

# *Consiglio Nazionale del Notariato*

*Studio n. 43-2023/C*

## **I PRENUPTIAL AGREEMENTS IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA**

*di Andrea Fusaro*

*(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 novembre 2023)*

### *Abstract*

I contratti prematrimoniali rivolti a prefigurare le conseguenze economiche della crisi coniugale, laddove ammessi, assumono contenuti compositi e schemi negoziali differenti a seconda del Paese dove vengono conclusi. L'analisi del trattamento riservato nei vari ordinamenti evidenzia una tradizionale accoglienza positiva in ambito nordamericano e tedesco, recenti aperture inglesi, a fronte della tendenziale chiusura esibita dai sistemi civil law, tra cui l'Italia.

*Sommario:* A. Cenni introduttivi; B. Gli accordi in vista della crisi coniugale in prospettiva comparatistica 1. Il fenomeno. 2. Sistemi di Common Law. 2.1) Stati nordamericani. 2.2) Inghilterra. 3. Sistemi di Civil law. 3.1) Francia. 3.2) Germania. 4. Convergenze e divergenze tra Civil Law e Common Law. Il prisma del diritto internazionale privato. C. Italia 1. Gli accordi prematrimoniali nel diritto italiano. 2. Gli accordi in vista della crisi coniugale. 2.1) La validità degli accordi conclusi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio. 2.2) L'inefficacia rispetto al divorzio degli accordi raggiunti in sede di separazione 3. Notazioni riepilogative

### **A. Cenni introduttivi**

L'autonomia negoziale nella famiglia è variamente osservabile sul fronte personale o patrimoniale, nelle relazioni reciproche tra i coniugi oppure rispetto ai figli, durante il matrimonio o nella crisi coniugale, persino in ordine agli effetti del decesso di un componente.

Ove si adotti il criterio cronologico, gli accordi saranno raggruppabili a seconda della fase del loro perfezionamento: prima del matrimonio per regolare la vita comune oppure per prefigurare gli esiti della separazione; durante il matrimonio in vista della separazione; in sede di separazione con riferimento al divorzio.

Le intese riguardanti l'indirizzo della vita familiare e la fissazione della residenza si lasciano apprezzare dall'art.148 c.c. quali accordi; quelle aventi ad oggetto la scelta del regime matrimoniale si identificano con le convenzioni matrimoniali. I patti perfezionati in prospettiva della crisi coniugale possono riguardare l'affidamento dei figli, il mantenimento loro oppure quello del coniuge, la sua liquidazione forfettaria, i rimborsi e le restituzioni, la divisione della comunione (legale, o di quella che trova fonte nella confusione patrimoniale ingenerata dalla "condivisione del tetto e della mensa"), la ricognizione di diritti patrimoniali, trasferimenti immobiliari.

L'efficacia di consueto immediata lascia talora il posto a quella preliminare o definitiva condizionata. Alla forma dell'atto pubblico, prescritta per le convenzioni matrimoniali, si affianca per taluni accordi la scrittura privata ed il verbale giudiziale.

Il loro valore giuridico oscilla: tra i due poli della validità e della nullità si collocano situazioni intermedie in cui la vincolatività è subordinata al controllo giudiziario, oppure laddove essi sono meri elementi considerabili dal giudice.

L'indagine condotta sulla giurisprudenza restituisce una casistica abbondante soprattutto a ridosso della crisi coniugale, la cui analisi solleva interrogativi sia circa la prassi sulla redazione dei patti sia in ordine alla loro disciplina giuridica. Sul versante patrimoniale, il tema è stato tradizionalmente coltivato - per un verso - con riferimento all'ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche, e - per altro - a margine della crisi coniugale, rispetto alla composizione delle vertenze maturate, approfondendolo nella mappatura della zona franca dall'intervento giudiziale. La programmazione è stata sempre trascurata in ragione del confinamento della sua ammissibilità alla eventuale dichiarazione di nullità del matrimonio. Tale atteggiamento restrittivo sopravvive in giurisprudenza, ricevendo ossequi in linea di principio, ma sembra vacillare sotto il peso delle critiche della dottrina e la pressione sociale.

La linea osservata dalle corti soffre parecchie discontinuità, esibisce sottili questioni civilistiche irrisolte, oppure affrontate con risposte non sempre appaganti. Tra le altre, se facciano eccezione, da un lato, la finalità transattiva autonoma, dall'altro, gli impegni sfavorevoli all'onerato; se si tratti di nullità relativa; se l'illiceità di un'intesa prematrimoniale rapportata alla causa valga rispetto alla condizione.

## **B. Gli accordi in vista della crisi coniugale in prospettiva comparatistica**

### *1. Il fenomeno*

La tanto celebrata promozione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia integra un fenomeno spontaneo della prassi, che le corti sono chiamate a valutare sul versante patrimoniale, mentre in altri contesti essa è assecondata dal legislatore, come testimoniano l'affido condiviso, poi i patti di famiglia nel diritto successorio. La tendenza non è esclusivamente italiana, come attestano i recenti interventi legislativi francesi in tema di patti tra conviventi e di diritto successorio<sup>1</sup>.

Il riguardo che variamente il giurista nostrano porta verso i concetti e le categorie richiama alla mente le celebri pagine di Francesco Santoro Passarelli sull'autonomia privata nell'ambito della famiglia<sup>2</sup>, che riletture successive hanno variamente recuperato, valorizzando il varco aperto dalla previsione codicistica degli accordi di indirizzo, per approdare talora alla disponibilità verso i patti prematrimoniali. La contrattualizzazione è, dunque, ipotesi storicamente formulata- dopo il codice del 1942- anzitutto rispetto ai profili personali, laddove fu dapprima fermamente scartata, e poi recuperata sullo sfondo di una revisione delle matrici culturali ed ideologiche di quella teoria veneranda<sup>3</sup>. Le motivazioni addotte a supporto di quell'atteggiamento di sfavore verso l'espansione dell'autonomia privata nell'ambito della famiglia, attinenti al timore di sopraffazioni a

---

<sup>1</sup> Si segnalano le trattazioni di A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, nel Tratt. dir. comp., dir. da R. Sacco, Utet, 2002; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 2009, p.427 ss.

<sup>2</sup> F. SANTORO -PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 361

<sup>3</sup> A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessat'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213.

danno del coniuge più debole ed all'incursione rispetto a territori e situazioni che serie ragioni consiglierebbero di sottrarre alle opzioni individuali, opportunamente aggiornate mantengono attualità e rappresentano il termine di raffronto cui rapportare plausibilità e desiderabilità della contrattualizzazione degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale<sup>4</sup>, intorno alle quali hanno gravitato le posizioni variamente avanzate, nel cui ambito sono rappresentate le voci favorevoli alla promozione dell'autonomia dei coniugi.

Da qualche decennio si registra una crescente attenzione nei confronti dei contratti prematrimoniali<sup>5</sup>, in specie di quelli rivolti a prefigurare le conseguenze economiche della crisi coniugale<sup>6</sup>, la cui diffusione venne segnalata in ordinamenti di Common law<sup>7</sup> (Stati americani e, in epoca più recente, anche nel diritto inglese<sup>8</sup>), nonché in Germania, mentre nel nostro risultano osteggiati<sup>9</sup>.

## 2. Sistemi di Common Law

Il panorama degli ordinamenti di Common law appare - come spesso - composito, mostrando uno sfasamento tra quelli dei singoli stati americani e di altre giurisdizioni (tra cui l'Australia), favorevoli ai patti prematrimoniali, da un lato, e l'Inghilterra invece tradizionalmente ostile, sino all'apertura con il noto caso *Radmacher v Granatino*, dall'altro.

### 2.1) Stati nordamericani

La diffusione dei contratti prematrimoniali in USA<sup>10</sup> si lega all'introduzione del divorzio senza colpa (c.d. no fault divorce)<sup>11</sup>. In precedenza i giudici americani li osteggiavano, eccependo la loro

---

<sup>4</sup> G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, p. 25 ss.; Id., *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 150 ss.

<sup>5</sup> Approfondite analisi sono offerte da G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, nella serie «Il diritto privato oggi», a cura di P. Cendon, Giuffrè, Milano, 1999, p. 485 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, p. 617 ss., nonché V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Giuffrè, 2003.

<sup>6</sup> L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, 2001, cap.2

<sup>7</sup> A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. ALPA e G. CAPILLI (cur.), *Diritto privato europeo*, Cedam, 2006, p. 53 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in G. FERRANDO (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, cit., p. 229ss.; G. OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 367ss. .

<sup>8</sup> Caso *Granatino Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42

<sup>9</sup> G. OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, pag. 535.

<sup>10</sup> Il lettore italiano può contare su una letteratura abbondante ed accurata in materia, nel cui ambito si segnalano G. GIAIMO, *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, Palermo, 1997, p. 98 ss.; G. OBERTO, *"Prenuptial agreements in contemplation of divorce", e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*. *Riv. Dir. Civ.*, 1999, II, p. 171; M.R. MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno, in separazione e divorzio*, dir. da G. Ferrando, vol. I, Utet, 2003; F.CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2011; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e Mercato* 2018/4, p.

<sup>11</sup> M.A.GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1987; M.A.GLENDON, *The Transformation of Family Law*. State, Law and Family in the United States and Western Europe, Univ. Chicago Press, 1989, ediz. 1989, p. 148 ss.; L. M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002, p.430 ss.; S.N. KATZ, *Family Law in America*, New York, 2003, p. 82 ss.. Al lettore italiano si offrono le voci di G. BADIALI, *Divorzio, V, Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989; G. AUTORINO STANZIONE, *Divorzio in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 497

attitudine a pregiudicare la serietà del consenso matrimoniale<sup>12</sup>, ma ormai sono riconosciuti in tutti i singoli Stati, anche se la loro vincolatività è variamente valutata<sup>13</sup>.

Impegni prematrimoniali sono astrattamente ipotizzabili rispetto agli obblighi di mantenimento scaturenti dal divorzio, al regime patrimoniale secondario, alla regolamentazione della successione ereditaria<sup>14</sup>; quindi sono tre i versanti coinvolti, altrettanti i comparti da osservare, evitando di cedere all'inerzia interpretativa che talora esaurisce la rilevanza del fenomeno negoziale sul primo fronte. Allo scopo occorre rischiarare lo sfondo, attingendo - se non ai tratti caratterizzanti la concezione della famiglia e del matrimonio, come pure sarebbe opportuno, ma richiederebbe una ricerca i cui esiti non sarebbero qui compendiabili<sup>15</sup> - almeno al quadro della disciplina vivente, circa i rapporti patrimoniali tra coniugi e la successione ereditaria.

Per cogliere la portata di questi accordi rispetto al secondo fronte occorre ricordare che in alcuni Stati nordamericani vige il regime della comunione- che replica il modello diffuso nella tradizione civilistica<sup>16</sup>-, la quale è invece assente in altri nei quali al giudice è affidata la facoltà di attuare la redistribuzione del patrimonio<sup>17</sup>, a somiglianza di quanto si osserva nel diritto inglese, dove altrettanto accade in materia successoria, in luogo delle regole che compendiano la cosiddetta quota necessaria<sup>18</sup>. Gli accordi prematrimoniali negli Stati ove è contemplata la comunione valgono come opzione per la separazione, mentre in quelli ove vige la Equitable distribution rappresentano un limite ai poteri discrezionali della corte.

La materia non è, ovviamente, federale e difetta alcuna legge uniforme. L'avvicinamento dei diritti è assecondato dallo Uniform Premarital Agreement Act<sup>19</sup>, che è stato fatto proprio da molti Stati ancorché con adattamenti, nonché dai Principles of Family Law on Dissolution<sup>20</sup>, i quali dettano regole convergenti sotto molti aspetti. Si registra, nondimeno, una varietà di discipline, non coincidenti neppure tra i nove Stati che conoscono la comunione dei beni<sup>21</sup>; inoltre difetta uniformità tra gli orientamenti delle Corti Statali, le quali seguono orientamenti affatto peculiari, non esitando a dichiarare illegittimo il patto concluso in altro Stato, ancorché attuatore di quel modello<sup>22</sup>.

---

<sup>12</sup> I precedenti sono stati riepilogati da F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., p. 26 ss.

<sup>13</sup> Si segnala l'approfondita ricerca di E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 54 ss.

<sup>14</sup> KRAUSE, ELROD, GARRISON & OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, Thomson West, St. Paul MN (2007), p.163 ss.

<sup>15</sup> Si rinvia ai contributi raccolti nel volume collettaneo *The Marriage*, Giuffrè, Milano, 1998, ove il diritto americano era trattato da M. S. MELLI, *Marriage and divorce in the United States*, ivi, pp. 465 ss., mentre quello italiano da L.BARBIERA, *Rapporto italiano sul matrimonio*, ivi, pp. 255 ss

<sup>16</sup> Per la cui illustrazione si rinvia a G.OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, due volumi del *Tratt. dir. civ. comm.*, già dir da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, 2010

<sup>17</sup> Si segnala l'utile tabella di F.GALGANO, *Atlante di diritto comparato*, Zanichelli, Bologna, 1993, p.163 ss.

<sup>18</sup> Rinvio al mio lavoro *Il diritto successorio inglese e il trust*, in *Notariato*, 2010, n.5, p. 559 ss.

<sup>19</sup> Redatto dalla Uniform Conference of Commission on Uniform State Laws e pubblicato nel 1983, consta esser stato adottato in ventisei stati (in California agli artt. 1600 e seguenti del Family Code), sebbene con variazioni, ma risulta esser tenuto presente in tutti

<sup>20</sup> Pubblicati nel 2002 dall'American Law Institute

<sup>21</sup> Neppure è scontato che l'accordo perfezionato in uno Stato dove vige la comunione - diretto ad escluderla - rivesta attitudine ad operare corrispondentemente rispetto alla distribuzione attuata dal giudice, e viceversa, cosicché alle coppie caratterizzate da mobilità domiciliare o pluralità di residenze si consiglia l'adozione di più accordi, corrispondenti ai diversi contesti.

<sup>22</sup> In assenza di scelta della legge - tipicamente in favore di quella dello stato della celebrazione del matrimonio- si applica quella del luogo del divorzio.

