



Diritto Civile

Lo scioglimento delle comunità di vita per via negoziale

di [Giovanna Chiappetta](#)

4 dicembre 2018

Abstract: La riflessione si incentra sulla funzione dell'autonomia negoziale nella gestione preventiva della crisi familiare. L'indagine non si limita agli aspetti patrimoniali della gestione della crisi, ma include anche gli elementi esistenziali dei componenti il nucleo familiare *tipico* o *atipico*. Il riferimento va alla capacità dell'autonomia negoziale di dar vita a contratti e/o accordi regolativi anche delle relazioni familiari *atipiche* quali ad esempio quelle tra genitore sociale e figli del coniuge, unito o convivente, alle altre persone e agli altri rapporti che hanno rilevanza giuridica e che, tuttavia, sono privi di tutela specifica nel momento della crisi familiare. L'obiettivo è dimostrare che l'autonomia negoziale, nella regolamentazione della crisi familiare, può svolgere una funzione di tutela anche sussidiaria e, talvolta, creativa rispetto alla legge di una disciplina per la protezione di interessi meritevoli. L'interpretazione scaturisce dalla lettura congiunta – e in prospettiva diacronica – degli artt. 160 e 161 c.c., delle norme di diritto internazionale nonché della normativa dell'U.E., che consentono alla coppia di scegliere la legge e gli strumenti di ordinamenti stranieri da applicare ai rapporti patrimoniali e nel contempo esistenziali della comunità di vita nel rispetto del limite dell'ordine pubblico.

Premessa

Un argomento che ha suscitato grande interesse nelle più recenti discussioni dottrinali in ambito civilistico e internazionalprivatistico è quello dei c.dd. «accordi preventivi sulla crisi», cioè i patti tra i nubendi o coniugi – o, più in generale, tra le parti di una comunità di vita[2] –, destinati a regolare l'eventuale futura crisi. È necessario oggi riflettere sull'ammissibilità e sulla vincolatività della regolamentazione negoziale in vista della crisi perché nel corso degli ultimi decenni è mutato il sistema giuridico di riferimento. Quest'ultimo, sotto il profilo diacronico, presenta da un lato interventi di semplificazione[3], e dall'altro un'integrazione con l'ordinamento dell'Unione Europea e con quello più ampio del Consiglio d'Europa. Occorre esaminare, quindi, il fondamento di tale negozialità valutando la meritevolezza degli interessi regolamentati convenzionalmente nel mutato contesto normativo, integrato e semplificato.

1. Analisi retrospettiva sugli accordi in vista della “crisi” tra i coniugi ed il limite tradizionalmente individuato nell’art. 160 c.c.

Nonostante il mutamento del quadro normativo e le aperture della dottrina, la Suprema Corte continua a ribadire l'orientamento restrittivo nei confronti degli accordi in vista del divorzio. Con la sentenza n. 2224 del 2017 (sez. I), il giudice di legittimità afferma che

gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico – patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 cod. civ. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla cessazione degli effetti civili del matrimonio[4].

A fondamento dell'interpretazione appena esposta, si è ritenuto che l'accordo preventivo produce l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e di rendere disponibile anche lo *status* di coniuge, *con violazione dell'art. 160 c.c.*

L'esame della giurisprudenza mette quindi in luce i gravi inconvenienti cui dà origine la lettura dell'art. 160 c.c. in relazione ai patti sulla crisi. L'applicazione di quella norma, considerata prescrittiva, ad inderogabilità assoluta e totale, ha portato sia a qualificare come nulli per illiceità della causa gli accordi in vista del divorzio se perfezionati in patria da coniugi italiani,

sia a considerare validi i medesimi patti in vista del divorzio perfezionati da cittadini stranieri residenti in Italia[5].

2. Accordi domestici ed accordi con elementi di estraneità nel quadro legislativo interno

La prima decisione della Suprema Corte nella quale si afferma compiutamente la nullità degli accordi “domestici” in vista del divorzio risale al 1981[6]. La pronuncia ha ad oggetto sia gli accordi sull’assegno divorzile spettante all’ex moglie sia quelli per il mantenimento dei figli minorenni affidati alla madre conclusi durante la separazione per il futuro divorzio. In deroga all’art. 9 della legge sul divorzio, i coniugi avevano previsto nell’accordo che «a nessuna revisione dell’assegno né per l’ex moglie, né per i figli a lei affidati si sarebbe potuto far luogo per tre anni». L’invalidità del regime economico era dettata dal contrasto con la previsione dell’art. 9 «in quanto *il movente* che li ha determinati appare legato *al condizionamento del contegno processuale tra le parti*». La Corte afferma che lo scioglimento del matrimonio non poteva dipendere dalla mera volontà delle parti, non esistendo all’epoca «un divorzio consensuale».

