondamentali del nostro ordinamento (con gli annunci della Corte di Giustizia <<che si autoproclama garante dell’osservanza delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri elevate a principi fondamentali del diritto comunitario>>[[13]](#footnote-13)) – <<perfino lo scenario costituzionale di riferimento risulta frammentato, poiché le convivenze e le unioni di fatto – e deve ritenersi anche le famiglie che da esse traggono origine – si vanno a collocare nella sfera di tutela apprestata dall’art. 2 Cost. alle formazioni sociali>>[[14]](#footnote-14), nel quale si sarebbe da tempo dovuto acquisire che <<non si può prescindere dalla consapevolezza della storicità e della relatività della nozione di famiglia>>[[15]](#footnote-15) (così come di ogni categoria ordinante del diritto). Non prendere atto dei (o perdere contatto coi) profondi mutamenti in corso nella società civile e dell’evoluzione della cultura sociale nazionale, come già s’ammoniva oltre cinquant’anni fa, <<darebbe luogo a soluzioni ripugnati alla coscienza>>[[16]](#footnote-16), così come lo <<sfuggirvi sarebbe ipocrita>>[[17]](#footnote-17). Senza perciò stesso correre il rischio, per un verso, di appiattirsi neutralmente sulla società specchiandosi in essa[[18]](#footnote-18), con una censurabile *indifferenza* normativa o, per l’altro, di imporre, a livello europeo (nell’apprezzabile fine di ricostituire una comune unità sovranazionale anche per le *persone*, oltre che per i *mercati*), enunciati normativi <<che toccano modelli culturali fortemente radicati nelle realtà nazionali o che comunque incidono su indici assiologici che [essi] non possono certamente modificare>>[[19]](#footnote-19) (almeno se il tentativo procede dall’alto senza avere in cura l’ascolto del continuo fluire dell’esperienza sociale e giuridica), nella consapevolezza dell’*originarietà* della famiglia[[20]](#footnote-20).

Anzi, sia pure con esiti opposti a quelli evocati dalla dottrina più avanti menzionata, della stessa idea (o *istituzione*) di famiglia si è – recentemente e *positivamente*, in esito ad un accidentato e controverso percorso, tra opposte tendenze alla *deregulation* e alla legificazione[[21]](#footnote-21) ed in seguito a numerosi solleciti[[22]](#footnote-22) e richiami[[23]](#footnote-23) – celebrata (non senza eccezioni[[24]](#footnote-24)) una conferma ‘sociologica’[[25]](#footnote-25), una (per continuare nella metafora) rinascita o resurrezione con l’approvazione definitiva della cd. legge Cirinnà[[26]](#footnote-26) che ha contribuito finanche a moltiplicarle (o a ‘frantumarle’[[27]](#footnote-27)), evolvendosi dal modello unico della famiglia fondata sul matrimonio[[28]](#footnote-28) (art. 29 Cost., ma già seriamente contestata dal fenomeno sociale della c.d. ‘famiglia di fatto’[[29]](#footnote-29)) alla famiglia che si scioglie dal (necessario presupposto costitutivo e qualificatorio, oltre che politico ed ideologico, del) matrimonio[[30]](#footnote-30) (art. 2 e 29 Cost.), finanche individuandosi un ossimoro in quella formulazione[[31]](#footnote-31) e finendo, allora, per risultare <<perdente l’idea che la famiglia, in quanto istituto “di diritto naturale”, fosse immutabile nei tratti giuridici ereditati dalla tradizione>>[[32]](#footnote-32). O, in altri autorevoli termini, trascorrendosi dalla ‘famiglia’ alle ‘famiglie’[[33]](#footnote-33), dal ‘modello unico’[[34]](#footnote-34) al ‘non-modello’, dall’immagine (oltrenota) dell’<<isola che il mare del diritto può solo lambire, ma lambire soltanto>>[[35]](#footnote-35) a quella, parimenti suggestiva (ma, qui, senza alcuna gerarchia assiologica) dell’<<arcipelago familiare>>[[36]](#footnote-36), nella quale l’isola *maggiore*, <<che c’era fino a ieri, non si scorge più all’orizzonte>>[[37]](#footnote-37). Prendendosi atto, per un verso, della pluralizzazione dei modelli familiari (o ‘statuti normativi’) e riscontrandosi, dall’altro, che anche per la famiglia, sottoposta (non in linea tendenziale, ma, ora, positivamente) alla *storicità* dell’ordinamento ed alla mutevole evoluzione (prima dei *valori* e poi) dei modelli sociali di riferimento, risulta così accertata (anche in ambito familiare) la <<crisi della fattispecie>>[[38]](#footnote-38) e la promozione delle ragioni dell’*effettività* nella costante *materializzazione* della *legalità*; ovvero, il che è lo stesso (ma con nomenclatura tradizionale), il declino dell’atto e l’esaltazione (funzionale) del rapporto[[39]](#footnote-39), nell’esortazione a <<capovolgere il profilo di rilevanza dell’autonomia privata nel diritto di famiglia [trascorrendo] *dalla fattispecie agli effetti*>>[[40]](#footnote-40). Convenendo, altresì, con il rilievo che alla diffusa *moltiplicazione* della famiglia contrappone (*melius*: si tratta di un <<ribaltamento dell’assetto complessivo>>[[41]](#footnote-41)) la riduzione all’<<*unicità dello stato di figlio*>>[[42]](#footnote-42)

E se sarà improcrastinabile interrogarsi sull’<<essenza del principio di “famiglia”>>[[43]](#footnote-43) o dell’<<istituzione familiare>>[[44]](#footnote-44) la cui *quidditas* si esprime, in una <<al nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen*>>, in un <<comunitario e solidaristico rapporto di alterità … fondato … essenzialmente ed esclusivamente su ciò che è il *proprium* dell’“*humanum*”, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegarsi di ogni strutturale relazionalità>>, si dovrà all’un tempo prescindere da un modello astratto ed apriori di famiglia e rispondente ad una profilatura assiologica di una società che (nei tradizionali tratti qualificatori) ormai non esiste più, per esaltare e prendere atto dei numerosi e fondamentali eventi e fenomeni socio-culturali che, nel loro accadere, hanno (e stanno) conformato(ndo) la *storicità* della società di riferimento e le specificità dei singoli componenti della famiglia, nella peculiarità del contesto di appartenenza ed in ragione della massima realizzazione e tutela dei loro interessi[[45]](#footnote-45), continuando a testimoniare <<che *il bisogno di famiglia resta sempre vivo*>>[[46]](#footnote-46).

Si riavvicinerà la disciplina giuridica (nella sua rigidità) alla realtà pratica (nella sua costante mutevolezza), la legge alle esigenze della persona, il *discontinuo* (del diritto) al *continuo*[[47]](#footnote-47) (della società), elaborando i relativi <<statuti delle differenze>>[[48]](#footnote-48), sì da costituire, con nuovi principi, modelli assiologici e la diffusione del principio costituzionale di sussidiarietà[[49]](#footnote-49), un più attuale *diritto delle famiglie*. In una rinnovata stagione che, acquisita la trasformazione dell’*uno* nel *molteplice*, consenta il più fecondo sviluppo non soltanto del diritto *di* famiglia, ma anche del diritto *alla* famiglia[[50]](#footnote-50) e ribadisca il <<[p]rimario interesse della persona … ad essere parte di una famiglia>>[[51]](#footnote-51), senza perciò stesso dover approdare[[52]](#footnote-52), pur se per altre vie, ad esiti che rinneghino la manifestazione dell’autonomia negoziale[[53]](#footnote-53) e dispositiva dei coniugi.

1. **La famiglia: dalla fissità alla mutevolezza**

Si tratta di prendere atto – *positivamente* – che la materia familiare, rimasta effettivamente per decenni ai margini degli interventi del legislatore ha subito – negli ultimi cinquant’anni, mercé l’acquista consapevolezza in essa della diffusione dei valori costituzionali e di una maturazione della cultura giuridica[[54]](#footnote-54), tale da invertire[[55]](#footnote-55) quell’idea dell’*isola* soltanto lambita dal mare del diritto (cui era sottesa la prospettiva di <<un diritto di famiglia statale [che] costituisce un elemento eterogeneo, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato>>[[56]](#footnote-56)) – una serie continua di innesti e modifiche al fine di adeguarne, in termini generali, il contenuto (e la stessa linea assiologica) al correre dei tempi ed alle conseguenze che questa corsa (ha prodotto e) produce in termini sociali ed economici, oltre che culturali ed etici, (più che sulla semantica) sulla stessa *semiotica* del termine ‘famiglia’ (scissa, ormai definitivamente, dalla invadente sineddoche del matrimonio). Come, con sottile puntualità non s’è mancato di riferire[[57]](#footnote-57), persistere nell’interrogarsi sulla possibile relazione tra essi (famiglia e matrimonio) significa incamminarsi nel più diffuso degli errori prospettici del giurista che il filosofo individua nella cd. fallacia naturalistica, finendo per sovrapporre fatto e valore (*id est*: valutazione), atto e rapporto.

Si è così trascorsi dall’introduzione (preceduta da un asprissimo dibattito nella società civile e nella politica) dell’istituto del divorzio[[58]](#footnote-58) alla riforma generale del diritto di famiglia[[59]](#footnote-59), dalla promulgazione della legge sull’interruzione volontaria della gravidanza[[60]](#footnote-60) a quella sulla fecondazione eterologa[[61]](#footnote-61) (sia pure nel costante *sembramento etico* operato dalla Corte Costituzionale negli anni successivi) passando attraverso la disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori[[62]](#footnote-62) (aggiornata con la modifica[[63]](#footnote-63) del 2001), dell’affido condiviso dei figli[[64]](#footnote-64) e del riconoscimento dei figli naturali[[65]](#footnote-65) (ora soltanto ‘figli’, nell’*unicità* dello *stato*, senza ulteriori discriminatorie predicazioni); dalla nuova regolamentazione del matrimonio concordatario[[66]](#footnote-66) (la cui precedente disciplina risaliva all’11 febbraio 1929 – con i c.dd. *patti lateranensi*) alle misure contro la violenza nelle relazioni familiari[[67]](#footnote-67); dalle misure di degiurisdizionalizzazione dei processi civili[[68]](#footnote-68) al cd. *divorzio breve*[[69]](#footnote-69), fino a giungere alla recente sentenza della Cassazione[[70]](#footnote-70) (immediatamente seguita da alcune Corti di merito[[71]](#footnote-71)) che ha operato un autentico *revirement*, pur ampiamente e diffusamente auspicato da ampi schieramenti della dottrina, in margine alla natura ed ai parametri determinativi dell’assegno divorzile (che, nella persistente natura assistenziale, non è più astretto dal vincolo economico-quantitativo del ‘tenore di vita’). Resta, per quanto qui interessa, ancora da scalfire la posizione giurisprudenziale di (per la verità non più così) netta chiusura verso i cd. accordi (pre-)matrimoniali in vista del futuro scioglimento della relazione coniugale, sebbene, come si crede, i tempi siano ormai maturi perché la stessa giurisprudenza, in scia alla più pensosa ed accreditata dottrina, scacci (definitivamente) la pretesa nullità (*melius*: illiceità) dei predetti accordi e schiuda – in condivisione con la funzionale impostazione legislativa che dalla decisione unilaterale si evolve nel principio dell’accordo (artt. 144 e 145 c.c.) – ad una rinnovata stagione dell’autonomia coniugale[[72]](#footnote-72) anche in questa materia. Senza che ciò debba far gridare alla (o temere per l’) eccessiva *privatizzazione*[[73]](#footnote-73)del diritto di famiglia, se si condivide che l’autonomia dovrà sempre esercitarsi nei limiti[[74]](#footnote-74) delle (e conformarsi *non soltanto* alle) indicazioni *positive* della disciplina che gl’è propria, ma primariamente dei valori-guida emergenti dall’ordinamento giuridico storicamente e sistematicamente inteso, individuando (e riponendo) nel controllo (non soltanto) giudiziale (ed *ex post*[[75]](#footnote-75)) del suo esercizio[[76]](#footnote-76), verificato nelle trame delle vicende e degli interessi concreti, l’affidabile certezza che quello sviluppo sia (costituzionalmente) coerente e (proficuamente) ragionevole[[77]](#footnote-77) .

D’altra parte, in ossequio al più tradizionale rilievo per cui *adducere incoveniens non est solvere argomentum*, si è convincentemente osservato che <<[i]l 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>>[[78]](#footnote-78), ma, piuttosto, dovrà sollecitare l’interprete ad una più congrua e funzionale attività di controllo della sua concreta esplicazione[[79]](#footnote-79) in ragione sia dell’ambito di incidenza sul quale andrà a modularsi, sia delle specificità assiologiche del caso concreto, coerente con gli interessi (non solo economici[[80]](#footnote-80), ma altresì) personalistici ed esistenziali della persona, in una alla consapevolezza che quell’ambito (*id est*: il diritto di famiglia) ormai comprende <<tutti quei rapporti caratterizzati da *situazioni esistenziali di convivenza*>>[[81]](#footnote-81).

1. **Le linee tendenziali dello sviluppo dell’autonomia negoziale**

L’itinerario della ricerca (funzionale allo sviluppo di un lavoro monografico di prossima pubblicazione) delle delicate questioni sottese al (mai sopito) tema dell’equilibrio tra le prestazioni nel rapporto di scambio e al più generale tema della giustizia contrattuale, nell’acquisizione della sempre maggiore rilevanza *giuridica* (oltre a quella *fattuale*, mai evidentemente superata) attribuita, non solo mercé il diritto d’ispirazione europea, alle disparate e diverse condizioni di potere contrattuale delle parti in merito alla formazione contrattuale ed alla determinazione del contenuto negoziale, era apparso, non appena si è deciso di interromperlo per dedicarsi alle presenti riflessioni, sufficientemente lontano e distante, per troppe ed evidenti ragioni (che non è dunque il caso di richiamare), da quello che ci si sarebbe apprestato a svolgere. La patrimonialità e lo scambio appaiono costituiti su spazi del tutto indipendenti da quello della famiglia che rappresenta uno dei più elevati profili di sviluppo della personalità umana che in (e con) essa si svolge e si realizza.

Se poi si procedesse ad una verifica delle dinamiche in atto, i due contesti parrebbero dimostrarsi altresì non comunicanti alla stregua di un’analisi che evidenziasse come le tensioni alle quali *da* sempre (e *per* sempre) l’autonomia privata viene (e verrà) sottoposta – tra fatto e valore, tra autodeterminazione e ordinamento giuridico, tra realtà pre-normativa (e non anche pre-giuridica) e disciplina legislativa – si producono in senso esattamente contrario: *i)* nell’ambito del contratto, s’incontra un’autonomia privata sempre più lontana dall’individualismo e liberalismo ottocentesco e da una piena libertà di manifestazione del codice del 1942 per essere sottoposta a limiti funzionali o, in altre prospettive, a conformazioni assiologiche che, nel controllo del giudice e nella *pluralità* ed *effettività* dei rimedi, rinvengono la sede più appropriata per le concrete applicazioni, tra *incompletezza* del regolamento privato e *completezza* conseguita mercé il (discusso) ausilio (interpretativo-integrativo-correttivo) della buona fede in senso oggettivo che schiude alla pervasività della solidarietà costituzionale; *ii)* nel diritto di famiglia, di contro, superate le aspirazioni istituzionali alla realizzazione del superiore interesse pubblico e statualistico e le paternalistiche ideologie del passato[[82]](#footnote-82), si è sviluppato, principalmente in seguito alle riforme degli anni ’70 ed al diffondersi (proprio in quegli stessi anni) della costituzionalizzazione del diritto civile e, dunque, del diritto di famiglia[[83]](#footnote-83), un consistente orientamento[[84]](#footnote-84), non sempre pacificamente accolto in giurisprudenza, diretto a promuovere, in una linea di ideale continuità[[85]](#footnote-85), un più diffuso ricorso all’autonomia (funzionale) dei coniugi nella (auto-)regolamentazione dei loro (talvolta convergenti, talaltra contrapposti) interessi. Nella consapevolezza che la famiglia (nei suoi tratti essenziali) è *valore* da tutelare <<non come ente a sé stante … ma …, alla stregua degli artt. 2, 3 e 29 cost., in esclusiva funzione dello sviluppo della personalità dei singoli appartenenti>>[[86]](#footnote-86), tra ‘persona e comunità’[[87]](#footnote-87), in una <<dimensione associativa>>[[88]](#footnote-88), con la prima che <<diventa valore centrale dell’ordinamento>>[[89]](#footnote-89); per precisarsi – nel superamento dell’impostazione che individuava l’esistenza di interessi superiori – che essa <<va intesa … quale istanza di tutela di interessi generati all’interno di tale comunità, ma riconducibili comunque nella titolarità delle persone fisiche che la compongono>>[[90]](#footnote-90) e che <<[l]a persona, in una parola, si affranca da una visione assolutizzata e sacrale della famiglia per assumere un ruolo centrale anche con riferimento ad essa>>[[91]](#footnote-91).

E, tuttavia, una prima incrinatura all’impressione prima formulata potrebbe già rilevarsi nelle più attente evoluzioni della letteratura[[92]](#footnote-92) che si è occupata *ex professo* dei diversi contesti giuridici sopra rappresentati se è vero che, nell’ambito del contratto, conquistano sempre più spazio, mercé l’innervatura assiologica che la Costituzione ed il diritto europeo lasciano trasparire, i criteri di valutazione cui sottoporre l’autonomia privata tra buona fede oggettiva (ed i connessi principi di correttezza, cooperazione, protezione e salvaguardia dell’altro contraente) e proporzionalità (con i connessi principi dell’equità, eguaglianza ed equilibrio) nell’orizzonte includente della solidarietà costituzionale e dell’interpretazione condotta alla stregua della ragionevolezza, e, per contro, in quello delle relazioni familiari, in esito al continuo modificarsi dei riferimenti socio-economici-culturali, oltre che normativi (con la *costituzionalizzazione* della famiglia) e che inevitabilmente su quello finisco per refluire, i soggetti coinvolti manifestano sempre più l’esigenza di *auto*-regolare i loro rapporti personal-patrimoniali, con modalità e tecniche differenti da quelle tipicamente previste, segnando l’inizio della *funzionalizzazione* dell’istituto familiare, in un sapiente contemperamento tra l’interesse del singolo e la piena realizzazione della famiglia, non come ente superiore, di interesse pubblico o altro dai suoi componenti, bensì come *comunità* nella quale si promuove la massima realizzazione della persona.

Se poi si getta lo sguardo di là dalla prima immagine e si consegna definitivamente al passato quell’animoso dibattito svoltosi nella prima metà del secolo scorso sulla valenza pubblicistica, istituzionale e super-individuale della famiglia[[93]](#footnote-93) – che inevitabilmente avrebbe finito per incidere anche sul *riconoscimento* dell’azione privata e sulla configurabilità di <<negozi giuridici familiari>>[[94]](#footnote-94), sia pure specificati in ragione delle peculiarità del contesto operazionale di riferimento, e che, talvolta, con in un’inconsapevole precomprensione[[95]](#footnote-95), emerge ancora nel periodare implicito di certa parte della giurisprudenza – si apprende che i medesimi criteri individuati, nell’ambito contrattuale, al fine di esercitare un controllo sul *corretto*[[96]](#footnote-96) esercizio dell’autonomia negoziale, sono richiamati anche (e sia pure in senso opposto[[97]](#footnote-97)) nel contesto del diritto di famiglia al fine di promuovere una più convincente diffusione del ricorso all’autonomia privata. Criteri che in questo contesto come in quello si identificano[[98]](#footnote-98) nella verifica: *a)* della strutturale disparità di potere tra le parti, specialmente nelle sue manifestazioni negoziali; *b)* dell’evidente (‘significativo’, ‘eccessivo’) squilibrio (originario o sopravvenuto) che potrà emerge dal contenuto contrattuale inteso nella sua complessità (di là dalla fattispecie e nel più ampio orizzonte dell’operazione giuridica). Registrandosi, nel settore indagato, una più accorta ricalibratura[[99]](#footnote-99) della linea d’indagine che, in una conseguita sedimentata maturazione, ha consentito di convertire quel dibattito antico sui *margini* di ammissibilità dell’autonomia privata nella famiglia (ormai decisamente acquisita) in un rinnovato (quanto delicato) dibattito sui *margini* della sua incidenza (e dell’individuazione dei mutevoli criteri alla cui stregua declinarne le corrispondenti limitazioni) nella disciplina delle relazioni familiari, tra interessi privati e esigenze della persona, sviluppo della personalità del singolo e realizzazione piena della costituita comunità di convivenza.

Con l’avvertenza che, nella specificità dell’ambito familiare, la *disparità* si declina, oltre che in termini patrimoniali e sociali, anche in termini più intimamente personalistici ed esistenziali; là dove lo *squilibrio* trascenderà il momento storico (*genetico*) del patto, per inserirsi (e valutarsi) nel fluire (dinamico) degli eventi familiari, tra alternanze economiche e possibile mutamento dei presupposti di fatto e delle condizioni personali dei componenti della famiglia (dei quali non può neppure trascurarsi una naturale <<incapacità predittiva>>[[100]](#footnote-100)ed una razionalità limitata[[101]](#footnote-101)); con il che la prospettiva dell’interprete, come nella impostazione culturale sottesa allo studio dell’intero fenomeno giuridico, dalla fattispecie dovrà trascorrere (dalla fattispecie) all’effetto, dovendosi guardare al <<programma contrattuale nella sua dimensione effettuale, quale vicenda costitutiva o estintiva di situazioni giuridiche, al momento in cui la regola è in concreto invocata>>[[102]](#footnote-102).

Se, infine, si mette più a fuoco l’ambito nel quale le presenti riflessioni si svolgeranno, ci s’accorge che quella – pur icasticamente, quanto comunemente, rilevata – distanza tra le diverse impostazioni in margine alla penetrazione dell’autonomia privata nelle relazioni familiari illanguidisce nelle curvature argomentative degli interpreti che, spesso, avvinti dalle enunciazioni di principio, faticano a percepire che nelle soluzioni applicative l’ammissibilità dei patti (a contenuto non soltanto patrimoniale) in vista della crisi matrimoniale, se *ragionevolmente* acquisita, in una alla congruità ed alla proporzionalità (oltre che alla “progressività”[[103]](#footnote-103)), non si pone in contrasto con alcuno dei diritti e dei doveri o, in senso ampio, delle situazioni soggettive (esistenziali e personalistiche, oltre che patrimoniali, funzionalmente originanti o anche solo occasionalmente) derivanti dal matrimonio: si procederà alla costruzione della *regola*, non alla pianificazione della *deroga*.

1. **L’autonomia negoziale e gli accordi in vista del divorzio: enunciazioni di principio e soluzioni applicative**

Invero, affermare che gli accordi avente ad oggetto la regolamentazione delle vicende tra i coniugi per epoca *eventuale* e *successiva* allo scioglimento del matrimonio, sarebbero nulli, per palese violazione del <<dato sicuro di un divieto legale>>[[104]](#footnote-104) (e, dunque, non per illiceità della causa[[105]](#footnote-105), ma <<per contrarietà alla norma imperativa dell’art. 160 c.c.>>[[106]](#footnote-106)) individuato nel <<potere [e nella sua conseguente indisponibilità negoziale] di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che debbono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo>>[[107]](#footnote-107) ovvero ribadirne, nel condividere la <<serrata critica>>[[108]](#footnote-108) alla linea ricostruttiva della giurisprudenza, <<la nullità ove … implichino la violazione del principio della indisponibilità degli *status familiari* e del diritto di difesa ovvero … siano preordinati dalle parti al conseguimento *in fraudem legis* del provvedimento giudiziale>> è solo un altro modo (probabilmente, almeno nel primo caso, troppo definitivo e rigido nell’indicazione del *rimedio*) per affermare che quei medesimi accordi manifestano la <<disponibilità delle parti per quanto concerne la regolamentazione dei loro rapporti economici>>[[109]](#footnote-109) e dovranno sempre essere sottoposti – sia se destinati a svolgersi quali *rapporto di durata* (anche sul fondamento del principio di solidarietà e della clausola di buona fede sottesi alla configurazione dell’obbligo generale di *rinegoziazione*[[110]](#footnote-110) o del principio della *revisione*[[111]](#footnote-111)), sia se esaurentisi in una prestazione *una tantum*[[112]](#footnote-112) – al controllo giudiziale[[113]](#footnote-113) per verificarne i <<presupposti … stabiliti dalla legge>>, alla stregua del canone della buona fede (a sua volta espressiva della clausola *rebus sic stantibus*[[114]](#footnote-114)) <<quale fonte integrativa ed eventualmente *correttiva* [in funzione protettiva] del programma contrattuale in tutti i casi in cui, nel momento in cui la regola che dev’essere applicata, [si dimostrasse] oggettivamente sproporzionata ovvero determina[nte] un’anomala ripartizione dei rischi e degli oneri tra le parti>>[[115]](#footnote-115).

1. **La (più volte) confermata chiusura della giurisprudenza agli accordi in vista del divorzio e le aperture delle soluzioni applicative**

A conferma, potrà qui utilmente evidenziarsi come quella distanza, pur evidentemente proclamata e sostenuta, decisamente si stemperi nelle linee motivazionali dello stesso (ritenuto) *leading case*[[116]](#footnote-116) dell’inammissibilità, per illiceità della causa, degli accordi pre-matrimoniali in vista della crisi[[117]](#footnote-117), all’un tempo denunciando una certa incongruenza (se non contraddittorietà) tra le enunciazioni di principio e le soluzioni in concreto adottate, nel pregevole tentativo di conseguire i risultati più conformi possibili alle esigenze di tutela della parte meritevole. Si afferma che <<indisponibile è … la componente assistenziale>> dell’assegno di divorzio in ragione di <<un rapporto *sui generis* di solidarietà economica tra gli ex coniugi>> e che gli accordi, che l’assumessero (<<*contra legem*>>) ad oggetto di incidenza dell’autonomia privata, sarebbero senz’altro <<invalidi per contrasto con l’art. 9 della legge sul divorzio … sia con l’art. 5 della medesima legge>>, producendo <<l’effetto di condizionare … il comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio … prima ancora e soprattutto per quanto concerne la stessa dichiarazione di divorzio in sé>>, non limitandosi a <<meri aspetti patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma>> facendosi <<oggetto di commercio lo *status* stesso>> e rivelandosi <<come un vero e proprio “prezzo” del consenso, spinto talvolta al limite del ricatto>>; con la conseguenza che <<allora la causa di questi accordi economici preventivi non può che essere illecita, perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, con l’intento di viziare, o quanto meno di limitare, la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, con irreparabile compromissione d’un obiettivo di ordine pubblico>>. E, nondimeno, nelle ultime righe della decisione – con non poca sorpresa[[118]](#footnote-118) – si scopre che i giudici di merito, ai quali la causa è rinviata, <<terranno conto>> (*sic*!) di quegli accordi in vista del divorzio[[119]](#footnote-119) (ma, inevitabilmente predicandone la piena validità ed efficacia) per verificarne, in concreto ed in esercizio dell’insuperabile potere di controllo giudiziale, il contenuto economico-patrimoniale, e, se del caso, in esito alla valutazione, disporre <<l’integrazione di quanto già ricevuto, determinando in misura maggiore … l’assegno di divorzio>>[[120]](#footnote-120) così, se non assimilandosi, almeno sensibilmente avvicinandosi all’orientamento che, con maggiore pervicacia, afferma la piena ammissibilità di esplicazione dell’autonomia privata anche nella formazione degli accordi pre-crisi coniugale aventi <<ad oggetto, esclusivamente, il regolamento dei rapporti patrimoniali tra i coniugi … e/o con riguardo ai figli>>[[121]](#footnote-121) e *determinativi* degli obblighi legali, intrinsecamente e per loro stessa natura[[122]](#footnote-122) (al pari di ogni provvedimento giudiziale al riguardo) sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*; significativamente precisando che <<[s]e i comportamenti sono … difformi quantitativamente dal modello legale, si farà luogo ad una operazione di integrazione del contenuto degli atti negoziali fino a ricondurli al modello legale>>[[123]](#footnote-123).

Come del pari si potrà accertare analizzando, come è sempre utile fare, le argomentazioni cui ha ritenuto di poter far ricorso altra giurisprudenza di legittimità[[124]](#footnote-124) che, nell’evidente tensione[[125]](#footnote-125) tra la ribadita assunzione dell’illiceità degli accordi stipulati in vista del divorzio per l’incidenza negativa che gli stessi producono sulla libera determinazione dei coniugi (e sulla libertà di difendersi in giudizio, oltre che in ragione del divieto di ‘fare commercio’ dello *status*) e l’esigenza di esprimere la massima tutela del coniuge *economicamente* debole con la validazione dell’accordo[[126]](#footnote-126) *transattivo* che favorevolmente lo riguardava, non può evitare di incorrere (emarginando il relativo disagio[[127]](#footnote-127)) in rilevanti contraddizioni[[128]](#footnote-128), non solo giuridiche, per il fondamento di una coerente conduzione logica del ragionamento.

