

**1. Il programma (forse troppo) ambizioso di revisione del codice *in parte qua*: accordi prematrimoniali o accordi preliminari alla vita familiare ?**

Il disegno di legge delega predisposto dall'esecutivo (n. 1151, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica il 19/3/2019), per quel che qui ed ora interessa, si propone di *“consentire la stipulazione tra nubendi, tra coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli”*.

Già una prima approssimazione al testo appena enunciato consente di avvedersi che il titolo assegnato alla mia relazione è notevolmente riduttivo (e costituisce non più che una denominazione “di comodo”) rispetto al programma di intervento prefigurato dal governo.

Una siffatta affermazione vale non solo nella misura in cui si attribuisca all'espressione “accordi prematrimoniali” il tradizionale contenuto di “accordi in vista della crisi matrimoniale”, ma soprattutto ove si consideri che la riforma preannunciata all'evidenza riguarda sia la fase che precede, ma pure l'intero svolgersi del rapporto matrimoniale (dalla sua costituzione al suo venir meno).

In questo ultimo senso, peraltro, depongono inequivocabili dati testuali: tra gli altri, il riferimento ai “criteri per l'indirizzo della vita familiare” quale possibile oggetto degli accordi in questione, non meno della congiunzione “anche” premessa alla “previsione dell'eventuale crisi del rapporto”, che finisce per costituire, in questo modo, solo uno degli aspetti delle relazioni familiari sui quali il programma negoziale (dei *partners*) può incidere.

Ma pure la considerazione del profilo soggettivo conduce a tale conclusione: l'accordo di cui discutiamo infatti lungi dal poter intervenire solo tra coniugi o tra nubendi è riservato anche agli uniti civilmente ed a coloro che hanno in animo di conseguire tale *status*.

Adottando questa prospettiva il governo consapevolmente esclude i conviventi *more uxorio* unitamente a coloro i quali tale convivenza intendano intraprendere.

Nella relazione al disegno di legge si giustifica tale scelta per avere la legge 76 del 2016 “*introdotto all’art. 1, commi da 50 a 64, il contratto di convivenza*”.

Diciamo subito che si tratta di argomento che è suscettibile di essere approfondito nella misura in cui, da un lato, il possibile contenuto del contratto di convivenza così come delineato dalla L. 76 cit. si presenta (almeno a stare alla *littera legis*) piuttosto limitato e, in virtù del combinato disposto dei commi 57 lett. b) e 36 dell’art. 1 L. 76 cit., non può che intervenire tra soggetti legati da una convivenza attuale.

Per altro verso difficilmente si giustificerebbe che la vera e propria “esplosione” di autonomia privata nelle relazioni familiari a cui darebbe luogo l’attuazione del programma di riforma in esame non avesse riguardo alla convivenza fuori dal matrimonio nella quale la scelta di autonomia è massima e tendenzialmente destinata ad operare nella sua massima espressione.

## **2. Le ragioni del preannunciato intervento di revisione del codice**

Nella prospettiva in cui vengono svolte le odierne riflessioni, non potendo trovare posto la ricerca della *ratio* di disposizioni normative ancora in divenire, si giustifica, invece, un cenno alla *ocasio legis* ed alla funzione che i proponenti intendono assegnare all’avanzamento ordinamentale.

A questo ultimo riguardo nella relazione governativa si fa espresso riferimento ad una “*lacuna del nostro ordinamento*” che, a ben vedere, tale non può essere considerata proprio in virtù delle (peraltro assai numerose) disposizioni di settore che vengono ivi puntualmente richiamate e degli interventi giurisprudenziali dei quali si registra correttamente la ricorrenza e l’esito.

Quindi, forse più propriamente, l’esigenza a cui si vuole sopperire è una specificazione ed un ampliamento della normativa esistente che abbia un ritorno sia in termini di deflazionamento del contenzioso sia di prevedibilità delle decisioni in materia.

Non si manca tuttavia di dare voce ad un argomento richiamato assai di frequente ed a vario titolo nella letteratura sul tema, segnatamente alla circostanza che altri ordinamenti già conoscono e disciplinano i *prenuptial agreements*.

