

Accordi in vista del divorzio

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713 - Pres. Carnevale - Rel. Dogliotti

Divorzio - Accordi stipulati prima delle nozze o in sede di separazione consensuale sulle conseguenze patrimoniali dell'eventuale divorzio - Nullità per illiceità della causa

(C.c. artt. 160, 1343, 1418 c.c.)

In linea generale, gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati 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.

Divorzio - Accordi stipulati prima delle nozze o in sede di separazione consensuale sulle conseguenze patrimoniali dell'eventuale divorzio - Accordi che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un suo profilo rilevante con possibili arricchimenti e impoverimenti - Nullità - Contratti caratterizzati invece da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione - Nullità - Esclusione

(C.c. artt. 160, 1343, 1418 c.c.)

Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli allorché intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti; questi accordi sono invece validi nel caso in cui prevedano prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in un contesto in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione.

Divorzio - Accordo stipulato prima delle nozze con cui si prevede che un coniuge cederà all'altro un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute da quest'ultimo per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale - Espresa sottoposizione dell'efficacia di tale intesa al «fallimento» (separazione o divorzio) del rapporto matrimoniale tra le parti - Nullità dell'accordo per illiceità della causa o per violazione dell'art. 160 c.c. - Esclusione - Validità dell'accordo quale contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi volta a realizzare interessi meritevoli di tutela - Configurabilità - Presenza di una datio in solutum, in cui il «fallimento del matrimonio» non è la causa genetica dell'accordo, ma è mero evento condizionale - Configurabilità

(C.c. artt. 160, 1197, 1322, 1343, 1418 c.c.)

L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi, in forza del quale si prevede che la moglie cederà 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, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in 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.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sulla prima massima: Cass. 11 giugno 1981, n. 3777; Cass. 5 dicembre 1981, n. 6461; Cass. 11 dicembre 1990, n. 11788; Cass. 2 luglio 1990, n. 6773; Cass. 6 dicembre 1991, n. 13128; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857; Cass. 11 agosto 1992, n. 9494; Cass. 28 ottobre 1994, n. 8912; Cass. 7 settembre 1995, n. 9416; Cass. 20 dicembre 1995, n. 13017; Cass. 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass. 11 giugno 1997, n. 5244; Cass. 20 marzo 1998, n. 2955; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass. 9 maggio 2000, n. 5866; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076; Cass. 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass. 10 marzo 2006, n. 5302; Cass. 10 agosto 2007, n. 17634; Cass. 25 gennaio 2012, n. 1084; Trib. Varese 29 marzo 2010.
Difforme	Sulla prima massima: Cass. 13 gennaio 2012, n. 387 (precedente inconsapevole); Trib. Torino 20 aprile 2012

... Omissis ...

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 ri-

convenzionale 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 immobile, in caso di "fallimento" del matrimonio stesso.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'O., limitando il gravame alla questione della validità ed eseguibilità del predetto impegno, assunto dalla moglie. Costituitasi, la P. chiedeva rigettarsi l'appello. 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, nei confronti dell'O., il predetto impegno negoziale della P., omettendo peraltro pronuncia ex art. 2932 c.c., ed invitando la parte interessata ad attivarsi, al riguardo, in separata sede. Ricorre per cassazione la P. Non svolge attività difensiva l'O.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente sostiene che la scrittura privata in questione trarrebbe il proprio titolo genetico dal matrimonio e integrerebbe violazione dell'art. 160 c.c., ove si precisa che i coniugi non possono derogare ai doveri e diritti nascenti dal matrimonio.

Con il secondo lamenta la ricorrente insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata all'interpretazione della predetta scrittura. La scrittura privata, sottoscritta dai nubendi il giorno prima della celebrazione del matrimonio, prevede che, in caso di suo fallimento (separazione o divorzio), la P. cederà 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; a saldo, comunque, l'O. trasferirà alla moglie un titolo BOT di L. 20.000.000.

È evidente che la ricorrente inquadra la predetta scrittura tra gli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili. Come è noto, la giurisprudenza è orientata a ritenere tali accordi, assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, e in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio (per tutte, Cass. n. 6857 del 1992). Tale orientamento è criticato da parte della dottrina, in quanto trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del diritto di famiglia, ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale. (È assai singolare che invece siano stati ritenuti validi accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio, perché sarebbero correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione degli *status*: tra le altre, Cass. n. 348 del 1993).

Giurisprudenza più recente di questa Corte ha invece so-

stenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico: più specificamente il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo (al riguardo, tra le altre, Cass. n. 8109 del 2000; n. 2492 del 2001; n. 5302/2006). Va peraltro precisato che la sentenza impugnata, sorretta da motivazione ampia, articolata e non illogica, ha fornito un preciso inquadramento della scrittura privata in esame. Si tratta, all'evidenza, di valutazione di merito, insuscettibile di controllo in questa sede, ove immune da errori di diritto.

L'impegno negoziale della P., una sorta di *datio in solutum*, viene collegato alle spese affrontate dall'O. per la sistemazione di altro immobile adibito a casa coniugale, e il fallimento del matrimonio non viene considerato come causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero "evento condizionale". Prosegue la Corte di merito precisando che, ove causa genetica fosse il matrimonio (e il suo fallimento), l'impegno predetto, una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi anche in ordine all'assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale, sarebbe sicuramente nullo.

Ma indice di tale ipotesi potrebbe essere soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni, al contrario non provata.

L'argomentazione è censurata dalla ricorrente, ma, al contrario, la Corte territoriale ha fatto buon uso delle regole di ermeneutica contrattuale, in particolare con riferimento all'art. 1363 c.c., per cui le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto. Si tratterebbe in definitiva - si può aggiungere - 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. Nella specie, dunque un accordo (*rectius*: un vero e proprio contratto) caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, secondo l'inquadramento effettuato dal giudice *a quo*. Come si è detto, una motivazione adeguata e non illogica, e immune da errori di diritto.

Come è noto, ai sensi dell'art. 1197 c.c., il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, salvo che il creditore vi consenta; l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita. Nella specie, il trasferimento di immobile può sicuramente costituire adempimento, con l'accordo del creditore, rispetto all'obbligo di restituzione delle somme spese per la sistemazione di altro immobile, adibito a casa coniugale. 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.

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.

Vanno pertanto rigettati i due motivi, in quanto infondati e, conclusivamente, il ricorso stesso.

Non è ravvisabile alcun provvedimento sulle spese non avendo l’intimato svolto alcuna attività difensiva in questa sede.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI IN CASSAZIONE, OVVERO QUANDO IL *DISTINGUISHING* FINISCE NELLA *HAARSPALTEMASCHINE*

di Giacomo Oberto

La decisione in commento, pur proclamando in astratto la propria fedeltà all’indirizzo tradizionale (che afferma la nullità, in generale, degli accordi in vista della crisi coniugale), viene a sottrarre a quella regola un’ulteriore categoria di pattuizioni. L’ennesimo *distinguo* proposto dai giudici di legittimità si basa questa volta sulla contrapposizione seguente. A) «accordi» che intendono «regolare l’intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti»: accordi, questi, destinati ad essere colpiti da nullità in base alla ben nota giurisprudenza di legittimità. B) «contratti» caratterizzati «da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali», in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione: negozi, questi, da ritenersi invece validi. Quest’ulteriore distinzione, come si tenterà di provare nel presente lavoro, appare dogmaticamente inaccettabile. Essa presenta, se non altro, il pregio di dimostrare che i tempi sono ormai maturi per una decisa inversione di rotta.

1. L’accordo in esame e le conseguenti statuizioni giudiziali. *Distinguishing* o *Haarspaltemaschine*?

Il caso è assai semplice. Un giorno prima della celebrazione delle nozze, i futuri coniugi sottoscrivono una scrittura privata, che, secondo quanto è dato desumere dalla motivazione della decisione di legittimità, appare concepita nei termini seguenti: «in caso di fallimento del matrimonio (separazione o divorzio) la moglie cederà 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; a

saldo, comunque, il marito trasferirà alla moglie un titolo BOT di lire 20.000.000».

