

I PATTI IN VISTA DEL DIVORZIO

CARLO RIMINI

SOMMARIO: 1. La nullità dei patti in vista del divorzio nella giurisprudenza consolidata. – 2. Le nuove prospettive aperte dalle Sezioni Unite del 2018. – 3. L'inattualità della soluzione affermata dalla giurisprudenza consolidata. – 4. La proposta della S.I.S.Di.C per la riforma dell'assegno di divorzio. – 5. Una proposta per una soluzione duttile del problema.

1. La nullità dei patti in vista del divorzio nella giurisprudenza consolidata.

È ben noto che la giurisprudenza di legittimità consolidata¹ afferma la nullità dei patti in vista del divorzio, sia in relazione agli accordi perfezionati al momento del matrimonio sia in relazione a quelli ad esso successivi – ma comunque pattuiti durante la serena convivenza – sia in relazione agli accordi stipulati dopo la crisi coniugale e nel contesto della separazione consensuale². Tale orientamento è stato ribadito anche in tempi recentissimi³. La giurisprudenza di merito – con un'unica eccezione, almeno fra le sentenze pubblicate e note⁴ – ha sempre seguito l'insegnamento della Cassazione⁵.

Nella legislazione vigente, non è difficile trovare un riferimento normativo a supporto di tale affermazione. Si tratta dell'art. 160 c.c. secondo cui i coniugi non possono derogare né ai diritti né ai

¹ Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 955 (che tuttavia, pur essendo costantemente richiamata a sostegno della nullità dei patti in vista del divorzio, a rigore, non si occupa affatto di una vicenda nella quale i coniugi avevano stipulato un patto in vista del divorzio); Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 1, p. 97; Cass., 5 marzo 2006, n. 5302, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1306 e in *Contratti*, 1998, p. 472, con nota di G. Bonilini; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, p. 218; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 931; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. dir.*, 1995, p. 14; Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863, con nota di V. Carbone; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 562; Cass., 3 maggio 1984, n. 2682 in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 521; Cass., 1 marzo 1991, n. 2180, in *Dir. fam.*, 1991, p. 926; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 1456 e in *Foro it.*, 1986, I, p. 747, con nota di E. Quadri; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1984, I, p. 184, con nota di S. Di Paola e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1153 con nota di A. Trabucchi. È significativo sin da ora osservare che parzialmente difformi erano Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 1132 e Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2247, con nota di Lener: in queste decisioni si afferma che l'indisponibilità dell'assegno di divorzio è limitata alla sua componente assistenziale, mentre sarebbero disponibili le componenti compensativa e risarcitoria; tale impostazione fu poi superata dalla giurisprudenza successiva e formatasi allorché divenne consolidata l'affermazione della natura esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile (ma su questo punto torneremo).

² Si devono solo segnalare due sentenze che – seppure solo incidentalmente e solo allo scopo di ricostruire il contesto in cui si colloca la soluzione delle due controversie che non riguardano la validità degli accordi con i quali, in vista del futuro divorzio, i coniugi dispongono dei diritti da esso derivanti – mostrano significative aperture a favore della opportunità di rimediare l'orientamento consolidato: Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, I, p. 864 e Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. dir.*, 2015, p. 357, con nota di C. Filauo.

³ Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *Fam. dir.*, 2021, p. 885, con nota di C. Rimini.

⁴ Trib. Torino 20 aprile 2012, ord., in *Fam. dir.*, 2012, p. 803, con nota di G. Obero.

⁵ Per tutte: Trib. Salerno, 5 ottobre 2014, in *Plusplus24 Diritto*; Trib. Arezzo 28 giugno 2011, in *Notariato*, 2011, p. 508; Trib. Varese 29 marzo 2010, in *Fam. dir.*, 2011, p. 295, con nota di E. PATANIA, *Sugli accordi transattivi conclusi dai coniugi antecedentemente al divorzio* e in *Fam. e dir.*, 2011, p. 919, con nota di R. TORRE; Trib. Bologna 10 aprile 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 563; Trib. Napoli, 27 aprile 2004, in *Plusplus24 Diritto*; Trib. Milano 29 marzo 1997, in *Gius.*, 1997, p. 1535.

doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio⁶. Questa norma ha radici antiche⁷ anche se la Costituzione, prima, e la Riforma del 1975, poi, enfatizzando i valori dell'uguaglianza tra coniugi e della condivisione delle scelte⁸, hanno certamente modificato e attenuato⁹ la forza originaria di tale principio¹⁰. Peraltro, anche la Corte di legittimità, ormai molti anni orsono, ebbe a riconoscere che l'art. 160 c.c. non deve essere considerato come un dogma assoluto e ciò alla luce dei «valori di autodeterminazione e di negoziabilità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando»¹¹.

