

RIVISTA CRITICA DEL DIRITTO PRIVATO

Anno XXXII - 2
Giugno 2014
Trimestrale

Estratto

JOVENE EDITORE NAPOLI

Il rapporto coniugale tra status e contratto negli ordinamenti italiano ed inglese

Alessandra Pera.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le posizioni della giurisprudenza e della dottrina italiane. – 3. Raffronti comparatistici. – 4. Conclusioni.

1. Una innovativa pronuncia della prima sezione civile della Corte di Cassazione¹ ha ritenuto valido l'accordo stipulato dai nubendi, nell'eventualità di un futuro ed incerto «fallimento» del matrimonio, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà immobiliare. La Corte ha qualificato il negozio stipulato tra le parti non già come accordo prematrimoniale in vista del divorzio, ma come contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia privata dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ.²

¹ Cfr. Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

² L'art. 1322 cod. civ., come è noto, prevede la possibilità per i contraenti di stipulare contratti non appartenenti ai tipi legali e capaci di realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. In effetti, si tratta di una norma che realizza di per sé un interesse fondamentale ovvero la libertà dei privati di muoversi fuori dagli schemi contrattuali tipici. Si tratta di una norma che consente di «adeguare» l'ordinamento giuridico ai bisogni sociali ed economici derivanti dalla prassi che si evolve molto più velocemente del diritto. In dottrina si discute sui rapporti tra tipicità ed atipicità. In particolare, secondo una certa posizione persiste la tendenza a ricondurre ogni figura nuova ad una nota e tipizzata. Cfr. G. Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, Parte generale, Milano, 1952, 4-5. Altra dottrina si mostra più propensa ad individuare e valorizzare le peculiarità e le tendenze innovative espressioni dell'autonomia delle parti. Vd. P. Rescigno, *Note sull'atipicità contrattuale in I contratti atipici*, in «Giur. sist. civ. e comm.», Torino, 1991, 7; G. De Nova, *I tipi contrattuali*, Padova, 1974, 51. Secondo Rodolfo Sacco, la tendenza a ricondurre in via ermeneutica il contratto innominato agli schemi tipici troverebbe in parte giustificazione nell'incapacità delle norme generali sulle obbligazioni, contenute nel Titolo II del Libro IV, a disciplinare in modo organico i contratti atipici. Cfr. R. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1966, 788. L'Autore, inoltre, evidenzia come la giurisprudenza italiana abbia in genere deciso i singoli casi concreti, in cui si è trovata ad individuare la disciplina applicabile ad uno specifico contratto innominato, riconducendo la fattispecie atipica ad uno o più tipi legali combinati tra loro o, in subordine, ad un tipo di «matrice giurisprudenziale». Dunque, in nessuna aula giudiziaria ha mai avuto ingresso un contratto atipico regolato solo e soltanto sulla base delle norme di cui agli artt. 1321-1469 cod. civ. Così, R. Sacco, *Autonomia, cit.*, 790 e, da ultimo, vd. R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto*, Utet, 2004, vol. I, 780 ss.

³ L'art. 1197 prevede che il debitore non possa essere liberato se adempie una prestazione diversa da quella dovuta, a meno che il creditore non presti il proprio consenso a ricevere una prestazione diversa. In tal caso l'obbligazione si estingue quando la prestazione diversa viene adempita. Secondo la Corte, «il trasferimento di immobile può sicuramente costituire adempimento, con l'accordo del creditore, rispetto all'obbligo di restituzione delle somme spese per la sistemazione di altro immobile, adibito a casa coniugale». Cfr. 8 della sentenza in commento.

In particolare, la giurisprudenza è stata portata a confrontarsi più frequentemente con il tema della disponibilità o indisponibilità dell'assegno divorzile, poiché nella prassi e nell'articolarsi dei rapporti familiari esso rappresenta il fulcro attorno al quale ruotano le controverse di carattere patrimoniale tra gli ex-coniugi.

Secondo una certa giurisprudenza l'assegno divorzile risponde a diversi obiettivi, avendo una funzione risarcitoria (in ordine alla responsabilità per il fallimento del matrimonio), una funzione compensativa (per il contributo personale o economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare) ed una funzione assistenziale (per riequilibrare le rispettive posizioni economiche dei coniugi). In effetti, però, la stessa giurisprudenza evidenzia che la legge sul divorzio prevede la possibilità di un accordo, sia pure ai fini della corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione (art. 5, comma 4, l. n. 898 del 1970) e, quindi, riconosce limitati margini di autonomia alle parti di disporre, purché nel rispetto di dette finalità⁹. Quindi, l'assegno periodico può validamente formare oggetto di transazione o di rinuncia definitiva, purché queste risultino in modo certo, chiaro ed univoco, non siano affette da vizi della volontà o della dichiarazione e purché sia garantita la soddisfazione di quanto necessario agli essenziali bisogni di vita del coniuge più debole¹⁰.

cedenza, la Corte ha ritenuto che per la determinazione dell'assegno divorzile, il Giudice deve procedere ad un'autonoma valutazione delle condizioni economiche delle parti e che l'*an* ed il *quantum* di mantenimento stabilito in sede di separazione, corrisposto in un'unica soluzione, non può costituire parametro unico e determinante per la quantificazione della somma da corrispondere in seguito allo scioglimento del matrimonio, poiché le diverse funzioni delle due contribuzioni e le differenti modalità di erogazione ne fanno due termini eterogenei insuscettibili di confronto, cfr. Cass. 18 settembre 1978, n. 4174, in «Dir. fam.», 1979, 37. Cfr. anche Cass. 11 agosto 1992, n. 9494, in «Giur. it.», 1993, I, I, c. 1495, con nota di De Mare; Cass. 28 ottobre 1994, n. 8992, in «Fam. e dir.», 1995, 14, con nota di Uda; *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*; Cass. 7 settembre 1995, n. 9416, in «Vita not.», 1995, 1356; Cass. 20 febbraio 1996, n. 1315, in «Rep. Giur. it.», 1996, voce *Matrimonio*, n. 107; Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in «Contratti», 1998, 472.

⁹ Cfr. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Dir. fam.*, 1973, 60, in cui è stato ritenuto legittimo l'accordo che prevedeva il trasferimento della proprietà di due immobili e la costituzione a favore della moglie del diritto di usufrutto su altro appartamento di proprietà del marito. Tale accordo è stato ritenuto tale da costituire corretto ed adeguato adempimento dell'obbligo di mantenimento. La rinuncia all'assegno periodico è conforme a diritto, in quanto validamente formulata nel momento in cui il rinunciante non versava in stato di bisogno. Tuttavia può divenire parzialmente inefficace qualora sopraggiunga tale stato. Per un'accurata analisi sul regime degli alimenti e sulle diverse funzioni cui assolve l'istituto in questione, non solo nell'ambito del rapporto coniugale, si rinvia a C. Argiroffi, *Gli alimenti: i profili oggettivi del rapporto*, Giappichelli, Torino, 1993; e più di recente, Id., *Degli Alimenti*, sub. artt. 433-448, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁰ Così anche Cass. 10 aprile 1992, n. 4391, in «Rep. Giur. it.», 1992, voce *Matrimonio*, n. 183, che sottolinea l'autonomia dei criteri che il Giudice adotta per le due ipotesi di elargizione pecuniaria periodica a favore del soggetto meno abiente, nelle due diverse sedi della separazione e del divorzio.

La giurisprudenza che si è pronunciata nel senso dell'indisponibilità fa leva sulla componente assistenziale, in quanto, essendo stata fatta dipendere nella legge dalle condizioni economiche dei coniugi, sta a significare il perdurare, pur dopo lo scioglimento del matrimonio e la cessazione degli obblighi di mantenimento e di alimenti ad esso propri, di un rapporto *sui generis* di solidarietà economica tra gli ex coniugi, nel quale viene trasformato ed attenuato il complesso dei precedenti ed ormai estinti obblighi di assistenza materiale imposti dal matrimonio. Pertanto, l'accordo preventivo tra coniugi sul regime economico del divorzio, che tra di essi dovesse in futuro verificarsi, ha sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio, non soltanto per quel che riguarda l'accettazione degli aspetti economici preconcertati ma, prima ancora e soprattutto, per quanto concerne la stessa dichiarazione del divorzio in sé.