Sulla base di siffatto impegno, sopravvenuto il giudizio di divorzio, il marito propone in tale ultimo processo, in via riconvenzionale, domanda *ex art. 2932 c.c.* per ottenere una sentenza che tenga luogo del trasferimento immobiliare non effettuato: *petitum*, questo, che viene rigettato dal tribunale, laddove la corte d’appello dichiara «valido ed efficace» l’impegno, «omettendo peraltro pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, ed invitando la parte interessata ad attivarsi, al riguardo, in separata sede».

La moglie propone allora ricorso contro tale statui-

zione, appoggiandosi alla tradizionale giurisprudenza di legittimità sulla nullità delle intese tra coniugi in vista del divorzio, per violazione dell'art. 160 c.c. La Cassazione nega però che il contratto in discorso sia ascrivibile a questa categoria di negozi. Ne deriva che la nullità non è in tal caso applicabile. Il ricorso è rigettato.

Non è certo questa la sede per riprendere l'annoso dibattito sulla validità delle intese preventive di separazione e divorzio. La dimostrazione della loro piena validità, contro l'opinione da sempre espressa dalla Cassazione e da una consistente parte della dottrina, ma conformemente a quanto teorizzato e praticato in vari sistemi dell'Europa (anche continentale) e del mondo, è già stata, da diversi anni, fornita da chi scrive in numerose sedi, cui si fa pertanto rinvio (1).

Qui preme invece soffermarsi brevemente sul metodo utilizzato dalla Cassazione, la quale compie una spericolata manovra volta, da un lato, a ribadire in astratto la tradizionale posizione sul tema, eccettuandovi però, dall'altro, il caso di specie. Caso, va subito precisato, in cui la mancata attribuzione di validità al patto sarebbe venuta a porsi in contrasto, in maniera particolarmente stridente, prima ancora che con regole di diritto, con il buon senso. Evidente, dunque, lo sforzo di raggiungere per tale via un risultato di «equità» sostanziale nel caso concreto, facendo salva l'impalcatura concettuale generale da sempre seguita dal Supremo Collegio sul tema degli accordi in vista della crisi coniugale. Il risultato viene perseguito mercé il ricorso ad un sottile *distinguo*, volto, come si diceva poc'anzi, a sottrarre l'accordo in oggetto al novero di quelli preventivi in vista del divorzio.

Questa volta, peraltro, il *distinguishing* operato dalla Suprema Corte, più che quel «gioco seducente (*fascinating game*) che permette al giudice di *common law* di sottrarsi alla soggezione a un determinato precedente vincolante e di recuperare così ampi spazi di discrezionalità, dichiarando che il caso concreto in quel momento al suo esame non presenta le stesse circostanze di fatto che avevano giustificato l'applicazione della regola nel passato» (2), ricorda la «macchina spaccacapelli» di jheringiana memoria (3). Una *Haarspaltemaschine* che, pur se presa a prestito dal «cielo dei concetti giuridici», su cui il grande giurista tedesco ironizzava, sembra, per via del suo uso eccessivo, essersi ormai inesorabilmente inceppata.

Prima di dimostrare dove si cela la zeppa che viene a bloccare il meccanismo, sarà opportuno rammentare in quali precedenti controversie siffatta tecnica decisionale è stata applicata alla materia delle intese preventive di divorzio.

2. Precedenti usi della «macchina spaccacapelli» sul tema degli accordi preventivi: alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza di legittimità

Il primo caso fu quello, assai pubblicizzato a suo tempo dai *media* (e non a caso ricordato proprio dalla sentenza qui in esame) di una decisione dell'ormai lontano 2000 (4), la quale, pur riaffermando il tradizionale

Note:

(1) Va dato atto, *in primis*, alla decisione in commento di riconoscere che l'orientamento prevalente in giurisprudenza «è criticato da parte della dottrina, in quanto trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del diritto di famiglia, ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale». Sul punto cfr., anche per gli ulteriori rinvii, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 483 ss.; Id., «*Pre-nuptial agreements in contemplation of divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in *Aa.Vv.*, *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 253 ss.; Id., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, 25 ss.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 69 ss.; Id., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, Nota a Trib. Torino 20 aprile 2012, in questa *Rivista*, 2012, 806 ss. V. poi anche, da ultimo, Fusaro, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss.; Arceri, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in questa *Rivista*, 2013, 98 ss.; Smaniotto, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, Nota a Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Contratti*, 2013, 223 ss. La prima decisione edita, in senso decisamente favorevole alla validità delle intese preventive di divorzio è Trib. Torino 20 aprile 2012, in questa *Rivista*, 2012, 803, con nota di Oberto.

(2) Così Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 960. Sul *distinguishing* cfr. Moretti, *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, in *Aa. Vv.*, *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di Galgano, Bologna, 2006, 12 ss.; Rordorf, *L'arte del distinguishing e i poteri di overruling dei giudici di merito e di legittimità*, relazione svolta all'Incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 9 maggio 2006, in <http://astra.csm.it/incontri/relaz/13058.pdf>. Richiama questa tecnica anche Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1136 ss., proprio a commento di Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, su cui v. immediatamente *infra*, nel testo: decisione, quest'ultima, non a caso citata dalla sentenza qui in commento.

(3) Rudolf von Jhering collocava nel «cielo dei concetti giuridici» (*Begriffshimmel*) una meravigliosa «macchina spaccacapelli» (*Haarspaltemaschine*), con la quale gli aspiranti beati si sarebbero dovuti cimentare, spaccando un capello in 999.999 parti assolutamente uguali (cfr. von Jhering, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it., Firenze, 1954, 280).

(4) Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in questa *Rivista*, 2000, 429; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con nota di Balestra; in *Riv. notar.*, 2000, II, 1221, con nota di Zanni; in *Giust. civ.*, 2000, I, 2217, con nota di Giacalone; in *Giur. it.*, 2000, 2229, con nota di Barbiera; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704, con nota di Bargelli; in *Fo-ro it.*, 2001, I, 1318, con note di E. Russo e di G. Ceccherini; in *Giust. civ.*, 2001, I, 457, con nota di Guarini; in *Famiglia*, 2001, 243, con nota di Ferrando.

principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, rigettò la domanda di nullità di un accordo preventivo sull'ammontare dell'assegno di divorzio, sulla base del pretesto che l'invalidità era stata invocata nella specie non dal coniuge avente diritto all'assegno, bensì dall'altro, che di tale assegno avrebbe potuto essere onerato.

Il risultato paradossale di siffatta operazione ermeneutica fu quello di trasformare - al di fuori di ogni previsione di legge - la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. è del resto innegabile che, se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero atto; quest'ultimo non può essere lecito nei confronti di una parte e illecito nei riguardi dell'altra, al punto che, secondo taluno, la sentenza si sarebbe posta addirittura in violazione dell'art. 3 Cost., poiché avrebbe riservato un trattamento differenziato a ciascuno dei coniugi (5).

Il secondo caso, assai meno noto (6), ma certo non meno paradossale, fu quello in cui, in quel medesimo anno, la Corte (7) si spinse ad affermare che tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronuncia), così surrettiziamente introducendo per quell'ipotesi di nullità un'impropria forma di prescrizione, in aperta ed ingiustificata violazione, questa volta, non solamente del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello ex art. 1422 c.c.

Per il periodo successivo va ricordata una decisione del 2001 (8) su di un caso piuttosto singolare. Nella specie due coniugi, in sede di udienza presidenziale di divorzio, si erano accordati nel senso che l'ex marito avrebbe corrisposto alla ex moglie un assegno mensile, contestualmente ad un versamento di quaranta milioni di lire. Tale ultima somma veniva espressamente qualificata quale anticipo su eventuali aumenti che l'assegno avrebbe potuto subire per effetto di decisioni giudiziali eventualmente emesse a seguito di procedure ex art. 9, l.div., nel caso, per l'appunto, la donna avesse deciso di richiedere un aumento dell'assegno (9).

