

I PATTI IN VISTA DELLA CRISI DI COPPIA: TRA EQUITÀ' E SOPRAVVENIENZE

FRANCESCO LINARDI*

Il contributo è volto a sostenere l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei patti con cui i coniugi o i nubendi si accordano circa le conseguenze patrimoniali di un futuro divorzio. Si analizzano, in particolare, le ragioni sottese all'orientamento giurisprudenziale attuale che nega validità a tali accordi, mettendo in luce il timore che il passaggio del tempo, intercorrente tra la stipula del contratto e lo scioglimento del vincolo coniugale, possa alterare l'equità dell'assetto inizialmente ricostruito tra i coniugi. Alla luce di queste ed altre considerazioni si tenta di proporre una ricostruzione che permetta ai coniugi (o ai nubendi) di predeterminare con una certa dose di stabilità le conseguenze patrimoniali del divorzio, senza al contempo sacrificare le peculiarità della materia familiare.

The essay aims to support the admissibility in our legal system of the agreements with which spouses or spouses to be, settle out of court on the patrimonial consequences of a future divorce. In particular, we will focus on the primary justifications with which national jurisprudence usually deny validity to these agreements, and we also aim to highlight the fear that the passing of time, between the conclusion of the contract and divorce, will alter the fairness of the agreement concluded by the parties. To sum up, we will try to propose a solution that allows the spouses (or future spouses) to determine in advance the property consequences in case of divorce, without sacrificing the particularities of legal relationships held within the family.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. – 2.1. Le prime aperture: il divorzio come condizione – 2.2. L'attualità dell'accordo come cartina di tornasole di un sindacato giudiziale di equità – 3. Le ragioni (non dette) sottese all'orientamento prevalente. – 4. La negoziabilità come regola per la gestione degli interessi patrimoniali e le peculiarità dei rapporti post-coniugali. – 5. Una proposta per un accordo equo in vista della crisi. – 6. Conclusioni.

* Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Firenze.

La Nuova Giuridica - Florence Law Review, ISSN 2974 - 5640 © 2024 F. Linardi. This is an open access article, double blind peer reviewed, under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. DOI:

<https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica>

1. *Introduzione.* – Di recente la Suprema Corte¹ è tornata ad esprimersi sull’annoso tema riguardante l’ammissibilità dei patti tra coniugi volti a regolare i profili di un futuro scioglimento del vincolo coniugale. L’occasione è sorta da un contrasto giurisprudenziale riguardante un tema solo apparentemente distante: è stata sottoposta all’attenzione della Corte l’ambigua formulazione di una norma di recente introduzione, ossia l’art. 473-bis.4g c.p.c.², che prevede la possibilità per i coniugi di proporre cumulativamente in un unico atto introduttivo sia la domanda di separazione che quella di divorzio.

La questione posta dall’ordinanza di rimessione³ è se tale norma si riferisca solo alla domanda contenziosa o se, al contrario, possa essere impiegata anche per cumulare le domande congiunte di separazione e divorzio⁴. Tra le diverse notazioni del Tribunale trevigiano c’è quella per cui la proposizione delle domande cumulate in un unico atto introduttivo, con cui le parti si accordano sin da subito sulle condizioni di separazione e divorzio, potrebbe collidere con l’orientamento di legittimità ormai consolidato per cui ai coniugi è precluso, in sede di separazione, stipulare accordi in vista del futuro divorzio⁵.

Ebbene, la Cassazione si esprime a favore del cumulo, affermando che la possibilità di proporre ambo le domande in un unico atto introduttivo non collide con il divieto posto dalla giurisprudenza di legittimità, argomentando sul presupposto per cui le condizioni concordate tra i coniugi in merito agli assetti post divorzili sono pur sempre sottoposte al vaglio del tribunale.

La pronuncia, per quanto condivisibile, tradisce in motivazione una certa contraddittorietà, dovuta probabilmente ad una volontà evolutiva nel senso dell’ammissibilità degli accordi preventivi volti alla gestione della crisi coniugale.

¹ Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2024, 1, pp. 56 ss., con nota di F. LAZZARA, *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio: verso l’ammissibilità degli accordi di gestione della crisi coniugale*.

² La norma è tra quelle inserite dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. «Riforma Cartabia»), il quale ha inserito nel Libro II del Codice di rito il Titolo IV-bis, rubricato “*Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*” e chiamato a disciplinare un rito unico per le controversie rientranti in queste materie.

³ Trib. Treviso, Sez. I, ord. 31 maggio 2023, in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 649 ss., con nota di F. DANOVÌ, *Domanda congiunta di separazione e divorzio: le ragioni per il sì, in attesa di una prassi giudiziaria uniforme*, e con nota di E. AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio tra privatizzazione del matrimonio e tutela inderogabile della parte debole*. La questione è stata sollevata in via pregiudiziale sfruttando il nuovo meccanismo di cui all’art. 363-bis c.p.c.

⁴ Già prima della pronuncia la dottrina era concorde nel ritenere ammissibile il cumulo basandosi su argomenti di ordine sia testuale che sistematico. In proposito si veda DANOVÌ, *Domanda congiunta di separazione e divorzio*, cit.; AL MUREDEN, *La domanda congiunta di separazione e divorzio*, cit.; A. SPADAFORA, *Le novità del simultaneus processus e gli spunti per una riflessione antidogmatica (sulla predeterminazione negoziale degli assetti post-affettivi)*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 3, pp. 1286 ss.; C. BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio non incide su diritti indisponibili, perché la crisi familiare è unitaria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2024, 1, pp. 185 ss. La giurisprudenza di merito sembrava convergere verso la soluzione affermativa: Trib. Milano, Sez. IX, 5 maggio 2023, n. 3542; Trib. Vercelli, 17 maggio 2023, n. 230; Trib. Lamezia Terme, 13 maggio 2023, n. 96549, tutte in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 643 ss. Si veda in senso contrario Trib. Firenze, Sez. I, 15 maggio 2023, n. 96547, in *Famiglia e diritto*, 2023, 7, pp. 647 ss.

⁵ Come sostenuto anche da Trib. Firenze, Sez. I, 15 maggio 2023, n. 96547, cit.

