



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

2
2016

Gli accordi prematrimoniali: la proposta di legge n. 2669 ed il delicato rapporto tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia...

di Fausta Scia

SOMMARIO: 1. Il problema alla luce del vigente regime patrimoniale della famiglia – 2. La proposta di legge e le sue opzioni – 3. La posizione della giurisprudenza

1. L'esame della proposta di legge n. 2669, presentata il 15 ottobre 2014 e intitolata "Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali", attualmente all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei deputati in sede referente, offre rilevanti spunti di riflessione riguardo al delicato rapporto tra il regime patrimoniale della famiglia e la tendenza, che si evince dalle recenti riforme in materia familiare, alla sempre più estesa valorizzazione dell'autonomia negoziale degli interessati, di cui la negoziazione assistita, il divorzio breve, la disciplina delle unioni civili e, in prospettiva, gli stessi patti prematrimoniali rappresentano senz'altro una evidente manifestazione. Lo studio delle riforme destinate, in generale, alla valorizzazione dell'autonomia delle parti nel diritto di famiglia¹, e, in particolare, alla realizzazione del progetto di pianificazione patrimoniale, non può, peraltro, avvenire prescindendo da un'adeguata considerazione dello scopo che si era prefissato il legislatore della riforma del diritto di famiglia, il quale aveva evidentemente avuto di mira il conseguimento dell'uguaglianza sostanziale tra marito e moglie². La *ratio* che aveva ispirato il legislatore nel 1975 è, dunque, senz'altro da rinvenire nella valorizzazione del momento comunitario e partecipativo, la cui portata sembra, invece, potenzialmente destinata ad essere messa in discussione dalle scelte

1 Da tempo si è osservato come «l'arricchita dimensione negoziale del fenomeno familiare» (RESCIGNO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di BELVEDERE E GRANELLI, Cedam, 1996, 35) tenda, addirittura, ad «allungare la sua ombra ben al di là di quell'area dei rapporti familiari in senso stretto patrimoniali» (QUADRI, *Famiglia e Ordinamento civile*, Giappichelli, 1999, 136 s.).

2 Come evidenziato, poco prima della riforma, dalla Corte costituzionale (Corte cost. 26 giugno 1974, n. 187, in *Foro it.*, 1974, I, 2248), e come confermato successivamente dalla Corte di cassazione (Cass., 23 gennaio 1990, n. 351, in *Ngcc.*, 1990, I, 602).

orientate alla valorizzazione della autodeterminazione dei coniugi riguardo alla gestione dei propri rapporti patrimoniali.

In effetti, già ben cinque anni prima della riforma, e cioè nel 1970, quando è stato introdotto il divorzio in Italia, il legislatore, nel fare riferimento al criterio compensativo nella determinazione dell'assegno di divorzio, aveva manifestato di voler favorire il raggiungimento di un'adeguata perequazione tra i coniugi nel momento finale del loro rapporto. L'art. 5, comma 6, l. div. contiene, infatti, un principio in base al quale la sussistenza di un eventuale squilibrio economico tra le parti determina la maturazione del diritto alla compensazione, con finalità perequativa, dei sacrifici fatti durante la vita matrimoniale nell'interesse primario della famiglia³. Non a caso, all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 898/1970, la giurisprudenza si è orientata per l'attribuzione proprio al criterio compensativo della funzione di assicurare il conseguimento del richiamato obiettivo perequativo, e ciò sebbene allora il regime patrimoniale vigente fosse quello della separazione dei beni⁴.

Pur senza disconoscere la diffusamente sentita esigenza di valorizzare l'autonomia negoziale delle parti - avvertita fino al punto da spingere a reclamare come necessaria l'introduzione dei c.d. patti prematrimoniali⁵ - ed anche a voler

3 Secondo QUADRI, in BOCCHINI E QUADRI, *Diritto Privato*, Giappichelli, 2016, 428, «il regime delle conseguenze patrimoniali del divorzio dovrebbe, almeno tendenzialmente, svolgere proprio una simile *funzione perequativa*». Sul punto, v., inoltre: ID., *Assetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Ngcc.*, II, 2015, 375 ss.; AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, 2007, *passim*, nonché, di recente, DOSI, *Accordi (prematrimoniali e nel corso del matrimonio) in vista del divorzio*, in *Lessico di diritto di famiglia*, Agra s.r.l., 2016, 43 ss.

4 QUADRI, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2006, 19, parla di «apparente contraddittorietà» tra la disciplina del divorzio, che ha comportato un «allentamento del vincolo matrimoniale», e quella della comunione legale dei beni, che invece ha «irrigidito i legami economici tra i coniugi», evidenziando come proprio la conformazione in senso più intensamente partecipativo delle relazioni patrimoniali, ispirate al valore della solidarietà durante il matrimonio, assuma, in effetti, una funzione di bilanciamento della maggiore libertà di interrompere il rapporto di convivenza.

5 Diverse sono state le proposte di legge in materia elaborate negli ultimi anni.

Il d.d.l. n. 2629, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011 ("Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali"), prevede, all'art. 1, modifiche ad alcune norme del codice civile - dirette sia ad imporre al giudice di tenere conto dei patti prematrimoniali nel disciplinare gli effetti patrimoniali della separazione (art. 156, comma 1), sia a sostituire il regime legale della comunione dei beni con quello della separazione (artt. 159 e 162, co. 2, c.c.) - e l'introduzione dell'art. 162 *bis*. Secondo tale ultima disposizione ("Disciplina dei

patti patrimoniali”), «i futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il patto prematrimoniale deve essere sottoscritto dalle parti, a pena di nullità, e depositato presso l'Ufficio del registro, territorialmente competente in ragione della residenza di uno dei contraenti. Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria. La presente normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli, che restano regolati dalla normativa vigente». L'art. 2 di tale disegno di legge prevede, inoltre, che «il patto prematrimoniale può anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla l. 1° dicembre 1970, n. 898». Il progetto di legge in esame contempla, poi, all'art. 3, la previsione secondo la quale il giudice deve tenere conto dei patti patrimoniali anche nel disciplinare le conseguenze economiche del divorzio.

Il “Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali” presentato dall'A.M.I. (Associazione Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011 – nel contemplare la conservazione della comunione dei beni quale regime patrimoniale legale dei coniugi - prevede che nell'art. 162 del codice civile, dopo il terzo comma, sia inserito il seguente «fermo quanto stabilito dall'art. 160 c.c., è consentita la stipula di accordi prematrimoniali e matrimoniali, di natura patrimoniale, rispettivamente prima e dopo la celebrazione del matrimonio. Tali accordi sono disciplinati dagli artt. 162 *bis* ss.». L'art. 162 *bis* (“Accordi precedenti il matrimonio”) prevede, tra l'altro, la possibilità che i coniugi si accordino per la divisione dei beni, la ripartizione del tfr, il risarcimento dei danni per l'ipotesi di addebito. L'art. 162 *ter* introduce la clausola secondo la quale «i nubendi sono tenuti ad inserire nell'accordo ogni informazione utile in ordine alla rispettiva situazione patrimoniale e reddituale». L'art. 162 *quater* contempla invece la necessità che i nubendi prima della sottoscrizione dell'accordo siano informati circa il contenuto e le conseguenze del medesimo. Detta proposta di legge contiene, inoltre, la previsione di **“Modifiche connesse e conseguenti al codice civile”. L'art. 162 *sexies* precisa inoltre che **«Le disposizioni contenute nei patti prematrimoniali e matrimoniali inerenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli sono nulle e si hanno per non apposte»**. E' introdotto il comma 3° nell'art. 155 *sexies* c.c., in cui si legge che il giudice, nell'emanazione dei provvedimenti provvisori, «dovrà tenere conto...di eventuali accordi pre-matrimoniali e matrimoniali». Si legge, altresì, che «il giudice potrà valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo». Sono, invece, modificati il comma 2° dell'articolo 156 c.c. (riguardante la determinazione dell'entità della somministrazione, da calcolare anche in relazione agli eventuali accordi pre-matrimoniali e matrimoniali), e il comma 1° dell'art. 194 c.c. («La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo, salva diversa pattuizione di cui agli artt. 162 *bis* 3 ss.»). La proposta di legge dell'Ami contiene, inoltre, la previsione di **“Modifiche connesse e conseguenti al codice di procedura civile”**. In particolare, è modificato il 3° comma dell'art. 706 c.p.c. (con la previsione che alla ricorso e alla memoria difensiva siano allegati eventuali accordi stipulati ai sensi degli artt. 162 *bis* e ss.), e viene introdotto il comma 6 dell'art. 711 c.p.c. («I coniugi, in uno al ricorso, potranno presentare gli eventuali accordi stipulati ai sensi degli artt. 162 *bis* e ss.»). Il medesimo progetto di legge prevede, infine, **“Modifiche connesse e conseguenti alla legge n. 898/70”**: è modificato l'art. 4, comma 6, della legge n. 898/70 (con previsione di allegazione al ricorso e alla prima memoria di eventuali accordi), è introdotto, nell'art. 5 della legge n. 898/70, un nuovo comma 6 *bis* («Qualora i coniugi producano in giudizio un accordo matrimoniale ovvero precedente il matrimonio, il giudice ratifica gli accordi in merito all'assegno divorzile in favore del coniuge più debole, salvo che il contributo economico stabilito non garantisca al coniuge più debole mezzi economici adeguati alla sua sussistenza. Il giudice potrà valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula e il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo»), ed è modificato l'art. 12 *bis*, comma 1 della legge n. 898/70 (il cui inciso finale contiene una clausola di salvezza relativamente agli accordi ex artt. 162 *bis* e ss.).**

