

CAPITOLO I

LIBERTÀ CONTRATTUALE, LIBERTÀ MATRIMONIALE, DIRITTO ALLA VITA PRIVATA E FAMILIARE: DALLO *STATUS* AL CONTRATTO

SOMMARIO:

SEZIONE I. ACCORDI PRE-CRISI E LIBERTÀ MATRIMONIALE – 1. Considerazioni introduttive. – 2. Una nomenclatura: *pacta ante nuptias*, accordi “prematrimoniali”, accordi preventivi sulla crisi della coppia. – 2.1. Dai “*pacta ante nuptias*” agli accordi “prematrimoniali”. – 2.2. Dagli accordi prematrimoniali agli accordi pre-crisi. – 3. Il “contratto di matrimonio”: la rilevanza sistematica di un’espressione ambigua e gli indici del *favor* verso l’esplicazione dell’autonomia privata nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali della famiglia. – 4. La donazione obnuziale: negoziabilità e presupposti causali nei rapporti patrimoniali connessi al matrimonio. – 5. Indici sistematici sull’ammissibilità dei condizionamenti “fisiologici” alla libertà matrimoniale. Convenzioni matrimoniali “prospettiche” e pattuizioni preventive sulla crisi: l’esempio della regolamentazione convenzionale della comunione *de residuo*. – 6. (*segue*) “Ultrattività” del fondo patrimoniale e incidenza sull’assetto post-crisi. – 7. La “condizione di nozze” e il “doppio volto” dell’art. 636 c.c.: la necessità di un’indagine causale sull’atto. – 8. Clausole penali e clausole premiali incidenti sulla libertà matrimoniale. – SEZIONE II. CONTRATTI DI CONVIVENZA E DISCIPLINA DELLA CRISI – 1. Le pattuizioni tra conviventi in ordine ai profili patrimoniali della crisi: centralità dell’individuo, irrilevanza dello *status* e ruolo del contratto. – 1.1. Accordi tra conviventi per la fase fisiologica del rapporto. – 1.2. Accordi tra conviventi per la fase patologica del rapporto. – 2. L’intervento del legislatore sulle convivenze e gli spazi di manovra dell’autonomia privata. – 2.1. Previsioni particolari sul “nuovo” contratto di convivenza: vizi originari e profili relativi allo scioglimento. – 2.2. Le clausole relative alla cessazione della convivenza. – 2.2.1. La cessazione della convivenza e la sorte delle spettanze rispetto all’impresa familiare *ex art. 230-ter c.c.* – 3. Le pattuizioni tra conviventi come “ponte” verso la contrattazione preventiva sulla crisi: dallo *status* al contratto nelle relazioni familiari.

SEZIONE I

ACCORDI PRE-CRISI E LIBERTÀ MATRIMONIALE

1. *Considerazioni introduttive*

Gli accordi preventivi sugli assetti conseguenti alla crisi della coppia rappresentano un punto nevralgico nella materia delle “interferenze” tra il diritto dei contratti e il diritto della famiglia¹.

Essi possono costituire il ponte tra l’isola² – o l’arcipelago³ – familiare e il diritto patrimoniale: un ponte le cui fondamenta sono state intraviste, in passato, proprio da chi teorizzava l’attitudine del diritto a lambire soltanto l’area della famiglia, eppure già rifletteva, negli anni Sessanta del secolo scorso, sulle convenzioni circa le conseguenze dell’annullamento del matrimonio⁴.

¹ G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, VI, *Interferenze*, Milano, 2006, 251 ss. Recentemente, sottolinea “il ricorso, sempre più vistoso, all’esplicazione dell’autonomia negoziale” L. BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 35, che richiama le considerazioni di E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999, 138; si veda anche A. ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant’anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213 ss. Celebre è il saggio di F. SANTORO PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, 3 ss., oggi in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, 381 ss.: l’inquadramento dei rapporti familiari all’interno del diritto privato puro e l’attrazione alla materia negoziale dei relativi atti costituisce, in quest’riflessione, il tentativo di sottrazione dell’ambito giusfamiliare allo statualismo e di affermazione, al suo interno, della supremazia della volontà privata. In questo senso, F. SANTORO-PASSARELLI, *Cento anni di “Diritto e giurisprudenza”*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 17 ss.; di tale tenore è anche la lettura di P. RESCIGNO, *Appunti sull’autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 113 ss. La valorizzazione dell’autonomia nell’ambito in esame sopraggiunge dopo l’affermazione di una teoria di segno opposto, di cui è testimonianza specialmente il pensiero di A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, (1914) rist., Bologna, 1978, sul quale si rinvia anche a M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976, 417 ss.

² Ormai classica è l’espressione di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell’Università di Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, 38, secondo cui la famiglia è “un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto (...) la famiglia è la rocca sull’onda ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto”.

³ All’isola è sostituito, con un’icastica espressione, “l’arcipelago familiare”, a fronte del proliferare di modelli alternativi rispetto a quello tradizionale, su cui F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 510 ss.

⁴ A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 529 ss.

L'edificazione di questo ponte – ancora in corso – impegna, oggi, studiosi e pratici, in un dialogo costante con la giurisprudenza e con le iniziative del legislatore. Tra queste ultime è annoverato il recente disegno di legge delega avente a oggetto la riforma del codice civile⁵, che si pone – per la prima volta dopo una serie di progetti di minor impatto sistematico⁶ – l'obiettivo di innovare, in linea più generale, la materia delle relazioni familiari e di introdurre appositi patti attraverso cui le coppie possano disciplinare le conseguenze patrimoniali della crisi.

L'iniziativa giunge dopo una serie di riforme che hanno valorizzato l'applicazione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari: si pensi alle novità in tema di negoziazione assistita⁷ e, ancor più, al recepimento, da parte della legge n. 76/2016, dei contratti di convivenza⁸, già sperimentati da una prassi vivace e attenta alle esigenze di regolamentazione patrimoniale in seno a formazioni sociali para-familiari e pienamente meritevoli di tutela.

Sulla meritevolezza di pattuizioni aventi ad oggetto la crisi – *rectius*, i profili patrimoniali della crisi – della coppia coniugata o unita civilmente occorre interrogarsi in questo momento, esaminando l'argomentare delle corti interne che si sono pronunciate sulla questione e volgendo uno sguardo critico alle esperienze straniere, che sono talora innalzate – erroneamente – a idoli di libertà pura di cui è invocato un immediato “trapianto”⁹.