Ciononostante, la giurisprudenza, affrontando il problema della validità dei patti in vista del divorzio, ha utilizzato tale norma come un principio assoluto sulla base della quale costruire un sillogismo categorico.

La premessa maggiore è proprio l'affermazione contenuta nell'art. 160 c.c.: tutti i diritti che derivano dal matrimonio sono indisponibili. La premessa minore è costituita da un'assunzione, difficilmente contestabile: tutti gli effetti del divorzio, fra cui il diritto all'assegno divorzile, sono effetti

⁶ In questo senso la dottrina tradizionale più autorevole: A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1153; A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim.*, 1975, p. 474. Nello stesso senso, seppure a malincuore, giunge l'ampia analisi di G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, in *Comm. Schlesinger*, 3^a ed., Milano, 2010, p. 664 («In altri termini, è il doveroso omaggio ad un dato normativo (non condivisibile, ma) inequivoco, che porta a mortificare, entro confini determinati, l'espressione dell'autonomia dei soggetti in materia di divorzio») e p. 670.

⁷ Fu un grande maestro del secolo scorso a teorizzare e definire i limiti dell'autonomia privata nel diritto di famiglia: A. CICU, *Diritto di famiglia: teoria generale*, Roma, 1914, p. 213 (nell'edizione curata da M. Sesta, Bologna, 1978). Sull'autonomia privata nei rapporti familiari, e sulla evoluzione, si vedano E. BARGELLI, *Divorzio "privato" e "autonomia preventiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 250 ss.; V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 157; U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quello delle persone: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative (Venezia 23-26 giugno 1988)*, Padova, 1991, p. 107 ss.; P. RESCIGNO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, p. 35 ss.; M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia di famiglia*, in *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale futuro per l'Europa?*, a cura di M. Sesta, Atti del Convegno di Bologna, 17-18 aprile 1998, Milano, 2000, p. 3; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 83 ss.; S. PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, p. 197 ss.; M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 431 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 545 ss.; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, p. 13 ss.; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 277 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; A. FUSARO, *Marital contracts, ebevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475; G. CECCHERINI, L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013; M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss.

⁸ Il riferimento è ovviamente all'art. 144 c.c. che sancisce la regola dell'accordo fra i coniugi nel determinare l'indirizzo della vita familiare. I riflessi di questo principio, introdotto dalla riforma del 1975, sul problema della rilevanza dell'autonomia privata nei rapporti familiari furono immediatamente evidenziati da F. SANTORO-PASSARELLI, *sub art. 144*, in *Comm. rif. dir. fam. Carraro, Oppo e Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 240. Su questo punto si veda anche G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 85 ss. Recentemente, sul dualismo fra il "modello consensualistico" recepito nel diritto matrimoniale contemporaneo e una tradizionale "impostazione dal carattere paternalistico", cfr. G. GIAIMO, *Riflessioni sparse, in chiave comparatistica, sugli accordi prematrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 261 ss.

⁹ Sul fondamento sociologico di tale evoluzione, cfr. V. POCAR., P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 2008, p. 51 ss.

¹⁰ Peraltro, già F. SANTORO-PASSARELLI, *L'Autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 4 ss. affermava la sussistenza di uno spazio per l'autonomia privata nei rapporti familiari (seppure con "adattamenti"), costruendo la nozione di "negozio giuridico familiare".