La Corte statuì che «non viola il principio di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del vincolo coniugale (ed è, pertanto, del tutto legittima) l'eventuale compensazione operata tra l'importo del credito vantato dal-

l'ex coniuge in ragione del successivo incremento dell'assegno divorzile disposto dal giudice ed una somma in precedenza corrisposta dall'obbligato all'assegno stesso con funzione integrativa di quest'ultimo, da tenere in conto (come convenzionalmente pattuito tra i coniugi in sede di scioglimento del vincolo matrimoniale) nell'ipotesi, appunto, di verifica delle condizioni legali per un aumento, somma da considerare, conseguentemente, come una forma di anticipazione del maggior importo eventualmente dovuto in futuro all'ex coniuge».

Ora, se è vero che quell'intesa era destinata ad incidere su soggetti ormai svincolati dal rapporto coniugale, è altrettanto innegabile che essa era stata raggiunta - come, del resto, espressamente richiesto dall'art. 4, sedicesimo comma, l.div.! (10) - in un

Note:

(5) Così M. Finocchiaro, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, Nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, 24, 43; v. inoltre Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, 83.

(6) Al punto da non essere menzionato dalla decisione qui in commento, la quale cita Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, cit., oltre a Cass. 21 febbraio 2001, n. 2492 (su cui v. tra breve nel testo), nonché Cass. 10 marzo 2006, n. 5302. La menzione di tale ultima decisione appare peraltro incomprensibile, nel contesto in cui essa viene effettuata. Ed invero, con quell'arresto la Suprema Corte decise che «Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 - a norma del quale, 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 -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati *secundum ius*, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio». Neppure la lettura della motivazione consente di comprendere per quale motivo tale sentenza sarebbe da annoverare tra quelle che avrebbero fatto salva, nella specie, la validità di un patto preventivo. Tutto al contrario, la Corte fece in tale occasione coerente applicazione del principio generale dalla stessa sempre affermato, confermando la decisione di merito che aveva riconosciuto alla moglie un assegno, sebbene i coniugi avessero inteso, in sede di separazione, liquidare le pretese della moglie mercé l'attribuzione *una tantum* di un bene (un bar, nella specie), avendo ella rinunciato (dalla lettura della motivazione non si comprende se espressamente od implicitamente) ad ogni contributo di mantenimento.

(7) Cfr. Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592.

(8) Cass. 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345, con nota di Grondona.

(9) Più esattamente la moglie si era impegnata per iscritto a «tenere conto» della citata somma «qualora si [fossero dovuti] verificare in futuro giustificati motivi per [una] possibile variazione dell'assegno».

(10) Sul punto cfr. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 86 s.

momento anteriore, pur se di poco, a quello della cessazione degli effetti civili del matrimonio e anche tale patto era venuto a formare oggetto di quella negoziazione globale dei rapporti dare-avere nati dal vincolo matrimoniale, che caratterizza la fine di quest'ultimo.

Inoltre, appare evidente che l'accordo veniva in qualche modo a comprimere gli effetti dell'esercizio di un'azione, quale quella ex art. 9 l.div., che, nella tradizionale visione della Cassazione (11) sarebbe caratterizzata dal profilo della più assoluta irrinunciabilità. Ed invero, il consenso a vanificare *ab initio* gli effetti dell'esperimento di un'azione non è cosa poi molto distante dalla rinuncia alla proposizione della medesima. L'obiezione, poi (12), secondo cui l'accordo in oggetto non cadrebbe sotto gli strali dell'art. 160 c.c., posto che si tratta di soggetti ormai divorziati, prova, come si dice, troppo, atteso che questo è proprio il motivo per il quale, in realtà, ogni accordo preventivo in vista del divorzio sfugge alla sfera di operatività della disposizione citata, non concernendo «diritti e doveri che nascono dal matrimonio», bensì riguardando rapporti giuridici che nascono dal divorzio, che del matrimonio rappresenta, per l'appunto, l'esatto opposto (13).

Due anni dopo, la Corte (14), pur ribadendo, anche in questo caso, che «ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo», ammette la possibilità «che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto *una tantum*, con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo». In assenza di tale inequivoca richiesta sarebbe invece inibito al giudice di determinare l'assegno, «sulla base del riconoscimento dell'avvenuta corresponsione in unica soluzione». Ebbene, come il giudice possa procedere alla determinazione dell'assegno dopo aver constatato che esso è già stato liquidato in unica soluzione rimane un mistero, anche alla luce del disposto dell'art. 5, ottavo comma, l.div.

Ma il profilo più sconcertante è dato dal fatto che, come prosegue la sentenza citata, del tutto diversa sarebbe l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno, nel qual caso l'accordo sarebbe valido per l'attualità, «ma non escluderebbe che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possano giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'al-

tra» (15). Appare chiaro che questa insolita fattispecie di «nullità *à la carte*», oltre a non trovare alcun fondamento giuridico nel vigente ordinamento, manifesta un'intima contraddittorietà della decisione. Ed invero, l'invalidità degli accordi preventivi viene dalla giurisprudenza ricondotta, come più volte ricordato, alla nullità per violazione di canoni d'ordine pubblico. Ora, siffatta nullità non consente in alcun modo di ritenere ammissibile una richiesta di modifica basata sulla mera sopravvenienza. L'accordo nullo non può produrre, per definizione, effetti di sorta (e le prestazioni che ne siano eventualmente seguite sono ripetibili): la categoria della «validità per l'attualità» è dunque un *nonsense* giuridico.

È probabile che quando la Corte affermò questo principio avesse in mente l'ipotesi dell'accordo in sede di divorzio non contenente un'espressa rinuncia e non preceduto da una rinuncia preventiva: in tal caso la validità dell'intesa s'incontra con la proponibilità della richiesta di modifica delle condizioni del divorzio, ex art. 9 l.div. Sarebbe però comunque scorretto, in questa ipotesi, discorrere, come invece fa la Cassazione, di «validità per l'attualità»: il contratto è *tout court* valido (e tale resta *ad vitam aeternam!*), potendo semmai diventare inefficace per cause sopravvenute, da far valere ex art. 9 l.div., laddove, naturalmente - per lo meno secondo l'opinione di chi scrive - tale eventualità non sia stata implicitamente od esplicitamente esclusa dalla *voluntas contrahentium*.

3. Segue. Un esempio di «uso inconsapevole» della «macchina spaccapelli»

All'antologia di cui sopra potrà aggiungersi ancora una decisione di legittimità del 2012, in cui

Note:

(11) Da chi scrive per nulla condivisa: cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 473 ss.

(12) In questo senso sembrerebbe orientato Grondona, *Accordi patrimoniali tra ex coniugi e assegno di divorzio: un precedente?*, Nota a Cass. 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 347.

(13) Sul tema v. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 457 ss.; Id., *Accordi preventivi di divorzio: la prima piccolata è del tribunale di Torino*, cit., 812 s.; Arceri, *op. loc. ultt. citt.*

(14) Cfr. Cass. 9 ottobre 2003, n. 15064.

(15) Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo sulla base della richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi.

l'«effetto-spaccacapello» è, per così dire, inconsapevole, dal momento che dalla lettura della motivazione emerge che la Corte ha sostanzialmente attribuito rilievo, senza rendersene conto, ad un patto raggiunto in sede di separazione, sebbene con una chiara valenza divorzile e postdivorzile (16).

Secondo tale decisione, invero, il giudice deve tener conto degli accordi intervenuti tra i coniugi sul godimento della casa familiare. Va pertanto cassata la decisione di merito che abbia rigettato la richiesta di assegnazione della casa familiare per aver raggiunto il figlio maggiorenne convivente l'autosufficienza economica, quando per gli accordi intercorsi in sede di separazione è stato attribuito al coniuge il diritto a godere l'abitazione fino a quando fosse durata la convivenza con il figlio maggiorenne, a prescindere dalla raggiunta autonomia economica e (ancorché non espressamente dichiarato dalle parti, ma comunque secondo quanto implicitamente desumibile) a prescindere dalla circostanza che ormai si verta in un giudizio di divorzio.