Ebbene, nel quadro che potrà essere tracciato emergerà la centralità di un'essenziale linea di equilibrio tra gli interessi in gioco: l'autonomia privata avrà spazio nella regolamentazione degli assetti patrimoniali post-familiari finché saranno rispettati alcuni limiti, la cui funzione non è quella di imbrigliare le istanze dei singoli bensì quella di garantire tutela a diritti

⁵ Disegno di legge di delega al governo per la riforma del Codice civile, n. 1151 del 19 marzo 2019.

⁶ Il riferimento è alla proposta di legge avente a oggetto “Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali” (n. 244 del 23 marzo 2018), che succede a testi di contenuto analogo presentati nel corso delle precedenti legislature (cfr. n. 2669 del 15 ottobre 2014).

⁷ Cfr. il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in legge 10 novembre 2014, n. 162; l'introduzione della negoziazione assistita è stata salutata come un segnale di privatizzazione dei rapporti patrimoniali sorti dalla crisi della famiglia da molti Autori. Sul punto si vedano, per esempio, M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo la introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, I, 207 ss.

⁸ Legge 20 maggio 2016, n. 76 recante la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e regolazione delle convivenze”.

⁹ L'espressione, come è noto, risale a A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.

e principi sovraordinati, in quadro assiologico che pone al proprio culmine il rispetto della persona umana.

La disciplina del contratto stipulato in vista di un'eventuale crisi della coppia sarà, allora, permeata da una logica tendente alla "giustizia"¹⁰: la giustizia contrattuale, così in auge in altri settori della materia, rappresenta in questo campo la chiave per l'apertura del sistema a pattuizioni preventive sulla cessazione dell'unione.

In seno a queste pattuizioni occorrerà, infatti, vagliare attentamente la presenza di stati soggettivi di debolezza di una parte e possibile approfittamento ad opera dell'altra, in nome di un principio di parità che ha rilevanza costituzionale¹¹ e che non può non riflettersi nella parità d'armi in sede di contrattazione; allo stesso modo, l'equilibrio normativo delle clausole andrà valutato avuto riguardo alla corretta esplicazione di reciproci obblighi informativi circa la consistenza patrimoniale e reddituale di ciascuna parte; ancora, la giustizia in concreto dell'accordo verrà in rilievo nel momento in cui dovranno essere eseguite le prestazioni, con particolare attenzione ai possibili mutamenti di circostanze sopravvenuti tra la stipula e l'esecuzione.

Tutti questi accorgimenti – che altro non sono che la propagazione di

¹⁰ Sulla "giustizia" degli accordi pre-crisi si fa rinvio, in particolare, alle considerazioni che saranno svolte *infra*, nel Capitolo III e nel Capitolo IV; il dibattito sulla "giustizia contrattuale" è vivace, in dottrina, da tempo: si vedano, sul punto, E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1262 ss. e in S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2017, 52 ss.; EAD., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; per un coordinamento tra giustizia del contratto e clausole generali, in particolare, M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 5, 537 ss.; sulla costruzione di nuovi modelli si vedano, in particolare, V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 21 e ID., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002; ID., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 480 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss. Ancora, sul punto, si fa rinvio a R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, 534 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 447 ss.

¹¹ Secondo E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, 293, "ogni intervento in materia (...) non può che tendere alla promozione della piena e sostanziale parità dei coniugi a salvaguardia dell'effettivo rispetto della loro pari dignità". Sui rapporti tra coniugi "tra Costituzione e codice civile" si veda F. MACARIO, *I rapporti personali dei coniugi*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto di famiglia*, Milano, 2011, 115 ss.

canoni appartenenti a un diritto contrattuale recentemente rinnovato – consentiranno di superare i tradizionali ostacoli verso l’ammissibilità degli accordi in esame.

È, perciò, il moderno diritto dei contratti ad attrarre a sé l’area della regolamentazione degli assetti post-familiari: in esso, infatti, sono reperibili le tecniche e le soluzioni grazie alle quali l’autonomia privata può esplicarsi in questo settore, nel rispetto dei necessari limiti ordinamentali e nella consapevolezza dell’utilità di regolare, “in tempo di pace”, le conseguenze della crisi di coppia.

2. *Una nomenclatura: pacta ante nuptias, accordi “prematrimoniali”, accordi preventivi sulla crisi della coppia*

2.1. *Dai “pacta ante nuptias” agli accordi “prematrimoniali”*

La materia degli accordi preventivi sulla crisi della coppia è spesso, nel dibattito pubblico e in alcuni esperimenti del legislatore, definita con l’espressione “patti” o “accordi prematrimoniali”.

Nell’espressione “patti prematrimoniali” si avverte un’eco romanistica: diffusi sono, infatti, i *pacta ante nuptias* nel diritto romano. In questa categoria possono essere annoverate non solo le fattispecie relative alla costituzione della dote (nelle forme della *dotis dictio*, della *dotis datio* e della *dotis promissio* e, poi, del *pactum dotis*)¹² e alla *donatio ante-nuptias* (divenuta, in diritto giustiniano, “una sorta di controdotte”¹³) ma pure gli accordi aventi ad oggetto la disciplina della restituzione della dote in caso di scioglimento del matrimonio.

Detti accordi – *cautiones* o *stipulationes de dote restituenda* – si diffondono a fronte di un regime rigoroso, secondo il quale, anche in caso di scioglimento del matrimonio, il marito nulla è tenuto a restituire alla moglie e alla sua famiglia.

¹² Secondo le fonti, “*Dos aut datur aut dicitur aut promittitur*” (Ulp. Fragm. Tit. 6 § 1): la *dotis dictio*, forma più antica, consiste in una dichiarazione solenne con la quale è costituito, a favore del marito, un credito sul patrimonio dotale; la *dotis datio* è il vero e proprio trasferimento dei diritti sulle *res dotales*, avvenuto secondo le forme connesse alla tipologia delle singole *res dotales*; la *dotis promissio* è una *stipulatio* costitutiva del credito del marito ad ottenere i beni dotali. Il *pactum dotis*, “privo di forme”, è l’atto “tipicamente costitutivo di dote” in età postclassica: A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1970, 611; in argomento, A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, 2015, 20 e ID., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2019, 20 ss.