Se è vero che, come afferma la Corte, è presente un vaglio del giudice sugli accordi in questione, è anche vero che la regolazione in sede di separazione degli effetti del divorzio, come si esporrà adeguatamente a breve, è esattamente ciò che la Corte ha sempre ritenuto inammissibile. A preoccupare i giudici di legittimità non è mai stata l'assenza di un controllo di equità sul contratto⁶, bensì la preventiva disposizione di diritti non ancora sorti, che nel caso di cumulo di domande congiunte è palese⁷. Infatti, in sede di separazione i coniugi si accorderebbero, tramite la proposizione della domanda giudiziale, sulle conseguenze del divorzio, ponendo uno iato temporale tra il momento dell'accordo e il momento del sorgere dei diritti di cui dispongono.

A tal riguardo urge una precisazione terminologica. Ad oggi la giurisprudenza sugli accordi prematrimoniali annovera diverse pronunce, ma preme sottolineare che si tratta quasi sempre, salvo rare eccezioni⁸, di accordi che trovano il loro momento perfezionativo in una fase successiva all'insorgere della crisi. Solitamente vengono sottoposti all'attenzione delle Corti accordi stipulati in sede di separazione con cui le parti stabiliscono un certo assetto per il momento del divorzio⁹. Il termine patti prematrimoniali, invece, richiama alla mente una

⁶ Tant'è che la giurisprudenza di legittimità ha sempre ritenuto che gli accordi tra coniugi sulle conseguenze del divorzio (eccetto, come si vedrà, quelli preventivi) non necessitino di omologazione se non si pongono in contrasto con il provvedimento del giudice. Il dato è ormai acquisito, ma tra le molteplici pronunce si vedano Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1994, 3, pp. 868 ss.; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Foroplus*; Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2021, 4, pp. 1566 ss. con nota di J. MINEO, *L'incedere dell'autonomia negoziale nei rapporti familiari: brevi considerazioni sui patti prematrimoniali*.

⁷ Di contrario avviso è BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit. p. 189, la quale sostiene che con la proposizione delle due domande le parti non stiano disponendo preventivamente di diritti non ancora sorti, in quanto, secondo l'A. «la presentazione in un unico contesto delle domande di separazione e di divorzio conferisce [...] rilevanza al carattere unitario della crisi familiare non soltanto sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale, cosicché l'accordo sulle condizioni del divorzio raggiunto negli atti introduttivi non verte su diritti futuri, ma su diritti attuali attinenti alle conseguenze di una crisi già in atto e presenta la necessaria certezza causale».

⁸ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p. 323 in cui i coniugi si sono accordati poco prima del matrimonio in merito ad un trasferimento immobiliare subordinato ad un futuro ed eventuale divorzio; Cass., 3 maggio 1984, n. 2862, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1985, 1, p. 579 in cui l'accordo, precedente al matrimonio, era stato stipulato da due cittadini statunitensi. In quest'ultimo caso, dunque, la fattispecie perveniva all'attenzione della Corte nel prisma delle norme internazionalprivatistiche (sul punto si veda G. LIBERATI BUCCIANI, *Ordine pubblico e relazioni familiari. Evoluzione della tecnica e conflitti culturali*, 2021).

⁹ È giusto il caso di sottolineare come ciò derivi da una peculiarità propria del nostro ordinamento, ossia la bipartizione della crisi coniugale tra separazione e divorzio. La separazione, conosciuta già nel codice del 1865, assume ad oggi la prevalente funzione di momento di passaggio verso lo scioglimento del matrimonio. Il divorzio, ad oggi, ha come presupposto la separazione personale per un certo lasso di tempo, per cui lo stesso dipende da due aspetti: la volontà dei coniugi e il trascorrere del tempo. Ad essere spesso negata in dottrina (SPADAFORA, *Le novità del simultaneus processus*, cit.) è l'utilità del secondo presupposto, per quanto a detta di alcuni (LAZZARA, *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio*, cit., p. 67) ciò sia indispensabile per garantire che la scelta in merito allo scioglimento del vincolo sia assunta *frigido placatoque animo*.

diversa fattispecie, ossia quella dei nubendi che si accordano preventivamente sugli assetti patrimoniali conseguenti ad una eventuale e futura crisi di coppia¹⁰.

Ciò non toglie che le ipotesi riguardanti gli accordi in sede di separazione, al netto dell'attualità della crisi, pongono il medesimo problema degli accordi propriamente "prematrimoniali": in ambo i casi c'è una disposizione preventiva dei diritti scaturenti dal futuro divorzio¹¹. La pronuncia in questione, allora, ammettendo un simile meccanismo processuale sembra fare un passo avanti verso l'ammissibilità, già *de iure condito*, degli accordi preventivi in vista del divorzio, finora osteggiati.

Preme allora partire dalla sommaria esposizione dell'orientamento giurisprudenziale tradizionale, così da poter scorgere le reali ragioni ad esso sottese e tentare di proporre, anche alla luce dell'evoluzione normativa più recente, una soluzione che renda ammissibili gli accordi in questione, ponendo agli stessi quei limiti indispensabili a salvaguardare gli interessi sottesi alle peculiarità delle relazioni familiari.

2. *L'orientamento giurisprudenziale prevalente.* – All'indomani dell'entrata in vigore della legge sul divorzio¹² si pose alla giurisprudenza la questione circa l'ammissibilità di una gestione negoziale della crisi di coppia. La possibilità, già adombrata in dottrina in relazione alla gestione delle conseguenze dell'annullamento del matrimonio concordatario¹³, non era né contemplata né tantomeno esclusa dal dettato normativo. In effetti, in un primo momento la giurisprudenza sembrò propendere per l'ammissibilità di tali accordi, ponendo come limite l'indisponibilità della componente alimentare dell'assegno di divorzio¹⁴.

A questa prima apertura fecero seguito una serie di pronunce in cui i giudici di legittimità negarono totalmente la validità di tali accordi decretandone la nullità

¹⁰ Probabilmente, al di là dei motivi culturali sottesi all'assenza di tali fattispecie nei nostri tribunali, gioca un ruolo fondamentale in tal senso proprio la presenza di un orientamento giurisprudenziale volto a negarvi validità (V. BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, in *Rivista di diritto civile*, 2023, 1, pp. 16 ss.). Non è un caso che una delle poche occasioni in cui i giudizi nazionali si sono confrontati con tali fattispecie originava da un accordo stipulato nell'ordinamento statunitense. Similmente, l'importante apertura avvenuta nell'ordinamento inglese con la sentenza *Radmacher vs. Granatino* (2010) originava da un contratto concluso in Germania, ordinamento che riconosce tradizionalmente validità ai patti prematrimoniali.

¹¹ Ma si veda di nuovo in contrario BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit., p. 189.

¹² Legge 1° dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio).

¹³ A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, 2, pp. 529 ss.