Nella specie, l'accordo, consacrato nel verbale di separazione personale, era testualmente concepito nei termini seguenti: «L'immobile in questione verrà posto in vendita a terzi con modalità che i coniugi stessi stabiliranno di comune accordo, quando i figli L. e V. trasferiranno altrove la loro residenza e quindi tale abitazione non sarà più di loro necessità». Ora, di fronte ad una simile intesa, la Cassazione rimprovera alla decisione d'appello di non aver tenuto conto del fatto che il «regolamento convenzionale» era «destinato ad avere vigenza temporaneamente indeterminata fino al verificarsi della condizione ivi prevista» (cioè dello stabilimento in altro luogo della residenza dei figli). Prosegue la Corte di legittimità asserendo che «la sentenza impugnata appare quindi viziata laddove non dà conto delle ragioni - eventualmente sopravvenute - per le quali tale accordo non dovrebbe influire sulla domanda di assegnazione della casa coniugale in sede di giudizio di divorzio».

Neppure una parola sulla notoria giurisprudenza di legittimità circa la nullità delle intese preventive di divorzio, nonostante che proprio il tema dell'accordo assunto in sede di separazione personale sulla vendita a terzi dell'immobile di proprietà comune, con conseguente divisione del ricavato, avesse già formato oggetto - esattamente vent'anni prima - di uno specifico precedente, che aveva invece (coerentemente con l'indirizzo assolutamente prevalente e da chi scrive mai condiviso) fulminato di nullità siffatto tipo di accordo (17).

La sentenza del 2012 attribuisce quindi efficacia

vincolante all'accordo sulla casa familiare raggiunto in sede di separazione consensuale, riconoscendogli una valenza anche post-divorzile, sebbene ancorata alla clausola *rebus sic stantibus* (quest'ultima sfumatura mi sembra debba essere colta, invero, nella parte della motivazione che richiama non meglio precisate «ragioni - eventualmente sopravvenute - per le quali tale accordo non dovrebbe influire sulla domanda di assegnazione della casa coniugale in sede di giudizio di divorzio»).

4. *Segue. Esempi di uso della «macchina spaccacapelli» tratti dalla giurisprudenza di merito*

Per non essere da meno, pure la giurisprudenza di merito si è cimentata *in subiecta materia* con il «meccanismo spaccacapelli».

Ho già avuto modo di ricordare in altre occasioni come, nel 2010, il tribunale di Varese (18) abbia spinto il suo furore iconoclasta contro gli accordi preventivi al punto di dichiarare nullo l'accordo con il quale gli sventurati contendenti avevano avuto l'ardire di premettere all'intesa una premessa del seguente letterale tenore: «è specifico intento delle parti addivenire ad una composizione convenzionale della complessa vertenza, trasformando il procedimento instaurato in divorzio congiunto, dirimendo ogni questione economica, passata, presente e futura con la presente scrittura conciliativa».

Note:

(16) Cfr. Cass. 13 gennaio 2012, n. 387, in questa *Rivista*, 2012, 772, con nota di Arceri.

(17) Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863, con nota di V. Carbone; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 340, con nota di Dalmotto: l'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale prevedeva, nella specie, la vendita dell'unico immobile di proprietà comune e la successiva divisione tra le parti del relativo prezzo.

(18) Cfr. Trib. Varese 29 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2011, 60, con nota di Grasso; *ibidem*, 295, con nota di Patania; *ibidem*, 919, con nota di Torre. Come già ricordato da chi scrive (cfr. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 81, nota 80), più che spontaneo sorge il dubbio sulla circostanza se il tribunale di Varese si sia interrogato sulla conciliabilità di questa soluzione con il tenore letterale dell'art. 4, sedicesimo comma, l. div., che presuppone, proprio per la proponibilità della domanda congiunta, che le parti abbiano *già raggiunto* un accordo (proprio come le stesse s'erano azzardate a fare sul presupposto di un chiaro intento di presentare tale domanda) «che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici». Va aggiunto che, nella specie, l'accordo prevedeva testualmente quanto segue: «La casa coniugale, della quale i ricorrenti sono comproprietari, verrà posta in vendita, anche per l'eventuale tramite di un mediatore, al prezzo di euro 230.000,00»; la successiva domanda giudiziale era diretta alla «nomina di un mediatore che si occupi, così come stabilito dall'art. 2 dell'omologa di separazione, della vendita della casa cointestata ai coniugi».

Ebbene, in quella medesima occasione, il giudice ammette espressamente che quell'accordo avrebbe dovuto essere considerato valido, se solo si fosse trattato di «patti «puri», svincolati cioè dal divorzio e dunque, senza alcun riferimento, esplicito od implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti alla eventuale pronuncia di divorzio». Il *discrimen* viene così posto sul labile versante formale della presenza/assenza della menzione della causa dell'intesa (causa «definitoria» in maniera «tomabile» della crisi coniugale, a valere per il divorzio). L'omessa indicazione varrebbe dunque a salvare la validità degli accordi, pur essendo evidente che, tanto per citare un esempio, un'attribuzione patrimoniale *una tantum* in sede di separazione - a prescindere dalla presenza o meno di esternazioni sull'assegno e dall'evocazione dello scioglimento del matrimonio - manifesta la presenza di un accordo destinato comunque, nell'intenzione delle parti, «a valere» anche per il divorzio. Con una conclusione, quindi, che prova veramente troppo, posto che, allora, qualsiasi attribuzione patrimoniale diversa dalla corresponsione di un assegno, effettuata nel contesto di un contratto della crisi coniugale precedente al *supremum exitum* del vincolo, dovrebbe reputarsi vietata.

Alcuni anni prima della decisione di cui sopra, il Tribunale di Messina (19) aveva invece sottoposto la possibile validità dei patti preventivi di divorzio al positivo accertamento, da parte del giudice, che lo stesso non violi in concreto il «limite inderogabile rappresentato dalla funzione assistenziale che la legge attribuisce all'assegno di divorzio», atteso che il regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi divorziati dovrebbe «poter assicurare al coniuge richiedente, qualora questi non abbia adeguati mezzi propri, il mantenimento, almeno in via tendenziale, del tenore di vita goduto durante il matrimonio»; pertanto, nei limiti in cui non si stravolgesse detto principio, potrebbe considerarsi valida e vincolante la rinuncia al mantenimento, liberamente concordata dalle parti, salvo il sopravvenire di nuove circostanze che imponessero la revisione di detti accordi.

La decisione, peraltro, si fonda su di un'evidente confusione tra funzione assistenziale e funzione alimentare, laddove, come noto, solo per quest'ultima la legge prevede espressamente la caratteristica dell'inderogabilità (20). Non chiarita dall'arresto rimane poi anche la distinzione tra il tema della rinunziabilità in via preventiva alle conseguenze patrimoniali postmatrimoniali e la rinunziabilità *tout court* (eventualmente anche all'atto del verificarsi della

crisi coniugale): due ben distinti profili, che troppo spesso vengono confusi (21).

5. La sottile, ma insostenibile, distinzione proposta dalla Cassazione nella decisione in commento

Tornando al caso deciso dalla sentenza in commento, va osservato innanzi tutto che questa volta la *Haarspaltemaschine* viene utilizzata in modo ulteriormente diverso rispetto al passato. Qui, infatti, la Suprema Corte propone, per la prima volta, una distinzione tra i due seguenti tipi di intese. A) «accordi» che intendono «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti»: accordi, questi, destinati ad essere colpiti da nullità in base alla ben nota giurisprudenza di legittimità. B) «contratti» caratterizzati «da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali», in cui la crisi del rapporto viene in considerazione.

Note:

(19) Trib. Messina 10 dicembre 2002, in *CED - Corte di cassazione*, Archivio Merito, pd 2150A3, in *Arch. civ.*, 2003, 410, con nota di Petitti.

(20) Sulla differenza tra la funzione assistenziale e la funzione alimentare, nonché sull'assoluta irrilevanza della prima sul tema della derogabilità o meno, in via tanto preventiva che susseguente, dell'assegno di divorzio si rinvia per tutti ad Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 440 ss.