¹¹ Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corr. giur.*, 1993, p. 416 (la Corte era chiamata a pronunciarsi sul problema della validità dei patti diretti a modificare il regime della separazione consensuale, non sottoposti al giudice per l'omologazione). Tale affermazione viene da allora riproposta costantemente nella giurisprudenza di legittimità che ormai pacificamente ritiene che, nel contesto della separazione, i coniugi possono definire i loro rapporti patrimoniali con atti di autonomia che la Cassazione non esita a definire "contratti atipici" (così, a mero titolo esemplificativo, Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Mass. Giust. civ.*, 1984; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034, in *Fam. dir.*, 1998, 81; fino a Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Fam. dir.*, 2013, p. 1033 e Cass., 21 aprile 2015, n. 8096, in *Foro it.*, 2015, 11, 1, p. 3628). Su questa giurisprudenza si veda L. BALESTRA, *Autonomia negoziale*, cit., p. 285 ss.

del matrimonio (giacché senza matrimonio non vi sarebbe divorzio). La conclusione è agevole: l'assegno divorzile è un diritto indisponibile.

La conclusione è peraltro rafforzata dall'unica norma che espressamente si occupa, nel nostro ordinamento, della rinuncia, da parte di un coniuge, ai diritti di contenuto economico conseguenti al divorzio, e cioè l'art. 5, comma 8, l. 1 dicembre 1970, n. 898. Questa norma ha, in relazione al problema che stiamo affrontando, un significato certo: nessuna rinuncia definitiva a "qualsiasi" domanda di contenuto economico relativa a pretese conseguenti al divorzio è possibile se non effettuata al momento del divorzio stesso e confermata dalla valutazione di equità compiuta *ex ante* (rispetto al momento in cui la pretesa viene fatta valere) dal Tribunale.

Talora, nel motivare l'affermazione della nullità dei patti in vista del divorzio, la giurisprudenza non si limita a richiamare l'art. 160 c.c., ma ha ritenuto necessario motivare la propria conclusione anche sulla base di un diverso e più articolato percorso logico. La Cassazione ha sostenuto, infatti, che deve essere affermata «la nullità di accordi patrimoniali fra coniugi per l'eventualità e in vista di un futuro divorzio, per motivi di ordine pubblico attinenti alla idoneità di tali patti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo *status* personale»¹². L'accordo preventivo fra le parti si configurerebbe come «una transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di *prezzo del consenso al divorzio*»¹³.

La dottrina¹⁴ non ha peraltro tardato ad evidenziare come tale argomento sia del tutto inconsistente giacché un coniuge sarebbe disposto a pagare un prezzo per ottenere il consenso dell'altro al divorzio solo qualora la volontà di quest'ultimo fosse un presupposto per ottenere la pronuncia di scioglimento del matrimonio. Nel nostro ordinamento, tale condizione non sussiste e ciò per una scelta precisa del legislatore del 1970. Al contrario, infatti, i presupposti per la pronuncia del divorzio – indicati negli artt. 1, 2 e 3 l. div. – prescindono dal consenso dei coniugi.

2. Le nuove prospettive aperte dalle Sezioni Unite del 2018.

L'indisponibilità dei diritti conseguenti al divorzio, e del diritto all'assegno divorzile in particolare, trovava peraltro un ulteriore supporto argomentativo, oltre che nel ricordato art. 160 c.c., anche nella natura assistenziale dell'assegno divorzile, considerata come l'unico fondamento dell'istituto disciplinato dall'art. 5, comma 6, l. div. prima dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2018¹⁵. I diritti di natura assistenziale sono infatti tradizionalmente considerati indisponibili giacché il soggetto debole che merita assistenza viene considerato, per questo solo fatto, inidoneo a disporre del diritto che l'ordinamento predispone per tutelarlo.

Proprio considerando la natura assistenziale dell'assegno divorzile come la ragione centrale dell'affermata nullità dei patti in vista del divorzio, la Cassazione, nel 2000¹⁶, aveva affermato che essa

¹² Così, per tutte, Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, cit.

¹³ Così Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit. (l'ultimo corsivo è aggiunto come enfasi). Anche la giurisprudenza più recente ripropone tale argomento laddove afferma che «una preventiva pattuizione, specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio, potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio» (Così Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.; Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, cit., riprende la medesima affermazione eliminando l'inciso «specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio»).