E' individuabile un nucleo di disciplina condiviso, ricomprendente la forma (necessariamente scritta) e la delimitazione dell'oggetto, rispetto al quale si esclude comunque la vita sessuale, la fede religiosa, nonché l'affidamento della prole, precludendosi ogni impegno riguardante i figli, considerando indisponibile il loro interesse<sup>23</sup>. Gli accordi devono conformarsi ai requisiti pretesi per gli altri contratti<sup>24</sup>, ma la libertà di scelta è accuratamente presidiata. Al fine della validità di un prenuptial agreement si pretendono per lo più: la volontà; la trasparenza sulle risorse rispettive; la piena consapevolezza; la forma scritta e la sottoscrizione. E' richiesta - ancorché non a pena di nullità - una consulenza giuridica preliminare resa da un soggetto indipendente<sup>25</sup>. Sembra sopravvivere, infine, uno sfavore nei confronti dei patti conclusi successivamente al matrimonio. Il loro contenuto non è costante: oltre che dei profili alimentari e delle conseguenze patrimoniali del divorzio, talora si occupano anche dei diritti successori in guisa di "contract to make a will", a fianco oppure in sostituzione delle pretese sulla casa familiare, della designazione come esecutore testamentario.

Sono ritenute vincolanti tutte le rinunce in materia patrimoniale, in ordine sia alla condivisione degli acquisti perfezionati durante il matrimonio, sia gli assegni alimentari, tranne ipotesi particolari o limite; tra queste ultime, la configurazione atta ad incentivare il divorzio - ravvisata ad esempio qualora sia garantito un cospicuo una tantum - od al contrario a disincentivarlo, attraverso l'imposizione di penali<sup>26</sup>, oppure l'abbandono incondizionato di ogni sostegno economico, tale da esporre un coniuge alla necessità di domandare l'accesso al programma di assistenza pubblica<sup>27</sup>.

## 2.2) Inghilterra

Il diritto inglese ha ricevuto i modelli dagli stati americani, ma anche da sistemi di Civil law, anzi verrebbe da dire soprattutto da questi ultimi alla luce del leading case *Radmacher v Granatino* - più avanti illustrato- nel cui testo<sup>28</sup> si guarda proprio agli altri paesi europei. Anche in Inghilterra il patto prematrimoniale può rivestire le tre valenze sopra illustrate a proposito dell'ambiente americano; peraltro qui è del tutto assente- almeno sul piano legislativo- il regime della comunione, cosicché difetta il ruolo di opzione per la separazione dei beni (occorre, tuttavia, considerare che, a seguito di un'importante decisione del 2001<sup>29</sup>, la distribuzione divorzile è tendenzialmente egitaria, come sarà oltre illustrato).

---

<sup>23</sup> L'introduzione di un termine finale di efficacia - sebbene non prevista dallo UPAA (Uniform Premarital Agreement Act) - è generalmente consentita ed anzi in alcuni Stati è implicita; in altri è collegata alla nascita di un figlio: KRAUSE, ELROD, GARRISON & OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, Thomson West, St. Paul MN, 6 ed., 2007, p. 231.

<sup>24</sup> E', tuttavia, degna di nota la disapplicazione del requisito della "consideration" ad opera di molte leggi statali, riservando ai patti prematrimoniali una posizione separata nel panorama dei contratti, ammettendo la validità di rinunce senza contropartita. Inoltre le corti verificano l'effettiva attuazione del contenuto del patto: qualora risulti sistematicamente disatteso durante la vita matrimoniale, di esso non si tiene conto nell'ambito della crisi: KRAUSE, ELROD, GARRISON & OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, cit., p. 234 ss.

<sup>25</sup> In California, qualora il testo sia redatto dal legale di una parte, occorre concedere all'altra il tempo per analizzarlo

<sup>26</sup> Neppure sono ammesse penali per infedeltà oppure uso di droghe

<sup>27</sup> UPAA. Sect. 6. Enforcement: "... (b) If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility".

<sup>28</sup> Da parte di L. J. Thorpe

<sup>29</sup> *White v White* [2001] 1 A.C. 596

Questo ordinamento è caratterizzato - per un verso - da un atteggiamento statalista, e - per altro - dall'assenza di regole di fonte legislativa che (replicando il modello della comunione) presiedano alla distribuzione della ricchezza accumulata in costanza di matrimonio. Alla giurisdizione è assegnata competenza esclusiva a decidere in materia e grande onore circonda i vasti poteri attribuiti in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi- c.d. ancillary relief- in ipotesi sia di nullità del matrimonio sia di divorzio<sup>30</sup>; fonte legislativa è la Section 23 del Matrimonial Causes Act 1973, che affida alla corte ampia discrezionalità riguardo la divisione dei beni tra i coniugi in sede di divorzio senza invitarla a tener conto di accordi prematrimoniali<sup>31</sup>.

Su questo sfondo a tali intese è stato tradizionalmente negato valore vincolante<sup>32</sup>, escludendosi - come affermato dalla pronuncia resa negli anni venti dalla House of Lords <sup>33</sup> - che un patto stipulato prima delle nozze precluda l'attribuzione di un assegno in sede di divorzio; la motivazione poggiava sia sulla considerazione per cui l'obbligo del mantenimento presidia non solo il coniuge, ma anche quanti siano in contatto con lo stesso, sia sull'asserita contrarietà all'ordine pubblico (public policy) dell'esclusione della giurisdizione statale. Gli accordi prematrimoniali sono stati conseguentemente disapplicati, ad esempio liquidando assegni di mantenimento in misure diverse da quelle concordate<sup>34</sup>. Tale costanza risulta interrotta in un caso<sup>35</sup> non lontano, in cui di un accordo prematrimoniale si tenne conto nella scelta della giurisdizione, sebbene al momento della conclusione fosse mancata l'assistenza legale, diversamente ritenuta un requisito di validità dell'agreement<sup>36</sup>. Questa tendenza sembra sovvertita nel caso *Radmacher v Granatino*, la cui lettura dev'essere tuttavia preceduta dall'illustrazione della decisione resa nel 2000 dalla House of Lords in *White v White*, assunta a ruolo di precedente guida in materia di sistemazioni patrimoniali divorzili. La vertenza coinvolgeva una coppia<sup>37</sup> con un patrimonio di oltre quattro milioni e mezzo di sterline, quindi sovrabbondante rispetto al soddisfacimento delle rispettive necessità; nondimeno fu escluso che ciò precludesse l'adozione di provvedimenti in materia patrimoniale, assumendo che, al contrario, nei "big money cases" il giudice deve intervenire, avendo cura di riferirsi alle risorse dei rispettivi patrimoni, piuttosto che ai bisogni<sup>38</sup>. L'intenzione di formulare

---

<sup>30</sup> Nonché di rottura di una "civil partnership". La fonte dell'attribuzione di ampi poteri decisori in capo ai giudici in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio è il Matrimonial Causes Act, varato dal Parlamento nel 1973.

<sup>31</sup> Salvo farli rientrare nel riferimento alla "condotta", in conformità alla section 25(2) (g) dell'Act

<sup>32</sup> Lowe, *Prenuptial agreements: the English position*, in *Indret*, vol.1, 2008, p.1.

<sup>33</sup> *Hyman v Hyman*(1929) AC 601

<sup>34</sup> In *Miller v Miller* (2006) UKHL 26 la House of Lords ha riconosciuto alla moglie un assegno assai superiore a quanto era stato preventivamente concordato col marito. Peraltro si trattava di un caso - affrontato anche in altre giurisdizioni - in cui l'accordo patrimoniale, limitativo delle possibili pretese della moglie, le era stato imposto quale condizione per la celebrazione delle nozze in stato di gravidanza procurata dal futuro marito

<sup>35</sup> *Ella v Ella* (2007) EWCA Civ 99, (2007) 2 FLR 35 dove le parti - con doppia cittadinanza, inglese ed israeliana - avevano indicato il giudice israeliano per il caso di divorzio, con designazione che la corte inglese adita ritenne vincolante

<sup>36</sup> A. MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, in *www.dirittoeprocesso.com, rivista giuridica on line*, 2/10

<sup>37</sup> Martin White e Pamela White

<sup>38</sup> I coniugi White, che si erano sposati nel 1961, erano entrambi agricoltori prima del matrimonio e proseguirono collaborando alla gestione della fattoria in Blagroves, che ampliarono acquistando in comunione ulteriori terreni. A seguito della crisi coniugale deflagrata nel 1994, la moglie agì per ottenere il divorzio, domandando che il giudice disponesse (ancillary relief) la cessione della sua quota della fattoria al marito a fronte del versamento di duemilioniduecentomila sterline. Il tribunale stimò la fattoria quattromilioniseicentomila sterline, dei quali unmilionecinquecentomila competevano alla moglie; inoltre, attraverso la capitalizzazione del reddito a lei occorrente, nonché della disponibilità idonea a consentirle di procurarsi una casa, le riconobbe una somma (lump sum) di ottocentomila sterline a stralcio (clean break basis). La moglie appellò, lamentando - tra l'altro - l'insufficiente peso attribuito alla durata, intensità, tipologia, diversità e peso dei suoi contributi al menage, invocando - sulla base dei criteri indicati dalla section 25 del Matrimonial Causes Act 1973 - una percentuale pari al 40% del valore. La Court of Appeal le riconobbe una somma di un milione e mezzo di sterline, alla luce del suo contributo alla conduzione della fattoria ed alla famiglia.

soluzioni applicabili in generale agli ancillary relief emerge dalle parole di Lord Nicholls con cui assumeva la necessità che il giudice, a prescindere dalla consistenza patrimoniale, realizzi la distribution of assets tenendo presente "the yardstick of equality of division"; ciò non per introdurre una presunzione di eguaglianza, ma "to ensure the absence of discrimination", ad esempio tra il coniuge percettore di reddito da lavoro e quello dedito alla cura della famiglia e della casa (il valore economico della cui prestazione viene così riconosciuto<sup>39</sup>). Successivamente alla decisione *White v White* la giurisprudenza ha operato significative precisazioni riguardo alla portata ed alle modalità dell'equa divisione dei beni ai coniugi al momento del divorzio<sup>40</sup>.

La House of Lords è poi ritornata ad occuparsi di questo tema decidendo sulle impugnazioni delle decisioni rese dalla Court of Appeal in *Miller v Miller* ed in *McFarlane v McFarlane*<sup>41</sup>, a proposito della rottura rispettivamente di un matrimonio durato meno di tre anni, da cui non era nata prole, laddove il marito era molto facoltoso ed aveva dato causa alla crisi, e di un altro durato sedici anni, con tre figli, tra coniugi entrambi in origine percettori di reddito elevato, sino a che convennero che la moglie sarebbe rimasta a casa per occuparsi della famiglia.

La sentenza si diffonde sui principi generali applicabili alla divisione del patrimonio a seguito del divorzio, denunciando la flessibilità del diritto inglese sugli ancillary relief e segnalando la necessità di maggiore certezza e di prevedibilità delle decisioni, anche per agevolare le sistemazioni pattizie. Quale criterio decisionale viene indicata la considerazione non solo dell'interesse della prole, ma anche delle necessità finanziarie presenti e future delle parti, nonché dell'indennizzo atto a compensare significative future disparità economiche tra le parti, conseguenti all'impostazione della vita matrimoniale, infine del principio dell'"equal sharing", pur enfatizzando che lo 'yardstick of equality' dev'essere inteso quale elemento integrativo e non come la regola base.

Lord Nicholls considera che le contribuzioni 'speciali' apportate da un coniuge dovrebbero giustificare lo scostamento dalla divisione paritaria solo se diversamente l'esito fosse iniquo; la Baronessa Hale circoscrive la rilevanza degli apporti eccezionali a quelli rivolti al benessere della famiglia, escludendola a quanto riguardante la salute. Alla domanda se tutti i beni della coppia, comunque ed in qualsiasi momento acquisiti, debbano essere considerati come 'matrimonial property' per farli rientrare nella divisione paritaria, viene risposto che dipende dalle circostanze del caso<sup>42</sup>. Rivestono una particolare considerazione i beni rientranti nella "non matrimonial property", in specie quelli appartenenti a ciascun coniuge anteriormente al matrimonio e quelli pervenuti per successione ereditaria.

La giurisprudenza successiva a *White v. White* ha avuto modo di precisare che questi beni sono sottratti alla divisione paritaria (sharing principle), che si applica esclusivamente alla matrimonial

---

<sup>39</sup> Come già segnalato ed analizzato da parte di E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 991ss.

<sup>40</sup> E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, p. 125 ss.

<sup>41</sup> [2006] UKHL 24. Questa la composizione della Corte (la cui decisione è stata resa il 24 .5. 2006): Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead, Baroness Hale of Richmond and Lord Mance. Le sentenze appellate erano [2005] EWCA Civ 984 (*Miller*), e [2004] EWCA Civ 872 (*McFarlane*).

<sup>42</sup> L'appello del marito in *Miller* fu respinto, mentre quello della moglie in *McFarlane* fu accolto, sulla scorta di una motivazione contenente prese di posizione assai puntuali. Nel primo caso fu criticata l'attribuzione di peso alla responsabilità del marito circa la crisi coniugale, assumendone l'estraneità rispetto ai requisiti elencati dalla section 25(2)(g) del Matrimonial Causes Act 1973 ("...(g)the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it")

property; essi possono essere presi in considerazione solamente alla stregua di una risorsa cui attingere per soddisfare eventuali esigenze di mantenimento della parte economicamente debole. La distinzione tra i beni compresi nella matrimonial property e soggetti alla divisione paritaria (sharing principle), da un lato, e i residui, che possono venire in considerazione solo come risorsa da imputare al mantenimento del coniuge economicamente debole, dall'altro, è stata ulteriormente ribadita nella decisione relativa al divorzio del cantautore Paul McCartney<sup>43</sup>, laddove l'enorme patrimonio del marito – interamente accumulato prima del matrimonio - non è stato diviso in parti uguali in applicazione dello sharing principle e cionondimeno da esso è stato prelevato il necessario a liquidare una tantum quanto dovuto alla moglie a titolo di mantenimento.