Secondo una certa impostazione, consentire ai coniugi il ricorso ad accordi economici preventivi equivale ad autorizzarli alla rinuncia totale o parziale, in sede di divorzio, ad alcune delle pretese azionate o azionabili dall'una o dall'altra parte. In tal modo, sarebbero oggetto di transazione non meri aspetti patrimoniali conseguenti ad un determinato status, ma oggetto dell'accordo sarebbe lo status stesso e, se così è, allora la causa di questi accordi economici preventivi non può che essere considerata 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 di un obiettivo di ordine pubblico.

Un ulteriore elemento, che depona nel senso dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio prima dell'inizio del relativo giudizio, viene individuato nell'intervento obbligatorio del pubblico ministero nel giudizio stesso, stabilito nell'art. 5 della legge istitutiva del divorzio, al quale vengono attribuiti notevoli poteri in ordine all'istruzione della causa (cfr. art. 72, comma 2, c.p.c.). Ciò si spiega con l'indisponibilità dei diritti fatti valere in giudizio e, quindi, con la necessità di un controllo volto ad assicurare che la disciplina legale del rapporto sottostante non sia derogata dalla volontà delle parti e trovi, quindi, piena e libera possibilità di applicazione da parte del giudice.

Secondo una interpretazione meno restrittiva e più aperta alla disponibilità di alcune delle situazioni giuridiche coinvolte, la quantificazione giudiziale dell'assegno periodico non è finalizzata a garantire, al di sopra della volontà delle parti, un'assistenza per un rapporto di vita che non esiste più. In altri termini, l'assistenza non può essere imposta oltre la volontà della parte, che ritiene già tutelato il proprio interesse economico, perché ha già ottenuto un corrispondente vantaggio patrimoniale. Così come l'ordinamento non può andare oltre la volontà di chi non vuole garantire il proprio interesse economico, per

qualsiasi ragione o motivo personale, familiare, oggettivo, soggettivo, giusto o sbagliato che sia. Talvolta può senza dubbio essere espressa sotto la forma di pretesa o di rinuncia ed ha, comunque, valore vincolante, se fondata su una salda giustificazione causale¹¹.

Un'interpretazione più attenta e sensibile allo spirito che impronta le relazioni familiari, il contesto sociale ed economico attuale e, in sostanza, la vita delle famiglie, mostra la fragilità dell'argomento relativo all'indisponibilità dell'assegno divorzile, quale limite in sé e per sé all'autonomia privata.

Sulla scorta di queste osservazioni, in tempi più recenti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹² ha mostrato alcune aperture, ritenendo che gli accordi volti a disciplinare il futuro assetto patrimoniale dei coniugi non sarebbero di per sé nulli per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative (art. 160 c.c.), ma solo se e nella misura in cui violino il principio di tutela del coniuge economicamente più debole.

Peraltro, secondo una certa giurisprudenza, la *ratio* del principio di indisponibilità dell'assegno di divorzio risiede nella tutela del co-

niuge debole e, pertanto, trattandosi di nullità relativa, l'azione di nullità sarebbe proponibile soltanto da parte di quest'ultimo.

Tale giurisprudenza di legittimità è certamente in linea con le posizioni della dottrina più attenta e sensibile, la quale ritiene che tali convenzioni devono ritenersi valide ed efficaci nei limiti di ordine pubblico, norme imperative e buon costume, al pari di qualsiasi altro contratto. Pertanto, entro detti limiti, quanto al momento genetico ed alla sede di stipula, gli accordi possono essere anteriori, coevi o posteriori al divorzio, giudiziali o extragiudiziali e quelli extragiudiziali possono modificare quelli giudiziali; quanto alla funzione ed alla *ratio*, gli accordi possono regolare tutti o alcuni dei rapporti reciproci tra i coniugi, anche al fine di prevenire possibili controversie; quanto all'oggetto ed alla causa, essi possono essere concepiti come strumenti per consentire reciproche o unilaterali concessioni, risarcimenti e riconoscimenti, adempimenti dell'obbligo dell'assegno *ex lege* (magari attraverso il trasferimento di beni mobili o immobili), assegnazioni periodiche o altro¹³; quanto alla natura, possono essere atti a titolo oneroso o gratuito ovvero avere natura mista¹⁴.

¹¹ L'assegno di divorzio va quantificato in modo autonomo, alla luce dei criteri indicati dalla normativa speciale in materia, senza che vi sia una dipendenza necessaria da pattuizioni o statuizioni anteriori, secondo G. Trabucchi, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, nota a Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in «Giur. it.», 1981, I, 1, c. 1158, il quale concorda con l'orientamento interpretativo secondo cui Cfr. Cass. 21 maggio 1983, n. 3520, in «Foro it.», 1984, I, c. 229; Cass. 25 maggio 1983, n. 3597, in «Rep. Foro it.», voce *Matrimonio*, n. 254, «gli accordi intervenuti fra i coniugi in regime di separazione personale, ancorché contengano rinunce o limitazioni dei diritti patrimoniali dell'uno nei confronti dell'altro, possono fornire solo parametri sussidiari, ma non spiegano effetti decisivi o vincolanti al fine del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di divorzio, da compiersi secondo gli autonomi criteri fissati dall'art. 5, l. 1 dicembre 1970, n. 898»; così Cass. 10 ottobre 1983, n. 5881, in «Rep. Foro it.», 1983, voce *Matrimonio*, n. 253; Cass. 28 ottobre 1986, n. 6312, in «Giur. it.», 1987, I, c. 1406, con nota di Barba; Cass. 19 novembre 1987, n. 8502, in «Giur. it.», voce *Matrimonio*, n. 106; Cass. sez. un., 29 novembre 1990, n. 11492, in *Arch. civ.*, 1991, 419, con nota di R.M. Delconte, *Una sofferta mediazione delle Sezioni Unite: alcune valutazioni critiche tra «passato e futuro»*; Cass. 7 giugno 1999, n. 5553, in «Vita not.», 1999, 793.

¹² *Ex multis*, Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8109, in «Riv. notariato», 2000, 5, 1221, con nota di A. Zanni, *Trent'anni di giurisprudenza in tema di autonomia negoziale e assegno divorzile*; in «Giust. civ.», 2001, I, 457, con nota di M. Guarini, *La Cassazione conforme alla nullità dei «patti» anteriori al divorzio*; in «Giur. it.», 2000, 2229, con nota di Barbiera; Cass. civ., 12 febbraio 2003 n. 2076. *Contra* o, comunque, con un'impostazione più restrittiva e meno aperta all'autonomia negoziale dei coniugi, vd. Cass. civ., 10 marzo 2006 n. 5302, in «Giust. civ. Mass.», 2006, 4. In dottrina, sostengono l'indisponibilità dei diritti di natura patrimoniale in vista del divorzio e, dunque, l'atteggiamento della giurisprudenza maggioritaria, C. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in «Riv. dir. civ.», 1997, 695; L. Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, 17; F. Dall'Ongaro, *Sulla controversa qualificazione dell'assegno di divorzio*, nota a Cass., sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194 e Cass., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, in «Dir. fam.», 1974, 636.

¹³ In proposito si rinvia ad alcuni Autori, i quali hanno assunto, seppure con diverse argomentazioni, posizioni propense alla valorizzazione della dimensione negoziale e dell'autonomia privata, E. Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in «Familia», 2002, 990 ss.; G. Oberto, «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in «Riv. dir. civ.», 1999, II, 171 ss.; F. Angeloni, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?*, in «Contratto e impresa», 2000, 1136 ss.; 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, 303 ss.; G. Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in «Familia», 2001, 245; S. Catanossi, *Accordi in vista del divorzio e «ottica di genere». Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2002, 169 ss.; M.R. Marrella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2003, 95 ss.; E. Al Mureden, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in «Fam. dir.», 2005, 543 ss.; E. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in «Familia», 2005, 6 ss.