Sembra il caso di ricordare, inoltre, la proposta di legge elaborata dal Notariato dell'ottobre 2011, la quale - lasciando intatto il regime patrimoniale della comunione dei beni - introduce l'art. 162 *bis* (che contempla gli accordi prematrimoniali), l'art. 6 *bis* della l. 898/70 (secondo cui la

prescindere dai dubbi, su cui si avrà modo di soffermarsi in seguito, sulla linearità del testo normativo in esame, sembra, allora, comunque quanto meno legittimo esprimere riserve circa la stessa opportunità di una riforma quale quella in discussione, considerata, pur nella prospettiva della tradizionale specialità del diritto di famiglia, l'attuale ampia derogabilità del regime patrimoniale della comunione legale⁶.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, preme rilevare come, in effetti, ai coniugi sia ampiamente concessa dal legislatore la possibilità di optare per regimi patrimoniali alternativi o integrativi rispetto a quello legale, potendo gli stessi fare ricorso alle c.d. convenzioni matrimoniali, destinate, in fin dei conti, a realizzare proprio quella pianificazione economica cui risulta indirizzata la proposta di legge in questione. E' chiaro come la genesi di tali convenzioni si collochi nella fase fisiologica del matrimonio, ma è altresì evidente come le conseguenze delle stesse siano inevitabilmente destinate a ripercuotersi sulla relativa fase patologica⁷.

D'altro canto, secondo quanto non si è mancato di osservare, la scelta consapevole del regime legale è suscettibile di rivestire perfino una valenza parasuccessoria, potendo la stessa finire con l'incidere sul destino *post-mortem* di beni acquistati durante il matrimonio. Si pensi al caso del coniuge anziano che,

sentenza di divorzio deve tener conto delle convenzioni ex art. 162 *bis* c.c.), e modifica sia l'art. 19 della l.74/87, che inserisce le convenzioni di cui all'art. 162 *bis* c.c. tra i provvedimenti esenti dal pagamento delle tasse, sia l'art. 156 c.c., in cui viene specificato che i provvedimenti del giudice vengono emanati solo qualora i coniugi non abbiano stipulato una convenzione ai sensi dell'art. 162 *bis* c.c. 2 (art. 156, co. 1 e 4, c.c.).

Per l'esame di tali iniziative, v. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 92 ss.

6 Sul punto, v. QUADRI, *I rapporti*, cit., 20, in cui si evidenzia come la riforma del diritto di famiglia - nel riconoscere alle parti la possibilità di scegliere un regime diverso da quello della comunione dei beni - abbia inteso salvaguardare la «libertà di autodeterminazione degli interessati».

7 QUADRI, *I rapporti*, cit., 33, osserva come esista uno stretto collegamento tra l'operatività del regime patrimoniale prescelto e la sistemazione economica postmatrimoniale, precisando che il giudice, ai fini del riconoscimento dell'assegno di divorzio, «viene chiamato a verificare il grado di integrazione delle sfere, ad un tempo personali ed economiche, dei coniugi, per trarne le opportune conseguenze in ordine alla relativa sistemazione postmatrimoniale». Sul punto, v., inoltre, TERRACCIANO, *Proposta di legge n. 2669 in materia di accordi prematrimoniali*, in *Avvocati di famiglia*, n. 3/4, 2015, 6, la quale, non a caso, sottolinea l'esigenza di rivalutare «l'importanza della consulenza prematrimoniale nell'ottica della valorizzazione degli strumenti che il nostro ordinamento già riconosce, attesa l'opportunità per i nubendi di valutare preliminarmente una serie di variabili».

vigente il regime della comunione dei beni, compia acquisti con redditi e proventi destinati alla comunione *de residuo*: tali beni verrebbero inevitabilmente esclusi dal novero dei beni personali ex art. 179, lett. f) e, non potendosi configurare, in un caso del genere, una donazione indiretta, gli stessi non risulterebbero nemmeno attaccabili mediante collazione o con l'azione di riduzione da parte dei legittimari⁸. In ogni caso, pare chiaro come non si possa neppure fare a meno di prendere atto delle istanze sociali e, in particolare, della diffusa e sentita esigenza di valorizzare il più possibile l'autodeterminazione delle parti nella gestione delle proprie relazioni economiche, nonché del sempre crescente numero di matrimoni tra persone di diversa nazionalità e della conseguente possibilità che coppie miste optino per una disciplina dei loro rapporti patrimoniali basata, ex art. 30, co. 1, l. 218/95, sulla legge di uno stato diverso, il quale potrebbe considerare già pienamente leciti gli accordi prematrimoniali, della cui ammissibilità invece ancora si discute in Italia. Del resto, sotto quest'ultimo profilo, sembra opportuno evidenziare come il Regolamento CE n. 1259/2010, "relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", preveda, all'art. 5, co. 1, che "i coniugi possono designare

⁸ Così, OBERTO, *Contratti prematrimoniali*, cit., 69 ss.

di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁹, purché si tratti di una delle leggi indicate dalla norma stessa¹⁰.

9 Al riguardo, sembra il caso di segnalare, peraltro, la vicenda affrontata – con argomentazioni che vale la pena riportare – da Trib. Milano, 15 aprile 2015, in *www.lcaso.it*. I coniugi, in virtù dell'art. 5 del Reg. n. 1259 del 2010, avevano scelto di applicare al processo la legislazione Svizzera, poiché luogo di ultima residenza della famiglia, dove ancora risiedeva anagraficamente e abitualmente il marito. Secondo i giudici, però, «considerazioni di interesse pubblico danno alle autorità giurisdizionali degli Stati membri la possibilità (...) di disapplicare una disposizione della legge straniera qualora in una data fattispecie sia manifestamente contraria all'ordine pubblico del foro» (Reg. 1259 del 2010, considerando n. 25). Ciò è previsto, invero, espressamente dall'art. 12 del regolamento europeo n. 1259 cit. ove è indicato che «l'applicazione di una norma della legge designata in virtù del presente regolamento può essere esclusa (...) qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro». Ebbene – prosegue il Tribunale – nel caso di specie «il Collegio reputa che le clausole di cui ai numeri 2, 3, 4 e 5 siano in contrasto con l'ordine pubblico interno là dove istituiscono, mediante negozio sostanzialmente privato, due trasferimenti patrimoniali reciproci a titolo di assegno divorzile cd. una tantum (art. 5 comma VIII, l. 898 del 1970). L'assegno divorzile ha un fondamento essenzialmente solidaristico (infatti è anche definito assegno "postmatrimoniale") e si distingue, dunque, per la sua natura squisitamente assistenziale: tant'è che la *ratio* dell'istituto è nella cd. solidarietà post-coniugale». «Come noto» – proseguono i giudici – «la possibilità di soluzione "uno acto" non è affidata alla libera scelta dei coniugi: la natura assistenziale e tendenzialmente pubblicistica dell'assegno divorzile esclude un regime di libera disponibilità e, pertanto clausole dispositive del diritto al sostegno solidaristico devono essere vagliate dall'Autorità Giudiziaria». «E, in effetti» – conclude il Tribunale – «la pattuizione "uno acto", mirando a regolare per il futuro, il diritto all'emolumento divorzile, incide in modo significativo sul regime di indisponibilità...e, conseguentemente, richiede un sindacato di congruità da svolgere in sede giurisdizionale; in difetto, come noto, ogni pattuizione che miri a regolare il diritto non disponibile, per il futuro, è da intendersi nulla per avere arrecato una irreparabile compromissione di un obiettivo di ordine pubblico (Corte cost. 21 gennaio 2000 n. 17). Ebbene, per i motivi sin qui illustrati, la clausola istitutiva di una cd. "doppia una tantum" si pone in stridente contrasto con i profili pubblicistici che compongono la trama dell'art. 5 l. div.: in primo luogo, poiché introduce un reciproco trasferimento patrimoniale che fa iato con il criterio stesso di ragionevolezza (poiché deve ritenersi che: o entrambi i coniugi sono "forti"; o entrambi i coniugi sono "deboli": ma ciò esclude nell'uno e nell'altro caso il presupposto operativo dell'istituto); in secondo luogo, poiché relega al confine della negoziabilità privata gli elementi costitutivi dell'assegno divorzile "uno acto": in altri termini, consente alla misura solidaristica di formarsi fuori dalla cornice imperativa riconosciuta dal Legislatore provocando, anche, un effetto incidente su entrambe le posizioni dei coniugi, con una tecnica contrattuale deputata a privare i contraenti, per il futuro, del diritto al supporto economico con una "causa concreta" emergente, da stimarsi illecita».