¹⁴ Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Massimario Giustizia civile*, 1980.

per illiceità della causa¹⁵. Due, in particolare, gli argomenti utilizzati per sostenere tale posizione. Anzitutto, si sosteneva che i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio sono indisponibili ai coniugi, così come sancito dall'art. 160 c.c., e che una predeterminazione degli assetti patrimoniali post-divorzili configurerebbe un indebito "mercimonio dello *status*", fissando un prezzo per lo scioglimento del vincolo. In secondo luogo, si sosteneva che un accordo sulle condizioni del divorzio andrebbe a ledere irrimediabilmente il diritto fondamentale di difesa nel processo di divorzio, impedendo al coniuge-contraente di far valere il proprio diritto a richiedere al giudice le prestazioni patrimoniali che la legge pone a suo favore.

Nel tempo la giurisprudenza tenderà ad enfatizzare questa seconda argomentazione a scapito della prima, avvertita probabilmente come maggiormente anacronistica alla luce dell'evoluzione normativa. L'asse argomentativo si è spostato, allora, sull'esigenza di tutela del coniuge debole, con ciò intendendo il coniuge cui la legge riconosce il diritto al mantenimento. Così la Cassazione¹⁶, nei primi anni 2000, ha configurato la nullità di tali accordi come relativa, negando la legittimazione ad agire al coniuge che non ha diritto all'assegno di mantenimento, ed allo stesso tempo ha ricavato dal sistema una sorta di termine prescrizione speciale, coincidente con l'udienza per il divorzio¹⁷.

Al di là di tale modulazione della sanzione impressa all'atto, peraltro recentemente superata da una pronuncia che ne ha riproposto la qualificazione in termini di nullità assoluta¹⁸, la propensione è rimasta quella di considerare nulle le predeterminazioni relative alle conseguenze del futuro divorzio¹⁹. Accanto a questo atteggiamento di chiusura vanno, però, segnalate una serie di aperture.

2.1. *Le prime aperture: il divorzio come condizione.* – La Cassazione dal 2012²⁰ ha tracciato una distinzione tra quegli accordi che trovano nel divorzio la propria causa genetica e quegli accordi che invece richiamano il divorzio come mero evento condizionante²¹. Così è stato ritenuto valido, a titolo esemplificativo,

¹⁵ Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro italiano*, 1982, 1, pp. 184 ss.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro italiano*, 1986, 1, pp. 747 ss.; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giustizia Civile*, 1992, 1, pp. 1239 ss., con nota di L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*. Sin dall'inizio è bene evidenziare che la Cassazione ha sempre fatto salvo l'accordo in vista della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Foroplus*), ma sul punto si esprime criticamente in un *obiter* Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Famiglia e diritto*, 2013, 4, p. 323 e in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 1, pp. 445 ss. con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*.

¹⁶ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

¹⁷ Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, cit.

¹⁸ Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *personaedanno.it*.

¹⁹ A onor del vero va segnalata un'unica sentenza, anche se di merito, che riconosce pienamente la validità degli accordi prematrimoniali. Il riferimento è a Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Famiglia e diritto*, 2012, 8-9, pp. 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*.

²⁰ Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

²¹ M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, a cura di G. Conte, S. Landini, Tomo II, pp. 187 ss.; ID, *Divorce*

l'accordo con cui un coniuge si impegnava alla restituzione di un mutuo in favore dell'altro coniuge al verificarsi della crisi del matrimonio²². La Corte ha ritenuto che il divorzio rilevasse in questo caso come semplice condizione temporale a cui sottoporre la restituzione della somma data a mutuo, e che non rilevasse invece sotto il profilo causale.

Il supremo collegio ha riproposto tale orientamento in diverse pronunce successive²³, ma, al netto di tale apertura, rimane saldo un limite: i coniugi non possono disporre (almeno anticipatamente) dell'assegno di divorzio. Qualificare il divorzio come mero evento condizionante in un negozio che ha ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile appare una forzatura difficilmente sostenibile: per non intaccare la causa genetica del contratto quest'ultimo non deve proporsi di «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante»²⁴, quale sicuramente sarebbe la corresponsione della principale conseguenza economica scaturente dal divorzio.

Tale limite non deve essere sottovalutato in un discorso vertente sui patti prematrimoniali, in quanto i contraenti, con tali accordi, mirano a regolare in modo stabile e prevedibile le conseguenze patrimoniali scaturenti da una possibile futura crisi (o da una crisi imminente o già in atto), per cui la determinazione dell'assegno di mantenimento²⁵ o la sua esclusione²⁶ potrebbe essere l'aspetto principale del programma contrattuale.

Non solo: la preclusione in merito a convenzioni aventi ad oggetto l'assegno divorzile gioca un ruolo fondamentale anche per la (in)stabilità di ogni altra pattuizione intercorrente tra coniugi. Infatti, qualunque determinazione sugli assetti patrimoniali post divorzili verrebbe frustrata laddove ad uno dei coniugi fosse concesso di adire il giudice in un secondo momento per richiedere prestazioni economiche ulteriori, alterando l'equilibrio convenzionale raggiunto tra le parti.

2.2. *L'attualità dell'accordo come cartina di tornasole di un sindacato giudiziale di equità.* – Un'ultima pronuncia merita di essere sommariamente analizzata, prima di trarre una qualche conclusione sull'orientamento giurisprudenziale in

Insurance e accordi pre-crisi, in *I contratti di assicurazione come strumento di pianificazione del passaggio generazionale e di gestione del patrimonio familiare*, a cura di V. Barba, S. Landini, Napoli, 2020, pp. 262 ss., fa notare come la Cassazione abbia sfruttato in questa sede gli approdi cui si è giunti in relazione al divieto analogo di patti successori.

²² Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, p. 103, con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

²³ Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit.; Cass., 21 febbraio 2014, n. 4210, in *DeJure*.

²⁴ Testualmente Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

²⁵ Che era la finalità dei contraenti in Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 6, pp. 1303 ss., con nota di A. CARAVITA DI TORITTO, *Accordi in vista della crisi familiare: contemperamento del tradizionale divieto con alcune ipotesi di validità*, e in *Famiglia e diritto*, 2021, 10, pp. 885 ss., con nota di C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*.

²⁶ Come le parti ambivano a fare in Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.

questione. La Suprema Corte²⁷, infatti, ha ritenuto valido un accordo preventivo sulle conseguenze patrimoniali del divorzio, motivando la scelta sulla presunta “attualità” dell’accordo stesso.