¹³ A. GUARINO, *ult. cit.*, 614.

Nell'interesse, perciò, delle famiglie delle donne più ricche sono attuate *stipulationes ad hoc*, che obbligano il marito alla restituzione¹⁴ di quanto ricevuto a titolo di dote e sono presidiate da una *actio ex stipulatu*¹⁵.

Con un fenomeno singolare, proprio dalla prassi delle stipulazioni si irradia l'esigenza sociale di una *restitutio*, che conduce a un progressivo temperamento della *retentio* del marito o della sua famiglia. Così, sorge la c.d. *actio rei uxoriae*, che consente alla moglie o al suo *pater familias* di ottenere le *res dotales* allo scioglimento del matrimonio, secondo uno statuto di termini e diritti di *retentio* via via elaborato dalla giurisprudenza classica e postclassica¹⁶. L'erosione della regola antica secondo cui il marito nulla era tenuto a restituire diventa definitiva nel diritto postclassico, dove il sistema tradizionale è completamente rovesciato: Giustiniano stabilisce la presunzione assoluta di avvenuta stipulazione di un patto avente a oggetto la restituzione della dote e fa sì che la *actio ex stipulatu* prenda il posto della *actio rei uxoriae*¹⁷. Tale riforma incide sulla stessa sostanza del diritto del marito sulla dote, che si riduce a un mero potere di godimento e amministrazione, naturalmente destinato a cessare allo scioglimento del matrimonio.

In quell'esperienza è, dunque, l'autonomia privata, protagonista delle prime *stipulationes* e *cautiones*, a stimolare la nascita di un regime generale di restituzione della dote, consolidatosi in epoca giustiniana.

La forza originaria dell'autonomia privata nel campo delle pattuizioni preventive sulla crisi del rapporto riaffiora, oggi, nei tentativi di espansione delle intese stipulate in vista della rottura del vincolo.

¹⁴ In proposito, è fatto riferimento alla “*dos recepticia*” (Ulp., 6.5; Gai. D. 39.6.31.2).

¹⁵ L'*actio ex stipulatu* rafforza il diritto alla restituzione della dote in presenza della *stipulatio* circa la restituzione.

¹⁶ L'*actio rei uxoriae* consente alla *mulier* – o al suo *pater familias* – di ottenere la dote, allo scioglimento del matrimonio, anche in assenza di una specifica pattuizione sul punto. La restituzione avviene secondo una procedimentalizzazione scandita dalla giurisprudenza preclassica e classica, che tiene in considerazione la natura dei beni, il loro eventuale deterioramento o perimento, la circostanza di un'*aestimatio dotis*; sono, inoltre, sancite alcune tipologie di *jus retentionis* in favore del marito: la *retentio propter liberos*, la *retentio propter mores*, la *retentio propter impensas*, la *retentio propter res donatas*, la *retentio propter res amotas*.

¹⁷ CI 5.12.I.2; CI 5.13.I.7; CI 8.17.12.

2.2. Dagli accordi prematrimoniali agli accordi pre-crisi

Nonostante la nobile origine romanistica, l'espressione "accordi prematrimoniali" appare, al momento, limitante e poco rigorosa.

L'insufficienza deriva dal fatto che essa tecnicamente esclude dal proprio ambito tutto ciò che deriva dalla crisi di un rapporto diverso da quello di coniugio: essa lascia, perciò, fuori, la regolamentazione della crisi successiva all'unione civile, come pure le pattuizioni volte a disciplinare la fine di una convivenza di fatto.

Lo scarso rigore è connesso, poi, alla limitazione temporale di siffatti accordi a un'epoca precedente all'instaurazione del vincolo: la "priorità" andrebbe, invece, vagliata non rispetto alla celebrazione delle nozze, alla costituzione dell'unione civile (o, eventualmente, all'instaurazione di una convivenza¹⁸) bensì con riferimento all'insorgere della crisi. Anche una coppia già coniugata o già unita civilmente potrebbe, infatti, addivenire a un accordo con cui siano disciplinate le conseguenze di una futura eventuale rottura.

Nonostante la sua immediatezza – che fa eco ai fortunati "*prenuptial agreements*"¹⁹ dell'esperienza nordamericana – l'espressione "accordi prematrimoniali" potrebbe perciò essere abbandonata e lasciare spazio alla più neutra locuzione di "accordi preventivi sulla crisi della coppia"²⁰, "accordi in vista della crisi", "accordi pre-crisi" o "accordi per la crisi".

Sono accordi preventivi sulla crisi quelle pattuizioni che regolano, in maniera programmatica e prospettica, diritti e obblighi derivanti dalla cessazione del rapporto di coppia.

Essi investono, perciò, non solo il tema del mantenimento e dell'eventuale assegno divorzile (con i limiti che saranno in seguito chiariti²¹) ma, più in generale, hanno ad oggetto la regolamentazione di reciproche pre-

¹⁸ Cfr. *infra*, in questo Capitolo, Sez. II, § 1, anche in relazione al coordinamento con il nuovo "contratto di convivenza" introdotto dalla legge n. 76/2016.

¹⁹ Sui quali si fa rinvio al Capitolo III, § 1 ss.

²⁰ Di accordi preventivi sulla crisi e accordi in vista della crisi preferiscono discorrere G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, 25 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, 69 ss. e, più recentemente, ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in S. LANDINI-M. PALAZZO (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, 33 ss.; M. PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., 255 ss.; A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., 7.

²¹ *Amplius infra*, Capitolo II.

tese conseguenti alla rottura (si pensi al riparto di guadagni derivanti da investimenti comuni o a restituzioni connesse al termine di un progetto di vita condiviso, che comporta la perdita della “base negoziale” di un pregresso assetto d’interessi).

Intesi in questa accezione, gli accordi preventivi sulla crisi occupano uno specifico segmento di rilevanza della contrattazione nella vita della coppia.

Essi si collocano, infatti, su un piano diverso sia da quello delle patruzioni prematrimoniali in senso ampio (tra cui figurano le convenzioni matrimoniali, che possono essere stipulate “in ogni tempo”²², ex art. 162 c.c.) sia degli accordi raggiunti in costanza di matrimonio (tra cui, ancora una volta, possono essere annoverate le convenzioni di cui agli artt. 160 ss. c.c. nonché i patti sull’indirizzo della vita familiare, ex art. 144 c.c.²³).