Su questo sfondo si colloca il caso R v G, che vedeva la ricca ereditiera tedesca signora Radmacher contrapposta al coniuge francese Granatino. Prima di sposarsi in Inghilterra, i due avevano concluso in Germania un contratto matrimoniale, con cui il marito aveva rinunciato ad ogni pretesa finanziaria in caso di separazione. La loro vita fu radicata in Inghilterra per oltre venticinque anni, durante i quali nacquero due figlie; pochi anni prima della crisi, il marito aveva lasciato un'occupazione molto remunerativa per dedicarsi al conseguimento di un dottorato universitario (in biotecnologie), situazione da cui conseguì una notevole decurtazione dei suoi introiti; per contro, la moglie aveva ereditato una fortuna (un pacchetto azionario valutato oltre cento milioni di sterline) in morte del padre.

In primo grado al signor Granatino furono riconosciuti quasi sei milioni di sterline, poiché la High Court tenne conto solo in parte della sua rinuncia contenuta nel patto, sulla scorta di numerosi argomenti: era mancata alcuna consulenza legale prodromica; la moglie aveva ommesso la preventiva illustrazione ("disclosure") delle proprie risorse; non vi era prova di alcuna trattativa; non sarebbe stato corretto ritenere il marito vincolato a quel contenuto; la nascita dei figli aveva cambiato lo scenario. Nondimeno fu dato atto che sia in Germania sia in Francia il contratto sarebbe stato ritenuto vincolante in modo da precludere al marito ogni pretesa finanziaria.

La signora Radmacher impugnò la decisione della High Court di fronte alla Court of Appeal, la quale - per bocca del Lord Justice Mathew Thorpe - ridusse la somma liquidata a favore del signor Granatino in luogo del mantenimento, riconoscendogli ulteriori due milioni e mezzo per acquistare un'altra casa, da restituire alla moglie al compimento dei ventidue anni da parte dell'ultimo figlio. Dell'accordo prematrimoniale fu tenuto conto osservando che, sebbene il signor Granatino non avesse ricevuto alcuna consulenza giuridica preventiva ed indipendente, avrebbe potuto procurarsela; inoltre, che il caso aveva elementi di internazionalità e il diritto inglese avrebbe dovuto ridurre le occasioni di distanza con gli altri europei, dove i contratti matrimoniali sono diffusi.

La sentenza della Supreme Court ha portato chiarezza nel trattamento inglese dei pre-nuptial agreements, muovendo dalla sottolineatura della distanza tra l'Inghilterra ed il resto dell'Europa continentale, enfatizzando che, nonostante gli esiti di decisioni precedenti<sup>44</sup> potessero aver prodotto un avvicinamento al regime della comunione, la discrezionalità giudiziaria esercitata in seno alla crisi coniugale impedisce l'equiparazione ad un regime patrimoniale. Di qui si è tratto spunto per escludere la contrarietà dei pre-nuptial agreements alla public policy, invitando le corti a tenerne conto, al pari di ogni altra circostanza rilevante, nell'esercizio della propria

---

<sup>43</sup> E. AL MUREDEN, *Il divorzio di Paul McCartney ed Heather Mills. I diritti del coniuge debole in una emblematica decisione inglese e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam.dir.*, 2008, p. 843 ss..

<sup>44</sup> *White v White* [2001] 1 A.C. 596

discrezionalità, quindi senza ritenersene vincolate ed anzi potendo anche prescindere per precisi motivi, in particolare per difetto di 'fairness'. Vengono invano tratteggiati i presupposti per la vincolatività dei patti, precisando che entrambi i coniugi devono sapere che l'agreement impegna; essere consapevoli delle implicazioni; aver ricevuto tutte le informazioni essenziali; aver compreso che il pre-nuptial agreement è destinato a governare le conseguenze finanziarie dello scioglimento del matrimonio. Insomma, se una coppia conclude un pre-nuptial agreement in assoluta libertà, senza "undue influence" o "pressure" e nella consapevolezza delle implicazioni, usufruendo delle informazioni essenziali per maturare la decisione, la corte dovrà dar corso al contenuto, salvo esso appaia "unfair", sulla base di elementi chiave quali (seguendo i principi messi a punto nei casi guida sopra segnalati<sup>45</sup>) i bisogni di un coniuge, oppure l'indennizzo per i sacrifici compiuti durante il matrimonio od il pregiudizio per i figli.

La Supreme Court ritenne che in quel caso l'accordo era stato liberamente concluso ed entrambi i coniugi ne avevano colto le implicazioni, cosicché meritava accantonarlo solo rispetto ai figli. Allargandosi ulteriormente, la decisione enfatizza il necessario rispetto dell'autonomia privata, osservando che sarebbe paternalistico ed invasivo neutralizzare l'agreement soltanto perché 'the court knows best'. Essa sottolinea piuttosto l'utilità e l'importanza dei pre-nuptial agreements in relazione alla sorte dei beni non matrimoniali; ancora, sottolinea che quanto più breve sarà la durata del matrimonio, tanto maggiore risulterà la stringenza delle condizioni pattuite; mentre le parti non dovrebbero essere vincolate da un pre-nuptial agreement superato dal passare del tempo. In conclusione, la Supreme Court ha confermato che, sebbene le corti conservino discrezione nel determinare l'assetto economico del divorzio, se le parti hanno concluso un pre- o post-nuptial agreement non vi è ragione per negare loro il diritto a vederlo applicato, salvo ciò risulti unfair<sup>46</sup>.

Le implicazioni di tale decisione sono importanti. Intanto essa ha incoraggiato le coppie a stipulare patti prematrimoniali, specialmente in presenza di disparità economica; poi ha assegnato rilievo ai contratti siglati in altri paesi, da coniugi successivamente trasferitisi in Inghilterra (talora in ragione della sua reputazione di '*divorce capital of the world*'), in quanto sistema elettivo per radicare questi procedimenti. Come ha considerato la Baronessa Hale: "there is not much doubt that the law of marital agreements is a mess. It is ripe for systematic review and reform".

La Law Commission nel 2009 ha avviato un progetto di riforma, diffondendo nel gennaio 2011 un poderoso testo rivolto alla consultazione pubblica (Consultation Paper)<sup>47</sup>. Il progetto è stato esteso nel 2012 per coprire due ulteriori questioni in tema di accantonamento finanziario in caso di divorzio o scioglimento di un'unione civile. Scopo del progetto era portare chiarezza e prevedibilità in aree di quella legge che causano particolari difficoltà<sup>48</sup>. Il rapporto finale, pubblicato il 27 febbraio 2014, ha formulato raccomandazioni per chiarire le "esigenze finanziarie" in caso di

---

<sup>45</sup> *White v White, cit.*, e *Miller/McFarlane/McFarlane v McFarlane [2006] UKHL 24*

<sup>46</sup> Al fine di circoscrivere la nozione di 'material information' da acquisire prima della stipula e tutelare la vincolatività di un pre-nuptial agreement in Inghilterra, è altamente raccomandabile la preventiva acquisizione di autonoma consulenza legale e l'illustrazione delle circostanze rilevanti.

<sup>47</sup> The Law Commission. Consultation Paper No 198. *Marital Property Agreements*.

<sup>48</sup> La consultazione ha ottenuto ricevuto quasi 150 risposte dal pubblico, avvocati, altri professionisti e organizzazioni

divorzio o scioglimento di un'unione civile e introdurre accordi nuziali qualificanti in Inghilterra e Galles<sup>49</sup>.

### 3. Sistemi di Civil law

Regole sostanziali sui rapporti patrimoniali tra coniugi difficilmente mancano nei sistemi appartenenti alla tradizione di Civil Law, dove - nei codici civili- si rinvencono discipline sia sulla comunione dei beni (variamente modellata), sia sulla separazione, riservando alla prima il ruolo di regime legale, ossia operante in difetto di diversa opzione<sup>50</sup>. Il giudice non svolge, quindi, alcun ruolo nella distribuzione delle risorse accumulate in famiglia, se non decidendo sulle istanze in tema di alimenti e mantenimento, che può soddisfare non solo tramite il riconoscimento di assegni periodici, ma anche attraverso l'assegnazione di cespiti, in via concorrente o - più spesso - sostitutiva dell'obbligazione pecuniaria. Non si rinviene, tuttavia, costanza di atteggiamento nei confronti della predeterminazione convenzionale delle conseguenze economiche della crisi coniugale.

E', altresì, caratteristica dei sistemi di Civil law la presenza, nell'ambito delle successioni a causa di morte, di regole configuranti la c.d. legittima, di cui beneficia il coniuge, ancorché vari l'oggetto del diritto assegnatogli (usufrutto o proprietà). I singoli ordinamenti riservano, invece, discontinua accoglienza ai patti successori, vietati nella tradizione francese, consentiti in quella tedesca<sup>51</sup>.

#### 3.1) Francia

In Francia la situazione è simile alla nostra, quanto all'ammissibilità delle convenzioni matrimoniali di separazione dei beni e non degli accordi sul mantenimento; nonché al divieto dei patti successori. Tuttavia in quell'ordinamento attraverso le convenzioni è consentito l'esercizio di maggior autonomia, di cui consta venga fatto largo uso; inoltre la prestation compensatoire divorzile<sup>52</sup> è tendenzialmente definitiva, ossia non possono più essere avanzate domande di integrazione, se non adducendo mutamenti imprevedibili<sup>53</sup>.

Il Code Civil ha permesso la stipula di convenzioni durante il matrimonio, attraverso le quali derogare alla divisione paritaria dei beni, in caso di scioglimento del vincolo coniugale, ma l'orientamento giurisprudenziale in passato prevalente non consentiva l'attribuzione dell'intera massa in caso di divorzio. Tale impostazione si è riflessa sia sugli accordi preventivi in vista della crisi coniugale, sia sulle intese volte ad operare la liquidazione e la divisione della comunione: nel primo caso, infatti, i giudici hanno rigettato la possibilità per i coniugi di regolare il diritto alla

---

<sup>49</sup> Il rapporto espone e spiega le raccomandazioni per la riforma, che dovrebbe chiarire, attraverso l'orientamento del Consiglio di Giustizia di Famiglia, la disciplina relativa ai "bisogni finanziari". Ciò ne garantirebbe che l'applicazione coerente dai tribunali e rafforzerebbe le migliori pratiche giudiziarie.

<sup>50</sup> Rinvio al mio lavoro A. FUSARO, *Sistemi di comunione dei beni e sistemi a separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 99

<sup>51</sup> Profilo diffusamente illustrato in A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, cit., p.427 ss.

<sup>52</sup> Art. 270, 2 c., Code civil : « L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge ».

<sup>53</sup> Art. 275, 2 c., Code civil: " Le débiteur peut demander la révision de ces modalités de paiement en cas de changement important de sa situation. A titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans".

*prestation compensatoire*, a meno che ciò avvenisse a seguito dell'istanza di divorzio<sup>54</sup>. La situazione è mutata con la riforma del 2004<sup>55</sup>, la quale ha autorizzato i coniugi a concludere convenzioni per regolare tutti gli aspetti del divorzio (a prescindere dalla causa che l'ha determinato), compresa la stessa *prestation compensatoire*; anche in questo caso, tuttavia, l'intesa deve essere negoziata solo al momento dell'istanza di divorzio<sup>56</sup> e attende il vaglio del giudice. La libertà non è, dunque, assoluta e gli accordi preventivi rimangono comunque nulli.

La Court de Cassation ha inoltre sancito la invalidità delle intese sulla liquidazione e lo scioglimento della comunione, le quali sono consentite soltanto dopo il divorzio<sup>57</sup>; nonostante la riforma del 1975 (che ha permesso alle parti di stipulare convenzioni relative alla divisione ed alla liquidazione della comunione), esse sono state sempre ritenute nulle, salvo siano state concluse dopo il deposito dell'istanza di divorzio, dunque successivamente alla dissoluzione della stessa comunione<sup>58</sup>.

### 3.2) Germania

Nella legislazione tedesca non si rinvencono regole specificamente dedicate ai contratti prematrimoniali, sebbene in quell'ordinamento emerga la disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale<sup>59</sup>, quale manifestazione dell'autonomia privata in materia di convenzioni matrimoniali sancita dal par. 1408 BGB; da essa si ricava la derogabilità convenzionale anche della disciplina sul mantenimento post divorzile, sulla comunione ed il trattamento pensionistico<sup>60</sup>. Inoltre in Germania non vige il divieto dei patti successori, i quali anzi trovano disciplina nei par. 2274 ss. BGB (Erbverträge).

I coniugi tedeschi possono, pertanto, stipulare convenzioni<sup>61</sup> non solo per scegliere il regime patrimoniale secondario - quindi al fine di optare per la separazione dei beni oppure la comunione in luogo del regime legale della comunione degli incrementi - ma anche per predeterminare - sino ad escludere - gli obblighi di mantenimento postdivorzili<sup>62</sup>; inoltre s'è visto come sia loro consentito pianificare pattiziamente la successione ereditaria. Attraverso gli Eheverträge<sup>63</sup> si

---

<sup>54</sup> In questo senso Cass. II, 21 marzo 1988, in *Bull. Civ.*, II, n. 74.

<sup>55</sup> Legge 26 maggio 2004, n. 2004- 439, entrata in vigore il primo gennaio 2005

<sup>56</sup> Come stabilito all'art. 268, 1° c., Code civil: "Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce"

<sup>57</sup> G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, p. 220 ss.

<sup>58</sup> Sulla scorta di una rigida interpretazione del disposto dell'art. 1450 C. Civ..

<sup>59</sup> G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., pag. 493; inoltre Id., «*Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 s..

<sup>60</sup> BGH, 11 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 930, analizzata per il lettore italiano da A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004)*, in *Familia*, 2005, I, p. 134 ss.

<sup>61</sup> Par.1408 BGB.Ehevertrag, Vertragsfreiheit :"(1) Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern.(2) Schließen die Ehegatten in einem Ehevertrag Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, so sind insoweit die §§ 6 und 8 des Versorgungsausgleichsgesetzes anzuwenden". Traduzione: "Contratto di matrimonio, libertà contrattuale: "(1) I coniugi possono regolare i loro rapporti patrimoniali mediante contratto (contratto di matrimonio), in particolare anche annullare o modificare il regime patrimoniale dopo la celebrazione del matrimonio. (2) Se i coniugi concludono accordi sulla perequazione delle pensioni in un contratto di matrimonio, si applicano i §§ 6 e 8 della legge sulla perequazione delle pensioni".