In particolare, i coniugi si erano accordati in sede di separazione stabilendo un trasferimento immobiliare a tacitazione di ogni altra pretesa di natura patrimoniale conseguente al divorzio, senza però sfruttare l’art. 5 comma 8 della Legge 1° dicembre 1970, n. 898. Ebbene, i coniugi in sede di divorzio non hanno chiesto la corresponsione di alcun assegno divorzile, salvo poi avanzare pretese successivamente al mutare della situazione di fatto di uno dei due.

La Cassazione riconosce che l’accordo sulla corresponsione dell’assegno *una tantum* costituisce indice di un bilanciamento raggiunto tra le situazioni economiche delle parti, così che lo stesso si rivela valido. D’altra parte, però, riconosce la possibilità di agire per la determinazione dell’assegno al mutamento delle situazioni di fatto, qualora cioè tale equilibrio venga a mancare.

Al di là dell’uso totalmente improprio della nullità contrattuale²⁸, la Cassazione sembra ammettere in questo caso una disponibilità dell’assegno di divorzio, ma l’apertura è solo apparente, in quanto al giudice viene comunque lasciata la possibilità di (ri)determinare *an e quantum* dell’assegno al mutare delle circostanze²⁹, così che l’accordo tra le parti viene a configurarsi come altamente instabile.

3. *Le ragioni (non dette) sottese all’orientamento prevalente.* – Da questa breve disamina dell’orientamento di legittimità sulla validità dei patti prematrimoniali può desumersi, ad avviso di chi scrive, la volontà della giurisprudenza di salvaguardare un controllo giudiziale sull’equità delle condizioni patrimoniali post divorzili. Ciò che si vuole evitare è che il giudice sia vincolato al rispetto di pattuizioni che le parti possono aver preso in un momento antecedente a quello del sorgere di diritti oggetto di disposizione, così dovendo sottostare ad un accordo (nato iniquo, oppure) divenuto iniquo per via di mutamenti intercorsi tra la stipula dell’accordo e la pronuncia di divorzio.

È bene, infatti, ricordare che il contratto vincola anzitutto il giudice, il quale è chiamato a far applicazione della regola partorita dalle parti qualora una di queste chieda l’esecuzione di quanto pattuito. Aspetto caratterizzante la nullità è, infatti, la menomazione del requisito della vincolatività propria di un atto valido, per cui negare validità agli accordi preventivi tra coniugi è un modo per assicurare

²⁷ Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *DeJure*.

²⁸ J. MINEO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni prospettiche*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2022, 4, pp. 1719-1720.

²⁹ Ciò discende dal più ampio principio per cui le determinazioni patrimoniali (inclusi i provvedimenti del giudice) in materia di crisi coniugale sono sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*. Tale principio si concretizzava nell’ora abrogato art. 9 della L. 1° dicembre 1970, n. 898, che prevedeva la possibilità per il tribunale di disporre la revisione delle disposizioni concernenti le misure e le modalità dell’assegno di divorzio e delle disposizioni concernenti l’affidamento dei figli al sopraggiungere di giustificati motivi. La disposizione, abrogata dalla cd. Riforma Cartabia, è trasfusa con un contenuto analogo nell’art. 473-bis.29 c.p.c.

al giudice la libertà di determinare in modo equo le conseguenze patrimoniali del divorzio³⁰.

Seppur una simile finalità possa dirsi apprezzabile, i mezzi impiegati per perseguirla sembrano essere assolutamente sproporzionati. La nullità è una sanzione eccessivamente grave per degli accordi che, come ampiamente argomentato in dottrina³¹, non si pongono in contrasto con alcuna norma imperativa³² e il cui contenuto non fa trasparire in alcun modo una causa illecita. Anzi, al contrario, la causa degli accordi volti a predeterminare le conseguenze patrimoniali della crisi di coppia potrebbe essere lodevole: da una parte, viene rimessa ai coniugi stessi la determinazione degli assetti patrimoniali che li riguardano³³, il che, come si esporrà a breve, è una linea di tendenza

³⁰ Un tale itinerario argomentativo, assai sfumato nel nostro ordinamento, appare invece assai chiaro se si guarda all'ordinamento inglese, in cui tradizionalmente gli accordi prematrimoniali erano considerati inefficaci proprio perché agli stessi era negato il potere di limitare la discrezionalità delle corti inglesi in tema di conseguenze patrimoniali del divorzio. Il *Matrimonial Causes Act* del 1973 (alla *Section 23*) elenca una serie di circostanze di cui il giudice deve tener conto per determinare i cd. *ancillary relief*, tra cui non compaiono gli accordi tra coniugi, i quali dunque non possono limitare la discrezionalità giudiziaria sul punto. L'evoluzione giurisprudenziale inglese porterà, nel 2010 ad un'ammissibilità, entro certi limiti, degli accordi in questione. Il riferimento è alla già citata sentenza *Radmacher vs. Granatino* del 2010, con cui il la *Supreme Court* afferma che il giudice deve tener conto degli accordi tra coniugi, considerando soprattutto lo stato di incertezza creato dalla precedente sentenza *White vs. White* del 2001, con cui la *House of Lords* aveva espresso il principio dell'*equal sharing* (soprattutto con riguardo ai cd. *big money cases*). Ciò che si vuole sottolineare è che il discorso del giurista inglese non verte tanto sulla validità o invalidità dei patti, bensì sull'obbligo o meno del giudice di tenerli in considerazione nella propria decisione.

Sull'ordinamento inglese si veda A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, Milano, 2018, pp. 12 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020, pp. 134 ss.

³¹ OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio*, cit., pp. 803 ss.; ID. *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pp. 323 ss.; ID. *Prenuptial Agreements in Contemplation of divorce: European and Italian Perspective*, in *Contratto e impresa Europa*, 2016, 1, pp. 135 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 1, pp. 209 ss.; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 4, pp. 236 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit.; MINEO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale*, cit., pp. 1709 ss.; SPADAFORA, *Le novità del simultaneous processus*, cit.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit., pp. 16 ss.

³² L'affermazione merita di essere chiarita. Nonostante la giurisprudenza abbia sempre fatto discendere la nullità dei patti in questione dall'illiceità della causa, parte della dottrina (G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, pp. 695 ss.) ha messo in luce come sarebbe più corretto riferirsi ad una nullità per contrarietà a norma imperativa, argomentando dalla violazione diretta dell'art. 160 c.c. laddove prevede l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio. Dal matrimonio discenderebbe, infatti, il diritto di difesa nel processo sullo scioglimento dello stesso (giungendo così a risultati non dissimili da quelli proposti da Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.). Più recente dottrina (DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., p. 69) ha però sottolineato come l'art. 160 c.c. possa sì comportare la nullità dell'accordo ex art. 1418 comma 1 c.c., ma non in base ad una valutazione aprioristica, bensì verificando in concreto il contrasto con i principi di parità e solidarietà che discendono direttamente dalla costituzione e vengono specificati per il tramite della norma codicistica in questione.