10 Gli accordi relativi alla legge applicabile, come si ricava dai successivi commi 2 e 3 della norma citata nel testo, possono essere stipulati anche al momento della celebrazione del matrimonio, circostanza dalla quale si è ritenuto di poter inferire una conferma ulteriore della piena ammissibilità dei patti prematrimoniali. In tal senso, OBERTO, *op. cit.*, 77, il quale richiama, a sostegno della propria tesi, anche la previsione di cui all'art. 15 del Regolamento CE n. 4/2009 "relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari" che, nel richiamare a sua volta il protocollo dell'Aia del 23 novembre 2007 "sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari", sancisce, all'art. 8, che il creditore e il debitore di alimenti possono, in qualsiasi momento, designare quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare una delle leggi di seguito indicate nel testo. In proposito, pare il caso di ricordare come la nozione di alimenti, cui si riferisce il Regolamento CE 4/2009, sia da intendersi secondo l'interpretazione autonoma di questa nozione, propria del diritto dell'Unione Europea, che vi include l'assegno di mantenimento.

Il problema, dunque, una volta che si sia optato comunque per l'introduzione dei patti prematrimoniali in Italia, diventa allora quello delle scelte del legislatore riguardo al coordinamento tra la ipotizzata riforma di cui si tratta e la disciplina vigente.

Di sicuro non avrebbe più alcun senso la discussione, tuttora aperta, circa la tipicità o meno dei regimi patrimoniali¹¹, nel caso in cui il disegno di legge in esame avesse effettivamente seguito. E risulterebbe forse maggiormente equilibrato, a quel punto, riconoscere senza più alcuna riserva la libera derogabilità - mediante, dunque, il ricorso a qualsivoglia convenzione - del regime patrimoniale legale della comunione dei beni¹².

11 Sul punto, v. QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, 119 ss., e ID., *Famiglia e Ordinamento*, cit., 148., il quale evidenzia come nel nostro ordinamento gli interessati possano optare anche per regimi atipici. «La volontà dei privati» - precisa l'a. - «sembra poter spaziare liberamente entro i limiti generali posti dagli artt. 160, 161 e 166 bis, unica preclusione, insomma, dovendosi ritenere legata alla necessità di evitare regimi contraddittori». Si tratta di una questione controversa, essendo la dottrina divisa tra una posizione di chiusura verso l'ammissibilità di regimi atipici (v., per tutti, ZATTI-COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, VIII ed., Padova, 2001, 876 ss.) e un atteggiamento possibilista sul punto, arrivando la stessa ad ammettere l'applicazione del principio dell'autonomia contrattuale, ex art. 1322, co. 2, c.c., anche nell'ambito delle convenzioni matrimoniali e, quindi, la configurabilità di convenzioni atipiche, con il limite del rispetto dell'ordine pubblico, del buon costume, delle disposizioni di cui agli artt. 160 e 166 bis c.c. e dei doveri di contribuzione ex artt. 143, co. 3 e 148 c.c. (tra gli altri, v. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 454, e GABRIELLI-CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 8 ss.). In proposito, v. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 285 ss., il quale richiama le esperienze sul tema di altri ordinamenti e arriva alla conclusione che l'autonomia dei coniugi «può esplicarsi attraverso la modifica del regime prescelto oppure l'integrazione tra i modelli legislativi», nonché attraverso la «lecita stipulazione di convenzioni atipiche». Secondo alcuni autori, poi, sarebbe possibile una certa atipicità di contenuto all'interno degli schemi previsti dal legislatore (v. GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, 36 ss.). Sul punto, sembra il caso di segnalare la posizione di AL MUREDEN, *op. cit.*, 200 ss., il quale riconosce ad una eventuale futura legge in materia di accordi prematrimoniali proprio il vantaggio di consentire il superamento delle attuali incertezze che circondano il regime della comunione dei beni.

12 QUADRI, *I rapporti*, cit., 28, si sofferma sulla scarsa propensione manifestata dalle parti ad adottare schemi diversi da quelli della comunione e della separazione dei beni e sulle possibili linee di intervento per evitare le conseguenze negative di ciò. Secondo l'a., una strada potrebbe consistere nella elaborazione di una «tipizzazione, in via normativa, di possibili varianti del modello legale di comunione», come già previsto nel *code civil*, che «propone ben sei possibili varianti del regime comunitario» (art. 1497 c.c.). Si ipotizza, ad esempio, «un regime in cui la reciproca compartecipazione operi in via differita, al momento, cioè, della cessazione del regime stesso, secondo quanto, del resto, da noi avviene, nel quadro della comunione legale, per i beni destinati solo alla comunione di residuo». Ancora - osserva l'a. - «potrebbe essere consentito adottare, in via convenzionale (se del caso con talune opportune garanzie), pure criteri di ripartizione finale diversi rispetto a quello rigidamente paritario, di cui all'art. 194, 1° comma, c.c., superandosi, insomma, la rigida preclusione dell'art. 210, 3° comma, c.c. Opportunità, questa, offerta in altri

Ma ancora più coerente sarebbe, allora, una disciplina che, sul presupposto della incondizionata valorizzazione dell'autonomia delle parti, non contemplasse più la comunione dei beni come regime patrimoniale legale, il quale, com'è noto, trova il suo fondamento in quella tradizionale specialità, in ordine all'operatività delle regole che presiedono alla circolazione dei beni, del diritto di famiglia, che una riforma come quella in esame non potrebbe che finire col superare.

In considerazione di ciò, appare, dunque, senz'altro più apprezzabile, per coerenza, la p.d.l. n. 2629/2011, comunicata alla presidenza del Senato il 18 marzo 2011, intitolata "Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali"¹³, che prevede, appunto, la sostituzione della comunione legale tra coniugi, come regime patrimoniale legale, con la separazione dei beni¹⁴. E' vero che l'effetto di una proposta in tal senso sarebbe stato senz'altro più dirompente, ma sicuramente la stessa sarebbe risultata più coerente con l'impostazione (e la finalità) complessiva del testo normativo.

Una volta che il legislatore della riforma abbia optato, invece, per il mantenimento in vita del regime patrimoniale della comunione dei beni e, quindi, abbia comunque deciso di preservare la specialità - nel senso dianzi accennato - del diritto di famiglia, decisamente più opportuna si sarebbe presentata la scelta di evitare il c.d. "contrattualismo puro"¹⁵. Come non si è mancato di osservare, infatti, se il

ordinamenti», come quello francese (art. 1520 *code civil*) e svizzero (art. 216 c.c.). Al riguardo, sembra il caso di ricordare come la proposta di legge formulata dall'Ami andasse proprio in tale direzione.

13 Cit. *supra*, nota 5.

14 Per una posizione critica, al riguardo, v., peraltro, OBERTO, *op. cit.*, 93, secondo il quale la legge di introduzione dei patti prematrimoniali «non è luogo in cui regolare i conti con il regime legale».

Analogamente a quanto previsto nel progetto di legge in esame, il "Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali" presentato dall'A.M.I. (cit. *supra*, nota 5), contempla la conservazione della comunione dei beni quale regime patrimoniale legale dei coniugi. Allo stesso modo, la proposta di legge elaborata dal Notariato del 2011 (cit. *supra*, nota 5) lascia intatto il regime patrimoniale della comunione dei beni.

15 Così, testualmente, DOSI, *Autonomia privata e riforme del diritto di famiglia. Due concezioni contrattualistiche contrapposte: quale prevarrà?*, in *www.lessicodidirittodifamiglia.com*. V., inoltre, QUADRI, *L'autonomia della famiglia in materia patrimoniale nella fase "patologica"*, 4 ss. del dattiloscritto messo a disposizione del convegno *Il diritto di famiglia di Antonio Cicu cent'anni dopo (1914-2014): un insegnamento anacronistico?*, Roma, 15 maggio 2015, il quale, criticando «l'ansia di portare alle estreme conseguenze quella che può definirsi la "despecializzazione" delle regole governanti i rapporti familiari», afferma che

contratto entra con le sue regole nelle relazioni tra coniugi e *partners*, bisogna verificare se il modello giusto sia quello vigente del contratto o se tale modello non debba essere adattato alla speciale situazione. Potrebbe risultare opportuno, quindi, ricorrere ad un contrattualismo condizionato alla non iniquità della soluzione concordata, da valutare sia con riferimento al tempo della conclusione dell'accordo, sia con riferimento al tempo della relativa esecuzione¹⁶.