Invero, per un verso si asserisce la nullità delle intese prematrimoniali per l’illiceità della causa alla quale si conviene la più grave tra le sanzioni civili (nullità assoluta: quindi, rilevabile da chiunque ed imprescrittibile, e, dunque, anche da ciascuno dei coniugi) ma, per l’altro, avvertita dell’esercizio (non solo per una più conducente strategia processuale, ma anche sostanzialmente) abusivo che dell’avanzata istanza di nullità potrebbe fare (come nel caso sottoposto al suo vaglio aveva proprio fatto) il coniuge, il quale dalla declaratoria di questa avrebbe tratto beneficio (per sottrarsi ai precedenti accordi favorevoli al coniuge ‘debole’, una volta accortosi che disponevano in senso più vantaggioso di quanto la legge avrebbe prescritto), giunge, sia a negare ogni relazione, rilevante dal profilo *formale*-*funzionale*, tra l’accordo transattivo e la successiva futura regolamentazione tra i coniugi in sede di divorzio[[129]](#footnote-129) (sì da escludere[[130]](#footnote-130) la qualificazione di quello come patto in vista della – e, dunque, causalmente collegato alla – crisi familiare), sia a configurare (anche in accordo con l’esigenza di salvaguardare la solidarietà familiare[[131]](#footnote-131) e la posizione[[132]](#footnote-132) del coniuge ‘debole’) una nullità *relativa* o *di protezione*[[133]](#footnote-133) (finanche limitata nei termini di rilevazione[[134]](#footnote-134)) che, nondimeno, finisce per stridere evidentemente con il prefigurato grave motivo di nullità sotteso ai medesimi accordi (la cui illiceità non può non estendersi alla causa[[135]](#footnote-135) dei medesimi). Esito che non potrà essere in qualche modo ricomposto provando a richiamare l’ampio e complesso dibattitto in merito alla ricostruzione dell’intera categoria (non *della* ma) *delle* nullità (rimediali, adattative, conformative, correttive e non più soltanto invalidanti) rispetto alle quali la legittimazione assoluta non costituisce più elemento costitutivo della figura[[136]](#footnote-136), se è vero che, nelle asserzioni della giurisprudenza di legittimità, la nullità viene invocata per la grave illiceità della causa che, richiamando anche profili di ordine pubblico (come non si è mancato di rammentare), non consentirà la *riduzione (teleologica) soggettiva* della legittimazione all’azione. Senza considerare, altresì, che si sarebbe costretti ad immaginare una singolare espressione della nullità di protezione, rispetto alla quale il soggetto debole non sarebbe individuato (o individuabile) *ex ante*, rispetto all’applicazione concreta della relativa disciplina, in riferimento a categorie di soggetti (come avviene per i consumatori, l’imprenditore sottoposto a dominanza economica relativa, ecc.), bensì soltanto in esito allo scrutinio del merito della vicenda concreta, immaginando una nullità, ‘virtualmente soggettiva’, di protezione che finisce per stridere con ogni appiglio e/o indicazione ricostruttiva che volesse individuarsi nel sistema di riferimento, rivelandosi un assurdo giuridico. Gli è che la nullità per illiceità della causa e la legittimazione relativa (di una possibile nullità di protezione[[137]](#footnote-137)) sono tra esse in insanabile giuridico contrasto.

Ulteriore manifestazione dei (spesso vani) tentativi giurisprudenziali di coniugare le attestazioni di principio con gli interessi concreti della specifica vicenda (in una a quello più generale alla *conservazione* degli effetti degli intervenuti patti tra coniugi) si rinviene anche in quell’argomentare dei giudici di legittimità[[138]](#footnote-138) che, per un verso, ribadiscono la nullità degli accordi patrimoniali in vista del divorzio[[139]](#footnote-139) e, per l’altro, ammettono la riconducibilità – su richiesta espressa delle parti, in sede di divorzio[[140]](#footnote-140) – del riscontrato precedente accordo tra i coniugi (consistente in un trasferimento immobiliare) alla fattispecie della corresponsione dell’assegno divorzile *una tantum* (sì come consentito dall’art. 5, comma 8, legge div.), successivamente precisandosi che diversa sarebbe stata l’ipotesi in cui i coniugi avessero precedentemente regolato i loro rapporti e, in sede di divorzio, nulla si fossero reciprocamente richiesti in merito alla concessione (ed alla determinazione dell’importo) dell’assegno divorzile: qui all’accordo dovrebbe riconoscersi <<validità per l'attualità>>[[141]](#footnote-141), senza, quindi, escludersi <<che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possano giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra>>. Non si riesce, invero, a comprendere[[142]](#footnote-142) come l’affermazione per cui <<ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio deve ritenersi nullo>> si concili con quella per cui se <<le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richiede un assegno di divorzio>> il medesimo <<riveste evidentemente carattere di validità per l'attualità>>: delle due l’una, o l’accordo in vista della crisi coniugale è valido, o non lo è. Ammettere la *validità per l’attualità*[[143]](#footnote-143) (sic!), sempreché sia possibile una successiva revisione dei medesimi (ai sensi dell’art. 9 legge div.), non può significare altro che affermare, non senza contraddizioni, la piena *validità* degli accordi prematrimoniali, se sottoposti (ma, si badi, nei profili di *efficacia*) al regime della rivedibilità (del suo contenuto) alla stregua della clausola *rebus sic stantibus*, con pieno riconoscimento dell’autonomia negoziale del coniugi.

1. **Primi esiti della ricerca: l’autonomia privata e le modalità concrete del suo esercizio, nell’orizzonte del controllo giudiziale**

Se non ci s’inganna, la partita tutta si gioca, ma pure si risolve, nel riconoscimento al giudice di un controllo[[144]](#footnote-144) sull’accordo tra i coniugi e, se del caso, del potere di disporne l’*integrazione* al fine di ri-parametrarlo, non solo nel suo contenuto economico, agli obblighi di legge, sempreché: *i)* vi sia una richiesta in tal senso (in accordo con il principio della domanda); *ii)* fermo restando l’insuperabilità convenzionale della rivedibilità dell’accordo ai sensi dell’art. 9, legge div.. Né il riferimento all’*integrazione*[[145]](#footnote-145) – nell’ambito dei negozi giuridici d’indole familiare, per le evidenti peculiarità e specificità degli interessi che qui, sulla modulazione della negozialità, finiscono per incidere profondamente, sì conformandola nelle modalità esplicative – deve indurre ad avvicinare l’indagine a quella (solo terminologicamente vicina) del fenomeno dell’*integrazione contrattuale*[[146]](#footnote-146), tra le diverse impostazioni assiologiche e le distinte opzioni culturali, del cui ampio e controverso dibattito, per l’evidente complessità della tematica, non è qui dato accennare, sia per i risvolti di teoria generale del diritto (e non solo del contratto) che esso inevitabilmente finisce per evocare, sia per l’inconferenza che il richiamo evidenzierebbe nei riscontri delle riflessioni che qui si svolgono.

Pertanto, dovrà condividersi il rilievo per cui con l’<<assoluta indisponibilità [alla] determinazione da parte dei coniugi dell’assegno di divorzio, la Corte di Cassazione ha ontologgizzato una esigenza specifica che è a base della legge, sussumendola in un concetto – l’illiceità della causa – che tradisce, per la sua assolutezza, la *ratio* della legge e conduce ad espedienti discorsivi puramente terminologici per realizzare una misura di giustizia del caso concreto>>[[147]](#footnote-147). E, per l’effetto, stimolare una verifica non puramente astratta e di principio, bensì attenta a valutare le modalità di esercizio dell’autonomia privata dei coniugi nelle trame delle esigenze concrete per verificare se esso sia compatibile – alla stregua del criterio di *ragione* – con quegli obblighi legali (anche, ma non necessariamente, arg. *ex* art. 160 c.c.) che i coniugi possono modulare e regolamentare, fino al limite ultimo costituito dall’inammissibilità della *deroga* (che, invero, con il *regolare* si pone in insanabile incompatibilità[[148]](#footnote-148)), mediante accordi che, sia pure non esplicitamente, conducano ad una sostanziale sottrazione per uno di essi ai predetti obblighi.

A conferma potrà trarsi vigore da ulteriori vicende sottoposte al vaglio dei giudici di legittimità. Pur ribadendosi la generale e tendenziale nullità, per illiceità della causa, di quegli accordi in vista della crisi matrimoniale, <<perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio>>[[149]](#footnote-149) ci si cimenta in una – non convincente, sia pure apprezzabile[[150]](#footnote-150) – ‘attività del distinguo’ per recuperare alla validità (nella regolamentazione degli interessi concreti) alcuni accordi pre-matrimoniali (o in costanza del matrimonio ma) in previsione del divorzio, che i coniugi stipulano al fine di disciplinare l’eventuale fase successiva allo scioglimento del matrimonio. Si è così ritenuto ammissibile, nella persistente[[151]](#footnote-151) vigenza di quel divieto sanzionato con l’illiceità, un patto contenente una *datio in solutum* stipulato (il giorno) prima del matrimonio, per *sistemare* alcune anticipazioni economiche che l’un coniuge aveva effettuato a favore dell’atto, con la previsione di un trasferimento immobiliare[[152]](#footnote-152) sottoposto alla condizione (sospensiva) del (verificarsi dell’evento dedotto in condizione:) divorzio (che, pertanto, non finiva per conformare la funzione genetica del patto), giudicando quell’accordo quale esito della <<libera espressione della … autonomia negoziale>>. Del quale, nondimeno, sia pure con qualche incertezza qualificatoria[[153]](#footnote-153), viene ribadita (per affermarne la validità) l’estraneità <<alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio>>, con ulteriori singolari riflessioni in margine al requisito della *proporzionalità* tra le prestazioni[[154]](#footnote-154) (delle quali sfugge l’individuazione) che dovrebbe assistere (per decretarne la validità) quel patto. Patto che, all’opposto, <<sarebbe sicuramente nullo>> qualora dovesse registrarsi una <<notevole sproporzione delle prestazioni>>, idonea a denunciare la <<causa genetica [matrimoniale] (e il fallimento)>> di quell’accordo, veicolante[[155]](#footnote-155) <<una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi anche in ordine all’assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale>>, senza avvedersi dell’esito curioso[[156]](#footnote-156) cui conduce questo percorso argomentativo. Gli è che, infatti, per un verso, s’afferma che l’accordo in vista del divorzio è nullo sia perché incidente sulla libertà di determinazione del coniuge[[157]](#footnote-157), sia perché si farebbe commercio dello *status* (o, in altre vie, si corrisponderebbe il ‘prezzo’ del consenso al divorzio[[158]](#footnote-158)), ma, per l’altro, in qualche modo, si *sottopone a valutazione economica* questa libertà, sancendo la validità dell’accordo che esprima la proporzionalità tra le prestazioni[[159]](#footnote-159) e la sua nullità se tra queste si rilevasse una <<notevole sproporzione>>, che rappresenterebbe l’indice[[160]](#footnote-160) della (sottesa) pattuizione di una ‘abnorme penale’ per coartare la libera determinazione del coniuge ‘debole’ (economicamente) nella possibile iniziativa intesa a richiedere lo scioglimento del matrimonio[[161]](#footnote-161). Per, infine, rilevare – dopo aver chiarito che il <<fallimento del matrimonio>> si qualifica quale evento condizionante (in termini sospensivi) dell’intervenuto accordo tra coniugi e, dunque, non incidente sulla colorazione della causa del medesimo – che anche l’affermazione in merito alla non mera potestatività della condizione apposta ai divisati accordi, non dipendendo l’evento in essa dedotto <<dalla mera volontà di uno dei contraenti>> e <<considerando … le parti [il divorzio] come fattore oggettivo>>, si dimostra poco convincente se è il diritto positivo (artt. 1, 2 e 3 legge div.) – negando l’indissolubilità del vincolo – ad attribuire al coniuge un vero e proprio (quanto *mero*) diritto potestativo[[162]](#footnote-162) (irrinunciabile e indisponibile[[163]](#footnote-163)). Non condizionando *ça va sans dire* in alcun modo la libera iniziativa di un coniuge nel procedere con l’istanza per lo scioglimento del matrimonio (sì che un eventuale contegno processuale ostruzionistico[[164]](#footnote-164) non potrà che incidere esclusivamente sui tempi, non sull’*an*, di ottenimento del relativo provvedimento), ed escludendosi, al riguardo, qualsiasi valutazione (di merito) rimessa al giudice competente in margine al ricorrere (ed alla valutazione discrezionale) di pretesi presupposti sostanziali[[165]](#footnote-165). Il matrimonio, allora, finisce per costituire il matrimonio l’unico contratto[[166]](#footnote-166) (la cui efficacia *risolutiva* è) sottoposto(a) al (fisiologico, coestensivo ed inderogabile) esercizio del *recesso ad nutum* di una della parti (esprimendo un’elevata densità assiologica per la funzione *esistenziale* rispetto alla quale è servente[[167]](#footnote-167)), insindacabile anche alla stregua della pervasiva clausola della buona fede, rammentandosi, opportunamente – come s’è detto – che nessuno, neppure il legislatore, può obbligare due persone ad amarsi[[168]](#footnote-168); con l’aggiunta *premiale* del diritto a conseguire, nel caso delle verificate condizioni di legge, anche <<*gli stessi vantaggi economici* che … avrebbe assicurato l’adempimento del contratto>>[[169]](#footnote-169).

Se a queste notazioni s’aggiunge che gli sviluppi cui è giunta la dottrina più attenta ha consentito di acquisire: *a)* che altro è la inderogabilità, altro la disponibilità-regolamentare[[170]](#footnote-170) o, in termini più diretti, che i concetti di *indisponibilità* e *inderogabilità* veicolano significati giuridici affatto distinti: se ciò che è indisponibile è anche (e necessariamente) inderogabile, non è vero il contrario, sì che l’inderogabilità ammette, nei confini da essa stessa segnati, che l’azione dell’autonomia privata si manifesti e si espliciti[[171]](#footnote-171); *b)* che lo stesso legislatore, nella norma-principio-fondamento del diritto familiare (art. 144 c.c.), riconosce la piena esplicazione all’autonomia negoziale dei coniugi[[172]](#footnote-172) nella determinazione e fissazione dell’<<indirizzo della vita familiare>> individuando con essa <<la fonte di legittimazione di ogni manifestazione negoziale dei coniugi>>[[173]](#footnote-173), senza, nondimeno, trascurare, nell’evoluzione del dovere di contribuzione (art. 143 c.c.), la necessità che l’accordo venga costantemente adeguato e valutato non solo in termini di liceità, ma anche di meritevolezza[[174]](#footnote-174), con la conformazione che riceve dai valori della solidarietà costituzional-familiare e dell’eguaglianza sostanziale; *c)* che il principio di effettività, nella sua più coerente modulazione non disgiunta dal principio di legalità, consente di eleggere, in ragione delle concrete esigenze di tutela, il rimedio (non solo invalidante) dotato della massima forza performativa in risposta agli interessi che richiedono protezione; *d)* che la buona fede oggettiva, nella registrazione di un’alterazione dei diversi poteri tra le parti, è richiamata al fine di fondare e sviluppare la discrezionalità del giudice alla stregua dei valori costituzionali e dei valori-guida dell’ordinamento storicamente individuato, e la cui decisione sarà, quindi, sottoposta ad una rigorosa valutazione del procedimento argomentativo; *e)* che, in consonanza con autorevole dottrina[[175]](#footnote-175), si deve distinguere l’evento (*id est*: la futura ed eventuale crisi della famiglia) in ragione delle modalità con cui le parti lo hanno accolto nella modulazione giuridica dei loro interessi, tra la *deduzione in obbligazione* (che, pertanto, farebbe penetrare quel medesimo evento nella causa negoziale, inevitabilmente rendendola illecita) e la *ricezione* (sia pure non acritica ed automatica[[176]](#footnote-176)) *in condizione*[[177]](#footnote-177) (che consente allo stesso fatto di essere legittimamente acquisito), riesce allora agevole comprendere che una più accorta visione complessiva al riguardo consentirebbe di aprire nuovi spazi all’autodeterminazione dei privati-coniugi, ispirata al principio di ragione[[178]](#footnote-178) ed una più ponderata valutazione, condivisibilmente auspicata, del grado di impegnatività degli accordi <<per regolamentare in via preventiva i rapporti suscettibili di costituirsi in sede di eventuale separazione personale nonché di successivo scioglimento o di successiva cessazione degli effetti civili del matrimonio>>[[179]](#footnote-179).

1. **Conferme e acquisizioni in tema di autonomia nel rapporto familiare**

Il discorso evocherebbe il ripensamento dell’approccio dell’interprete allo studio dell’autonomia privata se è vero che emerge, da quanto appena riferito, che le diverse soluzioni si formulano in ragione di quell’approccio; e, tuttavia, incamminandosi in questo tragitto la strada condurrebbe ad esiti che non possono essere qui neppure richiamati sia per la specificità del fine cui queste considerazioni tendono ad avvicinarsi, sia per la complessità del tema richiamato. Ma all’un tempo prendendosi coscienza che <<proprio in questo campo [*id est*: quello della *crisi* della famiglia], più che in altri, al giurista si richiede la capacità di saper “navigare” sia nella consueta dimensione dell’esegèsi attenta e spesso laboriosa delle formule normative, sia in quella, più ardua ed impegnativa, della ricerca dei princípi generali>>[[180]](#footnote-180).

Dunque, quel dibattito – abbandonata la preclusione ideologica all’autonomia privata – si sarebbe ragionevolmente convertito: *a)* nell’individuazione dei limiti e/o della conformazione dell’autonomia privata nell’ambito familiare[[181]](#footnote-181), tra istanze di tutela della persona e sviluppo pervasivo della negozialità, nella presa di coscienza che l’autonomia privata in questa materia (sì come nel diritto in generale) non si traduce mai in arbitrio o in puro ed astratto principio di autodeterminazione autoreferenziale, dovendosi sempre comporre con il principio di (auto-)responsabilità e sottoporsi ad un controllo di compatibilità con i valori che sono sullo sfondo della declinazione assiologica dell’ordinamento giuridico; *b)* nelle evocazioni valoriali a fondamento della prima e nei più incisivi richiami[[182]](#footnote-182) alla (non disgiunti dai contrapposti inviti[[183]](#footnote-183) alla cautela verso i fenomeni della) ‘contrattualizzazione’ e ‘privatizzazione’ del rapporto familiare, sebbene, anche qui, la distanza sembra più astrattamente costruita (nella retorica della dialettica) che concretamente verificata se, a quanto consta, mai si è pensato di applicare acriticamente (quanto automaticamente) la logica e la disciplina contrattualistica (pensate e formate sull’idea patrimonialistica dello scambio) al rapporto familiare. Sì come confermano le riflessioni di chi, aprendo alla negozialità ed alla contrattualità del rapporto familiare, precisa che <<[l]a qualificazione in senso contrattuale di questi accordi non dispensa, infatti, ma anzi impone all’interprete di appurare in che misura ad essi debba (*dis*)applicarsi la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nella ricostruzione dello statuto normativo che trova applicazione>>[[184]](#footnote-184) e di chi, nell’opporre un netto rifiuto alla penetrazione della divisata logica patrimonialistica nel settore familiare, conviene che, in ogni caso, <<[n]on s’intende escludere che la disciplina generale del contratto possa, in determinate ipotesi, trovarvi applicazione diretta e analogica, [sebbene] l’estensibilità di tale disciplina non può tradursi in un’acritica trasposizione di nozioni e di categorie create con riferimento esclusivo ai rapporti patrimoniali, [occorrendo] sempre procedere utilizzando un criterio di compatibilità, data la diversità di funzione>>[[185]](#footnote-185); *c)* sulla stessa ricostruzione del modello familiare di riferimento, tra quello legislativo (*id est*: la famiglia) e quello diffuso nella società (*id est*: le famiglie), e che ora ha rinvenuto disciplina formale nella (tormentata quanto discussa approvazione della) riforma delle unioni civili, alla ricerca della possibile individuazione, come accennato, del ‘principio di famiglia’.

Controversia che, nei due corni delle ragioni contrapposte, avrebbe selezionato i relativi coreuti tra i quali, nel più specifico ambito degli accordi prematrimoniali, si sarebbe intrapreso un vivace confronto al fine di giudicarne l’ammissibilità nel nostro ordinamento, tra *inderogabilità* e *indisponibilità* delle (con il limitrofo problema del *regolare* le) situazioni giuridiche (patrimoniali e non) emergenti dal matrimonio (o da altre forme di convivenza), in ogni caso ribadendo che l’esito non avrebbe in alcun modo rimesso in discussione la (acquisita) compatibilità dell’autonomia negoziale[[186]](#footnote-186), sia pure variamente modulata, con la disciplina dei rapporti familiari[[187]](#footnote-187) (nel recepirne *soltanto* il prodotto in termini di *autoregolamentazione degli interessi*[[188]](#footnote-188)ovvero nella più ridimensionata versione della libertà di “iniziativa”[[189]](#footnote-189) o), anche in quei modelli in cui (pur confermandosi il principio di convenienza degli effetti al fatto) massima è l’eteroregolamentazione[[190]](#footnote-190): risultato non più revocabile in dubbio <<sulla scorta della presunta indisponibilità di tutte le situazioni giuridiche soggettive familiari>>[[191]](#footnote-191) ovvero sulla rilevata non <<coincidenza subbiettiva fra titolarità del potere di porre regole da sé e titolarità dell’interesse in funzione del quale le regole sono dettate>>[[192]](#footnote-192).

Convenendosi, senza più eccessivi dibattiti, dapprima in merito alla natura dell’accordo tra coniugi per vivere separati (con ormai pari pacificità[[193]](#footnote-193) anche per quello relativo al divorzio cd. *consensuale*[[194]](#footnote-194), ma per la cui risoluzione in termini di negozialità si rivela decisiva l’osservazione per cui il contributo di eteroregolamentazione non è di per sé idoneo a revocarla in dubbio, dovendosi aver riguardo alla incidenza dell’autonomia sulla modulazione e realizzazione dell’interesse[[195]](#footnote-195)), quale <<uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità del diritto di famiglia>>[[196]](#footnote-196). Dipoi tanto con riguardo all’ammissibilità di convenire la corresponsione *una tantum* dell’assegno di divorzio[[197]](#footnote-197) (art. 5, comma 8, legge divorzio, sì come modificata nel 1987, con l’espressa statuizione dell’immodificabilità mediante la presentazione di una <<successiva domanda di contenuto economico>>[[198]](#footnote-198)), quanto in margine alla possibilità di regolare i rapporti economici tra essi in sede di presentazione congiunta della domanda di scioglimento o cessazione del matrimonio (argomentando dall’art. 4, comma 16, della medesima legge), individuare i principali argomenti da opporre al ragionamento cui la giurisprudenza ricorre per sostenere l’inammissibilità degli accordi in vista del (e quindi soltanto di quelli stipulati *preventivamente*[[199]](#footnote-199) rispetto al) divorzio, sostanzialmente riconducibili ai seguenti: *i)* indisponibilità dello *status* coniugale o l’inammissibilità di ogni contegno inteso al condizionamento del (ovvero dell’assunzione di espresse obbligazioni aventi ad oggetto il) comportamento di una parte nell’elezione del regime economico del divorzio; *ii)* assoluta inderogabilità dei diritti di cui all’art. 160 c.c. e necessario controllo giudiziale; *iii)* inammissibilità della rinunzia all’esercizio di un adeguato diritto di difesa negli esiti giudiziali dei processi aperti per lo scioglimento del matrimonio o di obblighi ed o vincoli intesi ad incidere negativamente sul contegno processuale di una delle parti[[200]](#footnote-200).

1. **Le principali repliche alla giurisprudenza di legittimità**

In merito alla disponibilità delle situazioni soggettive personali emergenti dal rapporto familiare si sono formati diversi orientamenti[[201]](#footnote-201) che, sul fondamento di distinte opzioni assiologiche, concludono in senso diverso tra loro. Nondimeno, si può osservare, nel ribadirsi l’assoluta indisponibilità[[202]](#footnote-202) della *situazione giuridica relazionale* che lega un soggetto ad una determinata comunità istituzionalmente organizzata e rilevante in un dato modello giuridico-sociale (in quanto modo di essere della personalità), che le convenzioni tra coniugi (almeno di quelle che la giurisprudenza ha avuto modo di vagliare), in realtà, non hanno mai avuto ad oggetto gli *status*, bensì la regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali (*rectius*: hanno per contenuto diritti patrimoniali che *derivano* dallo *status*, non lo *status* stesso), anche di quelli post-crisi coniugale che, per evidenti ragioni, si può preferire concludere in una fase in cui i rapporti di convivenza versano in uno stato fisiologico[[203]](#footnote-203). In senso dirimente, si rileverà che il diritto *positivo* attribuisce al coniuge la situazione potestativa (ora non più necessariamente mediata dal canale processuale[[204]](#footnote-204)) di chiedere il divorzio, a fronte del cui esercizio l’altro coniuge non può che trovarsi in una situazione di soggezione[[205]](#footnote-205) (almeno, ma anche soltanto) con riferimento all’esito del giudizio – e di là dalla posizione che le parti assumono nel procedimento medesimo – e rispetto al quale l’esercizio del diritto di difesa (pur ricevendo copertura costituzionale) non può che subirne i necessari aggiustamenti funzionali[[206]](#footnote-206); i quali, se ne devono garantire la più corretta ed effettiva manifestazione, non possono, altresì, consentire di ambire al fine ultimo dell’emissione di un provvedimento giudiziale che non pronunci il divorzio, allorché <<la volontà di un coniuge di sciogliersi dall’unione rende intollerabile la convivenza ed impossibile la ricostruzione della comunione materiale e spirituale>>[[207]](#footnote-207): si deve acquisire, per un verso, che non <<esiste una sola sentenza (anche della stessa Cassazione) che abbia rifiutato o non concesso lo scioglimento del vincolo in presenza della volontà di un coniuge di volerlo sciogliere>>[[208]](#footnote-208) e, per l’altro, dunque, prendersi atto <<della sostanziale *ineluttabilità* dell’effetto dello scioglimento del matrimonio>>[[209]](#footnote-209).

Con riferimento all’art. 160 c.c., vera e propria norma cardine del sistema famiglia, si è riferito[[210]](#footnote-210) come esso vada sottoposto, come ogni disposizione, ad un’interpretazione sistematica che consenta di apprenderne il significato più coerente in ragione di altre norme (artt. 143 e 144 c.c., o a quelle, art. 159-162 c.c., che facoltizzano la scelta del regime patrimoniale mediante la stipula di un’apposita convenzione matrimoniale[[211]](#footnote-211)) e dei principi generali dell’ordinamento giuridico[[212]](#footnote-212), anche in ragione delle diverse situazioni soggettive (patrimoniali e non patrimoniali) che pure si vorrebbero a quel divieto indistintamente sottoposte, avvertendosi che l’art. 160 c.c., nel suo stesso fondamento socio-giuridico, sarebbe collegato all’idea dell’indissolubilità del matrimonio[[213]](#footnote-213). Si dovrà, allora, prendere atto che anch’essa va storicizzata e contestualizzata e, per l’effetto, venuta a cadere questa[[214]](#footnote-214), dovrà sottoporsi ad un’interpretazione sistematico-funzionale anche la disciplina veicolata dalla disposizione in parola[[215]](#footnote-215).

Al riguardo, come già indicato, si è in esso individuata una norma imperativa[[216]](#footnote-216), inderogabile mercé il ricorso all’autonomia privata, in quanto l’assegno di divorzio (che l’accordo prematrimoniale o pre-scioglimento del matrimonio intende, tra gli altri interessi, regolare e modulare) <<rientra pur sempre fra i diritti derivanti dal matrimonio>>[[217]](#footnote-217) ai quali <<i coniugi non possono derogare>> (art. 160). L’impostazione giurisprudenziale per cui l’accordo in vista della crisi coniugale avrebbe <<natura meramente ricognitiva e non negoziale … [in quanto deve] escludersi che l'istituto in esame configuri una ipotesi di divorzio "consensuale", analogo alla separazione consensuale, poiché il giudice non è condizionato al consenso dei coniugi, ma deve verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di scioglimento del matrimonio>>[[218]](#footnote-218) può essere censurata sia per la genericità del suo contenuto, sia per la inconferenza rispetto al dato legislativo[[219]](#footnote-219). Se, invero, si deve ribadire che qualsiasi manifestazione dell’autonomia negoziale dovrà svolgersi (dal profilo negativo) nei *limiti* (non solo di quelli espressi, oltre che conformarsi, dal profilo positivo, ai princípi) che emergono dalla sistematica assiologica dell’ordinamento giuridico (nella legalità costituzionale) ed essere sottoposta al controllo giudiziale di congruenza e conformità ai valori che questo (storicamente) esprime, dall’altro potrebbe rilevarsi – con la voce di pensiero che pure conferma, sia pure per ragioni diverse da quelle addotte dal giurisprudenza, l’inderogabilità dell’art. 160 c.c. – che se a quell’accordo dovesse attribuirsi un’indole meramente ricognitiva[[220]](#footnote-220), <<esso sarebbe evidentemente nullo per impossibilità dell’oggetto>>[[221]](#footnote-221) ed in contrasto logico con quanto affermato dalla medesima giurisprudenza che pure ha sempre limitato la nullità dei divisati accordi a quelli <<intesi a regolare *preventivamente* i rapporti successivi al divorzio>> (in quanto <<l’indisponibilità nel tempo successivo allo scioglimento sarebbe incoerente con la facoltà … di rassegnare già nel giudizio [relativo] conclusioni conformi>>).

Ed alla successiva obiezione per cui <<il divieto stabilito dall’art. 160 c.c. riguarda … solo ed esclusivamente le rinunzie ai diritti od ai doveri nascenti dal matrimonio, e non anche la determinazione secondo autonomia dei rapporti patrimoniali durante la separazione e il divorzio>>[[222]](#footnote-222), sì che ben sarebbe ammissibile (per conseguentemente riconoscersi la validità dei relativi accordi) che i privati stipulino (in adesione ad un principio generale) idonee convenzioni dirette a regolare il contenuto concreto dei diritti e doveri di natura patrimoniale, si è replicato che essa se è ben assestata contro il ragionamento addotto dalla giurisprudenza di legittimità, sopra rammentato, si rileva, per contro, sfocata rispetto all’impostazione che individua nell’art. 160 una norma imperativa[[223]](#footnote-223), posta a presidio dei coniugi, per non illanguidire – e, quindi, tutelare – <<il potere di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che debbono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo>>[[224]](#footnote-224); un diritto irrinunciabile, che sebbene attribuito *per sciogliere* il matrimonio, è pur sempre originante <<in un momento in cui il matrimonio stesso non è sciolto>> (*id est*: derivante dal matrimonio).