<sup>62</sup> BGH, 28 marzo 2007, in *FamRZ*, 2007, 1310, 1311

<sup>63</sup> G. LAGENFELD, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 8 ediz., Monaco, Beck, 2019, par. 453 ss; L. BERGSCHNEIDER, *Verträge in Familiensachen*, 7 ediz., Bielefeld, Gieseking, 2022, par.664 ss.

fissano i criteri per l'assegno divorzile, anche escludendolo, oppure negando la liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguenti allo scioglimento del regime legale della comunione degli incrementi<sup>64</sup>; è anche consentito rinunciare a richiedere la modifica giudiziale delle prestazioni di mantenimento<sup>65</sup>, in dipendenza di successive variazioni della situazione economica delle parti.

Si ha, tuttavia, cura di evitare che da questa disponibilità contrattuale derivino soluzioni squilibrate<sup>66</sup>: gli accordi sono stati disapprovati quando è emerso l'approfittamento dell'inesperienza o della labilità psichica, nonché laddove l'esclusione del mantenimento appariva barattata con l'affidamento dei figli. Un contratto che prevedeva la rinuncia da parte della moglie all'assegno di divorzio fu dichiarato nullo, stigmatizzando la circostanza che l'intesa era stata raggiunta quando la gravidanza era in atto, quale condizione per tenere il figlio e celebrare le nozze<sup>67</sup>.

La Corte Costituzionale tedesca ha confermato la conciliabilità tra la tutela dell'autonomia contrattuale ed il controllo giudiziario sui contratti prematrimoniali, dal quale può discendere la dichiarazione di invalidità<sup>68</sup>, per le ragioni più varie: la sopravvenuta sproporzione tra le risorse rispettive, o qualora un coniuge risulti comunque penalizzato pesantemente, come in presenza di rinunce unilaterali rivolte ad escludere la tutela minima essenziale apprestata dalla disciplina sul divorzio, della quale è tratteggiata una graduazione. Al primo livello si collocano gli obblighi verso i figli non autosufficienti economicamente; al secondo il mantenimento per la vecchiaia e la malattia, nonché i trattamenti pensionistici; al terzo il sostentamento per la disoccupazione; al quarto i trattamenti sanitari e l'assistenza per gli anziani; a seguire le sovvenzioni per la formazione professionale ed il regime della comunione.

Nell'esercizio di questo controllo il giudice deve adottare un criterio di effettività attraverso il par. 138, primo comma, BGB che, notoriamente, sancisce l'invalidità del contratto contrario al buon costume, quale ricorre laddove l'accordo sfoci in un assetto asimmetrico; l'interferenza con il nocciolo della tutela legislativa divorzile ne rappresenta una spia, ancorché non la prova certa, potendo risultare controbilanciata da vantaggi<sup>69</sup>.

Questo sindacato è guidato dal par. 242 BGB, che vincola l'esecuzione del contratto al criterio della buona fede, parametrato agli usi. Il giudice deve impiegare la clausola generale per esaminare se e fino a che punto un coniuge abusa dei poteri attribuitigli dall'accordo, osservando l'accortezza di verificare con maggiore severità le ragioni alla base dell'esclusione delle tutele primarie<sup>70</sup>.

Merita ripercorrere la motivazione della sentenza che ha definito una vicenda giudiziaria (le cui decisioni di secondo grado<sup>71</sup> e di ultima istanza<sup>72</sup> sono state entrambe diffuse), la quale verteva

---

<sup>64</sup> Si tratta della tedesca Zugewinnsgemeinschaft, per la cui illustrazione si rinvia a D. HENRICH, *La comunione dei beni e la comunione degli incrementi: un confronto critico*, in *Famiglia*, 2004, 813.

<sup>65</sup> Abänderungsklage prevista dal § 323 ZPO, corrispondente ai nostri artt. 710 c.p.c. e 9 l. div

<sup>66</sup> "Kernbereich": BGH, 11 febbraio 2004, cit..

<sup>67</sup> BGH 19 dicembre 1989

<sup>68</sup> BVerfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343, la quale fu tradotta da M. G. Cubeddu e pubblicata in *Famiglia*, 2002, II, p.203 ss., con nota di P.GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*. La sentenza ha stimolato un ampio dibattito, ripreso da E.BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte Costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 57 ss.

<sup>69</sup> BGH, 11 febbraio 2004, cit..

<sup>70</sup> BGH, 11 febbraio 2004, cit..

<sup>71</sup> OLG Karlsruhe, 11 settembre 2006, in *FamRZ*, 2007, 477, la quale prese posizione anche sui profili internazionalprivatistici, relativi all'individuazione della legge applicabile.

<sup>72</sup> BGH, 5 .11. 2008. Questa la massima tradotta: "a) Un controllo sul contenuto degli Ehevertraegen può essere disposto non solo in favore del coniuge che chiede il mantenimento, bensì in linea di principio anche in favore di quello tenuto a corrisponderlo. b) Ai

sulla vincolatività dell'impegno di corrispondere una rendita vitalizia, assunto attraverso un Ehevertrag<sup>73</sup> laddove si prevedeva che - in considerazione della differenza d'età - i coniugi avrebbero liquidato con una rendita vitalizia ogni eventuale pretesa della moglie successiva alla cessazione del matrimonio, mentre rinunziavano reciprocamente ad ogni mantenimento previsto dalla legge in caso di divorzio.

La domanda del marito diretta a far dichiarare la nullità del contratto (al fine di escludere che alla moglie fosse dovuto alcunché) è stata respinta dall'Amtsgericht<sup>74</sup>, ma accolta dall'Oberlandesgericht<sup>75</sup>, il quale ha escluso che alla convenuta spettasse il pagamento della rendita convenuta, attesa la nullità per violazione del buon costume ai sensi del par.138, primo comma, BGB. Invero, muovendo dalla premessa circa l'estensione del controllo giudiziale del contenuto anche in favore del coniuge obbligato al mantenimento, è ritenuto invalido l'accordo in considerazione della ripartizione ingiustificatamente squilibrata degli oneri discendenti dall'eventuale divorzio, ove rapportata al modello legislativo del mantenimento, caratterizzato dal principio della contribuzione paritaria -Halbteilung<sup>76</sup>- nelle spese (necessarie per la vita coniugale) e partecipazione ai vantaggi patrimoniali, nonché dal criterio del necessario riguardo alla capacità economica dell'obbligato. L'accordo in questione è giudicato allontanarsi da questo modello per il carattere unilaterale, in quanto la rendita sostitutiva dell'eventuale obbligo di mantenimento a carico dell'attore era prevista indipendentemente dalla capacità di quest'ultimo di farvi fronte<sup>77</sup>.

L'impegno a versare la rendita è stato ritenuto iniquo anche perché essa era dovuta indipendentemente dall'effettiva necessità della beneficiaria, sino a quando quest'ultima non si fosse dedicata ad un'attività lavorativa a tempo pieno, con la conseguenza che costei avrebbe ricevuto più della metà degli introiti complessivi ed al marito non sarebbe rimasto neppure il necessario per il fabbisogno personale. Inoltre già all'epoca della conclusione del contratto sussisteva il pericolo di un indubbio allontanamento dal principio della Halbteilung e da quello secondo cui il diritto al mantenimento dev'essere definito in proporzione alla capacità economica dell'obbligato<sup>78</sup>.

---

fini della decisione in ordine alla sussistenza degli elementi soggettivi della contrarietà al buon costume di un Ehevertrag, allorché un coniuge prometta all'altro prestazioni per le quali non sussiste alcun fondamento giuridico, non si può mai rinunciare ad accertamenti in fatto ed è giustificato ipotizzare un turbamento della parità contrattuale. c) Un patto di mantenimento può essere contrario al buon costume qualora i coniugi adottino una regolamentazione degli oneri matrimoniali in danno dell'Ente di previdenza sociale. Questo può verificarsi quando per effetto dell'accordo il coniuge obbligato, oltre la soglia di legge, non sia più finanziariamente in grado di assicurare il proprio sostentamento e di conseguenza abbisogni di prestazioni sociali integrative".

<sup>73</sup> L'attore (nato nel 1962), cittadino turco, e la convenuta (nata nel 1953) contrassero matrimonio nel 1997. Il matrimonio rimase privo di prole. Nel 1999 le parti, facendo ricorso ad un interprete giurato per la lingua turca, conclusero un Ehevertrag (autenticato da notaio), che al punto 7 conteneva la reciproca rinuncia al mantenimento per il caso di divorzio, nonché l'obbligo dell'attore di pagare una rendita vitalizia alla convenuta. Del matrimonio venne pronunciato lo scioglimento con sentenza dell'Amtsgericht – Familiengericht del 2002, passata in giudicato. Durante il matrimonio l'attore svolse ininterrottamente attività lavorativa (a parte un breve periodo di disoccupazione all'inizio dell'anno 2000), mentre la convenuta fu disoccupata fino all'agosto 2000 e percepì il sussidio di disoccupazione; dal settembre 2000 era occupata come contabile per 20 ore settimanali.

<sup>74</sup> Amtsgericht – Familiengericht, 14.10. 2005

<sup>75</sup> OLG Karlsruhe, 11 .9. 2006, in *FamRZ* 2007, 477 ss.

<sup>76</sup>La Halbteilung è un regime paritario, definito agli artt. 1 e 2 Versorgungsausgleichsgesetz

<sup>77</sup> Tale autonomia dell'obbligazione di pagamento dell'attore rispetto alla sua capacità economica è apparsa circostanza grave perché al momento della conclusione dell'accordo era nota l'eventualità che avrebbero potuto insorgere ulteriori doveri di mantenimento del marito nei confronti dei figli minori all'estero.

<sup>78</sup> Tale assetto contrattuale avrebbe al più potuto essere corretto in via interpretativa, considerando che la moglie, pur non esercitando una confacente attività lavorativa a tempo pieno, aveva la possibilità di procurarsela, senonché il testo letterale era inequivoco e figurava l'espressa esclusione di "altri adeguamenti" e della domanda di modifica. Di qui il riscontro degli estremi della Sittenwidrigkeit, concludendo che le parti avevano concordato un regolamento comportante oneri immotivatamente squilibrati; di

Queste argomentazioni hanno resistito al giudizio di ultima istanza, dove è stato confermato che i criteri elaborati per il controllo sugli Eheverträge, ostili nei confronti di una ripartizione unilaterale degli oneri non giustificata dalle condizioni di vita comune ed insostenibile per la parte gravata, valgono non solo per il coniuge che chiede il mantenimento, ma anche per quello nei confronti del quale esso è preteso, potendo sussistere una sua inferiorità tale da rendere iniqua l'assunzione di oneri. E', pertanto, evocato l'orientamento secondo cui, in presenza di un assetto contrastante con il principio di solidarietà coniugale, all'autorità giudiziaria spetta, per quanto possibile, garantire la tutela costituzionale alla parte in concreto discriminata<sup>79</sup>.

Poiché in secondo grado il patto era stato ritenuto configurare una ipotesi di Sittenwidrigkeit, in quanto aveva comportato un notevole allontanamento dalla Halbteilung, il quesito era se il modello legale integrasse davvero un nucleo irrinunciabile della disciplina del mantenimento. La risposta della BGH è articolata. E' evocato l'orientamento secondo cui la disciplina pattizia tende a prevalere su quella legale; tale libertà contrattuale in tema di conseguenze economiche del divorzio è presentata quale necessaria integrazione del diritto dei coniugi discendente dai par. 353, 1356 BGB, rivolta a consentire loro di adottare una disciplina corrispondente alle personali inclinazioni ed alle rispettive esigenze di vita postmatrimoniali.

Sulla scia di alcuni precedenti giurisprudenziali<sup>80</sup>, si concede ad un comportamento unilaterale particolarmente generoso di essere frutto di una scelta consapevole, negando alla Halbteilung la valenza di criterio cui parametrare l'equità dell'assetto, di metro del giudizio circa la conformità al buon costume. Nondimeno la delimitazione del diritto al mantenimento in ragione della capacità economica dell'obbligato attiene al piano dei diritti fondamentali (operanti nei rapporti di diritto privato mediante le clausole generali dei par. 138 e 242 BGB) e, come ha sottolineato la Corte, il giudice ordinario deve impiegare il diritto costituzionale per proteggere l'autonomia privata da se stessa<sup>81</sup>. La libertà di iniziativa economica è garantita a livello costituzionale (art. 2, comma1, GG), al quale è ritenuto appartenere anche il mantenimento (in quanto esso è in armonia con l'Art. 6, comma1, GG); di qui la cautela che quanto promesso non si traduca in un onere eccessivo per l'obbligato, tale da urtare contro l'art. 2, comma 1, GG, conculcandone la libertà di autodeterminarsi per insufficienza di mezzi finanziari. Presupposto di ogni pretesa di mantenimento è, perciò, la capacità economica del soggetto gravato, che trova un limite laddove la sua misura gli impedisca di provvedere ai propri bisogni<sup>82</sup>.

Onde accertare la sua nullità per contrasto con il par. 138, comma 1 BGB si richiede un apprezzamento complessivo, che prenda in considerazione, accanto alle condizioni oggettive esistenti al tempo della conclusione dell'accordo, gli scopi perseguiti con il contratto, così come gli altri motivi che hanno indotto il coniuge favorito a formulare la richiesta e spinto l'altro ad

---

qui la presunzione di un turbamento della parità delle parti nella trattativa, nel senso che l'attore al momento della conclusione del contratto non si trovava nella condizione soggettiva di rappresentare i propri legittimi interessi in modo appropriato e adeguato, e che questa circostanza era quanto meno riconoscibile dalla controparte. Dalla nullità della clausola contrattuale discendeva che alla convenuta poteva spettare semmai il diritto al mantenimento postmatrimoniale, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge.