¹⁴ Per tutti G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio*, cit., p. 806 (che riprende gli argomenti diffusamente trattati nei molti scritti sopra ricordati); M. MORETTI, nota a Cass. civ. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Contratti*, 1993, p. 139; E. RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazione di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam.*, 1989, pag. 1079; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., p. 48 s. Su questo punto cfr. anche M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 476 ss. Ci permettiamo di segnalare anche C. RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 963. Aderisce invece all'argomentare della Corte di legittimità B. DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, p. 525 s.

¹⁵ Cass., Sez. un. 11 luglio 2018, n. 18287, 2018, in *Fam. dir.*, fascicolo 11 (l'intero fascicolo è dedicato alla sentenza).

¹⁶ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. dir.*, 2000, p. 429 nota di V. Carbone; nello stesso senso Cass., 1 dicembre 2000,

è una “nullità relativa” nel senso che può essere fatta valere solo dalla parte debole e quindi solo dal coniuge che ha rinunciato all’assegno divorzile. Peraltro, recentemente, la Corte di legittimità¹⁷ ha negato che la nullità dei patti in vista del divorzio abbia tale natura ed ha invece affermato che essa può essere fatta valere anche dal coniuge più forte che, in vista del divorzio, si sia impegnato ad effettuare una determinata prestazione a favore della parte debole.

A prescindere da questa questione – peraltro assai rilevante – affermare che la nullità dei patti in vista del divorzio è una conseguenza della natura assistenziale dell’assegno divorzile significa legare a filo doppio il nostro problema con le vicende giurisprudenziali relative alla funzione e al fondamento del diritto di cui all’art. 5, comma 6, l. div.

A tale proposito, è noto che nel 2018 la Cassazione, a Sezioni Unite, ha innovato radicalmente la propria precedente giurisprudenza in relazione alla funzione dell’assegno divorzile, stabilendo un nuovo ordine costruito attorno ad un cardine centrale: non può più essere condivisa l’affermazione – sostenuta da una giurisprudenza monolitica a partire dalla riformulazione dell’art. 5, comma 6, l. div. ad opera della l. 6 marzo 1987, n. 74 – che attribuiva all’assegno divorzile natura esclusivamente assistenziale, dovendosi invece ritenere che esso abbia una natura composita: «una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa»¹⁸. Le Sezioni Unite hanno peraltro precisato che il parametro “[dell’]adeguatezza [dei mezzi del coniuge richiedente] assume un contenuto prevalentemente perequativo-compensativo”.

Questa radicale innovazione nell’insegnamento della Corte di legittimità è destinata ad incidere anche sul tema della validità dei patti in vista del divorzio. Infatti, fin tanto che si affermava la funzione esclusivamente assistenziale dell’assegno divorzile, la sua natura indisponibile era il coerente corollario della tradizionale e consolidata affermazione per cui la parte che ha diritto ad una qualsiasi prestazione assistenziale è ontologicamente debole e quindi non adeguatamente preparata a stipulare *ex ante* accordi che abbiano per oggetto il proprio diritto. Di fronte al *revirement* delle Sezioni Unite in relazione alla natura dell’assegno divorzile, è invece ragionevole formulare una ipotesi. Il nuovo insegnamento sulla funzione composita e prevalentemente compensativa dell’assegno ha l’effetto di rendere il relativo diritto negoziabile o, quanto meno, negoziabile in relazione alla sua componente compensativa: chi ha fatto o si accinge a fare un sacrificio e deve essere indennizzato per esso è perfettamente in grado di valutare i propri interessi e può validamente disporre del proprio diritto¹⁹.

Nell’ampia motivazione della sentenza delle Sezioni Unite vi è un inciso che pare rafforzare questa tesi. La Corte, infatti, nel passaggio ove descrive l’ampiezza dei poteri istruttori attribuiti al giudice in relazione all’accertamento delle capacità reddituali e patrimoniali delle parti, afferma che tale potenziamento è previsto “*nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco*”²⁰. Dal punto di vista tecnico, queste parole sono meno di un *obiter dictum*. Non solo, infatti, si tratta di una affermazione non funzionale alla definizione della controversia, ma essa è un semplice cenno e non un compiuto ragionamento. Ciononostante, è una affermazione importante: proprio perché essa non è funzionale al ragionamento svolto, pare proprio che la Corte, a Sezioni Unite, abbia deliberatamente voluto lasciare un segno, un seme da sviluppare in futuro.

n. 15349, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 1592.