Nondimeno, le successive controdeduzioni si sono rivelate decisive e condivisibili.

In primo luogo, sia pure con nomenclatura non sempre coincidente e con esiti tutt’altro che definitivi[[225]](#footnote-225), con indicazione di carattere generale, si è rilevato[[226]](#footnote-226) come l’art. 160 c.c. veicoli una norma (*inderogabile* e) *cogente*, ma non (anche caratterizzata dal quel *plus* che individua la norma) *imperativa* (in ragione del fatto che i concetti di imperatività e inderogabilità non sono sovrapponibili), sì che, nelle limitazioni indicate dalla medesima disposizione, l’autonomia privata coniugale può svolgersi in tutta la sua *programmaticità*, non incorrendo in alcuna sanzione di illiceità della causa per violazione dell’ordine pubblico o del buon costume. E, in una assimilabile prospettiva[[227]](#footnote-227), che pure sovviene a coadiuvare quanto si sta qui argomentando, si apprende che non tutte le norme inderogabili predicano altresì il requisito indefettibile dell’imperatività, giacché si rinvengono ipotesi in cui al cospetto di quelle non si riconnette il riscontro di questa, provando ad individuare nell’*indisponibilità* il comune fondamento delle (o la *ratio* sottesa alle) norme imperative; sì che, a rimanere in questa curvatura interpretativa, l’art. 160 c.c. continuerebbe a veicolare una norma cogente e/o inderogabile, ma non anche imperativa e indisponibile[[228]](#footnote-228), la cui efficacia[[229]](#footnote-229) – per essere portatrice di tutti quei principi costituzionali sottesi al diritto di famiglia – sarà operativa non solo per la fase fisiologica del rapporto familiare[[230]](#footnote-230), ma anche a quella della eventuale e successiva crisi[[231]](#footnote-231). O, ancora, che, in ogni caso, non tutte le norme imperative predicano sempre la conseguenza della nullità[[232]](#footnote-232), distinguendosi tra quelle di cui all’art. 1418, comma 1, che importano *di regola* la nullità e quelle dell’art. 1418, comma 2, che determinano *invariabilmente* la nullità, con l’effetto che in tale argomentare l’imperatività dell’art. 160 sarebbe una sorta di imperatività di *secondo grado*, non necessariamente collegandosi alla sua violazione la sanzione della nullità. Rivelandosi, per i fini che qui interessano, da altra ed opposta prospettiva[[233]](#footnote-233) (coadiuvata anche da alcune decisioni giurisprudenziali[[234]](#footnote-234)), del tutto inconferente il richiamo all’art. 160 c.c., in quanto inerente, evidentemente, a diritti e doveri del (*melius*: che originano, anche funzionalmente dal) matrimonio e <<non anche [al]la determinazione secondo autonomia dei rapporti patrimoniali durante la separazione e il divorzio>>[[235]](#footnote-235), sì che essa non può essere dotata, dall’intervento dell’interprete, di una sorta di ultra-efficacia o di una cd. trans-tipicità[[236]](#footnote-236) in un settore <<che del matrimonio rappresenta … l’esatto rovescio>>[[237]](#footnote-237), finendo per evocare (nel prefigurarne l’ultrattività) un’indissolubilità matrimoniale[[238]](#footnote-238) che più non esiste nel nostro ordinamento.

Del pari censurabile si rivelerebbe quel passaggio che fondasse la nullità[[239]](#footnote-239) degli accordi (patrimoniali) coniugali sulla loro (assunta) natura <<meramente ricognitiva e determinativa dell’obbligo legale>>[[240]](#footnote-240) distinguendo tra atti *conservativi* e *dispositivi*[[241]](#footnote-241): sarebbe sufficiente richiamare, per un verso, lo stimolante dibattito[[242]](#footnote-242) sulla configurabilità di una figura autonoma di negozio giuridico cd. familiare e, per l’altro, l’annoso, antico ed inesaurito (e forse inesauribile) dibattito sulla negozialità del contratto di accertamento[[243]](#footnote-243) (inteso quale concetto autonomo dalla transazione) per giungere ai temi più recenti del negozio modificativo, regolamentare, normativo, procedimentale e di configurazione[[244]](#footnote-244), con i connessi oneri convenzionali ed obblighi (in luogo di diritti ed obbligazioni[[245]](#footnote-245)), del negozio sull’effetto giuridico[[246]](#footnote-246), fino a quello specifico, in tema di convenzioni matrimoniali, dei negozi *determinativi*[[247]](#footnote-247) (del contenuto[[248]](#footnote-248), in ragione degli interessi concreti) degli (inderogabili) obblighi legali[[249]](#footnote-249) (aventi contenuto economico-patrimoniale) o del negozio con ‘causa’ familiare[[250]](#footnote-250) o della piena ammissibilità del contratto[[251]](#footnote-251) senza ulteriore predicazioni, per mettere in *non cale* – e, dunque, respingere – quel diffuso insegnamento che vorrebbe restringere oltremodo l’ambito di esplicazione dell’autonomia privata ovvero rinnegare la manifestazione della negozialità là dove non s’individuasse la costituzione o l’estinzione di (una situazione giuridica, ovvero, in una prospettiva relazionale, di) un rapporto giuridico, per doverla invece riaffermare nella minima unità (necessaria e sufficiente) della efficacia *dispositiva*, *regolamentare*, *configuratoria*, *strumentale* rispetto alla costituzione, trasferimento e/o estinzione di una situazione giuridica (cd. sostanziale e/o finale), individuando nei tratti della programmaticità e, dunque, nel posizionamento, nel mondo del (*rilevante* per il) diritto, di un atto normativo, che costituisce l’essenza stessa della negozialità[[252]](#footnote-252).

Condivisibili, altresì, là dove, più specificamente, anche con richiami all’art. 4, comma 16, della legge n. 898 del 1970 (così come modificata nel 1987), si sottolinea: *i)* l’estrema genericità del contenuto normativo della disposizione, <<e dunque, l’esigenza di determinazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive cui può riferirsi l’inderogabilità>> con essa veicolata, <<in combinato disposto con altre norme e principi dell’ordinamento giuridico>>[[253]](#footnote-253); si aggiunge: *ii)* che <<sarebbe errato intendere l’indisponibilità in termini assoluti>> se è vero che <<trasferimento e rinunzia … non esauriscono l’ambito del potere dispositivo, nel quale rientrano tutte le modalità di esercizio della situazione soggettiva che provocano un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti, e specificamente una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico>>[[254]](#footnote-254) e che con gli accordi tra i coniugi <<non viene derogato ai diritti e ai doveri stabiliti dalla legge, ma vengono invece determinate le entità e modalità concrete per la realizzazione dei suddetti diritti e l’adempimento dei relativi doveri>>[[255]](#footnote-255); si precisa: *iii)* che <<altro … è *derogare* ai diritti e ai doveri che nascono dal vincolo matrimoniale, altro è *regolare* gli stessi dandone una concretizzazione adeguata alle peculiarità che caratterizzano il singolo rapporto>>[[256]](#footnote-256) e che <<dall’indisponibilità di un diritto inderogabile non può farsi discendere la negazione del potere di disposizione in ordine alle modalità di esercizio dello stesso, naturalmente nel rispetto dei limiti imposti dalla stessa *ratio* dell’inderogabilità>>[[257]](#footnote-257); si richiama[[258]](#footnote-258); *iv)*, come accennato, l’art. 4, comma 16 l. div. (cd. richiesta di divorzio su domanda congiunta) quale paradigma positivamente accolto e disciplinato per la regolamentazione degli accordi aventi natura patrimoniale per la fase dello scioglimento del matrimonio[[259]](#footnote-259); si sottolinea: *v)* che – pur nell’assunzione dell’indisponibilità della regolazione in previsione della crisi – si deve prendere atto che l’assegno divorzile è pur sempre rimesso alla richiesta *discrezionale* e *libera* del coniuge[[260]](#footnote-260) (e dunque al principio della domanda[[261]](#footnote-261)), né potrà essere supplita da un comportamento concludente o da un intervento del PM, pure presente nella vicenda, sì che – qualunque sia l’approdo in margine all’ammissibilità di una rinunzia preventiva ad esso[[262]](#footnote-262) – l’atteggiamento silente del coniuge in ogni caso condurrà alla mancata attribuzione (al medesimo) dell’assegno stesso.

1. **La clausola *rebus sic stantibus* e la rinunzia *preventiva* all’assegno di divorzio**

Quanto alla clausola o, per meglio dire, alla presupposizione[[263]](#footnote-263) (insita), o (nella specifica materia) al principio[[264]](#footnote-264) di ordine pubblico[[265]](#footnote-265) (familiare, dunque inderogabile[[266]](#footnote-266)) individuato nel ‘*rebus sic stantibus*’, sotteso (là dove non espressamente previsto) a tutti i negozi e alle convenzioni[[267]](#footnote-267) (ma anche al *giudicato* degli stessi provvedimenti giudiziali[[268]](#footnote-268)) relative al diritto di famiglia[[269]](#footnote-269) e positivamente disciplinato con riferimento alla separazione (art. 155 e 156, ultt. comma, c.c.) ed al divorzio (art. 9, legge div. e 710 c.p.c.; sì che anche un’eventuale rinunzia si avrebbe come improduttiva di effetti), esso rinviene ulteriore fondamento sia nelle regole generali di cui agli artt. 1339 e 1419 c.c.., sia in una rinnovata lettura costituzionale della compatibilità della disciplina del contratto, dovendosi necessariamente procedere ad una funzionalizzazione teleologica[[270]](#footnote-270) della regola (portante un’opposta *ratio*) di cui all’art. 1372 c.c., del principio dell’affidamento[[271]](#footnote-271) e del recesso e/o *ius poenitendi*; oltre che appiglio (sia pure indiretto) nell’inversione di rotta operata dalla giurisprudenza di legittimità[[272]](#footnote-272) che ora (dopo oltre trent’anni) riparametra – confermandone la natura assistenziale – la determinazione dell’assegno divorzile non più (all’ampio e generale contesto economico suggerito d)al ‘tenore di vita’, ma al criterio (decisamente più ridimensionante) dell’*autosufficienza* e/o *indipendenza* economica e/o *bisogno* del coniuge beneficiario. Dunque, riferendolo ai presupposti ed ai parametri richiesti ed idonei a far scattare l’ammissione al gratuito patrocinio[[273]](#footnote-273), trascorrendosi (per l’assegno divorzile[[274]](#footnote-274)) probabilmente (almeno in via tendenziale, e recuperando autorevoli dimostrazioni[[275]](#footnote-275)) dal *mantenimento* agli *alimenti*[[276]](#footnote-276). Inevitabile – sia consentito chiosare al riguardo – l’immediato insorgere di un ampio (ma non nuovo[[277]](#footnote-277)) dibattito, non solo tra giuristi[[278]](#footnote-278), che la decisione ha provocato, tra conferme giurisprudenziali[[279]](#footnote-279) e prime reazioni[[280]](#footnote-280), una repentina[[281]](#footnote-281) proposta di legge[[282]](#footnote-282) di modifica dell’art. 5 della legge n. 898 del 1970 (nella quale si indicano una serie specifica ed equilibrata[[283]](#footnote-283) di criteri di riferimento per la determinazione dell’assegno), audizioni parlamentari[[284]](#footnote-284) e rimessione (pur già, non senza contestazioni[[285]](#footnote-285), negata[[286]](#footnote-286)) alle sezioni unite[[287]](#footnote-287) dell’intera questione dell’individuazione dei presupposti e dei parametri alla cui stregua vagliare l’*an* ed il *quantum* dell’assegno divorzile, evocante, nella sua eco teorica, l’idea che il matrimonio è (non solo) atto, ma è anche rapporto; che il vincolo che origina dall’atto si può sciogliere, ma che il rapporto, nella sua effettività e realità, dovrà permanere nell’orizzonte assiologico.

Nondimeno, risulta ancora oggetto di dibattito la questione relativa alla sua[[288]](#footnote-288) (possibile) derogabilità convenzionale[[289]](#footnote-289), che finisce per ricondursi alla (o, almeno, ad essere decisamente contaminata dalla posizione che si ritiene di assumere in riferimento alla più delicata e complessa) ammissibilità per l’autonomia negoziale di impedire tra i coniugi l’operatività dei pervasivi principi di solidarietà (post-) familiare[[290]](#footnote-290) e di tutela dei diritti fondamentali della persona che a quel principio sono evidentemente sottesi (e che l’art. 9 legge div. *positivamente* veicola); nella pacifica assunzione[[291]](#footnote-291) che la clausola in parola opererà, nella sua efficacia regolatoria, con riferimento (esclusivamente) ai limiti inderogabili di legge ed al canone generale dell’ordine pubblico familiare, dovendosi, all’opposto, ritenere pienamente ammissibile la regolazione affidata all’autonomia privata (quindi, anche convenendo l’immodificabilità dell’accordo) in merito a tutti quei profili di modulazione degli accordi funzionali all’acquisizione di un contenuto sostanzialmente maggiormente vantaggioso (rispetto a quei criteri) per il coniuge debole[[292]](#footnote-292).

In prima istanza, si deve ribadire la vigenza del principio processualistico (ma anche sostanziale) di disponibilità della domanda volta a richiedere (non solo il divorzio, ma altresì) l’assegno divorzile, e che, dunque, il giudice incorrerebbe nel vizio dell’ultrapetizione[[293]](#footnote-293) qualora ne disponesse (attribuendolo, ovvero modificandolo nelle sue componenti economiche) parimenti a vantaggio della parte che (eventualmente beneficiaria) non l’avesse espressamente richiesto.

Da ciò, tuttavia, non potrà automaticamente dedursi il corollario che parificasse la rinunzia preventiva al (diritto alla percezione del)l’assegno divorzile alla mancata sua domanda in sede (stra e) giudiziale, sovrapponendo l’*atto negoziale* al *comportamento* (neutrale e silente) tenuto del soggetto, l’attività negoziale all’inerzia processuale. Al riguardo si deve qui convenire con l’impostazione che, convincentemente richiamando la diversità concettuale tra ‘rinunzia’[[294]](#footnote-294) (quale manifestazione del potere negoziale) e ‘mancato’ e/o ‘non esercizio’[[295]](#footnote-295) del diritto[[296]](#footnote-296) (anche in sede giudiziale, così risistemando incerte soluzioni[[297]](#footnote-297) propense a distinguere tra disponibilità processuale e indisponibilità sostanziale), afferma[[298]](#footnote-298) – anche in ragione della ribadita natura assistenziale dell’assegno divorzile, che oggi, sebbene confermata, appare più ridimensionata nei parametri di riferimento strumentali alla sua determinazione quantitativa[[299]](#footnote-299), rapportandosi alle più essenziali esigenze di vita, e così trascorrere dal ‘tenore di vita’ al criterio dell’ ‘indipendenza economica’ – per un verso, l’inammissibilità di una rinunzia[[300]](#footnote-300) (preventiva, formale e definitiva) all’assegno di divorzio[[301]](#footnote-301) ovvero al potere di richiedere (salva l’ipotesi dell’assegno *una tantum*) un suo successivo adeguamento (o anche la sua successiva prima richiesta[[302]](#footnote-302)), nel caso in cui si registrassero quelle sopravvenienze e si verificassero quelle circostanze che l’art. 9, legge div. individua quali presupposti di attivazione della relativa domanda; per l’altro, che il ‘mancato esercizio’ (del diritto a richiedere l’assegno), antecedente e/o contestuale alla sede divorzile, non importa rinunzia[[303]](#footnote-303) (sia pure tacita ovvero implicita) al diritto di richiedere l’assegno o (nel caso in cui esso fosse stato corrisposto) alla sua successiva (sempre possibile) revisione. Altro è la *rinunzia*, quale espressione dell’autonomia negoziale, sulla quale l’ordinamento può incidere limitandone la relativa libertà di manifestazione, in ragione di determinanti interessi in conflitto con quello ad essa (pure) sotteso; altro il *comportamento* (silente[[304]](#footnote-304), neutrale ed inerte) di chi, titolare di un diritto, non s’attiva (*id est*: onere), non necessariamente per le vie giudiziarie, per la tutela degli interessi che quella titolarità consente di conseguire. D’altra parte, se la prima produce la perdita (sia pure non l’estinzione) del diritto (*melius*: del rapporto), il secondo consentirà sempre – salvo il limite positivo della prescrizione e quello ermeneutico della *verwirkung*[[305]](#footnote-305) – di attivarsi successivamente per l’esercizio del diritto. Curvatura argomentativa che intercetta – con ragionamento assimilabile – il rilevato <<fraintendimento … [che] sta nella confusione tra la *disponibilità della norma civile* e *disponibilità convenzionale* di diritti dichiarati inderogabili>>[[306]](#footnote-306), se è vero che <<altra cosa è la mancata proposizione dell’azione giudiziale, altra cosa è la rinunzia convenzionale al diritto>>.

Rimane, peraltro, la salvezza della (*sola*) ipotesi (espressamente prevista[[307]](#footnote-307)) in cui la prestazione divorzile viene, con accordo espresso[[308]](#footnote-308) tra i coniugi, liquidata in via definitiva ed erogata *una tantum* e previa necessaria ed insuperabile valutazione di equità da parte del giudice[[309]](#footnote-309). In questo caso, infatti, è espressamente disciplinata[[310]](#footnote-310) (art. 5, comma 8, legge div.) l’efficacia preclusivo-estintiva[[311]](#footnote-311) (adeguatamente ri-equilibrata dall’intervento giudiziale diretto a verificarne, nel merito, la corrispondenza del contenuto ad equità) per il coniuge beneficiario di proporre una successiva domanda di integrazione dell’assegno che, di contro, in tutte le altre ipotesi dovrà ritenersi indisponibile dall’autonomia negoziale dei coniugi (sì che la domanda di revisione dell’assegno potrà essere coattivamente veicolata nell’accordo coniugale – modificandone il contenuto –, quand’anche questo ne escludesse il relativo potere di richiesta, al mero verificarsi, con un’analisi condotta in termini rigorosi, delle necessità della integrazione ai sensi dell’art. 9, legge div.).

Si è discusso, ritornando alla clausola *rebus sic stantibus*, di efficacia negoziale in senso *debole*[[312]](#footnote-312), nella cui formula la predicazione è all’un tempo idonea a confermare e specificare la *peculiare* negozialità dell’accordo, senza che il richiamo all’art. 1372 (la cui rigidità dispositiva è da tempo vigorosamente ripensata in una al principio di indipendenza delle sfere giuridiche nella legalità costituzionale[[313]](#footnote-313)) possa rivelarsi determinante nel tentativo di negarne la dichiarata indole, consapevoli del rilievo per cui il contesto valoriale ed esistenziale – in cui l’accordo divorzile è, per sua intrinseca natura, destinato a svolgersi – sarà idoneo ad incidere assiologicamente sulla declinazione della regolamentazione di interessi affidata a quell’accordo, accertandone le modalità di espressione. Confermandosi allora che la modulazione dell’efficacia in ragione di eventi (e/o circostanze di fatto) sopravvenuti non contraddice la natura negoziale dell’accordo e che quel principio dovrà rimodularsi in ragione dello specifico ambito familiare in cui è destinato ad applicarsi. Sì che, come bene s’è detto, <<mostra troppo se in ess[o] voglia leggersi un’opzione normativa che devalorizza in radice l’impegnatività di ogni vincolo convenzionalmente assunto e, conseguentemente, suggerire che non v’è spazio per l’autonomia privata nel diritto di famiglia. Ma è troppo poco, se si vuol dire che, com’è proprio di tutti i contratti di durata, il programma contrattuale divisato dalle parti è suscettibile di revisione a fronte di eventi non originariamente previsti e sopravvenuti>>[[314]](#footnote-314).

1. **Spazi e aperture per la diffusione degli accordi in vista del divorzio nella contemplazione del controllo giudiziale**

Sembra ripetersi, con riferimento agli accordi in vista del divorzio, quel medesimo percorso giurisprudenziale registrabile in merito alla vicenda del patto commissorio: dopo alterne vicende (prospettive di apertura, di successiva chiusura, fino ai tempi attuali in cui si è pervenuti ad un approccio più equilibrato), tra interpretazioni restrittive e prospettive invasive, con svariati recenti interventi legislativi ed altrettanto puntuali arresti giurisprudenziali sembra essere stato sostanzialmente schlerotizzato (e, dunque, non più soggetto alla penetrante e diffusa nullità *ex* art. 2744 c.c.) dalla compresenza di un patto marciano che veicoli, controlli e consenta di accertare (giudizialmente e caso per caso) la congruità e proporzionalità tra le prestazioni, anche nella prospettiva della *par condicio creditorum*[[315]](#footnote-315). Al pari dell’ammissibilità degli accordi pre-matrimoniali che, invero, se non ci s’inganna, la giurisprudenza (dopo cauti atteggiamenti di apertura, rigide chiusure e nuovi timidi tentativi di riequilibramento) ha spesso finito – di là dalle (astratte) declamatorie di nullità e dagli annunci ideologici a tutela della libera autodeterminazione del coniuge – per accoglierli, là dove, in esito all’indagine dei profili concreti che tratteggiano assiologicamente la vicenda, si verificasse che essi contemplino prestazioni ed obbligazioni congrue e proporzionate[[316]](#footnote-316) (nell’acquisizione del compiuto *revirement* in margine – non tanto all’individuazione della, sia pur non indiscussa, natura assistenziale, bensì – ai rinnovati criteri di attribuzione e dei parametri di determinazione – cd. ‘autosufficienza economica’ in luogo del ‘tenore di vita’ – alla cui stregua riparametrare l’assegno divorzile[[317]](#footnote-317)), anche in ragione di <<un crescente impegno di giustizia verso il familiare debole>>[[318]](#footnote-318). Ovvero verificarne l’ammissibilità sempreché non escludano (anche implicitamente) il (potere di attivare, facendone espressa richiesta[[319]](#footnote-319), il) controllo giudiziale[[320]](#footnote-320), da condursi (con rinnovato impegno e sapiente ricorso ad elementi presuntivi e attenuazioni dei carichi probatori per il coniuge debole) alla stregua di quei medesimi parametri e, con una più proficua incidenza reclamata dal contesto familiare di riferimento, nella rassicurante linea tracciata dalla solidarietà costituzionale e dalla ragionevolezza che (anche) a questa impostazione concede, nella vicenda applicativa, rinnovato vigore e funzionale flessibilità. Ciò al fine di giudicarne anche una possibile e successiva *integrazione* (sia pure eteronoma, a rimanere in una lettura tradizionale; ma di sviluppo, in più convincenti prospettive evolutive, della specificità dell’ambito familiare[[321]](#footnote-321) in cui dovrà compiersi la massima realizzazione della persona), acquisendone *soltanto* in concreto, di volta in volta ed in esito ad una congruente valutazione, la sostanziale ammissibilità e la *ragionevole* (oltre che *razionale*) validità nella curvatura assiologica della tutela del coniuge-debole[[322]](#footnote-322).

Controllo giudiziale che, ove espressamente richiesto su iniziativa di uno dei coniugi, potrà attivarsi per la (dovuta) verificazione (e la misura) in concreto (anche) per le convenzioni (*rectius*: i *procedimenti*) di negoziazione assistita”[[323]](#footnote-323): sebbene nulla sia indicato al riguardo, anche queste rinnovate espressioni della negozialità[[324]](#footnote-324) dovranno svolgersi alla stregua del canone generale della buona fede (espressamente richiamato dall’art. 2, comma 1, l. n. 162/2014) ed essere sottoposte[[325]](#footnote-325)(anche mercé il pervasivo ruolo che la legge affida agli avvocati[[326]](#footnote-326)) a limiti sostanziali, a norme imperative, tra le quali l’art. 156 c.c. e l’art. 5, comma 6, l. div., ed al principio (del costante adeguamento degli effetti alla mutevolezza delle situazioni personali-economiche dei coniugi) di cui all’art. 9, l. div., oltre a tutte quelle disposizioni inderogabili del *sistema-famiglia* compendiate nell’ordine pubblico familiare, nell’orizzonte più penetrante di una *giustizia sostanziale* (nella formazione e del contenuto) dello statuto negoziale della crisi della relazione di coppia. Aggiungendosi, soltanto, che con esse le parti potranno accedere allo scioglimento del matrimonio (senza introdurre un percorso giurisdizionale specifico e senza, quindi, la necessità della pronuncia di una sentenza del Tribunale, pur tenendo luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali[[327]](#footnote-327)), determinarne le condizioni e modulare i rispettivi interessi, nello svolgimento equilibrato (*id est*: *assistito*) e consapevole dell’autonomia negoziale, in una alla più effettiva verificazione[[328]](#footnote-328), alla stregua dei canoni di lealtà, collaborazione e buona fede, del *duty of full disclosure*. Nel costante orizzonte dell’equilibrio e della proporzionalità del contenuto negoziale[[329]](#footnote-329) (i cui diversi elementi di complessiva composizione potranno essere concretamente sottoposti al vaglio giudiziale, al fine di verificarne l’equità ovvero ricondurlo a questa, se eventi sopravvenuti avessero inciso su di esso modificandone sostanzialmente i valori sui quali si fondava) e per il quale, le effettive modalità applicative e di concretizzazione, potrebbero rinvenire sia nell’art. 5, comma 8, l. div., sia nella solidarietà post-coniugale, sia nella promozione dei valori generali dell’ordinamento, inteso nella sua unitarietà (specialmente emergenti nell’ambito del contratto sotto le spinte promozionali provenienti non soltanto del diritto europeo), il meditato *leitbild* <<idoneo ad orientare la discrezionalità del giudice chiamato a ricostruire la regola del caso concreto>>[[330]](#footnote-330).

D’altra parte – e così immaginando di poter riuscire nel tentativo di far convergere le opposte posizioni che continuano a registrarsi, verso una più condivisa prospettiva ricostruttivo-applicativa, all’un tempo evidenziandone gli equivoci sottesi, i significativi margini di avvicinamento e fugando i pur evocati rischi della *privatizzazione* del diritto di famiglia – a <<questi atti … non si richiede altro che l’elaborazione di un autoregolamento in grado, per la sua intrinseca equità [e tensione, in conformità ai principi generali dell’ordinamento costituzionalmente orientato, alla giustizia sostanziale[[331]](#footnote-331)], almeno di mitigare il trauma connaturale alla fine dell’esperienza comunitaria>>[[332]](#footnote-332). Con una attenta e più confacente sensibilità all’equilibrio del contenuto negoziale ed alla modulazione dell’apparato rimediale (anche mediante il controllo giudiziale[[333]](#footnote-333)) che a questa prospettiva deve conformarsi, conseguendo, almeno, il risultato minimo di garantire la <<libertà dal bisogno>>[[334]](#footnote-334) del coniuge divorziato[[335]](#footnote-335). In una alla più accorta linea culturale che sapientemente si muove a cavallo del contratto e del torto nella convincente curvatura dell’*effettività delle tutele*, al fine di scansare[[336]](#footnote-336) le rigidità individuate nella pretesa (indeclinabililità o inevitabilità dello strumento della) nullità (almeno di quella assoluta[[337]](#footnote-337)) ed intercettare la più performativa *materializzazione*[[338]](#footnote-338) delle tutele a protezione degli interessi che il caso concreto, nella rilevazione delle disparità fra i coniugi (che dovranno esaurirsi nella verifica dell’autosufficienza economica), impone di considerare[[339]](#footnote-339).

Senza che, allora, nessuna ulteriore utilità potrà recuperarsi al dibattito, ancora in essere, che s’attardasse a riflettere sull’astratta e generale ammissibilità degli accordi in previsione della fine del vincolo familiare e nell’acquisizione che i profilati esiti possano, nel rispetto delle assai diverse realtà socio-culturali sottese alle *famiglie* (intese *soltanto*, ma anche *definitivamente*, quale consorzio dello ‘stare insieme’, nelle quali dovrà ambirsi al raggiungimento tendenziale del primario valore della realizzazione della personalità dei suoi componenti), diffondersi in un condiviso orizzonte assiologico.

Non resta che auspicare[[340]](#footnote-340), nell’ideale riconduzione all’autorevole pensiero di Arturo Carlo Jemolo[[341]](#footnote-341) e nell’accoglimento dello *spirito* sotteso alle diverse proposte di modifiche legislative variamente avanzate[[342]](#footnote-342), un più convincente intervento della Cassazione con il quale – più realisticamente (e coerentemente) nel prendere atto dei risultati concreti cui essa stessa è ripetutamente pervenuta[[343]](#footnote-343) nella ragionevolezza delle tutele e nella promozione assiologica del caso concreto, con un incidente effetto deflattivo[[344]](#footnote-344) – potranno essere definitivamente ripudiate le linee astratte di chiusura alla ricezione (nel nostro ordinamento) degli accordi in vista della crisi coniugale, che potranno essere così sdoganati (anche) *formalmente* dall’area del divieto (e, dunque, dell’illiceità) nella quale sono stati finora ricacciati. Per intraprendere un più significativo, evolutivo e fecondo confronto[[345]](#footnote-345) tra gli interpreti, in una rinnovata e (ormai) maturata prospettiva del procedimento, *romanianamente* inteso[[346]](#footnote-346) (e, dunque, non solo come *teoria*, ma anche come *metodo*), e della *procedimentalizzazione* della regola negoziale[[347]](#footnote-347) (in funzione di una più consapevole proposizione e *misurazione* delle tutele). Interpreti che – meditatamente avvertiti della <<nefasta prospettiva>>[[348]](#footnote-348) di una <<mercantilizzazione>>[[349]](#footnote-349) (del diritto) della famiglia e della rilanciata sfida al suo rinnovamento etico, pur senza rinnegare (nella mutevolezza dell’enunciato legislativo) le istanze promosse dalla ‘teoria dei valori’ sui quali si fonda il sistema – dovranno sviluppare una più spiccata sensibilizzazione alla tutela effettiva degli interessi che in essi si agitano, per recepirne un’accorta ed equilibrata sintesi nella regola negoziale, in un momento storico in cui per gli stessi tradizionali e rassicuranti formanti e categorie ordinanti dell’ordinamento non è più procrastinabile il confronto con nuovi modelli di decisione, più rispondenti alle evolutive istanze di disciplina e alla mutevole coscienza sociale che nell’ambito delle relazioni familiari è particolarmente incidente, al fine di un necessario, costante aggiornamento valoriale del diritto *positivo* alla realtà *effettiva*.