Come è noto, l’unico processo divorzile sino a quel momento previsto dalla legge era quello contenzioso e vigeva ancora l’istituto dell’opposizione al divorzio del coniuge «incolpevole»[7] (art. 3, n. 2 lett. b, l. div.). L’accordo preventivo sull’assegno divorzile poteva, quindi, vincolare il coniuge incolpevole a non far valere l’opposizione. La illiceità si faceva discendere dalla «funzione di prezzo o contopartita per il consenso al divorzio – anche per quanto attiene alla volontà stessa di divorziare»[8].

A distanza di pochi anni, nel 1984, la Cassazione ritorna *sui medesimi accordi economici anteriori al divorzio*[9]. Come nel precedente caso domestico del 1981, la questione della contrarietà all’ordine pubblico interno sollevata dall’ex marito riguarda le clausole dell’accordo relative alla misura dell’assegno per l’ex coniuge e per il figlio minorenne. Questa volta, però, si tratta di «convenzione familiare tra cittadini stranieri» soggetta alla disciplina di diritto internazionale privato (previgenti artt. 19 e 20 delle disp. prel. c.c.). Per il giudicante, l’accordo *de quo*, pur diretto «a regolare i diritti e doveri delle parti dopo lo scioglimento del matrimonio, non può ritenersi illecito quando la legge straniera ad essi applicabile (legge statunitense comune alle parti) preveda il divorzio e la validità di detti accordi». Quest’ultimo è un accordo di natura privatistica che “senza alcuna omologazione” è efficace nel territorio nazionale secondo l’ordine pubblico internazionale. Gli accordi in esame infatti non possono ritenersi illeciti quando la legge straniera applicabile e nel contesto storico-sociale-giuridico il divorzio non sia considerato

«vulnus deprecabile e gli accordi non siano intesi come diretti a far deviare il giudizio divorzile dalla reale volontà delle parti e dalla sua disciplina legale». In tali circostanze, la Cassazione non individua «una violazione dell'art. 5 legge n. 898 del 1980 in tema di competenza esclusiva del giudice nel disporre l'obbligo dell'assegno divorzile e la sua entità», limite di ordine pubblico esclusivamente interno.

I fenomeni socioeconomici di mondializzazione che investono anche il diritto[10] consentono oggi una rimeditazione del rapporto tra autoregolamentazione e regola eteronoma nella crisi familiare. Nell'attuale fase delle relazioni interpersonali, anche transnazionali, l'eccezione dell'ordine pubblico (o quella di abuso del diritto o di frode alla legge) è il limite all'autonomia negoziale familiare non soltanto nell'applicazione diretta dell'ordinamento nazionale, ma anche sul piano del riconoscimento di situazioni, decisioni, provvedimenti ed accordi originati all'estero.

L'individuazione del ruolo e della portata dell'ordine pubblico nonché l'effettività della applicazione nel sistema integrato spetta anche alle giurisdizioni europee. La tutela dello *status* di cittadino europeo e delle situazioni ad esso connesse potranno essere oggetto di valutazione della Corte di giustizia così come le misure interne in violazione dei diritti umani fondamentali possono essere vagliate anche dalla Corte di Strasburgo. In tale contesto, che oggi appare profondamente mutato, le disposizioni del diritto di famiglia tradizionalmente inderogabili per ragioni di ordine pubblico sono suscettibili di variare in base alle circostanze del caso ed alla luce della considerazione dei diritti fondamentali dell'uomo[11]. L'analisi della giurisprudenza della Corte di Cassazione concernente la riconoscibilità di accordi stranieri aventi ad oggetto la regolamentazione di situazioni familiari esistenziali e familiari in vista della rottura del rapporto ha messo così in luce che le argomentazioni giuridiche poste dal giudice di legittimità a fondamento delle proprie decisioni ruotano tutte intorno alla dicotomia ordine pubblico interno/ordine pubblico internazionale.

Tuttavia, il modello tradizionale di famiglia fondata sul matrimonio tra uomo e donna non è più l'unico modello possibile nel sistema nazionale; il pluralismo dei modelli familiari o matrimoniali formati per scelta in un altro Stato secondo regole diverse da quelle in vigore nello Stato del riconoscimento potrebbe dar luogo ad un contrasto con l'ordine pubblico interno. Il limite dell'ordine pubblico *tout court* va ridefinito con prevalente riguardo “alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali”[12], il che implica una modifica dei parametri di riferimento, escludendosi da tali ambiti la rilevanza di norme nazionali non più corrispondenti a principi inviolabili.

La più volte richiamata sentenza della Cassazione n. 2224 del 2017, in ragione del principio *tempus regit actum*, chiarisce di non aver tenuto conto delle innovazioni: «esulano dal presente esame le recenti aperture sugli accordi in vista del divorzio, anche in relazione alle nuove forme processuali, come quella c.d. ‘congiunta’, attraverso le quali la relativa domanda può essere proposta».

Il tema della liceità dei patti in vista del divorzio richiede, quindi, l’esame del quadro legislativo sotto il profilo diacronico[13].