¹⁷ Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, cit. In tale occasione la Corte di legittimità ha sostenuto che non si trova in realtà nella propria precedente giurisprudenza l’affermazione per cui la nullità dei patti in vista del divorzio avrebbe natura relativa. Questa affermazione non pare a chi scrive corretta, sia perché la lettura delle due sentenze del 2000 sopra richiamate appare univoca, sia perché, due anni dopo le sentenze ora ricordate, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit., effettuando una ricognizione della propria precedente giurisprudenza, ha espressamente definito la nullità di cui si tratta come “relativa” testualmente affermando: «Il principio dell’indisponibilità preventiva dell’assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l’azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo».

¹⁸ Cass., Sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit.

¹⁹ In questo stesso senso, R. PASQUILLI, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 566.

²⁰ Sottolinea l’importanza di questo inciso anche A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull’assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 1031 ss.

3. L'inattualità della soluzione affermata dalla giurisprudenza consolidata

Il seme lasciato nel dibattito relativo ai patti in vista del divorzio dalla sentenza delle Sezioni Unite del 2018 merita di essere coltivato. Infatti, la conclusione a cui giunge la giurisprudenza consolidata ha l'effetto pratico di rendere il diritto italiano che disciplina la crisi del matrimonio insopportabilmente arcaico e non adeguato, sia all'evoluzione della nostra società, sia ad alcune significative riforme legislative che negli ultimi anni si sono succedute.

Non può sfuggire che la riforma del 2015²¹ – la quale, modificando l'art. 3, n. 2, lett. *b*, l. div., ha ridotto a sei mesi la durata minima della separazione quale presupposto del divorzio nell'ipotesi in cui la separazione sia consensuale – attribuisce al problema un rilievo pratico ancora maggiore rispetto al passato. È infatti naturale che i coniugi, raggiungendo un accordo al momento della separazione, proiettino l'efficacia della loro transazione oltre un orizzonte temporale di sei mesi e vogliano quindi definire i loro rapporti anche nella prospettiva del prossimo divorzio.

Non può inoltre sfuggire che, in un'epoca in cui le parti di qualsiasi conflitto, e del conflitto familiare in particolare, vengono costantemente e pressantemente invitate a raggiungere una composizione stragiudiziale della loro controversia, è contraddittorio impedire loro di raggiungere un accordo in vista del futuro divorzio, persino nel momento della separazione, quando i contorni della controversia sono già chiari ed attuali, quando ciascuno di essi è già assistito da un avvocato e la transazione avviene al cospetto di un giudice chiamato ad omologare la separazione consensuale. Il riferimento alle molteplici esperienze straniere nelle quali i patti in vista del divorzio svolgono una proficua funzione deflattiva delle controversie matrimoniali è fin troppo facile²².

Neppure può sfuggire che l'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, rafforza il ruolo dell'autonomia privata nei rapporti familiari. L'introduzione della "negoziata assistita" in vista della separazione e del divorzio ha, infatti, dal punto di vista dei principi, un effetto dirompente sul tema dell'autodeterminazione e della negoziazione come fonte per la definizione dei rapporti fra i coniugi dopo la crisi del matrimonio²³. Le disposizioni del d.l. n. 132 del 2014 ovviamente non affermano la validità dei patti in vista del divorzio e in particolare dei patti con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio. Tuttavia, esse sanciscono, con ogni evidenza, il trionfo dell'autonomia negoziale e della autodeterminazione nella crisi del matrimonio²⁴.

Infine, vale la pena di ricordare che anche le norme europee attribuiscono all'autonomia privata nella crisi del matrimonio un valore centrale. L'art. 5 del Reg. UE n. 1259/2010 consente infatti ai coniugi di stipulare un patto relativo alla legge applicabile al divorzio e ai suoi presupposti. L'autonomia privata incide quindi addirittura sui presupposti del divorzio e sul mutamento dello *status* coniugale e

²¹ L. 6 maggio 2015, n. 55 con la quale è stato introdotto il cosiddetto "divorzio breve".