<sup>79</sup>OLG Celle, 8.9.2004, in *FamRZ* 2004, 1969

<sup>80</sup> OLG Brandenburg, 9.8. 2001, in *NJW-RR* 2002, 578, 579; OLG Stuttgart, 29. 7. 1997, in *FamRZ* 1998, 1296, 1297

<sup>81</sup> BVerfG, 6.2.2001, in *FamRZ* 2001, 343

<sup>82</sup> Come affermato dalla BVerfG, 20. 8. 2001, in *FamRZ* 2001, 1685, nonché in *FamRZ* 2002, 1397, 1398. Nella specie le parti, pattuendo la rendita vitalizia, avevano regolato il diritto al mantenimento della moglie dopo lo scioglimento del matrimonio realizzando un assetto che il giudice d'appello ha verificato sproporzionato alle risorse dell'obbligato (senza computare gli eventuali ulteriori impegni nei confronti dei figli residenti all'estero). In considerazione del pregiudizio arrecato al minimo vitale dell'attore, la rendita concordata costituiva una ripartizione degli oneri iniqua e non giustificata dalle condizioni di vita dei coniugi. Tale constatazione non è stata, però, ritenuta di per sé decisiva nel senso della contrarietà al buon costume dell'Ehevertrag

accettarla, dandosi carico anche di accertare se il contratto rifletta la posizione dominante di un coniuge frutto di diseguali posizioni nel corso delle trattative<sup>83</sup>. Questa indagine non risultava assoluta dalla pronuncia d'appello, e neppure surrogata da prove fornite dall'attore<sup>84</sup>. La regola secondo cui in presenza di uno squilibrio obiettivo può essere presunto un atteggiamento riprovevole solo quando uno dei contraenti viene a trovarsi in posizione dominante, in ragione di concrete circostanze estranee al contenuto del patto, non vale nei rapporti tra coniugi dove perfino una gravidanza al momento della conclusione dell'Ehevertrag è considerata solo un indizio di squilibrio tale da sottoporre il contratto ad un più approfondito controllo giudiziario<sup>85</sup>, cosicché si impone l'accertamento in concreto dei presupposti soggettivi della Sittenwidrigkeit.

Della sentenza impugnata è disapprovata la motivazione, non la soluzione. L'obbligazione avente ad oggetto la rendita vitalizia è contraria al buon costume ai sensi del par.138, comma 1, BGB e quindi nulla, perché essa rischierebbe di affidare l'obbligato alla previdenza sociale. In questo senso si è schierata la giurisprudenza secondo cui un accordo attraverso il quale i fidanzati prossimi alle nozze od i coniugi rinunciano al mantenimento postmatrimoniale può essere contrario al buon costume ove in tal modo si esponga l'obbligato alla necessità di ricorrere all'assistenza sociale (Sozialleistungsträgers)<sup>86</sup>. Un accordo risulta contrario al buon costume anche se i coniugi disciplinano gli oneri reciproci in maniera oggettivamente pregiudizievole per la sicurezza sociale<sup>87</sup>, come qualora la rinuncia al mantenimento dei coniugi resista ad un controllo riferito al comportamento reciproco degli stessi, e cionondimeno conduca ad uno stato di indigenza comportante la necessità di ricorrere ai sussidi sociali.

Questi principi furono applicati al caso oggetto di giudizio, ove era stato convenuto che il coniuge gravato fosse tenuto al di sopra della soglia legale, al punto da non essere più in condizione di provvedere al proprio sostentamento e da necessitare di sussidi integrativi. Tale traslazione dei rischi economici del divorzio sulla previdenza sociale è ritenuta inammissibile, producendo effetti a danno del terzo, quindi illecito, a meno che si fondi su motivi idonei a giustificarla<sup>88</sup>. Nella specie vennero riscontrati gli estremi della contrarietà al buon costume ai sensi del par. 138, comma 1, BGB, poiché l'adempimento dell'obbligazione circa la rendita vitalizia comporterebbe il venir meno della garanzia del minimo vitale, e il soggetto si troverebbe a dipendere dalla sicurezza sociale. Di qui la conferma del verdetto circa la nullità dell'obbligazione avente ad oggetto la rendita vitalizia

---

<sup>83</sup> BVerfG, 6. 2. 2001, in *FamRZ* 2001, 243, 247

<sup>84</sup> Riuscendo allo scopo insufficiente l'oggettivo squilibrio tra le prestazioni, poiché rispetto alla materia della famiglia non opera la presunzione che il contraente favorito abbia approfittato, consapevolmente o per grave negligenza, di una propria posizione predominante nella trattativa in danno della controparte. A questo riguardo è avanzato un accostamento con l'accertamento della Sittenwidrigkeit di contratti di finanziamento-leasing relativi a beni mobili, osservando come anche in quel contesto sia sorta la questione se accanto ai presupposti oggettivi occorra l'accertamento del requisito soggettivo di un atteggiamento riprovevole (verwerfliche Gesinnung) del concedente. La soluzione è stata nel senso di distinguere se, quanto all'utilizzatore, si trattasse di un consumatore finale privato oppure commerciante- grande o piccolo- o professionista, solo nel primo caso presumendo un atteggiamento riprovevole e ritenendo realizzata la fattispecie del par 138, comma 1, BGB. Nel caso degli utilizzatori grossi commercianti si presume l'insussistenza dei presupposti soggettivi della Sittenwidrigkeit in capo al concedente; negli affari conclusi con utilizzatori piccoli commercianti o liberi professionisti si rimane, invece, nell'ambito delle regole generali in tema di onere della prova, secondo le quali colui che invoca la nullità del contratto deve indicare e provare i presupposti soggettivi della Sittenwidrigkeit (BGHZ 128, 255, 267). Qualcosa di simile vale anche per la Sittenwidrigkeit dei contratti di mutuo (BGHZ 98, 174, 178; 104, 102, 107).

<sup>85</sup> BGHZ 25.5. 2005 - XII ZR 296/01, in *FamRZ* 2005, 1444, 1447 e 5. 7. 2006 - XII ZR 25/04, in *FamRZ* 2006, 1359, 1361

<sup>86</sup> BGHZ 86, 82, 88, in *FamRZ* 1983, 137, nonché del 24.4.1985 - IVb ZR 22/84, in *FamRZ* 1985, 788, 790

<sup>87</sup> BGH 25 ottobre 2006 - XII ZR 144/04, in *FamRZ* 2007, 197, 198.

<sup>88</sup> BGHZ 86, 82, 90

#### 4. Convergenze e divergenze tra Civil Law e Common Law. Il prisma del diritto internazionale privato

Il confronto dei diritti statali americani con quelli europei continentali fa risaltare le differenze tra i prenuptial contracts - rivolti a prefigurare le conseguenze della crisi coniugale sia sul piano patrimoniale, sia rispetto al sostegno alimentare (spingendosi spesso ai profili ereditari, in guisa di patti successori) - e le convenzioni matrimoniali (di regola concluse davanti al notaio), tendenzialmente dirette a designare esclusivamente il regime patrimoniale opzionale offerto dalla legislazione (in massima parte il codice civile) nazionale.

La partizione non è, però, puntuale. Invero, per un verso, tale ultima eventualità si presenta anche negli Stati americani che prevedono la comunione dei beni, laddove i coniugi possono convenire di mantenere separati gli oggetti dei rispettivi acquisti, come accade attraverso l'opzione per il regime di separazione dei beni. Per altro, l'ambito assegnato alla tradizione civilistica non è compatto, dal momento che si è dato conto dell'attitudine dell'Ehevertrag ad interferire anche sugli obblighi di mantenimento.

La distanza tra le tradizioni di Civil law e Common law si coglie, inoltre, a proposito della diversità di requisiti rispettivamente pretesi per i consensi, tali per cui ad una convenzione matrimoniale potrebbe essere negata tutela da parte delle corti americane presso le quali non necessariamente essa verrebbe a superare i controlli cui sono sottoposti i premarital agreements, incappando nella presunzione di vizio della volontà che matura nei confronti dell'accordo squilibrato; inoltre secondo molti diritti statali le parti devono essere assistite da un consulente legale e, qualora il testo sia redatto unilateralmente, occorre concedere un congruo termine per esaminarlo, diversamente precipitando il sospetto che l'accettazione sia stata frutto di coartazione ("under the gun"); la mancanza o la rinuncia di quest'ultima indebolisce l'accordo, denunciandosi la sua contrarietà alla public policy. Questo ora segnalato non integra l'unico limite all'autonomia privata configurato in quell'area, manifestandosi diffidenza nei confronti dell'accordo la cui portata si traduca nella promozione dello scioglimento del matrimonio; di qui l'irradiarsi di un cono d'ombra sulla promessa del versamento di una somma cospicua in ipotesi di divorzio. Negli ordinamenti di civil law tale preoccupazione è ridimensionata dal filtro notarile e non si tiene conto del rilievo dell'illustrazione (disclosure) della consistenza del patrimonio.

La prospettiva internazionalprivatistica mette a fuoco le distanze tra i modelli di contratti prematrimoniali propri, rispettivamente, degli ordinamenti di Common law e di quelli di Civil law, portando allo scoperto la difficoltà di rapportare l'opzione per la separazione dei beni a sistemi dove il giudice della crisi coniugale è investito del ruolo di distribuire la ricchezza accumulata, poi segnalando l'eventualità che le Corti statali americane disattendano convenzioni matrimoniali perfezionate in paesi europei per contrarietà alla public policy, ad esempio per difetto di assistenza legale oppure di illustrazione della consistenza patrimoniale<sup>89</sup>.

Una vertenza<sup>90</sup> ha visto al centro della disputa la questione della vincolatività di una convenzione matrimoniale perfezionata in Francia nel 1965 da una coppia che successivamente si era stabilita a

---

<sup>89</sup> E' segnalato un caso riguardante l'applicazione del diritto messicano che - a somiglianza di quelli europei continentali- prevede la scelta tra una pluralità di regimi; inoltre in quell'ordinamento le funzioni notarili -in questa materia- sono assolte da un ufficiale del Registro Civile. Nella specie la coppia aveva contratto matrimonio in Messico, optando per la separazione dei beni, e successivamente si era spostata in California, dove era sorta la lite che vide la Court of Appeal statale confermare la validità dell'accordo messicano: *Fernandez v. Fernandez*, 194 Cal. App. 2d 782 (1961).

<sup>90</sup> *Van Kipnis v Van Kipnis* (2007 NY Slip Op 06074 [43 AD3d 71])

New York, dove poi divorziava nel 2003. Il verdetto favorevole della Corte di New York<sup>91</sup> risulta prezioso per la comparazione. I giudici sono stati, infatti, chiamati a pronunciarsi circa l'idoneità di una convenzione matrimoniale<sup>92</sup> ad escludere la redistribuzione del patrimonio da parte del giudice<sup>93</sup> al momento del divorzio. Per comprendere appieno il ragionamento che ha portato a un verdetto favorevole, è necessario analizzare brevemente i fatti. Prima di sposarsi, i giovanissimi fidanzati<sup>94</sup>, davanti ad un notaio ed alla presenza di un interprete, stipularono un "contrat de mariage" allo scopo di derogare al regime legale della comunione ed adottare quello della separazione dei beni, rivolta a conservare a ciascun coniuge la titolarità dei rispettivi diritti, nonché ad escludere la responsabilità per i debiti contratti dall'altro. Poco dopo le nozze, la coppia si trasferì a New York, dove entrambi si affermarono professionalmente<sup>95</sup>; pur mantenendo separati i rispettivi patrimoni i coniugi nondimeno acquistarono due case in comproprietà. Dopo trentotto anni di matrimonio, il marito promosse istanza di divorzio presso il tribunale di New York, evitando di menzionare la convenzione<sup>96</sup>. A seguito di un tentativo - fallito - di conciliazione, l'attore lasciò decadere l'azione per instaurarne una nuova nel Massachusetts, neppure in questo caso facendo accenno al contrat de mariage, ma chiedendo si facesse luogo all'equitable distribution. La causa fu poi rinviata a New York, dove la domanda del marito fu definitivamente accolta. La moglie sostenne che la convenzione era stata perfezionata al solo scopo di adottare il regime della separazione dei beni ed il marito la definì come "an unambiguous prenuptial agreement calling for totally separate property", concludendo che "it should be enforced according to its terms"; conseguentemente, la convenzione poteva essere utilizzata quale criterio redistributivo. Richiamando quanto affermato nel caso Bloomfield<sup>97</sup>, fu segnalato il favore verso l'autonomia privata del diritto dello stato di New York; evocando, poi, i due elementi fondamentali per l'interpretazione di un contratto<sup>98</sup>, si arrivò alla conclusione per cui un accordo scritto completo, chiaro ed inequivocabile dev'essere applicato secondo l'evidente significato delle parole utilizzate ed i giudici ritennero, così, che la convenzione, priva di riferimenti temporali o di previsioni specifiche, non esprimesse l'intento di tenere separati i rispettivi patrimoni per il solo periodo del matrimonio.

A fianco delle segnalate divergenze, si registrano convergenze tra le soluzioni americane e quelle tedesche, in ragione dell'influenza delle prime sulle seconde, come testimoniano gli esiti simili di casi analoghi, che vedevano l'imposizione di contratti prematrimoniali penalizzanti per la moglie quale condizione per contrarre il matrimonio da parte della donna incinta<sup>99</sup>. Si è, inoltre, segnalato che nei diritti statali americani è, altresì, condivisa la preclusione continentale nei confronti di

---

<sup>91</sup> Court of Appeals 11 N.Y. 573 (N.Y. Dec. 18, 2008)

<sup>92</sup> Stipulata anni prima dai coniugi.

<sup>93</sup> Si parla, a questo proposito, di "Equital distribution".

<sup>94</sup> Lei, cittadina canadese, studiava ancora all'università La Sorbona; lui, statunitense, aveva appena terminato il college.

<sup>95</sup> Lui, infatti, diventò un rinomato e ricco economista; lei ottenne la cattedra presso la Cooper Union fino al 1978, passando poi al ruolo di counselor for the Quebec Government, sempre a New York, fino al 1986. Nel testo della sentenza si legge che "During their respective careers, the husband acquired liquid assets of approximately \$7 million and the wife of approximately \$700,000 to =800,000 (which includes an inheritance from a relative)".

<sup>96</sup> Alla quale non fu fatto accenno né all'interno del ricorso, né nelle fasi successive della causa.