2. Il d.d.l. n. 2669 appare, invece, del tutto legato ad una concezione contrattualistica pura, come si evince dalla lettera dell'art. 3, che – nell'introdurre, dopo l'art. 6 della legge 898/1970, il nuovo art. 6 *bis* – recita: "Il Tribunale adito, nel pronunciare con sentenza lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, dispone in conformità agli accordi prematrimoniali di cui all'art. 162 *bis* del codice civile", norma a sua volta inserita dall'art. 2 della proposta di legge in questione. Il 3° comma di tale ultima disposizione prevede, in particolare, che "negli accordi prematrimoniali un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero un diritto reale su uno o più immobili, anche con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 *ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli, fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi". Nel successivo 5° comma si legge, inoltre, che "gli accordi prematrimoniali possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, fatto salvo il diritto agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti".

Il disegno di legge, nell'attribuire alle parti una piena autonomia nella gestione dei propri rapporti patrimoniali, non contiene, dunque, alcun riferimento alla clausola *rebus sic stantibus*, la quale, eccetto che nel caso in cui si ricorra alla

«nella materia familiare, il delicato equilibrio tra autonomia delle parti e intervento giudiziale non sembra poter essere spostato fino al punto di promuovere un generalizzato superamento – quale mero ingombrante retaggio del passato – dei momenti di controllo giudiziale di quanto concordato tra gli interessati», ricordando, in proposito, l'esperienza giurisprudenziale di altri paesi europei «pur tradizionalmente caratterizzati da un largo riconoscimento di spazi all'autonomia degli interessati» (nella stessa prospettiva, v. i rilievi svolti in *Il giudice nelle relazioni familiari: ruolo e caratteristiche*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, 952 ss.).

¹⁶ DOSI, *op. ult. cit.*

corresponsione *una tantum* - che, in sede di divorzio, è comunque necessariamente sottoposta al giudizio di equità (art. 5, co. 8, l. div.) -, rappresenta un baluardo a salvaguardia di un concreto equilibrio nell'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Nessuna rilevanza risulta, infatti, riconosciuta alle eventuali circostanze sopravvenute che dovessero alterare gli equilibri esistenti al momento della stipula dell'accordo¹⁷.

Peraltro, è lo stesso legislatore a mostrarsi consapevole - sebbene con il limite rappresentato dal fatto di non portare, poi, alle logiche conseguenze le proprie osservazioni al riguardo - degli inconvenienti di una disciplina che non tenga conto di eventuali mutamenti delle condizioni presenti durante la fase genetica degli accordi. Nella relazione introduttiva della proposta di legge in commento si legge, infatti, che "le stesse parti possono disciplinare direttamente anche le ipotesi di incremento o decremento delle condizioni patrimoniali di una o di entrambe" e che "se le parti nulla hanno pattuito in proposito", gli istituti codicistici "dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e dell'impossibilità sopravvenuta" finiscono col risultare inadeguati. "Pertanto" - si legge ancora - "la previsione che consenta l'introduzione di clausole di adeguamento e di indicizzazione appare quanto mai opportuna". Ma la previsione di tali clausole, stando anche alla corretta premessa di cui alla relazione, sarebbe da considerare non come semplicemente opportuna, bensì come assolutamente necessaria, pena la stessa invalidità degli accordi.

Il legislatore si limita, invece, ad osservare come "a tale fine potrebbe farsi riferimento anche alla regola cosiddetta di *hardship* presente nel diritto contrattuale europeo, che impone di adeguare il contenuto del contratto se la prestazione è diventata particolarmente dura per la parte che deve eseguirla a

17 Al riguardo, pare il caso di segnalare la recente sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione (17 luglio 2014, n. 16379, in *Ngcc.*, 2015, I, 36), nel delineare il contenuto del rapporto matrimoniale, hanno sottolineato come lo stesso rappresenti il «"contenitore", per così dire, di una pluralità di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità", di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia». Di tenore decisamente opposto si presenta, a ben vedere, l'impostazione seguita nella proposta di legge in esame, la cui relazione introduttiva giustifica le scelte effettuate, precisando che «tali accordi non confliggono con i principi del nostro ordinamento in quanto si limitano a disciplinare diritti disponibili come il mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare, il regolamento di altri beni mobili o immobili a tutela della libertà e della purezza della volontà che non verrebbero compromesse».

seguito di circostanze sopravvenute". Eppure negli altri ordinamenti in cui risultano disciplinati i patti in vista del divorzio, l'accordo delle parti è sempre considerato non *forceable*, cioè non applicabile, quando lo stesso sia tale da provocare uno squilibrio tra le posizioni economiche dei coniugi, tanto nella fase della sua formazione, quanto nella fase della relativa esecuzione¹⁸.

Tale peculiarità della proposta di legge in commento induce ad evocare un'anomalia, ancora più evidente, presente in un'altra recente riforma, quella che ha portato all'introduzione in Italia della negoziazione assistita (d.l. 132/2014, conv. nella legge 162/2014). Mentre, infatti, ai sensi dell'art. 5, co. 8, l. div., risulta imposto il giudizio di equità da parte del Tribunale sull'eventuale accordo con cui le parti, in sede di divorzio, decidano di optare per la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, tale valutazione di congruità sembra sparita nella procedura introdotta dalla normativa in materia di degiurisdizionalizzazione¹⁹.

E' vero che anche nella proposta di legge in esame non risulta alcuna previsione al riguardo, ma, a differenza della legge in materia di negoziazione assistita - la quale, oltre a non contenere alcun riferimento al giudizio di equità sulla scelta di

18 Così, in particolare, negli Stati Uniti (dove sono molto diffusi da diversi anni i c.d. "*prenuptial agreements in contemplation of divorce*"), ma anche nel Regno Unito, in Francia e in Germania.

Per un approfondimento della situazione vigente, in particolare, negli Stati Uniti, v. AL MUREDEN, *op. cit.*, 180 ss.

Per ampi riferimenti alle esperienze degli altri ordinamenti, v. OBERTO, *op. cit.*, 69 ss.

AL MUREDEN, *op. cit.*, 209, mette in luce come, nell'ordinamento inglese, il *Green Paper Supporting Families* ponga «l'accento sulla necessità di responsabilizzare i nubendi attraverso incontri informativi prematrimoniali nei quali essi vengano resi edotti riguardo alle implicazioni personali e patrimoniali del matrimonio e sull'opportunità di consentire di dar vita a *prenuptial agreements* relativi alla distribuzione del patrimonio in caso di divorzio». Significativamente, così, in Australia è lo stesso legislatore - intervenuto con il *Family Law Emendament Act 2000*, in vigore dal 1° gennaio 2011 - ad aver affrontato il tema ammettendo la piena validità dei *prenuptial agreements*: anche in Australia gli accordi devono, però, rispettare le previsioni legislative dirette a salvaguardare i soggetti deboli della famiglia, a garantire la corretta formazione del consenso e a consentire la revisione degli accordi stessi nel caso in cui sopravvengano rilevanti mutamenti della situazione di fatto pregressa (così, AL MUREDEN, *op. cit.*, 183 ss.).

19 Sul rapporto tra nuove procedure degiurisdizionalizzate e accordi in vista del divorzio v. DOSI, *Accordi*, cit., 55 ss. Al riguardo, sembra il caso di evidenziare come l'assenza di ogni controllo da parte del giudice non possa che deporre nel senso dell'esclusione dell'effetto preclusivo di tali accordi. In diversa prospettiva, AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, 137, secondo il quale l'autonomia dei coniugi non può trovare un limite nella, ancora sussistente al tempo in cui risale lo scritto dell'autore, «necessaria giurisdizionalità dei procedimenti di invalidità del matrimonio, separazione e divorzio».

ricorrere all'*una tantum*²⁰, nulla dice circa il carattere tombale o meno della relativa opzione - la proposta di legge n. 2669 sembra almeno contemplare un'apertura in tale ultimo senso, laddove, al 5° comma dell'art. 2, pur con riferimento alla sola ipotesi di rinuncia all'assegno, fa "salvo il diritto agli alimenti ai sensi degli artt. 433 e seguenti"²¹. Sebbene, dunque, tale disposizione risulti circoscritta alla sola

20 Il 24 aprile 2015, il Ministero degli Interni ha emanato la circolare n. 6/2015, la quale ha chiarito, tra l'altro, che nelle procedure davanti all'Ufficiale di Stato Civile, ex art. 12 della legge n. 162/2014, non può costituire oggetto di accordo la previsione della corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno periodico di divorzio. L'assegno *una tantum* resta quindi ammissibile nelle procedure ex art. 6 della legge che ha introdotto la negoziazione assistita.