²² Per uno sguardo comparatistico, si vedano E. AL MUREDEN, *Pre-nuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 545 ss.; G. GIAIMO, *Riflessioni sparse, in chiave comparatistica, sugli accordi prematrimoniali*, cit., p. 274 ss.

²³ Ancora più radicale è la scelta a favore dell'autonomia privata quale titolo modificativo dello *status* di coniuge nel caso in cui i coniugi non abbiano figli minorenni o comunque non autosufficienti, poiché in tale caso possono ottenere lo scioglimento del matrimonio semplicemente depositando un "accordo di divorzio" al sindaco in funzione di ufficiale dello stato civile, secondo la procedura prevista dall'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132. In questo caso la volontà dei coniugi è "assistita" solo dalla presenza del pubblico ufficiale, non essendo necessaria la presenza di uno o più avvocati. L'unico limite all'autonomia privata è costituito dal fatto che i coniugi sono chiamati a confermare il loro accordo dopo 30 giorni dal momento in cui lo hanno concluso.

²⁴ M. SESTA, *Negoziata assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 303 pone l'interrogativo se, sulla base delle nuove norme, si possa addirittura affermare che i principi relativi alla determinazione dell'assegno divorzile «siano a questo punto derogabili liberamente dai coniugi paciscenti o se, al contrario, la negoziazione non possa derogarvi, nel senso che essi si configurano quali norme imperative, che detta negoziazione, pur oggi consentita, deve rispettare ex art. 1418 c.c.». L'Autore risponde peraltro in questo secondo senso. Nello stesso senso si veda anche M. N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale fra mediazione familiare e collaborative law*, Milano, 2015, p. 38 ss.

non solo sui suoi effetti economici²⁵. Quanto agli effetti economici del matrimonio, l'art. 8 del Protocollo dell'Aja del 23 novembre 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni di mantenimento consente ai coniugi di determinare la legge applicabile agli obblighi di mantenimento e all'assegno divorzile in particolare. Anche qui i valori di autodeterminazione dei coniugi nella regolamentazione della crisi della famiglia sono affermati con chiarezza.

In questo contesto, il fatto che la nostra giurisprudenza si ostini a considerare radicalmente nulli i patti con i quali i coniugi, in vista del loro eventuale divorzio, ne determinano le conseguenze economiche, è del tutto anacronistico.

4. La proposta della S.I.S.Di.C per la riforma dell'assegno di divorzio

La proposta di riforma dell'assegno di divorzio elaborata dalla Commissione di studio «Diritto di famiglia» della S.I.S.Di.C, da un lato definitivamente conferma la funzione perequativa-compensativa dell'assegno divorzile, laddove afferma che l'autosufficienza del coniuge richiedente va valutata «in conformità alle ragionevoli aspettative economiche e professionali sacrificate per la famiglia» e che nella valutazione dell'*an* e del *quantum* dell'assegno il giudice deve, fra l'altro, valutare «il contributo personale ed economico prestato da ciascuno dei coniugi alla realizzazione della vita familiare, all'assolvimento delle funzioni parentali ed alla formazione del patrimonio individuale e di quello comune». D'altro lato – e coerentemente con tale funzione dell'assegno – la proposta di riforma afferma che il giudice, sempre nella valutazione dell'*an* e del *quantum* dell'assegno, deve considerare gli «eventuali accordi ai quali siano arrivati i coniugi».

Quest'ultima formulazione ha un indubbio pregio: essa consentirebbe una soluzione duttile del problema della validità degli accordi in vista del divorzio. Chi scrive è convinto che la questione non possa essere risolta né perpetrando l'orientamento attuale che afferma la radicale nullità dei patti, né viceversa affermando che essi sono sempre incondizionatamente validi e vincolanti per il giudice.

L'art. 160 c.c. non può più essere considerato, nel diritto di famiglia contemporaneo, come l'affermazione di un dogma assoluto, ma è invece l'espressione di un principio flessibile in grado di temperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le esigenze connesse alla particolare e composita natura dei diritti di cui si tratta.