Se è vero il diritto non potrà (e) mai (dovrà) regolare gli *affetti* tra le persone, non potrà, di contro, non accogliere – nell’acquisizione di un più convincente coordinamento tra *sein* e *sollen*, tra fatto (che è già anch’esso portatore di un valore) e valore (che esprime il criterio ultimo nel giudizio di compatibilità e nella *valutazione*) – una più intensa stagione della maturazione costituzionale dell’autonomia privata nella regolazione degli *effetti* del suo esercizio (il posizionamento della regola, espressione del potere di autodeterminazione) e degli *effetti* del prodotto (la modulazione delle conseguenze della regola), anche in un settore in cui le situazioni patrimoniali sono conformate da quelle esistenziali e relazionali tra le persone che intraprendono una convivenza senza i miraggi dell’eternità.

Si potrà allora condividere che <<il ruolo della civilistica deve tendere responsabilmente a recuperare il punto di equilibrio fra enunciati ed esperienza, senza pretendere di appiattirsi sugli uni, ma senza neppure tentare di forzare l’altra>>[[350]](#footnote-350), in una condivisa linea di condotta, culturale e di pensiero, che se dovrà procedere senza slanci eccessivamente (quanto inutilmente) *liberizzatori*, dovrà del pari liberarsi, senza astratte nostalgie, delle categorie o dogmi che, con il progredire dei tempi e della società, potrebbero non rivelarsi più idonei ad intercettare i concreti interessi delle persone e, dunque, smettere quel ruolo primario ed improrogabile (che è a loro proprio) di strumento di conoscenza (non già di conoscenza in sé).

rosario franco

1. G. Gilmore, *La morte del contratto*, trad. it. di A. Fusaro, Milano, 1988. In realtà la morte del contratto non è celebrata neppure dal suo autore come emerge dalla lettura delle appassionate pagine del contributo e come conferma, nel saggio introduttivo al volume, G. Alpa, *Il contratto tra passato e avvenire*, *ivi*, p. XI ss.; nonché R. Sacco(-G. De Nova), *Un passaggio obbligato: il declino del contratto*, in Id., contratto, Torino, 2004, I, p. 42 ss. [↑](#footnote-ref-1)
2. D. Cooper, *La morte della famiglia*, trad. it., Milano, 1972 [↑](#footnote-ref-2)
3. M.L. Ghezzi, *Le ceneri del diritto. La dissoluzione dello Stato democratico in Italia*, Milano, 2007 [↑](#footnote-ref-3)
4. Aa Vv., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009 [↑](#footnote-ref-4)
5. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010 [↑](#footnote-ref-6)
7. G. BalladorePallieri-P. Calamandrei-G. Capograssi-F. Carnelutti-G. Delitala-A.C. Jemolo-A. Ravà-G. Ripert, *La crisi del diritto*, Padova, 1953 [↑](#footnote-ref-7)
8. A. Catania, *La metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Roma-Bari, 2008 [↑](#footnote-ref-8)
9. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, con saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky, Roma-Bari, 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015 [↑](#footnote-ref-10)
11. F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss., spec., 512; il quale successivamente, in esito alla promulgazione della legge Cirinnà, in Id., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Juscivile*, 2017, p. 157 ss., afferma che <<la disintegrazione della famiglia, spogliata del suo ancoraggio istituzionale, appare nella sua drammatica nudità>>; V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 211 ss. [↑](#footnote-ref-11)
12. Valori e principi della Carta Costituzionale, della Convenzione ei diritti dell’Uomo e di quelli della Carta dei diritti fondamentali dell’UE (c.d. Carta di Nizza).

Lo rilevano, altresì, C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 535 ss., spec., 543, il quale, difatti, afferma: <<non si può pensare, e io personalmente non penso, che si possano affrontare temi come quelli della famiglia, delle unioni civili, dei diritti dei bambini (un profilo, quest’ultimo, davvero trascurato nel dibattito di queste settimane) senza un aperto confronto sui valori>>; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss., spec., 224: <<[n]on può dubitarsi, credo, che in questa materia le scelte dell’interprete siano profondamente condizionate dalle convinzioni culturali ed ideologiche di ciascuno, delle quali mi pare preferibile fare aperta professione, piuttosto che cercare conferme nelle pieghe del dettato normativo e nell’esegesi letterale>>; P. Zatti, Familia, familiae – *Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss., spec., 16, ove si afferma che il diritto della famiglia non può rinunziare ad una precisa connotazione assiologica; F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., p. 515 s.

Di <<crisi morale>> discute F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., p. 514; dell’esigenza di una <<rinnovata fondazione etica del diritto>> discute C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 544 [↑](#footnote-ref-12)
13. N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Il ruolo della civilistica italiana nella costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 431 ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 845 ss., spec., 846 [↑](#footnote-ref-14)
15. U. Majello, *Relazione introduttiva*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli, 175, p. 8; adesive e dense le riflessioni di C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 535 ss., 544, al quale si rinvia anche per i riferimenti critici al relativo dibattito [↑](#footnote-ref-15)
16. A.C. Jemolo, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 398 ss., spec., 408 [↑](#footnote-ref-16)
17. C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 543 [↑](#footnote-ref-17)
18. L’immagine dello specchio è tratta da P. Zatti, Familia, familiae – *Declinazioni di un’idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., p. 39; e, in senso, opposto, F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., p. 517.

In tema, altresì, V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 224 ss. [↑](#footnote-ref-18)
19. N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 434 [↑](#footnote-ref-19)
20. G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 69 ss.; ora ribadita da M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1306 ss., spec., 1311 [↑](#footnote-ref-20)
21. Ad esempio si cfr., A. Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 53 s.; e P. Perlingieri, *La famiglia senza matrimonio tra l’irrilevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima*, *ivi*, p. 147 [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1605 ss.; Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 70, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 ss., con nota di commento di A. Lorenzetti-A. Schuster, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l’astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans* (p. 1152 ss.); Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p.777 ss., con commento di M. Azzalini, *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale* (p. 780 ss.); Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2015, I, p. 629 ss., con commento di T. Auletta, *Ammissibilità nell’ordinamento vigente di un matrimonio fra persona dello stesso sesso* (p. 654 ss.) [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04; Corte EDU, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 918 ss., con nota di L. Lenti, *Prime note a margine al caso Oliari c. Italia* (p. 983 ss.), ove si sanziona espressamente l’Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia [↑](#footnote-ref-23)
24. F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., p. 157 ss., il quale riconosce alla <<nascente riforma del diritto italiano della famiglia>> l’aspirazione <<ad affrontare organicamente e, finalmente, risolvere il problema della difficile integrazione delle fonti>> e, nel condividere il pensiero di autorevole insegnamento (V. Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’Unità d’Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1307 ss. (seconda parte), spec., 1317 del successivo virgolettato riportato nel riferire il pensiero di Busnelli), conviene con <<la virtuosa conciliazione tra la conferma della “posizione di particolare privilegio a favore della ‘*famiglia fondata sul matrimonio*’ riservatole dall’art. 29, comma 1, Cost.” con le altre ‘realtà familiari’, che “non sono trattate come *deviazioni*, bensì come situazioni aventi titolo – all’interno dell’appartenenza al comune *genusfamiliae …* all’attribuzione di corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi”>> (p. 183, con corsivi e virgolettati originali); ma con riferimento al prefigurabile <<definitivo abbandono delle “architetture costituzionali” che hanno fatto della famiglia disegnata dalla nostra Costituzione un *unicum* nel panorama europeo>> auspica <<che una così significativa vicenda storica – che sancirebbe apertamente il passaggio dal personalismo-solidarismo al “soggettivismo della modernità dei diritti dell’uomo” … fosse contrassegnata dal ricorso allo strumento legislativo della revisione costituzionale>>; il quale, ancora, sia pure in un tempo anteriore alla novella del 2016 (F.D. Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., p. 515 s.) pure scriveva: <<[s]arebbe un falso controllo – o, meglio, un non controllo – quello di un diritto (scritto o anche solo “vivente”) che delegasse all’esperienza una sorta di legittimazione sociale all’autocontrollo, per poi recepirne supinamente le risultanza e le conseguenti tipizzazioni. Ridurre il proprio compito a “confermare la realtà sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa” significa, in ossequio al c.d. principio della neutralità del diritto, rifugiarsi in quella che ben è stata definita “una ideologia dell’indifferenziato”>> (le virgolette riportano nell’originale il pensiero di L. Mengoni, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d’Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, in *La famiglia alle soglie del III Millennio*, a cura di E.W. Volontè, Lugano, 1996). Ai due scritti si rinvia anche per una trattazione puntuale dello stato attuale del pensiero della dottrina, non solo, italiana; cfr., altresì, P. Schlesinger, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, cit., p. 845 s., il quale osserva come si riveli <<attuale l’immagine più volte e con varie formule descritta – si pensi per tutti a Jemolo – di un diritto positivo perennemente costretto, in questa materia, a seguire il procedere discontinuo e non lineare, ma non arginabile dall’atto di volontà del legislatore, dei fenomeni sociali>> [↑](#footnote-ref-24)
25. R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, in *I contratti*, 2016, p. 582 ss., spec., 584 [↑](#footnote-ref-25)
26. Legge 20 maggio 2016, n. 76 [↑](#footnote-ref-26)
27. V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 211 ss. [↑](#footnote-ref-27)
28. F.D. Busnelli, *Unicità o pluralità dei modelli familiari?* Relazione al Convegno di Verona del 1996

Sul punto le importanti riflessioni di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 933 ss. [↑](#footnote-ref-28)
29. Sulla quale la significativa sintesi di M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 868 ss.; la cui capacità semantica ora, in seguito alla riforma della filiazione, è maggiormente ridimensionata, in accordo con M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss. [↑](#footnote-ref-29)
30. P. Zatti, Familia, familiae – *Declinazioni di un’idea. I. la privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., p. 9 ss.; Id., *La famiglia: alle radici di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1066 ss.; S. Rodotà, *Presentazione*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra* status *e contratto*, a cura di F. Grillini-M.R. Marella, Napoli, 2001, p. XIV, il quale discute di <<polisemia degli stessi termini “sposarsi” e “famiglia”, prima strettamente associati>>; U Mattei, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.*, 1994, IV, p. 223 ss., il quale rileva come la relazione di cui nel testo sia <<un modello culturale assolutamente contingente e assai minoritario nell’organizzazione umana>>; V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 211 ss. [↑](#footnote-ref-30)
31. R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., p. 1066 ss. [↑](#footnote-ref-31)
32. C. Salvi, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 537 [↑](#footnote-ref-32)
33. È formula che l’autorevole allievo V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 211 ss., spec., 222 ss., prende a prestito dal pensiero del Maestro Salvatore Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in Id., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 [↑](#footnote-ref-33)
34. O, in altro insegnamento, <<*modello-modale*>>: V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 217 ss., ove l’altresì si legge che la famiglia *legittima*<<ha cessato di porsi quale indice automatico o criterio per sé stante di *disvalore* di situazioni o rapporti di tipo familiare costituitisi al di fuori dello [suo] schema o del [suo] modello>> [↑](#footnote-ref-34)
35. A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, n. 38, 1948 [↑](#footnote-ref-35)
36. F.D, Busnelli, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, cit., p. 529, sebbene nella prospettiva sostenuta dall’autore l’isola centrale dell’arcipelago rimane il modello di famiglia fondato sul matrimonio [↑](#footnote-ref-36)
37. Come emerge anche in M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1317 s. [↑](#footnote-ref-37)
38. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; Id., *Un contratto <<incalcolabile>>*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17 ss.; ora raccolti in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim* [↑](#footnote-ref-38)
39. V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 215 ss.; Id., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall’Unità d’Italia ad oggi*, cit., p. 1061, il quale, in seguito all’ <<impostazione pluralista e funzionale alla bas delle più recenti prese di posizione della Corte di Strasburgo e Lussemburgo>>, individua nel *rapporto* <<il fulcro gravitazionale>> della famiglia, <<il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-sociale famiglia>>; M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1312 s. il quale esorta a prendere atto della crescente <<attenzione alla “causa funzionale” rispetto alla “causa genetica”>> [↑](#footnote-ref-39)
40. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 230 (corsivo originale); Id., *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione persone dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1320 ss.; M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1312 s. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sul punto le ficcanti considerazioni di M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1306 ss. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ancora, M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1306, corsivo originale; cui *adde*, M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss. [↑](#footnote-ref-42)
43. Così, sia pure scetticamente, N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 435 s. nel replicare allo stimolante, provocatorio interrogativo posto da V. Scalisi, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., p. 3 ss., spec., 8 ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ancora V. Scalisi, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., p. 9, anche per i successivi virgolettati (corsivi originali), il quale aggiunge che è necessario <<recuperare quell’indispensabile tratto unitario, comune ai diversi modelli>>; diversamente, <<la pluralità è destinata a divenire solo atomizzazione dispersiva e varietà dissolvitrice>> (p. 9) [↑](#footnote-ref-44)
45. V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 224 ss. [↑](#footnote-ref-45)
46. M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1318 [↑](#footnote-ref-46)
47. S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89 ss. [↑](#footnote-ref-47)
48. V. Scalisi, *La <<famiglia>> e le <<famiglie>>*, cit., p. 225 [↑](#footnote-ref-48)
49. R. Giampietraglia, *Il principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato,* a cura di M. Nuzzo, I, Torino, 2014, p. 329 ss. [↑](#footnote-ref-49)
50. G. Furgiuele, *L’art. 2 e il diritto alla famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 203 ss.; o anche a <<più famiglie *legittime*>>: M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295 (corsivo originale) [↑](#footnote-ref-50)
51. C.M. Bianca, *Il familiare debole: l’impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., p. 87 ss., spec., 90 [↑](#footnote-ref-51)
52. Così, invece, A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 221, là dove ritiene incompatibile una visione che esalti la dimensione del ‘consorzio’ familiare con la promozione in esso dell’autonomia privata dei coniugi, imputando alla impostazione censurata di trarre <<dall’interpretazione sistematica … un divieto preterlegale, presidiato, con la tecnica della nullità virtuale, dall’invalidità degli accordi conclusi al di fuori delle fattispecie tipiche>>; discute di <<ribaltamento dell’assetto tradizionale della materia a proposito del *ruolo dell’autonomia privata*>>: M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1307 (corsivo originale), [↑](#footnote-ref-52)
53. Nel testo si farà, anche per comodità espositiva, riferimento *indistintamente* alle formule ‘autonomia privata’ e ‘autonomia negoziale’, consapevoli delle distinzioni che in dottrina tra essi si sono acutamente messe in rilievo: C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 497 ss. [↑](#footnote-ref-53)
54. Una densa sintesi e la proposizione di stimolanti riflessioni in G. Cattaneo, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell’ultimo quarantennio*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., p. 95 ss.; G. Furgiuele, *Libertà e famiglia*, cit., *passim* [↑](#footnote-ref-54)
55. Diversamente, M. Gilberti, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss., ove si sostiene che <<il nostro legislatore resta ancorato all’atavica, seppure autorevolissima impostazione dello Jemolo, secondo la quale “il diritto di famiglia è quell’isola che il diritto può solo lambire”>> [↑](#footnote-ref-55)
56. A.C. Jemolo, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, p. 564 [↑](#footnote-ref-56)
57. N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 438 s., il quale prosegue: <<[c]erto, se il parametro di raffronto è quello offerto dallo schema culturale che appartiene alla nostra storia personale, la risposta può essere tranquillamente negativa. Ma se invece il criterio di giudizio è legato alle modalità concrete di svolgimento dei rapporti, al paradigma di famiglia così come ci appare, al di là di ogni riscontro presso i registri dello stato civile, nella concretezza delle relazioni sociali, la risposta non può che essere positiva>> [↑](#footnote-ref-57)
58. Legge n. 1° dicembre 1970, 898 poi modificata dalla legge 6 marzo 1987, n. 74 [↑](#footnote-ref-58)
59. Legge 19 maggio 1975, n. 151 [↑](#footnote-ref-59)
60. Legge 22 maggio 1978, n. 194 [↑](#footnote-ref-60)
61. Legge 19 febbraio 2004, n. 40 [↑](#footnote-ref-61)
62. Legge 4 maggio 1983, n. 184 [↑](#footnote-ref-62)
63. Legge 28 marzo 2001, n. 149 [↑](#footnote-ref-63)
64. Legge 8 febbraio 2006, n. 54 [↑](#footnote-ref-64)
65. Legge 10 dicembre 2012, n. 219, poi innervato dal D. Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 [↑](#footnote-ref-65)
66. Legge 25 marzo 1985, n. 121 [↑](#footnote-ref-66)
67. Legge 4 aprile 2001, n. 154, poi aggiornata dalle legge 6 novembre 2003, n. 304 [↑](#footnote-ref-67)
68. D.L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito in legge, con modifiche, nella legge 10 novembre 2014, n. 162 [↑](#footnote-ref-68)
69. Legge 6 maggio 2015, n. 55 [↑](#footnote-ref-69)
70. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in seguito citata [↑](#footnote-ref-70)
71. Sulle quali in seguito [↑](#footnote-ref-71)
72. Per tutti l’ampio ed approfondito contributo di G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 37 ss., 197 ss. [↑](#footnote-ref-72)
73. Per una conferma, P. Rescigno, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, p. 439 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 214; ma in senso (solo apparentemente) diverso R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, cit., p. 582 ss.; cfr., altresì, le riflessioni dense di P. Zatti, *La separazione personale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, III, 2, 2a ed., Torino, 1996, p. 135 ss.; M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.; in senso più cauto, C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 494 ss. il quale invita a non sovrapporre la <<fase di indubbia marcata evoluzione del diritto di famiglia nel senso dell’auspicata “privatizzazione”>> a quella <<di drastica involuzione, culminante … nella sua “mercantilizzazione”>> ed evitare così (nell’ipotesi in cui questa dovesse prevalere su quella) una <<sorta di “metamorfosi regressiva” dell’istituto familiare>> [↑](#footnote-ref-73)
74. Che il diritto di famiglia costituisca un <<banco di prova>> per l’autonomia privata è opinione di E. Capobianco, *Crisi familiari e autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 809 ss.; l’indagine, al riguardo, è approfondita in G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 94 ss. [↑](#footnote-ref-74)
75. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 504 ss., che richiama espressamente, ed in termini generali, il controllo del notaio sugli atti di manifestazione di autonomia negoziale nel diritto di famiglia; operazione che non dovrà limitarsi ad un primo profilo di mera legalità della pattuizione, ma estendersi al <<più impegnativo, e sotto il profilo intellettuale, di certo ben più gratificante liceità, consistente, com’è noto, nell’accertamento in merito alla non “manifesta” contrarietà dell’atto al buon costume e all’*ordine pubblico*>> (p. 504, corsivo originale); insistendo, particolarmente, sul controllo che potrà operare la classe notarile, p. 533 s. [↑](#footnote-ref-75)
76. Di recente il contributo di E. Andreola, *Il controllo giudiziale degli atti di autonomia privata nella crisi del matrimonio*, Pisa, 2016, *passim*; ed in accordo anche con la più attenta giurisprudenza tedesca – in E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 57 ss.; nonché A. Nardone, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema federale tedesca dell’11 febbraio 2004)*, in *Familia*, 2005, p. 134 ss.) *–* espressa in una meditata decisione che, nella conferma del ruolo dell’autonomia privata anche in ambito familiare, ribadisce la necessità che il suo esercizio sia sempre conformato ai parametri *protettivi* del buon costume e della buona fede per conseguire un ragionevole equilibrio tra le parti ed un condivisibile risultato in termini di giustizia sostanziale (e non soltanto ‘procedurale’, come dimostra E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 325 s.); R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, p. 125 ss., 157 ss. [↑](#footnote-ref-76)
77. P. Perlingieri-M.A. Urciuoli, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, in *Manuale di diritto civile*, 6a ed., Napoli, 2007, p. 493 ss.; C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 501 ss.; F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006, p. 1 ss., il quale scrive che la diffusione dell’autonomia privata <<non può giustificare scelte “arbitrarie”>> (p. 8); T. Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, p. 45 ss., 66 [↑](#footnote-ref-77)
78. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 227; E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 313 ss. [↑](#footnote-ref-78)
79. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 530 ss.; aderisce, F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., p. 12 ss. [↑](#footnote-ref-79)
80. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 532, il quale evidenzia, con non poca preoccupazione, il processo <<di progressiva “patrimonializzazione” del diritto delle relazioni *familiari*>> (corsivo originale) [↑](#footnote-ref-80)
81. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 47, 51 [↑](#footnote-ref-81)
82. Così acquisendo il definitivo <<tramonto della concezione istituzionale>> a favore di <<radicale contrattualizzazione del matrimonio>>: N. Lipari, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent’anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, p. 8 [↑](#footnote-ref-82)
83. Concezione che, soppiantando quella antica dell’interesse superiore della famiglia in una impostazione paternalistica e statualistica, s’avverte che la tutela della famiglia si svolge nella dimensione funzionale della più piena realizzazione degli interessi di ciascuno e nella contestuale promozione della personalità di ciascuno dei suoi componenti. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 494 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 933; F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 1 ss. [↑](#footnote-ref-83)
84. P. Rescigno, *Appunti sull’autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, p. 113s. [↑](#footnote-ref-84)
85. Lo rileva A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 213 ove si legge, con riferimento al noto (e in appresso citato) contributo di Francesco Santoro Passarelli, che <<[q]uelle pagine, intitolate a *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, consentono, nella costruzione dogmatica e nelle scelte sistematiche, di misurare una *distanza*, e così inevitabilmente di registrare una cesura, ma al contempo di guadagnare qualche ragione di *continuità*>> (corsivi originali) [↑](#footnote-ref-85)
86. G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 3 ss.; C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 494 ss.; C.M. Bianca, *Il familiare debole: l’impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 87 ss.; U. Majello, *Dalla tutela dell’interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell’esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana degli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., p. 107 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 963 s.; F. Ruscello, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, p. 48 ss.. E. Capobianco, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., p. 811 [↑](#footnote-ref-86)
87. Il riferimento evidente è a P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999 [↑](#footnote-ref-87)
88. P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 17 ss., spec. p. 18 [↑](#footnote-ref-88)
89. U. Majello, *Dalla tutela dell’interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell’esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, cit., p. 107 [↑](#footnote-ref-89)
90. E. Capobianco, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., p. 811 [↑](#footnote-ref-90)
91. F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit. p. 8 [↑](#footnote-ref-91)
92. Cfr., A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 229, ove si osserva come <<svolgere una verifica sulla ‘giustizia’ del contratto nella prospettiva delle relazioni familiari possa offrire un duplice contributo: alla teoria generale del contratto, per apprezzare, in un settore determinato dell’ordinamento, la forza espansiva delle regole non ancora assurte a principio del sistema; alla teoria generale del diritto di famiglia, al fine di precisare gli spazi e la conformazione normativa che consente in questo campo all’autonomia negoziale di spiegarsi>> [↑](#footnote-ref-92)
93. A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, *passim*, spec., p. 131 ss., 160 ss.: è <<[n]ecessario … costruire un sistema del diritto di famiglia nettamente distinto dal sistema del diritto privato>>; ma *contra*, per una lettura *privatistica*, L. Barassi, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, p. 13 ss., il quale pure conclude per l’inammissibilità della disciplina contrattuale a governo della crisi familiare (p. 153); A. Falzea, *La separazione personale*, Milano, 1943, *passim*; Id., *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 609 ss.

Per quanto il dibattitto, nel suo svolgimento dottrinale, appartenga al passato, esso, nondimeno, continua a serpeggiare (implicitamente, s’intende) nelle motivazioni della Corte di Cassazione dirette a negare l’ammissibilità degli accordi in vista del divorzio [↑](#footnote-ref-93)
94. Il primo compiuto – dogmaticamente rigoroso – tentativo a tal riguardo è quello di F. Santoro Passarelli, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss. (poi in Id., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.): <<condividiamo … la prevalente opinione che l’autonomia privata abbia una sfera di applicazione nel diritto di famiglia sebbene questa sfera sia per molti aspetti più ridotta che nel diritto patrimoniale>> sì che in quest’ambito <<importa non già che debba negarsi l’autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, [bensì] che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli *adattamenti*, dipendenti dal modo particolare in cui l’autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia>>; e, in ogni caso, favorevoli ad una più convinta diffusione dell’autonomia dei coniugi nella regolamentazione dei rapporti familiari, sovviene, sia pure con diversi accenti, da N. Puleo, voce *Famiglia*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 7 s.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 64 ss.; E. Quadri, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 277 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 213 ss. ove si osserva come la predicazione ‘familiare’ se, per un verso, è funzionale alla specificazione del contesto in cui l’autonomia privata sarà destinata a manifestarsi, per l’altro, segna il tratto comune con la negozialità generale emarginando ogni residua perplessità sulla loro possibile assimilazione ad atti giuridici in senso stretto, con il che si impone all’interprete di verificare <<quale sia il regime di disciplina coerente con l’autoregolamento di interessi in materia familiare>> e di <<appurare in che misura … debba (*dis*)applicarsi la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nella ricostruzione dello statuto normativo che trova applicazione>> (corsivo originale); F. Anelli, *Sull’esplicazione dell’autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 19 ss.; E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 303 ss.; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo.-Mengoni e continuati da Schlesinger, Milano, 2002, p. 83 ss.; nonché, sia pure in termini critici verso la possibilità di ricostruire una categoria unitaria, C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 520 ss. Cfr., altresì, la precipua notazione di P. Perlingieri-M.A. Urciuoli, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 493 ss. ove si afferma che la *patrimonialità* e la *negozialità* individuano due piani di indagine differenti e non necessariamente debbono intersecarsi per potersi rilevare la seconda; invero, la patrimonialità è un carattere della negozialità, ma non l’esaurisce, sì che questa potrà darsi anche senza quella, come si può agevolmente verificarsi nell’ambito familiare; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 21.

In tema la compiuta e mediata pagina di E. Lucchini Guastalla, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2013, p. 77 ss.; E. Del Prato, *L’autonomia nei rapporti familiari*, Milano, 1999, *passim*;A. Gorgoni, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, *passim*; F. Cerri, *Gli accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, *passim*, D.G. Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, *passim* [↑](#footnote-ref-94)
95. Di <<precomprensione antidivorzista>> discute G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1321 ss., spec., 1329 [↑](#footnote-ref-95)
96. Anche G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1334 [↑](#footnote-ref-96)
97. Nell’ambito dei contratti, per limitare e conformare l’autonomia privata; nell’ambito familiare, per promuovere una più convincente e congrua diffusione dell’autonomia privata [↑](#footnote-ref-97)
98. Così anche, E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 313 ss., 327, 330 ss.; Id., *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 60 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 233 ss.; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 125 ss., spec., 152 ss.; A. Nardone, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema federale tedesca dell’11 febbraio 2004)*, cit., p. 133 ss.; sulla possibilità che un coniuge sia sottoposto alle ‘pressioni’ (nelle quali l’aspetto personalistico s’intride di quello economico) dell’altro, anche C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 529 [↑](#footnote-ref-98)
99. Così anche E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 313 ss.: <<tanto il diritto applicato quanto la dottrina si sono poste alla ricerca di un equilibrio soddisfacente fra l’esigenza di favorire soluzioni concordate del conflitto ed il bisogno di garantire doveri di solidarietà fra i coniugi anche oltre la cessazione del vincolo matrimoniale>> [↑](#footnote-ref-99)
100. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 234 [↑](#footnote-ref-100)
101. R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 157 ss. [↑](#footnote-ref-101)
102. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 234 [↑](#footnote-ref-102)
103. E. Bargelli-F.D. Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 436 ss., spec., 457, richiamando, sul punto, il pensiero di S. Maiorca, *Regime patrimoniale della famiglia (Disposizioni generali)*, in *Nss. D. I.*, Appendice, VI, Torino, 1986, p. 452 ss., spec., 465 ed nota 10 [↑](#footnote-ref-103)
104. Così G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 695 ss., spec., 700 [↑](#footnote-ref-104)
105. Sì come afferma costantemente la giurisprudenza di legittimità Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1553 ss., con nota di A. Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021 ss. [↑](#footnote-ref-105)
106. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699; in senso contrario E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166-bis*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2004, p. 93 s., 367 s. [↑](#footnote-ref-106)
107. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699, il quale individua il <<fondamento politico>> della divisata indisponibilità preventiva <<nell’inopportunità evidente di assecondare l’intento di dare luogo ad assetti economici postmatrimoniali che non tengano conto delle condizioni effettivamente esistenti, sotto ogni profilo, nel momento stesso dello scioglimento>>; similmente, anche se con argomentazione diversa, C.M. Bianca, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, p. 230, che spiega la nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio <<in ragione dell’indeterminatezza dell’oggetto, in quanto gli effetti economici che gli accordi preventivi vorrebbero regolare non sono valutabili prima che vengano in essere i presupposti del se e del quanto>>. In senso critico, F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, in *Contr. imp.*, 2000, p. 1136 ss., spec., 1144 ed ivi nota 23 [↑](#footnote-ref-107)
108. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 517 s., anche per il successivo virgolettato (corsivi originali) [↑](#footnote-ref-108)
109. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 105 ss., spec., 114 anche per il successivo virgolettato [↑](#footnote-ref-109)
110. Specificamente, sul punto, P. Rescigno, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 109 ss., spec., 113; in generale, G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. imp.*, 2002, p. 774 ss.; E. Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, *passim* [↑](#footnote-ref-110)
111. R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; F. Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 1026 ss.; recentemente, con lucidità d’analisi, S. Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. imp.*, 2016, p. 179 ss.; C. Daidone, *Clausola di rinegoziazione*, in *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, a cura di M.Confortini, Milano, 2017, p. 1443 ss. [↑](#footnote-ref-111)
112. In tema l’analisi specifica di A. La Spina, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell’obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione* una tantum, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 435 ss. [↑](#footnote-ref-112)
113. In dottrina, E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 330 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 230 ss., anche per una condivisibile individuazione del fondamento sotteso all’idea del controllo; I. Tardia, *Gli <<accordi prematrimoniali>> tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 256 ss., p. 258 ss.; spec., 283 ss.; T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459 ss.