3. L’autonomia negoziale nella gestione della crisi e l’introduzione del c.d. divorzio privato

Il modello familiare tradizionale era fondato, com’è noto, sia nel diritto italiano sia nel diritto internazionale privato, sull’autorità della legge. Confinata per lungo tempo nella disciplina dei contratti, l’autonomia negoziale oggi ha assunto invece una portata generale nel diritto civile. L’ordinamento (così come da tempo anche la dottrina) riconosce spazi sempre più ampi all’autodeterminazione del singolo negli ambiti non strettamente patrimoniali[14]. Questa apertura all’autonomia negoziale ha direttamente inciso anche sulle relazioni familiari: si pensi agli strumenti stragiudiziali per la dissoluzione dei legami tra coniugi, conviventi o uniti civili, o, ancora, alle forme ammissibili di destinazione familiare *ex art. 2645-ter c.c.*, al patto di famiglia, alla legge sul “dopo di noi”[15]. Inoltre, si pensi anche alla legge sul consenso informato al trattamento sanitario (l. 219/2017)

Si assiste quindi ad un processo di progressiva “privatizzazione” e semplificazione della composizione della crisi fondata sulla regola dell’accordo. In tale contesto, intervengono le diverse forme di “divorzio privato”, ossia senza la partecipazione, di natura costitutiva, di un giudice o di un’autorità pubblica o senza il loro controllo di merito, che hanno ampliato i margini di autoregolamentazione nella vita familiare.

Vi è, quindi, la necessità di coordinare tale profilo di autonomia con la effettiva tutela dei soggetti coinvolti nella crisi familiare. Le recenti aperture sugli accordi di divorzio sono la conseguenza di interventi relativi alle forme processuali con la previsione del divorzio a domanda congiunta[16], che non prevede alcun intervento del giudice per le pattuizioni tra i coniugi, se non quello sul controllo di equità relativo all’assegno *una tantum*, dall’altro – più importante – quello stragiudiziale dinanzi all’ufficiale di stato civile ad istanza c.d. “congiunta” per i coniugi e anche “disgiunta” per gli uniti civili (art. 1 comma 24 l. 76 del 2016).

Nel quadro degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra coniugi, l'art. 12 del d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014 n. 162), ha introdotto misure di degiurisdizionalizzazione relative alla separazione, al divorzio o alla modificazione delle condizioni della crisi che consistono in un procedimento semplificato davanti all'ufficiale di stato civile. Tale procedimento si esaurisce nella duplice comparizione dei coniugi davanti all'ufficiale di stato civile ed è consentito soltanto in mancanza di figli di entrambi i coniugi (o uniti) minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti o con grave disabilità (ex art. 3, 3° comma, l. 104/92).

Le riforme sui procedimenti per lo scioglimento del vincolo matrimoniale hanno prodotto importanti riflessi sul matrimonio *“more italico”* e sul ruolo dell'autonomia negoziale nella gestione giudiziale dei conflitti familiari. La procedura *“municipale”* riconosce all'accordo dei coniugi[17] il potere di estinguere lo *status* coniugale (o di unito) e di concordarne le condizioni. È così superato il dogma della giurisdizione necessaria costitutiva. La doverosità delle attribuzioni tra i coniugi si può fondare sulle loro decisioni comuni[18]. Di qui l'irragionevolezza sopravvenuta della presunzione del commercio di *status*. Quanto sostenuto vale ancor di più per le unioni civili, rispetto alle quali il dispiegarsi dell'autonomia trova ulteriori aperture in virtù delle previsioni dello scioglimento per mera volontà anche di un partner (art. 1 co. 24 l. 76/2016).

La disciplina stragiudiziale apre al riconoscimento dell'accordo preventivo che guarda al futuro[19]. L'ufficiale di stato civile riceve la dichiarazione dei coniugi di far cessare gli effetti civili del matrimonio e di ottenerne lo scioglimento «secondo le condizioni tra di esse concordate» (art. 12 comma 3), in analogia con la legge sul dopo di noi. Il tempo del perfezionamento dell'accordo non ha nessuna rilevanza, al contrario del suo contenuto, che dev'essere precostituito prima della richiesta di divorzio[20]. L'accordo potrà essere allegato al verbale, farne parte integrale in quanto trascritto nel medesimo, o ancora, richiamato genericamente in esso. La formula «secondo le condizioni tra di esse concordate» lascia che le parti decidano in merito. La trascrizione o l'allegazione dell'accordo nel verbale non muta la natura privatistica della regolamentazione. L'inserimento o richiamo nel verbale non è, infatti, né una forma di omologazione né un requisito di efficacia delle pattuizioni concluse tra le parti. *La vincolatività discende perciò dall'atto negoziale e, come in qualsiasi atto di autonomia, è possibile che vi sia un controllo ex post.*

Sussiste ancora il problema di individuare quali siano i limiti oltre il quale l'interesse comune dei coniugi non giustifica le conseguenze dello scioglimento. L'accordo infatti «non può contenere patti di trasferimento patrimoniale». Il divieto[21], secondo una condivisibile lettura restrittiva,

si riferisce esclusivamente ai trasferimenti immobiliari[22]. La convenzione può regolare una pluralità di rapporti esistenziali e/o patrimoniali tra i coniugi.