¹⁴ In particolare, secondo M. Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 234, «i coniugi possono regolare tra loro tutti o alcuni dei rapporti reciproci, anche al fine di prevenire possibili controversie, con un sistema di concessioni, compromessi risarcimenti e riconoscimenti, adempimenti dell'obbligo dell'assegno *ex lege* (magari attraverso il trasferimento di beni mobili o immobili), ma pure con l'attribuzione di assegnazioni periodiche, di portata essenzialmente divisoria, con atti a titolo oneroso, gratuito, ovvero partecipati dell'uno o dell'altro profito. Gli accordi potrebbero essere giudiziali o extragiudiziali, anteriori, coevi o posteriori al divorzio, e quelli extragiudiziali potrebbero modificare quelli giudiziali e viceversa». Per un'impostazione analoga, sempre in dottrina, vd. G. Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, 123-157; Id., *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in «Giust. civ.», 1996, II, 377; G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, t. I, *Ammissibilità e fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1999, 421-451; Id., *I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione*

3. L'invito al raffronto con le soluzioni offerte dagli ordinamenti di *common law*, in tema di negoziabilità dei rapporti giuridici intercorrenti tra i coniugi, è formulato dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza del dicembre 2012¹⁵.

Si tratta di un tipo di accordo molto frequente in altri sistemi giuridici e, segnatamente, nei sistemi di *common law*, in cui tale istituto risponde all'esigenza di garantire al meglio l'autonomia privata e la non ingerenza dei poteri pubblici nella vita del singolo, soprattutto in una sfera personale e intima, come quella dei rapporti familiari. Sotto altro e differente profilo, inoltre, tali accordi hanno una funzione deflattiva delle controversie familiari e divorzili.

Storicamente e per un lungo periodo, che è terminato nel secolo scorso, i giudici di *common law* si sono mostrati poco propensi a riconoscere validità ed efficacia agli accordi conclusi dai coniugi, aventi ad oggetto la regolamentazione di alcuni aspetti della vita di coppia¹⁶. Ciò, in ossequio alla c.d. *doctrine of unity*, secondo la quale tutte le situazioni giuridiche attive e passive discendenti in qualche modo dal rapporto coniugale sono da considerare strettamente connesse allo status di coniuge, derivante dal matrimonio, a nulla rilevando una eventuale volontà difforme espressa dalle parti stesse¹⁷.

di separazione e divorzio, in «Fam. e dir.», 1995, 155; A. Bergamini, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti matrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista di un futuro divorzio*, in «Giust. civ.», 1974, I, 173.

¹⁵ Nella quale, forse anche per la formazione del giudice estensore, si chiarisce che si tratta di «accordi prematrimoniali in vista del divorzio, molto frequenti in altri stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una propria funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili». La motivazione della decisione è stata redatta dal Professore Massimo Dogliotti, docente di diritto civile e comparato, studioso di diritto di famiglia (cfr. nota precedente). Ci troviamo di fronte a quello che in comparazione si chiama crittotipo, poiché la formazione del giurista incide in modo più o meno evidente sull'assetto del sistema, specie quando i modelli circolano da un formante, come quello dottrinale, ad altro formante, come quello giurisprudenziale, attraverso la viva voce e la viva penna di un giurista comparatista. Sulla teoria dei formanti e crittotipi, si veda R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, UTET, 1996, 4-7; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., 1992, 43 ss.; Id., *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, XXXIX, 1991, 1-34 e 343-402; A. Watson, *From legal transplants to legal formants*, in «Am. L. J. of Comp. Law», 43, 3, 1995, 469 ss.; sulla formazione e sul ruolo del giurista, si vedano P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, in *Giuristi Stranieri di Oggi*, Giuffrè, Milano, 1995, trad. it. a cura di A. De Vita, M.D. Panfili e V. Varano, 27-39 e 43 ss.; e, più di recente, L. Moccia, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2011, 3, 767-796.

¹⁶ J. Clancy, *A Treatise of the Rights, Duties, and Liabilities of Husband and Wife, at Law and in Equity*, First American, from the Third London Edition, New York, 1828, 421 ss.

¹⁷ La *doctrine of unity* ha le sue radici nella dimensione sacramentale e religiosa del matrimonio, per cui, con la celebrazione delle nozze, marito e moglie divengono un *unicum* e lo status che ne deriva è intangibile. Cfr. E. Blackstone, *Com-*

Secondo questa – ormai superata – impostazione giurisprudenziale, veniva ritenuto intangibile il regime previsto dall'ordinamento in merito ai reciproci rapporti giuridici tra i coniugi e, dunque, veniva esclusa qualunque forma di autonomia negoziale di questi ultimi, volta a disciplinare rapporti – di natura patrimoniale, o meno – che potessero modificare il rigido schema riconducibile allo status di coniuge¹⁸.

Più di recente, sia la dottrina che la giurisprudenza inglese ed americane¹⁹, già a partire dagli anni '30 e '40 del secolo scorso, hanno riconosciuto la liceità e l'ammissibilità di tali accordi, a condizione che siano, comunque, salvaguardati tutti quei principi inderogabili dettati a tutela di interessi – quali, ad esempio, la cura ed il mantenimento dei figli – che, per la loro speciale rilevanza, trascendono la peculiare volontà dei singoli individui²⁰.

L'evoluzione storica di siffatte convenzioni, tuttavia, è stata contrassegnata da numerosi dubbi e forti resistenze circa la loro stessa validità. In particolare, alcuni autori le hanno considerate illegittime in quanto contrarie al buon costume o al matrimonio in sé, quale istituto previsto dall'ordinamento giuridico²¹.

mentaries on the Laws of England, vol. I, 430, ove si legge «By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover she performs everything (...). Upon this principle of a union in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities that either of them acquires by the marriage». Il superamento di tale concezione, come riassume magistralmente Lord Denning M.R. in *Midland Bank v. Trust Co Ltd. V. Green*, [1982], Ch. 529, è avvenuto verso la fine del XIX secolo, attraverso alcuni passaggi fondamentali, quali il *Married Women's Property Act 1882*, il *Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935*. Per un'analisi più approfondita ed una ricostruzione storica in materia, si rinvia a R.J. Probert, R. Blainpain, *Family Law in England and Wales*, Kluwer Law International, 2011, 84 ss.; ed anche N.F. Cott, *Public Vows: A History of Marriage and the Nation*, Harvard University Press, 2000, 161 ss., il quale concentra maggiormente la sua attenzione sul sistema statunitense, ma non può fare a meno di una ricostruzione storica delle origini di questo principio e delle relative ricadute sul ménage della coppia, analizzando i rapporti tra l'istituzione familiare e la società, tra la dimensione privata e quella pubblica della famiglia.

¹⁸ Sugli effetti del matrimonio, sul concetto di *legal status* e sulla *doctrine of unity* nella società inglese del XIX, si vedano anche M.L. Shanley, *Feminism, Marriage, and the Law in Victorian England, 1850-1895*, Princeton University Press, 1989, 8 ss.; e con un approccio metodologico diverso, nell'ambito degli studi di *law and literature*, si veda B.J. Sokol, M. Sokol, *Shakespeare Law and marriage*, Cambridge University Press, 2003, 119 ss.

¹⁹ S.M. Cretney, J.M. Masson, *Principles of Family Law*, V ed., Londra, 4; L. Weitzman, *The Marriage Contract - Spouses, Lovers and the Law*, The Free Press, 1982, *passim*; F.H. Spencer, *Expanding Marital Options: Enforcement of Premarital Contracts During Marriage*, in «Univ. of Chicago Legal Forum», 1989, 282 ss. In giurisprudenza, cfr. *Vervaeke v. Smith*, (1982), 3 «All E. R.», 144.

²⁰ In proposito, vd. G. Gasimio, *Natura patrimoniale degli accordi tra coniugi e tra conviventi in diritto inglese*, in *Il principio di gratuità*, Giuffrè, Milano, 2008, 449.

²¹ Per tutti vedasi C. Barton, *Cohabitation Contracts*, Gower, Aldershot, 1985.

Altri autori hanno sostenuto, addirittura, l'assenza del requisito della volontà negoziale. Altri, invece, pur rinvenendo in esse una volontà negoziale, la ritengono spesso viziata da *undue influence* ovvero dalla prevalenza abusiva esercitata da una parte negoziale a scapito dell'altra.

Tali rilievi critici sono stati, comunque, oggetto di una profonda revisione, operata tanto dalla dottrina²² quanto dalla giurisprudenza²³.