21 Riguardo alla natura tombale dell'assegno *una tantum*, preme ricordare come la Cassazione tenda a ritenere che essa non sia riferibile anche ai benefici previdenziali. In particolare, secondo Cass., 12 novembre 2003, n. 17018 (in *Giust. civ. mass.*, 2003, 11) e Cass., 28 maggio 2010, n. 13108 (in *Giust. civ.*, 2011, 11, I, 2662), il fatto che le parti si siano accordate per la corresponsione *una tantum* dell'assegno non implica automaticamente la rinuncia da parte del coniuge titolare dell'assegno al beneficio di una quota della pensione di reversibilità. In senso analogo, Cass., 29 luglio 2011, n. 16744 (in *Giust. civ. mass.*, 2011, 7-8, 1137), secondo la quale "in tema di trattamento economico a favore del coniuge divorziato, il riconoscimento giudiziale della titolarità dell'assegno divorzile è condizione per l'attribuzione di una quota della pensione di reversibilità, mentre resta irrilevante la modalità solutoria del debito, pattuita fra le parti - come nella specie - in forma "una tantum", come espressamente consentito dall'art. 5 comma 8 l. 1 dicembre 1970 n. 898, in via alternativa all'ordinaria corresponsione periodica". Sul punto, v. QUADRI, *Profili controversi della tutela previdenziale del divorziato*, in *Fam. e dir.*, 2008, 738, il quale, nel criticare la precedente impostazione della Cassazione - che aveva restrittivamente inteso il richiamo contenuto nell'art. 9 della legge sul divorzio all'assegno di cui all'art. 5 (Cass., 8 luglio 2002, n. 10458, in *Foro it.*, 2003, I, 3278 e, già, Cass., 14 giugno 2000, n. 8113, in *Corr. Giur.*, 2000, 1312) - osserva come la stessa trascuri «la diversità di piani su cui si muovono la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno e le aspettative pensionistiche del divorziato». L'a. precisa, al riguardo, come la sistemazione definitiva degli assetti economico-patrimoniali reciproci degli ex coniugi «vale a chiudere, definendola senza più alcuna possibilità di riapertura, la vicenda dei loro (appunto reciproci) rapporti patrimoniali. Le pretese pensionistiche, invece, una volta reputato il divorziato quale vero e proprio titolare di un trattamento previdenziale» (secondo quanto affermato da Cass., sez. un., 25 maggio 1991, n. 5939, in *Foro it.* 1992, I, 1513, seguita da Cass., sez. un., 12 gennaio 1998, n. 159, in *Ngcc.*, 1999, I, 87), «devono ritenersi collegate ad un rapporto che, in considerazione del suo carattere previdenziale, per oggetto, funzioni e soggetti - operando esso nei confronti dell'ente previdenziale - si presenta del tutto estraneo al piano dei rapporti patrimoniali reciproci tra i coniugi». Inoltre - aggiunge l'a. - «è proprio il confronto con l'art. 9 bis», invocato, invece, dalla richiamata giurisprudenza ad ulteriore sostegno della proposta interpretazione restrittiva dell'art. 9 della legge sul divorzio, «a deporre in senso contrario alla tesi restrittiva. E' da sottolineare, infatti, come nei vigenti commi 2 e 3 dell'art. 9 sia significativamente caduto proprio l'originario riferimento al carattere "periodico" della somministrazione dell'assegno: riferimento, al contrario, non a caso rimasto immutato nel testo dell'art. 9 bis, con esso coerentemente coordinandosi, allora, la espressa previsione della preclusione dell'assegno ereditario "se gli obblighi patrimoniali previsti dall'art. 5 sono stati soddisfatti in un'unica soluzione"». A ciò si aggiunge, conclude l'a. «la diversità di *ratio* dell'assegno ereditario rispetto all'attribuzione pensionistica», considerata sia la sua «funzione dichiaratamente alimentare» (occorre la sussistenza di uno stato di bisogno), sia la circostanza che l'obbligo degli eredi, su cui grava lo stesso, «può trovare una sua logica giustificazione...solo nel caso di una continuativa effettiva dipendenza delle essenziali esigenze esistenziali del divorziato dall'assegno corrispostogli in vita dall'ex coniuge».

ipotesi di rinuncia all'assegno, la stessa potrebbe ritenersi estensibile anche al caso in cui vi sia la previsione della corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, considerato che - come del resto nel caso della analoga previsione contenuta nella normativa in materia di negoziazione assistita - non è contemplata una preventiva valutazione della equità dei relativi accordi²².

Ma è evidente come, in mancanza di una previsione esplicita, i dubbi sulla effettiva portata della disposizione citata siano da ritenersi tutt'altro che infondati.

Appare, insomma, chiaro come le recenti riforme e quelle ipotizzate, destinate alla privatizzazione e della degiurisdizionalizzazione, nell'ambito della più ampia tendenza alla estesa valorizzazione della autonomia delle parti nella gestione dei loro rapporti, rischino, in assenza della previsione di adeguati filtri, di ledere importanti cardini del nostro tradizionale sistema giuridico in materia familiare.

Dall'esame del progetto di legge in questione, insomma, emergono, come si è accennato, problematiche che affondano le loro radici nel conflitto, irrisolto, tra

Cass., 13 giugno 2014, n. 13424 (in *Giust. civ. mass.*, 2014), dal canto suo, si è pronunciata per il superamento della natura tombale della corresponsione *una tantum* in un caso in cui si trattava di un assegno pattuito in vista delle esigenze di mantenimento dei figli minori («la corresponsione dell'assegno divorzile che avvenga, su accordo delle parti, in un'unica soluzione ed anche in previsione delle esigenze di mantenimento di un minore, non pregiudica la possibilità di richiedere, ex art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, la modifica delle condizioni economiche del divorzio qualora esse, per fatti intervenuti successivamente alla relativa sentenza, si rivelino inadeguate a soddisfare le esigenze predette, avendo il minore un interesse, distinto e preminente rispetto a quello dei genitori, a vedersi assicurato sino al raggiungimento dell'indipendenza economica un contributo al mantenimento idoneo al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita»).

Il ddl n. 2669, a ben vedere, fa addirittura un passo ulteriore, prevedendo la possibilità che l'ex coniuge, il quale abbia rinunciato prima del matrimonio al mantenimento per sé da parte dell'altro, si avvalga del «diritto agli alimenti ex articoli 433 e seguenti» (art. 2, comma 5). Ma sul punto, v. DOSI, *Accordi*, cit., 43 ss., il quale evidenzia come tecnicamente gli artt. 433 c.c. siano richiamati nel progetto di legge in esame in modo errato, considerato che tra ex coniugi non sussistono gli obblighi alimentari.

²² Quanto alla situazione degli altri paesi europei, si ricordano: gli artt. 232 e 278 del *code civil* francese, che impongono il controllo giudiziale sugli accordi destinati a regolare le conseguenze economiche del divorzio (la *prestation compensatoire* ha la forma di un capitale, ex art. 270, solo eventualmente rateizzabile); l'art. 140 del codice civile svizzero, il quale attribuisce al giudice (che, ai sensi dell'art. 126, può ordinare una liquidazione dell'assegno) il compito di verificare che l'accordo delle parti non sia manifestamente inadeguato; l'art. 97 del codice civile spagnolo, novellato nel 2005, prevede che la corresponsione in un'unica soluzione possa essere disposta dal giudice, a tutela del coniuge più debole (mentre l'art. 90 prevede che gli accordi dei coniugi sono approvati solo se non pregiudizievoli per uno di loro). Si segnala, infine, la situazione vigente in Inghilterra, dove il giudice - nella definizione dei rapporti economici post matrimoniali - può redistribuire gli assetti familiari a prescindere dalla relativa titolarità.

due diverse opzioni di fondo circa il modo in cui deve essere governata l'inevitabile, delicata interferenza tra le regole sulle quali si basa tradizionalmente il diritto di famiglia e i principi generali concernenti i diversi istituti che presiedono allo svolgimento delle relazioni economiche.

3. Che il rapporto tra diritto di famiglia e regole di diritto comune sia particolarmente delicato e controverso è dimostrato, in particolare, dalla disomogeneità degli orientamenti che nel tempo ha seguito la giurisprudenza, la quale si è divisa prima riguardo alla problematica che concerne l'identificazione dell'oggetto della comunione legale, poi, in tempi più recenti, con riferimento alla questione della validità dei patti prematrimoniali e, in particolare, di quelli predivorzili²³. Sebbene la stessa giurisprudenza, nell'occuparsi di tale ultima questione, abbia proceduto lungo un percorso diverso rispetto a quello seguito quando si è trattato di affrontare il tema dell'oggetto della comunione legale, appare evidente come in entrambe le situazioni le scelte si siano rivelate tutt'altro che lineari.