Una riforma della disciplina dell'assegno divorzile potrebbe – come fa la proposta della S.I.S.Di.C – limitarsi ad affermare che il giudice deve tenere in considerazione gli eventuali accordi fra i coniugi, lasciando quindi all'interprete la definizione dei limiti entro i quali tali accordi sono rilevanti e vincolanti, oppure potrebbe – come chi scrive riterrebbe opportuno – cercare di definire con maggiore precisione tali limiti.

5. Una proposta per una soluzione duttile del problema

Innanzitutto, deve essere fissato un primo punto: l'efficacia di un accordo che abbia ad oggetto i diritti economici successivi al divorzio, e l'assegno divorzile in particolare, non può non avere lo stesso limite che ha il giudicato in tale materia e dunque deve essere soggetta alla clausola *rebus sic stantibus*. Il

²⁵ Sui rapporti fra il Reg. UE n. 1259/2010 e l'autonomia privata nella definizione dello status coniugale si veda A. RÖTHEL, Rom III-VO: *Impulse für eine Materialisierung der Parteiautonomie*, in *Europäische Einflüsse auf den deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Heidelberg, 2013, p. 3 ss.; I. VIARENGO, *Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 601 ss. Non a caso, commentando il regolamento comunitario, la dottrina francese parla espressamente di «contrattualizzazione del divorzio» (H. LETELLIER, *Le règlement Rome III: Du nouveau pour les contrats de mariage*, in *Gaz. Pal.*, 2012, n. 104-105, p. 7; M. OUDIN, *Contractualisation du divorce: le règlement UE du 20 décembre 2010*, in *RJPF* 2011-3/8).

contenuto dell'accordo fra i coniugi deve, quindi, essere suscettibile di modifica se mutano le circostanze che ne costituiscono i presupposti di fatto²⁶.

Inoltre, l'art. 160 c.c., riletto alla luce dell'evoluzione normativa sopra sommariamente tratteggiata, attribuisce al giudice il potere di valutare l'equità dell'accordo raggiunto e dunque di considerare inefficaci accordi manifestamente iniqui²⁷. Al di fuori dell'ipotesi particolare prevista dall'art. 5, comma 8, l. div. nel testo attualmente vigente, la valutazione di equità deve essere effettuata dal giudice *ex post* cioè solo allorché uno dei coniugi, dopo avere sottoscritto un accordo, formuli – al momento del divorzio o successivamente ad esso – pretese incompatibili con l'accordo medesimo.

Se l'accordo è soggetto ad un controllo di equità e ad esso si applica la clausola *rebus sic stantibus*, è necessario che i presupposti di fatto che hanno condotto i coniugi a sottoscriverlo siano chiari e siano manifestati nell'accordo stesso. Solo una totale trasparenza sui presupposti permette al tribunale, *ex post*, di valutarne l'equità e di valutare l'opportunità di discostarsi dagli effetti pattuiti al mutare dei presupposti di fatto all'ombra dei quali l'accordo è stato raggiunto. È dunque necessario che il patto sia accompagnato da una *full disclosure* sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno dei coniugi²⁸.

Dalla introduzione della negoziazione assistita nella soluzione dei conflitti coniugali si può infine ricavare, tramite un procedimento ermeneutico analogico, una soluzione che, se adottata, allineerebbe il nostro ordinamento agli *standard* europei di protezione della parte debole nelle negoziazioni familiari. Infatti, se la negoziazione effettuata al momento della separazione e del divorzio deve essere – secondo quanto prevede l'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 nel testo introdotto dalla legge di conversione – assistita da almeno un avvocato per parte, un'analoga esigenza di tutela impone che anche nella stipulazione di un patto in vista del divorzio ciascuno dei coniugi sia dotato di una assistenza legale indipendente.