Il secondo limite è dato dalla non esistenza di figli di entrambi i coniugi minorenni o maggiorenni con gravi disabilità o non autosufficienti economicamente. Non rileva la presenza di c.dd. figli della famiglia in analogia a quanto previsto dalla legge sul divorzio (v. art. 4, co. 4 l. div.). La circolare del Ministero dell'Interno n. 6/2015, ai fini dell'operatività della procedura, qualifica come figli solo quelli comuni dei coniugi richiedenti. I rapporti del genitore sociale nei confronti del figlio del coniuge o del partner non sono sottoposti espressamente ai controlli giurisdizionali[23]. Tale interpretazione, però, non tiene conto della rilevanza del rapporto di fatto esistente tra il genitore sociale ed il figlio del coniuge e del diritto quanto meno alla continuità affettiva[24]. Un argomento in tal senso può trarsi dalla giurisprudenza delle Corti europee e dalla loro visione funzionale della famiglia. Concezione questa ultima che si basa sulla valutazione del rapporto sociale affettivo instauratosi tra genitore e figlio, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi. I coniugi potranno regolamentare i rapporti (esistenziali e/o patrimoniali) tra genitore sociale e figlio della famiglia mediante un accordo in vista del divorzio.

Gli accordi per la gestione preventiva della crisi possono così intervenire per regolamentare anche le future misure nell'interesse "dei figli della famiglia"; quest'ultimo, previsto dalla *section 25*, par. 1 del *Matrimonial Causes Act 1973* quale criterio da tenere in particolare considerazione nella ripartizione del patrimonio in caso di crisi familiare, comprende tutti i minorenni che sono stati trattati come figli dal coniuge o dal partner[25].

Riconosciuta l'operatività dell'accordo "domestico" per lo scioglimento del vincolo matrimoniale, il negozio può svolgere la funzione creativa di una regola per il preminente interesse in concreto del figlio di famiglia.

Se il mero fatto della procreazione crea effetti anche tra i genitori biologici (art. 30 Cost.), pur in assenza di legami affettivi o di reciproca assistenza tra di loro[26], il rapporto di "genitorialità sociale" può fondare il regolamento negoziale. Il principio di solidarietà discendente dall'affetto e dalla consuetudine di vita giustifica le attribuzioni patrimoniali del genitore sociale nei confronti del figlio del partner e le condizioni per la continuità affettiva concordate nei patti pre-crisi. Si determina quindi una conseguenza: "la concezione funzionale della famiglia che guarda al rapporto prima che all'atto"[27].

4. Dalla famiglia-istituzione tipizzata (atto-status-effetti) alle famiglie funzionali (rapporto-effetto)

La soluzione enunciata dalla giurisprudenza di legittimità sui casi domestici citati in precedenza[28] si pone nell'ottica savignyiana che collega all'acquisto dello *status* di coniuge (ora anche a quello unito civile) effetti inderogabili *ex lege*. La soluzione discende in principio dalla relazione di dipendenza logica e cronologica tra atto-*status*-effetti che tuttavia non corrisponde alla attuale realtà giuridica. La concezione funzionale delle "famiglie" ha messo infatti in luce che gli effetti possono, anche in assenza di un valido atto dichiarativo, fondarsi sulla solidarietà e sull'affetto esistente tra i membri del gruppo familiare[29].

Dalla lettura dell'art. 160 c.c. si qualificano *contra legem* le «condizioni anche soltanto patrimoniali [in vista] di un [...] eventuale divorzio poiché in tal modo verrebbero a modificare inevitabilmente il tipo di matrimonio [...] disciplinato dal diritto italiano»[30]. Il tipo di matrimonio va letto in una prospettiva diacronica. Esso si caratterizza per il regime che il legislatore prevede in costanza del vincolo e per il modo nel quale esso può sciogliersi. Va detto però che oggi tanto il regime in costanza del vincolo quanto l'*an* e il *quomodo* dello scioglimento sono rimessi all'autodeterminazione dei coniugi in virtù della libertà di indirizzo familiare. Il riconoscimento del diritto potestativo di separarsi e di divorziare per garantire la libertà di *status* e le condizioni "semplificate" per riacquistarla hanno perciò modificato in maniera significativa la natura stessa del vincolo. Il tipo astratto di matrimonio così come modificato va poi calato nel 'contesto sociale' dei coniugi[31]. L'art. 144 c.c. lascia all'autonomia dei coniugi, con l'eventuale partecipazione dei figli anche minorenni (artt. 145, 316, 336-bis c.c.), le modalità e la concretizzazione delle situazioni inderogabili (art. 160 c.c.).

I coniugi, nel rispetto del regime primario inderogabile, possono concordare il regime secondario e modificarlo *ad libitum* per fronteggiare le mutevoli esigenze nello specifico contesto familiare. Le soluzioni "imposte" dall'esterno (art. 145 c.c.) finalizzate «alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia», intervengono *esclusivamente* in caso di disaccordo dei coniugi, se investono "affari essenziali" (non diretti a tutelare gli interessi dei figli) e se entrambi i coniugi ne fanno richiesta.

