

Antonio Las Casas

Patti prematrimoniali: note sulla circolazione di un modello

SOMMARIO: 1. La contrattualizzazione delle relazioni familiari e la questione dei patti prematrimoniali in Italia. - 2. Lo statuto dell'autonomia privata prematrimoniale negli ordinamenti statunitense, inglese e tedesco. - 3. Le questioni. - 4. La circolazione dei patti prematrimoniali nel sistema italiano.

1. La contrattualizzazione delle relazioni familiari e la questione dei patti prematrimoniali in Italia. Sebbene il diritto di famiglia italiano abbia conosciuto negli ultimi anni, notevoli slittamenti verso la c.d. “contrattualizzazione” delle relazioni familiari, sanciti anche da specifici interventi normativi¹, la validità dei patti prematrimoniali specificamente diretti a disciplinare le conseguenze patrimoniali del divorzio è respinta dalla giurisprudenza italiana assolutamente maggioritaria.

¹ In particolare, fra gli interventi più recenti, la legge 20 maggio 2016, n. 76, che contempla i contratti di convivenza; il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con legge 10 novembre 2014, n. 162), che introduce la c.d. negoziazione assistita ai fini del divorzio; v. in proposito, di recente, in relazione al rapporto tra “contrattualizzazione” delle relazioni familiari e patti prematrimoniali, V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, in *Dir. Succ. e Fam.*, 2020, VI, 2, 407 ss.

Gli argomenti sulla scorta dei quali la giurisprudenza nega la validità di tali pattuizioni sono noti e sostanzialmente costanti nel tempo e possono qui riassumersi nell'idea generale (ad essi sottesa) della "indisponibilità" - quantomeno in via preventiva - degli status coniugali, dei diritti e doveri dei coniugi e dei relativi aspetti patrimoniali, anche in relazione allo scioglimento del vincolo².

2 v., di recente, Cass. 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 955 ss., con commento di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*; limitate aperture sono state ravvisate nelle pronunce di Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713 in *Contr.*, 2013, 221 ss., con nota di E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*; in *Corriere Giur.*, 2013, 1563 ss., con nota di F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*; in *Famiglia e dir.*, 2013, 321 ss., con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*; in *Nuova giur. comm.*, 2013, I, 445 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*; Trib. Torino, 20 aprile 2012 (ord.), in *Famiglia e dir.*, 2012, 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*; Cass. 21 agosto 2013 n. 19304 in *Nuova giur. comm.*, 2014, I, 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract? Per un esame critico delle argomentazioni impiegate dalla giurisprudenza in relazione ai patti con i quali si negoziano anticipatamente le condizioni patrimoniali per il caso di scioglimento del vincolo*, v. V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 425 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della*

La questione dei patti prematrimoniali, allora, nel dibattito politico-giuridico italiano assume oggi rilievo essenzialmente in una prospettiva - di riforma - che guardi al possibile superamento, secondo varie strategie, della attuale chiusura della giurisprudenza. Tale idea viene coltivata, da un canto, da una parte della dottrina che, in particolare valorizzando il rilievo sistematico degli interventi legislativi che hanno ampliato il ruolo dell'autodeterminazione dei coniugi nella definizione dei loro rapporti anche rispetto alla crisi del rapporto, ritiene non più fondato - già sul piano dello *ius positum* - l'orientamento della giurisprudenza e ne invoca il superamento per via, per così dire, "interpretativa".

D'altro canto, emerge periodicamente nel dibattito politico-giuridico anche la prospettiva della riforma del sistema per via legislativa, mediante un espresso riconoscimento della liceità e validità di tali pattuizioni ad opera del legislatore. Questa seconda via ha dato luogo sia a proposte di riforma da parte di associazioni o ordini professionali³ (nell'ultimo decennio, ad esempio, ci sono state proposte dell'Associazione degli avvocati matrimonialisti italiani e del Consiglio nazionale del notariato), sia a specifiche iniziative in sede parlamentare. In particolare, nell'attuale

negoziante assistita per la soluzione delle controversie familiari, in *Dir. famiglia*, 2015, II, 207 ss.

³ Ad esempio, le proposte dell'Associazione dei Matrimonialisti Italiani e del Consiglio Nazionale del Notariato, risalenti al 2011, sulle quali v. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia e dir.*, 2012, 69 ss.

legislatura sono pendenti almeno due proposte di riforma, una delle quali ha acquisito un certo rilievo poiché contenuta in un disegno di legge di iniziativa del Governo, presentato al Senato il 19 marzo 2019 (d.d.l. S. 1151), nel quale si prospetta un'ampia delega al Governo per la riforma del Codice Civile in numerosi ambiti, prefigurando anche (per quanto molto sinteticamente) l'espressa contemplazione, nella disciplina codicistica, della possibilità di concludere accordi (anche) prematrimoniali "intesi a regolare ... nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto ..."4.

4 Per un quadro generale della portata del d.d.l. S. 1151 v. L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice Civile. Prime riflessioni*, in *Corriere giur.*, 2019, 589 ss.; con specifico riguardo agli accordi prematrimoniali, v. l'analisi critica di R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contr.*, 2019, 609 ss. È poi pendente nell'attuale legislatura la p.d.l. C. 244 (di iniziativa parlamentare) presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018 (corrispondente alla p.d.l. n. 2669, presentata nel 2014 alla Camera dei Deputati nel corso della XVII legislatura) specificamente dedicata alla materia della contrattazione prematrimoniale e rivolta a riconoscere la validità di "accordi prematrimoniali volti a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio" sulla quale v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss. (ove anche riferimenti a precedenti proposte di riforma); E. QUADRI, *In margine ad una recente*

Il favore che complessivamente le prospettive richiamate manifestano per un tale ampliamento delle competenze dell'autonomia privata, al di là degli argomenti di carattere specificamente tecnico-giuridico che nel dibattito dottrinale vengono avanzati al fine di superare la posizione della giurisprudenza che nega validità agli accordi prematrimoniali, può dirsi probabilmente fondato in generale su due ordini di considerazioni di politica del diritto⁵. La prima, di carattere ideale (o ideologico), attiene ai benefici che in generale e sulla scorta di una lunga tradizione si riconoscono all'esercizio dell'autonomia privata e al riconoscimento del potere dei soggetti di - per così dire - porre norme a sé stessi. L'autonomia, si dice, costituisce manifestazione della libertà dei soggetti, le parti sono i migliori giudici dei propri interessi, il giudice - peraltro - non dispone di tutte le informazioni rilevanti sulle preferenze delle parti e sulle circostanze che possono influenzarle. In definitiva, prosegue l'argomento, la contrattazione privata, purché libera e consapevole, non può che condurre ad un miglioramento del benessere di entrambe le parti e disconoscerne gli effetti

iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali", in *Giust. civ.*, 2018, 291 ss.