Per la precisazione che il controllo giudiziale potrà e dovrà svolgersi non solo in occasione della richiesta dell’assegno divorzile nell’ambito di un procedimento di divorzio contenzioso, ma altresì anche in un cd. divorzio congiunto: App. Bari, 19 ottobre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p. 261 ss., con commento di G. De Marzo, *Divorzio su domanda congiunta e equità degli accordi patrimoniali*; critico F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 419 ss., Id., *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1146

In senso contrario, al fine di negare ogni possibile controllo giudiziale sull’esplicazione dell’autonomia privata dei coniugi nel momento della crisi familiare, G. Oberto, *Commento all’art. 160*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, p. 977 ss., spec., 985 ss., adducendo, principalmente, dall’argomentazione basata sulle disposizioni che espressamente prevedono detto controllo: art. 158 c.c. e art. 4, comma 16, legge div. e che, di contro, tacciono per l’ipotesi del divorzio consensuale; sì da affermare che deve prendersi atto <<della universalmente riconosciuta tassatività delle fattispecie in cui al giudice è consentito intervenire sugli effetti della volontà negoziale; d’altro canto, per quanto attiene ai poteri del giudice in sede di vaglio degli accordi conclusi dai coniugi, nessuna disposizione del vigente ordinamento attribuisce all’intervento giurisdizionale siffatta asserita funzione integrativa>>; Id., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 806 ss., spec.,. 809 s.. Sia consentito sommessamente chiosare che tale affermazione parrebbe trascurare, con non poca sorpresa, tutto il dibattito, a volte aspro e serrato, che trasversalmente, anche diacronicamente, attraversa tutta la letteratura giuridica (non solo italiana) sul tema della giustizia: sia di quella in tema di teoria generale del diritto, sia di quella che si occupa della teoria generale del contratto nelle complesse intersezioni di autonomia privata, abuso della libertà contrattuale e della posizione dominante, giustezza del contratto, (dis)equilibrio delle prestazioni, proporzionalità e ragionevolezza, equità, ecc.; F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1148; E. Quadri, *Rapporti patrimoniali nel divorzio*, Napoli, 1986, p. 80 ss. [↑](#footnote-ref-113)
114. Una informazione generale in T. Galletto, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, Torino, II, 1988, p. 383 ss., spec. 396 s.; nonché, A. Genovese, *Clausola* rebus sic stantibus, in *Clausole negoziali*, cit., p. 1357 ss., al quale si rinvia per una completa trattazione e per i riferimenti *ivi* indicati [↑](#footnote-ref-114)
115. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 228 ss., 235 (corsivo originale), il quale pure (p. 221 ed ivi note) colloca il pensiero di C. Donisi (*Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 494 ss.) in quella linea argomentativa che sottrae al potere dispositivo dei singoli gli interessi che si incontrano nel diritto della famiglia, là dove (nel pensiero di quest’ultimo autore, se non ci s’inganna) le precisazioni semantico-assiologiche sulla perplessità a ricorrere, in questa materia, alla formula dell’autonomia privata (evocante, di per sé, il <<potere riconosciuto o attribuito al singolo di autodisciplinare da sé i *propri* interessi>>, p. 498), suggerendo di sostituirla con <<il prodotto dell’esercizio del potere di autonomia, cioè l’autoregolamentazione degli interessi>> (p. 499, 497 ss.) denunciano non un’aprioristica preclusione alla sua ammissibilità, bensì il tentativo di promuoverne una sempre più accorta e meditata riflessione in margine all’acritica trasposizione di concetti e idee proprie del diritto (patrimoniale) dei contratti in un settore in cui gli elementi patrimoniali devono inevitabilmente ed insuperabilmente condividere i (e, se del caso, cedere al cospetto dei) più delicati aspetti personalistici nella sfera di tutela dei componenti del nucleo familiare; sì che <<gli interessi che [in tale *formazione sociale*] si regolano non possono di certo esaurirsi in quelli meramente individuali, cioè di pertinenza esclusiva di ciascuno dei suoi componenti, considerati quindi *uti singuli*, essendo coinvolti anche interessi *comuni* a tutti i suoi membri in quanto inseriti in una “società naturale”, caratterizzata da un’impronta comunitaria e solidaristica>> (corsi, anche fra parentesi, originali; sul punto anche G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., p. 5 ss.). E ne costituisce riprova quanto affermato dal medesimo C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 499 che si mostra senz’altro adesivo verso l’utilizzo della formula dell’<<autonomia *negoziale*>> (corsivo originale) così da far apparire almeno non concludente l’osservazione di chi (A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 221) ne fa discendere, al riguardo, la prefigurazione di <<un divieto preterlegale, presidiato, con la tecnica della nullità virtuale, dall’invalidità degli accordi conclusi al di fuori delle fattispecie tipiche>>. Sul punto altresì le riflessioni di E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 60 ss.

Al riguardo, altresì, l’autorevole voce di P. Schesinger, *L’autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, IV, p. 229 ss., ove si afferma: <<temo che la tendenza autoritaria o dirigistica, a lungo prevalente nel nostro Paese, continui a spingere la magistratura ad atteggiamenti di intransigenza che, in sostanza, finiscono col manifestare una preconcetta diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi e col determinare una eccessiva estensione dei casi di nullità “*virtuali*”. Ad esempio è ben nota la vicenda relativa ai patti con cui i coniugi separandi o divorziandi si accordano anticipatamente circa le condizioni della separazione consensuale o del divorzio, sindacati con palese eccesso dalla giurisprudenza, benché in genere riguardino solo interessi propri dei paciscenti, perfettamente disponibili>> (corsivo originale). Una notazione assimilabile si rinviene anche in F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., p. 1 ss. [↑](#footnote-ref-115)
116. Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit., anche per i successivi virgolettati; confermano la nullità per illiceità della causa degli accordi in vista del divorzio, Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1456 ss., con nota di Di Loreto; in *Foro it.*, 1986, I, p. 747 ss., con nota di E. Quadri; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 156 ss.; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1078 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863 ss., con commento di V. Carbone, *L’assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 338 ss.; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, con commento di G.M. Uda; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con commento di L. Balestra; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giur. it.*, I, 1, 2006, p. 1826 ss., con nota di M. Pellegrino-Lise ed ulteriori riferimenti in G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *La prassi notarile come fonte del diritto. Discussione sulle prospettive di riforma*, Milano, 2017, p. 7 ss., spec., 27 s. e L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1025 ed ivi nota 8; da ultimo, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Riv. not.*, 2017, p. 503 ss.; Cass. 13 gennaio 2017 n. 788, in [*www.ilfamiliarista.it*](http://www.ilfamiliarista.it) [↑](#footnote-ref-116)
117. Generalmente ammessi, di contro, dall’orientamento giurisprudenziale diffuso sino a quella pronuncia: Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, in *Foro it.*, I, p. 2247, con nota di A. Lener; Cass., 3 luglio 1980, n. 4223; Cass. 18 maggio 1983, n. 3427; Cass., 15 luglio 1986, n. 4556, almeno nella distinzione che allora era comunemente accettata che distingueva tra le diverse componenti dell’assegno di divorzio: assistenziale, risarcitoria e compensativa, ritenendo indisponibile la prima e disponibile le seconde. Favorevole ai patti si mostrava anche l’insegnamento dottrinale maggioritario (per i dovuti riferimenti, M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 106 ed ivi nota 9) [↑](#footnote-ref-117)
118. E, probabilmente, incorrendosi, in quella pronuncia, in una sorta di contraddittorietà tra l’invocata e ribadita illiceità degli accordi in vista del divorzio e la loro assunta validità allorché si chieda, ai giudici di merito, di verificarne il contenuto e se del caso procedere con le dovute integrazioni [↑](#footnote-ref-118)
119. Rigorosa l’analisi di A. Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., p. 1553 ss. ove la precisazione che <<gli accordi anteriormente conclusi per il regolamento del futuro stato di divorzio hanno valore di puro fatto ma non vincolano le parti o il giudice. Come elementi di fatto, si deve tener conto, non tanto degli accordi conclusi, quanto dell’eventuale esecuzione che gli stessi avessero avuto in concreto, quali versamenti di denaro, costituzione di garanzie, o simili. Le precedenti determinazioni degli interessati, avvenute specialmente nel giudizio di separazione, forniranno anche al giudice del divorzio elementi per le sue valutazioni di ogni ordine; ma il carattere non vincolante degli accordi preventivi si rivela sopra tutto nella negazione del condizionamento, pur ragionevolmente implicito, del risultato patrimoniale concordato con il contegno processuale cui si erano impegnate le parti nei riguardi del procedimento di fondo>> [↑](#footnote-ref-119)
120. Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit. [↑](#footnote-ref-120)
121. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 105 ss., spec., 110

Sul punto, per la esplicita affermazione della validità degli accordi in vista della crisi familiare, è intervenuto Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. dir.*, 2012, p. 803 ss. con commento di G. Oberto, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*. In merito, con riflessioni sulle quali si tornerà in seguito, preme immediatamente avvertire come i giudici – in questa pronuncia di merito, al pari di quella di legittimità menzionata nel testo – di là dalle affermazioni di principio (la prima statuisce la validità degli accordi pre-matromoniali, la seconda la loro inesorabile nullità per illiceità della causa), siano sempre (com’è doveroso che sia) attenti ascoltatori delle dinamiche dello svolgimento dei fatti in giudizio e dell’assiologia che il caso concreto, con tutta la sua irripetibile specificità, reca seco ed alle istanze di tutela che i soggetti, che ai giudici si rimettono, chiedono di verificare per riceverne soddisfacimento (conducendo ad esiti solutori che finiscono se non per contraddire, almeno per revocare in dubbio la definitività di quelle affermazioni). Invero, Trib. Torino, nelle battute finali dell’ordinanza, afferma che, di là dalla questione della validità dell’accordo, in ogni caso un assegno divorzile non sarebbe stato riconosciuto al coniuge che l’invocava (per il tramite della nullità dell’accordo preventivo), in quanto lo stesso versava in una situazione sia <<sotto il profilo reddituale quanto sotto quello patrimoniale>> tale da poter ampiamente far fronte (con le sue <<concrete e piene risorse>>) alle esigenze di vita (in termini non solo di *alimenti*, bensì di *mantenimento*). Spontaneo, allora, nasce l’interrogativo: come avrebbe valutato – in termini giuridici – quell’accordo preventivo il Trib. Torino qualora, nei riscontri concreti, il coniuge che invocava la corresponsione dell’assegno non fosse stato in grado di provvedere, con le proprie sostanze, al suo mantenimento? La risposta potrebbe essere agevole: il Tribunale avrebbe, nel ribadire la legittimità dell’accordo preventivo, disposto (o, almeno, *suggerito*) – e, dunque, assegnandolo al coniuge ‘debole’ – un assegno supplementare (*id est*: integrativo delle prestazioni oggetto di quell’accordo) per ricondurre (o meglio: conformare) l’intera pattuizione tra i coniugi ai principi dell’equilibrio e della proporzionalità, anche in una condivisibile applicazione della clausola generale della buona fede. Così finendo per avvicinarsi sensibilmente all’esito cui giungono (come riferito nel testo) i giudici di legittimità nel procedimento richiamato dagli interpreti come il *leading case* dell’orientamento giurisprudenziale che afferma l’invalidità dei patti in vista del divorzio [↑](#footnote-ref-121)
122. E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1319 ss., spec., 1326 s.; Id., *Le* c*onvenzioni matrimoniali*, cit., 421 ss., alle cui pagine si rinvia per un’approfondita e lucida trattazione della questione; G. Alpa-E. Bargelli, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, t. 2, *Separazione-Divorzio*, 2 ed., Milano, 2011, p. 912; E. Lucchini Guastalla, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 87 [↑](#footnote-ref-122)
123. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 442, ma anche, 438, 439 ss.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 162 ss. ed ivi anche nota 221, 258 ss.; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, in *I contratti*, 2001, p. 50; I. Tardia, *Gli <<accordi prematrimoniali>> tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit., p. 284; in senso critico, E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 321 ss. [↑](#footnote-ref-123)
124. Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. dir.*, 2000, p. 429 ss., con commento di V. Carbone, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, il quale rileva come di <<fronte a casi così sorprende che la Corte non riesca a riconoscere – come il bambino nella favola di Andersen – che il re è nudo e che il principio dell’indisponibilità, nella sua assolutezza, non sussiste senza dover ricorrere ad ambiguità o sotterfugi per riconoscere la validità di un contratto tipico della crisi coniugale>>; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con commento di L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*; in *Foro it.*, 2001, I, p. 1318 ss., con commenti di E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale* e G. Ceccherini, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*; in *Giur. it.*, 2000, I, 1, p. 2229 ss., con commento di L. Barbiera, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*; in *I contratti*, 2001, p. 45 ss., con commento di M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 704 ss., con comento di E. Bargelli, *<<Accordi in vista del divorzio: il* revirement *incompiuto della Cassazione>>*; nonché i contributi di F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1136 ss. e G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1326 ss.

Cfr., altresì, Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Fam. dir.*, 1994, con commento di L. Cei, *Transazione stipulata tra i coniugi in vista della separazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 882, con commento di D. Buzzelli, *Contratto*di*transazione e rapporti*di*famiglia* [↑](#footnote-ref-124)
125. Di <<netto divario>> discute E. Bargelli, *<<Accordi in vista del divorzio: il* revirement *incompiuto della Cassazione>>*, cit., p. 707 [↑](#footnote-ref-125)
126. Del quale si precisa, nella continua attività del distinguo della giurisprudenza, la non illiceità della causa in quanto <<volto a porre transattivamente fine a controversie patrimoniali tra i coniugi, senza alcun riferimento al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi medesimi conseguenti alla eventuale pronuncia di divorzio>> (Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.). Dunque, a dispetto dei proclami giornalistici, la validità del patto è riconducibile proprio alla sua natura transattiva (sebbene dai fatti in causa non emerga con sufficiente chiarezza la questione su cui si doveva transigere; anzi, consentendo di poter supporre che quella ipotesi transattiva riguardava proprio l’accordo diretto a disciplinare il futuro, ma ormai imminente, divorzio) che consente alla Corte di escludere che esso sia riconducibile agli accordi in previsione della crisi familiare. Sul punto il Tribunale aveva qualificato l’accordo come rendita vitalizia e la Corte d’Appello come mantenimento, per poi giungere in Cassazione dove si è fatto riferimento alla ‘convenzione transattiva’. Vigorosa la critica anche di L. Barbiera, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., p. 2229 s. [↑](#footnote-ref-126)
127. Che emerge evidente dall’esigenza di tutelare accordi meritevoli di tutela a favore del coniuge debole; cfr., in tema, F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., p. 12; Id., *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 86 ss. [↑](#footnote-ref-127)
128. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 421 ss.; Id., *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1323; E. Bargelli-F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 462 s.; G. Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, in *Fam. dir.*, p. 324 s.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 30 ss., il quale scrive di <<contraddizioni e contorsionismi nella giurisprudenza>> e di <<risultato paradossale>>; G. Ceccherini, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, in *Foro it.*, 2001, p. 1331 ss.; E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 66 s.; V. Carbone, *Accordi prematrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., p. 431, 434; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 47 s., che discute di ‘elusione’ dell’indirizzo consolidato in giurisprudenza, ed in critica al medesimo rileva, tra le altre notazioni, che nella vicenda concreta l’assegno al coniuge era immediatamente efficace, non risultando subordinato alla pronuncia di divorzio.

In senso contrario all’indirizzo giurisprudenziale: M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p.114 ss.; E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio, I, Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 71 ss.; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 431 ss.; G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, I, 1999, p. 592 ss.; G. Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del <<Ménage>>*, Padova, 1999, p. 140 ss. [↑](#footnote-ref-128)
129. Che pure è affermazione che si fatica a condividere se solo si approfondisce l’analisi della vicenda concreta (che veicola <<una compenetrazione inscindibile fra la patrimonialità della prestazione e la sua valenza personale o esistenziale>>: E. Bargelli, *<<Accordi in vista del divorzio: il* revirement *incompiuto della Cassazione>>*, cit., p. 707), con sguardo attento alla sostanziale regolazione degli interessi dei coniugi; l’erogazione mensile a favore del coniuge è convenuta ‘vita natural durante’ e, quindi, senz’altro anche per la fase successiva allo scioglimento del matrimonio (che la Cassazione ridimensiona – discutendo di <<interferenza>> – nell’affermare che <<il rapporto nascente dalla transazione era, di per sé, idoneo ad avere un qualche rilievo sui rapporti economici conseguenti alla pronuncia di divorzio, ma solo nel senso che … il giudice del divorzio non potrebbe non tenere conto del credito già spettante a … e del corrispondente debito del …>>), discutendo al riguardo di un <<mero *escamotage*>>; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1327, discute di <<espediente argomentativo>>; L. Barbiera, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., p. 2229 s., il quale convincentemente rileva la <<genericità dell’espressione *tenere conto*>> che <<o significa perdurante impegnatività del negozio “transattivo”, nel qual caso travolge il consolidato indirizzo della nullità, o afferma solo che il giudice investito della domanda di assegno divorzile può tener conto della determinazione negoziale quale puro indice presuntivo delle rispettive situazioni economiche delle parti, e così non fa che ripetere una massima di esperienza>>; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 49 [↑](#footnote-ref-129)
130. Come potrà verificarsi anche nella vicende rispettivamente indagate da Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 94 ss., con commento di E. Tagliasacchi, *<<Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract>> e da Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 345 ss., con commento di M. Grondona, *<<Accordi patrimoniali tra ex coniugi e assegno di divorzio: un precedente?>>*, nelle quali i giudici di legittimità hanno escluso la natura di accordo pre-crisi – con il relativo coinvolgimento delle note questioni – al patto tra i coniugi in base al quale si conveniva nella prima che il coniuge restituisse all’altro quella somma precedentemente anticipata a titolo di mutuo, nella seconda che l’eventuale integrazione dell’assegno divorzile, rispetto alla cui richiesta nessun ostacolo quel patto finiva per configurare, fosse compensata (e fino alla sua concorrenza) con la somma già anticipata a favore del coniuge-debole [↑](#footnote-ref-130)
131. Che, peraltro, come rilevato (F. Ruscello, *Relazione conclusiva*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 219), <<non si estingue con la crisi familiare>> [↑](#footnote-ref-131)
132. G. Ceccherini, *I contratti tra i coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, cit., p. 1337; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1328 s. [↑](#footnote-ref-132)
133. Per E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1320 si tratta di una <<proposizione giuridica … per più versi sconcertante … Se la causa è illecita, essa affetta tutto il negozio, il negozio non può essere illecito nei confronti di una parte, e lecito nei confronti dell’altra, perché l’illiceità della causa pone l’intero negozio al di fuori dell’effettualità giuridica>>; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1328 s. [↑](#footnote-ref-133)
134. Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1592 ss., ove si ribadisce la natura relativa o di protezione della nullità, ulteriormente precisando che il coniuge legittimato potrà farla valere *soltanto* entro il limite massimo della persistenza del procedimento di divorzio il cui esaurimento costituisce anche il termine a partire dal quale questa nullità non potrebbe essere più invocata, configurandosi un’impropria forma di prescrizione [↑](#footnote-ref-134)
135. Severa censura all’argomentare della giurisprudenza in G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 701, il quale invita a non sovrapporre lo scopo delle parti (che sarebbe quello di condizionare la libera volontà di uno dei coniugi) con la causa: <<lo scopo soggettivamente – e, come esplicitamente si ammette, non sempre – perseguito dagli sposi che concordano in prevenzione l’assetto economico che conseguirebbe all’eventuale scioglimento del matrimonio non s’identifica affatto con la causa dell’accordo, se di quest’ultima si tiene ferma la nozione oggettiva generalmente adottata dalla stessa giurisprudenza: uno scopo soggettivo ed eventuale è, semmai, motivo dell’accordo, che deve – per provocare nullità, ove illecito – venire provato in concreto, non già presumersi, e deve inoltre essere comune alle parti ed il solo determinante (art. 1345 c.c.)>>. La dottrina da tempo dibatte in merito all’individuazione della *causa* degli accordi stipulati tra i coniugi: per tutti, l’opera densa di G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 290 ss., 297 ss., 300 ss.

Sia qui solo consentito accennare che alla questione converrà avvicinarsi, prudentemente, nella percepita consapevolezza che la assai variegata tipologia di accordi tra i coniugi (da quelli pre-matrimoniali a quelli durante il matrimonio, fino a quelli in sede di divorzio o anche successivi alla pronunzia di questo) non agevolmente potrà condurre all’individuazione di una causa unitaria, se non al costo di pagare troppo in *intensione* ciò che (solo apparentemente) si recupera in *estensione*. In altri termini, la specificità del singolo accordo e, particolarmente, del contesto e del momento temporale in cui esso viene concluso, oltre alla decisamente ampia molteplicità delle prestazioni che ne costituiscono il contenuto, saranno idonei ad incidere significativamente sulla qualificazione giuridica dell’elemento funzionale. Non trascurando, altresì, che in detti accordi – nel definitivo superamento (se non della *teoria*, almeno della *logica*) della fattispecie della quale, nell’epoca post-moderna, sembrerebbe doversi irrimediabilmente constatare la definitiva *perdita* – la ricerca diretta alla ricostruzione della causa dovrà necessariamente prender contezza, per un verso, dell’intreccio che in essi realizza la tensione costante tra interessi personali ed interessi patrimoniali dei coniugi (dunque tra onerosità, gratuità e solidarietà) e, per l’altro, che con essi possono contestualmente convenirsi rinunzie (a diritti reali e a diritti di credito), transazioni, trasferimenti solutori, generiche attribuzioni patrimoniali, compensazioni, novazioni, delegazioni, espromissioni, accolli, *datio in solutum*, transazioni, donazioni (tra corrispettività e non-corrispettività), clausole premiali, incentivanti, penali, restituzioni e risarcimenti, ecc., le cui rispettive funzioni dovranno condividere (e così riceverne la necessaria incidenza modificativa e qualificatoria) la unitaria funzione compositoria dell’intera operazione giuridica (non solo economica) che i coniugi intendono porre in essere; il tutto nell’ontologica limitatezza dell’orizzonte temporale che la presenza della clausola *rebus sic stantibus* getta su di essi [↑](#footnote-ref-135)
136. Le nullità di protezione non saranno necessariamente (e perciò stesso) a legittimazione relativa (potendo essere indicate, ma non anche automaticamente rilevate, dal giudice, alla parte nel cui interesse sono contemplate), ma saranno a parzialità necessaria [↑](#footnote-ref-136)
137. E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 68 [↑](#footnote-ref-137)
138. Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Arch. civ.,* 2004, p. 1335 [↑](#footnote-ref-138)
139. Con la conseguenza che <<un richiamo fatto dalle parti nel giudizio di divorzio ad una operazione di trasferimento immobiliare non può di per se avere alcuna rilevanza in quanto se il trasferimento in esame ha costituito l'esecuzione di un precedente accordo vietato, volto a predeterminare la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione, lo stesso sarebbe privo di effetti ai fini della determinazione dell'assegno in questione>> [↑](#footnote-ref-139)
140. Così sentenzia la Cassazione: <<[è] peraltro, possibile che le parti in sede di divorzio dichiarino espressamente che, in virtù di un già effettuato trasferimento immobiliare, l'assegno di divorzio è già stato corrisposto una tantum. In tal senso, peraltro, occorre una non equivoca dichiarazione delle parti con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno di divorzio. In assenza di tale inequivoca richiesta è infatti inibito al giudice di determinare l'assegno di divorzio sulla base del riconoscimento dell'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa rispetto all'ipotesi in esame è quella in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richiede un assegno di divorzio. Tale regolamento, infatti, non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno una tantum, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive situazioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno. Tale accordo riveste evidentemente carattere di validità per l'attualità ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possano giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra>> [↑](#footnote-ref-140)
141. Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit., anche per i successivi virgolettati [↑](#footnote-ref-141)
142. G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 32 discute di <<profilo … sconcertante>> [↑](#footnote-ref-142)
143. Così evocando – implicitamente, quanto (sia qui consentito rilevare) forse inconsapevolmente – il dibattuto tema della nullità sopravvenuta [↑](#footnote-ref-143)
144. Come confermato da Corte Cost., 17 marzo 1995, n. 87, in *Dir. fam. pers*., 1996, p. 13 ss., con nota di G. Frezza, *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*; G. Ceccherini, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, cit., 1337: <<[n]on può ritenersi che, una volta ammessa la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista della cessazione del ménage, ogni questione debba considerarsi risolta. Il riconoscimento dell’autonomia negoziale dei coniugi in crisi (arg. ex art. 1322, 2° comma, c.c.) impone di precisare, al tempo stesso, i principi e le regole che l’ordinamento giuridico prevede per controllare il regolamento privato che viene a sostituire l’intervento del giudice. In altri termini, l’affermazione che i coniugi possano, nell’esercizio della loro autonomia, trasferire diritti o stabilirne l’attribuzione, oppure assumere obbligazioni di natura patrimoniale, in vista della cessazione del ménage, è il punto dal quale prendere le mosse per compiere un’attenta riflessione sulla disciplina applicabile a tali atti, nonché sui limiti di liceità che siano “aderenti alla specificità degli interessi in gioco» [↑](#footnote-ref-144)
145. In termini espliciti, Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; in termini più ermetici, ma evidenti, Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit. [↑](#footnote-ref-145)
146. Sia qui consentito solo il richiamo ad uno dei primi (S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, ed ora rist. integrata Milano, 2004, *passim*) e ad uno degli ultimi (solo in ossequio allo scadenziario temporale) lavori (Aa.Vv., *Correzione ed integrazione del contratto*, diretto da F. Volpe, Bologna, 2016, *passim*) che si sono incessantemente quanto diffusamente prodotti sul tema, decisamente suggestivo [↑](#footnote-ref-146)
147. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 439; Id., *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1325; lo rileva anche G. Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., p. 324; F.D. Busnelli, *Prefazione*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell’Unione Europea*, a cura di D. Amran e A. D’Angelo, Padova, 2011, p. XIX, il quale rileva <<la irragionevole ritrosia della giurisprudenza di legittimità ad ammettere la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista del divorzio, posto che perfino in un sistema liberale come quello nordamericano “vi sono altri elementi ben più convincenti per poter dire se il contratto è contrario all’ordine pubblico, inteso quale clausola generale diretta a tutelare i diritti fondamentali e le libertà di quel partner che risulti in una posizione di debolezza economica nei confronti dell’altro”>> [↑](#footnote-ref-147)
148. P. Rescigno, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent’anni dalla riforma*, cit., p. 240; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 ss.; E. Bargelli-F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 457; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 223 [↑](#footnote-ref-148)
149. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, anche per i successivi virgolettati, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 442 ss., con commento di B. Grazzini, *<<Accordi in vista del divorzio; la crisi coniugale fra “causa genetica” ed “evento condizionale” del contratto>>*; in [*www.comparazionedirittocivile.it*](http://www.comparazionedirittocivile.it)*,* con ampio e documentato commento di F. Naddeo-J. Viterale, *Accordi ante nuptias e limiti all’autonomia privata*; in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 256 ss., con commento di I. Tardia, *Gli <<accordi prematrimoniali>> tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit.; sul punto anche le osservazioni di C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, in *Studi in Onore di Giorgio De Nova*, Milano, IV, 2015, p. 2589 ss.,p. 2604 [↑](#footnote-ref-149)
150. In termini non strettamente inerenti al ragionamento giuridico, ma in funzione dell’evidenziazione del conseguimento delle tutele in ragione della declinazione del caso concreto [↑](#footnote-ref-150)
151. Osservazione che sembra sfuggire a E. Smaniotto, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all’ordine pubblico e al buon costume*, in *I contratti*, 2013, p. 223 ss., che forse – presa dalla *smania* – intravede nella pronuncia in esame una (qui, per vero, non rilevata) *apertura* della Cassazione al riguardo, là dove si ritiene valida la scrittura privata di (*melius*: solo in quanto) *datio in solutum*, senza avvedersi che il medesimo organo s’affretta, anch’essa, a precisare quanto riferito nel testo; ed infatti, in questo senso, anche, I. Tardia, *Gli <<accordi prematrimoniali>> tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit., p. 260; L. Ballerini, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1 ss., spec., 5 [↑](#footnote-ref-151)
152. Il cui valore, evidentemente stimato come superiore rispetto alla precedente somma sborsata dal coniuge beneficiario del trasferimento, sarebbe stato *compensato* dalla consegna – al coniuge trasferente – di un titolo di stato di valore congruo [↑](#footnote-ref-152)
153. Invero, la Cassazione, da un lato, qualifica come *datio in solutum* l’accordo intervenuto tra i coniugi e, dall’altro, lo ritiene <<un contratto atipico, espressione dell’autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell’art. 1322 c.c., comma 2>>, tralasciando la circostanza che nei precedenti due giudizi di merito il Tribunale discute di rendita vitalizia e la Corte d’Appello di contratto di mantenimento [↑](#footnote-ref-153)
154. A meno che l’evocata proporzionalità non si riferisca alle prestazioni della *datio in solutum*, al fine di evitare che la stessa sia assoggettata alla scure sanzionatoria del patto commissorio, non mediato (e, dunque, conformato alla proporzionalità) dall’innesto del marciano (sul punto sia consentito rinviare a R. Franco, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, in corso di pubblicazione su *Riv. dir. priv*.), ma, all’un tempo, confermando l’estraneità del richiamo alla proporzionalità nelle curvature motivazionali cui la Cassazione ha ritenuto di poter accedere [↑](#footnote-ref-154)
155. Aderisce, G. Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., p. 330 ss., 333 ss. [↑](#footnote-ref-155)
156. Di <<spericolata manovra>> scrive G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 37 [↑](#footnote-ref-156)
157. Argomentare che si rinviene, tra le altre, anche in Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit. [↑](#footnote-ref-157)
158. Prezzo del consenso che – come non s’è mancato di rilevare (G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 178 ed *ivi* nota 230) – sarebbe destinato ad acquisire rilevanza giuridica solo nella fase della crisi familiare là dove qualora avesse profondamente (e più decisivamente) inciso nell’autodeterminazione di un soggetto al consenso matrimoniale sarà sempre, sorprendentemente, destinato alla mera sfera della fattualità [↑](#footnote-ref-158)
159. Si rammenti che la proporzionalità, nel caso di specie, sarebbe verificata anche dall’ulteriore presenza di un ‘titolo di stato’ consegnato dal coniuge beneficiario (a quello autore) del trasferimento.