L'art. 161 c.c., non novellato nella riforma del diritto di famiglia del 1975[32] (richiamato dall'art. 210 c.c.), prevede che gli sposi possono pattuire che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi straniere o dagli usi. La condizione per l'applicazione del regime straniero è l'enunciazione espressa del contenuto di esso. Tale articolo non è richiamato per le unioni civili e si è ritenuto ammissibile anche un rinvio *per relationem* a discipline straniere[33]. Tuttavia,

l'applicazione dell'art. 210 c.c. alle unioni civili rimette in gioco l'art. 161 c.c. Gli uniti possono convenzionalmente modificare il regime della comunione legale dei beni alle condizioni dell'art. 210 c.c., perciò la modifica potrà avvenire «purché i patti non siano in contrasto con le disposizioni dell'art. 161». Pertanto, tale richiamo indiretto ha reso inutile quello espresso nel citato comma 13 della l. n. 76/2016.

Benché l'articolo 161 c.c. abbia trovato scarsa applicazione nella prassi, esso svolge una funzione importante in quanto consente anche alle coppie “statiche” di scegliere il regime patrimoniale secondario, cosicché l'autonomia delle coppie risulta notevolmente ampliata.

Il dettato dell'art. 161 c.c. contiene *in nuce* il fenomeno di “privatizzazione” e di “semplificazione” della composizione della crisi fondata sulla regola dell'accordo anche mediante l'imitazione-importazione di modelli provenienti da altri sistemi.

Il regime atipico della regolamentazione patrimoniale mediante il richiamo della legge straniera non può tuttavia tradursi come strumento di elusione dei limiti di ordine pubblico.

5. Il regime giuridico delle coppie internazionali

Il rinvio a disposizioni di altri Stati, contemplato nell'art. 161 c.c., è in linea con l'art. 30, co.1, l. 218 del 1995, che, nel diritto internazionale privato, concede alle c.dd. coppie internazionali (miste o per quelle a distanza) la scelta della legge applicabile ai loro rapporti patrimoniali in base alla residenza o alla cittadinanza. Tale regime dettato per i coniugi transnazionali è stato esteso alle parti delle unioni civili dall'art. 32-ter l. 218 del 1995 (*pactum de lege utenda*)[34]. Questa apertura alla scelta della legge applicabile è prevista anche nel diritto privato internazionale europeo.

Il fenomeno dell'importazione-imitazione può avvenire anche mediante il riconoscimento di provvedimenti, decisioni o atti perfezionati all'estero nel paese di origine con la richiesta di riconoscimento nel paese di residenza o cittadinanza. La volontà di sottrarsi alla *lex fori* può essere considerata nell'ambito della cittadinanza europea e può trovare giustificazione nella libertà di circolazione e di soggiorno, cioè nello svolgimento delle situazioni connesse allo *status* di cittadino europeo[35].

L'art. 160 c.c. collega all'acquisto dello *status* di coniuge (ora anche a quello di unito civile) effetti inderogabili *ex lege*. Tuttavia, non tutte le inderogabilità sono assolute e totali, cioè colorate da illiceità. L'inderogabilità degli effetti dipende dal sistema, in virtù del quale muta la

qualificazione dell'effetto e/o il suo grado di inderogabilità.

Le disposizioni del diritto di famiglia tradizionalmente inderogabili per ragioni di ordine pubblico sono suscettibili di variare in base alle circostanze del caso ed al rispetto dei diritti e libertà fondamentali dell'uomo.

La norma che indica l'origine della genitorialità/filiazione nel matrimonio da due persone di sesso diverso non ha più carattere di ordine pubblico, così come anche quella che attribuisce la maternità alla partoriente (art. 269 c.c., co. 3 c.c.).

L'operatività dell'ordine pubblico si definisce con prevalente riguardo alle «esigenze di tutela dei diritti fondamentali [e libertà] dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dal Trattato sui diritti fondamentali dell'U.E. e dai trattati fondativi dell'U.E. e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo».[36] «[P]ertanto, l'accettazione o il rifiuto della norma straniera, *rectius* dei suoi effetti, avverrà sulla scorta di una valutazione di compatibilità o meno con i valori costituzionali e con quelli condivisi con la comunità internazionale, e non già con singole norme imperative»[37]. Un contrasto con l'ordine pubblico è ravvisabile esclusivamente per il fatto che l'accordo sia in violazione dei valori riconosciuti come fondamentali nell'ordinamento costituzionale, anche acquisiti nel sistema nazionale mediante il mobile rinvio a fonti internazionali.