³³ C. SARTORIS, *Pre-Nuptial Agreements. New challenges in the Italian and European Context*, in *Los Nuevos Retos del Derecho de Familia*, a cura di A. Gallardo Rodríguez, A.A. Estancona Pérez, G.

dell'ordinamento; d'altra parte, la preventiva sistemazione degli aspetti patrimoniali crea una certezza apprezzabile nei rapporti giuridici, vista anche la complessa e contraddittoria evoluzione giurisprudenziale circa i criteri di determinabilità dell'assegno divorzile³⁴.

Occorre, allora, calare queste considerazioni all'interno del panorama normativo attuale sulla gestione della crisi di coppia, così da trarne risposte valide per una regolazione negoziale della crisi, anche preventiva, che non sacrifichi le esigenze di equità sottese alla peculiare materia dei rapporti familiari.

4. *La negoziabilità come regola per la gestione degli interessi patrimoniali e le peculiarità dei rapporti post-coniugali.* - All'orientamento giurisprudenziale esposto nel paragrafo precedente fa da contraltare un atteggiamento legislativo volto all'esaltazione dei profili consensuali nella gestione della crisi di coppia.

Sin dalla separazione personale, infatti, ai coniugi è rimessa la possibilità di regolare i propri rapporti in assoluta libertà, ed anzi è la stessa separazione consensuale a costituire un negozio giuridico di natura familiare³⁵ a cui il tribunale è chiamato solo ad attribuire efficacia esterna³⁶. Non solo: nel nostro ordinamento hanno ormai piena cittadinanza la separazione e lo scioglimento del matrimonio degiurisdizionalizzati, nelle due forme della negoziazione assistita³⁷ e del procedimento dinanzi all'ufficiale di stato civile³⁸.

In questi casi il limite posto dall'ordinamento è unicamente quello della tutela della prole, che si attua mediante esclusione delle coppie con figli (minori o affetti da handicap grave o non autosufficienti) dal procedimento dinanzi all'ufficiale di stato civile e mediante un vaglio del Procuratore della Repubblica nel caso di convenzione di negoziazione assistita.

Tutto ciò vale, però, qualora i coniugi si accordino sulle condizioni della separazione in sede di separazione e sulle condizioni del divorzio in sede di divorzio. Come si accennava, il dato normativo non prevede la possibilità di un accordo preventivo³⁹, ma neanche la nega espressamente. D'altra parte, un accordo non vietato dalla legge e vertente su profili disponibili potrebbe trovare

Berti de Marinis, Valencia, 2020, pp. 375 ss.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit. p. 23.

³⁴ A. GORGONI, *Assegno di divorzio e sistema nell'intervento delle Sezioni Unite*, in *Persona e mercato*, 2018, 3, pp. 35 ss.; A. PEPE, *L'assegno divorzile negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e sue prospettive di riforma*, in *Studium iuris*, 2019, 9, pp. 1004 ss.

³⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1945, pp. 3 ss., oggi in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 381 ss.

³⁶ Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, cit.

³⁷ Art. 6 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162.

³⁸ Art. 12 del D.L. in nota precedente.

³⁹ Per quanto le proposte in merito da parte della dottrina non siano mancate. Tra i tanti si veda G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini, M. Palazzo, cit., pp. 33 ss.; BARBA, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano*, cit., pp. 40 ss. Tra le proposte sfociate in parlamento si veda il d.d.l. proposto nel 2011 dai senatori Filippi, Mazzatorta e Garavaglia (d.d.l. S/2629/XVI) e quello proposto nel 2014 dai deputati Morani e D'Alessandro (d.d.l. C/2669/XVII).

tutela da parte dell'ordinamento per il tramite dell'art. 1322 comma 2 c.c., così rientrando a pieno titolo nella materia contrattuale.

In effetti, è la stessa giurisprudenza a riconoscere valore negoziale agli accordi con cui i coniugi gestiscono la crisi qualora questi vertano su profili disponibili, negando la necessità dell'omologazione del tribunale ai fini della loro vincolatività⁴⁰. Ciò però sempre a patto che l'accordo non sia preventivo, incorrendo altrimenti nella nullità per illiceità della causa, soprattutto quando ad essere oggetto del contratto è la determinazione (o esclusione) dell'assegno divorzile. Così anche la più recente giurisprudenza di legittimità ha negato validità a un accordo con cui le parti miravano a determinare preventivamente l'importo dell'assegno di divorzio⁴¹.

Senza voler in questa sede ripercorrere l'annoso dibattito sui criteri di determinazione dell'assegno, preme notare come inizialmente anche la Cassazione fosse favorevole ad una disponibilità (anche preventiva) dello stesso, salvo che per la componente assistenziale⁴². L'evoluzione giurisprudenziale seguente ha portato per un lungo periodo a ritenere che la funzione dell'assegno fosse quella di garantire all'ex coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita avuto in costanza di matrimonio, nonostante la riforma del 1987⁴³ facesse propendere per una natura solo assistenziale dell'assegno nell'affermare che lo stesso spetta al coniuge che "non ha mezzi adeguati"⁴⁴. In effetti, più di recente⁴⁵, la Cassazione aveva rivisto il suo orientamento affermando che presupposto per l'assegno di mantenimento è la non autosufficienza economica, salvo ricredersi meno di un anno dopo con la nota pronuncia a Sezioni Unite del 2018⁴⁶. Alla luce di tale sentenza si afferma la natura, non solo assistenziale, bensì anche perequativo-compensativa dell'assegno. Ciononostante, la Corte non sembra aprire ad una disponibilità dell'assegno neanche per questa seconda componente.

⁴⁰ Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, cit.; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit.; Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, cit.

⁴¹ Il riferimento è a Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, cit. La Suprema Corte non si esprime direttamente sulla validità del patto, rimettendo la questione al giudice di merito, il quale sarà chiamato a qualificare il contratto intercorso tra le parti: laddove lo stesso abbia causa autonoma rispetto alla gestione della crisi coniugale potrà ritenersi valido; laddove invece la sua finalità venga ravvisata nella predeterminazione dell'assegno divorzile incorrerà nella nullità per illiceità della causa. Quale che sia la pronuncia di merito una cosa è certa: al giudice non può essere impedito di determinare liberamente l'*an* e il *quantum* dell'assegno.