Si tende a riconoscerne la legittimità – nel senso di conformità all'ordinamento giuridico – pur nel rispetto di determinati limiti e confini, posti dalle Corti a garanzia di interessi e diritti che lo stesso ordinamento ritiene di dover tutelare in misura preminente rispetto all'autonomia privata dei contraenti²⁴.

Nel modello inglese, dunque, coesistono aspetti della vita coniugale e familiare che possono essere disciplinati attraverso una manifestazione della libera volontà negoziale delle parti e situazioni giuridiche intangibili da parte del singolo, delle quali egli è titolare *ex lege*, in virtù dello *status* di coniuge e, perciò, indisponibili²⁵.

Viene oggi riconosciuta ai coniugi la libertà di modificare – o di integrare – contrattualmente alcuni aspetti della loro vita insieme o dei loro rapporti in vista di una futura cessazione degli effetti del matrimonio, fermo restando il potere dell'ordinamento, per tramite del giudice, di esercitare il controllo di legittimità.

Tale controllo di legittimità non è, peraltro, aprioristicamente rinunciabile ad opera delle parti. Secondo quanto deciso dalla *House of Lords*, nel caso *Hyman v. Hyman*²⁶, «*the right to apply to the court cannot be excluded by private agreement between the parties*» e, più precisamente, «*did not prevent the wife from petitioning the court for maintenance*». Questo principio, enunciato nel 1929, è ancora attuale, per cui nell'ordinamento inglese le parti possono convenire di non agire in giudizio e, se entrambe rispettano tale accordo, la Corte non avrà modo di entrare nel merito delle loro pattuizioni di carattere patrimoniale. Tuttavia, se una o entrambe le parti dovessero cambiare idea, il diritto di accesso alla giustizia sarà garantito e la Corte, nell'interesse pubblico, valuterà e deciderà in ordine al contenuto delle pattuizioni negoziali. In altre parole, come evidenziato da Lord Hailsham L.C., in

²² J. Davidson, *Pre-nuptial agreements*, in *Recent Developments in English Family Law*, Updated August 2004, consultabile su <http://www.cr-law.co.uk>; S. Leech, «*With All My Worldly Goods I Thee Endow? The Status of Pre-Nuptial Agreements in England and Wales*», in «*Fam. L.Q.*», 34, 2000, 193 ss. Nella dottrina italiana, una ricostruzione che tiene conto dell'evoluzione storica è offerta da M.D. Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, in «*Famiglia*», 2002, 156.

²³ G. Giampo, *I contratti paramatrimoniali in Common Law - Un confronto tra sistemi*, Giuffrè, Milano-Palermo, 1997, 70 ss.

²⁴ In giurisprudenza, vd. *Hyman v. Hyman*, 1929, HL, 1; 1929, CA, 601.

²⁵ Vd. ancora G. Giampo, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 72.

²⁶ Cfr. *Hyman v. Hyman*, 1929, HL, p 1; 1929, CA, 601.

seno all'*opinion* rassegnata nella sentenza in esame, «*there is an important public interest in the reallocation of assets on divorce, since inadequate provision will leave the weaker party dependent on the state*»²⁷.

Occorre però distinguere due diversi tipi di accordo: i *pre-nuptial agreements* e i *separation agreements*.

Con i primi, le parti regolano i loro rapporti nell'eventualità della cessazione del rapporto, a prescindere da quali potranno essere le cause o le ragioni della rottura del vincolo. Si tratta, quindi, di convenzioni che trovano il loro momento genetico in una fase antecedente alla celebrazione del matrimonio.

I secondi, invece, vengono stipulati nel momento patologico in cui il rapporto si è già incrinato e, quindi, in occasione della separazione o del divorzio.

Entrambi rispondono a funzioni deflative del contenzioso e di promozione dell'autonomia privata, per cui le Corti inglesi mostrano un atteggiamento di apertura rispetto a tali accordi e guardano con favore la circostanza che «*the parties are simply making their own arrangements*», per cui tendono ad incoraggiare l'espressione della volontà dei privati: «*a separation agreement is likely to be upheld unless there are clear and compelling reasons not to do so*»²⁸. Più precisamente, seppure l'ordinamento riconosca al Giudice il potere di modificare i termini dell'accordo tra le parti, tale potere deve essere esercitato in via residuale, poiché in linea di massima «*the court (...) should not go behind the agreement entered into by the parties, unless good and substantial grounds were shown for concluding that injustice would be done by holding the parties to terms of the agreement*».

In effetti, con tali convenzioni le parti provvedono a determinare la natura e l'estensione dei diritti e doveri reciproci, connessi al rapporto fra loro instaurato, oltre che a pianificare le conseguenze econo-

²⁷ Peraltro, l'intervento della Corte può avvenire anche in funzione di tutela di interessi sanciti dal *Children Act 1989* e dal successivo *Children Act 2004*. Per un'analisi approfondita della disciplina dei rapporti familiari e dei diritti ed obblighi reciproci, dei limiti alla potestà genitoriale, del concetto di *parental responsibility* sanciti attraverso detto intervento normativo, che è possibile svolgere in questa sede per ragioni di economia di discorso, si rinvia a J. Eekelaar, R. Dinwall, *The reform of child care law: a practical guide to the Children Act 1989*, Routledge, 1990; F. Kaganas, M. King, C. Piper, *Legislating for harmony: partnership under the Children Act 1989*, J. Kingsley Pubbl., 1995; B. Broad, *Young people leaving care: life after the Children Act 1989*, J. Kingsley Pubbl., 1998; F. Smith, *Children Act 2004*, Children Act Enterprises, 2005; D. Hershman, A. McFarlane, *Children Act Handbook*, Jordan Pubbl., 2004, Family Law Series; AA.VV., *Every child matters, Ninth Report of session 2004-2005*, vol. II, House of Commons Educational and Skills Committee Eds.; P. Cooper, *Reporting to Court under the Children Act: a handbook for practitioners*, Stationery Office, 2006.

²⁸ *Edgar v. Edgar*, 1980, CA, 3 All. ER 887. Il caso riguarda un accordo stipulato in sede di separazione dagli avvocati delle parti, in cui la moglie accettava dal marito beni e denaro per un valore totale di L. 100,000, rinunciando a qualunque pretesa futura sul patrimonio multimilionario del marito.

miche scaturenti da una eventuale, futura cessazione della relazione stessa.

La scelta volontaristica implica la necessaria applicazione ed interazione delle norme relative alla materia contrattuale con quelle che disciplinano il diritto di famiglia. Pertanto, per essere giuridicamente vincolanti le convenzioni stipulate dai coniugi, in ordine alla regolamentazione dei reciproci rapporti, devono integrare quanto previsto dall'ordinamento in tema di contratti.

Ai nostri fini, è necessario partire da un dogma, che in questa sede, per economia di discorso, non potrà essere oggetto di verifica e/o confutazione, ovvero che il sistema giuridico inglese, in materia contrattuale si fonda sull'istituto della *consideration*, per cui è essenziale per l'esistenza stessa dell'accordo contrattuale, uno scambio corrispettivo di prestazioni e controprestazioni di prevalente natura patrimoniale.

In particolare – non potendo in questa sede procedersi all'analisi dei vari requisiti che, pure, le medesime convenzioni devono necessariamente contenere ai fini della loro validità ed efficacia²⁹ – basti ricordare l'importanza che nel diritto contrattuale inglese riveste lo scambio di «*considerations*» reciproche o, in mancanza, la formalità del «*deed*».

La *consideration* può essere definita come un comportamento che si traduca in un beneficio per il beneficiario o in uno svantaggio per l'obbligato³⁰ e che, comunque, stabilisca un rapporto tra le parti, il cui oggetto sia in genere suscettibile di determinazione economica. Tuttavia, e soprattutto nella materia del diritto di famiglia, non può escludersi che «*la stessa consideration possa corrispondere ad un interesse non patrimoniale del creditore, con la conseguenza di poterla rivolgere anche alla soddisfazione di interessi meramente etici o spirituali*»³¹.

²⁹ Ricordiamo, per inciso, come sia necessaria la presenza di una volontà manifestata con chiarezza, liberamente e consapevolmente e come l'accordo non possa avere un oggetto illecito.