Merita di essere ricordata, a questo punto, in relazione all'applicazione diretta dei principi fondamentali della persona umana, che sono alla base dell'ordinamento interno e integrato, l'affermazione della Corte di Strasburgo[38], secondo la quale «alla luce dell'importanza fondamentale rivestita dal divieto di discriminazione fondata sul sesso, non si può ammettere la possibilità di rinunciare al diritto a non costituire l'oggetto di una siffatta discriminazione, in quanto una siffatta rinuncia si scontrerebbe con un interesse pubblico importante». L'affermazione è stata ripresa dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia in relazione a un caso di ripudio secondo la *sharia*, che non conferisce alla moglie pari condizioni di accesso al divorzio. Se al marito è concesso un diritto a divorziare unilateralmente, tale diritto è negato alla moglie che può far ricorso ad un divorzio giudiziale sulla base di specifiche condizioni, ossia una malattia o un'affezione del marito. Nelle conclusioni, l'Avvocato Generale nella causa c-372/16, decisa dalla Corte di Giustizia il 20 dicembre 2017[39] mette in luce che neppure il consenso della moglie al ripudio incide e può superare la violazione del principio di non discriminazione in base al sesso. Il giudice tedesco del rinvio aveva sostenuto invece il superamento in concreto della discriminazione, avendo la moglie ripudiata accettato con una dichiarazione scritta le pattuizioni economiche previste nel contratto prematrimoniale. In tal modo, l'autorità tedesca

avrebbe disapplicato l'art. 10 del regolamento n.1590 del 2010.

Dunque, se il patto in vista del divorzio deve ritenersi astrattamente ammissibile in quanto non è accettabile il concetto di indisponibilità dello *status* di coniuge, la Corte di Strasburgo spiega che vanno verificate in concreto sia la liceità sia la meritevolezza della singola pattuizione, che non può contenere una rinuncia al diritto di non essere discriminati. Proprio nel caso di contratto prematrimoniale in vista del ripudio si può applicare l'arresto della Corte di Cassazione, che nel 2017 si è pronunciata sui patti in vista del divorzio: «di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione [al ripudio] potrebbe determinare il consenso» alla discriminazione e alla limitazione della libertà di stato.

Inoltre, *il consenso alla discriminazione incide sulla libertà di status della donna*. Quest'ultima può ottenere la libertà di stato solo se sussistano le condizioni tassativamente previste dalla legge islamica ossia una malattia o un'affezione grave del marito: ciò configura la lesione della fondamentale libertà di stato. Se ne può dedurre che l'art. 160, e quindi le situazioni inderogabili da esso discendenti, si collocano fuori dalla sfera di libera disposizione dei diritti anche da parte dei soggetti interessati *solo se basate sui valori considerati fondamentali in una visione diacronica*, quali il divieto di discriminazione (fondato sul sesso) e la libertà di *status*.

[1] Questo articolo è una versione ridotta del contributo che apparirà nella raccolta degli atti del XIII convegno SISDiC, svoltosi a Napoli tra il 3 e il 5 maggio 2017.

[2] Le riflessioni che seguono riguardano anche le unioni civili introdotte dalla l. 20 maggio 2016 n. 76, nonché le comunità di vita c.d. internazionale (che presentano elementi di estraneità o sono coppie transnazionali). L'indagine toccherà solo *incidenter tantum*, le convivenze tipiche (disciplinate dalla l. 76 del 2016) ed atipiche, stante il riconoscimento legislativo del contratto di convivenza. Sulle convivenze atipiche, U. Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto: Il nuovo contratto di convivenza*, in *La Nuova Giur. Civ: Comm.*, 2016, p. 1749 e ss.

[3] Intendendo con semplificazione gli interventi legislativi di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi familiare tra i quali si collocano: il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 (convertito con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014 n. 162), che ha introdotto misure stragiudiziali

relative alla separazione, al divorzio o alla modificazione delle loro condizioni. La semplificazione ha avuto come conseguenza il riconoscimento di spazi sempre più ampi all'autonomia negoziale dei membri di una comunità di vita i quali saranno esaminati *infra*.

[4] Cass. 2017 n. 2224 che richiama le precedenti sentenze dell'11 giugno 1981 n. 3777, in *Foro it.*, I, 1982, c. 184 e ss., e Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810.

[5] V. Cass. 3 maggio 1984 n. 2682, riportata per esteso in *Giur. It.*, 1984, c. 370 e ss.

[6] Cass. 11 giugno 1981 n. 3777, cit. Prima di questa sentenza, la Cassazione aveva in germe toccato la questione; così: Cass. 1977, n. 1305 e 1980, n. 4223. Tuttavia, dato il valore innovativo dell'arresto del 1981, il giudice di legittimità ha posto il principio enunciato a fondamento delle successive sentenze, assegnandogli quasi il valore di *precedente vincolante*.

[7] L'opposizione del coniuge incolpevole allungava di altri due anni il periodo di separazione quinquennale già maturato nel caso di separazione per colpa. L'accordo preventivo sull'assegno divorzile poteva, quindi, vincolare il coniuge incolpevole a non far valere l'opposizione[7]. La dottrina aveva sollevato dubbi di legittimità dell'istituto in relazione agli art. 2 e 29 Cost. affermando che «l'opposizione e l'elevazione del termine, ha dato a taluni coniugi uno strumento per far sopravvivere per due anni un matrimonio che ormai non è più tale da oltre cinque anni, impedendo all'altro di esprimere la propria personalità in una nuova famiglia legittima». Così F. Cipriani, *L'opposizione del convenuto nel processo di divorzio*, in *Foro it.*, 1979, c. 69 e ss.