5 V, ad esempio, per alcune discussioni in proposito, R. H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the shadow of the law. The case of divorce*, in *Yale L. J.*, 1979, 950 ss.; M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, in *U. Toronto L. J.*, 1991, 549 ss.; per una discussione più ampia B. BIX, *Private ordering in family law*, in E. BRAKE, L. FERGUSON (a cura di), *Philosophical foundations of children's and family law*, Oxford, 2018, 257 ss

significherebbe mortificare ingiustamente la libertà dei soggetti (nel caso di specie: i nubendi, che volessero definire anticipatamente in via convenzionale l'assetto dei rapporti patrimoniali per un eventuale divorzio). La seconda, di carattere funzionale, si rivolge alla "utilità" che l'esercizio dell'autonomia privata in tale ambito presenterebbe in relazione alla funzione giurisdizionale: il riconoscimento degli accordi prematrimoniali avrebbe cioè una funzione (utile) di deflazione del contenzioso giudiziale.

A fronte di questo scenario italiano e della invocazione che esso rivela per un maggior ruolo dell'autonomia privata nella disciplina degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale, la considerazione di alcune esperienze straniere entro le quali i patti prematrimoniali in vista del divorzio hanno conseguito esplicito riconoscimento, consente di enucleare alcune questioni che la fenomenologia della contrattazione prematrimoniale pone e di tematizzare così in chiave problematica il ruolo dell'autonomia privata in questo ambito al fine di individuare le coordinate essenziali di un possibile trattamento giuridico. La comparazione - seppure limitata ad alcuni ordinamenti - consente infatti di ricostruire un percorso che, talvolta partendo da posizioni di netta chiusura in ordine all'ammissibilità di tali accordi sulla scorta di considerazioni di *public policy* non troppo dissimili da quelle che tuttora ispirano la giurisprudenza italiana, giunge ad attribuirvi validità, inquadrandoli tuttavia entro specifici modelli di disciplina che rivelano uno statuto dell'autonomia

privata e del contratto peculiare rispetto al paradigma generale.

Tale peculiare statuto dell'autonomia privata e del contratto si articola su tre piani, che danno luogo ai tratti tipici della disciplina degli accordi prematrimoniali in confronto con il paradigma del "contratto in generale". Si riscontra in primo luogo una peculiare procedimentalizzazione dell'accordo, la cui valida formazione richiede specifici accorgimenti volti ad assicurare piena informazione delle parti e specifica consapevolezza degli effetti giuridici, anche prevedendo, quale condizione per la validità dell'accordo, l'assistenza di un professionista indipendente per ciascuno dei coniugi. A ciò si aggiunge una certa "devalorizzazione"⁶ dell'impegnatività dell'accordo, in considerazione delle circostanze sopravvenute, che si coglie nel maggior rilievo riconosciuto alle sopravvenienze quali elementi che possono condurre alla non vincolatività dell'accordo al momento dell'effettivo divorzio, qualora determinino uno squilibrio successivo, dipendente dallo svolgimento della vita matrimoniale. Infine, quale cornice generale e cifra caratteristica della disciplina, l'accordo delle parti rimane esposto a un penetrante controllo giudiziale in relazione alla equità (originaria e sopravvenuta) dell'assetto distributivo convenuto (la giustizia dell'accordo).

⁶ L'espressione è di A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 226; v. poi sul punto, di recente, anche in relazione alle proposte italiane di riforma, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 645 ss.

2. Lo statuto dell'autonomia privata prematrimoniale negli ordinamenti statunitense, inglese e tedesco. - Il diritto statunitense offre un significativo esempio di sistema entro il quale gli accordi prematrimoniali, a partire da una iniziale valutazione di illiceità da parte delle corti, hanno acquisito piena cittadinanza quale strumento di regolazione convenzionale degli effetti del divorzio e notevole rilievo sul piano operativo e simbolico⁷.

L'ordinamento statunitense, quindi, all'esito di un processo che parte dagli anni '70 del Novecento, assume oggi valore in qualche modo esemplare con riguardo al ruolo del c.d. *private ordering* della famiglia, in particolare rispetto alla regolazione delle conseguenze del divorzio⁸. I *prenuptial agreements* sono infatti regolarmente conclusi e riconosciuti dalle corti, che in certi casi adottano anche posizioni di estrema deferenza all'autonomia privata. Molto citato, a quest'ultimo proposito, il caso *Simeone v. Simeone*, deciso dalla Corte Suprema della Pennsylvania nel 1990⁹,

7 Cfr., per la ricostruzione del modo in cui è mutato l'atteggiamento delle corti statunitensi, B. BIX, *Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage*, in *William and Mary Law Review*, 1998, 150 ss.

8 Per una descrizione (con prevalente riguardo al diritto canadese, ma secondo un modello sostanzialmente applicabile anche agli Stati Uniti) del processo che, sulla scorta di una mutata percezione sociale del ruolo e del contenuto del matrimonio, ha condotto a un ampliamento dell'area del c.d. *private ordering* della famiglia, v. M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, cit., 533 ss.

9 *Simeone v. Simeone* 581 A.2d 162 (Pa. 1990).

riguardante, peraltro, una relazione che appare caratterizzata da rilevanti disparità di potere contrattuale e di distribuzione delle risorse tra marito e moglie, sulla scorta di un modello in qualche modo ricorrente nella fenomenologia della contrattazione prematrimoniale (e che evidenzia anche una questione di genere spesso sottesa al contenzioso in materia)¹⁰. In quell'occasione, gli stessi giudici, pur a fronte delle caratteristiche del caso, rivendicarono la piena competenza delle parti a disciplinare anticipatamente le conseguenze patrimoniali del divorzio, giungendo ad una descrizione dei nubendi quali soggetti che, in condizioni di piena parità formale, sarebbero capaci di negoziare - in modo sostanzialmente non diverso dai "contraenti del mercato" - l'assetto patrimoniale dei loro futuri rapporti e rimanere così vincolati alla volontà anticipatamente manifestata.

Tuttavia, a dispetto dell'esito estremo di questo caso, *case law* e *statute law* statali (ai quali la materia è affidata), hanno in realtà elaborato ed applicato peculiari cautele, riservando generalmente alle corti poteri di controllo sulla correttezza e giustizia dell'accordo dal punto di

10 Si trattava infatti di un neurochirurgo, abbastanza ricco, che si accingeva a sposare un'infermiera disoccupata e molto più giovane alla quale il giorno stesso del matrimonio sottoponeva un contratto prematrimoniale, da questa sottoscritto, che le riconosceva un ammontare irrisorio in caso di divorzio, verificatosi dopo nove anni di matrimonio; v., per un'analisi di *Simeone* in chiave di discriminazione di genere, G. F. BROD, *Premarital agreements and gender justice*, in *Yale J. Law and Feminism*, 1994, 270 ss.

vista sia procedurale che sostanziale, nel quadro peraltro dell'ampia discrezionalità e incisività che tradizionalmente caratterizza il ruolo del giudice di *common law* nelle questioni familiari¹¹. Si richiede tipicamente che entrambi i nubendi, oltre ad aver ricevuto piena informazione sulla situazione patrimoniale dell'altro, prima della stipulazione dell'accordo abbiano consultato un legale competente in materia o siano stati quantomeno avvisati dell'opportunità di farlo, che l'accordo sia concluso con un ragionevole anticipo rispetto al matrimonio o che sia garantito un certo periodo di riflessione tra il momento in cui l'accordo viene proposto per la prima volta e il momento della sua conclusione¹².