(21) Sulla distinzione v. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 388 ss. Una maggiore consapevolezza della necessità di tenere distinti i due profili traspare da Trib. Terni, 10 maggio 2005, in *Corr. merito*, 2005, 909, con nota di Sorrentino, che ha affermato la validità di una implicita rinuncia all'assegno in sede di divorzio su domanda congiunta. La cosa singolare è che tale rinuncia è stata non solo implicitamente ricavata dalla semplice dichiarazione delle parti di «nulla avere più reciprocamente a pretendere per qualsivoglia titolo o ragione», ma è stata addirittura estesa al punto di ritenere inaccoglibile la richiesta di concessione di un assegno ex art. 9 l.div., essendo successivamente mutate le condizioni delle parti. Sul punto, sebbene debba senz'altro ritenersi ammissibile (pur non essendo questa l'opinione prevalente) una rinuncia al citato rimedio processuale (così come al parallelo rimedio successivo alla separazione, ex art. 710 c.p.c.: cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 473 ss.), va considerato che non può desumersi tale rinuncia dal semplice fatto che i contraenti abbiano emesso la dichiarazione di cui sopra. I contratti della crisi coniugale sono caratterizzati dalla clausola *rebus sic stantibus* e per questa ragione la costante giurisprudenza ammette la parte che non si sia fatta riconoscere un assegno postmatrimoniale ad avanzarne richiesta ai sensi delle norme citate (artt. 710 c.p.c., ovvero 9, l.div.): Cass. 5 ottobre 1956, n. 3363, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Separazione di coniugi*, n. 130 ss.; Cass. 13 aprile 1960, n. 860, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1371; in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 843, con nota di Jemolo; in *Foro it.*, 1960, I, 951; Cass. 30 gennaio 1961, n. 173, in *Foro it.*, 1961, I, 438; Cass. 26 maggio 1967, n. 1146; Cass. 26 ottobre 1968, n. 3564; Cass. 14 novembre 1992, n. 12235; Cass. 24 maggio 1996, n. 4794. Il tutto, lo si ripete (per lo meno secondo l'isolata opinione di chi scrive), fin tanto che espressamente, o anche solo implicitamente (il caso della prestazione *una tantum* è il più evidente) le parti non abbiano escluso siffatta eventualità.

ne alla stregua di una condizione: negozi, questi, da ritenersi invece validi.

In tutta onestà, neppure questa volta il risultato di tale raffinata *Haarspaltung* appare condivisibile. *In primis* si dovrà notare che la «prematrimonialità» di un contratto della crisi coniugale nulla ha a che vedere con la sua eventuale «globalità», atteso che nessuno è in grado di prevedere quali e quanto complessi saranno i rapporti economici dopo un periodo magari pluriennale di convivenza *uti coniuges*. Né essa risulta necessariamente legata allo specifico tema dell'assegno: proprio la Suprema Corte non ha mai esitato, neppure per un istante, a fulminare di nullità intese tra coniugi separati dirette a stabilire singole, ben determinate, attribuzioni patrimoniali al momento dell'eventuale (ancorché in tal contesto ormai facilmente vaticinabile) futuro divorzio, anche al di là e al di fuori dell'ipotesi della predeterminazione del (o della rinuncia al) diritto all'assegno divorzile (22).

In un'ottica ancora più radicale, va sottolineato che, nella materia in esame, concernente per definizione pattuizioni di carattere patrimoniale, non appare possibile riproporre la superata contrapposizione tra «accordo» e «contratto».

Varrà la pena ricordare brevemente che, sul piano della teoria generale, la concezione che vorrebbe individuare l'«accordo» (in senso stretto) come un tipo di negozio a sé stante, distinto dal contratto, nasce - sotto la spinta di influssi corporativistici - come il tentativo di raggruppare in un'autonomia categoria una serie di figure negoziali in cui le parti, invece di comporre tra di loro interessi in conflitto, attuano interessi «paralleli e convergenti» (23).

Questa opinione, per quanto di autorevole fonte, non appare condivisibile.

Come esattamente rilevato nella dottrina meno risalente, la compatibilità tra concordanza di interessi e fattispecie contrattuale sembra una nozione ormai acquisita e trova conferma a livello codicistico con l'espressa previsione dei contratti plurilaterali con comunione di scopo (24). Per non dire poi del fatto che la distinzione in esame non solo non trova conforto in alcuna delle vigenti disposizioni, ma pare contrastata dall'art. 1321 c.c. che, oltre a non autorizzare alcun tipo di contrapposizione tra i due concetti in questione, fonda espressamente sull'accordo il concetto di contratto (25). Infine, come pure autorevolmente rimarcato ormai svariati decenni or

dell'assegno, ma comprende gli accordi economici parimenti rientranti nel regime patrimoniale del divorzio (nella specie, trattavasi di accordo accessorio alla separazione, ma funzionalmente collegato anche al divorzio, con il quale erano concessi in godimento alla moglie beni mobili ed immobili del marito), sussistendo anche per tali accordi le ragioni di ordine pubblico del divieto (attitudine ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale). Il principio non resta escluso dalla possibilità, introdotta dall'art. 4 della legge 6 marzo 1987 n. 74 (che ha novellato l'art. 4 della legge 1 dicembre 1970 n. 898), di proporre congiuntamente la domanda di divorzio, poiché, in questa evenienza, 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». V. inoltre Cass. 11 agosto 1992, n. 9494, che si è espressa per la nullità di un'intesa, denominata «atto di transazione», con cui, in sede di separazione, il marito, a tacitazione di ogni pretesa della moglie a titolo di mantenimento, si impegnava a farle trasferire la proprietà di un appartamento; da parte sua la moglie dichiarava di essere stata completamente soddisfatta di ogni pretesa, anche futura, per mantenimento, rinunciando espressamente ad ogni assegno ed «a pretendere alcunché in caso di divorzio, rinunciando quindi anche all'assegno di cui all'art. 5 comma 3 della Legge 1 dicembre 1970 n. 898». Cfr. poi anche Cass. 10 gennaio 2012, n. 1084, che ha ritenuto nulla una scrittura, avente ad oggetto il trasferimento, dal marito alla moglie, di un immobile e il versamento di una somma quale definizione transattiva delle pretese vantate dalla moglie sul patrimonio del marito, laddove il patto (concluso in sede di separazione con valenza anche per il futuro divorzio) aveva la funzione di porre fine alla controversia insorta tra i coniugi circa la divisione di tale patrimonio, alla cui formazione la moglie vantava di avere contribuito anche mediante cessione di beni personali.

(23) Così si esprime Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1950, 304 ss. (si noti che la prima edizione della Teoria generale del negozio giuridico risale al 1943), seguito da un certo numero di autori e di sentenze: v. in particolare Manca, voce *Accordi*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 145 ss.; V.M. Trimarchi, voce *Accordo (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 300; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1955, 327; in giurisprudenza v. Cass. 3 marzo 1936, n. 740, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, 303; Cass. 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, 718, con nota di Jannarelli; Trib. Milano 10 novembre 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, 1358, con nota di Nappi; Trib. Napoli 13 marzo 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, 135; in *Dir. e giur.*, 1990, 590; in *Giur. merito*, 1989, I, 1105; Trib. Latina 14 aprile 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 137.

(24) Art. 1420 c.c.: v. in particolare Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, (la terminologia legislativa nella materia dei contratti), in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 12; cfr. inoltre Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 477, che vede nel contratto il «tipico strumento tecnico giuridico della collaborazione economica fra i soggetti»; per l'applicazione di tali principi alla materia in esame cfr. Doria, «*Negoziato* di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso», nota a Trib. Napoli 13 marzo 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, 507 s.; Delconte, *Il rapporto tra omologazione del giudice e consenso dei coniugi nella separazione consensuale*, in *Arch. civ.*, 1992, 641; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1038 s.

(25) Negano rilevanza alla categoria dell'accordo, quanto meno nel diritto privato patrimoniale, Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 14 s.; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 213 s.; Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto*, cit., 12; Doria, «*Negoziato* di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso», cit., 507 s.; Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit., 1038 ss.

Note:

(22) Cfr. ad es. Cass. 1° marzo 1991, n. 2180: «Il divieto per i coniugi di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio non riguarda solo la predeterminazione

sono, neanche sotto il profilo delle regole operazionali il ricorso alla figura dell'accordo sembra recare una qualche utilità: l'accordo finirebbe infatti con il diventare una «figura metagiuridica, una inutilità per il diritto, se ad un certo momento le parti non restassero vincolate, in quello che sarà l'apprezzamento dei propri interessi convergenti» (26).