Ancora, nonostante la sovrapposibilità parziale dell’oggetto, in taluni casi, essi vanno tenuti distinti da quelle intese, per così dire, “post-matrimoniali”, che sono raggiunte in sede di separazione o di divorzio, quando la crisi è già matura e può, per certi aspetti, essere definita consensualmente²⁴.

Tutte queste ipotesi, pur distinte da quella centrale in questa indagine, meritano una riflessione, dal momento che proprio dalla loro esistenza possono essere ricavati alcuni indici sistematici di notevole importanza circa il ruolo dell’autonomia privata nella gestione del *ménage* familiare e post-familiare.

²² La possibilità di stipulare la convenzione *ante nuptias* deve essere coordinata con la sua ontologica attitudine a riverberarsi sul regime patrimoniale secondario della famiglia; pertanto, la convenzione preventiva è soggetta alla *condicio iuris* della celebrazione del matrimonio; sul punto, cfr. V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Milano, 2002, 200.

²³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dei doveri e dei diritti che nascono dal matrimonio*. Note introduttive agli articoli 143-146, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992; ID., *Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 161, annovera tra i veri e propri negozi giuridici gli accordi sull’indirizzo della vita familiare ex art. 144 c.c.; l’Autrice sottolinea, inoltre, l’importanza sistematica della previsione di cui all’art. 144 c.c., che “realizza in pieno il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi garantendo una partecipazione paritetica al *ménage*, ed è, anzi, l’unica compatibile con il suddetto principio”: così G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 23; per una recente valorizzazione degli accordi ex art. 144 c.c. anche nel contesto degli accordi preventivi si veda A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull’assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. dir.*, 1, 2018, 1038.

²⁴ Cfr. *infra*, Capitolo II.

3. *Il “contratto di matrimonio”: la rilevanza sistematica di un’espressione ambigua e gli indici del favor verso l’esplicazione dell’autonomia privata nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali della famiglia*

È lo stesso legislatore a riconoscere la centralità del momento negoziale nella regolamentazione degli assetti familiari là dove fa riferimento al “contratto di matrimonio”.

L’espressione è ambigua, senz’altro, data la sua assonanza con quel matrimonio *contrat* francese²⁵ che il codice del 1942 non ha certo inteso riprodurre, dal momento che ha posto una linea netta di demarcazione tra matrimonio – “negozio familiare” – e contratto in senso stretto – caratterizzato dalla patrimonialità pura dell’accordo *ex art. 1321 c.c.*²⁶.

Eppure la locuzione “contratto di matrimonio”, mutuata dal codice del 1865²⁷, sopravvive, ponendo agli interpreti numerosi interrogativi circa la sua estensione.

Se è esclusa la sovrapponibilità con il negozio matrimoniale in senso proprio, è discusso circa il significato di un “contratto di matrimonio”, testualmente menzionato all’art. 166 c.c. e all’art. 774 c.c.

²⁵ La “contrattualizzazione” del matrimonio è il culmine di un processo di laicizzazione del medesimo, descritto da R.G. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, in *Oeuvres. Les traités du droit Français, nouvelle édition par M. Dupin Aîné*, Bruxelles-Amsterdam, 1830, 317 ss., il quale illustra la caratterizzazione dell’istituto nell’*Ancient Régime* nella prima edizione del volume (1771), di poco anteriore alla Costituzione del 1791 secondo cui “La legge considera il matrimonio solo come contratto civile”. Per Pothier, “*nous avons cru ne pouvoir mieux terminer notre Traité des Obligations, et des différens contrats et quasi-contrats d’où elles naissent, que par un traité du contrat de mariage, ce contrat étant le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats*”. In argomento, G. FERRANDO, *Il matrimonio civile*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. AULETTA, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2010, 204 ss.

²⁶ Il codice del 1865, risultato di un processo di “codificazione a vapore”, risente notevolmente dell’influsso del *Code civil*. Sul punto, B. BRUGI, *Giurisprudenza e codici*, in *Cinquant’anni di storia italiana, 1860-1910*, Milano, 1960; R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 240-250; F. SANTORO PASSARELLI, *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi per il Centenario dell’unificazione legislativa italiana, 1865-1965*, Firenze, 1968, 15 ss.

²⁷ Nell’economia del codice del 1865, il “contratto di matrimonio” è un’espressione ampia, che non solo mette in luce la natura dell’istituto del matrimonio (matrimonio-contratto secondo il modello francese) ma che accoglie al suo interno la pluralità di intese che i privati possono concludere e che trovano nel matrimonio la propria causa. La locuzione è, dunque, molto più lata di quella attuale di “convenzioni matrimoniali”. Sul punto si vedano E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, 436 ss. e, in particolare, 467 ss.

Una riflessione su tali norme è opportuna, non solo perché esse rappresentano punti indiscussi di emersione della negozialità nelle relazioni familiari ma anche perché l'interpretazione delle medesime conduce all'individuazione di deroghe importanti alle regole generali, con deviazioni connesse a un certo *favor* per la regolamentazione privata di alcuni aspetti patrimoniali della famiglia²⁸.

La prima delle norme richiamate – l'art. 166 c.c. – si inserisce nel contesto sintetizzabile con il brocardo “*qui habilis est ad nuptias, habilis est ad pacta nuptialia*”. Essa si applica anche agli accordi conclusi in seno a un'unione civile, stante il rinvio espresso compiuto dal comma 13 dell'art. 1 della legge n. 76/2016²⁹.

In base al disposto dell'art. 166 c.c., le stipulazioni e le donazioni effettuate “nel contratto di matrimonio” dall'inabilitato o dall'inabilitando sono valide³⁰ purché compiute con l'assistenza del curatore già nominato o di un curatore speciale *ad hoc*, secondo i canoni dell'atto complesso ineguale³¹ che caratterizza l'attività negoziale dell'inabilitato.

Alla norma *de qua* fa eco il disposto dell'art. 774 c.c. che, in tema di capacità generale di donare, in deroga alla prescrizione secondo la quale la donazione può essere effettuata solo da chi abbia “piena capacità di disporre dei propri beni”³², esprime un *favor* per le donazioni effettuate dal minore

²⁸ A tale *favor* è ispirata poi l'espunzione – grazie alla Corte Costituzionale – del divieto di donazioni fra coniugi di cui all'art. 781 c.c. (Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2014 ss., con nota di A.C. JEMOLO).