⁴² Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1980, 4, pp. 1133-1134.

⁴³ Il riferimento è all'art. 10 della L. 6 marzo 1987, n. 74 che ha modificato l'art. 5 comma 4 della L. 1° dicembre 1970, n. 898.

⁴⁴ In tal senso si proponeva una sorta di bipartizione dei criteri: una cosa erano i criteri per determinare la spettanza dell'assegno e altra cosa erano i criteri per determinarne il valore. I primi riguardavano l'assenza di mezzi adeguati, mentre i secondi comprendevano anche il criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

⁴⁵ Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 7-8, pp. 1001 ss., con nota di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*.

⁴⁶ Cass. Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2018, 3, pp. 869 ss., con nota di G. SAVI, *Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico*.

Se alle parti potrebbe essere ragionevolmente sottratta la disponibilità preventiva della componente assistenziale⁴⁷, non si vede perché dovrebbe essere sottratta agli stessi la componente compensativa. Un accordo in tal senso, ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere ritenuto sicuramente valido ex art 1322 comma 2 c.c. L'autonomia privata nella regolazione della sfera patrimoniale, infatti, non ha motivo di essere esclusa nei rapporti familiari, a maggior ragione se si tratta di rapporti in fase di disfacimento e che, di conseguenza, richiedono di essere gestiti senza il pesante monopolio della presunta⁴⁸ indisponibilità che caratterizza i rapporti tra coniugi⁴⁹.

Ciò, però, non esime l'interprete dal confronto con gli interessi che vengono in gioco in tali pattuizioni e con la tutela di istanze che trascendono il mero profilo patrimoniale. Si è già accennato, infatti, ad uno degli aspetti che più preoccupa la giurisprudenza di legittimità e che merita tenere in considerazione. Un accordo preventivo espone le parti al rischio di mutamenti nella situazione di fatto che potrebbero rendere l'accordo iniquo, tanto più se lo iato temporale tra l'accordo e lo scioglimento del vincolo è particolarmente ampio. A ben vedere si tratta del noto tema delle sopravvenienze, che impegna già da tempo la dottrina sul versante propriamente contrattuale, ma che è avvertito come particolarmente pregnante nella materia in esame⁵⁰.

⁴⁷ D'altra parte, è ciò che accade nell'ordinamento tedesco, che da tempo conosce tali accordi sotto il nome di *Eheverträge*. I giudici tedeschi sono arrivati ad affermare la nullità (per contrarietà al buon costume) degli accordi che incidono sulla componente assistenziale dell'assegno di divorzio, affermando il carattere *lato sensu* pubblicistico della stessa, in quanto, rinunciando totalmente al mantenimento, l'ex coniuge potrebbe gravare sull'assistenza pubblica.

Sull'ordinamento tedesco si veda FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici*, cit., pp. 19 ss.; DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., pp. 119 ss.

⁴⁸ A ben vedere l'indisponibilità propria dei rapporti coniugali è assai relativa. Già in tempi meno recenti autorevole dottrina (SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit.) ha sottolineato il ruolo non marginale che il negozio giuridico (e dunque la volontà) rivestono nel diritto di famiglia. Anche in quel caso, però, il negozio giuridico familiare era descritto come maggiormente limitato rispetto agli altri, accerchiato com'era da un oceano di indisponibilità. Ebbene, anche la norma cardine sull'indisponibilità dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, ossia l'art. 160 c.c., perde ad oggi gran parte del proprio significato precettivo laddove è lasciata ai coniugi (e nubendi) la possibilità di regolare i propri rapporti già dalla scelta del regime patrimoniale (peraltro con scelte non predeterminate a priori, potendo optare anche per una comunione convenzionale), passando poi per una vita familiare il cui svolgimento è connotato dalla regola dell'accordo, andando infine alla scelta sullo scioglimento del vincolo. Anche quest'ultimo, infatti, è rimesso alla volontà dei coniugi, nonostante la declamata necessità che il giudice accerti i presupposti di fatto, i quali rimangono sempre nella disponibilità dei coniugi (così la separazione personale è rimessa a loro, essendo assai difficile indagare oggettivamente il presupposto dell'intollerabilità della convivenza). Unico presupposto realmente sottratto alla disponibilità delle parti è il trascorrere del lasso di tempo necessario (invero sempre più sottile) tra separazione e divorzio.

⁴⁹ Peraltro, pur ammesso che l'art 160 c.c. sia ancora in grado di proporre un certo grado di indisponibilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, non è detto che lo stesso possa predicarsi per i diritti scaturenti dal divorzio, in quanto così argomentando si ammetterebbe una sorta di ultrattività del vincolo coniugale che non sembra giustificarsi nell'attuale quadro normativo (DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia*, cit., p. 63 ss).

⁵⁰ S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, pp. 179 ss.; EAD, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti*

Non è un caso che lo stesso provvedimento del giudice sulla determinazione dell'assegno divorzile sia sottoposto alla clausola *rebus sic stantibus*, potendo sempre essere messo in discussione laddove sopravvengano giustificati motivi. Una tale precarietà degli effetti sembra collidere con quella «forza di legge» del contratto, declamata dall'art. 1372 c.c., che dovrebbe connotare un accordo valido. In altre parole, se addirittura il provvedimento del giudice sulla determinazione dell'assegno non è capace di vincolarlo per il futuro, è difficile ammettere che possa farlo una convenzione privata⁵¹.

In effetti, c'è un solo caso in cui l'ordinamento considera tacitata ogni futura pretesa di natura patrimoniale conseguente al divorzio. Il riferimento è all'art. 5 comma 8 della legge sul divorzio, il quale prevede che le parti possano accordarsi per la corresponsione di un assegno *una tantum* qualora questo passi il vaglio di equità del giudice. Alla luce di questa disposizione l'orientamento della Cassazione sulla nullità dei patti prematrimoniali appare sicuramente sproporzionato, ma non totalmente inconferente. Qualsiasi determinazione delle parti sui rapporti patrimoniali post divorzio, seppur valida, potrebbe essere frustrata da una futura domanda volta ad ottenere una pronuncia del giudice sull'assegno di divorzio, essendo previsto come unico caso di *cleanbreak*⁵² quello della corresponsione in un'unica soluzione.