La verità è che, nel campo degli accordi sulla separazione, il divorzio o l'annullamento del matrimonio, l'unica categoria di riferimento è (e non può essere se non) quella, scoperta ormai diversi anni or sono dallo scrivente, dei «contratti della crisi coniugale» (27), definibili come quei contratti «che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale - contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo "postmatrimoniale", rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle "condizioni" della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale» (28).

In quest'ottica, del tutto arbitrario risulta l'espresso riferimento della motivazione qui in commento al requisito della «rilevanza» del profilo patrimoniale: un aspetto, questo, che non si comprende da quale norma o da quale principio sarebbe desumibile, come dimostrato proprio dal richiamo della motivazione all'assegno postmatrimoniale. Ed invero, l'esperienza del contenzioso coniugale comprova come la parte più combattuta, e sovente più interessante, della «partita» patrimoniale si giochi non tanto sugli assegni, quanto sul regime, sulla titolarità dei beni acquisiti, sulla qualificazione giuridica di attribuzioni patrimoniali effettuate dai coniugi e/o dai rispettivi parenti, sui rapporti dare-avere sorti in anni di intrecci affettivo-patrimoniali.

L'unica ragione che può indurre a considerare come «prematrimoniale» un contratto della crisi coniugale è data dal suo essere concepito *in contemplation of divorce*, laddove la *contemplation* va intesa - e non può non essere intesa se non - proprio alla stregua di una condizione.

6. La crisi coniugale come condizione del contratto prematrimoniale in discorso

Nell'ottica testé delineata, la riconduzione dell'ac-

cordo oggetto della decisione qui commentata al novero delle intese «prematrimoniali», mercé il richiamo delle parti al meccanismo della condizione, appare quanto di più naturale si possa immaginare. Sebbene la Cassazione parli qui di «un contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma c.c.», dovrà invece riconoscersi nell'accordo la presenza di un mutuo (per la ristrutturazione di un alloggio della moglie), di cui le parti avevano previsto l'estinzione a mezzo di una *datio in solutum*, peraltro a sua volta in parte «contro-compensata» o «riequilibrata» - avuto riguardo, evidentemente, al rapporto tra il valore del bene e l'ammontare delle spese di ristrutturazione sostenute dal marito - dal trasferimento da parte del marito alla moglie di «un titolo BOT di L. 20.000.000» (29). L'estinzione del mutuo era peraltro soggetta alla condizione sospensiva del «fallimento» dell'unione. Osservando le stesse cose da un altro punto di vista, si poteva pensare ad una donazione indiretta, risolutivamente condizionata al medesimo evento di cui sopra.

È evidente che il trasferimento dell'immobile non era previsto come dovuto nel caso in cui il matrimonio non si fosse venuto a trovare in una situazione di crisi. La persistenza del vincolo avrebbe avuto l'effetto di conservare il carattere gratuito della prestazione costituita dal pagamento, da parte del (in allora futuro) marito delle spese di ristrutturazione di un altro immobile della (in allora futura) moglie.

Negare al contratto in oggetto la natura di patto prematrimoniale, come invece fa la Cassazione nella sentenza in commento, appare quanto mai arduo. A parte la considerazione (per il vero irrilevante per

Note:

(26) Jemolo, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1950, 376 s.; condivide espressamente tale conclusione Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 340; v. inoltre Delconte, *op. cit.*, 641; sul tema delle norme contrattuali applicabili all'accordo di separazione cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 193 ss.; Id., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in questa *Rivista*, 1999, 601 ss., *ivi*, 2000, 86 ss.

(27) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, cit. Sul l'artificiosità della distinzione tra accordo e contratto v. *ivi*, I, cit., 204 ss.

(28) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 705 ss.

(29) Sul punto ha argutamente notato l'amico Carlo Rimini, nel corso di un recente convegno, che i b.o.t. hanno durata piuttosto breve, ciò che lascia trasparire un certo qual scetticismo sulla tenuta dell'unione da parte di quegli stessi nubendi che di lì ad un solo giorno sarebbero andati a celebrare ...

i fini in discorso, ma comunque significativa in vista di una connotazione più marcatamente «familiare» dell'intesa) per cui le spese sostenute dal marito atenevano alla ristrutturazione non già di un immobile «qualsiasi» della moglie, bensì proprio di quello destinato a divenire casa coniugale (30), va ribadito in questa sede come l'idea di collegare i rapporti patrimoniali tra due soggetti che stanno per unirsi in matrimonio al «buon esito» dello stesso, sia concezione da antichissima data inscindibilmente connessa con l'istituto matrimoniale.

Proprio lo studio storico e comparato delle pattuizioni in vista della celebrazione delle nozze (31) evidenzia il frequente e diffuso riconoscimento della validità di accordi diretti, per l'eventualità del fallimento del rapporto di coniugio, a riportare i contraenti, come dire, *back to square one*: cioè, nella stessa posizione di partenza in cui si sarebbero trovati se mai si fossero impegnati in quell'unione rivelatasi poi così male assortita.

A parte le intese contenute nei *pacta nuptialia*, di cui fanno fede le fonti romane, che in un numero incredibilmente vasto di casi contemplavano espressamente il *divortium* quale causa di restituzione dell'apporto dotale, provvedendo a fissare le concrete modalità dell'attuazione di tale *restitutio* (32), va ricordato che pure in epoche nelle quali l'unica causa di scioglimento del vincolo matrimoniale era rappresentata dalla morte, i notai non disdegnavano di prendere in considerazione nei contratti di matrimonio l'ipotesi della *separatio a mensa et thoro*, proprio quale causa di ristabilimento delle condizioni patrimoniali di partenza dell'una e dell'altra parte. Così, nel medioevo, il celebre Rolandino, dopo aver spiegato che (conformemente a quanto unanimemente ritenuto dal pensiero giuridico dell'epoca) la *restitutio dotis* era dovuta non solo in caso di scioglimento del matrimonio per morte, ma anche di separazione, diremmo oggi, personale, conseguente alla *fornicatio* del marito (la restituzione veniva invece esclusa, a titolo sanzionatorio, nel caso di adulterio della moglie), si intratteneva nella descrizione dei soggetti cui competeva la richiesta di restituzione ed il tempo in cui tale restituzione avrebbe dovuto essere fatta, rimettendo la predeterminazione di tali elementi proprio alla volontà delle parti nell'atto (prematrimoniale) di costituzione di dote (33).

Ho già avuto modo di evocare in altre occasioni la decisione resa nel 1612 dal *Concistorium* del Regno di Sicilia in applicazione delle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimonio (detti «alla latina») vigeva un regime di comunione universale legale. La sentenza confermò la validità del-

la clausola del contratto matrimoniale che escludeva la comunione «casu (quod absit) di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, & quelli morti in minori età, vel maggiori ab intestato», stabilendo altresì che, in tale ultima ipotesi, «detta sposa non possa disporre, nisi tantum di unzi trenta» (34). Qualcosa, tra l'altro, di molto simile a ciò che per secoli è avvenuto ed ancor oggi avviene Olttralpe con la c.d. «clausola alsaziana».

Tramite tale *clause alsacienne*, invero, le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione (35) e il risultato conseguito è sicuramente commendevole (36). La clausola, già

Note:

(30) Sul carattere non liberale, neppure a titolo di donazione indiretta, dell'attribuzione patrimoniale a favore del coniuge, caratterizzata dalla presenza di una sorta di «riserva d'uso» (o di couso) da parte di chi tale attribuzione effettua e sui suoi rapporti con le teorie germaniche dell'*unbenannte Zuwendung*, degli *ehebezogene Rechtsgeschäfte eigener Art* e della presupposizione (argomento, questo, che non è possibile approfondire in questa sede), si fa rinvio ad Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, 372 ss.

(31) Per uno studio storico Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss.; Id., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, 1306 ss.; Id., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 535 ss.; Id., *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 3 ss., 49 ss. Sul tema v. anche ampiamente Magagna, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova, 2002, *passim*.

(32) Cfr. ad es. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 66 ss.