²⁹ La legge n. 76/2016 dispone, infatti, che “in materia di forma, modifica, simulazione e capacità per la stipula delle convenzioni patrimoniali si applicano gli articoli 162, 163, 164 e 166 del codice civile”.

³⁰ In argomento, G. GABRIELLI, *Infermità mentale e rapporti patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 38 ss.

È sottolineato da più parti in dottrina l'affievolimento delle tutele “standard” in materia di contrattazione dell'incapace, giacché l'assistenza del curatore è, in questo contesto, sufficiente e in grado di assorbire la stessa autorizzazione giudiziale. Cfr. E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 456.

³¹ L'incapacità legale relativa dà, infatti, luogo ad un meccanismo di assistenza, in base al quale per la valida manifestazione della volontà negoziale occorre un concorso di consensi, là dove quello dell'interessato deve sussistere a pena di nullità mentre quello del curatore è previsto a pena del meno grave vizio dell'annullabilità: tale sistema comporta il sorgere di un atto “complesso ineguale”, come teorizzato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970, 212, secondo il quale “l'atto complesso viene detto eguale o ineguale, secondo che le dichiarazioni siano equivalenti o taluna sia principale o fondamentale e l'altra o le altre secondarie”.

³² La preclusione del compimento di donazioni da parte del rappresentante legale, ex art. 777 c.c., fa sì che certa dottrina riconduca l'incapacità di donare nell'alveo dell'incapacità giuridica: cfr., sul punto, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, 2^a

e dall'inabilitato "nel loro contratto di matrimonio a norma degli art. 167 e 166" del codice civile.

Il rapporto tra le suddette norme è assai intricato. Se entrambe comprendono un riferimento all'inabilitato, il richiamo al minore è contenuto solo nell'art. 774 c.c.: da ciò il dubbio circa l'effettiva portata della deroga alla regola della piena capacità d'agire rispetto al compimento dell'atto donativo da parte del minore.

Il minore ammesso a contrarre matrimonio può, infatti, stipulare convenzioni matrimoniali – in linea con il brocardo "*qui habilis est ad nuptias habilis est ad pacta nuptialia*", purché con le cautele previste dall'art. 165 c.c. (se le convenzioni sono stipulate prima delle nozze)³³ o dall'art. 394 c.c., regola generale in materia di atti dell'emancipato che si espande, con taluni adattamenti³⁴, con riferimento alle convenzioni matrimoniali post-nuziali.

Il reale dubbio riguarda l'ammissibilità di vere e proprie donazioni compiute dal minore nel contratto di matrimonio, a cui l'art. 774 c.c. pure sembra riferirsi. Inquadrate le donazioni compiute nel contratto di matrimonio nell'alveo della "donazione obnuziale" di cui all'art. 785 c.c., resta controverso, in dottrina, se l'anticipazione della capacità di agire dell'emancipato si spinga fino al compimento di un atto donativo, sia pur colorato dalla obnuzialità³⁵.

ed., Torino, 1997, 510. La norma di cui all'art. 774 c.c. è stata oggetto di una recente e importante lettura chiarificatrice della Corte Costituzionale che, con sentenza del 10 maggio 2019, n. 114, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della norma racchiusa nell'art. 774, comma 1, primo periodo, c.c., in quanto essa è rivolta a chi non abbia la piena capacità di disporre dei propri beni, e tale non è, di regola, il beneficiario di amministrazione di sostegno". Le conclusioni della Consulta ammettono, quindi, la capacità di compiere donazioni del beneficiario di amministratore di sostegno, salvo che ciò sia precluso dal decreto di nomina dell'amministratore da parte del giudice tutelare. In argomento, da ultimo, G. BONILINI, *Il beneficiario di amministrazione di sostegno ha, come regola, la capacità di donare*, in *Fam. dir.*, 2019, 749 ss.

³³ In questa ipotesi, la convenzione pre-matrimoniale deve seguire il provvedimento di cui all'art. 84 c.c., a mezzo del quale il minore è ammesso a contrarre matrimonio; il minore, inoltre, deve essere assistito dai genitori o, in mancanza, dal tutore o, ove necessario, dal curatore speciale nominato ex art. 90 c.c. In virtù del principio per cui "*qui habilis est ad nuptias, habilis est ad pacta nuptialia*", non occorre l'autorizzazione giudiziale per il compimento dell'atto.

³⁴ In particolare, il regime agevolativo rispetto al compimento dell'atto avente natura di convenzione persisterebbe e consisterebbe nella non necessità dell'autorizzazione giudiziale, per ragioni di coerenza sistematica con la previsione di cui all'art. 165 c.c.: cfr. G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino, 1997, 384.

³⁵ In senso negativo, E. BARGELLI-F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 456, ove il richiamo al minore nel disposto di cui all'art. 774 c.c. è attribuito a un'incongruenza normativa e la capacità del minore emancipato è confinata alla stipula di convenzioni matrimoniali in senso stretto, non rientranti nel paradigma della donazione obnuziale.

Verso la donazione obnuziale si espande, invece, la capacità dell'inabilitato, con una previsione eccezionale di portata sistematica notevole: proprio l'atto donativo dell'inabilitato, di regola circondato da cautele straordinarie – tra cui spicca l'annullabilità del contratto concluso nei sei mesi anteriori all'inizio del giudizio di inabilitazione per prodigalità (art. 776 c. 2 c.c.) – è consentito alla luce del *favor* per l'esplicazione dell'autonomia negoziale in occasione delle nozze.

Questo *favor* può essere colto, poi, con immediatezza, nell'ulteriore norma dedicata alla capacità di donare: l'art. 777 c.c. ammette, infatti, le liberalità in occasione di nozze a favore dei discendenti dell'interdetto o dell'inabilitato, se compiute con le forme abilitative richieste. Ciò comporta il sorgere di una speciale ipotesi di rappresentanza legale connessa alla stipula di un atto donativo, frutto di una logica promozionale rispetto al compimento di donazioni “in occasione di nozze”.

Gli indici sistematici che si ricavano dalla lettura delle menzionate norme orientano l'interprete nel senso di una predilezione manifesta, da parte del legislatore – il quale addirittura giunge a scalfire i dogmi sulla capacità di donare – verso una regolamentazione privata degli assetti patrimoniali scaturenti dal matrimonio.