11 Cfr. I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, in J. M. SCHERPE (a cura di), *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, Oxford, 2012, 415 ss.; B. BIX, *Bargaining in the shadow of love*, cit., 153 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Famiglia e dir.*, 2005, 543 ss.

12 Di tali cautele dà conto solo in parte e in modo minimale l'assetto che lo *Uniform Premarital Agreements Act* dà alla materia nella sua prima stesura del 1983, in particolare alla sec. 6 (a) e (b). Il testo è stato emendato nel 2012 (*Uniform Premarital and Marital Agreements Act*), rendendo maggiormente incisive le possibilità di controllo dell'equilibrio economico dell'accordo, ma la versione emendata ha ancora scarso rilievo applicativo, poiché risulta adottata soltanto da due Stati. Molti Stati si sono invece mostrati propensi ad esercitare controlli più incisivi (sia sulla scorta di un'interpretazione più rigorosa delle regole dell'UPAA da parte del *case law*, sia in base ad atti legislativi statali), in relazione ai requisiti procedurali per la valida formazione del consenso e al sindacato sull'equità dell'accordo anche in considerazione delle circostanze sopravvenute. Per riferimenti alle fonti statali, v. E. AL

La mancata osservanza di tali accorgimenti procedurali costituisce normalmente presupposto per l'indagine sull'equilibrio sostanziale dell'accordo e la sua eventuale disapplicazione qualora esso risulti squilibrato. Secondo l'impostazione che sembra dominante, cioè, lo squilibrio economico sostanziale assumerebbe rilievo e condurrebbe al diniego di effetti all'accordo nel caso in cui sussistano vizi di tipo procedurale che ne costituiscano il presupposto. Si segnala tuttavia, da parte di alcune Corti, anche una tendenza inversa - che conduce ad un più incisivo controllo sul merito dell'accordo - secondo la quale lo squilibrio sostanziale potrebbe essere sufficiente a far presumere l'assenza di piena informazione precontrattuale, assumendo, così, autonomo rilievo pur entro un quadro concettuale che riconosce formale primazia al controllo procedurale¹³.

Inoltre, si dà tipicamente rilievo, entro certi limiti, all'ingiustizia eventualmente sopravvenuta. È diffusa infatti l'idea secondo la quale le corti possano sindacare l'equità dell'accordo che, seppure astrattamente equilibrato al momento della conclusione, divenga iniquo alla luce delle

MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., pp. 550 ss.; I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy*, cit., 415 ss.; S. N. KATZ, *Family law*, Oxford-New York, 2015, 23 ss.

13 Questa tendenza è segnalata da S. N. KATZ, *Family Law*, cit., 26 che fa riferimento al caso *Arnold v. Arnold* 553 S. W.2d 255 (Ark. 1977), deciso dalla Corte Suprema dell'Arkansas.

circostanze sopravvenute (quindi, tipicamente, nel caso in cui lo svolgimento della vita matrimoniale abbia acuito le disparità economiche tra i coniugi, dei quali uno si sia maggiormente dedicato all'attività lavorativa, migliorando la propria capacità reddituale, mentre l'altro si sia preso cura delle incombenze familiari, l'accordo può essere disapplicato dal giudice in considerazione dell'iniquità sopravvenuta)¹⁴.

Il sistema inglese è stato invece segnato da una più lunga diffidenza nei confronti degli accordi prematrimoniali, motivata essenzialmente dall'opinione secondo la quale la loro efficacia avrebbe escluso la tipica discrezionalità della quale gode il giudice inglese nell'adozione dei provvedimenti destinati a regolare i rapporti patrimoniali tra gli sposi a seguito del divorzio¹⁵. In epoca relativamente recente, il noto caso

14 Cfr. S. N. KATZ, *Family Law*, cit., 25 (che fa riferimento al *case law* di Massachusetts e Minnesota); per lo Stato di New York, cfr. *Domestic Relation Law* sec. 236B, che richiede che i termini degli accordi tra coniugi siano “*fair and reasonable at the time of the making of the agreement and are not unconscionable at the time of entry of final judgment*”; per riferimenti più estesi v. I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, cit., 423 ss.

15 Per un quadro della situazione inglese precedente a *Radmacher v Granatino*, v. N. LOWE, *Prenuptial agreements: the English position*, in *InDret*, 2008, 1 ss.; S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, Oxford-Portland, 2017, 14 ss.; I. GIANNECCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese: tra l'evoluzione della common law e i silenzi del legislatore*, in S. LANDINI, M. PALAZZO (a cura di), *Biblioteca della fondazione italiana del notariato. Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, 2018, 468 ss.

*Radmacher v Granatino*¹⁶, nel quadro di un maggior favore per l'autonomia privata in tali materie¹⁷, ha riconosciuto per la prima volta la (possibile) validità dell'accordo anticipato per il caso di divorzio e la sua attitudine a escludere o limitare la discrezionalità della corte. La Corte suprema inglese, cioè, nonostante una importante *dissenting opinion* di *Lady Hale*¹⁸, ha attribuito una tendenziale efficacia all'accordo anticipato, considerandolo *prima facie* elemento al quale il giudice deve attenersi nella definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio e tuttavia riservando al giudice il compito di valutare la piena informazione e libertà delle parti nella stipulazione dell'accordo e, inoltre, la sua equità (*fairness*) dal punto di vista sostanziale, in particolare alla luce delle circostanze sopravvenute durante la vita matrimoniale¹⁹. In particolare, l'assetto

16 [2010] UKSC 42; per la ricostruzione della vicenda giudiziaria v. S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, cit., 20 ss.; per una valutazione del rilievo della decisione anche nella prospettiva del giurista non inglese v. J. M. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 933 ss.

17 "The reason why the court should give weight to a nuptial agreement is that there should be respect for individual autonomy. The court should accord respect to the decision of a married couple as to the manner in which their financial affairs should be regulated. It would be paternalistic and patronising to override their agreement simply on the basis that the court knows best." *Radmacher v Granatino*, [2010] UKSC 42, § 78.

18 [2010] UKSC 42, §§ 131 ss.

19 "The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it

convenzionale potrà dare luogo alla valutazione di *unfairness* qualora, anche alla luce delle circostanze sopravvenute nel corso del matrimonio, non soddisfi adeguatamente i *needs* (secondo l'interpretazione ampia che caratterizza la nozione) di un coniuge o non gli garantisca adeguata *compensation* per le implicazioni patrimoniali delle rinunce derivanti dall'organizzazione della vita matrimoniale²⁰.