Riassumendo, quindi, seguendo la proposta poc'anzi delineata, il giudice dovrà considerare efficace e vincolante il patto con cui i coniugi – all'esito di una negoziazione durante la quale ciascuno sia stato assistito da un legale indipendente – determinano, in vista del loro eventuale futuro divorzio, gli effetti economici dello scioglimento del vincolo coniugale, accordandosi sulla misura dell'assegno divorzile, oppure stabilendo che nessuna delle parti abbia diritto a ricevere dall'altra un assegno, oppure ancora prevedendo, in luogo dell'assegno periodico, una attribuzione patrimoniale in un'unica soluzione a favore di un coniuge. L'efficacia del patto sarà però subordinata al fatto che esso sia accompagnato da una *full disclosure* sui presupposti di fatto che ne giustificano l'equità. Il giudice, di fronte ad una domanda giudiziale che si pone in contrasto con l'accordo in vista del divorzio, potrà considerare il patto inefficace solo nel caso in cui esso produca effetti manifestamente iniqui nel senso che esso non

²⁶ In questo senso si veda F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., p. 53.

²⁷ In questo senso M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 305.

²⁸ Si è utilizzata l'espressione inglese per sottolineare che, negli ordinamenti che siamo abituati a considerare più aperti nel ritenere validi e vincolanti i patti in vista del divorzio (ed i *prenuptial agreement* in particolare), cioè l'ordinamento inglese e l'ordinamento nordamericano, non è neppure lontanamente ipotizzabile che tali accordi siano efficaci se non preceduti da una *full disclosure* effettuata dai coniugi sulle rispettive situazioni reddituali e patrimoniali. Questo orientamento è a tal punto radicato che qualsiasi convenzione matrimoniale, anche se stipulata all'estero sulla base di una legge straniera, viene considerata inefficace per il diritto inglese se non preceduta da una *full disclosure*. Fra l'altro, tale orientamento viene applicato anche alle convenzioni di separazione dei beni, considerate negli ordinamenti anglosassoni come *nuptial agreement in contemplation of divorce*, con la conseguenza - in un certo senso paradossale - che negli Stati che noi riteniamo più aperti a considerare disponibili i diritti che derivano dal matrimonio, le convenzioni di separazione dei beni stipulate secondo la nostra legge sono ritenute nulle. Lo ha affermato la Corte Suprema inglese nel celebre caso *Radmacher (formerly Granatino) vs Granatino* [2010] UKSC 42. Questa decisione viene costantemente richiamata quale prova dell'apertura dell'ordinamento inglese ai patti in vista del divorzio - e, in questo senso è ricordata anche da Trib. Torino 20 aprile 2012, ord., cit. - ma in realtà afferma che nessun patto con cui i coniugi dispongono dei diritti che derivano dal matrimonio può essere considerato valido in Inghilterra, anche se stipulato all'estero, se non soddisfa una serie di requisiti: a) deve essere preceduto da una *full disclosure*; b) i coniugi devono avere avuto una assistenza legale indipendente; c) il patto deve essere stato stipulato in una lingua conosciuta da entrambi. I principi affermati nel caso *Radmacher* sono stati recentemente rilette (e sostanzialmente ribaditi) in *Versteegh vs Versteegh* [2018] EWCA Civ 1050. Per una completa panoramica sulla questione della validità dei patti in vista del divorzio nell'ordinamento inglese, con interessanti elementi comparatistici ed una diffusa analisi del caso *Radmacher*, si veda S. KINGSTON, A. ROYCE-GREENSILL, *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011, p. 12 ss.

realizza in modo ragionevole la funzione dell'assegno divorzile. Il controllo giudiziale dovrà essere tanto più penetrante qualora si tratti di verificare se l'accordo dei coniugi contrasti con la funzione assistenziale in senso stretto dell'assegno, nel senso che il giudice sarà chiamato a verificare con estrema attenzione se il patto possa lasciare la parte debole priva dei mezzi che le consentono una esistenza dignitosa. Gli effetti del patto potranno, inoltre, essere modificati a fronte del verificarsi di un fatto nuovo che modifichi i presupposti che ne giustificavano l'equità al momento della sua stipulazione.

Questa proposta sembra – a chi scrive – tenere conto di due importanti esigenze che caratterizzano i rapporti familiari: l'esigenza di incentivare la soluzione concordata e transattiva dei conflitti familiari nonché quella di tutela e protezione della parte debole.