³⁰ Cfr. *Thomas v. Thomas*, (1842), 2 Q. B., 851, 859.

³¹ G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 1990, 330. Così, in ambito familiare, sono validi ed efficaci anche gli accordi stipulati in assenza di *consideration*, mediante i quali un coniuge attribuisce all'altro – in seguito ed in conseguenza della separazione personale – determinati beni. In tutti questi casi, la formalità del *deed*, sancirà la volontà delle parti che sta a fondamento di un accordo, avente ad oggetto una prestazione che non ha una controprestazione, o di ogni altro in cui non sia possibile valutare le prestazioni sulla base parametri economici. In giurisprudenza, si veda *Ward v. Byham*, 1956, 1 W.L.R., 496. La vicenda riguarda l'accordo di due genitori in ordine al mantenimento di un figlio nato fuori dal matrimonio. In particolare, il padre naturale si impegnava al pagamento periodico di una certa somma, purché la madre avesse fatto crescere «bene e fatto felice» il ragazzo; successivamente il padre si rendeva inadempiente, sostenendo che la donna non poteva pretendere il rispetto della convenzione poiché non aveva prestato alcuna *consideration* e l'accordo non era stato sancito attraverso la formalità del *deed*. Più precisamente, secondo l'uomo, la donna si era impegnata ad adempiere un obbligo – il mantenimento del figlio – che non aveva natura contrattuale ma legale. Dunque, il comportamento dovuto non discendeva dallo scambio di

Certamente, le Corti attribuiscono a queste convenzioni natura contrattuale e tendono a ritenerle vincolanti per le parti, piuttosto che non. Così è avvenuto nel caso *K v. K*³², in cui è stato deciso che «*a pre-nuptial agreement is not binding but may be taken into account by the court as part of all the circumstances of the case*». Il caso riguarda un matrimonio riparatore, deciso dopo la notizia della gravidanza della donna, la quale aveva comunicato al proprio partner la volontà di abortire se questi non l'avesse sposata prima del parto. Prima della celebrazione del matrimonio i due stipulano un accordo prematrimoniale che teneva a limitare eventuali future pretese economiche e finanziarie sul patrimonio del marito in caso di divorzio. Il matrimonio fallisce dopo solo un anno.

Seppure dalla lettura della sola *ratio decidendi* possa apparire che la Corte abbia ritenuto tale accordo *not binding*, in realtà, al di là della declamazione di principio, il caso in esame rappresenta l'esempio perfetto di circostanze nelle quali sono stati riconosciuti ad un accordo prematrimoniale un peso ed un'importanza significativi nella regolamentazione dei rapporti anche dopo il matrimonio, poiché era stato accertato che entrambi i coniugi fossero addivenuti alla stipula dell'accordo solo dopo aver ricevuto un «*independent legal advice*»³³. La sentenza, inoltre, illustra – quasi a titolo esemplificativo, ma estremamente esaustivo – una serie di circostanze nelle quali, diversamente, il giudice dovrà e potrà ritenere l'accordo invalido ed inefficace, soprattutto ove esso vada a ledere situazioni giuridiche dei figli³⁴.

considerations previsto dal contratto ma dalla legge. La Corte, tuttavia, ritenne il contratto valido ed efficace e condannò il padre all'adempimento degli obblighi assunti con l'accordo, precisando che l'impegno assunto dalla madre di «mantenere bene e far felice» il figlio andava oltre l'obbligo di provvedere agli alimenti, previsto *ex lege*, e costituiva una valida *consideration*. Pertanto, non era richiesta la forma del *deed*.

³² *K v. K*, 2003, in «Fam. Law», 2002, 887 ss.; FLR, 1/2002, 120 ss.

³³ Sull'importanza e sulla funzione dell'*independent (legal and financial) advice*, si veda A. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, in «Stanford Law Review», vol. 49, 1997, 887 ss.; per la dottrina italiana, una prospettiva critica con riferimento al sistema australiano, in particolare, ed al modello di common law, in generale, è offerta da M.D. Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, cit., 157, la quale evidenzia il rischio che l'autonomia negoziale «spinta» possa condurre ad accordi tra le parti che non tengano conto delle asimmetrie di varia natura che esistono tra i partner e che possono indurre l'uno o l'altro ad accettare termini e condizioni eccessivamente gravosi sotto differenti profili.

³⁴ *In the circumstances of the case, it would be unjust to the husband to ignore the terms of the agreement regarding the division of the capital assets. However, the agreement had made no mention of maintenance for the wife or of provision for their child. Periodical payments of L. 15,000 per year would be awarded to the wife to reflect her ongoing responsibilities for child-care. In addition, the husband should pay a sum of L. 1.2m in order to provide a home for the child during his minority. The property would revert to the husband when his son had finished full-time education.* Cfr. *K v. K*, 2003, in *op. ult. cit.*

Dunque, non si può in alcun modo prescindere dall'esistenza e dall'operatività delle norme poste in materia di contratti, come ad esempio quelle sulla formazione del consenso e sulla necessità di un *independent advice*, sulla presenza di uno scambio di prestazioni e controprestazioni reciproche tra le parti – aventi contenuto patrimoniale e che possono consistere, anche, in un *patti od in un non facere* – da cui dipende la stessa rilevanza giuridica dell'accordo in questione.

Certamente l'atteggiamento delle Corti inglesi appare molto lontano da quello che ha mostrato la giurisprudenza italiana di legittimità³⁵ in tempi non troppo lontani, per esempio, negando validità ad un accordo transattivo, con il quale una parte – nella specie, la moglie – rinunciava alla proposizione di domanda giudiziale finalizzata ad ottenere una maggiorazione, giustificata da svalutazione monetaria, dell'entità dell'obbligazione pecuniaria cui era già tenuto il marito. Il già rilevato carattere assistenziale dell'assegno di cui all'art. 5 della legge sul divorzio, infatti, secondo i Giudici implica la invalidità di un «accordo privato», in ordine all'*an* e al *quantum*, di obblighi giuridici non ancora sorti, determinando una limitazione ed un condizionamento di una parte nel giudizio concernente il proprio status.

Con un'altra decisione, di poco successiva, la stessa Corte di Cassazione³⁶ ha ritenuto nullo il contratto stipulato in vista della cessazione degli effetti civili del matrimonio, avente ad oggetto la costituzione di un diritto personale di godimento su un immobile, a favore del coniuge meno abbiente.

Ed ancora, è nullo per illiceità della causa l'accordo stipulato tra due coniugi separati, inteso a spiegare effetti anche per il periodo successivo alla pronuncia di cessazione dei riflessi civili del matrimonio, con riferimento ai patti di contenuto economico, aventi ad oggetto il godimento della casa familiare e gli emolumenti mensili ulteriori rispetto a quelli giustificati da bisogni alimentari, in ragione del fatto che tale convenzione interferisce con una materia nella quale le decisioni del giudice, collegate ad interessi di ordine pubblico, risultano svincolate dal potere di disposizione delle parti³⁷.

Dal punto di vista delle parti, invece, il test operato dalla *Court of Appeal* in seno alla sentenza *Edgar* rappresenta una garanzia a tutela dell'autonomia privata e della volontà dei singoli, purché liberamente e legittimamente manifestata. Anche qui la Corte affronta il tema dell'importanza della formazione libera del consenso ai termini dell'accordo, come in *K v. K.*, ponendo l'accento su un altro e rilevante aspetto riguardante il controllo sulla «*fairness*» del contenuto dell'ac-

³⁵ Cass. 20 maggio 1985, n. 3080, in «Foro it.», 1986, I, c. 747, con nota di E. Quadri.

³⁶ Cass. 11 dicembre 1990, n. 11788, in «Giur. it.», 1992, I, 1, c. 156, con nota di Ceconi.

³⁷ Cass. 20 settembre 1991, n. 9840, in «Giur. it.», 1992, I, 1, c. 1078.

cordo. In particolare, la Corte sembra orientata verso un controllo «*on procedural fairness rather than substantive fairness*», giacché nel caso di specie la moglie aveva accettato, in sede di accordo, beni e denaro per un valore inferiore a quello che qualunque giudice avrebbe potuto ritenere giusto ed equo se commisurato al patrimonio del marito ed al tenore di vita della coppia in costanza di matrimonio. Tuttavia, siccome l'accordo non era frutto «*of any procedural impropriety it was not unfair for the agreement to stand*»³⁸.