Sul versante dei c.d. sistemi di *civil law*, nell'esperienza tedesca l'autonomia privata viene pacificamente ritenuta capace di estendersi - oltre che, naturalmente, alla scelta e alla modifica del regime patrimoniale - anche alla disponibilità degli obblighi di mantenimento post-divorzili. Anche con riguardo all'ordinamento tedesco, tuttavia, si segnalano cautele e controlli, anche sulla giustizia sostanziale dell'accordo, nonché la preoccupazione delle corti tedesche per la sorte del coniuge che, privato dei mezzi di sussistenza per effetto della esclusione convenzionale del mantenimento post-divorzile, sia costretto a far ricorso all'assistenza sociale (caso che per primo e in modo pacifico ha consentito il sindacato giudiziale sull'accordo)²¹. In

would not be fair to hold the parties to their agreement", Radmacher v Granatino, [2010] UKSC 42, § 75.

20 Cfr. *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, §§ 77 ss.; per ragguagli sul modo in cui le indicazioni della *Supreme Court* sono state recepite nel *case law* successivo, dando luogo ad un assetto ancora non definito della materia, v. S. THOMPSON, *Prenuptial agreements and the presumption of free choice*, cit., 27 ss.; I. GIANNECCHINI, *I premarital agreements nell'ordinamento inglese*, cit., 475 ss.

21 Cfr. E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte*

particolare, le corti tedesche, sulla scorta della nota e approfondita elaborazione delle clausole generali delle *gute Sitten* e di *Treu und Glauben*, possono ritenere nullo ai sensi del par. 138 (con conseguente applicazione del regime legale) il patto che conduca a un assetto eccessivamente squilibrato in conseguenza dello sfruttamento della posizione di debolezza di uno dei futuri coniugi e intervenire, ai sensi del par. 242, in considerazione delle circostanze esistenti al momento nel quale l'accordo deve avere esecuzione, per impedire ad un coniuge di avvalersi di alcune pattuizioni quando ciò possa considerarsi iniquo (esercizio abusivo delle situazioni giuridiche costituite dal patto) nei confronti dell'altro e, eventualmente, per adeguare l'assetto convenzionale alle circostanze sopravvenute, con funzione di riequilibrio.

Una nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 2001²², superando un approccio più prudente della giurisprudenza precedente, ha sancito la piena compatibilità tra il riconoscimento dell'autonomia privata in tema di

costituzionale tedesca), in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 57 ss.; AN. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali*, in *Nuova giur. comm.*, 2012, II, 483 ss. (che registra convergenze, negli esiti, tra la disciplina tedesca e quella statunitense, dal punto di vista dei controlli e delle cautele con le quali vengono accolte le manifestazioni di autonomia privata dei coniugi).

22 *BVerfG*, 6.6.2001, in *FamRZ*, 2001, 343, e tradotta in italiano da M. G. CUBEDDU in *Famiglia*, 2002, II, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*; sul rilievo della pronuncia v. E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 60 ss.

convenzioni matrimoniali e conseguenze patrimoniali del divorzio e i controlli di contenuto sull'accordo. Le direttive della Corte costituzionale, così come successivamente articolate dal *Bundesgerichtshof* nel 2004²³, hanno individuato, quali situazioni tipiche di debolezza contrattuale (che renderebbe rilevante ex par. 138 lo squilibrio dell'accordo), non soltanto la circostanza che l'accordo sia sottoposto da parte del futuro marito alla donna già in gravidanza, quale condizione per contrarre matrimonio, ma anche le disparità dipendenti dalla situazione patrimoniale, dalla qualificazione professionale o dalla suddivisione dei compiti tra cura della casa e attività professionale ipotizzata dalle parti. Inoltre, hanno indicato, quale parametro rispetto al quale valutare lo squilibrio in relazione alle circostanze sopravvenute nel corso dello svolgimento della vita matrimoniale (per i fini dell'adeguamento giudiziale fondato sul par. 242), il criterio secondo il quale il coniuge che abbia sostenuto un investimento prevalentemente in "capitale umano" (cura della casa e dei figli) dovrebbe partecipare alla ricchezza familiare costituita nel corso del matrimonio.

23 BGH 11 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, 601, sulla quale v. 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 *Famiglia*, 2005, 133 ss.

3. Le questioni. - La ricognizione dei tratti essenziali dell'atteggiamento di alcuni ordinamenti²⁴ mostra dunque la tendenza ad accompagnare l'attribuzione all'autonomia privata della competenza a regolare gli effetti patrimoniali del divorzio con la previsione di specifici controlli e interventi giudiziali. Tali cautele e controlli rivelano come il contesto e le caratteristiche della contrattazione prematrimoniale, una volta messe da parte le obiezioni in termini di *public policy* che tagliavano del tutto fuori il contratto, siano comunque tali da determinare alcuni tipici ostacoli al pieno dispiegamento della logica e dei benefici dell'autonomia privata.

Sussiste in primo luogo una fisiologica asimmetria informativa sulle condizioni patrimoniali dell'altro coniuge, che sollecita, in particolare nei sistemi di *common law*, l'imposizione di specifici obblighi di informazione (è quindi più prudente sovrastimare il proprio patrimonio, in sede di informazione precontrattuale, al fine di ridurre le probabilità che l'accordo venga ritenuto inefficace dalle corti). Inoltre, il peculiare contesto emotivo che tipicamente caratterizza la prestazione del consenso all'accordo prematrimoniale pregiudica la serena valutazione dei termini di quel rapporto di "corrispettività" o di "condizionalità" che la

24 Che peraltro rivela una tendenza comune anche ad altri sistemi che ammettono la validità di tali accordi, v. ad esempio, con riguardo al *Código civil* catalano, V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*, cit., 443 ss.

stipulazione dell'accordo obiettivamente istituisce tra la prestazione del consenso al matrimonio e lo scarto rispetto al regime legale del divorzio che il regime convenzionale determina. Lo scarto che l'accordo determina rispetto al regime legale appare cioè in qualche modo come il "prezzo" pagato per l'altrui consenso al matrimonio. La congruità di tale "prezzo", secondo i paradigmi ordinari del contratto "di mercato", andrebbe valutata dal contraente, il quale, però, nel peculiare contesto della contrattazione prematrimoniale, vedrebbe sistematicamente turbata la serenità del proprio consenso.

Ancora, queste criticità sarebbero aggravate da quella generale tendenza del comportamento degli esseri umani nella contrattazione, descritta come razionalità limitata, che implica che essi siano naturalmente indotti a sottostimare la probabilità di che si verifichino eventi avversi nel futuro. Le parti, dunque, sottoscriverebbero l'accordo sulla scorta di una irrazionale sottovalutazione delle probabilità del divorzio e quindi della effettiva futura applicazione dell'assetto convenzionale²⁵. Il rischio di tali errori cognitivi, piuttosto che rimanere a carico del "contraente" che vi incorre - secondo l'astratto paradigma della vincolatività dell'impegno

25 Cfr. M. A. EISENBERG, *The limits of cognition and the limits of contract*, in *Stanford Law Review*, 1995, 211 ss.; B. BIX, *Bargaining in the Shadow of Love*, cit., 193 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti*, cit., 552 ss.; per un'analisi empirica sul punto v. L. A. BAKER, R. E. EMERY, *When Every Relationship Is Above Average*, in *Law and Human Behavior*, 1993, 439 ss.

contrattuale - contribuisce a sollecitare l'applicazione di modelli di disciplina volti ad incrementare il flusso dell'informazione precontrattuale e a richiamare l'attenzione, anche mediante l'incentivo all'acquisizione di pareri di esperti, sulle effettive implicazioni dell'accordo, preconstituendo possibili "vie d'uscita" dall'assetto convenzionale, soprattutto nel caso in cui tali accorgimenti procedurali non vengano rispettati.