La rigorosa interpretazione del rapporto tra l'art. 166 c.c. e l'art. 774 c.c. consente anche di mettere in luce la non sovrapponibilità tra l'espressione “contratto di matrimonio” e quella di “convenzione matrimoniale”.

La prima, infatti, ha un contenuto ampio, come dimostra l'inclusione al suo interno della donazione compiuta in occasione delle nozze. La seconda, invece, ha una portata maggiormente restrittiva e comprende quei negozi annoverati dagli art. 160 ss. c.c.³⁶.

Potrebbe tracciarsi tra il “contratto di matrimonio” e le convenzioni matrimoniali una relazione di *genus ad speciem*: il primo è l'ampio contenitore in cui si collocano gli atti e i negozi volti a disciplinare la vita familiare e compiuti prima e durante il matrimonio. Le seconde rappresentano, invece, i negozi di scelta e modulazione del regime patrimoniale “secondario” della coppia³⁷.

Ma, *contra*, si vedano G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 242.

³⁶ In ordine al problema dell'atipicità delle convenzioni matrimoniali, la dottrina prevalente ritiene applicabile le norme generali in materia di contratti e, segnatamente, l'art. 1322 c.c.: in questo senso, G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. dir.*, 1995, 596; E. QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, 396; S. PATTI, *Sulla modificabilità del regime patrimoniale dei coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II.

³⁷ S. MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in *Noviss. dig.*, App., VI, Torino, 1986, 468 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione*

Nel contratto di matrimonio rientrano, così, le più volte citate donazioni obnuziali, così come i negozi circa la scelta del diritto applicabile al regime della coppia, ai sensi del diritto internazionale privato, come recentemente innovato dall'entrata in vigore dei Regolamenti UE n. 1103/2016 e 1104/2016³⁸, nonché tutte le iniziative che mirano a incidere sugli assetti patrimoniali connessi al matrimonio.

Dall'analisi delle più importanti declinazioni del contratto di matrimonio possono essere tratti indici sistematici rilevanti circa il ruolo dell'autonomia privata nella regolamentazione degli assetti patrimoniali della coppia. Altrettanti indici possono, poi, essere rinvenuti nella progressiva apertura "interna" dello strumento delle convenzioni matrimoniali, la cui attenta declinazione può creare regimi di notevole interesse per le coppie, anche nella prospettiva della cessazione del *ménage*.

4. *La donazione obnuziale: negozialità e presupposti causali nei rapporti patrimoniali connessi al matrimonio*

La donazione obnuziale riveste un'indubbia centralità nel panorama dei negozi prematrimoniali, intesi come manifestazioni di autonomia privata che precedono il matrimonio e sono ad esso prodromici.

Si tratta, infatti, di un negozio prematrimoniale in senso stretto, giacché essa è compiuta "in riguardo di un determinato futuro matrimonio" (art. 785 c.c.). Si discute di "negozio" e non di "contratto" poiché il peculiare meccanismo di perfezionamento della fattispecie induce una parte della dottrina e la giurisprudenza a collocarla non tra i contratti bensì fra gli atti unilaterali³⁹.

Ai sensi dell'art. 785 c.c., infatti, la donazione "si perfeziona senza bisogno che sia accettata", con una sensibile deviazione rispetto alle norme sui contratti: deviazione da cui deriva una tradizionale oscillazione tra i fautori

nei rapporti familiari, Padova, 1997, 43; M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 2004, 32. In argomento anche V. ROPPO, *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, *passim*.

³⁸ Si rinvia alla sede di trattazione del tema dei Regolamenti UE n. 1103 e n. 1104/2016, entrati in vigore il 29 gennaio 2019, nel Capitolo III, § 14. Una prima indicazione bibliografica in argomento è relativa al contributo di E. MALAGOLI, *Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE "gemelli" n. 2016/1103 e n. 2016/1104*, in *Contr. impr./Europa*, 2016, 828 ss.

³⁹ A. TORRENTE, *La donazione*, a cura di U. CARNEVALI-A. MORA, in *Tratt. Cicu-Messineo*, 2^a ed., Milano, 2006, 164. In giurisprudenza, per la qualificazione in termini di atto unilaterale recettizio, si veda Cass., 30 gennaio 2007, n. 1967, in *Contratti*, 2007, 11, 957.

dell'atto unilaterale recettizio⁴⁰ e coloro che invece rinvencono nel meccanismo una considerevole assonanza con il procedimento di formazione di cui all'art. 1333 c.c.⁴¹, qui eccezionalmente depurato della necessità di accettazione mediante la stessa forma, propria della regola generale di cui all'art. 782 comma 2 c.c.⁴².

Il vero cuore di specialità della donazione obnuziale, rilevante ai fini dell'indagine in corso sui negozi preventivi circa gli assetti post-matrimoniali, sta, però, nel suo regime di efficacia.

Indipendentemente dal momento perfezionativo dell'atto – secondo i più coincidente con la ricezione della dichiarazione unilaterale del donante da parte del destinatario donatario⁴³ – il piano degli effetti del negozio è sensibilmente ancorato all'esplicarsi della vicenda matrimoniale.

La donazione “non produce effetto finché non segua il matrimonio” (art. 785 c.c., comma 1, ultima parte). Inoltre, ai sensi del comma 2 dell'art. 782 c.c., “l'annullamento del matrimonio importa la nullità della donazione”.

La prima norma rende esplicita la condizione sospensiva legale⁴⁴ – la celebrazione delle nozze – cui la produzione degli effetti è subordinata. Si è, pertanto, di fronte a un'ipotesi in cui è la stessa legge a subordinare l'efficacia di un atto alla condizione della celebrazione del matrimonio. Ciò appare di assoluta rilevanza rispetto all'indagine sulle pattuizioni preventive sulla crisi, giacché esse rinvencono nella presunta illiceità di una condizione in grado di coartare⁴⁵ la libertà matrimoniale uno degli ostacoli tradizionali più significativi.

Nella disciplina della donazione obnuziale, invece, una condizione

⁴⁰ A. TORRENTE, *La donazione*, cit., *ibidem*, sottolinea infatti che la donazione si perfeziona nel momento in cui la dichiarazione del donante giunge a conoscenza del donatario, salvo poi produrre effetto nel momento in cui sopraggiunge il matrimonio.