(33) Rolandino, *Summa artis notariae*, Augustae Taurinorum, 1594, 226 ss. Analogamente cfr. de Ferrariis, *Practica aurea*, Venetiis, 1575, 133 s.

(34) Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612 di cui riferisce Giurba, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621, 398 ss.

(35) Cfr. Malaurie e Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 89, 325 s.: «les époux peuvent adopter un régime alternatif, c'est-à-dire différent suivant la cause de dissolution: décès ou divorce. C'est l'objet de la clause de reprise dans une communauté universelle, dite souvent 'clause alsacienne', prévoyant qu'en cas de divorce, les époux pourront reprendre leurs apports. Techniquement, cette clause est un avantage matrimonial, une clause de partage; si bien qu'elle ne modifie pas le régime de communauté universelle. En pratique, il s'agit bien d'en revenir à la communauté d'acquêts, si le mariage est un échec».

(36) Come rileva la dottrina transalpina, «en période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéficiaire susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en

(segue)

ritenuta conforme al sistema del *Code civil* (37), ha ricevuto un ulteriore avallo dalla riforma francese del 23 giugno 2006 (sulle successioni e liberalità), in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del *Code*, a mente del quale «si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu' ils auront apportés à la communauté» (38).

Quanto sopra - tornando alla disciplina nostrana - è del resto ciò che ancora oggi i coniugi molte volte fanno quando, in sede di separazione, chiariscono che determinati acquisti «squilibrati», operati nel corso dell'unione, vanno «riequilibrati» mercé il ricorso ad atti ricognitivi, per esempio, di proprietà per quote diverse da quelle *demonstratae* dal rogito d'acquisto, ma rispondenti alla proporzione tra i rispettivi apporti di denaro corrisposti al momento del pagamento del prezzo d'acquisto (39). E non si venga a dire che un accordo di questo genere non avrebbe carattere «preventivo». È chiaro infatti che, se il momento in cui intese di questo tipo sono raggiunte è quello della separazione, la valenza (se ci si passa l'espressione) «tombale» alle stesse accordata ne squaderna la *contemplation of divorce*, a prescindere dalla più o meno accorta formale omissione di ogni richiamo al futuro divorzio, e dunque il carattere «preventivo» (qui non rispetto al matrimonio, ma rispetto al divorzio, che è ciò che conta in questa sede), nel senso più volte chiarito.

E del resto, non può tacersi che l'inconsistenza della tradizionale posizione della giurisprudenza di legittimità è ulteriormente comprovata proprio dal fatto che le intese preventive sulla separazione personale, a differenza di quelle sul divorzio, sono state più volte ritenute valide, pur essendo anch'esse intese preventive su di un futuro, possibile, mutamento di *status* (40).

Note:

(continua nota 36)

cas de décès. La clause de liquidation alternative répond à cette attente (également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques). Elle consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses "apports", c'est-à-dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts»: così Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Orléans, 2009, 267. Sulla *clause alsacienne* v. i riferimenti in Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386, nota 171; II, Milano, 2010, 1671, nota 198.

(37) Nel senso che «Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef» v. App. Colmar, 16 maggio 1990, in *Rép. Defrénois*, 1990, 1361, con nota di Champenois; in *JCP*, 1991, éd. N., II, 17, con nota di Simler. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass. 1^{ere} civ., 17 novembre 2010, n. 09-68292, la quale ha affermato che la stessa «ne confère aucun avantage matrimonial», confermando l'avviso della dottrina, secondo cui «loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise» (Simler, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, in *JCP*, N 2005, 1265). Anche per Cass. 1^{ere} civ., 17 janvier 2006, la clausola è valida, costituendo «un aménagement des règles du partage (le bien repris est commun), qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial».

(38) La disposizione testé citata apre il varco a nuove audacie applicative, sempre nel segno di un'ampliata libertà negoziale: «Dans l'hypothèse dans laquelle les époux auraient prévu une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, ils pourraient prévoir une double clause: une clause de reprise des apports en cas de divorce et une clause d'exclusion de reprise des apports en cas de décès. On pourrait, également, songer à la clause qui exclurait, dans le contrat de mariage portant adoption du régime de participation aux acquêts, le calcul de la créance de participation en cas de dissolution du mariage par divorce. Les époux préféreraient organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage» (Brun-Wauthier, *op. loc. ultt. citt.*).

(39) Cfr. ad es. Cass. 18 settembre 2012, n. 15640. Qui la Corte ha ritenuto valida la scrittura privata con cui i coniugi, dopo aver acquistato per quote uguali un immobile, intervenuta la crisi coniugale e separatisi di fatto, avevano emesso una «ricognizione attributiva delle quote di comproprietà sul bene», esplicitando che la contitolarità era ripartita per la quota di 1/7 in favore del marito e per la quota di 6/7 in favore della moglie, impegnandosi reciprocamente a formalizzare con atto notarile, a semplice richiesta, detta ricognizione.

(40) La Cassazione ha riconosciuto la validità - per esempio - di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest'ultima), prometteva 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 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 922). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si è ammessa la validità di una transazione 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 maggio 1994, n. 4647, in questa *Rivista*, 1994, 660, con nota di Cei; in *Vita notar.*, 1994, 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, 202; in *Dir. fam. pers.*, 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di Buzzelli; in *Riv. notar.*, 1995, II, 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 12) evidenziando l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per il suo carattere di situazione «aperta», rispetto alla seconda. È infatti pacifico che anche la separazione dà vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle in quanto dirette a «fare mercimonio» di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si riesce a comprendere per quale ragione

(segue)

Si noti, poi, che della «prematrimonialità» dell'accordo in esame sembra rendersi ben conto la Cassazione nella decisione in esame, laddove, nella sua parte finale, collega la «sospensione», in costanza di matrimonio, del credito del marito verso la moglie alla vigenza *inter coniuges* del dovere di contribuzione *ex art. 143 c.c.* (41).

7. La crisi coniugale in bilico tra causa e condizione del contratto

Le considerazioni di cui sopra introducono la trattazione di un ulteriore criterio distintivo, cui la Cassazione, nella sentenza qui commentata, sembra voler fare solo un marginale richiamo, ma che ha invece costituito il nucleo della decisione di merito confermata in sede di legittimità. Sul punto va tenuto presente che la decisione di primo grado aveva rigettato la domanda del marito, ritenendo nullo l'impegno assunto dalla moglie «per illiceità della causa, in quanto in contrasto con la disposizione imperativa dell'art. 160 c.c., che vieta atti di disposizione relativi a diritti od obblighi nascenti dal matrimonio» (42).

La sentenza d'appello aveva allora avuto buon gioco a sottolineare che l'impegno negoziale assunto dalla moglie, prima del matrimonio, di trasferire al marito, in caso di «fallimento» del matrimonio stesso (ossia in caso di separazione o di scioglimento) l'immobile, a titolo di indennizzo per le spese affrontate dal marito per la sistemazione del diverso immobile adibito a casa coniugale, era «un impegno negoziale che, in sé, non trae[va] il proprio titolo genetico dal matrimonio, e non [poteva] quindi annoverarsi fra i diritti o doveri nascenti dal matrimonio, nell'ottica del prefato art. 160 c.c., che vieta appunto gli atti di disposizione relativi a diritti o doveri "nascenti" dal matrimonio, e sanciti imperativamente» (43).

Sin qui, peraltro, il discorso si svolgeva sul solo piano *generale* della validità *tout court* dell'intesa, non certo su quello *specifico* dell'intesa, in quanto *intesa preventiva*. A sparigliare le carte interveniva però la stessa corte d'appello, introducendo (pur se, a quanto pare, non espressamente richiesta sul punto) il tema del carattere preventivo dell'accordo. Così osservava la corte territoriale: «Si potrebbe, tuttavia, in ipotesi, sostenere che, al di là della causa formalmente apparente di tale *datio in solutum* condizionale, in realtà la causa negoziale effettivamente sottesa (...) fosse quella di istituire una sorta di abnorme "penale" per il caso di scioglimento del matrimonio, ossia una prestazione patrimoniale destinata ad avere effetto dissuasivo o penalizzante in caso di iniziativa intesa a determinare lo scioglimento del matri-

monio: se tale fosse stato l'intento finalistico delle parti, la effettiva *causa negotii* non avrebbe potuto intendersi come regolamento preventivo (in sé ammissibile) di rapporti di dare ed avere patrimoniali riguardanti il rimborso (mediante *datio in solutum* di altro bene) delle spese come sopra affrontate dal marito nella prospettiva del matrimonio (in tal senso rilevante solo dal punto di vista del motivo), ma avrebbe invece dovuto intendersi in termini di preventiva, preordinata e dissuasiva penalizzazione di iniziative intese alla risoluzione del vincolo [matrimoniale], e, come tale, sicuramente illecita, in quanto mirante a condizionare preventivamente la libertà decisionale degli sposi».