[8] Cass. 2000 n. 1810, cit. Se il coniuge convenuto affermava: «non mi oppongo se mi dai cento», la sua dichiarazione era *tamquam non esset*: Così, Trib. Roma 29 gennaio 1972, in *Dir. fam.*, 1972.

[9] V. Cass. 3 maggio 1984 n. 2682, cit.

[10] Sul fenomeno, sia consentito il rinvio al mio *Status personae e familiae nella leale collaborazione tra le corti*, in *Famiglie e minori*, Napoli 2010, *passim*. V. anche D. Damascelli, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Riv. Dir. Int.*, 2017, p. 1071 e ss.; S. Marino, *Il diritto all'identità personale e la libera circolazione delle persone nell'unione europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 2016, p. 797 e ss.

[11] Così la norma che indica l'origine della genitorialità/filiazione nel matrimonio da due persone di sesso diverso non ha più carattere di ordine pubblico, così come anche l'art. 269, co. 3 c.c. che attribuisce la maternità alla partoriente (v. Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, e Cass. 15 giugno 2017, n. 14878.). L'interesse superiore di ciascun minorenne è elemento di costruzione

dell'ordine pubblico, interesse riferibile anche alla continuità dello *status* acquisito (*filiationis* di cittadino europeo) e di conoscere le proprie origini.

[12] Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, cit.

[13] Influenzano il modello del matrimonio nazionale l'abrogazione dell'opposizione al divorzio, la riduzione del tempo della separazione per il c.d. divorzio breve (introdotto nel 2015), la previsione della sentenza non definitiva "immediata" per lo scioglimento del vincolo nella procedura contenziosa (art. 4, co. 12 della l. div.) e gli altri interventi di semplificazione.

[14] Ad esempio, le direttive di fine vita contemplate nella l. 2017 n. 1. 219, l'anonimato materno e la sua revocabilità riconosciuto dalla Corte Cost. con la sentenza additiva di principio n. 278 del 2013.

[15] Legge 22 giugno 2016 n. 112, *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*.

[16] In sede di divorzio congiunto (art. 4, 16° comma, l. 898/1970) la legge non prevede alcun controllo di merito del giudice sulla congruità degli accordi raggiunti, quanto ai rapporti patrimoniali tra i coniugi. Solo l'art. 5, 8° comma, l. 898/1970 prevede un controllo di equità sull'accordo relativo all'assegno *una tantum*.

[17] Residua il dubbio se gli accordi relativi alle famiglie transnazionali siano inglobati nelle "decisioni" secondo il regolamento 2201 del 2003 ai fini del riconoscimento in ordinamenti dell'U.E.

[18] L'ufficiale di stato civile non svolge la funzione del Presidente del Tribunale non avendone i poteri. Infatti, non può tentare la conciliazione tra i coniugi (ex artt. 708 c.p.c. e 4, 7° comma, l. div.); né la decisione della separazione presuppone l'accertamento della intollerabilità della convivenza, o il divorzio quello dell'impossibilità di mantenimento o conservazione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi (ex artt. 1 e 2 l. div.).

[19] Così, Cass. 15 giugno 2017 n. 14878.

[20] Il contenuto dell'accordo è mutevole. Esso può prevedere, tra le altre cose, la prestazione di un assegno per garantire il tenore precedentemente goduto al coniuge, regolamentare la sorte dei beni della famiglia e l'assegnazione della casa, la continuità del cognome maritale o della coppia unita civilmente.

[21] Cons. di Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Foro it.*, 2016, III, 636, n. G. Casaburi. Il Consiglio di Stato ha affermato che il divieto dei patti di trasferimento patrimoniale deve ritenersi limitato ai soli accordi traslativi della proprietà o di altro diritto reale su un bene determinato o di altri diritti, mediante la previsione di un assegno *una tantum*.

[22] Ciò in ragione dei dubbi di ammissibilità dei medesimi trasferimenti in sede giurisdizionale.

[23] Ciò discende dall'esame della disciplina della filiazione. L'inderogabilità delle situazioni nella fase fisiologica ed in quella della crisi si profila nel rapporto genitoriale indipendentemente dal matrimonio, unione o convivenza di fatto (ex art. 30 Cost., artt. 148, 158, 315 e 337 e ss. c.c.).

[24] Sul diritto del figlio sociale alla continuità affettiva, anche in assenza di vincoli biologici ed adottivi con gli adulti di riferimento all'interno del nucleo familiare, v. Cass. 15 giugno 2017, n. 14878, che si colloca sulla scia delle Corti europee: v. Corte Giust. Caso O. e S. 6 dicembre 2012 C 357/11 sulla possibilità del permesso di soggiorno al c.d. genitore sociale di un bambino cittadino UE per preservare l'unità della famiglia e garantire al bambino i diritti connessi alla cittadinanza ed al rispetto vita privata e familiare.