E' questo un rilievo (che potremmo definire) plurivalente.

Esso infatti vale, per un verso, a segnalare un possibile effetto indesiderabile derivante dalla situazione attuale del nostro ordinamento (che potrebbe indurre il fenomeno del cd *shopping law* agevolato dall'espresso disposto dell'art. 30 comma I della L. 218 del 1995 e dal reg. UE n. 1259/2010), ma serve anche ad evidenziare una evoluzione del "sentire sociale" comune ormai a più Paesi, compreso il nostro, che, a stare sempre alla relazione, non avrebbe trovato sin qui riflesso negli interventi del nostro legislatore che, per questa ragione, non potrebbero essere ulteriormente ritardati.

Ma la opportuna (e diremmo ormai indispensabile) considerazione degli ordinamenti altri rispetto al nostro consente di evidenziare alcuni aspetti del tema qui in discussione sui quali, invece, il disegno di legge e la relazione che lo accompagna non si soffermano.

E' invero necessario mettere in evidenza che le discipline "concorrenti" degli accordi che, solo convenzionalmente, possiamo definire prematrimoniali vanno adeguatamente contestualizzate.

Si vuol dire che, ad esempio, per l'ambiente inglese "le convenzioni prematrimoniali ... non sono vincolanti per i Tribunali" (Jens M. Sherpe, *Rapporti patrimoniali ...*, *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 933).

Il diritto tedesco conosce gli *Eheverträge* che, tuttavia, possono essere dichiarati invalidi per la sopravvenuta sproporzione tra le risorse dei coniugi o, in presenza di rinunce unilaterali, quando queste siano rivolte ad escludere la tutela minima essenziale prevista dalla legge sul divorzio.

Il sistema francese invece adotta un approccio agli accordi preventivi simile al nostro attuale. seppure con aperture ordinamentali maggiormente pronunciate.

Sicchè, come ben si vede, l'accordo o è comunque sindacabile nel merito dal Giudice, o è sottoposto alla clausola *rebus sic stantibus* ovvero ancora ad una valutazione in termini di equità.

Sono queste scelte di fondo sulle quali – come evidenzieremo in conclusione – difficilmente ci si potrà esimere dal prendere posizione al momento di dare attuazione alla delega, perché mettono in discussione la “filosofia” stessa del programma di revisione del codice *in parte qua*, destinata diversamente a rimanere in bilico tra una riconduzione senza residui degli accordi in questione al diritto comune dei contratti ovvero, come chi Vi parla ritiene si debba fare, al mantenimento, anche per l’aspetto in esame, del carattere “speciale” che l’ambito delle relazioni familiari esige.

### **3. I limiti alla stipulazione degli accordi**

Il quesito appena segnalato induce a toccare subito il problema dei limiti posti alla stipulazione degli accordi “familiari”.

A questo proposito la indicazione desumibile dal disegno di legge, esplicitata dalla relazione, consente di affermare che, accanto ai tradizionali e noti “paletti” posti all’autonomia contrattuale (costituiti dalle norme imperative, dall’ordine pubblico e dal buon costume) si richiede il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana.

E questo un aspetto di decisivo rilievo per il tema che qui ci occupa.

E ciò non soltanto perché, seppure consueto, il riferimento alle norme imperative, all’ordine pubblico ed al buon costume richiede nella materia *de qua* opportune (e non sempre agevoli) specificazioni, quanto in ragione della necessità di verificare in concreto in che termini si ponga, nell’ambito particolare in cui ci muoviamo, una esigenza (quella del rispetto dei diritti fondamentali dell’individuo) alla quale, è fin troppo ovvio osservarlo, non può dirsi sottratta alcuna delle esplicazioni dell’autonomia privata.

La relazione al disegno di legge sul punto non offre particolari lumi, limitandosi a ribadire il carattere indisponibile dello *status* (di coniuge e di unito civilmente) e ad alludere alla sopravvivenza di diritti indisponibili allo scioglimento del matrimonio ed alla cessazione dell’unione civile.