4. Negli ultimi anni, si è registrato un atteggiamento della dottrina³⁹ e della giurisprudenza italiane più aperto al riconoscimento dell'incidenza del dato volontaristico all'interno della regolamentazione specifica dei diritti e doveri che sorgono, in capo ai coniugi, per effetto del matrimonio e del divorzio. Ciò, dunque, rappresenta un sicuro indice che attesta come – anche in ordinamenti diversi – esista una comune esigenza di rimuovere il concetto di «intangibilità» dello status o comunque di limitarne i confini⁴⁰.

La crescente tendenza riscontrata in Inghilterra di riconoscere ai coniugi il potere di regolamentare i reciproci diritti e doveri dipendenti dal matrimonio ha fatto breccia anche all'interno del nostro si-

³⁸ Così, commenta la sentenza in esame, R. Probert, in «Family law», 2007, Thomson, Sweet & Maxwell, 105-106, spingendosi oltre e ritenendo che il corollario di tale tesi è che «*an agreement may not be given effect if it was the result of duress or undue influence, or if one party did not have independent legal advice*».

³⁹ Cfr., ad esempio, A. Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in «Giur. it.», 1990, I, sez. I, 1321 ss. Un'ampia analisi sul tema è condotta da C. Bianca, in G. Cian, G. Oppo-P. Trabucchi (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, t. VI, vol. 1, Padova, 1993, sub art. 5, l. n. 898 del 1970, 337-363; ed Id., *Conseguenze personali e patrimoniali*, in E. Quadri (a cura di), *La riforma del divorzio*, Napoli, 1989, 54-58.

⁴⁰ La tensione tra status e contratto resta sempre fortemente caratterizzante del matrimonio e si articola in modo diverso a seconda dei fenomeni sociali, culturali ed economici con cui tale istituto si misura e si confronta. L'interrogativo, dunque, è destinato a restare tale: «*Is marriage status or contract? The two legal forms stand in contemporary legal thought as ideal-typical opposites, the two poles of a gradient or spectrum along which marriage moves*. Dunque, «*marriage is status, but with elements of contract. Depending on how many elements of contract we add, marriage moves down the spectrum towards contract. But everyone tacitly agrees that it can never go all the way, because some aspects of marriage are ineradicably different from ordinary contracts. It is status plus some fragmentary elements of contracts*». Cfr. J. Halley, *Behind the Law of Marriage (I): From status/contract to the marriage system*, in *Unbound Harvard Journal of the Legal Left*, disponibile su http://www.legalleft.org/wp-content/uploads/2011/02/1-behind_the_law_of_marriage.pdf.

Ed infatti, l'Autrice evidenzia che «*The status/contract distinction is still with us today. To be sure, for the classics it was a clear opposition while for us it is a dichotomy for describing fragmentary bits of marriage and a language in which to conduct normative battles over the institution. The idea that marriage has some elements that are status and others that are contract, and that they can be calibrated with respect to each other, carries forward the classical ideology of a family/market distinction, applying it not to marriage as a whole but to its parts. It is typical of our legal consciousness that we have transformed this polar opposition into a spectrum*».

stema giuridico in una direzione che sembra ridurre i limiti imposti all'autonomia privata da parte dell'ordinamento statale⁴¹.

Tale esigenza corrisponde ai principi che fondano il diritto di famiglia e lo orientano verso l'ampliamento, in generale, degli spazi di autonomia privata del singolo componente della famiglia nelle relazioni con gli altri soggetti appartenenti al nucleo familiare e, più specificatamente, verso la parità tra i coniugi e la conseguente negoziabilità dei rapporti di natura patrimoniale tra essi, anche in vista di una eventuale e futura fase patologica⁴².

In tema di rapporti patrimoniali, la mancanza di un regime - e, quindi, l'esistenza di un modello libero come quello inglese - è frutto di un cambiamento abbastanza recente, fondato - ancora una volta - sul valore dell'autonomia privata.

Più precisamente, prima della rivoluzione industriale in Inghilterra, il sistema era molto più rigido di quelli franco-germanici nel garantire l'unità di gestione ed amministrazione del patrimonio al marito. L'emancipazione della donna ed il principio di uguaglianza dei coniugi hanno portato le Corti inglesi alla valorizzazione dell'autonomia ovvero, sul piano patrimoniale, verso il distacco e la separazione dei patrimoni⁴³.

Negli anni '60 si discuteva dell'opportunità di un passaggio dal «non regime» ad un modello di comunione e, comunque, solidaristico. Tuttavia, questo passaggio non è mai avvenuto e si è proceduto in una direzione diversa, attraverso la riforma di altri settori connessi a quello del regime patrimoniale dei coniugi⁴⁴.

⁴¹ Vd. ancora G. Giaimo, *op. cit.*, 75.

⁴² Nell'ordinamento giuridico Australiano, ad esempio, l'ammissibilità dei *prenuptial agreement in contemplation of divorce* è stata sancita dal *Family Law Amendment Act 2000* per le famiglie fondate sul matrimonio ed era già sancita sin dal 1984 per le coppie di fatto dal *De Facto Relationships Act* e dal *Property Relationship Act*. Cfr. M.D. Panforti, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, cit., 149-153.

⁴³ Sul regime patrimoniale della famiglia in Inghilterra, J. Herring, *Family Law*, 2009, Harlow, Pearson; E. Cooke, A. Barlow, T. Callus, *Community of Property. A regime for England and Wales*, 2006, Nuffield Foundation; J. Eekelaar, *Property and financial settlements on divorce-sharing and compensating*, in *Family Law*, 2006, 754. Sul tema dell'interesse pubblico ad intervenire sul regime patrimoniale in presenza di disuguaglianze sociali, culturali e di altra natura, vd. L. Ferguson, *Family, social inequalities, and the persuasive force of interpersonal obligation*, in *22 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, 295; vd. anche W. Wright, *The tide in favour of equality*, in *20 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2006, 249.

⁴⁴ Peraltro, nel modello di *common law* inglese, anche nel settore delle successioni è centrale il ruolo dell'autonomia privata, espressa nel principio cardine della *freedom of testation*, in virtù del quale il *de cuius* è assolutamente libero di disporre del proprio patrimonio in favore di chi preferisce e con le modalità che ritiene più opportune. Il programma di devoluzione delle proprie sostanze, attraverso uno strumento di *last will and testament*, è improntato ad una certa libertà delle forme e ad un forte ossequio alla «volontà del testatore», da far valere nei casi

Pertanto, attraverso le riforme legislative in materia di successioni e divorzio, sono stati individuati strumenti precipi di tutela della parte debole del rapporto, al momento dello scioglimento del vincolo coniugale⁴⁵.

Per tale via si è scelto di lasciare liberi i coniugi di autoregolamentare il regime patrimoniale della famiglia⁴⁶.

Guardando all'intera area continentale, altri fenomeni di rilevanza globale, quali il tramonto della famiglia «parentale», la contrazione dei poteri del *pater familias*⁴⁷ ed il passaggio verso una conce-

controverisi. In altri termini il *de cuius* «has a complete testamentary freedom to dispose of his property in whatever manner he pleases», così in L.S. Spedding, *LLB Succession Textbook*, HLT Publication, London, 1994, 6; W.J. Williams, *On wills*, Butterworths, London, 1987, *passim*; J. Unger, *The Inheritance Act and the family*, in «Modern Law Review», 1943, 215. Per la dottrina italiana, si rinvia ad A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Cedam, Padova, 1995. Anche in alcuni ordinamenti di *civil law* si registra la stessa tendenza, per tutti si veda, A. Fusaro, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in P.G. Monateri, A. Somma (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto»*, Est, Napoli, 2009, 531 ss. Per un'analisi dei profili problematici nei casi in cui l'autonomia privata caratterizza rapporti con elementi di internazionalità, in materia ereditaria, cfr. G. Peroni, *Patti successori, patto di famiglia e ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 21.3, 2007, 611-640.