Mentre, infatti, nel trattare la problematica riguardante la identificazione dell'oggetto della comunione legale, la Cassazione - anche in controtendenza rispetto all'orientamento della giurisprudenza di merito²⁴ - non ha mancato di

23 QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 12 ss., osserva come all'indirizzo negativo notoriamente assunto dalla nostra giurisprudenza di legittimità nei confronti della validità degli accordi in vista del divorzio si sia contrapposto - avvisandosi in ciò una palese contraddizione - l'atteggiamento assunto dalla stessa giurisprudenza, nel senso di ammettere con larghezza la vincolatività degli accordi con riferimento alla separazione personale, ove gli stessi non riguardino i figli, e questo nonostante la previsione di cui all'art. 160 c.c. L'a. ricorda inoltre come la giurisprudenza abbia anche ammesso la vincolatività sia degli accordi modificativi delle pattuizioni omologate (col solo limite di un eventuale controllo giudiziale successivo), sia delle pattuizioni c.d. a *latere* della separazione (anteriori o contemporanee alla omologazione), comprese quelle riguardanti i figli, sebbene con il limite della non interferenza delle stesse con l'accordo omologato, salvo che non siano più rispendenti all'interesse tutelato. Ciononostante - conclude l'a. - non sembra sussistere la prospettata contraddittorietà nelle posizioni giurisprudenziali, in quanto l'idea di fondo è che la conformazione definitiva dell'assetto economico post-coniugale dei coniugi sia destinata a collocarsi, in ogni caso, nel contesto dell'eventuale successivo divorzio.

24 V., a titolo esemplificativo: Trib. Milano, 21 dicembre 1981, in *Dir. fam. Pers.*, 1983, 128; Trib. Catania, 14 novembre 1989, in *Dir. fam. Pers.*, 1990, 556; Trib. Parma, 21 gennaio 1994, in *Fam. e dir.*, 1994, 310; Trib. Napoli, 9 marzo 1994, in *Ngcc.* 1994, I, 770. Per la giurisprudenza più recente, v. Trib. Salerno, 11 aprile 2015, n. 1574, in *De Jure Giuffrè*. Secondo il Tribunale campano,

manifestare una certa propensione per l'autonomia negoziale delle parti (e, in genere, per l'applicabilità dei principi generali governanti la materia patrimoniale)²⁵, quando, invece, si è occupata dei patti accennati, la stessa Corte

«l'art. 177 c.c., comma 1, lett. a), nel prevedere che costituiscono oggetto della comunione gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali, ricomprende nel proprio disposto gli atti acquisitivi di ogni genere di "bene", inteso quale oggetto di ogni tipo di diritti, non contenendo la norma alcuna specificazione delimitativa». «Il diritto di usufrutto in merito all'immobile per cui è causa, pertanto», concludono i giudici, «entrava a far parte della comunione legale di cui all'art. 177 cc. e si qualificava come comunione in godimento, cd "cousufrutto"». V., inoltre, Corte App. Catania, 13 novembre 2014, in *Ilfamiliarista.it*, 2015, 28 maggio, in cui si afferma che «i buoni postali non sono frutti o proventi percepiti e non consumati, diversamente dal saldo attivo di un conto corrente che rientra ex art. 177 c.c. nella comunione de residuo, ma beni mobili, suscumbibili nella categoria dei prodotti finanziari. Attraverso l'acquisto del buono, infatti, i coniugi effettuano un investimento del denaro nella loro disponibilità, trasformandolo in un bene durevole che incrementa il loro patrimonio familiare. Alla fattispecie deve quindi applicarsi l'art. 177, comma 1, c.c., il quale stabilisce che costituiscono oggetto di comunione gli "acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi a beni personali"». *Contra*, v. Trib. S. M. C.V., 11 novembre 2014, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2015, 3, II, 327. Secondo il giudice di questo Tribunale, «sottoscrivendo buoni postali fruttiferi con fondi provenienti dai rispettivi patrimoni personali i coniugi eseguono un mero accantonamento di denaro e non un "acquisto". Pertanto i buoni non costituiscono oggetto di comunione legale».

25 Basti pensare alla chiara compressione del principio comunitario operata dalla Cassazione quando si è trattato di affrontare la questione del libero rifiuto del coacquisto, ritenuto senz'altro ammissibile da Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 591. Analogamente, Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2425, e Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Fam. e dir.*, 1994 593, nell'interpretare i meccanismi di cui all'art. 179, comma 1°, lett. f) e comma 2°, hanno ridimensionato decisamente la relativa portata. Circa l'ammissibilità del rifiuto del coacquisto, v., però, la più recente Cass., 27 febbraio 2003, n. 2984, in *Ngcc.*, 2003, I, 911, la quale ha superato il proprio precedente orientamento sul punto, affermando come l'unico modo per valorizzare l'autonomia dei coniugi nella gestione dei loro rapporti patrimoniali sia rappresentato dalla stipulazione di convenzioni matrimoniali. A quanto statuito in tale pronuncia si è allineata Cass., 6 marzo 2008, n. 6120, in *Fam. e dir.*, 2008, 876. Sul punto sono poi intervenute le sezioni unite della Cassazione con la discussa decisione 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3317. In tale sentenza si legge che «sono esclusi dalla comunione legale solo i beni qualificabili come "personali" e sempre che, trattandosi di beni immobili o di beni mobili registrati, tale esclusione risulti dalla dichiarazione dell'altro coniuge, la quale ha natura confessoria se attesta fatti, ma non assume tale significato se esprime solo una condivisione di intenti quanto alla futura destinazione del bene». Secondo parte della dottrina, tale ultima sentenza lascerebbe «intravedere, per *obiter dictum*, la possibilità che sia validamente effettuata una diversa manifestazione di volontà, essa sì di natura negoziale, volta ad escludere il coacquisto *ex lege*, prescindendo dalla natura personale dello stesso» (così, testualmente TIMPANO, *Le sezioni unite negano natura negoziale alla dichiarazione prevista dall'art. 179, comma 2, c.c. e aprono uno spiraglio al rifiuto del coacquisto*, in *Giust. civ.*, 11, 2010, 2529).

Riguardo alla sorte della costruzione realizzata durante il matrimonio, vigente il regime della comunione legale, sul suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, Cass., 11 giugno 1991, n. 6622, in *Foro it.*, 1992, I, 1854 si è pronunciata per la piena applicabilità del principio generale dell'accessione ex art. 934 c.c. e, quindi, per la proprietà individuale di tale costruzione. Le sezioni unite della Cassazione, con sent. 27 gennaio 1996, n. 651, in *Corr. giur.*, 1996, 556 (seguite da Cass., 14 aprile 2004, n. 7060, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 56, e, più di recente, da Cass., 30 settembre 2010, n. 20508, in *Foro it.*, 2011, I, 1468), negando ogni specialità

Suprema si è orientata in senso contrario alla relativa validità²⁶. Solo in tempi più recenti la Cassazione - in una prospettiva che presenta talune affinità con quella

al diritto di famiglia, hanno ribadito, al riguardo, la necessità di rispettare e valorizzare il principio di autodeterminazione delle parti. V., inoltre, Cass., 30 maggio 2013, n. 13603, in *Dir. e giust. online*, 2013, 31 maggio 2013. secondo la quale «nel regime di comunione legale dei beni, la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi sul suolo personale ed esclusivo di uno solo di essi, stante la operatività del regime dell'accessione, appartiene esclusivamente a quest'ultimo e non costituisce, pertanto, oggetto della comunione legale, ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. a), c.c. In tali ipotesi la tutela del coniuge non proprietario opera non già sul piano del diritto reale, bensì sul piano obbligatorio, per cui competerà a questi un diritto di credito ai sensi dell'art. 936, comma 2, c.c.».

Cass., 14 marzo 1992, n. 3141 in *Giust. civ.*, 1992, I, 1731, esclude la caduta in comunione dei beni acquistati per usucapione, sul presupposto che la disposizione di cui all'art. 172, comma 1, lett. a), nel parlare di acquisti "compiuti", si riferisca solo agli acquisti a titolo derivativo. V., però, la diversa posizione sul punto di Cass., 3 novembre 2000, n. 14347, in *Giust. civ.*, 2001, I, 89, che ha ammesso la caduta in comunione del bene acquistato per usucapione.