[25] «25. Matters to which court is to have regard in deciding how to exercise its powers under ss. 23, 24. It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24 above and, if so, in what manner, to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen». Per la disciplina del *child of the family*, si vedano le seguenti leggi britanniche: *Children Act 1989*, sez. 105(1); *Domestic Proceedings and Magistrates Courts Act 1978*, sez. 88; *Matrimonial Causes Act 1973*, sez. 52; *Civil Partnership Act 2004*, sez. 75(3).

[26] Si instaura una vita familiare tra genitori i quali devono darsi "l'indirizzo" per concordare le scelte nell'interesse del figliominorenne, salvi i casi di decadenza o di provvedimenti incidenti sulla stessa. Così A. Gorassini, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. Per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, A. 63 (2017), n. 4, pp. 854-879.

[27] Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si v. il decreto del Tribunale per i Minorenni di Firenze 7 marzo 2017, Proc. N. 211/2015 A + 212/2015 A, sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione ex art. 36 comma 4 l. 184/1983: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2017/03/Trib-min-fi-1.pdf> [link consultato il 29 novembre 2018].

[28] Cass. 3777 del 1981, cit., nella quale si afferma la illicetità degli accordi domestici in vista del divorzio e quella del 1984 n. 2682, cit., che al contrario qualifica leciti i medesimi accordi transnazionali.

[29] Le Corti europee hanno riconosciuto al genitore "sociale" la situazione (diritto) al ricongiungimento familiare con permesso di soggiorno per garantire il preminente interesse del figlio minorenne, v. le sentenze della Corte di Giustizia citate alla nota 24; Corte di Strasburgo, *Jeunesse c. Paesi Bassi* 2014.

[30] V. Cass. 3 maggio 1984 n. 2682, cit.

[31] Cass. Civ. SS.UU. 11 luglio 2018 n. 18287.

[32] Il punto di partenza nella formulazione dell'art 161 dell'attuale codice civile è costituito dall'art. 1390 del codice civile francese, il quale, nel testo in lingua italiana per il Regno d'Italia Napoleonico, prescrive: «Non è più permesso ai conjugi di stipulare in un modo generico che la loro associazione verrà regolata da una delle consuetudini, leggi o statuti locali che per lo addietro fossero state in vigore nelle diverse parti del territorio del Regno, e che dal presente Codice sono abrogate». A questa formulazione si ricollegano sostanzialmente i codici preunitari. Esso è stato sostanzialmente ripreso dall'art. 1414 del Progetto del codice civile del 1865: «Non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio verrà regolato da alcuna delle leggi o consuetudini locali, che per lo addietro fossero in vigore nel Regno». Ma in sede di Commissione di coordinamento (verbale n. 36 della seduta pomeridiana del 16 maggio 1865, n. 4, in S. Gianzana, *Codice civile*, III, Verballi, Torino, 1887, p. 319) fu approvata la sostituzione delle ultime parole del testo sopra riferito con queste altre: «da consuetudini locali o da leggi, alle quali non sono legalmente sottoposti» (art. 1381), al fine di evitare che «sposi cittadini del Regno facciano regolare le loro convenzioni, in quanto ai beni, da una legge estera». L'art. 159 del libro primo del codice civile (Riferimento generico a leggi o a consuetudini) prescrive: «Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o da consuetudini, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti». Il corrispondente art. 161 del codice civile del 1942, che non ha subito modifiche ad opera della l. dir. fam., ha ripreso il testo del riferito art. 159 con la sola sostituzione della parola "usi" a quella "consuetudini": Art. 161 (Riferimento generico a leggi o agli usi). Da quanto precede dovrebbe risultare confermata la derivazione dell'art. 161 dal modello francese piuttosto che da quello tedesco (BGB §1409 già §14331). Si v. E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze 1873, pp. 375-376; E. Bianchi, *Del contratto di matrimonio*, Torino 1914.

[33] Per gli uniti civili il mancato richiamo al 161 c.c. ha portato a considerare lecito anche un rinvio *per relationem*.

[34] La forma negoziale richiesta è la scrittura privata, che per essere opponibile ai terzi dev'essere annotata a margine dell'atto di matrimonio o di costituzione dell'unione civile.

[35] Corte di Giustizia, sentenza c-165/14 Alfredo Redon Marin, sentenza C-304/14 – CS.

[36] Cass. 30 settembre 2016 n. 19599.

[37] Trib Napoli decr. 1 luglio 2011.

[38] Corte Strasburgo 22 marzo 2012 Konstantin Markin c. Russia Par. 150.

[39] Così Corte Strasburgo 22 marzo 2012 Konstantin Markin c. Russia Par. 150, richiamata dall'Avvocato Generale, presentate il 14 settembre 2017 nelle Conclusioni nella causa C-372/16 decisa dalla Corte di Giust. il 20 dicembre 2017 cit. che sostiene l'irrilevanza del consenso eventuale del coniuge discriminato.