Tale ipotesi, continuava la decisione di merito, «però potrebbe ritenersi vera solo nel caso in cui risul-

Note:

(continua nota 40)

le obiezioni sollevate contro tali accordi in *contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione. Per non dire poi della giurisprudenza di legittimità favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronuncia di annullamento del matrimonio (Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, 822 con nota di Lombardi; in *Giur. it.*, 1993, 1, 1, 1670, con nota di Casola; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con note di Cubeddu e di Rimini; in *Vita notar.*, 1994, 91, con nota di Curti; in *Contratti*, 1993, 140, con nota di Moretti). Proprio questa ultima decisione viene, inspiegabilmente, definita come «assai singolare» dalla sentenza qui in commento. Ancora diverso è il caso del contratto ritenuto valido da Cass. 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; *Dir. fam. pers.*, 1984, 521, che ha affermato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, *ex art. 31 prel.* (cfr. ora art. 16, l. n. 218/95), di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e diretto a regolamentare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio. Si trattava, per la precisione, di quello che in America si definirebbe *postnuptial agreement*, in quanto concluso *in contemplation of divorce*, ma in costanza di matrimonio (sulla decisione, che non è possibile esaminare in questa sede, si fa rinvio ad Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 493 ss., 560 ss.; Id., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, loc. ult. cit.).

(41) Commentando questa stessa decisione, anche Fiorini, *La Corte dovrebbe individuare una linea univoca in grado di orientare le decisioni degli operatori*, nota a Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Guida dir.*, 19 gennaio 2013, 4, 28, rileva che «Prescindendo (...) dall'effettiva persistenza dell'originario credito all'indennizzo del marito (tenuto conto che quest'ultimo ha goduto anch'egli della casa familiare ristrutturata a sue spese), si avverte una contraddizione proprio all'interno della pronuncia, laddove si ammette da un lato che le parti possano escludere il loro originario rapporto di credito-debito dal regime di contribuzione reciproca previsto per legge e, dall'altro, si ritiene l'operazione posta in essere estranea alla fattispecie dei patti prematrimoniali».

(42) Apprendo questa informazione dalla lettura della decisione di merito confermata dalla sentenza qui in commento, vale a dire App. Ancona 14 marzo 2007, n. 104, in causa R.G. n. 432/2006, inedita, la cui motivazione mi è stata gentilmente fornita dall'avv. Marta Lettieri.

(43) Cfr. App. Ancona 14 marzo 2007, cit.

tasse una forte sproporzione fra le prestazioni (...), poiché solo dalla eventuale sproporzione di tali contrapposte prestazioni potrebbe eventualmente dedursi (...) che la reale *causa negotii* della surrichiamata scrittura del 18/8/89 non fosse quella di una *datio in solutum* con funzione di indennizzo, soggetta all'evento condizionale dello scioglimento del matrimonio, ma fosse, invece, rispondente ad una ben diversa funzione causale, mirata a dar vita ad una sorta di "penale" per la iniziativa di scioglimento del matrimonio». Seguiva poi l'illustrazione delle ragioni per le quali, nella specie, tale sproporzione non poteva ritenersi sussistente.

Chiaramente, la decisione di merito legava, sul piano degli accordi preventivi, la validità dell'intesa al fatto di aver le parti considerato il «fallimento» dell'unione alla stregua di una mera condizione del contratto, laddove l'accordo sarebbe stato nullo se i coniugi avessero dedotto l'evento-divorzio non già in condizione, ma nella causa del negozio stesso.

Ora, come dimostrato da chi scrive in altra sede (44), se il dedurre a causa di un contratto l'impegno a separarsi o a divorziare (o, tutto al contrario, a non separarsi e a non divorziare) è senz'altro motivo di nullità dell'intesa per evidente violazione dei principi di ordine pubblico di protezione della libertà personale nella sfera più intima, ben diversa è la sorte dei contratti che prevedano tali eventi personali alla stregua di mere condizioni, sospensive o risolutive, dell'efficacia delle prestazioni patrimoniali ivi contemplate. Ciò è proprio quanto ha ribadito la corte d'appello, con statuizione confermata dalla sentenza qui in commento, nella parte in cui rileva che «ove causa genetica fosse il matrimonio (e il suo fallimento), l'impegno predetto, una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi anche in ordine all'assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale, sarebbe sicuramente nullo. Ma indice di tale ipotesi potrebbe essere soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni, al contrario non provata» (45).

Da tali parole traspare l'intuizione della vera ed unica distinzione possibile in materia: quella, cioè, tra contratti che vedono il profilo personale dedotto ad oggetto della prestazione («in cambio di x mi impegno a divorziare», «in cambio di y mi impegno a non divorziare») e quelli che vedono quello stesso profilo dedotto alla stregua di mero evento in condizione («nel caso di divorzio mi impegno a riconoscerti x»). Il richiamo alla «notevole sproporzione delle prestazioni» cela, in realtà, l'intuizione del tema della penale collegata ad un comportamento di carattere personale (46).

Ma, per arrivare a tale conclusioni, non appare necessario scomodare gli angeli del *Begriffshimmel* per chiedere loro in prestito la «macchina spaccacapelli»: le (per la Cassazione) «famigerate» intese preventive sulla crisi coniugale - qualunque ne sia l'oggetto: dalla restituzione di mutui alla fissazione preventiva delle conseguenze dello scioglimento del regime patrimoniale, alla tanto vituperata predeterminazione, o addirittura alla totale escusione, di assegni di divorzio, ecc. - non vedono *mai* quale causa l'impegno a separarsi o a divorziare (o, al contrario, ad astenersi dal compiere tali atti), bensì mirano a predeterminare le conseguenze patrimoniali dell'eventuale (libera) decisione sul piano personale, così diminuendo il livello di aleatorietà del possibile contenzioso coniugale, conformemente ad un'esigenza drammaticamente sentita di «certezza», in una materia tanto umanamente delicata (47). E se mai (ma, si ripete, non risulta che sia mai concretamente capitato) dovesse accertarsi una situazione di evidente sproporzione tra la prestazione promessa in caso di divorzio e la situazione patrimoniale del promittente, la natura di penale dell'attribuzione dimostrerebbe (arg. ex art. 1382 c.c.) la presenza, al di là delle espressioni usate dalle parti nel contratto della crisi coniugale, proprio di un obbligo di astensione dall'esercizio del diritto personale di agire per il divorzio, con conseguente nullità dell'impegno (48).

Note:

(44) Da notare che, in questo peculiare contesto, gli aggettivi «prematrimoniale» e «postmatrimoniale» assumono, paradossalmente, significati equivalenti, nel senso che l'intento è sempre quello di disciplinare ciò che succederà con (e dopo) lo scioglimento del vincolo (e ciò spiega il «post-»), pur potendo talora siffatti accordi (nell'intento di perseguire la medesima finalità) essere conclusi prima della celebrazione delle nozze (e ciò spiega il «pre-»).

(45) Cfr. App. Ancona 14 marzo 2007, cit.

(46) Per la trattazione del tema si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 605 ss.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 83 s.

(47) Per una recente ripresa delle posizioni espresse da tempo dello scrivente cfr. ad es. Smaniotto, *op. cit.*, 230, secondo cui «La possibilità di stipulare contratti prematrimoniali anche in Italia, essendo gli stessi già riconosciuti in diversi ordinamenti stranieri, costituisce oggi una necessità».

(48) Per la trattazione del tema si fa rinvio a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 605 ss.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 83 s.