Infine, la Cassazione, quando si è trovata ad affrontare la questione riguardante la caduta in comunione dei diritti di credito, ha tradizionalmente seguito il medesimo orientamento contrario allo spirito comunitario, affermando che nella comunione legale rientrano solo gli acquisti, cioè gli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della res o la costituzione di diritti reali sulla medesima (Cass., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Ngcc.*, 1988, I, 456, Cass., 16 dicembre 1993, n. 12439, in *Fam. e dir.*, 1994, 297, Cass., 18 febbraio 1999, n. 1363, in *Vita not.*, 2000, 162, Cass., 27 aprile 2004, n. 8002, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Famiglia (regime patrimoniale)*, n. 54, Cass., 24 gennaio 2008, n. 1548, in *Contratti*, 2008, 1014). Diversamente, v. Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098, in *Ngcc.*, 2008, I, 320 (che, sulla base di affermazioni generali circa la possibile caduta in comunione dei diritti di credito, in particolare l'ammette per i titoli obbligazionari acquistati da un coniuge con i proventi della propria attività personale), il cui orientamento è stato però ridimensionato da Cass., 15 gennaio 2009, n. 799, in *Ngcc.*, 2009, I, 706 e Cass., 15 giugno 2012, n. 9845, in *Fam. e dir.*, 2013, 5 (le quali hanno escluso la caduta in comunione dei diritti di credito che non abbiano una componente patrimoniale suscettibile di acquistare un valore di scambio, come le quote di fondi comuni di investimento).

26 Le ragioni di tale atteggiamento - condiviso da parte della dottrina (v., per tutti: BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 2005, 294; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *I contratti di convivenza*, a cura di MOSCATI E ZOPPINI, Torino, 2002, 50; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 2002; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 695; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, I, 66) - sono da rinvenire essenzialmente nella convinzione che gli accordi prematrimoniali o predivorzili possano rischiare di condizionare la libertà del coniuge, privandolo, quindi delle tutele specifiche che la legge normalmente riserva allo stesso nella fase patologica del matrimonio. A rischiare di restare compromessi sarebbero, in particolare, secondo tale impostazione, sia il diritto di difesa, sia il diritto alla tutela post-matrimoniale (il diritto all'assegno divorzile, in quest'ottica, è ritenuto, per la sua natura assistenziale, un diritto di natura indisponibile). Inoltre, tali accordi si porrebbero in contrasto con il principio di inderogabilità dei diritti e dei doveri che discendono dal matrimonio (ex art. 160 c.c.).

Secondo un'altra argomentazione posta a sostegno della tesi contraria alla validità dei patti in vista del divorzio, l'introduzione del divorzio su domanda congiunta non basterebbe a giustificare l'ammissibilità di tali patti, attenendo le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire. In effetti, nel caso di divorzio congiunto, le parti decidono di assoggettare il loro accordo ad un controllo del giudice che sarà frutto della valutazione degli assetti economici familiari concretamente esistenti in quel momento, fino al quale le parti possono sempre rivedere la regolamentazione dei loro rapporti, persistendo il

vincolo matrimoniale e la relativa solidarietà delle parti (così QUADRI, *Autonomia dei coniugi*, cit., 15 ss.). *Contra*, v. AMAGLIANI, *op. cit.*, 144, il quale sottolinea la rilevanza, al fine di giustificare la «disponibilità processuale» dell'assegno, della introduzione del divorzio su domanda congiunta.

Secondo Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Dir. fam. pers.*, 1981, 1025, l'assegno di divorzio è indisponibile prima dell'inizio del relativo giudizio, tanto nella sua parte assistenziale, quanto nella parte risarcitoria e compensativa, per cui sono invalidi gli accordi dei coniugi separati intesi a stabilire il regime economico, non solo per il contestuale periodo di separazione, ma anche per quello successivo al giudizio di divorzio. Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, 747, dal canto suo, afferma che è inefficace la rinuncia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno intervenuta tra i coniugi prima della pronuncia di divorzio. Analogamente, Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1078; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1495; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, 243; Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 12; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4).

V., inoltre: Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.* 2003, 344; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, in *Dir. e giust. online*, 2012, 27 gennaio.

Le citate Cass., 14 giugno 2000, n. 8109 e Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, pur escludendo la validità dei patti stipulati in sede di separazione in vista del futuro divorzio, affermano che la nullità può essere invocata solo a tutela di chi richiede le prestazioni economiche contestate da chi invochi quegli accordi per escludere il diritto dell'altro (nullità relativa, invocabile solo dalla parte che chiede la prestazione e non dall'altra). In tale ultimo caso, quindi, la Cassazione ha fatto ricorso alla c.d. nullità relativa, arrivando così ad affermare che «gli accordi volti ad incidere sull'assegno sono da considerare nulli solo qualora vengano invocati al fine di sottrarsi all'obbligo di corrisponderlo, non invece nel caso in cui apprestino una tutela migliorativa». Al riguardo, MARELLA, *Gli accordi fra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in *Separazione e divorzio*, diretto da FERRANDO, I, in *Giust. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 2003, 195 ss., osserva come con tale sentenza la Cassazione abbia finalmente puntualizzato che la *ratio* dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio sia da individuare nell'esigenza di tutelare il coniuge economicamente debole.

Per un'ampia e dettagliata rassegna della giurisprudenza intervenuta in materia, v. FUSARO, *Gli accordi patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. ligure*, 2013, n. 3, *passim*.

Per la dottrina, v., inoltre, AL MUREDEN, *op. cit.*, 200 ss., il quale, analizzando la questione in una prospettiva comparatistica, ritiene che, *de iure condendo*, l'osservazione dei modelli di disciplina dei *premarital agreements* – ispirati tutti (anche il modello più liberale, ossia quello delineato dall'*Uniform Premarital Agreements Act*) ad un controllo del giudice sia nella fase della formazione, sia nella fase dell'esecuzione di tali accordi - dovrebbe spingere alla «predisposizione di strumenti idonei a garantire la corretta formazione del consenso ed a promuovere un approccio sempre più consapevole e responsabile rispetto alle scelte concernenti il regime patrimoniale». L'a. conclude osservando come «sarebbe opportuno, in una prospettiva di riforma, prevedere, ad esempio, disposizioni che impongano agli sposi adempimenti attraverso i quali assumere consapevolezza circa le implicazioni patrimoniali del matrimonio, coinvolgendo figure professionali come l'avvocato o il notaio». Quanto, più specificamente, ai patti prematrimoniali, l'autore mostra di condividere la preoccupazione di chi sottolinea come la valorizzazione dell'autonomia delle parti possa finire col compromettere le istanze di tutela del coniuge debole. Sempre in una prospettiva di tipo comparatistico, l'autore osserva, in proposito, come gli Stati americani, che con l'introduzione del *no-fault divorce* hanno determinato un indebolimento del vincolo matrimoniale, contemporaneamente hanno rafforzato la tutela dei soggetti deboli. «Ciò porta a concludere» - afferma l'a. - «che l'indebolimento del vincolo coniugale non affievolisce l'esigenza di garantire una tutela adeguata ed inderogabile a coniuge debole ma, al contrario, la accentua».

In senso apertamente favorevole all'ammissibilità dei patti con cui si dispone riguardo all'assegno di divorzio, v.: OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 459; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 427 ss.; COMPORTI,

delineata in una decisione del Tribunale di Torino²⁷ - ha assunto un atteggiamento che presenta elementi di novità al riguardo, arrivando ad ammettere la validità dell'impegno negoziale assunto prima o durante il matrimonio ed in vista del relativo fallimento²⁸, intendendo lo stesso come contratto atipico, con condizione

Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, in *Foro it.*, 1995, I, 113; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, 107.