Così statuendo la Corte si pone in contrasto con altro orientamento che sanziona con la nullità gli accordi in oggetto anche qualora contemplassero una prestazione maggiormente favorevole (rispetto agli obblighi legali) per uno dei coniugi: Cass., 1° marzo 1001, n. 2180; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494; Cass., 10 gennaio 2012, n. 1084 [↑](#footnote-ref-159)
160. Lo si rileva dall’argomentare della Corte d’Appello di Ancona, 14 marzo 2007, n. 104, della quale si è appreso notizia dalla lettura di G. Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., p. 323 ss.

Evidentemente il periodare della Corte sarebbe stato diverso se la notevole sproporzione fosse stata favorevole al coniuge debole; non è difficile immaginare che, al cospetto di una siffatta ipotesi, la Corte si sarebbe cimentata in un ulteriore sviluppo dell’attività del distinguo per poter salvare la convenzione tra i coniugi [↑](#footnote-ref-160)
161. Non è neppure il caso qui di formulare ulteriori rilievi che mirassero a chiarire, per un verso, come la più attenta dottrina nega ogni interferenza tra i problemi della proporzionalità delle prestazioni (o, in questi profili, assimilabile questione della giustizia contrattuale) e la causa del contratto e, per l’altro, come quelle questioni incidono su un’aggiornata prospettiva di lettura dei vizi contrattuali ovvero su una prospettiva costituzionale del determinazione-integrazione del contenuto contrattuale [↑](#footnote-ref-161)
162. L’intuizione, ovviamente per la separazione personale tra i coniugi (e non certamente per il divorzio, inammissibile al tempo dello scrivere), era già A. Falzea, *La separazione personale*, cit., p. 127; poi, successivamente, sviluppata da E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 327, 424, 426 s., il quale giustamente richiama, alla nota 3, già il pensiero preconizzatore di A. Falzea, *La separazione personale*, cit., p. 98; ed ancora, E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1320; nonché, G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 68 ss., 187 ss., con vigore argomentativo; R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, cit., p. 588; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., p. 1026; M. Moretti, *Accordi <<ora per allora>> e nullità del matrimonio*, in *I contratti*, 1993, p. 137; C. Rimini, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 965 ss.; Id., *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., p. 2599; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1331; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 50; ma sul punto anche le puntuali notazioni di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 963 s., il quale rileva come <<dovrebbe prevalere il principio di conservazione>> della comunità familiare in luogo di un *favor divortii* se in essa la persona realizza il suo sviluppo e così proclamare il divorzio solo allorché fosse <<accertato [il] disfacimento della comunione spirituale e materiale>> tra i coniugi, anche se il nostro ordinamento <<assume come principio la risolubilità dello *status* coniugale>>: G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 197 [↑](#footnote-ref-162)
163. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110 ed ivi anche riferimenti [↑](#footnote-ref-163)
164. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 189 ss.; F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1142; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1331.

D’altra parte una rinunzia preventiva a costituirsi nel giudizio contenzioso di divorzio ovvero una rinunzia diretta all’azione di divorzio sarebbe immediatamente fulminate con la nullità: M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110 s:, E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1319 ss., F. Cerri, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., p. 93 [↑](#footnote-ref-164)
165. Con estrema chiarezza, G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 121 ss. [↑](#footnote-ref-165)
166. Per quanto specifica, la negozialità del matrimonio non dovrebbe essere più dibattuta (permane qualche perplessità sulla qualificazione come contratto) [↑](#footnote-ref-166)
167. Della costruzione del divorzio <<come manifestazione di volontà estintiva dello *status*>> discute, E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1320 [↑](#footnote-ref-167)
168. A.C. Jemolo, *Intorno al rispetto dei figli verso i genitori*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 546: <<nessun giudice può far nascere l’affetto dove non c’è>> [↑](#footnote-ref-168)
169. Sul punto la puntualità di M. Paradiso, *Navigando nell’arcipelago familiare. Itaca non c’è*, cit., p. 1308 (corsivo originale), ove si aggiunge che, allora, si <<scinde il legame tra libertà e responsabilità>> [↑](#footnote-ref-169)
170. Sulla cui assimilazione si regge gran parte delle motivazioni della giurisprudenza di legittimità che nega l’ammissibilità degli accordi prematrimoniali.

Ma per le dovute precisazioni: L. Barbiera, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., p. 2229; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., p. 1026; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., 157 ss.; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113; E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 424 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 223 [↑](#footnote-ref-170)
171. G. De Nova, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 259 ss., spec. 263 ove: <<vi sono spazi per l’autonomia dei coniugi pur in relazione alla disciplina inderogabile dei loro rapporti patrimoniali>>; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 ss.; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1334: <<alla stregua del fondamento della norma imperativa, può individuarsi il limite *in concreto* della disponibilità del diritto, senza un appiattimento *a priori* sull’idea di indisponibilità>> (corsivi originali) [↑](#footnote-ref-171)
172. Esemplare la pagine di P. Rescigno, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 240; nonché G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 64 ss., 76 ss., [↑](#footnote-ref-172)
173. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 79 s. [↑](#footnote-ref-173)
174. F. Ruscello, *Diritti e doveri nascenti da matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, 1, Milano, 2002, p. 779 ss.; C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 504 ss.; T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., p. 472, 477 [↑](#footnote-ref-174)
175. A.C. Jemolo, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, p. 54 ss.; R. Sacco, *Il Contratto,* in *Tratt. dir. civ.,* diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 497 e ss.; poi seguiti da G. Oberto, <<Prenuptialagreements in contemplation of divorce>> *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 169 ss.; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., p. 1026 [↑](#footnote-ref-175)
176. Ne convengono anche C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1 ss., spec. 43, i quali escludono che il consenso al divorzio possa essere, in qualche modo, incentivato (con le cdd. clausole premiali) o reso più difficile (con clausole cdd. sanzionatorie o penali), sì che la condizione – sia pure dogmaticamente ed in termini di disciplina – ben distinta dal concetto di obbligazione non potrà essere modulata in maniera tale da simulare un vero e proprio elemento coartante la volontà, convertendosi surrettiziamente in un’obbligazione. Non si deve, tuttavia, incorrere in un’ingenua analisi della vicenda e immaginare di tenere nettamente distinti i due profili (personalistico e economico) che possono intercettarsi nella determinazione di un soggetto che si risolve a richiedere il divorzio: una volta che della comunione spirituale e di vita s’è accertata (sia pure nell’intimità del consorzio familiare) l’inevitabile esaurimento, è più che evidente che la questione tra i coniugi si riconverte in una (non sempre agevole) situazione (spesso resa ancor più complessa in ragione di quell’interferenza di profili sopra indicata) in cui i profili economici dei contrapposti interessi prendono decisamente la scena dell’accordo che pur si *deve* raggiungere, lasciando sul terreno attriti sentimentali e sconfitte patrimoniali [↑](#footnote-ref-176)
177. Sul rapporto tra causa, condizione e nullità s’intrattiene nella motivazione Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit., ove si analizza l’eventuale possibile incidenza della prestazione (posta a carico del coniuge) il cui adempimento era condizionato all’evento della separazione sulla libera autodeterminazione del medesimo a richiedere la separazione, concludendosi nel senso di escludere, al pari dei due precedenti gradi di merito, ogni coercizione, limitazione e/o <<pressione psicologica>> generata dalla prima sulla seconda, perentoriamente affermando: <<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 subordinarne la restituzione all’evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale>>.

Invero, in una agli studi più accorti in tema di condizioni testamentarie, si è accertato, in una più convincente lettura costituzionale del dato codicistico, che la condizione (in luogo dell’obbligazione), non è di per sé idonea (ed automaticamente funzionale) a garantire sempre la validità della disposizione cui accede, se da elemento, in qualche modo, incentivante (o premiale) si traduce, nel caso concreto, in un fattore incidente sulla stessa determinazione della volontà del soggetto, coartandone la liberta di autodeterminazione (con la conseguente illiceità della condizione, viziante, con differente disciplina ed effetti, sia il testamento – o la singola disposizione alla quale risulta apposta – sia l’accordo prematrimoniale – o il patto cui è apposta –, con verifica, in ogni caso, da condursi in concreto, ora con riferimento al combinato disposto degli artt. 634 e 626, ora con riferimento ai commi 1 e 3 dell’art. 1354 c.c.); con tutte le connesse e limitrofe argomentazioni che si possono trarre dalla previsione della donazione obnuziale di cui all’art. 785 c.c. Per una ricognizione dell’intera materia, B. Toti, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, *passim* nonché Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, *Giur. it.*, 2010, 1, p. 87 ss., con nota di M. Pasquini; in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 595 ss., con nota di N. Di Mauro; in *Fam. dir.*, 2009, p. 781 ss., con nota di L. Vignudelli; in *Nuova giur. civ. comm*, 2009, p. 1048 ss., con nota di V. Verdicchio; in *Corr. giur.*, 2010, p. 935 ss., con nota di G. Genovesi; in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 415 ss., con commento di D. Achille [↑](#footnote-ref-177)
178. Per tutti G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 3 ss. [↑](#footnote-ref-178)
179. G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, cit., p. 144 s. [↑](#footnote-ref-179)
180. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 514 [↑](#footnote-ref-180)
181. Per tutti, C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 501 ss. [↑](#footnote-ref-181)
182. V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Alpa e Zatti, 2a ed., Milano, 2011, p. 58 ss., il quale rileva il superamento dell’antagonismo tra contratto e famiglia; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 225 [↑](#footnote-ref-182)
183. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 494 ss.; G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., p. 4 ss.; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 18 s. [↑](#footnote-ref-183)
184. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 226; L. Balestra, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 77 ss., spec., 80 ss. [↑](#footnote-ref-184)
185. G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., p. 4 ss.; M. Fortino, *Verso una nuova <<privatizzazione>> della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 170 ss.; Id., *La separazione personale tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, I, 2, Milano, 2002, p. 918 ss. [↑](#footnote-ref-185)
186. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 220 ss., 225 s. [↑](#footnote-ref-186)
187. Ed infatti non negano lo sviluppo dell’autonomia privata nel diritto di famiglia sia G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 698 ss. il quale nega l’ammissibilità dei patti in vista del futuro scioglimento del matrimonio, sia M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p.117 ss. che pure, di contro, ne ammette la piena ammissibilità; R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, cit., p. 584 ss.: <<[c]iò che oggi non può essere discusso è il (notevole) rilievo che l’autonomia privata ha ormai acquisito in seno alla disciplina dei rapporti familiari e che certamente inattendibile sarebbe una prospettiva che volesse negare tale *trend.* Ma nemmeno e consentito trascurare la dialettica con i valori concorrenti>> (p. 585). Sul punto le ampie riflessioni di G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 51 ss. [↑](#footnote-ref-187)
188. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 497 ss. [↑](#footnote-ref-188)
189. F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., 5, richiamandosi a P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 322 ss.: <<[n]on il potere di autoregolamentazione, ma quello di iniziativa e di impulso – talvolta libero, talvolta dovuto – caratterizza gli atti e le attività (anche) dei privati … L’autonomia, dunque, si prospetta, nel suo minimo e costante denominatore, come atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione>>; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 20 s.; T.V. Russo, *Divorzio <<consensuale>> e revoca del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 853 ss., spec. 864 s. [↑](#footnote-ref-189)
190. Lo sottolinea P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 289 ss.; P Stanzione, *Riconoscimento di figlio naturale, in Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1992, p. 67 ss.; lo ribadisce, G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., p. 5 s., con riferimento al matrimonio, separazione consensuale, riconoscimento del figlio naturale, ecc.; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 20; F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., p. 4 [↑](#footnote-ref-190)
191. G. Autorino Stanzione, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., p. 6; F. Ruscello, *Relazione introduttiva*, cit., p. 4 s. [↑](#footnote-ref-191)
192. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 499 [↑](#footnote-ref-192)
193. Nonostante qualche residua perplessità: Cass., 8 luglio 1998, n. 6664, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 853 ss., con commento critico di T.V. Russo, *Divorzio “consensuale” e revoca del consenso* [↑](#footnote-ref-193)
194. Sul punto le chiare riflessioni di T.V. Russo, *Divorzio <<consensuale>> e revoca del consenso*, cit., p. 863 ss., per la decisa riaffermazione della natura negoziale del divorzio su richiesta congiunta e della centralità dell’accordo (con il suo <<preminente valore causale>>) [↑](#footnote-ref-194)
195. Per la negozialità, T.V. Russo, *Divorzio <<consensuale>> e revoca del consenso*, cit., p. 863; E. Capobianco, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., p. 809 ss.; approfonditamente, G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 121 ss., il quale estende i risultati della negozialità anche alle ipotesi di separazione e divorzio c.dd. contenziose [↑](#footnote-ref-195)
196. Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, con nota di G. Doria, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi omologati*, ove altresì si afferma che l’accordo di separazione è <<atto unitario ed essenzialmente negoziale [ed] espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.) acquisendo che anche l’art. 160 c.c. non deve essere considerata una disposizione assoluta alla luce dei <<valori di autodeterminazione e di negoziabilità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando>>; nel riferire quanto riportato nel testo i giudici di legittimità si richiamano espressamente alla dottrina che si può agevolmente individuare in P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 3, Torino, 1982, p. 135; con forza argomentativa, Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Vita not.*, 2004, p. 156 ss., con nota di F. Alcaro; in *Corr. giur.*, 2004, p. 307 ss., con nota di G. Oberto; in *Fam. dir.*, 2004, p. 287 ss., con nota di G. Conte; Cass., 20 agosto 2014 n. 18066, in *Fam dir.* 2015, p. 357 ss. con nota di C. Filauro, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell’interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in cui si legge che <<l’accordo delle parti in sede di separazione o divorzio … ha natura sicuramente negoziale, e talora da vita ad un vero e proprio contratto>> [↑](#footnote-ref-196)
197. Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.: <<[è] dato incontroverso che la corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessun ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata, anche in caso di peggioramento delle condizioni di salute, impeditive della prosecuzione della attività lavorativa, dal coniuge assegnatario, giusto disposto dell'art. 5, comma ottavo, della n. 898 del 1970, (Cass., 7365-98, Cass., 126-01)>> [↑](#footnote-ref-197)
198. Perplessità, invece, permangono in sede di separazione: E. Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 194 ss. [↑](#footnote-ref-198)
199. Che il fulcro del dibattito circa l’ammissibilità degli accordi *in previsione* del divorzio s’individui con riferimento al tempo in cui essi sono conclusi <<e cioè prima della celebrazione delle nozze, successivamente alle stesse o, addirittura, in occasione della crisi matrimoniale – ma comunque in un momento che deve essere antecedente all’avvio del procedimento di divorzio>>, lo conferma, da ultimo, E. Lucchini Guastalla, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., p. 86; che la questione si poneva nell’individuazione del tempo in cui gli accordi sono conclusi era acquisizione nota: G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 ss.; nonché Cass., 11 giugno 1981, cit.: <<tale disponibilità [relativamente agli assegni divorzili] non può essere ammessa prima che il giudizio di divorzio inizi, quando le parti sono ancora coniugi (sia pure separati)>>; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 81 ss.: le pattuizioni raggiunte dai coniugi in merito alla regolamentazione dei loro rapporti economici di un <<divorzio che ess[i] hanno già deciso di conseguire e, quindi, non semplicemente prefigurato>> sono senz’altro valide; in senso critico verso la discriminazione temporale della validità, M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113; G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 178 ss., 191 s.: <<il *tempo* … non può di per sé riflettersi sulla validità dell’atto>> (corsivo originale) sì che il <<problema di validità degli accordi tra coniugi separandi e divorziandi aventi contenuto economico-patrimoniale, si pone (in concreto) secondo criteri del tutto identici ed indipendenti dalla “circostanza” che l’attività negoziale sia intervenuta precedentemente ovvero contestualmente alla “decisione” di richiedere la separazione od il divorzio>>; M. Gilberti, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, cit., 489 [↑](#footnote-ref-199)
200. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p.110; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 700 s.; G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 603; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 51 [↑](#footnote-ref-200)
201. In senso diverso tra loro C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 225 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 220 ss.

In ogni caso la prevalente dottrina ha ampiamente ribadito che in alcun modo – almeno ad un’analisi condotta in termini di principio – gli accordi in vista della crisi coniugale possono incidere sulla pretesa disposizione dello *status*: M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110 ss., il quale discute di evidente <<confusione>> operata al riguardo dalla giurisprudenza; C. Rimini, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, cit., p. 964 ss., il quale argomenta, altresì, dalla disciplina positiva là dove si prevede che il divorzio si potrà ottenere anche con la domanda di un solo coniuge, con il che il rilievo *prezzo* del consenso si ridimensiona decisamente; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 184 ss.; M. Moretti, *Contratto di transazione e rapporti di diritto familiare*, in *I contratti*, 1996, p. 524; G. Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del <<Ménage>>*, cit., p. 142 ss.; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., p. 1026; C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 24 ss., 42 s.

La scure della nullità, altra singolarità, colpisce solo gli accordi stipulati preventivamente, sì che sorprende ancor apprendere che sono ritenuti validi, dalla stessa giurisprudenza: *i)* quelli convenuti in vista della separazione personale (Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 554 ss., con nota di G. Doria, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, 2984 ss.; Cass., 25 maggio 1998, n. 5829, in *Fam. dir.*, 1998, p. 570; in merito le riflessioni di M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 107 ss., il quale scrive che <<[i]l rigido orientamento giurisprudenziale sulle nullità degli accordi preventivi di divorzio, oltre ad apparire di per sé infondato ed erroneo … appare stranamente in contrasto con il ben diverso orientamento della stessa giurisprudenza sulle convenzioni di separazione>>; da ultimo, le stimolanti riflessioni di Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.); *ii)* quelli in funzione dell’eventuale annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1670; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950 ss., con nota critica di M.G. Cubeddu, *Annullamento del matrimonio e autonomia negoziale*; nonché le ulteriori censure di M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 111 s. – <<la contraddittorietà fra i vari orientamenti della Cassazione in tema di convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio resta veramente inspiegabile>> – e di C. Rimini, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, cit.); *iii)* e quelli oggetto della domanda congiunta di divorzio (per i necessari riferimenti, M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 111 s. il quale rileva come <<la contraddittorietà fra i vari orientamenti della Cassazione in tema di convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio, resta veramente inspiegabile>>; G. Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., p. 332 ed ivi nota 40 di riferimenti); critico sul punto anche, F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1140 s. [↑](#footnote-ref-201)
202. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110: lo *status* è <<strettamente personale ed indisponibile, sicché ogni convenzione sarebbe nulla sia per impossibilità giuridica dell’oggetto, sia per contrarietà all’ordine pubblico, e, più precisamente, per contrarietà ai principi generali e fondamentali della persona>>; aderisce, G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1331.

Sul punto, in termini generali, la pagina autorevole di P. Rescigno, voce *Status. I). Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, p. 1 ss.; nonché la densa e rigorosa indagine di F. Prosperi, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in [*www.lacivilistica.com*](http://www.lacivilistica.com), n. 4, 2013, p. 1 s., ove la sostanziale vanificazione di ogni odierno persistente riferimento al concetto di *status*, in ragione di una piena, definitiva, improrogabile e costante tutela della persona nella sua assolutezza, senza ulteriori distinguo; in senso conforme, ancora, G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1321 ss. [↑](#footnote-ref-202)
203. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110; G. Ceccherini, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., p. 379 ss.; C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., p. 2599 ss.; Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit. [↑](#footnote-ref-203)
204. Art. 12 della legge 6 novembre 2014 n. 162. Come, invece, si conviene ai c.dd. diritti potestativi ad attuazione giudiziale quali il diritto all’annullamento del contratto viziato, alla riduzione di una liberalità lesiva della legittima, alla stipulazione del definitivo, ma, con sempre più dubbi, con riferimento al diritto alla risoluzione del contratto, là dove si registri la sempre più insistente posizione dottrinale che configura una risoluzione stragiudiziale del contratto [↑](#footnote-ref-204)
205. E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1321, il quale precisa che s’intravede un <<diritto alla persistenza del vincolo>> [↑](#footnote-ref-205)
206. Sia pure senza giungere all’ammissibilità di un patto che veicoli una vera e propria rinunzia formale al diritto di difesa del quale, invero, non potrebbe che predicarsi la nullità: M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit. p. 112 [↑](#footnote-ref-206)
207. C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 28 [↑](#footnote-ref-207)
208. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 424 ss.; Id., *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale* [↑](#footnote-ref-208)
209. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 131 ss. [↑](#footnote-ref-209)
210. F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 308 ss.; ma anche App. Brescia, 16 aprile 1987, in *Giur. mer.*, 1987, p. 845: <<[è] evidente … che dall’art. 160 c.c. – secondo il quale gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio – emerge non già il divieto dei coniugi di far valere anche nella materia familiare la propria autonomia – che trova la propria fonte nel diritto-dovere di autorganizzare la propria vita di coppia (arg. *ex* art. 143 e 144 c.c.) – ma solo il divieto di porre in essere accordi che deroghino ai diritti ed ai doveri previsti dalla legge>>; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata e accorsi coniugali*, cit., p. 17 ss.; T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., p. 474 [↑](#footnote-ref-210)
211. Della cui contrattualità, e non solo negozialità (così, invece, F. Santoro Passarelli, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss.), sia pure peculiare per il contesto in cui si svolge, non più si discute (F.D. Busnelli, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 514 e più recentemente E. Bargelli-F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 436 ss.; nonché E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 424 ss.), rimanendo, di contro, ancora incerti i confini e i reciproci rapporti tra l’atipicità della convenzione e l’atipicità del regolamento (convincentemente, C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 512 il quale invita a con creare sovrapposizioni concettuali tra l’*atipicità* della convenzione e l’*atipicità* del regime patrimoniale, per cosi accertare, in termini rigorosi, <<se nella materia in oggetto alla atipicità della *fattispecie* possa o no corrispondere la atipicità del *rapporto* a questa relativo>>), ovvero tra la fattispecie ed il regime patrimoniale [↑](#footnote-ref-211)
212. Per una ricostruzione in termini ampi e fecondi, G. Alpa, *I principi generali e il diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 264 ss.; C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 504, il quale ribadisce l’esigenza di estendere la ricerca dei limiti all’autonomia negoziale nel diritto di famiglia <<ben oltre gli specifici e non di rado sibillini precetti introdotti dalla riforma del ‘75>> [↑](#footnote-ref-212)
213. Profilo che emerge, peraltro, evidente dai passaggi motivazionali di Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

Ma, in senso critico, A. Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 609 ss.; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 271-291, 308, 555; V. Carbone, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., p. 435 [↑](#footnote-ref-213)
214. Per effetto della legge del 1970 n. 898, introduttiva della disciplina del divorzio [↑](#footnote-ref-214)
215. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 184 ss.; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 s.; E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 281 ss., 295 ss., 421 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 222 [↑](#footnote-ref-215)
216. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit. [↑](#footnote-ref-216)
217. Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; e poi Cass. 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 156 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 12 settembre 1997, n. 90347, in *Fam. dir.*, 1998, p. 81 ss.; diversa, come noto, l’impostazione di G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 s., il quale riferisce l’inderogabilità non alla disponibilità dell’assegno, quanto al potere del coniuge (questo sì indisponibile preventivamente rispetto alla crisi) di provocare un intervento giudiziale sull’*an* e sul *quantum* del medesimo [↑](#footnote-ref-217)
218. Cass., 8 luglio 1998, n. 6664, cit. [↑](#footnote-ref-218)
219. Conforme, E. Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., p. 186 ss. [↑](#footnote-ref-219)
220. Sul fenomeno giuridico della ricognizione, inevitabile la pagina di C.A. Graziani, voce *Ricognizione (atti di)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 509 ss. [↑](#footnote-ref-220)
221. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699, anche per i successivi virgolettati (p. 700); ma in senso contrario C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 226; E. Russo, *Gli atti determinativi degli obblighi legali*, in Id., *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 221 [↑](#footnote-ref-221)
222. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 [↑](#footnote-ref-222)
223. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 700: «[i]l fondamento formale dell’indisponibilità preventiva è dato, effettivamente, dalla norma dell’art. 160 c.c.; ma il fondamento politico sta nell’inopportunità evidente di assecondare l’intento di dar luogo ad assetti economici postmatrimoniali che non tengano conto delle condizioni effettivamente esistenti, sotto ogni profilo, nel momento stesso dello scioglimento» [↑](#footnote-ref-223)
224. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 s., anche per il successivo virgolettato [↑](#footnote-ref-224)
225. Ad es., la distinzione tra contratto illegale/illegittimo e contratto illecito è ancora controversa [↑](#footnote-ref-225)
226. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 93 s., 295 ss., 327 ss., 339 ss., 367 s.; Id., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 573 ss.: <<[*l*]*a norma imperativa è norma cogente; ma non è vero l’inverso*. La norma cogente può non essere imperativa ai sensi dell’art. 1418, comma primo, c.c.. Il concetto di norma imperativa comprende quello di norma cogente aggiungendo un *plus* che differenzia i due concetti>> (p. 583, corsivi originali).

È evidente, peraltro – ma è bene precisarlo –, come lo svolgimento dell’impostazione di cui nel testo assuma la piena operatività dell’art. 160 c.c. anche nel rapporto tra i coniugi (ormai ex) successivo allo scioglimento del vincolo matrimoniale, definendo, in questa prospettiva, il più ampio ambito di incidenza della disposizione. Per la serrata dimostrazione, E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 281 ss., 295 ss., la sintesi del cui pensiero – sia qui consentito sommessamente formulare (in ogni caso, rinviando il lettore a quelle pagine) – si esprime nel senso di ritenere riferita la disciplina di cui all’art. 160 c.c., a tutto <<il rapporto matrimoniale>>, <<a tutta la sequenza effettuale che deriva direttamente o indirettamente dalla stipulazione del matrimonio>> di là dalla stretta inerenza a questo inteso come atto. Sono inderogabili <<tutti i doveri che la legge ricollega all’aver stipulato il matrimonio; non solo quelli attinenti allo svolgimento fisiologico del rapporto, ma anche quelli rispetto ai quali il matrimonio costituisce un antecedente mediato, nel senso che la “situazione” alla quale la legge ricollega i doveri presuppone che un matrimonio sia stato stipulato>> (p. 307 s.). I diritti e i doveri ai quali si riferisce l’enunciato legislativo si collegano funzionalmente al rapporto e, quindi, <<non derivano dal contratto (di matrimonio) bensì dalla situazione>> (p. 308). Pertanto, coordinando sistematicamente gli artt. 143 e 160 c.c., si riesce ad acquisire che i diritti e i doveri che essi (sia pure in generale) individuano con riferimento al matrimonio (non quale atto, ma come rapporto), costituiscono <<*gli effetti del matrimonio*>> (p. 310, corsivo originale) stesso; nel senso che tali *effetti* sebbene predichino la conclusione di un matrimonio (oggi, si direbbe della celebrazione di un vincolo che, in ogni caso, esprima una comunione di vita spirituale e materiale), non per ciò stesso l’assumono a costante presenza per la loro continua valenza e modulazione: <<presuppongono la acquisizione [ma non anche la costante permanenza] dello *status* matrimoniale dal quale dipendono tutte le regole che riguardano lo svolgimento e le vicende del rapporto matrimoniale>> (p. 310 s.); sostanzialmente adesivo, T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., 474; per l’operatività dell’art. 160 c.c., anche in funzione delle disciplina della crisi coniugale, R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 134 ss. [↑](#footnote-ref-226)
227. A. Di Majo (G.B. Ferri-M. Franzoni), *Le nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002; 83, che riporta l’esempio del comodato oneroso, G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 438 ss., spec. 442; G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 87 ss.; G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 127 s.; ma già le riflessioni di G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto,* Roma, 1970, p. 139 ss., su cui i rilievi di A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1332; M. Nuzzo, voce *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 6; A. Albanese, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto,* Napoli, 2003, p. 243 ss.; P. Perlingieri-P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile,* 2a edizione ampiamente riveduta e aggiornata, Napoli, 2004, p. 19 s.; per il lettore volenteroso, R. Franco, *Mutuo: fra autonomia contrattuale e norme imperative. Disvelamento dei dogmi, superamento dei concetti ed apertura al nuovo ordine. Una lettura problematica*, in *Vita not.*, 2010, seconda parte, p. 490 ss.