<sup>97</sup> *Bloomfield v Bloomfield*, 97 NY2d 188, 193 [2001].

<sup>98</sup> "Agreements are construed in accord with the parties' intent"; "[t]he best evidence of what parties to a written agreement intend is what they say in their writing", come evidenziato nel caso *Greenfield v Philles Records*, 98 NY2d 562, 569 [2002].

<sup>99</sup> BGH 19.12.1989, cit.; BGHZ 25.5. 2005 - XII ZR 296/01, in *FamRZ* 2005, 1444, 1447 e 5 luglio 2006 - XII ZR 25/04, in *FamRZ* 2006, 1359, 1361. I casi americani sono segnalati da E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 549 ss.

previsioni sull'affidamento ed il mantenimento dei figli<sup>100</sup>. Ulteriore avvicinamento si constata circa la sottoposizione dell'accordo all'ordinario controllo contrattuale che, rimarcato dalla decisione della Corte Costituzionale tedesca con la celebre sentenza del 2001, appare fatto proprio in Inghilterra con il caso Granatino.

Il principale fattore di divergenza sarebbe rappresentato da un dato di sistema, il diverso ruolo del giudice: la corte inglese è abituato a distribuire il patrimonio in sede sia successoria, sia divorzile, a differenza di quella di civil law, che non ha questa vocazione tra le sue corde, né sembra desiderosa di acquisirla<sup>101</sup>. Anche qui, però, forse è già in atto un avvicinamento, dal momento che - per un verso -dopo il caso White il giudice inglese si confronta con la presunzione di parità della divisione patrimoniale; e -per altro- il nostro si trova ad operare trasferimenti di cespiti a titolo di una tantum, mentre quello francese dispone la prestation compensatoire. Infine, loro hanno la consulenza legale, noi quella notarile.

Neppure il settore del diritto successorio presenterebbe distanze irriducibili, attesa non solo l'ammissibilità dei patti successori in Germania, ma pure l'allentamento del divieto in Francia (laddove è sempre stata possibile la rinuncia all'azione di riduzione rispetto singole donazioni)<sup>102</sup>.

## C. Italia

### 1. Gli accordi prematrimoniali nel diritto italiano

Il nostro diritto di famiglia risulta poco accogliente verso i patti prematrimoniali, sotto vari aspetti.

La programmazione ereditaria e la formulazione di rinunce alle aspettative successorie sono notoriamente soffocate dai divieti sanciti dagli artt. 458 e 557, 2 c., c.c. Com'è noto, la giurisprudenza ha esteso il divieto ai testamenti esecutivi di accordi<sup>103</sup>, in particolare a quelli redatti in conformità a promesse di istituzioni di erede in cambio dell'impegno all'assistenza<sup>104</sup>, oppure al disbrigo delle faccende domestiche<sup>105</sup>.

Nessun ostacolo incontra invece, nel nostro ordinamento, l'esclusione della comunione dei beni, dal momento che allo scopo è predisposta l'opzione per il regime della separazione. Infine, una giurisprudenza consolidata esclude la validità degli accordi preventivi volti a prefigurare le conseguenze economiche di un'eventuale crisi coniugale, sulla base dell'assunto che essi verrebbero ad incidere su diritti indisponibili<sup>106</sup>. Ciascuno dei tre versanti è sotto attacco.

Il primo attraverso l'auspicio - condiviso da molti- dell'adozione di una riforma legislativa che rimuova il divieto dei patti successori, od almeno lo allenti, a somiglianza di quanto avvenuto anni

---

<sup>100</sup> MARYGOLD S. MELLI, *Marriage and Divorce in the United States*, cit., p. 465.

<sup>101</sup> Come testimonia la reazione dei giudici tedeschi alla sentenza BVerf 2001, preoccupati del ruolo troppo incisivo loro attribuito

<sup>102</sup> Inoltre se il coniuge francese è ormai prevalentemente destinatario di usufrutto, quello americano in taluni Stati americani il coniuge gode della legittima.

<sup>103</sup> Cass.22. 2. 1974, n. 527; Trib. Belluno, 14. 3. 2019, richiamando l'illiceità del motivo, in applicazione dell'art. 626 cod. civ

<sup>104</sup> Cass. 6. 1. 1981, n. 63

<sup>105</sup> Cass. 10. 4. 1964, n. 835, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1604, nonché in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, 333

<sup>106</sup> Cass., sez. un., 29.11. 1990, n.11490, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2789, con nota di Spadafora; Cass. 4 .1. 1991, n.39; Cass. 19 .1. 1991, n.512, in *Dir. fam.* 1991, 908.

addietro in Francia<sup>107</sup>; corrispondentemente si sollecita l'apertura alla rinunciabilità all'azione di riduzione -od almeno alla sua portata recuperatoria - prima dell'apertura della successione.

A fianco, oppure in alternativa, si propone la soppressione della legittima, oppure la sua revisione, in modo da garantire al coniuge superstite soltanto l'usufrutto, ritornando alla situazione anteriore al 1975, anche qui sulla- parziale- scia della riforma francese<sup>108</sup>.

Il secondo in ragione della banalità dell'opzione per la separazione dei beni e la povertà normativa di quest'ultimo, che - a differenza dalla comunione- non contiene alcuna cautela a presidio<sup>109</sup>. Il terzo è oggetto di una disputa ermeneutica. Con il proprio precedente guida, la Cassazione<sup>110</sup> ha fondato il verdetto di nullità degli accordi preventivi sulla loro attitudine a condizionare il volere dei coniugi, influenzando le loro scelte personali in tema di status<sup>111</sup>. A questi argomenti la dottrina ha variamente reagito. Una parte le ha fatte proprie, sviluppandone le motivazioni<sup>112</sup>. Altra parte<sup>113</sup> ha escluso la ricorrenza di alcun commercio di status, mancando l'impegno -od all'opposto la rinuncia - a presentare domanda di separazione o di divorzio; ha, inoltre, obiettato l'inesistibilità all'assegno di divorzio delle considerazioni spese per l'obbligazione alimentare, difettando il presupposto dello stato di bisogno dell'avente diritto<sup>114</sup>.

In giurisprudenza sono reperibili sporadici segnali di apertura che, sebbene assai deboli, sono stati valorizzati dai fautori della posizione liberale.

Anni addietro fu ammessa la validità, per conformità all'ordine pubblico internazionale, di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia, durante il matrimonio ed in vista del divorzio<sup>115</sup>.

Ha ricevuto ampio risalto una sentenza della Suprema Corte la quale, in ragione della preoccupazione di tutelare la posizione del coniuge economicamente più debole che chiedeva la corresponsione dell'assegno, ha bensì confermato la nullità per illiceità della causa degli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, tuttavia ha escluso che essa trovi applicazione ove l'iniziativa provenga dal coniuge

---

<sup>107</sup> Come ho illustrato in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, cit., p.427 ss..

<sup>108</sup> Secondo il nuovo testo dell'art 757 Code civil se il de cuius lascia discendenti comuni, il coniuge superstite avrà, a sua scelta, l'usufrutto della totalità dell'asse oppure una quota di comproprietà; soltanto quest'ultima quando almeno un figlio non è comune; in assenza di discendenti, al coniuge superstite spetta la quota di comproprietà della metà, l'altra ai genitori; mancando i genitori eredita solo il coniuge.

<sup>109</sup> G.OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 19 ss., ed in *Principi e problemi di diritto privato. Scritti giuridici*, vol. VI, Padova, 2000, p. 133 ss.

<sup>110</sup> Cass., 11.6. 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, 184, nonché in *Giur. it.*, 1981, I,1, 1553-

<sup>111</sup> Ripreso da un filone consistente: Cass., 5 . 12. 1981, n. 6461; Cass., 11 . 12. 1990, n. 11788; Cass., 2. 7. 1990, n. 6773; Cass., 1 . 3. 1991, n. 2180; Cass., 6 . 12. 1991, n. 13128; -Cass., 6. 1992, n. 6857; Cass., 11. 8. 1992, n. 9494; Cass., 28 . 10. 1994, n. 8912; Cass., 7 . 9. 1995, n. 9416; Cass., 20. 12. 1995, n. 13017; Cass., 20. 2. 1996, n. 1315; Cass., 11. 6. 1997, n. 5244; Cass., 20. 3. 1998, n. 2955; Cass., 18 . 2. 2000, n. 1810; Cass., 9 . 3. 2000, n. 5866; Cass., 12 . 2. 2003, n. 2076; Cass., 9 . 10. 2003, n. 15064; Cass., 25 . 1. 2012, n. 1084)

<sup>112</sup> G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 695 ss.,

<sup>113</sup> G.OBERTO, «Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 e ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. dir.*, n.5/2003, p. 497 ss.

<sup>114</sup> Una sintesi critica del dibattito fu offerta da G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2001, Vol.1, p.487 ss.

<sup>115</sup> Cass., 3. 5. 1984 n. 2682, in *Riv. Dir. Int. Priv.*, 1985, p.579.

obbligato. Nella specie era in questione la validità dell'accordo transattivo con il quale, in sede di separazione, un coniuge si era impegnato a corrispondere all'altro un assegno "vita natural durante", per definire rapporti patrimoniali controversi, senza riferimento al futuro assetto conseguente all'eventuale pronuncia di divorzio. La portata del verdetto risulta assai circoscritta, dal momento che nonostante la conservazione a detto accordo di efficacia anche in seguito al divorzio si è negata l'attitudine a precludere al beneficiario, che pure aveva rinunciato ad ogni altra pretesa economica, di domandare l'assegno di divorzio; in sostanza il rilievo dell'accordo si sarebbe esaurito nell'obbligo del giudice di tener conto del credito già spettante al beneficiario nelle determinazioni future<sup>116</sup>.

## *2. Gli accordi in vista della crisi coniugale*

### *2. 1. La validità degli accordi conclusi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio*

Gli accordi fra coniugi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono stati considerati validi dal momento che, in questo caso, non viene in gioco una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che "il principio di autonomia contrattuale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico"<sup>117</sup>. Questa circostanza rende l'apertura estranea all'ambito dei patti prematrimoniali in senso proprio, e del resto non constano pronunce che abbiano ipotizzato il travaso.

### *2. 2. L'inefficacia rispetto al divorzio degli accordi raggiunti in sede di separazione*

In giurisprudenza si è ripetutamente affermato che gli accordi intervenuti fra i coniugi in regime di separazione personale, ancorché contengano rinunce o limitazioni dei diritti patrimoniali dell'uno nei confronti dell'altro, "possono fornire solo parametri sussidiari, ma non spiegano effetti decisivi o vincolanti al fine del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di divorzio, da compiersi secondo gli autonomi criteri fissati dall'art. 5 della l. 1 dicembre 1970 n. 898"<sup>118</sup>. Pertanto "l'accordo con cui i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono per il periodo successivo al divorzio a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro è nullo per illiceità della causa, in ragione dell'incidenza sulla materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, sottratta alla disponibilità delle parti e la possibile influenza sul comportamento processuale delle parti stesse"<sup>119</sup>.

La convinzione circa l'invalidità dell'accordo fa sì che "la pronuncia del giudice del divorzio, in ordine all'assegnazione della casa familiare, non è vincolata dall'accordo con cui uno dei coniugi, in sede di separazione consensuale, si sia impegnato a costituire, in favore dell'altro coniuge, diritto

---

<sup>116</sup> Cass., 14. 6. 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, p. 245, con nota di G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*

<sup>117</sup> Cass., 13. 1. 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 950 nota CUBEDDU, RIMINI, in *Vita not.* 1994, 91 nota CURTI, la quale ribadisce che "sono nulli (in quanto hanno una causa contraria all'ordine pubblico) gli accordi patrimoniali fra coniugi in vista o nell'eventualità di un futuro divorzio, essendo idonei ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo "status" personale

<sup>118</sup> Cass., 25. 5. 1983, n. 3597

<sup>119</sup> Cass., 11. 12. 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156, precisando che "il patto con il quale i coniugi, per l'eventualità di una futura pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedano in favore dell'uno il diritto personale di godere della casa dell'altro, è affetto da nullità per causa illecita (ancorché sia inserito nei patti della separazione consensuale, limitatamente alla parte in cui disponga a far tempo da detta pronuncia)"

d'usufrutto su detto immobile, salva restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio, promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c. (con la conseguenziale rilevanza, esclusivamente nell'ambito di questo diverso giudizio, delle questioni circa la validità ed efficacia di quell'accordo)<sup>120</sup>.

E' stato sgomberato il campo dall'interferenza della regola<sup>121</sup> secondo cui, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico, confinandola al giudizio di divorzio<sup>122</sup>.

Un arresto di legittimità risalente<sup>123</sup>, pur condividendo la regola della invalidità degli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, collegandola all'esigenza di tutela della posizione del coniuge economicamente più debole che chiede la corresponsione dell'assegno, l'ha ridimensionata escludendo trovi applicazione qualora la nullità venga invocata dal coniuge che, obbligato ai termini dell'accordo, intenda contestare le ragioni dell'altrui diritto di credito. Sulla scorta di tale premessa si è ammesso che l'accordo transattivo con cui, in sede di separazione, il coniuge si impegna a corrispondere all'altro un assegno "vita natural durante", per definire rapporti patrimoniali oggetto di dispute giudiziarie, senza riferimento al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio, "conserva la sua efficacia anche in seguito al divorzio, ma non preclude al beneficiario, che pure abbia rinunciato ad ogni altra pretesa economica, di domandare l'assegno di divorzio: nella determinazione di questo il giudice dovrà tener conto del credito già spettante al beneficiario"

Ridimensionamento più consistente, perché motivato sul piano concettuale, è provenuto da una pronuncia di merito, secondo cui "l'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 c.c."<sup>124</sup>. Nella motivazione si sottolinea come diversi argomenti militino nel senso della validità e del valore vincolante di un impegno, liberamente stipulato dalle parti in sede o in concomitanza di separazione consensuale, poiché l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sarebbe criticabile<sup>125</sup>. Sono definite non del tutto convincenti le obiezioni sollevate in proposito da una

---

<sup>120</sup> Cass., 2.12.1991, n. 12897. In senso conforme Cass. 20. 9.1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I,1,1078, *Dir. fam.* 1992, 562 secondo cui la nullità del patto, che ne preveda la persistente operatività anche in regime di divorzio "deve essere affermata pure in riferimento al godimento della casa familiare"; Cass. 4. 6. 1992, n. 6857, in *Giur. it.* 1993, I,1, 338 nota DALMOTTO ha ritenuto privo di valore l'accordo con il quale i coniugi determinarono all'atto della separazione consensuale la misura dell'assegno di divorzio spettante ai sensi dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970; Cass., 10. 3. 2006, n. 5302 .