⁴⁵ S. Kats, *State regulation and personal autonomy in marriage: how can I marry and whom can I marry?*, in AA.VV., *The international survey of family law*, The Netherlands, 1998, 485; J. Eekelaar, *A jurisdiction in search of a mission*, in «Modern Law Review», 1994, 839; T. Callus, *Pluralisme familial et parentalité: le principe d'égalité et le juge anglais*, in O. Roy (a cura di), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 2010, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 53 ss.

⁴⁶ Sulla rilevanza dell'autonomia privata nel modello in questione, per tutti, cfr. G. Giaimo, *Il matrimonio nel diritto inglese*, Cedam, Padova, 2007. Per alcuni confronti comparatistici, cfr. G. Autorino Stanzione, «Autonomia privata» e *Family Relationships Between Legal and De Facto Situations*, in *Rapports Nationaux Italiens au XVIe Congrès International de Droit Comparé - Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law* (Brisbane, 2002), Giuffrè, Milano, 2002, e ivi ulteriori richiami bibliografici. La relazione è pubblicata anche nei *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da P. Stanzione, n. 27, Salerno, 2002.

⁴⁷ Il declino del modello familiare imperniato sulla figura del *pater familias*, quale figura che sostiene e mantiene economicamente la famiglia, è stato registrato dalla giurisprudenza comunitaria in una serie di sentenze che riconoscono alla madre o a chi si prende cura della prole il diritto di usufruire dei benefici sociali concessi a favore della famiglia. Si tratta di pronunce riguardanti l'applicazione dell'art. 1, lett. u), punto i) del regolamento CEE n. 1408/71, che prevede interventi volti «consentire ad uno dei genitori di dedicarsi all'educazione di un figlio in tenera età e, più precisamente, a ricompensare l'educazione fornita al bambino, a compensare le altre spese di custodia e di educazione e, eventualmente, ad attenuare gli svantaggi economici determinati dalla rinuncia a un reddito da lavoro a tempo pieno». Cfr. Corte giust., 15 marzo 2001, caso C-85/99, *Vincent Offermans c. Esther Offermans*, in «Racc.», 2001, I-2261; Corte giust., 16 luglio 1992, caso C-78/91, *Hughes*, in «Racc.», 1992, I-4839; Corte giust., 10 ottobre 1996, casi C-245/94 e C-312/94, *Hoever e XZachow c. Land Nordrhein-Westfalen*, in «Racc.», 1996, I-4895; Corte giust., 5 febbraio 2002, caso C-255/99, *Humer*, in «Racc.», 2002, I-1205.

zione non autoritaria dei rapporti familiari, sia avuto riguardo a quelli tra i coniugi, sia avuto riguardo a quelli genitori-figli⁴⁸, hanno portato ad individuare nell'autonomia privata la chiave di volta per disciplinare tali relazioni⁴⁹.

Così, all'interno dell'ordinamento giuridico tedesco dottrina e giurisprudenza⁵⁰, anche sulla scorta di una radicata tradizione storica⁵¹, non hanno censurato in modo netto la pratica dei coniugi di predeterminare contrattualmente gli effetti di un possibile divorzio tra le parti, sia con riferimento all'assegno divorzile, anche attraverso la rinuncia totale o parziale ad esso, sia avuto riguardo alle aspettative pensionistiche o all'ipotesi di ulteriori e successive modifiche giudiziali in dipendenza delle variazioni della situazione economica delle parti in considerazione della quale la prestazione era stata prevista. In tali casi, tuttavia, vi sarà un intervento del giudice analogo a quello previsto dal nostro art. 710 c.p.c. o dall'art. 9 della Legge sul divorzio⁵².

Anche il sistema francese, seppure la regola declamata sembri essere nel senso della illegittimità di accordi preventivi che determinino prestazioni post-divorzili⁵³, consente ai coniugi di disciplinare il re-

gime di comunione in maniera piuttosto varia. In particolare, le parti possono inserire nelle convenzioni che regolano i rapporti patrimoniali clausole che, in caso di scioglimento della comunione, attribuiscono a titolo gratuito o oneroso un bene personale di un coniuge all'altro superstite⁵⁴; assegnano un bene comune ad uno dei due coniugi, dietro pagamento di una somma di denaro predeterminata⁵⁵; prevedono la divisione del patrimonio comune in quote diseguali o, addirittura, l'attribuzione ad una sola delle parti dell'intero contro il corrispettivo di una somma di denaro⁵⁶.

Alla luce dei dati raccolti e raffrontati, la via che si intende suggerire è la riduzione dell'intervento statale nel governo della famiglia, secondo un modello per cui l'ordinamento si preoccuperebbe di intervenire nei rapporti familiari a garanzia di alcune esigenze fondamentali, generalmente in funzione di riequilibrio dei rapporti a favore di soggetti deboli (figli, coniuge separato), lasciando i componenti del nucleo familiare liberi, per tutto il resto, di plasmare i rapporti (sia economici sia personali) nel modo ritenuto più congeniale⁵⁷.

Peraltro, la sempre più frequente scelta dei coniugi del regime patrimoniale di separazione dei beni, al di là del modello legale prescelto dal singolo ordinamento e del dato normativo e giurisprudenziale, è forse espressione dell'esigenza del singolo di conoscere e predisporre quale sarà l'effetto di un'eventuale crisi o dissoluzione del matrimonio sull'assetto del proprio patrimonio.

Ciò potrebbe attuarsi «liberalizzando» le convenzioni stipulate sia prima sia durante sia dopo il matrimonio o in alternativa ad esso ed applicando ad esse le regole previste in materia di contratti dal nostro codice civile⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. art. 1390 code civil.

⁵⁵ Cfr. art. 1497 code civil.

⁵⁶ Cfr. ancora art. 1497 code civil.

⁵⁷ Cfr. A. Miranda, *La privatizzazione del diritto di famiglia: il modello di common law*, in *Alambicco del comparatista II: Matrimonio, matrimoni*, Giuffrè, Milano, 2000, 369 ss. Vd. anche, S. Poillot Peruzzetto, *The exception of public policy in family law within the european legal systems*, in J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen, (a cura di), *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, 279-302. Per un approccio diverso, piegandolo alle dinamiche economiche, cfr. T. Hervey, *Migrant workers and their family in the European Union: the pervasive market ideology of Community law*, in J. Shaw, G. Moore (a cura di), *New legal dynamics of European Union*, Clarendon Press, Oxford, 2005; A. Castro d'Oliveira, *Workers and other persons: step by step from movement to citizenship - Case law 1995-2001*, in «Common Market Law Rev.», 2002, 77 ss.; J.D. Mather, *The Court of Justice and the Union citizen*, in «Eur. Law Journ.», 2005, 722 ss.; M. White, *Free movement, equal treatment and citizenship of the Union*, in «Int. Comp. Law Quart.», 2005, 885 ss.

⁵⁸ Suggestisce un «arretramento» forte dello Stato dalla regolamentazione dei rapporti familiari, A. Miranda, *op. ult. cit.*, 380-381; Id., *Le modèle italien: la privatisation des modèles familiaux face aux développements sociaux*, in O. Roy (a cura di), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 2010, Presses Universitaires the Paris

⁴⁸ Con riferimento allo status di figlio a livello europeo, si rinvia alle interessanti osservazioni di H. Stafford, *The citizenship status of children in the European Union*, in «Int. J. Children's Rights», 2000, 101 ss. Più in generale sul legame di filiazione nelle relazioni familiari in età moderna e post-moderna, D. Meyer, *The modest promise of children's relationship rights*, in 11 «William and Mary Bill of Rights Journal», 2003, 1117 ss.; J. Eekelaar, *Beyond the welfare principle*, in «Child and Family Law Quarterly», 2002, 237 ss.; M. Guggenheim, *What's wrong with children rights?*, Harvard University Press, Cambridge, 2005; J. Fortin, *Accommodating children's rights in a post-human rights act era*, in 69 «Modern Law Review», 2006, 299 ss.; C. Smart, *Children and the transformation of family law*, in J. Dewar, S. Parker, *Family law: processes, practices, pressures*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 238 ss.