Viene qui in gioco uno dei profili più delicati e centrali (ma anche controversi) della materia su cui il Governo intende incidere, e cioè quello della regolamentazione pattizia e preventiva degli aspetti patrimoniali della patologia del rapporto matrimoniale (tema

questo studiato e dibattuto) e di quello tra gli uniti civilmente (su cui invece non vi è stato ancora il tempo di maturare adeguate riflessioni).

Diciamo subito che, pure in ordine a questo profilo, si mostra ancora una volta rivedibile la scelta di escludere *a priori* dall'ambito del programmato intervento riformatore la convivenza fuori dal matrimonio. Invero, la disciplina della convivenza *more uxorio* introdotta con la L. 76 del 2016, a proposito della cessazione della relazione si rivela, forse inderogabile, ma certamente minimale (ex art. 1 comma 65 L. 76 cit.) e quindi suscettibile di essere integrata con atti di autonomia.

Va subito dopo valutata, al di là della nota suggestione che vede nel percorso dallo *status* al contratto la cifra distintiva dell' odierno *trend* della regolamentazione dei rapporti di coppia, la tenuta del principio della indisponibilità dello *status* di coniuge.

Il cd. divorzio breve e quello acquisito con l'intervento dell'Ufficiale dello Stato civile impongono di rimeditare la questione che, comunque, è bene ribadirlo, trovava già nella oggettivazione delle cause di scioglimento del matrimonio, nella non rilevabilità officiosa della riconciliazione tra i coniugi e nell'istituto del divorzio a domanda congiunta seri elementi di riflessione.

E tuttavia, a prescindere da questo rilievo, deve essere considerato se, nel novero dei "diritti fondamentali della persona" debbano trovare posto quelli che, con una espressione onnicomprensiva e secondo una nota veduta dottrinale largamente recepita dalla giurisprudenza, potrebbero definirsi come i diritti connessi all'obbligo di solidarietà postconiugale.

Una nota decisione delle Sezioni Unite (Cass. S. U. 11 luglio 2018 n. 18287), in quell'occasione guidata da Chi presiede questa sessione del Convegno, (pronuncia che da una parte dalla dottrina è stata letta proprio come un'apertura in favore degli accordi prematrimoniali, pur se l'oggetto della controversia riguardava la determinazione dell'assegno divorzile) ha da ultimo negato che in questo ambito siano in gioco diritti indisponibili, seppure sia stato precisato che "*la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà*".

E' recente, però, nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 30.1.2017 n. 2224), l'affermazione, che non va esattamente nella direzione indicata dalle Sezioni Unite, della nullità degli accordi raggiunti in vista del divorzio ed aventi ad oggetto l'assegno divorzile "*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*".

Occorre forse riconoscere che il programma di novellazione del codice con riferimento agli istituti in questione non possa essere attuato validamente senza un adeguato ed attento coordinamento con la disciplina vigente e con l'affermazione positiva di alcuni punti fermi, in mancanza dei quali il rischio di dare luogo a contrasti tra disposizioni o a vere e proprie antinomie è veramente elevato.

#### **4. Il “come” ed il “dove” della ipotizzata novella**

Il rilievo appena operato impone di prevedere concretamente la tecnica della novellazione.

Su questo punto possono costituire un buon orientamento i progetti di legge in argomento posti da tempo all'esame del Parlamento, che sono stati già oggetto di esame e di valutazione da parte della dottrina e che tuttavia non possono in questa sede essere oggetto di analitica disamina.

Vanno però segnalati almeno alcuni profili ricorrenti e tra questi, in primo luogo, l'esigenza di tenere presenti (in sede di legge delega) non esclusivamente le disposizioni del codice civile, ma anche la legislazione speciale ed il codice di rito.

Se quindi, per raggiungere il divisato fine di introdurre nel nostro ordinamento gli accordi cd. prematrimoniali, è comune ai vari progetti l'integrazione della disciplina delle convenzioni matrimoniali, altrettanto frequente si mostra la proposta di modifica della regolamentazione in tema di scioglimento del matrimonio e di procedimento di separazione personale.