La fisiologica proiezione verso il futuro degli accordi prematrimoniali - che fa sì che essi siano per definizione rivolti a programmare anticipatamente un assetto di interessi destinato a realizzarsi in futuro e rispetto ad uno scenario incerto - alla luce degli imprevedibili assetti che la vita matrimoniale può assumere, induce poi ad assegnare alle sopravvenienze che possano rendere ex post squilibrato l'accordo un rilievo più ampio rispetto a quanto non avverrebbe entro un ordinario contesto "di mercato"²⁶. Qualora, ad esempio, un accordo abbia stabilito un alleggerimento delle conseguenze patrimoniali del divorzio a vantaggio del coniuge poi rivelatosi più ricco, (che cioè durante il matrimonio si è dedicato all'attività lavorativa e ha prodotto reddito, mentre

26 S. N. KATZ, *Family law*, cit., 25; I. M. ELLMAN, *Marital Agreements and Private Autonomy in the United States*, cit., 427 ss.; viene spesso evocato il modello del *relational contract* quale modo specifico di trattare giuridicamente tale problema, cfr. ad esempio M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics perspective*, cit., 565 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 233 ss.

l'altro, dopo il matrimonio, ha abbandonato il lavoro per dedicarsi alla cura della famiglia e così ha mutato la propria posizione riducendo la propria capacità di produrre reddito) sulla scorta degli ordinari parametri del contratto "di mercato" dovrebbe pensarsi che proprio del rischio connesso a tale mutamento di circostanze (in relazione alla futura possibilità del divorzio) - in quanto "rischio tipico" della vita matrimoniale - le parti abbiano voluto disporre convenzionalmente e che quindi esse debbano in linea di principio ritenersi vincolate a quanto convenuto²⁷. Sembra invece che proprio questo sia il tipo di caso che spesso sollecita l'attenzione delle corti con funzione di riequilibrio dell'assetto convenzionale e a situazioni di questo genere, peraltro, faceva riferimento la *dissenting opinion* di *Lady Hale*, incentrata sui molti potenziali "*futures*" della vita matrimoniale, che sconsigliano l'adozione di una logica di stretta aderenza a quanto originariamente convenuto secondo il modello tipico del contratto²⁸.

Il contesto della contrattazione prematrimoniale, dunque, rende quantomeno problematica la trasposizione nel campo della famiglia del tradizionale bagaglio concettuale del contratto quale forma giuridica della relazione economica tra soggetti assunti dal diritto quali

27 Per una ricostruzione dei criteri per l'individuazione delle sopravvenienze rilevanti rispetto all'assetto convenuto in sede prematrimoniale v. V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 452 ss.; v. poi, sul rilievo delle sopravvenienze, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., passim.

28 V. *Radmacher v Granatino*, [2010] UKSC 42, § 175.

razionali, che ad essa affidano la pianificazione dei rispettivi interessi patrimoniali, vincolandosi a rispettare in futuro quanto originariamente pattuito. Ciò, come si è visto, sollecita l'applicazione di specifici modelli di procedimentalizzazione dell'accordo e di tutela della parte debole e induce a depotenziare il valore vincolante della pattuizione privata proprio sotto quel profilo - la pianificazione per il futuro della allocazione dei rischi fra le parti, anche in relazione alle circostanze sopravvenute - rispetto al quale il contratto obbligatorio "del mercato" esplica una delle sue principali funzioni economiche.

Tali caratteri della disciplina, nel loro complesso, evocano la questione fondamentale che il tema del rapporto tra regime legale e regime convenzionale delle conseguenze del divorzio in realtà pone e cioè il problema - tradizionalmente esterno al mondo del contratto secondo il paradigma classico - dell'assetto distributivo delle risorse tra gli ex coniugi e in particolare della "giustizia" di tale assetto in confronto con quello che risulterebbe dal regime legale²⁹. Tale problema, peraltro, si pone talvolta anche in termini di questione "di genere" in considerazione

29 Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (diretto da) *Giur. sist. Bigiavi. Separazione e divorzio*, I, Torino, 2003, 176 ss.; in generale, sulla prospettiva della "giustizia contrattuale" quale cifra del trattamento giuridico dell'autonomia privata nel campo familiare, v. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 227 ss.

di un paradigma tipico, anche se non esclusivo, e probabilmente in parte ancora attuale, del contenzioso sugli accordi prematrimoniali, che vede la donna in posizione di debolezza economica allo scioglimento del matrimonio per avere principalmente dedicato alla famiglia un investimento in “capitale umano” non direttamente ripagato in termini di reddito e patrimonio propri³⁰.

Se questa è la questione fondamentale, allora, al di là delle cautele procedurali sulla formazione dell'accordo, l'esito distributivo della contrattazione anticipata sul divorzio si rivela, piuttosto, influenzato in misura decisiva dai c.d. *initial entitlements* che discendono dal regime legale, e cioè dalle assegnazioni, dalle attribuzioni patrimoniali che il regime legale riconosce alle parti in occasione del divorzio. Sono queste attribuzioni legali, infatti, a costituire la base di partenza della contrattazione privata e, al tempo stesso, a fornire un parametro legale sul quale misurare l'equità dell'assetto convenzionale³¹. La

30 Per una nota analisi in chiave di discriminazione di genere dell'*enforcement* degli accordi prematrimoniali negli Stati Uniti v. G. F. BROD, *Premarital agreements and gender justice*, cit.; v. poi, con particolare riguardo ad alcune posizioni della giurisprudenza italiana, S. CATANOSI, *Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, 169 ss.; per un resoconto di alcune posizioni del femminismo giuridico, anche in relazione agli accordi prematrimoniali v. M. R. MARELLA, S. CATANOSI, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014, 163 ss.

31 V. in particolare M. J. TREBILCOCK, R. KESHVANI, *The role of private ordering in family law: a law and economics*

contrattazione sulle conseguenze del divorzio è cioè, come solitamente si dice con espressione divenuta ormai classica nella materia, una contrattazione che si svolge *in the shadow of the law* e cioè a partire da un dato regime legale e assume quale proprio oggetto le risorse che tale regime assegna alle parti che negoziano³². Dal modo in cui il regime legale valuta la posizione delle parti e dalle aspettative che assegna loro in termini di risorse economiche attribuite con lo scioglimento del matrimonio, dipende, allora il potere contrattuale di ciascuna parte e, soprattutto, il tipo di controllo di contenuto che l'ordinamento può svolgere sull'assetto convenzionale proprio in relazione al suo scostamento rispetto al regime legale.