⁴¹ Predilige la natura contrattuale e postula un'eccezionale rilevanza in ambito donativo del meccanismo di conclusione del contratto di cui all'art. 1333 c.c. U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, II, Torino, 1997, 569.

⁴² È noto, infatti, che l'art. 1333 c.c. non può applicarsi alla donazione c.d. “obbligatoria” in quanto quest'ultima, pur attratta entro la categoria dei “contratti con obbligazioni a carico del solo proponente”, è sorretta dalla specialità del requisito formale di cui all'art. 782 comma 2 c.c.

⁴³ A un risultato sostanzialmente simile conducono, in effetti, le configurazioni distinte circa l'atto unilaterale recettizio e il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, là dove quest'ultimo si differenzerebbe solo per la possibilità di rifiuto da parte del donatario entro un congruo termine.

⁴⁴ Si tratta di una *condicio iuris* priva di efficacia retroattiva, che non consuma il potere di disposizione del donante, salva la possibilità di una successiva evizione da parte del donatario: U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 569.

⁴⁵ Cfr. *infra*, Capitolo II, § 1.1.

incentrata sull'evento coincidente con la celebrazione delle nozze – e perciò sicuramente incidente sulla libertà matrimoniale – è elevata dal legislatore stesso a elemento determinante per la produzione degli effetti dell'atto donativo.

Ancora, la caducità degli effetti a fronte dell'annullamento del matrimonio – che vizia l'atto e, dunque, a cascata, ciò che da esso dipende – testimonia il legame imprescindibile che sussiste tra l'attribuzione patrimoniale e la sua causa giustificativa, radicata sul presupposto della sussistenza di un valido matrimonio.

La retroattività dell'annullamento del matrimonio consente, perciò, la caducazione della donazione, la quale risulta affetta da una "nullità" – secondo la testuale previsione di legge – sopravvenuta rispetto al compimento dell'atto e che può essere collocata sul piano della disfunzione causale del medesimo: una disfunzione che, in ragione dell'annullamento, retroagisce fino all'origine, comportando il difetto del presupposto causale consistente nella celebrazione di un matrimonio valido.

Il peculiare meccanismo della "nullità sopravvenuta" in esame, del resto, non si attaglia a quelle ipotesi in cui la disfunzione causale non possa dirsi retroattivamente operante ma risulti intervenuta soltanto *ex nunc*: la disciplina, pertanto, è di applicazione eccezionale e non può essere estesa alle ipotesi di separazione personale (che, invero, non incide affatto sul vincolo)⁴⁶ né di scioglimento del matrimonio o cessazione dei suoi effetti civili conseguenti a divorzio.

Proprio rispetto a tale ultima situazione, tuttavia, l'autonomia privata ha mostrato interesse per meccanismi di caducazione volontaria degli effetti della donazione a fronte di un eventuale divorzio. Sono state, allora, ritenute ammissibili quelle condizioni risolutive volontarie⁴⁷ nelle quali dall'evento "divorzio" dipende l'inefficacia della donazione obnuziale.

Si tratta, ancora una volta, di una condizione il cui evento centrale consiste in una scelta di autodeterminazione – quella di divorziare – incidente sulla libertà matrimoniale: l'ammissibilità di simili clausole condizionali è, qui, ancorata all'imitazione del meccanismo legale dell'inefficacia sopravvenuta di cui all'art. 785 comma 2 c.c., che consente di ravvisare, nella

⁴⁶ L. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 769-809, Bologna-Roma, 1976, 306; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, 3^a ed., a cura di A. FERRUCCI-C. FERRENTINO, Milano, 2009, 832.

⁴⁷ G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 9^a ed., Torino, 2018, 385-386, ammette che sia apposta alla donazione la condizione risolutiva del divorzio, superando ogni giudizio di disvalore rispetto alla pretesa natura coartante di una simile condizione, che altro non farebbe che mimare – con una struttura uguale e contraria – la condizione legale di efficacia tipica della donazione obnuziale.

permanenza del vincolo matrimoniale, il presupposto causale⁴⁸ della donazione obnuziale.

Proprio nella disciplina della donazione obnuziale – così come posta *ex lege* o rimodulata dalle clausole suddette – è dato rinvenire indici circa la piena ammissibilità, in astratto, che una manifestazione di esercizio della libertà matrimoniale – convolare a nozze, per il caso della *condicio iuris* oppure divorziare, per l'ipotesi della condizione risolutiva eventualmente apposta dai privati – rilevi quale evento condizionante rispetto all'efficacia o inefficacia di un atto di autonomia privata avente ad oggetto la regolamentazione di interessi familiari, ferma la necessità di un'indagine causale sul medesimo.

5. *Indici sistematici sull'ammissibilità dei condizionamenti "fisiologici" alla libertà matrimoniale. Convenzioni matrimoniali "prospettiche" e pattuizioni preventive sulla crisi: l'esempio della regolamentazione convenzionale della comunione de residuo*

Il sistema conosce ulteriori ipotesi di condizionamenti alla libertà matrimoniale che sono pacificamente ammessi.

Il più eclatante tra questi può essere rinvenuto nella disciplina generale delle convenzioni matrimoniali: esse "possono essere stipulate in ogni tempo"⁴⁹, ai

⁴⁸ La disciplina della donazione obnuziale è, infatti, costruita intorno alla sussistenza e alla validità del "determinato futuro matrimonio" al quale l'atto è inscindibilmente connesso: la carenza del medesimo – o la sua invalidità – comportano la impossibilità di funzionamento del programma negoziale, che si risolve in un difetto causale originario – là dove il matrimonio futuro determinato non esista *ab origine* – o sopravvenuto – là dove detto matrimonio sia invalidato (come precisato dalla previsione legale). La speciale "nullità sopravvenuta" della donazione è un indizio sistematico circa la rilevanza, nell'ordinamento, della "base negoziale" – *Geschäftsgrundlage*, talora ricondotta a una "condizione implicita": nota è la pagina di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, Torino, 1902, I, I, 332, "una limitazione della volontà che non si è svolta fino a essere una condizione". Per una panoramica sulle analogie e differenze tra presupposti causali e presupposizione, E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 293 ss.; si vedano altresì A. BELFIORE, *La presupposizione*, nel *Tratt. Bessone*, IX, IV, Torino, 1998, 70; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 835 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 129.