L'accordo preventivo tra coniugi, allora, pur fosse ritenuto valido e vincolante (come converrebbe ad avviso di chi scrive) non avrebbe la forza di impedire al giudice una (ri)determinazione dell'assegno di divorzio che frustrerebbe irrimediabilmente l'accordo stesso.

È proprio dall'art 5 comma 8 che si intende allora partire per la formulazione di una proposta che permetta ai coniugi di predeterminare con un buon grado di certezza (e definitività) le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del vincolo, senza al contempo rinunciare a quelle esigenze di equità che tanto sono avvertite nella materia in esame.

familiari, a cura di S. Landini, M. Palazzo, cit., pp. 241 ss.; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, pp. 646 ss.

⁵¹ Sul punto è giusto il caso di richiamare un recente arresto della Suprema Corte (Cass., 10 luglio 2024, n. 18843, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*) con cui si riconosce la necessità che il giudice tenga in considerazione, nella rideterminazione dell'assegno divorzile, l'eventuale accordo stipulato tra i coniugi e sottratto all'omologazione giudiziale. Si tenga presente, però, che il principio enunciato nella sentenza vale per gli accordi cd. *a latere*, ossia quegli accordi che intervengono dopo la sentenza di divorzio e che sono sempre stati ritenuti dalla giurisprudenza validi e vincolanti (con taluni limiti, tra cui la non interferenza con il provvedimento giudiziale). La sentenza non vale, invece, per gli accordi preventivi, così perpetuandosi quella (ad avviso di chi scrive irragionevole) distinzione tra disposizione preventiva e successiva dei diritti nascenti dal divorzio. Ed anzi, probabilmente la sentenza in esame non fa altro che aggravare il divario tra gli accordi successivi, considerati validi e vincolanti al punto di dover essere tenuti in considerazione dal giudice nella rideterminazione dell'assegno, e accordi preventivi, sottoposti al tradizionale giudizio di nullità.

⁵² Il termine è volutamente ripreso dall'esperienza inglese, in cui il *clean break order* è un provvedimento con cui il giudice tacita ogni successiva richiesta di prestazione economica tra i coniugi.

5. *Una proposta per un accordo equo in vista della crisi.* – Perché i coniugi (o i nubendi) possano stipulare accordi in vista della futura ed eventuale (o conclamata ed attuale) crisi di coppia, e affinché a questi accordi sia riconosciuto un certo grado di affidabilità, è necessario mediare tra l'esigenza di certezza e quella di equità, attinenti la prima alla materia contrattuale e la seconda a quella familiare.

Ad avviso di chi scrive⁵³ un simile risultato può essere raggiunto già *de jure condito* tramite un'interpretazione evolutiva che permetta di adattare le norme in materia all'evoluzione del sistema giuridico e al nuovo sentire sociale. L'idea che si vorrebbe adombrare è quella di un accordo preventivo, la cui efficacia preclusiva rispetto a future richieste di natura patrimoniale sia sottoposta al vaglio di equità del tribunale richiamato per la corresponsione dell'assegno *una tantum*, e la cui vincolatività verrebbe assicurata dalla possibilità che anche solo una delle parti lo sottoponga al giudice in sede di divorzio.

L'accordo cui si riferisce l'art. 5 comma 8 non sarebbe per forza quello raggiunto in sede di divorzio, in quanto anche un accordo preventivo, per i motivi sopra evidenziati, dovrebbe ritenersi valido e vincolante, difettando lo stesso solo di quell'efficacia preclusiva cui il giudizio di equità mira. Una delle parti potrebbe, allora, sfruttare la norma sulla corresponsione *una tantum* per sottoporre al vaglio equitativo del giudice l'accordo a suo tempo raggiunto tra le parti, così fornendo allo stesso (non tanto la validità ed efficacia che già dovrebbe essergli riconosciuta, quanto) quella stabilità che deriva dalla preclusione rispetto a future domande di natura patrimoniale. In caso contrario, laddove cioè l'accordo non fosse ritenuto equo dal tribunale, lo stesso manterrebbe la sua validità, attenendo la stessa ad un requisito genetico del negozio, ma non avrebbe la forza di impedire la proposizione di future domande volte a (ri)determinare il contenuto di un assegno di mantenimento.

Si badi, il richiamo all'applicazione dell'art. 5 comma 8 non sta a significare che l'accordo preventivo tra coniugi possa prevedere solo la dazione di una somma di denaro *una tantum*. La "corresponsione in un'unica soluzione" ben può riguardare un programma contrattuale che si articoli nel tempo in una serie più o meno ampia di prestazioni⁵⁴. Ad essere *una tantum* è, piuttosto, il regolamento contrattuale, che non potrà essere rivisto ogni qualvolta mutino le condizioni di fatto, se non nei limiti delle ordinarie norme in tema di contratto⁵⁵.

⁵³ Ma sul punto si vedano le analoghe tesi di RIMINI, *I patti in vista del divorzio*, cit., pp. 209 ss.; ID., *Funzione compensativa e disponibilità dell'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Famiglia e diritto*, 2018, 9, pp. 1041 ss., che pure scrive prima delle recenti novità introdotte dalla riforma Cartabia.

⁵⁴ Si pensi ad una rendita vitalizia, che potrebbe mimare in larga parte l'assegno di divorzio, ma anche ad un passaggio immobiliare che possa riequilibrare la situazione patrimoniale delle parti tenendo in considerazione il vissuto familiare e il regime patrimoniale prescelto.

⁵⁵ Si badi, ciò vuol dire anche ammettere l'esistenza dell'ordinaria alea contrattuale. Le considerazioni svolte nel presente contributo sul tema delle sopravvenienze, infatti, sono volte ad evitare soluzioni inique nei rapporti tra coniugi, ma non si può pretendere di tutelare ad oltranza le parti dal normale rischio contrattuale anche oltre lo scioglimento del vincolo coniugale.

Quanto al contenuto del giudizio di equità⁵⁶, lo stesso dovrebbe vertere su due profili, di cui uno genetico e l'altro funzionale. Sotto il primo profilo il giudice, oltre che all'equità sostanziale in senso stretto⁵⁷, avrà riguardo alla natura dei diritti di cui le parti hanno disposto, non potendo gli stessi addivenire ad un accordo vincolante con riguardo alla prole⁵⁸ e, si ritiene, neanche con riguardo alla componente assistenziale dell'assegno di mantenimento.