Altrettanto evidente è il collegamento, peraltro individuato *ex professo* nella relazione al disegno di legge in rassegna, con la neo introdotta disciplina della negoziazione assistita e con la regolamentazione delle unioni civili.

Ne esce il quadro di una legislazione in materia di rapporti familiari veramente cospicua, che però ormai si trova solo in parte collocata nel codice civile e che forse meriterebbe, magari nel medio periodo, di essere coordinata e sistematizzata come già da più parti si auspica.

### **5. La forma degli accordi**

Proprio il riferimento agli istituti della negoziazione assistita e delle unioni civili, appena menzionati, consente di mettere in luce un aspetto del tema non considerato esplicitamente nel disegno di legge in commento e cioè quello della forma degli accordi.

Potrebbe dirsi che una tale omissione si giustifichi alla luce del rilievo che se gli accordi in questione si devono conformare alla disciplina delle convenzioni matrimoniali, allora debbono essere necessariamente adottati al par di quelle mediante atto pubblico.

Ove però si voglia, sul punto e per altro verso, tenere conto dell'evoluzione normativa, e dall'altro soddisfare comunque l'esigenza che gli accordi in questione rispondano a determinati requisiti tecnici (quali, solo per esemplificare, una necessaria ed esauriente *disclosure* del contesto fattuale che ne accompagna la stipulazione e la predisposizione di clausole di salvaguardia da sopravvenienze), l'assistenza professionale (da parte del notaio o dell'avvocato che autenticano la sottoscrizione delle parti) che caratterizza gli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita e la stipula del contratto di convivenza appare (un buon modello) utilizzabile, con gli opportuni adattamenti, per garantire il rispetto dei limiti all'autonomia dei partner imposti dal legislatore.

### **6. Gli accordi sullo svolgimento delle relazioni familiari in assenza della crisi**

Come si rilevava all'inizio la revisione del codice è, almeno nelle intenzioni manifestate nel testo in esame, destinata ad incidere anche su aspetti ai quali è del tutto estranea la crisi, come l'indirizzo della vita familiare, l'educazione dei figli e più in generale i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi (o tra gli uniti civilmente).

In questa dimensione a nostro avviso devono essere sciolti preliminarmente, e la programmata legge delega potrebbe costituire occasione propizia, una serie di interrogativi che hanno sin qui alimentato il dibattito sul ruolo dell'autonomia privata nel diritto della

famiglia (da intendere oggi in una accezione comprensiva della famiglia fondata sul matrimonio, dell'unione civile e della convivenza di fatto).

Innanzitutto, e limitando qui l'osservazione al più collaudato ambito della famiglia fondata sul matrimonio, occorre precisare l'ambito di operatività dell'art. 160 c.c. in relazione al disposto dell'art. 143 stesso cod. e stabilire *in limine* se la inderogabilità dei diritti (e dei doveri) nascenti dal matrimonio determina (solo) che tali situazioni giuridiche soggettive non possano legittimamente essere escluse dal contesto matrimoniale ovvero sia pure inibita una loro diversa modulazione rispetto ai parametri codicistici (si pensi al principio di proporzionalità che assiste il dovere di contribuzione generalmente ritenuto inderogabile, ma la questione si presenta ancora più complessa se riferita, ad esempio, a situazioni giuridiche soggettive a contenuto eminentemente personale come il dovere di fedeltà).

Né può eludersi il problema della ultrattività dell'art. 160 c. c. e della sua sopravvivenza alla crisi o al venir meno del matrimonio.

In mancanza di questi interventi sull'esistente lo *jus superveniens* è destinato a interferenze o a vere e proprie sovrapposizioni che inevitabilmente finirebbero per alimentare i contrasti interpretativi ed applicativi che in fondo la riforma si propone di eliminare ed ai quali si potrebbe ovviare limitando *ex ante* la operatività dell'accordo in un funzione di una specificata novellata formulazione delle preesistenti disposizioni codicistiche.