<sup>121</sup> Art. 5, comma 8, l. n. 898/ 1970, nel testo introdotto dalla l. 74 /1987

<sup>122</sup> Cass., 10. 3. 2006, n. 5302

<sup>123</sup> Cass., , 14. 6. 2000, n. 8109, in *Giust. civ.* 2001, I, 457, con nota di GUARINI, *Contratti (I)* 2001, 45, con nota di M. DELLACASA, in *Foro it.* 2001, I,1318 con nota di RUSSO; CECCHERINI, in *Famiglia*, 2001, 243 con nota di G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*

<sup>124</sup> Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012, in *Fam. dir.* 2012, con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*. Nella specie le parti, pochi mesi prima della pronuncia di separazione «a conclusioni congiunte», avevano convenuto che l'erogazione dell'importo a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta a cessare all'atto dell'inizio della causa per la pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a «nulla pretendere[e] [dal marito], né a titolo di una tantum né di mantenimento». In sede di udienza presidenziale di divorzio la suddetta intesa è stata ritenuta valida e vincolante, con conseguente rigetto della domanda della moglie volta ad ottenere un assegno.

<sup>125</sup> Si ricorda che la stessa Corte di legittimità, ha riconosciuto la validità di impegni preventivi in vista della separazione personale: a titolo di esempio, nella ipotesi di impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest'ultima), prometta di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice... purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti» (Cass., 5 . 7. 1984, n. 3940). Ancora, è stata ammessa la validità di una transazione

parte della dottrina, la quale ha evidenziato l'ovvia differenza tra separazione e divorzio in quanto, -anche la separazione da vita ad uno status familiare: pertanto, se le intese preventive fossero da considerarsi nulle in quanto dirette a disporre di uno status indisponibile al di fuori del momento dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si comprenderebbe per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi in contemplation of divorce non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione<sup>126</sup>.

Ancora, si stigmatizza la diversità di trattamento, non comprendendosi "perché mai le intese preventive sul divorzio dovrebbero essere nulle - perché dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di status - mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di status che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali celebrate prima delle nozze - scelta se comunione o separazione dei beni - siano invece perfettamente valide"<sup>127</sup>. Ancora si osserva che "nessun dubbio può sorgere con riguardo al carattere futuro delle posizioni di cui un contratto prematrimoniale dispone"<sup>128</sup>. -Neppure è ritenuto convincente il richiamo da parte della giurisprudenza di legittimità all'art. 160 c.c.<sup>129</sup>. La tesi della nullità degli accordi in vista del divorzio sarebbe inoltre in contrasto con la concezione contemporanea del matrimonio.<sup>130</sup> L'art. 160 c. c. andrebbe interpretato in modo sistematico, tenendo conto della sua peculiare collocazione all'interno degli articoli in materia di regime patrimoniale della famiglia miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica<sup>131</sup>. Il carattere pienamente disponibile delle attribuzioni

---

preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti (Cass., 12 . 5. 1994, n. 4647).

<sup>126</sup> Si osserva che la preoccupazione di impedire che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati non sembra, fondatamente sussistente qualora le parti si limitino a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo status coniugale.

<sup>127</sup> "Sembra, anzi, che il nostro ordinamento, per così dire, solleciti il soggetto, all'atto del matrimonio, a «costruire» le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo. Non si riesce quindi ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012

<sup>128</sup> Ed invero, "ai sensi dell'art. 1348 c.c., «la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti di legge». La chiarezza di tale disposizione vale a sgombrare il campo dalle perplessità che potrebbero riferirsi alle regole desumibili dagli artt. 458 e 2937 cpv. c.c. Questioni, queste ultime, sicuramente mal poste, in quanto il divieto di disporre della propria eredità mercé un atto tra vivi e l'indisponibilità della prescrizione prima che si sia compiuta si spiegano in ragione di criteri e considerazioni affatto particolari ed attinenti, specificamente, agli istituti in parola. Infatti, il divieto di patti successori trova fondamento nell'esigenza di tutelare al massimo la libertà testamentaria, mentre la regola che impedisce una preventiva rinuncia alla prescrizione si spiega con l'interesse generale su cui si basa l'istituto e con lo sfavore del legislatore per l'inerzia rispetto all'esercizio di un diritto": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012,.

<sup>129</sup> Detta norma "da un lato appare più afferente alla fase per così dire "fisiologica" del rapporto coniugale, dall'altro prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. "patologica" del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio (come il dovere di fedeltà, di coabitazione..) onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al mantenimento debba invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012,.

<sup>130</sup> Ritenere, infatti, che "il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, pare corroborare quella che è stata definitiva "la mistica dell'indissolubilità", favorendo il ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio come atto al di sopra della volontà dei singoli, in palese contrasto con il pensiero dominante, oltre che con la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità, che non ha mancato di negare, nella maniera più radicale, che nel nostro ordinamento possa attribuirsi al matrimonio effetti di tipo ultrattivo": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012.

<sup>131</sup> "E' lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel capo V, rende evidente che la regola ex art. 160 c.c., dettata in apertura del capo successivo, vale quale disposizione generale (così infatti si intitola la Sezione I) in

patrimoniali post-coniugali emergerebbe poi in modo palese ove si ponga mente alla sostanziale inesistenza di poteri di intervento sul merito che il Tribunale (non) possiede in relazione alle procedure d'omologazione degli accordi di separazione e di divorzio su domanda congiunta<sup>132</sup>. Sulla scorta di tali premesse si concludeva nel senso della validità di "un accordo quale quello stipulato nel caso di specie dai coniugi in cui entrambe le parti, in piena autonomia e libertà, convennero la cessazione della contribuzione da parte del marito al momento del deposito della richiesta di divorzio."<sup>133</sup>

Alla fine di quel medesimo anno fu depositata una pronuncia della Cassazione<sup>134</sup> dove, pur ammettendosi che "in linea generale, gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio", si precisa che "l'accordo con cui, prima del matrimonio, il futuro coniuge si impegna a ritrasferire all'altro la proprietà di un immobile "in caso di fallimento di matrimonio" ed a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di altro locale adibito a residenza familiare, non configura un'ipotesi di accordo pre-matrimoniale nullo per illiceità della causa, ma una "datio in solutum", in cui l'impegno negoziale assunto è collegato "alle spese affrontate", e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale" <sup>135</sup>.

---

relazione alle sole norme ivi contenute. Come evidenziato in dottrina, lo stesso uso del termine «sposi», anziché «coniugi» depone per una lettura della disposizione come riferita a quei diritti e doveri che si presentano a chi sta per iniziare la propria vita di coppia e non certo a chi s'appresta a scriverne l'epitaffio": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012.

<sup>132</sup> "...laddove è evidente che, de iure condito, nessun Giudice potrà mai e poi mai d'ufficio attribuire ad un coniuge un solo centesimo a titolo di contributo di mantenimento del coniuge separato o di assegno di divorzio, in assenza di un contenzioso delle parti e di una specifica domanda sul punto, ben diversamente da quanto accade in relazione agli assegni in favore della prole. Né argomenti in senso contrario appaiono desumibili dall'introduzione del procedimento speciale previsto dall'art. 4, sedicesimo (già tredicesimo) comma, l.div. - c.d divorzio congiunto: in esso, si obietta infatti, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico «attengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e quindi non semplicemente prefigurato». Non è peraltro agevole, ancora, comprendere quale effetto possa dispiegare sul carattere disponibile o meno del diritto la circostanza che il suo evento generatore (il divorzio appunto) sia avvertito dalle parti come «sicuro», anziché inteso come mero elemento condizionante l'efficacia dell'accordo. Se, infatti, la preoccupazione del legislatore fosse veramente quella di salvare la libertà del consenso sullo stato personale fino al momento del divorzio, andrebbe allora bandita ogni contrattazione sull'assegno che precedesse anche d'un solo minuto la sentenza di divorzio. Solo due ex coniugi sono in grado di trattare delle condizioni del loro divorzio in maniera del tutto indipendente dalla presenza (o dal sospetto della presenza) di un qualche condizionamento dell'assenso avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo all'effettuazione di una o più concessioni in sede di trattative sugli aspetti patrimoniali. Ne consegue che, se lo scopo perseguito dal legislatore fosse veramente quello di rendere la decisione in ordine allo status del tutto svincolata da ogni trattativa di tipo economico, allora non si spiegherebbe l'introduzione del citato divorzio su domanda congiunta, nel quale gli accordi economici e patrimoniali dei coniugi (insindacabili, secondo l'opinione quasi unanime) vengono liberamente concordati dagli stessi in un momento anteriore rispetto alla adozione, da parte del Tribunale, della decisione sullo status. Concludendo sul punto non potrà poi farsi a meno di sottolineare come la posizione giurisprudenziale dominante, sopra richiamata appaia sostanzialmente inadeguata alla evoluzione socio-culturale della concezione del matrimonio e delle sue fasi, per così dire, di crisi irreversibile e conclusive: anche in ordinamenti tradizionalmente contrari a consentire la disponibilità dei diritti economici nella fase pre-divorzile, infatti, quale quello britannico, si è avuta una evoluzione in senso opposto (nel noto caso *Radmacher v Granatino*, infatti, anche la giurisprudenza inglese, dopo decenni di ostilità ai prenuptial agreements in contemplation of divorce si è allineata al cospicuo novero dei sistemi giuridici che ammettono la validità delle intese prematrimoniali)": Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012,

<sup>133</sup> Trib. Torino, sez. VII, ord. 20. 4. 2012.

<sup>134</sup> Cass 21.12.2012, n 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323, con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine*

<sup>135</sup> "Con sentenza in data 14 dicembre 2005 il Tribunale di Macerata dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio tra P.M. e O.L.; affidava alla madre i figli minori, ponendo a carico del padre un contributo periodico al loro mantenimento; rigettava altresì la domanda riconvenzionale dell' O., volta ad ottenere sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., per la esecuzione in forma specifica dell'impegno assunto, con scrittura privata, dalla P., prima del matrimonio, di trasferire all' O. stesso la proprietà di

La qualificazione nei termini di "un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti"<sup>136</sup> fungeva da premessa alla conclusione che si trattava di "condizione lecita dunque nella specie di un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, c.c..

Successivamente la Cassazione<sup>137</sup> ha ritrattato le aperture degli anni scorsi sui contratti prematrimoniali e sulla disponibilità dell'assegno divorzile, escludendo che, in una causa relativa alla spettanza dell'assegno di divorzio, il giudice possa rimettersi a quanto pattuito dai coniugi in sede di separazione consensuale. Infatti tali accordi, se destinati a regolare (anche) l'assegno divorzile tra ex coniugi, sono invalidi per illiceità della causa, in quanto stipulati in violazione del principio di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale. Il rapporto nascente dalla transazione può infatti avere rilievo sui rapporti economici conseguenti alla pronuncia di divorzio<sup>138</sup>, ma solo nel senso che il giudice terrà conto del credito già spettante a un coniuge e del corrispondente debito dell'altro coniuge, "al pari di tutte le altre voci, attive e passive, della situazione reddituale delle parti"<sup>139</sup>. Ferma restando dunque la disciplina inderogabile dei rapporti economici tra gli ex coniugi e il corrispettivo divieto di "limitare la libertà di agire e difendersi nel giudizio di divorzio".

La Prima Sezione civile ha così affermato che in tema di soluzione della crisi, ove in sede di separazione, i coniugi, nel definire i rapporti patrimoniali già tra di loro pendenti e le conseguenti eventuali ragioni di debito - credito portata da ciascuno, abbiano pattuito anche la corresponsione di un assegno dell'uno e a favore dell'altro da versarsi "vita natural durante", il giudice del divorzio,

---

immobile, in caso di "fallimento" del matrimonio stesso. La Corte di Appello di Ancona, con sentenza in data 28/02/2007 - 14/03/2007, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Macerata, dichiarava valido ed efficace, il predetto impegno negoziale, omettendo peraltro pronuncia ex art. 2932 c.c.. La scrittura privata sottoscritta dai nubendi il giorno prima della celebrazione del matrimonio, prevedeva che, in caso di suo fallimento (separazione o divorzio), la P. avrebbe ceduto al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale": Cass 21.12.2012, n 23713

<sup>136</sup> Si considera che "la condizione, nella specie sospensiva (il "fallimento" del matrimonio) non può essere meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c., e cioè dipendere dalla mera volontà di uno dei contraenti (ciò che, nella specie, non potrebbe verificarsi, considerando, evidentemente, le parti tale "fallimento", come fattore oggettivo, indipendentemente da eventuali responsabilità addebitabili all'uno o all'altro coniuge). La condizione neppure può porsi in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico, il buon costume (in tal caso renderebbe nullo il contratto, ai sensi dell'art. 1354 c.c.). Dunque nulla sarebbe una condizione contraria all'art. 160 c.c., sopra indicato. E tuttavia, nella specie, essa appare pienamente conforme a tale disposizione, ove si consideri che in costanza di matrimonio (e prima della crisi familiare) opera tra i coniugi il dovere reciproco di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.: il linguaggio comune spiega il significato ad esso attribuito dal legislatore, è la parte che ciascuno conferisce, con cui si concorre, si coopera ad una spesa, al raggiungimento di un fine. Con la contribuzione si realizza dunque il soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali di ciascun coniuge, con i mezzi derivati dalle sostanze e dalle capacità di ognuno di essi. Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una "sospensione" appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, e con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri e diritti coniugali": Cass 21.12.2012, n 23713, .