Sotto il profilo distributivo, pertanto, se pure in astratto potrebbe pensarsi che la negoziazione privata tra contraenti pienamente informati possa costituire un veicolo per un miglior riconoscimento del valore economico del lavoro domestico³³,

perspective, cit., 551 ss.

32 Il riferimento è naturalmente a R. H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the shadow of the law. The case of divorce*, cit., il cui modello però è riferito agli accordi in occasione del divorzio piuttosto che agli accordi prematrimoniali.

33 Sul trattamento giuridico del "lavoro domestico", nel quadro della dicotomia "famiglia/mercato" v. M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e "resistenze". Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2010, 233 ss.; K. B. SILBAUGH, *Marriage contracts and the family economy*, in *Northwestern Un. L. Rev.*, 1998, 66 ss.; per il riconoscimento del rilievo giuridico ed economico del lavoro domestico, nel quadro della disciplina del regime primario

proprio a fronte di un regime legale che si assuma carente sotto tale profilo, tuttavia, è probabilmente più realistico ritenere che il mero ampliamento dello spazio occupato dalla contrattazione “tra eguali” lascerebbe comunque probabilmente in gran parte intatte le disparità di potere contrattuale che proprio il regime legale, in ipotesi, istituisca. Al contrario, la disponibilità del regime legale a prendere in considerazione l’investimento in capitale umano ai fini della definizione delle conseguenze patrimoniali del divorzio può assumere invece rilievo determinante al fine di creare condizioni di contrattazione più favorevoli ad un assetto convenzionale equilibrato sotto il profilo distributivo, incidendo sul rispettivo potere contrattuale delle parti e soprattutto fornendo un parametro per il controllo giudiziale³⁴.

4. La circolazione dei patti prematrimoniali nel sistema italiano. - Una prospettiva di “riforma” (nel duplice, lato senso, sopra illustrato) che intenda riconoscere in via di principio, anche sulla scorta delle suggestioni provenienti dai sistemi stranieri, la competenza dell’autonomia privata a regolare mediante la negoziazione prematrimoniale le conseguenze del divorzio induce dunque in

della famiglia, dal punto di vista italiano, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, v. V, t. 1, Milano, 2002, 86 ss.

34 V. in proposito M. R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari tra stratificazioni e “resistenze”*, cit., 256 ss.; E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole: funzione perequativa dell’assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 169 ss. e *passim*

primo luogo a riflettere sul significato simbolico del nesso che l'accordo anticipato istituisce tra la pattuizione del regime convenzionale e il consenso al matrimonio. Spinge cioè a interrogarsi sulla "commensurabilità" che la contrattazione prematrimoniale obiettivamente istituisce tra il consenso al matrimonio e quel "valore economico" rappresentato dallo scarto che il regime convenzionale anticipatamente istituisce rispetto al regime legale, che diviene in qualche modo il "prezzo" del matrimonio. L'ingresso della logica dell'autonomia privata e del contratto, in questo modo, rende "calcolabili", secondo il paradigma utilitaristico, le implicazioni e le conseguenze della relazione affettiva formalizzata col matrimonio. Tale prospettiva rimanda quindi, innanzitutto, al piano della "deliberazione sociale" alla quale è rimessa la questione del significato sociale del matrimonio, della legittimazione degli sposi a disporne e dei confini da assegnare, rispettivamente al "mondo della comunità

domestica” familiare e al “mondo del contratto”³⁵ e della logica utilitaristica che regge il mercato.

A valle di tale questione preliminare, l’idea del riconoscimento in via di principio degli effetti giuridici della contrattazione prematrimoniale mette invece in rilievo l’esigenza che la competenza così attribuita all’autonomia privata non si risolva in un abuso delle disparità di potere e di distribuzione delle risorse tipiche della relazione (pre)matrimoniale, anche in considerazione della sua dimensione “di durata”. Sul piano della disciplina, allora, una prospettiva che tenda a superare le resistenze della nostra giurisprudenza al riconoscimento degli accordi prematrimoniali richiede l’articolazione di quel peculiare statuto dell’autonomia privata “prematrimoniale”, in relazione alle specifiche posizioni di debolezza e alle esigenze di allocazione del rischio, che costituisce il tratto tipico della contrattazione prematrimoniale entro i sistemi che ne ammettono la vincolatività giuridica. Su tali

35 E cioè, secondo la dicotomia di M. A. EISENBERG, *The world of contract and the world of gift*, in *California Law Rev.*, 1997, 821 ss., al mondo degli impegni patrimoniali giuridicamente vincolanti secondo i meccanismi coercitivi tipici del contratto e retti dal calcolo utilitaristico, contrapposti al mondo della incoercibilità giuridica propria della sfera affettiva; su questi aspetti v., in Italia, M. BARCELLONA, *Della Causa*, Milanofiori-Assago, 2015, 186 ss.; in prospettiva più generale (sulla dicotomia agire affettivo/agire utilitaristico), G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI, *Oltre il soggetto razionale*, cit., pp. 121 ss.; sul rapporto tra contrattazione privata e significato sociale del matrimonio v. poi K. B. SILBAUGH, *Marriage contracts and the family economy*, cit., *passim*.

profili di disciplina le proposte di riforma legislativa avanzate di recente tacciono del tutto, limitandosi a prefigurare l'assegnazione di un nuovo campo di competenze all'autonomia privata - che in questo modo si affrancherebbe dai limiti attualmente posti dalla giurisprudenza - senza ulteriori specificazioni³⁶.

Non così, invece, le proposte che tendono al superamento della posizione giurisprudenziale per via, per così dire, "interpretativa" avanzate dalla dottrina italiana, che valorizzano alcuni spunti sistematici già presenti nell'ordinamento italiano (*de iure condito*) per sviluppare uno statuto della contrattazione in vista della crisi e dei suoi effetti che appare coerente con il campo dei problemi delineato con l'indagine di diritto comparato e fornisce risposte analoghe a quelle degli ordinamenti stranieri³⁷.

36 Si fa in particolare riferimento alle proposte menzionate *supra* alla nota 4. V., infatti, i rilievi critici di R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, cit., *passim* (con riguardo al d.d.l. S. 1151) e E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, cit., *passim* (con riguardo alla proposta di legge di iniziativa parlamentare n. 2669 presentata nella XVII legislatura e oggi riproposta nella legislatura attuale)

37 V. in particolare la proposta di C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., *passim.*; in senso simile E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e prospettive dell'autonomia coniugale*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, Pisa, 2020, 363 ss.; v. poi la compiuta articolazione di una riforma per via legislativa, sul modello della disciplina catalana, prefigurata da V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare*, cit., 443 ss.