27 Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803. In questo caso, è stata, dunque, la giurisprudenza di merito - a differenza di quanto è accaduto relativamente alla identificazione dell'oggetto della comunione legale - ad aver dato inizio al percorso che ha spinto la stessa Cassazione ad aprirsi, sia pure cautamente, all'ammissibilità dei patti in esame. Mentre, infatti, Trib. Varese, 29 marzo 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 295 e Trib. Arezzo, 28 giugno 2011, in *Giur. comm.*, 2013, II, 92 hanno manifestato un atteggiamento di chiusura al riguardo, il Tribunale di Torino si è pronunciato per la piena validità degli accordi in vista del divorzio (nel caso di specie le parti poco prima della separazione avevano convenuto che l'erogazione dell'assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta meno nel momento in cui fosse stato intrapreso il giudizio di divorzio. In sede di udienza presidenziale di divorzio tale accordo è stato ritenuto valido e vincolante). Secondo il Tribunale, infatti, «l'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale e in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 codice civile». I giudici di Torino citano due sentenze della Cassazione, le quali avevano ammesso la validità degli accordi stipulati non nell'ambito della separazione ma in vista della futura separazione, durante il matrimonio (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 922 e Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. notariato*, 1995, 953). Da tali decisioni si ricava, secondo il Tribunale, la validità anche degli accordi conclusi in concomitanza o in sede di separazione in vista del futuro divorzio. Non c'è alcun rischio che venga condizionato lo *status* - affermano i giudici - in quanto non ci si obbliga a divorziare o a non divorziare, ma c'è solo un impegno economico per il futuro. Secondo il Tribunale di Torino, la preoccupazione - tradizionalmente posta a sostegno dell'orientamento contrario alla validità dei predetti accordi - che gli stessi possano finire con l'influenzare le decisioni dei coniugi riguardo al proprio *status*, non è assolutamente fondata, considerato che le parti si limitano normalmente a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* di coniuge. Del resto, aggiunge il Tribunale, i coniugi, anche prima del matrimonio, possono stipulare convenzioni matrimoniali, le quali sono dirette a quel mutamento di *status* che si attua con il matrimonio. Non si comprende allora perché, afferma il Tribunale, «le intese preventive sul divorzio dovrebbero essere nulle - perché dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status* - mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali celebrate prima delle nozze - scelta se comunione o separazione dei beni - siano invece perfettamente valide». Ancora, osservano i giudici, la totale incoerenza della scelta di escludere la validità degli accordi in questione risulta confermata dalla inesistenza di poteri di intervento sul merito da parte del Tribunale in relazione alle procedure di omologazione degli accordi di separazione e di divorzio su domanda congiunta. Sotto quest'ultimo aspetto, in particolare, si evidenzia come gli accordi economici vengano liberamente concordati dai coniugi prima della decisione del Tribunale in ordine allo *status* dei coniugi. D'altro canto, sempre per evitare scelte incoerenti, al fine di preservare la libertà del consenso sullo *status*, si dovrebbe arrivare a negare validità a tutte le contrattazioni sull'assegno che precedessero anche di pochissimo la sentenza di divorzio. Pertanto, conclude il Tribunale, non sussiste alcun motivo per escludere la piena disponibilità delle attribuzioni patrimoniali post-coniugali.

28 I patti stipulati durante il matrimonio, essenzialmente in sede di separazione, in vista dell'eventuale divorzio (*postnuptial agreements*), dovrebbero essere distinti dagli accordi

sospensiva lecita, espressione, quindi, dell'autonomia negoziale delle parti diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2, c.c.

Nell'impostazione accolta dalla Suprema Corte, dunque, il fallimento del matrimonio viene inteso non già come causa genetica dell'accordo – dal che deriverebbe, afferma la Corte, la nullità dell'impegno negoziale, stante la sua potenziale idoneità a condizionare la libertà decisionale dei coniugi riguardo al relativo *status* – bensì quale condizione sospensiva non meramente potestativa, in quanto tale lecita e idonea ad incidere sull'efficacia dell'accordo concluso dalle parti prima del matrimonio.

Dunque, la Cassazione arriva ad escludere la contrarietà della condizione sospensiva in questione alla disposizione di cui all'art. 160 c.c., considerato che, con il fallimento del matrimonio, venendo meno i diritti e i doveri coniugali, si riespandono i rapporti di dare-avere economici, che durante il matrimonio sono destinati invece a subire una restrizione²⁹.

prematrimoniali, cui si richiama il progetto di legge in esame (*prenuptial agreements*), destinati invece a disciplinare preventivamente l'eventuale futura crisi della coppia. Al riguardo, occorre evidenziare come il progetto di legge in esame, nel riferirsi agli "accordi prematrimoniali", contempli i patti in vista della separazione ed i patti in vista del divorzio. Appare, però, del tutto opinabile la previsione di "accordi prematrimoniali riguardanti i figli", di cui al 2° comma dell'art. 162 *bis*: non si comprende, infatti, come sia possibile disciplinare preventivamente le conseguenze, riguardo ai figli, dell'eventuale crisi di un matrimonio non ancora celebrato, nel corso del quale potrebbero non nascere mai dei figli, o potrebbero nascere più o meno figli rispetto a quanto preventivato in sede di accordo, così come potrebbe verificarsi che nasca un figlio affetto da handicap e quindi bisognoso di altro rispetto a quanto previsto al momento della stipula dell'accordo. Anche alla luce di tale previsione, sembra chiaro, allora, come, di fatto, la proposta di legge in esame, al di là della sua denominazione, finisca essenzialmente col riferirsi alla disciplina, in occasione della separazione, delle conseguenze del futuro divorzio.

Si ricordi, in proposito, la proposta di legge n. 2629 del 18 marzo 2011, la quale limita temporalmente gli accordi al periodo che precede la celebrazione del matrimonio, mentre la proposta di legge dell'Ami del 20 luglio 2011 estende la portata anche agli accordi post-matrimoniali. La proposta di legge elaborata sempre nel 2011 dal Notariato prevede, dal canto suo, la stipulabilità sia di patti prematrimoniali, sia di patti post-matrimoniali.

Ma si ricordi, soprattutto, per quanto concerne i patti in funzione dei rapporti con i figli, come la p.d.l.n. 2629 preveda la non estensione della relativa normativa ai rapporti tra genitori e figli, precisando «che restano regolati dalla normativa vigente». Analogamente, nella proposta di legge dell'Ami si legge che «**le disposizioni contenute nei patti prematrimoniali e matrimoniali inerenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli sono nulle e si hanno per non apposte**».

29 Nella vicenda affrontata dalla Corte di cassazione, il marito aveva chiesto al Tribunale una sentenza costitutiva ex art 2932 c.c. per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'impegno assunto dalla moglie con scrittura privata, sottoscritta tra i coniugi prima del matrimonio, di trasferire al marito la proprietà di un immobile in caso di fallimento del matrimonio. Secondo la

La Corte di cassazione, con sentenza n. 19304 del 21 agosto 2013³⁰ - confermando una decisione della Corte d'Appello di Napoli - si è poi pronunciata anche per la validità della scrittura privata con cui il marito si è impegnato a restituire una somma alla moglie, sospensivamente condizionando la restituzione all'evento della separazione.

In particolare, secondo la Suprema Corte, è valida la clausola, apposta ad un contratto di mutuo concluso tra i coniugi, con la quale si subordina la restituzione della somma ricevuta al verificarsi dell'evento futuro ed incerto della separazione personale, trattandosi di evento non contrario né a norme imperative né all'ordine pubblico. I giudici di legittimità, confermando l'orientamento dei giudici di merito, hanno escluso che vi sia stata, nel caso di specie, una coercizione e limitazione della sfera di libertà delle parti. Si tratta, precisa la Corte, di un contratto di mutuo e non di un contratto atipico, per cui non occorre nemmeno verificare se sussiste o meno un interesse meritevole di tutela ex art. 1322, co. 2, c.c. I giudici, quindi, ritenendo del tutto inopportuno il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 143 e 160 c.c., escludono la contrarietà dell'accordo a norme imperative.

Nulla dice, peraltro, la Cassazione in ordine alla eventuale contrarietà di detti accordi all'ordine pubblico, così aggirando di fatto l'ostacolo fondamentale al riconoscimento della legittimità di tali pattuizioni³¹.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe, dunque, opportuno che il legislatore, nel ridisegnare la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, si preoccupasse, innanzitutto, di sciogliere i nodi problematici della normativa attualmente vigente in materia di comunione legale, ponendo finalmente rimedio ai guasti compiuti, sul piano della tecnica legislativa, dal riformatore nel 1975. Ciò anche alla luce della circostanza che, come si è visto, la scarsa linearità del testo normativo non è stata compensata da un intervento interpretativo realmente lineare della giurisprudenza, la quale ha seguito un

moglie – le cui istanze sono state rigettate dalla Corte - la scrittura privata traeva il proprio titolo genetico nel matrimonio e integrava, quindi, violazione dell'art. 160 c.c.

30 In *Dir. fam. pers.*, 2014, 2, 577. Sul punto, v. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge*, in *Fam. e dir.*, 2015, 165 ss.

31 Così, DOSI, *Accordi*, cit., 50.

orientamento ondivago circa la delicata questione concernente l'identificazione dell'oggetto della comunione legale.

Inoltre, anche alla luce della innegabile interdipendenza tra la definizione degli assetti economici post-matrimoniali e il regime patrimoniale della famiglia, appare necessario che il futuro legislatore tenga conto della necessità di un adeguato bilanciamento tra le istanze di libertà e di autonomia delle parti e i principi di responsabilità e di solidarietà nell'ambito della famiglia. E ciò appare possibile solo riservando, nel rispetto dei relativi ruoli, alle parti la libertà di autodeterminarsi, al giudice adeguati spazi di valutazione in ordine alla congruità delle loro pattuizioni e a professionisti tecnicamente qualificati il compito di informare correttamente le parti in ordine al contenuto e alle conseguenze degli accordi che si apprestano a concludere³².

Solo in una prospettiva di questo tipo pare infatti possibile – attraverso una disciplina sistematicamente coerente e lineare – garantire una effettiva tutela dei concreti interessi delle parti coinvolte.

32 Così, QUADRI, *L'autonomia*, cit., 11.