L’intera questione è trattata con ampia chiarezza da M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, 1, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 37 ss. [↑](#footnote-ref-227)
228. Sul punto, altresì, le riflessioni, con riferimento all’assegno divorzile, in R. Amagliani, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 131 ss. [↑](#footnote-ref-228)
229. E. Bargelli-F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 457: <<[a]ll’interprete … è rimesso il compito di individuare l’ambito di applicazione ed il significato di tale [dell’art. 160 c.c.] divieto>> [↑](#footnote-ref-229)
230. Qui inteso in senso ampio e, dunque, prescindente dal superato, necessario riferimento al (solo vincolo originante dal) matrimonio [↑](#footnote-ref-230)
231. E. Bargelli-F.D. Busnelli, *Convenzione matrimoniale*, cit., 457 s., per i quali l’art. 160 costituirebbe <<specificazione settoriale della clausola generale dell’ordine pubblico>>; G. Ceccherini, *I contratti tra i coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, cit., p. 1338 s., ove pure si ricollega all’art. 160 c.c. il ruolo di veicolare l’ordine pubblico familiare ed i principi costituzionali di solidarietà, parità ed uguaglianza; anche C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 504 s., sull’ordine pubblico familiare; di <<*ordine pubblico di protezione*>> in ragione delle specifiche esigenze di tutela del coniuge debole, discute G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1328 (corsivo originale); T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., p. 474 s. [↑](#footnote-ref-231)
232. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 348 ss.; ed il rilievo di A. Gentili, *Le invalidità*, cit., 1333, secondo il quale <<non è tanto dal maggiore o minore grado di imperatività che deriva la nullità, quanto dal modo in cui il contratto incide sul valore protetto dalla norma>>. In senso ancora differente, E. Russo, *Norma imperativa*, cit., 586 ss., secondo il quale l’espressione “norme imperative” dell’art. 1343 non va intesa nello stesso significato di quella di cui all’art. 1418, comma 1, giacché se è vero che questa deve essere definita, e vero anche che quella serve come elemento di specificazione degli sfuggenti e mai definitivamente afferrati concetti di ordine pubblico e di buon costume. In tanto si riuscirà a comprendere il senso di questi in quanto interpretati alla luce della norma. In altro giro espressivo, la formulazione dell’art. 1343 andrà letta nel senso che le norme imperative sono norme cogenti di ordine pubblico e di buon costume che saranno elementi di qualificazione della caratteristica della norma. [↑](#footnote-ref-232)
233. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 ss., per il quale <<essa non sembra bene invocata>>; anche G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 ss., il quale esclude un’applicazione analogica dell’art. 160 c.c.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 184 ss.; G. Checcherini, *Separazione consensuale e contratti fra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 398 ss.; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 21 s.; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 277 ss.; G. Oberto, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., p. 812 s. ed ivi nota 37 di richiami; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., p. 1026 s.; V. Carbone, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., p. 433 s.; G. Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 398; G. Oberto, *Commento all’art. 160*, cit., p. 977 ss.; anche C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., p. 2592. ove si legge che, in seguito al diffondersi dell’<<<autonomia riconosciuta ai coniugi … la regola dell’inderogabilità di cui all’art. 160 c.c. [è privata] di gran parte della sua forza e del suo respiro>>; M. Gilberti, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, cit., p. 490; L. Ballerini, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., p. 31 ss.. In giurisprudenza: Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit., per il quale il richiamo all’art. 160 c.c. <<prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. “patologica” del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio … onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al matrimonio debba, invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti>> [↑](#footnote-ref-233)
234. Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit.; Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit. per la quale il richiamo agli artt. 143 e 160 sarebbe <<fuor di luogo>> [↑](#footnote-ref-234)
235. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 [↑](#footnote-ref-235)
236. È la formula coniata in dottrina per individuare quelle specifiche disposizioni che (non solo codicistiche) pur tracciate all’interno di un determinato tipo contrattuale assumono, per la loro carica precettiva, una valenza che lo trascende e la rende applicabile anche ad altre vicende che tratti di quel tipo recepiscono e/o contemplano: per un primo riferimento, U. Majello,  *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in Riv. dir. civ., 1987, pp. 487 e ss. [↑](#footnote-ref-236)
237. G. Oberto, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., 812; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 50 ss.; G. Autorino Stanzione, *L’autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in G. Autorino Stanzione-A. Musio, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici,* Milano, 2002, p. 211 ss. [↑](#footnote-ref-237)
238. Sostituita, come s’è acutamente e premonitoriamente rilevato – in ragione della massima espressione della tutela effettiva dei figli –, dall’*indissolubilità della famiglia*: A. Gorassini, *Dall'*indissolubilità*del matrimonio all'*indissolubilità della famiglia, in: Aa.Vv., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, p. 255 ss. [↑](#footnote-ref-238)
239. Per impossibilità dell’oggetto [↑](#footnote-ref-239)
240. G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699 [↑](#footnote-ref-240)
241. Sul tema il noto contributo di V. Panuccio, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1965, p. 44 ss., e la densissima ed insuperata pagina di A. Falzea, *L’atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 1 ss., spec., 53 ss. [↑](#footnote-ref-241)
242. Per tutti, ovviamente, F. Santoro Passarelli, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 3 ss. e le osservazioni, *more solito*, misurate e puntuali, di C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 520 che revoca in dubbio – sia pure ridimensionando cautelativamente le osservazioni ad <<una prima valutazione>> – se non la configurabilità teorico-sistematica, almeno l’utilità della evocata figura, non già per una generale ritrosia verso lo stesso concetto dogmatico di negozio giuridico che, di contro, viene confermato e rivalutato, bensì per <<l’[in]capacità di divenire catalizzatrice di un nucleo di disciplina omogenea, tale da fornire un apprezzabile sussidio ermeneutico-applicativo agli operatori pratici … in grado, proprio in quanto “unitaria”, di racchiudere in sé, senza farle violenza, la tipologia negoziale emergente>> dalla disciplina generale del diritto di famiglia; evidenziando, tra l’altro, anche la <<dissomiglianza>> che si accerta tra le manifestazioni negoziali della <<fase fisiologica del rapporto familiare>> e <<gli atti di autoregolamentazione ai quali è affidata la sistemazione degli interessi nello stadio patologico del medesimo>>; decisamente più convinto della possibilità dell’elaborazione di una teoria generale dl negozio giuridico familiare in E. Russo, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti <<matrimoniali>> di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 1089 ss.; Id., *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 22 ss.; e G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 51 ss. evidenziando una più duttile idoneità rappresentativa alla ‘causa’ familiare [↑](#footnote-ref-242)
243. Riconduce al negozio di accertamento l’accordo tra i coniugi diretto a *determinare* il contenuto degli obblighi di fonte legale: C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 225 s.; in senso critico, E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 323 ed ivi nota 74 [↑](#footnote-ref-243)
244. ###  La cui figura, con l’intervenuta disciplina del pegno rotativo in virtù del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito nella legge 30 giugno 2016, n. 119, sembrerebbe accolta dallo stesso legislatore

 [↑](#footnote-ref-244)
245. È la questione posta a base del mio lavoro monografico, R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, *passim*, spec., 240 ss., 274 ss., 409 ss.; poi sviluppata in Id., *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l’autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra* ordinamenti *e unitarietà sistematica*, in *Salvatore Romano*, nella Collana *I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, 2015, p. 155 ss. e in Id., *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell’autonomia privata*, in Rent to buy *tra fattispecie e procedimento. Studio sull’autonomia negoziale*, a cura di R. Franco, Napoli, 2017, p. 21 ss. Invero, sia nella dettare la disciplina del c.d. rent to buy, sia nella regolamentazione della negoziazione assistita (di cui in seguito) pare evidente che il legislatore abbia acquisito la prospettiva *procedimentalizzata* nello svolgimento dell’autonomia privata [↑](#footnote-ref-245)
246. G. Doria, *I negozi sull’effetto giuridico*, Milano, 2000, *passim* [↑](#footnote-ref-246)
247. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 424 ss.; Id., *Gli atti determinativi del contenuto di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 221 s.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 81 ss., 157 ss., ove la notazione che in <<questi atti la funzione determinativa … è *causa specifica dell’atto*>> (p. 162, corsivo originale); E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1326 s. [↑](#footnote-ref-247)
248. Dunque, come bene precisa E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1326 <<la fonte primaria della determinazione dell’obbligo legale è costituita sempre dall’accordo dei soggetti del rapporto>> [↑](#footnote-ref-248)
249. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 439 ss. ed ivi nota 15 di richiami; Id., *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1326; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 157 ss. ed ivi ampie note [↑](#footnote-ref-249)
250. G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 170 ss., 203 ss., 290 ss., 297 ss. [↑](#footnote-ref-250)
251. P. Rescigno, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 10; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 213 ss.; Id., *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione persone dei coniugi*, cit., p. 1320 ss. [↑](#footnote-ref-251)
252. È qui, evidentemente, impossibile aggiungere altro. E, tuttavia, al fine di sottrarsi all’eventuale obiezione che volesse rilevare l’apoditticità di quanto sostenuto nel testo, si può rinviare ancora a R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 300 ss., 389 ss., 454 ss [↑](#footnote-ref-252)
253. P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 21, in scia ad F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 308 [↑](#footnote-ref-253)
254. P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 24 [↑](#footnote-ref-254)
255. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p.113 [↑](#footnote-ref-255)
256. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 223 [↑](#footnote-ref-256)
257. E. Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., p. 195 s.; aderisce F. Ruscello, *Relazione conclusiva*, *ivi*, p. 217 ss. [↑](#footnote-ref-257)
258. E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, cit., 71 ss.; F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 427 ss.; E. Russo, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà*, cit., p. 1105; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 [↑](#footnote-ref-258)
259. E. Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., p. 186 [↑](#footnote-ref-259)
260. Verifica il rilievo lo stesso *leading case* della Cassazione (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; seguito, più recentemente, da Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit., che insiste sul punto) là dove – pur intrattenendosi sulla questione dell’ammissibilità della rinunzia ad un diritto futuro poi liquidata in quanto <<non sembra necessario prendere posizione su tale tema>> – si prende coerentemente atto che <<[o]vviamente, l’indisponibilità qui affermata, dell’assegno di divorzio va, tuttavia, intesa solo nel senso che non possa costituire valido contratto una sua rinunzia o una transazione preventiva e irreversibile e non anche nel senso che non sia ammissibile una astensione dal concreto esercizio del diritto *de quo*. La corresponsione dell’assegno periodico deve, pertanto, essere ritualmente chiesta in giudizio dall’interessato, non potendo il giudice pronunziarsi di ufficio>>. Di là dalle riserve (pur consapevoli di alcune voci discordanti) in merito all’affermazione per cui la rinunzia sarebbe oggetto di un contratto, potrebbe rilevarsi, ad una prima impressione, una certa incongruenza tra l’inammissibilità della rinunzia espressa all’assegno divorzile e la piena validità di un atteggiamento (*melius*: comportamento) silente ed inerte riguardo alla sua richiesta; incongruenza che sarebbe idonea ad incrinare non poco tutto l’impianto argomentativo sotteso alla posizione della Corte di legittimità.

È bene, nondimeno, immediatamente evidenziare (come in seguito meglio si preciserà), che una replica che così si formulasse, agli asserti della giurisprudenza, si esporrebbe al più classico dei rilievi: quello del provare troppo. Invero, l’intero diritto privato è pervaso dal principio della domanda (o, in altre indagini, della disponibilità della norma civile), nel senso che ogni ragione di tutela è rimessa, in ogni caso, all’(onere dell’)azione del soggetto che la pretende, giammai all’esercizio pubblico da parte di autorità ad esso eventualmente preposte. Anche un contratto nullo, ad es., sarà (ancorché afflitto dalla sanzione giuridica, sempre efficace tra le parti ed) eseguito se la nullità non venisse mai rilevata (e le parti provvedessero all’adempimento delle obbligazioni ed al compimento delle attribuzioni in esso previste), sia pure acquisendo, nella più recente evoluzione giurisprudenziale, l’ammissibilità di un rilievo d’ufficio della nullità, in ogni stato e grado e senza più (sottilmente) distinguere (sia pure senza convincere) in ragione del preteso fondamento delle specificità giuridiche sottese alla domanda di volta in volta proposta in giudizio [↑](#footnote-ref-260)
261. L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 100; L. Rubino, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, II, 2, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 1159 ss.; E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 424 ss.; C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 28, 43 ss., i quali aggiungono che quella qualificazione potestativa obbedisce, altresì, al principio di necessario rispetto <<anche [del]la volontà di chi per qualunque motivo – orgoglio, rabbia o risentimenti verso l’altro, volontà di indipendenza – non accetti di essere sostenuto dall’*ex* coniuge>> (p. 44) [↑](#footnote-ref-261)
262. Ma sul punto, con maggiore specificità, in seguito [↑](#footnote-ref-262)
263. Come autorevolmente rileva in termini problematici G.B. Ferri, *Dalla clausola <<rebus sic stantibus>> alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss., spec. 64, sebbene la ‘presupposizione’ abbia guadagnato, nelle trattazioni più attente, un autonoma fisionomia scientifica (per tutti, A. Belfiore, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, IV, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2003, *passim*): ad es., ed in estrema sintesi: la presupposizione si riferisce anche ad eventi passati o presenti e non solo a quelli futuri; opera con riferimento all’efficacia di un contratto e non solo con riferimento quelli c.dd. di durata (sempreché si condividano i tratti identificativi della relativa categoria); essa esprime il più ampio riferimento all’interpretazione complessiva del contratto e non si riferisce soltanto ad eventi oggettivi ed esterni ad esso. In altre indagini, individuata come ‘presupposto di efficacia’: G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 163 ss. [↑](#footnote-ref-263)
264. In termini problematici, A. Genovese, *Clausola* rebus sic stantibus, cit., p. 1357 ss., con l’esito della ricerca che, in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ne ridimensiona, se non annulla del tutto, ogni funzionalità [↑](#footnote-ref-264)
265. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 118, il quale precisa che il divisato principio (e le norme che lo esprimono) sono funzionali a garantire <<”la soddisfazione di quelle esigenze primarie di vita perseguite dalle attribuzioni in favore del coniuge debole”>>; U. Breccia (G. Alpa-A. Liserre), *Causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 180; V. Di Gregorio, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, p. 84 ss.; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 52 [↑](#footnote-ref-265)
266. Sì che una convenzione privata che l’assumesse ad oggetto di una rinunzia o di un aggravio (valutato come) eccessivo (in termini di effettiva incidenza sul diritto alla revisione dell’assegno) sarebbe destinato alla nullità (L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, p. 62 ss., spec., 69; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 118) [↑](#footnote-ref-266)
267. M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 107, 117 s.; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 697 s.: <<la sussistenza dello specifico limite che la regola inderogabile di rivedibilità impone all’efficacia di un regolamento contrattuale preventivo di rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio è unanimemente riconosciuto dagli studiosi della materia>>; G. Cian, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 2001, p. 47 ss.; E. Russo, *Gli atti determinativi degli obblighi legali*, cit., p. 221 ss.; Id., *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 441; L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati ed dei divorziati*, cit., p. 69, 124; Id., *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., p. 2229 s., il quale sostiene che della <<clausola *rebus sic stantibus …* nessuno pone in dubbio l’operatività>>; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 162 ss., 252 ss.; E. Quadri, voce *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ*., VI, Torino, 1997, p. 541; G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1333; F. Anelli, *Sull’esplicazione dell’autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione familiare dei conflitti coniugali)*, cit., p. 52 s.; G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, cit., p. 144 ss.; G. Bonilini, *L’assegno post-matrimoniale*, in G. Bonilini-F. Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, p. 531 s.; G. Ceccherini, *I contratti tra i coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, cit., p. 1338; E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 65 ss.; Id., *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 323 s.; F. Padovini, *Sulla modificabilità e sul contenuto dell’assegno postmatrimoniale*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 239 ss.; T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., p. 478 s.; T. Galletto, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 397, discute di clausola <<pacificamente accolta>>, per i negozi d’indole familiare; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 226 s.; M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 49 s., 52 s.; C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., p. 2605 ss.; Id., *Il nuovo divorzio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, p. 246; M. Gilberti, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, cit., p. 490 [↑](#footnote-ref-267)
268. Giudicato che, pertanto, ne risulterà inevitabilmente conformato; di <<incontrovertibilità relativa>> discute S.Satta-N. Punzi, *Diritto processuale civile*, 13a ed., Padova, 2000, p. 208; E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1325; G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 157 ss., 262 ss.; ora C. Rimini, *Commento all’art. 9 legge div.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Leggi Collegate, Torino, 2010, p. 771 ss. [↑](#footnote-ref-268)
269. L’orientamento giurisprudenziale è sufficientemente compatto nell’escludere ogni deroga (diretta o indiretta, esplicita o implicita, ed in ogni caso) strumentale alla esclusione convenzionale (unilaterale o pattizia) dell’operatività del principio di ordine pubblico del ‘rebus sic stantibus’: per tutte, almeno, Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1239 ss., con nota di L. Cavallo; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.; Cass., 6 aprile 1977, n. 1305; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 19 ottobre 1997, n. 4470; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1 , p. 1456 ss.; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417 ss.; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 156 ss.; Cass., 2 luglio 1990, n. 6773; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, in *Fam. dir.*, 195, p. 239 ss., con commento di F. Padovini, *Sulla modificabilità e sul contenuto dell’assegno postmatrimoniale* [↑](#footnote-ref-269)
270. P. Perlingieri-M.A. Urciuoli, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, cit., p. 493 ss.; C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 531 s.; T.V. Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e <<crisi>> della famiglia*, Napoli, 2001, p. 95 s.; Id., *Divorzio <<consensuale>> e revoca del consenso*, cit., p. 870 ss.; E. Capobianco, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., p. 825 s. [↑](#footnote-ref-270)
271. Diversamente si richiama al principio dell’affidamento pervasivo dell’intero ordinamento – e che sarebbe sorprendentemente assente nell’ambito degli accordi tra coniugi (sì che <<una delle parti con la “riserva mentale” [potrebbe] porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio>>) – per fondare la validità degli accordi in vista della crisi coniugale, Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit. [↑](#footnote-ref-271)
272. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (Pres. Di Palma; cons. rel. Lamorgese), in *Giur. it.*, 2017, p. 1299 ss., con commento di A. di Majo, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1795 ss., con commento di C. Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l’agonia del fondamento assistenziale*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 636 ss., con commento di E. Al Mureden, *L’assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1001 ss. con commento di U. Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all’indipendenza economica*; nonché le penetranti indagini di A. Spadafora, *Il “nuovo” assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva*, in [*www*.*giustiziacivile.com*](http://www.giustiziacivile.com) e V. Barba, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in [*www*.g*iustiziacivile.com*](http://www.giustiziacivile.com); ma con le analisi critiche, di C.M.Bianca, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa*?, in [*www.*g*iustiziacivile.com*](http://www.giustiziacivile.com), Editoriale del 9 giugno 2017 e di E. Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”*: *“persone singole” senza passato?,* in *Corr. giur.*, 2017, p. 885 ss., che conferma la logica “perequativa e redistributiva del reddito” alla base del precedente orientamento, già avanzata in Id. *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam e pers.*, 2005*,* p. 1034 ss. [↑](#footnote-ref-272)
273. Sì come individuativo del parametro di riferimento individuato dalla pronuncia di Tribunale di Milano, 22 maggio 2017 [↑](#footnote-ref-273)
274. E non per quello dovuto in seguito alla separazione personale, come precisa Cass., 16 maggio 2017, n. 12196 [↑](#footnote-ref-274)
275. A. Trabucchi, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 125 ss. [↑](#footnote-ref-275)
276. Ovvero, nel precisare l’affermazione del testo, in un *tendenziale* avvicinamento – in termini quantitativi – (dal primo) al secondo dei due criteri di riferimento, senza che sia necessario (né opportuno) giungere alla rigida e definitiva soluzione della corresponsione esclusivamente del *quantum* richiesto per l’adempimento della prestazione alimentare. Per la natura alimentare dell’assegno di divorzio, pur sottolineando che <<la nozione degli alimenti è tutt’altro che rigida>>, si esprime E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1321 ed ivi la lunga nota 3 [↑](#footnote-ref-276)
277. Cfr., ad esempio, Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 867 ss., con commento di E. Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* (p. 690 ss.) e di A. Morone, *Una questione di ragionevolezza: l’assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*, *ivi*, p. 704 ss., il quale ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità del criterio (elaborato dal ‘diritto vivente’) del ‘tenore di vita’ rispetto al parametro costituzionale della ragionevolezza, poi dichiarata non fondata dalla Consulta, Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in *Dir. giust.*, 2015 [↑](#footnote-ref-277)
278. Come sopra rilevato nel riportare i riferimenti a Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit. [↑](#footnote-ref-278)
279. Cass. 11 maggio 2017 n. 11538 e Cass., 22 giugno 2017, n. 15481 (quest’ultima con medesimo Presidente ma diverso relatore), entrambe consultabili su [*www.ilcaso.it*](http://www.ilcaso.it)(la seconda ora anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1473 ss., con commento di A. Vesto, *Revisione dell’assegno post-matrimoniale: dal dogma del “tenore di vita” all’“autosufficienza e autoresponsabilità economica”*); la seconda sentenza si pronuncia non già su una *prima* richiesta di corresponsione dell’assegno divorzile, ma su una richiesta di modifica (*id est*: revisione) del medesimo, ai sensi dell’art. 9 legge div., formulata dall’ex coniuge a cui carico era stato posto l’obbligo di corresponsione dell’assegno; nonché, Cass., 29 agosto 2017, n. 20525; Cass., 28 novembre 2017, n. 28326; Cass., 21 dicembre 2017, n. 30738 [↑](#footnote-ref-279)
280. App. Milano 16 novembre 2017, n. 4793, nel caso Lario–Berlusconi; Trib. Udine, 1° giugno 2017; Trib. Milano, ord. 22 maggio e sentenza 5 giugno 2017; Trib. Palermo, 26 giugno 2017; Trib. Roma, 1° agosto 2017; Trib. Roma, 23 giugno 2017; oltre ad alcune ulteriori decisioni dei Tribunali di Roma ed Arezzo [↑](#footnote-ref-280)
281. L’aggettivo di tempo vuole evocare, appunto, la rapidità d’intervento dell’assise parlamentare, senza alcun implicito giudizio sul merito della formulata proposta di legge [↑](#footnote-ref-281)
282. Proposta di legge n. 4605, d’iniziativa dei deputati Ferranti ed altri, anche per la allegata nota di presentazione. Cfr., E. Quadri, *Assegno di divorzio: ora si muove il legislatore*, in [*www*.*giustiziacivile.com*](http://www.giustiziacivile.com). [↑](#footnote-ref-282)
283. Tra i criteri si indicano, condivisibilmente, <<il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare … l’impegno di cura personale di figlio comuni minori o disabili, assunto dall’uno o dall’altro coniuge … la mancanza di un’adeguata formazione professionale quale conseguenza dell’adempimento di doveri coniugali>>; la proposta, poi, introduce, per la prima volta due importanti novità: per un verso, si statuisce che l’assegno divorzile può avere anche una durata determinata e, per l’altro, che per la sua debenza e la sua quantificazione si deve aver come riferimento la condizione patrimoniale e reddituale dei coniugi *al momento* dello scioglimento del matrimonio (evento di per sé traumatico, sia esistenzialmente, sia patrimonialmente) e non a quella precedente *manente matrimonio* [↑](#footnote-ref-283)
284. Ad es., quella del 18 ottobre 2017 in cui, tra gli altri, sono stati ascoltati i proff. C.M. Bianca e M. Bianca [↑](#footnote-ref-284)
285. R. Russo, *La seconda sentenza sull’assegno di divorzio, Hybris versus Diche*, in [*www.judicium.it*](http://www.judicium.it), il quale censura la mancata remissione sul fondamento di argomentazioni processualistiche [↑](#footnote-ref-285)
286. Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, cit., si intrattiene sulla richiesta del Procuratore generale di rimettere la questione alle sezioni unite e, valutandola, sostiene di non ritenere verificate le ragioni per le quali quell’istanza avrebbe dovuto considerarsi fondata [↑](#footnote-ref-286)
287. Se ne ha notizia da Il Sole-24 Ore del 13 dicembre 2017, p. 28 [↑](#footnote-ref-287)
288. Vale a dire del principio del *rebus sic stantibus*.

In giurisprudenza, per limitarsi alle più recenti e significative sentenze di legittimità, Cass., 3 febbraio 2017, n. 2953: <<[s]econdo il consolidato orientamento di questa Corte: ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 9, (così come modificato dalla L. n. 436 del 1978, art. 2, e dalla L. n. 74 del 1987, art. 13), le sentenze di divorzio passano in cosa giudicata rebus sic stantibus, rimanendo cioè suscettibili di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli, in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi, mentre la rilevanza dei fatti pregressi e delle ragioni giuridiche non addotte nel giudizio che vi ha dato luogo rimane esclusa in base alla regola generale secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile>>; Cass., 30 luglio 2015, n. 16173; Cass., 18 luglio 2013, n. 17618; Cass., 8 maggio 2013, n. 10720; Cass., 29 dicembre 2011, n. 30033; Cass., 22 maggio 2009, n. 11913; Cass., 3 agosto 2007, n. 17041; Cass., 25 agosto 2005, n. 17320; Cass., 7 giugno 2005, n. 11793 [↑](#footnote-ref-288)
289. F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1142: <<la dimostrata disponibilità dei rapporti tra coniugi conseguenti il divorzio consente di ai coniugi stessi di escludere che l’efficacia del loro accordo preventivo sia subordinato alla clausola *rebus sic stantibus*>>; G. Oberto, *Commento all’art. 160*, cit., p. 990 ritiene che le parti possano derogare all’operatività della clausola *rebus sic stantibus* [↑](#footnote-ref-289)
290. F.D. Busnelli-A. Giusti, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in *Rapports nationaux italiens au XIV Congrès International de Droit Comparé (Athènes, 31 juillet-6 aoύt 1994)*, Milano, 1994, p. 73 ss. [↑](#footnote-ref-290)
291. Sia pure talvolta non espressamente manifestata dagli interpreti e dalla stessa giurisprudenza [↑](#footnote-ref-291)
292. R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 165, 167 ss. [↑](#footnote-ref-292)
293. Così anche, sia pure da altra prospettiva, A. Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., p. 1554 [↑](#footnote-ref-293)
294. Senza che qui convenga, per gli esiti della ricerca, indagare se la rinunzia produca come effetto la sola (necessaria) perdita del diritto o anche (l’ulteriore) estinzione del diritto (*melius*: del rapporto). Invero, se questa comporta necessariamente anche il verificarsi di quella, non è vero che la perdita importi necessariamente (anche) l’estinzione del rapporto (perché questa si verifica solo *normalmente*); ovvero se e come la rinunzia incida, in termini effettuali, sul rapporto giuridico. Per tutti, P. Perlingieri, *Remissione del debito e rinunzia al credito*, Napoli, 1968, p. 81 ss.; e, più di recente, F. Macioce, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 923 ss. [↑](#footnote-ref-294)
295. Invero, la prima dismette (almeno in termini di *perdita* della titolarità) il diritto dal patrimonio del soggetto; il ‘mancato’ e/o il ‘non’ esercizio del diritto (che si produce anche in assenza di dichiarazioni negoziali, là dove la rinunzia, anche se tacita, è sempre un negozio giuridico) assumono, all’opposto, che quel diritto *è* nel patrimonio (e nella titolarità) del soggetto, seppure egli scelga di non esercitarlo. D’altra parte lo stesso <<*esercizio* [del diritto] *è in ogni caso una situazione fattuale*>>, che pure inevitabilmente produce evidenti effetti giuridici: R. Sacco, voce *Esercizio del diritto*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, Aggiornamento, VII, Torino, 2012, p. 497 ss.; nonché le acute riflessioni di E. Frosini, voce *Esercizio del diritto*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1960, p. 825 ss. e di S. Pugliatti, voce *Esercizio del diritto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 622 ss.; E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 334 s.; nella specificità dell’analisi qui condotta, un ragionamento assimilabile, è in A. Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., p. 1556: <<benché in base la principio della domanda processuale, non chiedere l’assegno equivale a una rinuncia, e che pertanto questa debba essere riconosciuta come efficace, non varrebbe l’impegno a rinunziare, appunto perché in materia deve essere salvaguardata la piena libertà di decisione>> [↑](#footnote-ref-295)
296. Mancato esercizio di un diritto che potrebbe, in linea astratta, divenire anche oggetto di un patto tra le parti, configurando quello che è noto come *pactum de non petendo* (G. Recinto, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, *passim;* ed ora, in termini densi e complessi, M. Orlandi, *Clausole riduttive*, in *Clausole negoziali*, cit., p. 1393 ss.) [↑](#footnote-ref-296)
297. E. Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell’assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 345 ss., spec., 349; ma, in replica, la critica vigorosa di G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 700 [↑](#footnote-ref-297)
298. G. Bonilini, *L’assegno post-matrimoniale*, cit., p. 531 s., il quale rileva che <<la funzione assistenziale che l’assegno di divorzio realizza, e trova assicurazione nell’art. 9 l. div., la cui applicabilità non può essere paralizzata con un negozio di diritto privato, porta a qualificare come (relativamente) irrinunciabile il diritto. Ammissibile, invece, è la rinunzia all’oggetto del diritto all’assegno, una volta che sia entrato nel patrimonio del beneficiario. Le prestazioni maturate dopo la pronunzia di divorzio, altro non sono che oggetto di diritti di credito entrati nel patrimonio, riguardo ai quali, peraltro, corre la prescrizione>>; F. Scardulla, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 546 s.: <<niente vieta … che il divorziando possa astenersi dal chiedere la corresponsione dell’assegno, pur ritenendo di avervi diritto … ma la mancata proposizione di una specifica domanda non può intendersi come rinuncia definitiva all’assegno e quindi preclusiva di una successiva domanda diretta alla revisione della misura dell’assegno … che non trova applicazione solamente quando è stata concordata e ritenuta [dal giudice] equa una corresponsione in unica soluzione>>; L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, cit., p. 108; C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 43 ss.; in giurisprudenza: Cass., 11 giugno 1918, n. 3777, cit.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, p. 747 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit..