⁴⁹ L'autonomia privata come strumento per disciplinare le relazioni familiari è ritenuta un valore in sé anche da una certa dottrina straniera, cfr. E.C. McKenzie, N. Stoljar, *Relational autonomy*, Oxford University Press, New York, 2000; M.A. Fineman, *What place for family privacy?*, in 67 «George Washington Law Review», 1999, 1207 ss., il quale con il termine *privacy* fa riferimento a quella dimensione della sfera privata e familiare che - in linea di massima - non ammette l'ingresso dei pubblici poteri; Id., *The autonomy myth*, Free Press, New York, 2004; M. Regan, *The pursuit of intimacy*, New York University Press, New York, 1993; J. Herring, *Relational autonomy and family law*, in J. Wallbank-S. Choudry-J. Herring (a cura di), *Family Gender and Rights*, Routledge, London, 2009.

⁵⁰ In particolare, per un'analisi approfondita dell'atteggiamento della giurisprudenza tedesca, si rinvia a A. Colombi Ciacchi, *Valutazione economica del lavoro casalingo e assegno di divorzio: la svolta parallela della giurisprudenza inglese e tedesca*, in «Familia», 2001, 731 ss.

⁵¹ Cfr. G. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in «Dir. fam. pers.», 2003, 535 ss.

⁵² Cfr. § 323 ZPO. Tale ricostruzione del modello tedesco è di G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss.; Id., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, cit., 535 ss.

⁵³ Cfr. art. 232 code civil, che attribuisce al Giudice il potere di negare l'omologazione del divorzio consensuale nel caso in cui esso non tuteli adeguatamente gli interessi di uno dei due coniugi.

In questa direzione sembra orientata la sentenza della Corte di Cassazione esaminata nel primo paragrafo di questo lavoro⁵⁹. Ed infatti, il Giudice relatore, seppure sul piano della enunciazione della regola si mostra ossequioso del dato normativo «imperativo» (art. 160 cod. civ.) e non sconfigge l'indirizzo interpretativo maggioritario, tenta di dare massimo rilievo all'autonomia privata, anche al di là ed oltre il dato normativo.

La Corte, infatti, esclude l'esistenza di un interesse pubblico rilevante in ordine alle pattuizioni delle parti, non rinvenendo la violazione né dell'ordine pubblico né di norme imperative, ma anzi chiarendo che si tratta di un accordo meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

La Cassazione, non volendo capovolgere l'indirizzo interpretativo maggioritario, ma consapevole dell'impatto della decisione in esame sul sistema previgente, articola il proprio iter logico argomentativo, precisando che «ove causa genetica – dell'accordo – fosse il matrimonio (e il suo fallimento), l'impegno predetto, 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, sarebbe sicuramente nullo».

La nullità, però, sarebbe subordinata alla sussistenza di una sproporzione tra le prestazioni, indice della gravità con cui l'entità dello scambio e della funzione sinallagmatica dell'accordo sarebbe capace di guidare le parti verso la cessazione del rapporto⁶⁰.

Dunque, secondo la Corte si tratta di un accordo che è frutto della libera espressione di autonomia negoziale delle parti ed estraneo alla categoria degli accordi pre-matrimoniali o effettuati in sede di separazione consensuale e, comunque, in vista del divorzio. Tali con-

Ouest, Paris, 93 ss. Sugli accordi paramatrimoniali e sugli effetti che questi hanno nella prassi, per un approccio critico, cfr. M.D. Panforti, *Gli accordi paramatrimoniali fra autonomia dispositiva e disegualianza sostanziale*, in «*Famiglia*», 2002, 425-460. Sulla natura di queste relazioni e sul regime giuridico da applicare o non applicare alle coppie di fatto, vd. anche M.R. Marella, *Il diritto di famiglia tra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in P. Grillini, M.R. Marella (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Giappichelli, Torino, 2001. Per un'analisi dai confini più ampi, si rinvia a I. Curry Summer, *All's well that ends registered? The substantive and private international law aspects of non marital registered relationship in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2005; F. Mosconi, *Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario*, in «*Riv. dir. int. priv. proc.*», 2005, 305 ss.; ed ancora M.R. Marella, *The non-subversive function of european private law: the case of harmonisation of family law*, in «*Eur. Law. Journ.*», 2006, 78 ss.

⁵⁹ Cass. civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

⁶⁰ Si tratta, ovviamente, di una valutazione legata alle tecniche di ermeneutica contrattuale che spetta al giudice di merito. Il riferimento normativo è l'art. 1363 cod. civ. ovvero l'interpretazione sistematica, per cui le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto. Cfr. 7 della sentenza in commento.

tratti, infatti, «intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti ed impoverimenti»⁶¹.

La proporzionalità delle prestazioni e la piena sinallagmaticità dello scambio sarebbero indici della liceità dell'accordo e del suo diritto di risiedere all'interno dei confini tracciati dagli artt. 143 e 160 cod. civ., in quanto, *manente matrimonio* e prima della crisi coniugale, le parti sono tenute al rispetto dell'obbligo di contribuzione reciproca (art. 143 cod. civ.), a cooperare e concorrere alle spese, al soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali ed al raggiungimento dei fini e dell'indirizzo della vita familiare, ciascuno in proporzione alle proprie capacità ed ai mezzi che derivano dalle proprie sostanze.

Questo dovere, d'intesa tra i coniugi, può essere legittimamente e ragionevolmente sospeso in caso di «fallimento» del matrimonio; viene provvisoriamente meno con la separazione e cessa definitivamente con il divorzio.

Dunque, si tratta di un contratto atipico sottoposto a condizione sospensiva lecita e non meramente potestativa, «espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.»⁶².

In effetti, non si può negare che nella sostanza il negozio concluso tra le parti, sul piano temporale sia prematrimoniale e, nonostante la «prudenza» mostrata dalla Corte, sul piano dogmatico, terminologico e funzionale, trovi la sua causa nell'intenzione delle parti di regolare un aspetto dei propri rapporti patrimoniali in vista del divorzio.

Con questa pronuncia, la Cassazione si mostra consapevole della tendenza, comune a molti sistemi giuridici, per cui il diritto di famiglia si muove verso un maggiore riconoscimento degli interessi dei singoli componenti anche a detrimento dell'idea stessa di solidarietà familiare⁶³.

Alcuni ordinamenti giuridici tendono a ridurre gli interventi legislativi nelle questioni di famiglia e le Corti hanno abbandonato la loro «missione»⁶⁴ di tutela e difesa del matrimonio e preferito orientarsi verso la tutela dei diritti individuali e dell'interesse dei minori.

Si tratta di un intervento sussidiario e residuale, limitato ai casi in cui le parti non abbiano manifestato la propria volontà, in ordine

⁶¹ Cfr. 7 della sentenza in commento.

⁶² Cfr. 10 della sentenza in commento.

⁶³ Cfr. M.F. Nicolas Maguin, *Premières réflexions sur le pluralisme familial*, in O. Roy (a cura di), *Réflexions sur le pluralisme familial*, 2010, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 15 ss.

⁶⁴ J. Eekelaar, *A jurisdiction in search of a mission*, in «*Modern Law Review*», 1994, 842. Sul punto si veda anche la tesi di A. Miranda, *Il governo della famiglia*, in *Il diritto delle relazioni affettive. Nuove Responsabilità e nuovi danni*, in *Trattato di diritto italiano*, diretto da P. Cendon, vol. I, Cedam, Padova, 2004, 461-478.

alle modalità con cui regolare i propri rapporti, oppure tale regolamento volontario sia in contrasto con gli interessi superiori – rispetto all'autonomia privata – che l'ordinamento intende proteggere.

L'opzione che qui si suggerisce è la valorizzazione della scelta operata dalle parti in ordine alle regole con le quali intendono disciplinare i propri rapporti interpersonali e l'abbandono della convinzione tradizionale secondo cui il diritto di famiglia ha in comune con lo *ius publicum* l'esclusione dell'autonomia della volontà⁶⁵.

⁶⁵ A. Cicu, *Lo spirito del diritto familiare*, in *Scritti minori*, vol. 1, I, Giuffrè, Milano, 1965, 124; G. Santoro Passarelli, *Libertà e autonomia nel diritto civile*, Cedam, Padova, 1977, 197. In linea con questa impostazione, più di recente, M. Casola, *Convenzioni patrimoniali tra i coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, nota a Cass. civ., 13, 1, 1993, n. 348, cit., c. 1671.