Il disegno di legge delega potrebbe poi costituire la sede per rimeditare, come molti sollecitano, la individuazione della comunione degli acquisti quale regime legale della famiglia operata dalla riforma del '75 (anche se - è bene sottolinearlo con forza - l'opzione operata sul punto dalla prima grande riforma del diritto di famiglia ha un rilievo sistematico ineludibile nella vigente disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi e non ci si potrebbe, ad esempio, limitare alla mera sostituzione della comunione legale con la separazione dei beni).

Ancora più delicata è la questione degli accordi sull'indirizzo della vita familiare e sull'educazione dei figli.



Invero, se è consentito dubitare del reale rilievo assiologico della indicazione contenuta nell'art. 144 c.c., che finalizza l'accordo coniugale al perseguimento del preminente interesse della famiglia (interesse non superindividuale, ma, secondo la lezione falzeiana, risultante unitaria degli interessi di ciascuno dei componenti la famiglia), e parimenti può discutersi del significato riconducibile al riferimento, contenuto nel comma 11 dell'art. 1 della L. 76 cit., ai "bisogni comuni" degli uniti civilmente, la superiorità dell'interesse della prole minore (o non autosufficiente) è dato positivo sicuro e non riducibile.

Sicché gli accordi in parola, anche se sul punto il disegno di legge non prende posizione, non potranno giammai porsi *against the best interests of the child*.

Ed infine non si può escludere (perché un tale dato non si desume dal disegno di legge in commento) che gli accordi che abbiano ad oggetto la vita familiare (ove conclusi tra nubendi o tra coniugi) riguardino la stessa procreazione sollevando dubbi che, se certamente non possono essere confinati sul piano del diritto, mettono in tutta evidenza, proprio in quest'ultima dimensione, il tema dei rimedi esperibili nelle ipotesi di inadempimento dell'accordo che è argomento il cui rilievo deve essere valutato, ovviamente al di là della specifica ipotesi considerata, proprio per il carattere "preliminare" che in generale l'accordo in questione può rivestire.

### **A mò di conclusione**

Ove sia consentito trarre dalla esposizione sin qui condotta qualche indicazione conclusiva *de iure condendo*, possono sottolinearsi, tra i molti meritevoli di segnalazione, i punti che seguono.

- Occorre valutare l'opportunità di mantenere l'esclusione dei conviventi *more uxorio* (o di chi programmi la instaurazione di una siffatta relazione di coppia) dall'ambito di applicazione della novella. Una siffatta verifica deve essere operata rispetto alle finalità della programmata riforma, alla disciplina vigente ed alla dimensione ontologica e sociale del fenomeno dati questi ultimi che devono però, nel contempo, fungere da necessari parametri di riferimento per operare una

inevitabile differenziazione tra gli accordi in vista del matrimonio e quelli preliminari alla costituzione dell'unione civile.

- Se è il momento di rimeditare *funditus* il tema della indisponibilità dello *status* coniugale e della natura delle pretese patrimoniali collegate ad una crisi (in atto o semplicemente potenziale) tra *partners*, occorre però assumere piena consapevolezza che non è consentito – anche ove questo riguardo possa pregiudicare le finalità deflative della riforma – eludere proprio in materia di negozi familiari un controllo [in termini di equità e nell'ambito del quale possa tenersi conto anche del principio *rebus sic stantibus* (il primo espressamente previsto dal comma 8° dell'art. 5 della L. 898 del 1970 ed il secondo limite del giudicato in materia di provvedimenti conseguenti alla separazione ed al divorzio)] allorquando rilevanti settori del diritto contrattuale sono stati progressivamente sottratti alla disciplina generale contenuta nel codice per realizzare la tutela di una parte contrattuale ritenuta meritevole di particolare protezione.
- L'interesse superiore del minore deve costituire dato comunque non negoziabile e quindi, nel contempo, limite invalicabile di qualunque accordo che riguardi la prole e necessario criterio di valutazione del suo contenuto.