A favore della derogabilità da parte dell’autonomia negoziale dei coniugi della clausola di rivedibilità dell’assegno divorzile e/o di rinunzia al medesimo, invece, F. Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 416 ss., 432 ss.; G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 33 ss., 435 ss.; Id., *Commento all’art. 160*, cit., p. 990; tendenzialmente anche E. Quadri, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, cit., p. 541; peculiare la posizione di G. Bonilini, *L’assegno post-matrimoniale*, cit., p. 524, il quale si lamenta del mancato potenziamento, da parte del legislatore, dell’autonomia privata dei coniugi perché, come emerge da significativi riscontri normativi, la <<disciplina [de]gli aspetti patrimoniali del divorzio si appalesa ancóra insuscettibile di vedersi plasmata mercé atti negoziali a null’altro rispondenti, che alla volontà dei soggetti>>, e reputa non condivisibile (sia pure inequivoco) il dato normativo <<che porta a mortificare entro confini determinati l’espressione dell’autonomia dei soggetti in materia di divorzio>>; V. Carbone, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 139 ss., spec., 148 ss.: <<l'ordinamento, con l'intervenuta riforma [quella del 1987], rimette alla volontà esclusiva delle parti il potere di adottare il sistema solutorio che ritengono più idoneo alle loro esigenze – senza alcuna possibilità di intervento del giudice ex officio o su istanza di una sola della parti – essendo rimessa all'accordo degli interessati la possibilità di derogare alla periodicità dell'assegno che evita, con il superamento in via legislativa della contraria giurisprudenza, ogni futuro rischio di carattere economico connesso ad una precedente esperienza matrimoniale, ormai risolta, che possa turbare la nuova serenità>>; Id., *L’assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, cit., p. 865, il quale argomenta a favore della rinunziabilità definitiva all’assegno di divorzio dalla necessaria presentazione della richiesta dell’assegno medesimo: <<[n]on solo occorre una specifica domanda del beneficiario, ma quest'ultimo potrebbe, per i più svariati motivi, accontentarsi di un assegno inferiore a quello spettantegli per legge>>; ne riferisce in maniera più neutrale, E. Lucchini Guastalla, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., p. 88 [↑](#footnote-ref-298)
299. Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, cit. [↑](#footnote-ref-299)
300. Che, peraltro – sia consentito aggiungere – non potrà (come pure capita di leggere) argomentarsi *soltanto* sul fondamento del (pur condivisibile) riconoscimento ai coniugi di un ampio potere dispositivo dei diritti di carattere patrimoniale nell’ambito della vicenda della crisi familiare. Né dirimente al riguardo sembra rivelarsi il richiamo all’antica questione della rinunzia a diritti futuri (formula che reca seco, come s’è rilevato, un ossimoro se la predicazione aggettivale è idonea a revocare in dubbio la valenza attributiva del sostantivo che qualifica): se per un verso la definizione di ‘diritto futuro’ deve essere – con non poca fatica nella valutazione del caso concreto e con nomenclature incerte e sovrapposte tra gli stessi interpreti – distinta da quelle di ‘diritto condizionato’ e ‘aspettativa di diritto’, per l’altro, anche l’acquisizione della rinunziabilità al diritto futuro (qualora al momento della manifestazione dismissiva s’individuasse già *in nuce* la nascita di quel rapporto giuridico al quale la situazione soggettiva si collega funzionalmente) non offre argomentazioni solide e condivisibili alla stregua delle specificità della (e coessenziali alla) rinunzia all’assegno divorzile che si connota, almeno, per l’oggetto e per il (delicato) contesto (non solo economico, ma) esistenziale in cui vorrebbe esprimere la sua effettualità giuridica.

Inoltre, venendo a considerazioni più propriamente dogmatiche (e si crede risolutive), altro è il potere dispositivo, altro è la rinunzia (spesso sovrapposta a quello mediante il ricorso alla formula della cd. disposizione negativa). Il potere di disposizione è qui inteso non come facoltà determinata, ma quale <<complesso generico di facoltà>>: R. Cicala, *L’adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione <<novativa>> del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 149 e – sia pure ampiamente inteso – non dovrà confondersi con la rinunzia al diritto che è facoltà senz’altro esterna (a differenza del ‘potere di disposizione’) alla situazione giuridica, in quanto in ogni caso il suo esercizio non realizza alcuno degli interessi per la cui realizzazione di quel diritto il soggetto è investito. La rinunzia, in altri termini, non può farsi coincidere con il potere di esercizio in negativo del diritto (sebbene l’affermazione risulti comunemente diffusa) e, neppure, coincide con il potere di disposizione; per tutti, la lucida lezione di R. Cicala, *L’adempimento indiretto del debito altrui*, cit., p. 147 ss.: <<la facoltà di rinunziare … non [sta] *nel* diritto [come il potere di disposizione], bensì *fuori* di esso>> (corsivo originale).

Sulle evocate questioni generali sia consentito il richiamo a R. Franco, *Il trasferimento della ‘potenzialità edificatoria’. I diritti edificatoritra* beni *e* situazioni giuridiche soggettive, in *Liber amicorum* Biagio Grasso, Napoli, 2015, p. 311 ss.

Per una documentata indicazione delle diverse opinioni in merito alla questione della (in)disponibilità dell’assegno di divorzio, G. Bonilini, *L’assegno post-matrimoniale*, cit., p. 522 ss. [↑](#footnote-ref-300)
301. Si tratta di un diritto (quello all’assegno divorzile) <<irrinunciabile, incedibile, impignorabile, insequestrabile, non compensabile e imprescrittibile alla stregua degli altri emolumenti di varia natura espressione di un principio generale di salvaguardia dei diritti fondamentali>>: C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 46; già, A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzi*o, Milano, 1988, p. 448; C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 228 s.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 252; in giurisprudenza: Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, cit.; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam. pers.*, 1996, I, p. 931. In tema la diffusa trattazione di M.N. Bugetti, *Le rinunzie ai diritti contenute nell’accordo di separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 957 ss.; e di C. Coppola, *Le rinunzie preventive all’assegno post-matriminiale*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 54 ss.

Ma la questione non è ancora pacifica:

. per l’ammissibilità *tout court* della rinunzia, G. Oberto, *Commento all’art. 160*, cit., 987 ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)*, in *Dir, fam.*, 2003, p. 389 ss.; Id, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (seconda parte)*, in *Dir. fam.*, 2003, 495 ss.; Id., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 74 ss.; Id., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., p. 809 s., 813 s. ed ivi anche nota 47, 815 s., non potendo mancare di precisare – al fine di non essere coinvolto nella polemica che l’autore instaura con E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 313 ed ivi nota 37 – che, come ritiene di dover fare l’autore, la rinunzia all’assegno dovrà pur sempre intendersi esercitata nel <<rispetto … delle regole d’ordine pubblico e dei principi inderogabili>>, sì che <<le rinunce … non potranno dispiegare effetti nei confronti dell’obbligo alimentare, caratterizzato, come noto, dall’indisponibilità>>, sebbene il medesimo puntualizzi che quest’obbligo sia <<esistente soltanto tra coniugi e dunque destinato a morire con la fine del vincolo matrimoniale>>; in giurisprudenza: Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.; F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., p. 1150;

. per l’inammissibilità di una rinunzia preventiva, ma non della rinunzia *tout court*, V. Carbone, *L’assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 866; Id., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, cit., p. 148 ss.;

. per la rinunzia o la deroga pattizia all’assegno nella sola componente integrante il mantenimento, ma non in quella degli alimenti, altresì, M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 113 ss.; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 700; C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 229 il quale discute del limite inderogabile del soddisfacimento delle <<fondamentali esigenze di vita dell’ex coniuge>>; L. Balestra, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., p. 77 ss.; cfr., altresì, E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1325, il quale conclude per l’irrinunziabilità dell’assegno divorzile, precisandosi che nella linea ricostruttiva dell’autore, il contenuto dell’assegno si identifica con quello del diritto agli alimenti;

. per la irrinunziabilità e inderogabilità pattizia all’assegno anche nella componete del mantenimento, L. Barbiera, *I diritti patrimoniali*, cit., p. 67; Id., voce *Divorzio. I). Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1 ss.; F. Ruscello, *Relazione conclusiva*, cit., p. 220; più articolata la posizione di G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 163 ed ivi la lunghissima nota 220, 252, il quale, pur rilevando la piena disponibilità dell’obbligazione di mantenimento, ritiene che, in riferimento ad essa, il potere *determinativo* delle parti non possa spingersi (incontrando in ciò l’insuperabile limite al suo libero esercizio) fino ad una <<concreta e sostanziale compressione od abrogazione del diritto al mantenimento, ravvisabile ogniqualvolta la determinazione convenzionale sia oggettivamente funzionale a porre rimedio soltanto allo stato di bisogno e non anche al coniuge sprovvisto di mezzi adeguati la possibilità di far fronte a tutte le esigenze di vita>> (p. 167, in nota); G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1336, il quale precisa che la rinunzia sarà colpita dalla nullità (relativa, ma con rilevabilità d’ufficio) qualora non sottoposta alla rivedibilità prescritta per legge; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, cit. [↑](#footnote-ref-301)
302. Ipotesi che si può verificare sia se l’assegno divorzile non è stato richiesto in sede di divorzio, sia se esso, pur richiesto, in quella sede non era stato concesso [↑](#footnote-ref-302)
303. In tema di rinunzia preventiva, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344 ss. [↑](#footnote-ref-303)
304. Sia pure convenendo – senza che in letteratura si sia giunti ad una comune condivisione – che il *silenzio*, non è sempre attività insignificante per il diritto e che può assumere, nel concorrente evolversi di determinate circostanze ovvero in un dato contesto relazionale ovvero in virtù di una determinata disposizione legislativa – una propria valenza, nelle problematiche intersezioni con il comportamento concludente omissivo, la rinunzia e la dottrina della *virwirkung*. Per alcune riflessioni, anche a chiarimento di quanto affermato nel testo, sia consentito rinviare a R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 21 ed ivi la nota 47 [↑](#footnote-ref-304)
305. Per una prima densa informazione S. Patti, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, Torino, XIX, 1999, p. 722 ss. [↑](#footnote-ref-305)
306. E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 334, anche per il successivo virgolettato; la censura, per la cronaca, è rivolta alle affermazioni di G. Oberto [↑](#footnote-ref-306)
307. G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 262 ss., 265 s.; C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 46 s.; E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 69 ss.

Diversamente per G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 435 ss., 825 ss., il quale – assumendo una piena esplicazione dell’autonomia privata anche con riferimento all’*an* dell’assegno divorzile – ridimensiona l’ambito di applicazione della disposizione alla sola ipotesi del contenzioso tra coniugi, affermando <<che riesce arduo comprendere per quale motivo … [le parti] dovrebbero … sottostare a tale valutazione [quella giudiziale di equità, soltanto] quanto intendessero … prevedere il pagamento di una somma *una tantum*>>; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit., che ribadisce come la richiamata ipotesi costituisca un <<dato incontroverso>> [↑](#footnote-ref-307)
308. Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit. [↑](#footnote-ref-308)
309. Controllo giudiziale che, nella prospettiva legislativa, è idoneo a riequilibrare la posizione (almeno astrattamente minorata) del coniuge che richiede la corresponsione dell’assegno *una tantum* [↑](#footnote-ref-309)
310. G. Doria, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., p. 265 ss., il quale al riguardo discute di norma eccezionale [↑](#footnote-ref-310)
311. Ma per l’ammissibilità, anche in questo caso, della possibilità di richiedere una successiva modifica in ragione di fatti e motivi sopravvenuti, anche argomentando da una lettura costituzionale della disposizione, C.M. Bianca, *Art. 9 l. 1.12.1970, n. 898* – sezione I, in *Comm. dir. fam.*, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, Vi, 1, Padova, 1993, p. 469; L. Barbiera, *Il matrimonio*, Milano, 2006, p. 406.

Per il necessario rimando al tema di teoria generale, A. Falzea, voce *Efficacia giuridico*, in *Enc. dir*, XIV, Milano, 1965, p. 423 ss. [↑](#footnote-ref-311)
312. In quanto questi negozi esprimono la loro caratteristica essenziale nella sottoposizione della *persistenza* e/o *tenuta* loro efficacia alla clausola *rebus sic stantibus*, perché essa <<si modifica in relazione alle vicende dell’obbligo legale di cui costituiscono determinazione>>; E. Russo, *Il divorzio <<all’americana>>; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., p. 1326 s.; G. Doria, *Autonomia privata e “causa” familiare*, cit., p. 162 ss., 167-168, ed ivi nota 222, 255 ss.; T. Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 61 [↑](#footnote-ref-312)
313. Per tutti, C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, *passim* [↑](#footnote-ref-313)
314. A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 226 [↑](#footnote-ref-314)
315. Per lo sviluppo del relativo itinerario di ricerca, sia consentito rinviare a R. Franco, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, cit. [↑](#footnote-ref-315)
316. Richiamo al principio di proporzionalità che non dovrebbe risultare estraneo alla stessa giurisprudenza nell’ambito familiare: cfr., Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit. [↑](#footnote-ref-316)
317. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit. [↑](#footnote-ref-317)
318. C.M. Bianca, *Il familiare debole: l’impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 91 [↑](#footnote-ref-318)
319. Anche in materia divorzile, il principio della domanda resta pienamente operativo. Sì che deve escludersi un possibile intervento *ex officio* del giudice; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 107; anche V. Carbone, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., p. 436, il quale precisa che un intervento giudiziale, nel caso di domanda congiunta di divorzio, non sia consentito (se riferito alle condizioni patrimoniali in essa contenute; sempre previsto in funzione dell’interesse dei figli) anche se richiesto da un coniuge; in senso contrario, nel senso di ammettere sempre la possibilità della richiesta di un controllo giudiziale dell’accordo, M. Dellacasa, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell’integrazione*, cit., p. 53 che scrive del <<principio di ordine pubblico che postula la possibilità di una revisione degli aspetti patrimoniali concordati>>; C. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 35 ss. [↑](#footnote-ref-319)
320. Già M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 112; E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 421 ss.; E. Bargelli, *<<Accordi in vista del divorzio: il*revirement*incompiuto della Cassazione>>*, cit., p. 708 che giudica ‘apodittica’ la rigida chiusura giurisprudenziale, auspicando il diffondersi di una nuova prospettiva che valuti caso per caso, con il controllo giudiziale, il contenuto del singolo accordo; sebbene con esiti opposti, G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 699; L. Barbiera, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., p. 2229 sembra accettare la possibilità che il controllo giudiziale sia consentito soltanto nella richiesta di erogazione dell’assegno divorzile con la modalità dell’*una tantum* (sia perché solo in questa ipotesi detto controllo è espressamente previsto dal legislatore, sia perché esso si spiegherebbe in ragione della stessa modalità di erogazione dell’assegno stesso) [↑](#footnote-ref-320)
321. E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 71, la quale rileva come <<rispetto ad altri settori dell’autonomia privata, nel diritto di famiglia l’autorità giudiziaria trova già qualche dato sul quale poter poggiare un controllo di adeguatezza del contenuto economico dell’accordo, che può svolgersi alla luce del costante confronto con le relative regole legali: si pensi al riferimento all’“equità”, contenuto nel citato art. 5, comma 8° l. div. che potrebbe prestarsi ad essere inteso come non puramente coincidente con una verifica del rispetto dei limiti legali inderogabili>> [↑](#footnote-ref-321)
322. L’esigenza di tutela del coniuge debole costituisce il riferimento costante anche dell’impostazione di R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, cit., p. 582 ss., 589; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 157 ss., 162 [↑](#footnote-ref-322)
323. Introdotta dall’art. 6 del d.l. n. 132 del 2014, convertito con modificazione nella legge 10 novembre 2014, n. 162. In tema, tra i numerosissimi interventi, l’approfondita analisi di L. Ballerini, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., p. 1 ss.. In verità a quanto ora riferito nel testo potrebbe muoversi il rilievo dell’equivocità là dove non precisa più attentamente che quel controllo giudiziale più che alla negoziazione assistita andrà ricalibrato sull’esito cui condurrà la cooperazione tra i coniugi, vale a dire sull’accordo che compone le loro vicende inerenti alla separazione ed al divorzio [↑](#footnote-ref-323)
324. Evocanti il dibattito antico (risalente ai primi anni del 1900), troppo rapidamente archiviato, inerente alla possibilità di attribuire autonomia euristica a quella peculiare figura del *pactum de tractando*, avente ad oggetto *l’obbligo di non interrompere le trattative*, ovvero, in positivo, costituente per le parti *l’obbligo di trattare*, la cui rivalutazione funzionale, in termini procedimentali, è stata proposta in R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., p. 362 ss. [↑](#footnote-ref-324)
325. M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 303 s., il quale nota, altresì, che in detta disciplina per la prima volta il legislatore ricorre esplicitamente al termine ‘divorzio’, prima sempre sostituito da diverse, svariate <<anodine locuzioni>> (p. 297); R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 125 ss.; M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., p. 113 s., con specifico riferimento all’estensione della clausola *rebus sic stantibus*; meno deciso, L. Ballerini, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., p. 42 s.

In tema l’approfondita e densa riflessione di S. Delle Monache, *Profili civilistici della negoziazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 105 ss. [↑](#footnote-ref-325)
326. Ai quali spetta l’importantissimo compito di assolvere adeguatamente, in ragione delle specificità del caso concreto, agli obblighi di informazioni al rispettivo cliente-coniuge, al fine di consentire a quest’ultimo di esprimere, il più possibile in ragione delle circostante effettive, un consenso all’accordo negoziale consapevole, congruamente e ragionevolmente formato. Modalità, dunque, espressiva di una giustizia *procedurale*: in tema, E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 325 s.; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 157 ss. [↑](#footnote-ref-326)
327. Assimilazione che, nondimeno, non può giungere a scardinare il sistema della pubblicità immobiliare che richiede, ai fini della trascrizione (e, dunque, per l’ingresso delle informazioni privilegiate che è destinato ad offrire il pubblico registro tenuto dall’Agenzia del Territorio, ex Conservatoria dei Registri Immobiliari, ai fini di una corretta circolazione immobiliare), un atto pubblico o una scrittura privata autenticata da notaio (o verificata giudizialmente: art. 2567 c.c.), non consentendo agli avvocati di procedere in tal senso (App. Trieste, di cui in seguito), giacché il potere di autentica ad essi specificamente attribuito è limitato ad alcune specifiche funzioni e benché l’accordo di negoziazione sia munito del ‘nulla osta’ del P.M. (che, come ribadito da App. Trieste di cui in seguito, non è assimilabile in termini giuridici, <<agli altri provvedimenti che concludono l’iter della separazione avanti all’autorità giurisdizionale, sia essa consensuale o contenziosa>>). Sul punto si è espresso Trib. Pordenone, 17 marzo 2017 che, in composizione collegiale ha ordinato la (così superando l’espresso rifiuto opposto dal competente Conservatore dei RR.II. alla) trascrizione di una negoziazione assistita contenente il trasferimento di diritti immobiliari, conclusa con la forma delle autentiche effettuate dagli avvocati; sennonché è poi intervenuto App. Trieste, 30 maggio 2017 che ribadisce la necessarietà dell’intervento notarile ai fini dell’accesso ai pubblici registri di ogni convenzione avente ad oggetto diritti immobiliari, compresa quell’accordo esito della negoziazione assistita [↑](#footnote-ref-327)
328. E. Al Mureden, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam dir.*, 2005, p. 543 ss., spec., 556 s. [↑](#footnote-ref-328)
329. G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, cit., p. 146; E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 330 ss.; e, sia pure limitatamente all’ipotesi della corresponsione *una tantum* dell’assegno divorzile, M. Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 305; esclude, di contro, per le convenzioni stipulate in “negoziazione assistita”, il controllo, anche mediante intervento giudiziale, L. Ballerini, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., p. 34; [↑](#footnote-ref-329)
330. E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 332; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 157 ss. [↑](#footnote-ref-330)
331. Modalità espressiva della *materializzazione* della giustizia che, nell’ambito dei rapporti familiari, si ritiene di dover tendenzialmente preferire a quella più propriamente *procedimentale* che si crede più conveniente nell’ambito contrattuale in generale, e che è ridimensionante soltanto a concepirla in una prospettiva che qui non si condivide; ciò in obbedienza anche alla più convincente diffusione di tensioni alla giustizia della contrattazione nell’ambito generale dell’ordinamento giuridico. Sia pure da prospettive e da fondamenti diversi, si esprimono per un controllo giudiziale degli accordi: G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 132; F. Anelli, *Sull’esplicazione dell’autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, p. 48; M.R. Marella, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in *Separazione e divorzio*, a cura di G. Ferrando, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2003, p. 208 ss.; A. Gorgoni, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 100 ss.. Dedica un intero capitolo, ampiamente documentato, alla ‘giustizia contrattuale nella famiglia’, di recente, R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 125 ss., 153 ss., 161 ss., con l’importante (e convincente) precisazione che un controllo sulla giustizia sostanziale degli accordi tra i coniugi, in vista del divorzio (e di là dal tempo in cui sono convenuti), si impone di là da una mera verifica del rispetto dei limiti inderogabili di legge e di quelli compendiati dall’ordine pubblico familiare, in quanto <<un problema di giustizia contrattuale>> potrà sorgere <<anche con riguardo ad accordi con i quali siano attribuiti ad uno dei coniugi diritti maggiori rispetto a quelli previsti dalla legge ovvero che implichino rinuncia alle sole componenti derogabili dell’assegno di divorzio, ovvero, ancora, che risultano svantaggiosi in danno del coniuge economicamente forte>> (p. 153-154) [↑](#footnote-ref-331)
332. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 525. Esito nel quale anche impostazioni (non solo giuridiche) delle quali non potrebbe che registrarsi la (notevole) distanza (talvolta espressamente ribadita: A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 221, ma p. 229 ss.) tendono, nella prospettiva ultima della promozione della persona e delle effettività delle tutele, sensibilmente ad avvicinarsi nella condivisione dell’esito assiologico perseguito: la giustizia del patto; E. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi di familiare*, in *Familia*, 2005, p. 9; R. Amagliani, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, cit., 589; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 161-167 [↑](#footnote-ref-332)
333. U. Majello, *Effetti della rinuncia del coniuge affidatario all’assegno di mantenimento dei figli, in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia dedicate ad A. Trabucchi*, Padova, 1989, p. 519 ss.; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 114; F. Macario, *Art. 10*, in *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimenti del matrimonio* (L. 6 marzo 1987, n 74), a cura di N. Lipari, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 911; E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 69 ss.; C. Rimini, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., p. 2605 s., il quale aggiunge significativamente che al fine di agevole il controllo giudiziale, all’accordo dovrà accompagnarsi <<una *full disclosure* da parte dei coniugi sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno>> (p. 2606) [↑](#footnote-ref-333)
334. P. Rescigno, *Libertà dal bisogno ed esperienze del diritto, in Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999, p. 515 ss., richiamato da E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 331; R. Montinaro, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., p. 143 [↑](#footnote-ref-334)
335. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 529, il quale puntualmente mette in guardia dal rischio che un’eccessiva ed acritica fiducia nell’accordo familiare <<potrebbe rivelarsi capace, se [questo] non [fosse] oculatamente controllato nel suo impiego, di costituire il più serio intralcio al conseguimento, *effettivo* e non puramente declamato, delle finalità della riforma [del ’75] stessa>> [↑](#footnote-ref-335)
336. Preoccupazioni anche di E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 303 ss.; A. Zoppini, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, cit., p. 221 s. [↑](#footnote-ref-336)
337. Uno spunto in tal senso anche in E. Bargelli, *Limiti all’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, cit., p. 68 [↑](#footnote-ref-337)
338. A. di Majo, *Giustizia e <<materializzazione>> nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797 ss. [↑](#footnote-ref-338)
339. In pari tenore G. Ferrando, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, III, Milano, p. 487 ss.: «nell’ambito del diritto di famiglia la constatazione che possono esistere situazioni di debolezza non è sufficiente per ritenere, in linea di principio, nullo per illiceità della causa il contratto destinato a regolare i rapporti economici post divorzili. Essa giustifica, piuttosto, rimedi volti a riequilibrare la posizione delle parti quando risulti in concreto dimostrato che l’una ha approfittato della situazione di debolezza, di fiducia, di dipendenza dell’altra, o a “rinegoziarne” i termini quando circostanze sopravvenute ne alterino l’originario equilibrio. L’impiego della clausola di buona fede contrattuale, si suggerisce con lo sguardo volto all’esperienza tedesca, potrebbe consentire un controllo sul contenuto dei patti in funzione di protezione del coniuge debole, ogni volta in cui essi determinino un significativo squilibrio a suo danno» (p. 531); ma, sostanzialmente, anche C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 519 s., 529 s.; CC. Brignone-I. Tardia, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., p. 12 ss., sia pure non condividendone gli esiti ultimi per cui un rapporto <<tra un uomo ed una donna … non si estinguono mai del tutto, ma, al più, si trasformano>>; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata e accordi coniugali*, cit., p. 19: <<nell’attuale regolamentazione [del matrimonio si deve] rompe[re] l’intimo collegamento con l’istante dello scambio delle dichiarazioni per proiettarsi sul rapporto. Il *consensus*dunque si trasforma in persistenza della comunione di vita intesa in senso spirituale>>; E. Bargelli, *L’autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 310 ss. [↑](#footnote-ref-339)
340. Nell’attesa di un intervento legislativo che disciplini l’intero ambito degli accordi in vista del divorzio. Frattanto sul ddl n. S/2629 (XVI); sul testo del <<Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali>> presentato dall’Associazione Avvocati matrimonialisti Italiani; in merito alla proposta elaborata dal Consiglio Nazionale dl Notariato si rinvia, anche per un’accurata analisi, a G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 62 ss., 70 ss., 74 ss.

Auspicio che è proprio anche di G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, cit., p. 144 ss. [↑](#footnote-ref-340)
341. A.C. Jemolo, *Convenzioni in vista dell’annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 530 ss. il quale, nel riconoscere la liceità degli accordi tra coniugi stipulati in vista dell’annullamento del matrimonio (unica ipotesi, si rammenti, consentita, ai tempi, per lo scioglimento del vincolo), scriveva: <<siamo in un caso in cui è palese l’interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamentazione, essendo quasi impensabile che la termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche>> e, con riferimento alla determinazione delle prestazioni, anche se aggiungeva: <<[c]irca il quantum dell’obbligazione, e l’addossarla all’uno o all’altro dei coniugi, è materia in cui l’autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi insindacabilità del giudice nel valutare se ci sia stata o meno generosità di chi si è obbligato, se avrebbe potuto dare somma minore>> [↑](#footnote-ref-341)
342. Sulle quali G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 62 ss., nonché quella predisposta dal Consiglio Nazionale del Notariato, in *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali, convivenze, successioni,* a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011, *passim*; T.V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, cit., p. 480 ss.. Cfr., altresì, 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 *Nuove leggi civ. comm.,* 2017*,* p.191 ss.*;* G. Oberto, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.,* 2014, p. 88 ss. [↑](#footnote-ref-342)
343. Sia pure con i limiti e con qualche incertezza più sopra evidenziati, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit.; cui *adde*., Cass., 20 agosto 2014 n. 18066, cit.; Cass., 21 febbraio 2014 n. 4210; Cass. 19 agosto 2015 n. 16909; Cass., 3 dicembre 2015 n. 24621, in *Fam dir*., 2016, p. 747 ss. con nota di A. Carratta [↑](#footnote-ref-343)
344. Da ultimo, R. Rosetti, *Le nuove prospettive del diritto di famiglia,* in *La Magistratura, Organo della A. N.M.,* luglio–dicembre, 2014, in [*www.associazionenazionalemagistrati.it*](http://www.associazionenazionalemagistrati.it): <<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>>; già G. Passagnoli, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., p. 1334 [↑](#footnote-ref-344)
345. Come virtuosamente intraprende Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit. (seguita da Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, cit. ed anticipata da Cass., 2012, n. 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.) ove, con coerenza e rigore, si rilevano – nella constatazione che gli accordi in vista della crisi coniugale <<sono molto frequenti in altri Stati>> e <<svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili>> – <<le critiche di parte della dottrina all’orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi, anche successivi alla crisi coniugale, ferma ovviamente la tutela dell’interesse dei figli minori>>; Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 278 ss., con nota di A.C. Zanuzzi [↑](#footnote-ref-345)
346. Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim* [↑](#footnote-ref-346)
347. Ben distante e distinta da surrettizie o palesi prospettive di proposte per forme di giustizia sociale e/o di (re)distribuzione dei redditi che vorrebbero imputare al contratto (nel suo più specifico significato giuridico ed all’accordo tra i coniugi in vista del divorzio) compiti e ruoli che decisamente non gl’appartengono, perché probabilmente estranei alla stessa loro natura. Sia ancora consentito il rinvio a R. Franco, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., *passim* [↑](#footnote-ref-347)
348. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 533 [↑](#footnote-ref-348)
349. C. Donisi, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 532; C.M. Bianca, *La famiglia. Le successioni*, cit., p. 18; P. Stanzione-G. Autorino, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., p. 19 s. [↑](#footnote-ref-349)
350. N. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., p. 445 [↑](#footnote-ref-350)