Quanto al secondo profilo viene in rilievo il tema, più volte richiamato, delle sopravvenienze: il giudice sarà chiamato a verificare che l'accordo non sia divenuto iniquo in seguito al sorgere di fatti tali da alterare l'iniziale equilibrio ricostruito liberamente dalle parti⁵⁹. Ciò è tanto più necessario laddove si tenga presente che l'accordo potrebbe essere stipulato già prima dell'insorgere della crisi, ed addirittura in vista della formazione del vincolo coniugale, per cui il tempo trascorso potrebbe aver considerevolmente alterato l'equilibrio iniziale della convenzione. In tal caso spetterà alle parti ritrovare termini soddisfacenti in via convenzionale con un semplice accordo in sede di divorzio, oppure, in caso di

⁵⁶ RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità dell'assegno divorzile*, cit., p. 1048 propone un controllo di equità svolto dal giudice in parte diverso da quello abbozzato nel presente elaborato, concentrandosi anche sulla correttezza procedurale con cui i coniugi o i nubendi addivengono all'accordo. L'A. trae i requisiti procedurali dell'accordo ricorrendo in via analogica alla disciplina della (allora giovane) negoziazione assistita. Nel testo, invece, si ritiene che il requisito procedurale (che pur viene restituito dall'esperienza comparatistica) possa essere riassorbito nel più generale controllo di equità sul contenuto dell'accordo. In altre parole, il controllo del giudice, ad avviso di chi scrive, renderebbe superflua una procedimentalizzazione a monte delle modalità di stipulazione.

⁵⁷ Che l'accordo debba essere in qualche modo equo è dato acquisito in tutte le esperienze giuridiche che ammettono gli accordi prematrimoniali. È giusto tener presente, infatti, che lo strumento contrattuale è usato in questi casi non per massimizzare il profitto individuale, bensì per gestire una situazione di crisi componendo pattiziamente i contrapposti interessi. È chiaro, dunque, che non può trovare applicazione in questo campo quella (quasi) totale insindacabilità del contenuto economico del contratto che connota normalmente i contratti che potremmo definire di mercato.

⁵⁸ Anzitutto va escluso che un eventuale accordo sulla prole abbia natura contrattuale, in quanto esulerebbe in toto dall'ambito dell'art. 1321 c.c. non trattandosi di rapporti patrimoniali. Diverso è il caso in cui ad essere regolati siano proprio i profili patrimoniali attinenti ai figli: in questo caso andrebbe negata vincolatività all'accordo, non certo negandogli natura contrattuale, bensì argomentando dall'indisponibilità dei diritti in questione. Ciò è confermato sul versante processuale dall'assenza di preclusioni, nel nuovo procedimento in materia di famiglia, per la presentazione di richieste istruttorie qualora queste vertano su diritti indisponibili, con ciò intendendo i diritti della prole minorenni. Ciò non è affatto scontato nell'ottica di un processo, quale quello riformato, scandito da scadenze processuali alquanto rigide (M.A. LUPOI, *Il "nuovo" procedimento di separazione e divorzio, tra barriere preclusive e ruolo attivo del giudice*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 2023, 2, pp. 454 ss.). Riconducendo questa considerazione a quanto esposto finora può dedursi agevolmente che la possibilità per le parti di proporre nuove richieste in merito a diritti (anche patrimoniali) della prole minorenni implica l'impossibilità per gli stessi di vincolarsi preventivamente su tali aspetti. Più in generale, l'atteggiamento del legislatore processuale sul punto fa trasparire una chiara propensione per l'indisponibilità di tali diritti.

⁵⁹ Secondo C. BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio*, cit., pp. 189-190 questo è presupposto implicito per ritenere ammissibile la domanda congiunta. I fatti sopravvenuti, secondo l'A., possono determinare modifica della domanda ex 473-bis. 19 comma 2 c.p.c. (per i diritti disponibili, mentre per quelli indisponibili non c'è termine preclusivo). Se una tale esigenza si pone all'interno del processo, per cui ci si preoccupa del passaggio del lasso di tempo (peraltro sempre più breve) tra separazione e divorzio, tanto più si porrà nel caso in cui l'accordo venga stipulato in costanza di matrimonio o addirittura prima.

disaccordo, si procederà in via contenziosa a determinare *imperio iudicis* le condizioni patrimoniali del divorzio⁶⁰.

6. *Conclusioni.* – La soluzione proposta nel precedente paragrafo vorrebbe evitare, nel silenzio del legislatore sul punto, di forzare il dato normativo riconoscendo ai coniugi la possibilità di creare vincoli che si impongano agli stessi in sede di futuro scioglimento del matrimonio, ma che, allo stesso tempo, escludano indebiti vantaggi ai danni di una parte qualora l'alea che normalmente caratterizza l'ambito contrattuale si ponga in tensione insanabile con gli interessi sottesi alle peculiarità delle relazioni familiari.

L'intento è, allora, quello di superare le spinte più conservatrici sul tema senza al contempo sacrificare le esigenze di tutela che hanno sempre spinto la giurisprudenza ad una rassicurante, quanto drastica, chiusura.

⁶⁰ In questa sede non è possibile ripercorrere neanche brevemente il dibattito dottrinale sul tema delle sopravvenienze, e segnatamente sul rimedio alle stesse. È però il caso di accennare al fatto che la soluzione appena esposta di una rinegoziazione il cui fallimento apre le porte ad una determinazione giudiziale è grossomodo ciò che è stato raggiunto in Francia con la riforma del Code Civil in tema di rinegoziazione (si veda E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, pp. 130 ss). Il nuovo art. 1195 prevede che, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, la parte svantaggiata possa chiedere la rinegoziazione e, in caso di fallimento, possa chiedere al giudice di modificare il contratto (o di scioglierlo). È chiaro che in caso di accordi prematrimoniali non verrebbe in luce un caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, in quanto il rischio che l'ordinamento è disposto ad addossare al contraente è ben più ampio nel caso di contratti commerciali rispetto a quanto non lo sia nel caso di accordi in vista della crisi familiare (in altre parole: l'alea che normalmente si vuole limitare nei contratti di diritto comune, la si vorrebbe totalmente esclusa nei contratti in vista della crisi). Ciò che si vuole sottolineare è, però, che **con la** soluzione proposta nel testo si ricreerebbe quel meccanismo trifasico che presiede la novella francese: i rapporti tra le parti sarebbero regolati dall'accordo preventivo e, in caso di (sopravvenuta o genetica) iniquità, dall'accordo rinegoziato e, ancora, in sua assenza (cioè in casi di insanabile disaccordo), dalla decisione del giudice secondo gli ordinari meccanismi processuali.