<sup>137</sup> Cass., 26. 4. 2021 n. 11012

<sup>138</sup> Cass. 14. 6. 2000, n. 8109

<sup>139</sup> Si indica alla Corte di Appello di Cagliari di provvedere a un nuovo e attento esame dell'accordo concluso dalle parti in sede di separazione, "qualificandone la natura, precisando il rapporto tra la eventuale rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante 'in occasione' della crisi familiare), estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi in materia familiare, ed il diritto all'assegno divorzile (che esprime una relativa certezza "a causa " della crisi della famiglia)".

chiamato a decidere sull'an dell'assegno divorzile, dovrà preliminarmente provvedere alla qualificazione della natura dell'accordo inter partes, precisando se la rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante) 'in occasione' della crisi familiare sia estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi in materia familiare, perché giustificata per altra causa, e se abbia fondamento il diritto all'assegno divorzile (che comporta necessariamente una relativa certezza causale soltanto in ragione della crisi familiare)". Dunque indisponibile sarebbe soltanto il diritto relativo al contributo assistenziale- (anche se non si chiarisce perché mai la componente assistenziale sarebbe indisponibile visto che il divorziato non compare nella lista degli aventi diritto agli alimenti)

Nella recente decisione riguardante un contratto prematrimoniale regolato dal diritto iraniano tra lo sposo ed il padre della sposa, la Cassazione ha offerto un'accurata illustrazione della differenza tra donazione e attribuzione gratuita, sebbene nella specie andasse applicato il diritto iraniano e non quello italiano<sup>140</sup>.

Sembra in rotta con l'indirizzo consolidato la decisione ove si afferma che la mancata pretesa di un assegno di separazione per dieci anni può compromettere, di per sé, la richiesta di assegno in sede di divorzio<sup>141</sup>; tuttavia si potrebbe obiettare che non si comprende la differenza con il caso in cui le parti hanno concordato un determinato assetto patrimoniale in sede di separazione e a tale

---

<sup>140</sup> Nel contratto prematrimoniale secondo il diritto iraniano tra lo sposo ed il padre della sposa figurava l'assunzione dell'obbligazione da parte del futuro marito di acquistare la casa coniugale e di intestarne una quota alla moglie. La natura del contratto fu ricondotta al preliminare di donazione, escludendo che il contratto concluso in Iran con il quale il futuro marito, con doppia cittadinanza iraniana ed italiana, si obbliga nei confronti del padre della futura sposa ad acquistare in futuro un'abitazione da adibire a casa coniugale ed a trasferirne alla moglie il 50% della proprietà, sia qualificabile contratto preliminare di donazione e, come tale, nullo secondo il nostro ordinamento, per il solo fatto di essere caratterizzato dall'elemento della gratuità, per non essere previsto un corrispettivo per l'incremento patrimoniale della beneficiaria, atteso che è indispensabile, ai fini della qualificazione della pattuizione, lo scrutinio della sussistenza non solo dell'elemento oggettivo della mancanza di corrispettivo, ma anche dell'elemento soggettivo dello spirito di liberalità, come consapevole determinazione dell'arricchimento del beneficiario mediante attribuzioni od erogazioni patrimoniali operate "nullo iure cogente", verificando se il senso della pattuizione intercorsa tra il futuro sposo ed il padre della futura sposa, non risieda, piuttosto, nell'intento del primo di procacciarsi il consenso del secondo al matrimonio: Cass., ord. 6. 7. 2022, n. 21462

<sup>141</sup> Cass, ord , 22. 9. 2022, n. 25646. La decisione di merito che imponeva al marito di versare all'ex moglie una certa somma mensile come assegno di divorzio veniva contestata ponendo in evidenza che l'ex moglie «ha vissuto per dieci anni, dopo la separazione, senza alcun assegno divorzile», dettaglio fondamentale, secondo il marito poiché andrebbe considerato come «indice della capacità lavorativa dell'ex moglie», la quale, a chiusura della procedura di separazione, aveva goduto «soltanto di 100 euro mensili a titolo di contributo spese per la gestione» di quella che è stata la loro casa coniugale. Allo stesso tempo, evidenziava che dopo la separazione era stata portata a conclusione «la vendita della ex casa familiare» e l'ex moglie «ha conseguito quale contributo alla vita familiare la metà del prezzo», reinvestendo poi quel denaro «nell'acquisto della sua nuova abitazione». Infine, l'uomo contestava anche la linea seguita in appello, secondo cui doveva essere lui a dare prova di «avere reperito occasioni di lavoro per l'ex moglie» e non invece la donna a «dimostrare l'incolpevole mancato reperimento di un'entrata economica frutto della propria attività lavorativa». Le obiezioni proposte dall'uomo hanno un solido fondamento, secondo la Cassazione, intanto, perché è certo che "la signora non aveva mai chiesto un assegno in proprio favore in sede di separazione, richiedendolo solo in sede di divorzio, dieci anni dopo». Ebbene, tale circostanza «avrebbe dovuto indurre a ritenere comprovato», spiegano "che la donna avesse svolto un qualsiasi lavoro, anche irregolare», anche perché, altrimenti, «ella non avrebbe potuto vivere in tranquillità per dieci anni". Per quanto concerne poi "la collaborazione domestica della moglie che pare avere consentito al marito di acquistare la casa coniugale", i giudici osservano che "quella collaborazione è stata compensata – sul piano perequativo – con l'attribuzione alla donna della metà del ricavato della vendita della casa» e che con quel denaro «la donna ha acquistato un'altra abitazione». Infine, in merito alla "prova di avere, la donna, ricevuto proposte di lavoro e di averle rifiutate", dalla Cassazione censurano i giudici d'appello, sottolineando che «tale dimostrazione è stata posta in modo incongruo a carico dell'ex marito», ritenuto 'colpevole' di «non avere neppure dedotto di aver procurato occasioni di lavoro alla moglie e da costei rifiutate», mentre, invece, «è chi richiede l'assegno che deve dare la prova di non essere riuscito a rendersi autonomo senza sua colpa».

assetto si sono attenute, esattamente come nella specie, in cui il marito nulla ha dato per dieci anni e la moglie nulla ha preteso<sup>142</sup>.

Una successiva ordinanza della Cassazione in tema di assegno di divorzio ha affermato che "anche quando sia stato accertato che ognuno dei due coniugi è in grado di mantenersi autonomamente, l'assegno di divorzio può essere riconosciuto in favore del coniuge economicamente più debole", in funzione equilibratrice, non più finalizzata a garantire lo stesso tenore di vita, ma "volto a consentirgli un livello reddituale adeguato al contributo fornito alla vita familiare, dovendosi tener conto, in particolare, se, per realizzare i bisogni della famiglia, il coniuge abbia rinunciato o sacrificato le proprie aspettative professionali o aspirazioni personali, anche in ragione dell'età raggiunta e della durata del matrimonio"<sup>143</sup>.

L'ultima pronuncia depositata<sup>144</sup> elude ancora una volta il tema dei patti prematrimoniali (ne parla esponendo le varie tesi in campo, ma si guarda dal prendere posizione). Ammettere il cumulo di separazione consensuale e divorzio congiunto contrasta con la giurisprudenza tradizionale, perché la domanda non può proporsi se non vi è già un accordo globale ed esso deve prevedere le condizioni del divorzio, che vengono però esposte (in modo vincolante) al momento della presentazione del ricorso per separazione. Dunque si tratta di accordi in sede di separazione, ma già in contemplation of divorce. Nel diligentemente esporre lo stato dell'arte sul punto, si dà atto che i detrattori della possibilità di "unificare" i ricorsi congiunti affermano che così facendo si andrebbe contro alla consolidata giurisprudenza di legittimità, ma successivamente si tace che la decisione contrasta radicalmente con l'orientamento negativo sui patti prematrimoniali. Ovviamente nella sistemazione della prossima vertenza sui prenups bisognerà fare i conti con questa decisione.

### 3. *Notazioni riepilogative.*

Osservati attraverso la segmentazione dei singoli contenuti, i contratti prematrimoniali rivelano coprire un largo spettro di funzioni. Negli Stati americani essi realizzano la valenza più ampia, trascorrendo dal versante patrimoniale della crisi coniugale - governando sia gli obblighi alimentari e di mantenimento, sia la spartizione patrimoniale - a quello successorio; altrettanto in Germania dove, però, rispetto al cosiddetto regime patrimoniale secondario opera l'opzione per la separazione dei beni. Essi sono comunque soggetti al controllo giudiziario sul contenuto e sul procedimento di formazione; alcune vertenze si sono presentate in entrambi i contesti, ed hanno ricevuto soluzioni simili<sup>145</sup>.

Alcuni patti sono vietati in tutti gli ordinamenti: la clausola penale per la richiesta della separazione, gli impegni riguardanti la formazione ed educazione - civile e religiosa- della prole. Altri sono collocati in una zona grigia, seppur in forza di diverse argomentazioni: la rinuncia agli alimenti ora è nettamente osteggiata su basi concettuali, ora è variamente intralciata, dallo squilibrio presumendo l'inganno o la forzatura. Si è registrata la divaricazione a lungo protratta tra le due aree di common law, americana ed inglese, di recente ricomposta con l'estensione del primo modello.

---

<sup>142</sup> Cass. , ord., 22. 9. 2022, n. 25646

<sup>143</sup> Cass., ord. 27 . 6. 2022 n. 20604

<sup>144</sup> Cass 16. 10. 2023, n. 28727

<sup>145</sup> Quale la sottoscrizione richiesta alla donna in stato di gravidanza quale condizione per la celebrazione del matrimonio.

Piuttosto che alle matrici degli ordinamenti, alle coordinate tecnico-giuridiche, occorre allora guardare ai rispettivi contesti sociali ed economici, onde verificare similarità tali da far presagire il trasferimento delle medesime soluzioni, oppure diversità idonee a giustificare la divergenza. Al fine di esplorare la attitudine al trapianto degli accordi prematrimoniali nel nostro ordinamento occorre isolarne le funzioni e rispetto ad esse operare la verifica<sup>146</sup>. Lo sbarramento più netto - reperibile già sul piano legislativo - è ovviamente rappresentato dal divieto dei patti successori.

Nell'ottica dell'equivalenza funzionale l'assimilazione più agevole è, invece, quella con l'opzione per la separazione dei beni. Dal confronto con il sistema tedesco nonché con il diritto americano risalta, tuttavia, la minor propensione italiana al controllo sull'informazione e la spontaneità del consenso, registrandosi un ben esiguo contenzioso incentrate su eventuali vizi della volontà diretta all'adesione alla convenzione matrimoniale, addirittura assente - a quanto consta - rispetto all'abbandono del regime legale all'atto della celebrazione del matrimonio; tali preoccupazioni sembrano essere coltivate esclusivamente a margine del c.d. rifiuto del coacquisto da parte del coniuge in comunione legale, laddove ritenuto ammissibile<sup>147</sup>.

La massima distanza -almeno apparente- si appunta, però, altrove. L'indagine comparatistica ha evidenziato che, se è condivisa l'indisponibilità degli obblighi nei confronti dei figli, l'atteggiamento interpretativo ad oggi prevalente - ancorché non incontrastato - nel nostro ordinamento esibisce invece una netta ritrosia rispetto agli accordi rivolti a prefigurare le conseguenze economiche della separazione e del divorzio, ammessi nel diritto tedesco oltre che in quello statale americano e - di recente - inglese.

Ancora una volta, tuttavia, la distanza non sembra incolmabile, ed anzi forse la stessa Cassazione ha già indicato la via per l'avvicinamento allorché ha suggerito di far capo alla categoria della invalidità relativa per scardinare intese ingiustificatamente penalizzanti per una parte, in modo da conciliare l'espansione dell'autonomia privata in questo ambito con la tutela del coniuge meritevole di maggior protezione. Nell'attesa che questo approccio venga assimilato dalla giurisprudenza pratica - la quale potrà utilmente avvalersi della comparazione -, si tratta di esplorare la percorribilità di altre vie per attingere ad esiti avvicinabili a quelli degli accordi prematrimoniali<sup>148</sup>; in particolare, merita verificare se attraverso convenzioni matrimoniali atipiche sia prefigurabile una distribuzione patrimoniale conseguente alla crisi coniugale idonea a

---

<sup>146</sup> Il caso Granatino - come il Van Knipsis - vertevano sull'applicazione in sistemi di Common Law di patti prematrimoniali rispettivamente tedeschi (Ehevertrag) e francesi (convenzioni matrimoniali), mente non è registrabile casistica speculare. Rimane, pertanto, da individuare il percorso per l'iscrizione nel Registro stato civile italiano, con particolare riguardo alla verifica della necessità della forma pubblica e dell'ammissibilità di estendere la pubblicità a convenzioni atipiche (sui si rinvia allo studio di G. TRAPANI, *Gli atti dello Stato Civile formati all'estero riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia*, Studio civilistico CNN 577-2011/C)

<sup>147</sup> Dall'orientamento inaugurato da Cass., 2 . 6. 1989, n. 2688, in *Riv. Not.* 1990, 172, successivamente ripreso e contraddetto da numerose sentenze, tra cui Cass. 12. 1. 2012, n. 322

<sup>120</sup> Prospettiva suggerita già da M. SESTA, *Diritto di famiglia*, 9 ed., Cedam, 2021, nell'*Introduzione*. L'art. 210 c.c. non riuscirebbe di ostacolo, dal momento che è dettato rispetto alla comunione e non dovrebbe operare rispetto alla separazione, cosicché sembrerebbe possibile pattuire forme di comunione differita che non ricadano nel divieto, ad esempio mimando i regimi tedeschi della condivisione degli incrementi per prefigurare la distribuzione divorzile, ancorché evitando di replicare la comunione differita.

<sup>148</sup> Nell'ambito della messe di contributi dottrinali utilmente consultabili per elaborare ricostruzioni persuasive si segnalano quelli di T. V. Russo, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, p. 459 ss. ; Id., *I contratti prematrimoniali*, in F. Dell'Anna Misurale e F. Viterbo (cur.), *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete*, E S I, Napoli, 2018, p. 193 ss.

soddisfare anche le pretese alimentari e di mantenimento attraverso la loro capitalizzazione<sup>149</sup>, senza ovviamente pretendere di sottrarle a quei controlli per cui altrove sono state messe a punto le tecniche segnalate.