L'introduzione del modello della negoziazione assistita ad opera del d. l. n. 132 del 2014, ha infatti probabilmente già comportato - quanto meno sul piano dei principi - un certo mutamento di scenario, con l'attribuzione ai coniugi della competenza a determinare pattiziamente lo scioglimento del matrimonio e le relative condizioni, anche patrimoniali, senza passare per il consueto controllo giudiziale (quanto meno per ciò che attiene ai rapporti tra gli ex coniugi), nonché a impegnarsi al momento della crisi, mediante "convenzione di negoziazione assistita", a negoziare le condizioni del futuro divorzio³⁸. Proprio la disciplina della negoziazione assistita, allora, può indicare una direttiva circa le condizioni di ammissibilità della contrattazione privata sulla crisi coniugale, sotto il profilo procedurale.

Il modello della negoziazione (ammessa proprio perché) "assistita" dal supporto di una consulenza professionale, segnala infatti un certo parallelismo con il requisito dell'*independent legal advice* tipico delle giurisdizioni di *common law*, elevando la "assistenza" del professionista a requisito sufficiente a supplire all'ordinario vaglio giudiziale sull'assetto convenuto al momento della crisi³⁹. Dal

38 Cfr. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., 270 ss., che attribuisce alla introduzione della negoziazione assistita un "effetto dirompente sul tema dell'autodeterminazione e della negoziazione come fonte per la definizione dei rapporti fra i coniugi dopo la crisi del matrimonio", ritenendo che proprio da tale disciplina possa trarsi la definitiva conferma della validità (e non contrarietà all'art. 160 cod. civ.) *de iure condito* dei patti in vista del divorzio.

39 Tuttavia, sul problema della derogabilità dei principi relativi alla determinazione dell'assegno divorzile ad opera

modello introdotto dal d.l. n. 132 del 2014 si trae dunque una nuova direttiva sistematica favorevole all'ampliamento del ruolo dell'autonomia privata (esercitata però *al momento* della crisi), che ne indica anche un requisito di ammissibilità (negoziazione purché "assistita"). Il riconoscimento normativo della negoziazione assistita, quindi, fornisce alla dottrina nuovi argomenti per dubitare della solidità della attuale chiusura della giurisprudenza rispetto ai patti in vista del divorzio, e tuttavia non consente, di per sé, di affermare in termini generali la validità degli accordi con i quali i coniugi programmino gli effetti del futuro scioglimento del matrimonio in un tempo anteriore alla crisi⁴⁰.

Con riguardo alla vincolatività dell'assetto convenzionale pattuito anticipatamente, qualche ulteriore indicazione si trae allora dalla norma nella quale il sistema italiano sembra aver "visto" il problema della rinuncia convenzionale da parte del coniuge ai diritti patrimoniali conseguenti al divorzio e averne articolato il trattamento giuridico. Dall'art. 5, comma 8, legge 1 dicembre 1970, n. 898 emerge infatti che l'accordo con il

della negoziazione assistita dei coniugi, v. M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e dir.*, 2015, 295 ss.

40 Cfr. C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., pp. 270 ss., il quale, pur argomentando in favore della validità dei patti in vista del divorzio, anche sulla scorta della nuova disciplina della negoziazione assistita, tuttavia sottolinea come essa non affermi "ovviamente ... la validità di tutti i patti in vista del divorzio e in particolare dei patti con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio".

quale il coniuge accetti la corresponsione del mantenimento in un'unica soluzione è comunque soggetto al controllo giudiziale di equità e produce il suo effetto tipico (e cioè la preclusione di future domande da parte del coniuge beneficiario) sul presupposto - corrispondente all'attuale modello legale - che sia concluso al momento del divorzio. L'indicazione sistematica che quindi sembra se ne possa trarre, in continuità con le tendenze tipiche degli ordinamenti stranieri, è che l'eventuale volontà di disporre anticipatamente degli effetti patrimoniali del divorzio (e per di più in sede prematrimoniale) - anche qualora si volesse ipotizzare il superamento in via interpretativa delle obiezioni in punto di validità finora fatte proprie dalla giurisprudenza - proprio perché formatasi anteriormente al divorzio, dovrebbe rimanere comunque soggetta alla possibilità di rivalutazione *ex post* (e cioè al momento del divorzio) in relazione alle circostanze sopravvenute e non potrebbe in ogni caso sottrarsi al controllo giudiziale di equità⁴¹.

Sotto un diverso profilo, nella prospettiva italiana, un adeguato statuto della contrattazione prematrimoniale dovrebbe probabilmente anche attribuire rilievo all'intreccio tra il profilo della distribuzione post-divorzile dei beni familiari (dipendente dal regime patrimoniale prescelto) e

41 Cfr. C. RIMINI, *ibidem*; e, con particolare riguardo alle circostanze sopravvenute e rispetto alla prospettiva italiana di riforma (ma anche sulla scorta di argomentazioni *de iure condito*), U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit.

quello degli obblighi di mantenimento, entrambi meritevoli di considerazione ai fini del controllo sulla giustizia dell'assetto convenzionale. In Italia, la sostanziale intangibilità dell'accordo di scelta del regime patrimoniale (e quindi dei relativi esiti distributivi a seguito dello scioglimento del vincolo) è sembrata, in linea di principio, compensata dalla inderogabilità degli obblighi di mantenimento post-divorzili⁴² (pur nel quadro della nota oscillazione della giurisprudenza sulla funzione e i criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio) o comunque dalla perdurante soggezione delle soluzioni convenzionali a controllo giudiziale, peraltro già oggi obliterato nei casi di negoziazione (sia pure) "assistita". Dal punto di vista italiano, allora, la prospettiva del pieno ingresso della autonomia privata per la pianificazione in via anticipata delle conseguenze patrimoniali del divorzio pone probabilmente - anche a fronte della constatazione del carattere recessivo della comunione quale regime legale e della struttura "leggera" dell'accordo di scelta se concluso contestualmente al matrimonio⁴³ - l'ulteriore

42 Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, cit., 166-167.

43 Si veda il dato riportato da C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 440, nota 45: "Dal Rapporto Istat "Matrimonio - Indicatori" risulta che la percentuale dei matrimoni a cui si applica il regime legale di comunione dei beni è ormai del 27,1% ed è in costante diminuzione (nel 2013 la percentuale era del 30,1%)"; nel medesimo scritto (pp. 439 ss.) l'A. segnala anche l'anomalia del sistema italiano quanto alla forma della scelta del regime

questione del rapporto tra la contrattazione prematrimoniale sulle conseguenze del divorzio e il potere di scelta del regime patrimoniale in costanza di matrimonio⁴⁴. La reciproca interferenza tra i due ambiti, una volta che venissero entrambi affidati all'autonomia privata, richiama infatti, da un canto, quanto alle convenzioni matrimoniali, l'eventuale opportunità di prevedere specifici requisiti procedurali per la valida formazione del consenso⁴⁵, d'altro canto, segnala comunque il possibile rilievo della combinazione tra gli esiti distributivi dei due profili ai fini del controllo giudiziale dell'equità del complessivo assetto convenzionale post-divorzile (e ciò sia nel senso che un assetto convenzionale che limiti il mantenimento post-divorzile potrebbe essere compensato dall'attribuzione di beni in forza del regime della comunione sia, al contrario, nel senso che una maggiore generosità del mantenimento convenzionale potrebbe comunque essere

patrimoniale se compiuta contestualmente al matrimonio.

44 Sul rapporto tra contrattazione prematrimoniale sulle conseguenze del divorzio e convenzioni matrimoniali v. E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 553 ss.

45 Si osserva, a questo proposito, che le convenzioni matrimoniali tipiche del diritto europeo continentale nelle giurisdizioni di *common law* non sarebbero generalmente ritenute valide proprio per il difetto di quei requisiti procedurali (al di là del controllo notarile) ai quali tali sistemi subordinano la validità degli accordi destinati a incidere sull'assetto patrimoniale post-divorzile, v. ad esempio, quanto al sistema inglese, J. M. SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law*, cit., 934.

giudicata iniqua a fronte della separazione dei beni⁴⁶).

Infine, mi sembra, dovrebbe porsi la questione del modo in cui il regime legale italiano del divorzio conforma i c.d. *initial entitlements* delle parti e delle conseguenze che tale assetto del regime legale determina rispetto allo spazio eventualmente da attribuirsi alla contrattazione prematrimoniale.

Rimane infatti probabilmente non del tutto chiaro il limite che le recenti statuizioni delle Sezioni Unite⁴⁷ in merito alla funzione e ai criteri di

46 Il rilievo della distribuzione dei beni ai fini della decisione in ordine all'*an* e al *quantum* dell'assegno divorzile, del resto, sebbene non esplicitato, può argomentarsi pure dall'impianto del recente riassetto della questione da parte delle Sezioni unite (Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287), come puntualizzato da C. RIMINI, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, II, 1693 ss. e ID., *Assegno divorzile e rilievo delle pregresse attribuzioni patrimoniali*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, I, 122 ss.; per una recente discussione, anche in chiave comparatistica, del rilievo del regime patrimoniale (e dell'accordo di scelta) rispetto alle prospettive di tutela del coniuge debole all'esito del divorzio, v. ID., *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, cit., 430 ss.

47 Il riferimento è naturalmente a Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, sulla quale si vedano (senza pretese di esaustività) C. BENANTI, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 1601 ss.; S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corriere giur.*, 2018, 1197 ss.; E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 29 ss.; sul possibile rilievo di tale pronuncia rispetto alla questione dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali in Italia, v. AN.

quantificazione dell'assegno di divorzio dovrebbero porre alla contrattazione prematrimoniale ai fini della tutela sostanziale del coniuge debole.

Per un verso, la prevalenza della funzione "perequativo-compensativa" affermata dalle Sezioni Unite attribuisce rilievo alle rinunce e sacrifici, rispetto alle potenzialità reddituali di un coniuge, sostenuti nell'interesse della famiglia in dipendenza dei differenti "ruoli" rivestiti nella vita matrimoniale e quindi alle disparità economiche determinatesi in conseguenza dell'investimento in termini di "capitale umano" quale contributo alla vita e al patrimonio familiare e alla capacità reddituale dell'altro coniuge. In questo modo, dunque, il recente orientamento delle Sezioni Unite potrebbe delineare uno spazio per una autonomia privata prematrimoniale in senso, per così dire, "debole", la quale cioè potrebbe legittimamente esercitarsi con funzione "determinativa" (o "esplicativa") - piuttosto che propriamente "dispositiva" - delle assegnazioni (con funzione "perequativo-compensativa") realizzate dal regime legale. La contrattazione prematrimoniale, in questa prospettiva, quasi alla stregua di un accordo sull'indirizzo della vita familiare, avrebbe

FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1031 ss.; C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 1041 ss.; più in generale, sugli interrogativi "rimasti aperti" a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, v. P. DI MARZIO, *Una conclusione, oppure un'introduzione?*, in U. SALANITRO (a cura di), *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., 424 ss.

pertanto essenzialmente la funzione di definire le concrete modalità del “contributo” e delle “rinunce” del coniuge che, in dipendenza dei ruoli prefigurati per la vita matrimoniale, si appresti ad occuparsi in misura maggiore delle incombenze familiari, e determinarne convenzionalmente il valore economico ai fini della futura eventuale compensazione al momento del divorzio o comunque offrire al giudice dei criteri convenzionali che possano orientarne la discrezionalità ai fini della determinazione dell’assegno di divorzio con funzione compensativa⁴⁸.

Ciò lascerebbe quindi al giudice o il compito di determinare, sulla scorta delle indicazioni convenute dalle parti, l’assegno divorzile mantenendo fermo il criterio legale della funzione perequativo-compensativa o comunque di controllare l’effettiva efficacia perequativo-compensativa delle prestazioni post divorzili direttamente convenute, con la possibilità di intervenire sulle pattuizioni qualora sussista uno squilibrio tra le condizioni patrimoniali delle parti

48 Sul collegamento tra “nuovo” assegno divorzile e accordi sull’indirizzo della vita familiare v. M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell’assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Famiglia e dir.*, 2018, 983 ss.; sul connesso spazio per la contrattazione privata sulle conseguenze del divorzio, v. ad esempio, E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, cit., 39 ss.; M. MARTINO, *Funzione assistenziale e compensativa dell’assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento del matrimonio*, in *Famiglia*, 2019, 85 ss.

che faccia ritenere non rispettata la funzione perequativo-compensativa.

Occorre tuttavia da chiedersi dove possa tracciarsi effettivamente il limite che “l’ombra del diritto” – e cioè tale assetto del regime legale (così come risultante dalle recenti statuizioni delle Sezioni Unite) – porrebbe alla contrattazione privata. Resta infatti il dubbio, peraltro alimentato da un fugace riferimento delle Sezioni Unite⁴⁹, che proprio la prevalenza della funzione “perequativo-compensativa” possa far propendere per una piena disponibilità di tale interesse alla “compensazione” in capo al coniuge che, così come può acconsentire alla definizione dei ruoli familiari che ne determinano il “sacrificio” e il tipo di “contributo” non reddituale alla vita familiare, potrebbe ritenersi al tempo stesso anche capace di rinunciare validamente alla connessa componente compensativa dell’assegno di divorzio⁵⁰. A fronte di tale più incisiva funzione della contrattazione

49 “Il legislatore impone di accertare, preliminarmente, l’esistenza e l’entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l’obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice, *nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*”, così Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287 (enfasi aggiunta).

50 Nel senso di una piena disponibilità della componente compensativa del mantenimento post-divorzile, v. C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all’assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 1042; V. BARBA, *Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma*; in senso contrario E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, cit., 39 ss.

privata, pienamente “dispositiva” del regime legale (con riguardo alla componente “compensativa” dell’assegno), unico presidio alle ragioni del coniuge economicamente debole rimarrebbe quindi la protezione dell’interesse all’assistenza per il caso di non autosufficienza economica e unico caso esposto al controllo giudiziale quello nel quale l’accordo sia tale (anche alla luce delle sopravvenienze) da privare il coniuge debole dei mezzi per assicurargli un’esistenza dignitosa.