Estesa la necessità della sussistenza di questa "base negoziale" anche sul piano della corretta esecuzione del rapporto, può essere valorizzata la facoltà dell'autonomia privata di istituire un collegamento, attraverso una condizione volontaria – stavolta espressa – con la permanenza del matrimonio.

⁴⁹ G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 695 ss.

sensi dell'art. 162 comma 3 c.c. e sono destinate a produrre effetto, naturalmente, solo dopo la celebrazione del matrimonio. La possibilità di stipulare in ogni tempo la convenzione è estesa alle parti dell'unione civile, alla luce del rinvio contenuto nell'art. 1 comma 13 della legge n. 76/2016.

Ebbene, dalla stipula preventiva della convenzione possono senz'altro derivare vantaggi e oneri che, in astratto, potrebbero influire sull'esercizio della libertà matrimoniale, dal momento che la celebrazione del matrimonio costituisce condizione di efficacia delle convenzioni.

Si pensi alle caratteristiche attrattive della predisposizione – a mezzo di una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 210 c.c. – di una comunione convenzionale attraverso la quale i nubendi – o i futuri soggetti dell'unione civile – programmino di far confluire nella comunione alcuni dei beni che sarebbero altrimenti caratterizzati dalla personalità ai sensi dell'art. 179 c.c.

La comunione convenzionale si caratterizza, in effetti, per essere una comunione legale modificata⁵⁰, là dove le variazioni rispetto al regime dispositivo possono incidere sensibilmente sulla distribuzione della ricchezza familiare.

La convenzione che dà vita alla comunione modificata ha natura programmatica⁵¹: nel rispetto del programma definito, la comunione può essere ampliativa o riduttiva rispetto a quella derivante dal regime legale.

Fermi sono i limiti di legge, che possono essere collocati su un duplice piano, generale e particolare. Sul piano generale, il lapidario richiamo al solo art. 161 c.c. non impedisce di annoverare tra le restrizioni le previsioni di cui all'art. 160 c.c. – norma sull'inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio⁵² – e di cui all'art. 166-bis c.c. – circa il divieto

⁵⁰ Per le considerazioni sulla natura della comunione convenzionale si vedano M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, II, Torino, 2007, 327; E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, in *Dir. fam. pers.*, 1991; ID., *Autonomia dei coniugi in materia patrimoniale e comunione convenzionale*, in *Gazz. not.*, 2003, 1 ss.; G. CIAN-A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, 407. Sui rapporti tra convenzioni e comunione legale si veda anche M. PALADINI, *La comunione legale*, in S. PATTI-M.G. CUBEDDU (a cura di), *Diritto di famiglia*, cit., 30 ss. e ID., *La comunione convenzionale*, in T. AULETTA (a cura di), *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, Tratt. Bessone, IV, Torino, 2011, 685 ss.

⁵¹ L.V. MOSCARINI, *Struttura e funzioni delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. not.*, 1976; E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, I, 1, Torino, 1983; F.D. BUSNELLI, *La comunione legale nel nuovo diritto riformato*, in *Riv. not.*, 1976, 32 ss.

⁵² Secondo l'art. 210 c.c., infatti, le modifiche alla comunione legale dei beni possono avvenire “purché i patti non siano in contrasto con le disposizioni dell'art. 161 c.c.”: non è ammissibile, perciò, una convenzione modificativa della comunione legale che si limiti a

di costituzione dei beni in dote⁵³. Sul piano particolare, i limiti riguardano la misura dell'ampliamento o della riduzione convenzionale nonché le regole circa l'amministrazione e le quote di partecipazione (art. 210 comma 2 e comma 3 c.c.).

Sotto il primo profilo, che riguarda le modifiche "in aumento" rispetto al regime legale, una convenzione ampliativa deve arrestarsi di fronte all'impossibilità di includere all'interno del regime della comunione i beni di cui alle lettere *c)*, *d)* ed *e)* dell'art. 179 c.c., ossia i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori, i beni c.d. professionali, i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione derivante dalla perdita della capacità lavorativa. Tali esclusioni di legge mirano a salvaguardare una permanente area di autonomia del coniuge titolare dei diritti su beni che costituiscono una sorta di appendice della sua persona.

Sotto il secondo profilo, attinente essenzialmente alle modifiche "sottrattive" rispetto al regime di legge, la natura di comunione legale meramente modificata fa sì che nella comunione convenzionale riduttiva dell'oggetto della comunione non siano derogabili le norme sulla amministrazione dei beni e sull'uguaglianza delle quote, con riferimento a tutti quei beni che, anche se esclusi data la portata sottrattiva della convenzione, farebbero, per legge, parte della comunione.

Una convenzione ampliativa di natura programmatica potrebbe, ad esempio, prevedere la caduta immediata in comunione dei frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi e dei proventi dell'attività separata di ciascuno di essi che, ai sensi dell'art. 177 c.c. comma 1, rispettivamente lettere *b)* e *c)* rientrerebbero, nel regime dispositivo, solo nella comunione *de residuo*. Ancora, potrebbero essere inclusi nella comunione i beni che dalla stessa potrebbero venire esclusi con il meccanismo della surrogazione di cui all'art. 179 comma 1 lettera *f)* c.c.: il consenso preventivo in seno alla convenzione programmatica, del resto, ben potrebbe essere sostituito dalla mancata attivazione del meccanismo di surrogazione di cui al combinato disposto della richiamata lettera *f)* e dell'ultimo comma dell'art. 179 c.c.⁵⁴.

rinvia a leggi straniere o agli usi, senza che sia enunciato "in modo concreto il contenuto dei patti" con cui le parti intendono regolare i loro rapporti (art. 161 c.c.). Il limite di cui all'art. 160 c.c., circa l'inderogabilità dei diritti nascenti dal matrimonio, pur non enunciato, è un limite "di sistema" che riguarda ogni convenzione matrimoniale. In argomento, E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, cit., 149.

⁵³ F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, VI, 1, Milano, 1979, 209; U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, II, Torino, 2007, 33.

⁵⁴ F. MARASCO, *Sull'ambito applicativo delle norme di cui alla lettera f) ed ultimo comma dell'art. 179 c.c.: un'altra spallata della Cassazione al sistema della comunione legale dei*

Ancora, si ritiene ammissibile la convenzione ampliativa, non meramente programmatica ma anche attributivo-traslativa, che assoggetti al regime della comunione i beni personali in quanto acquistati per successione (già apertasi⁵⁵) o donazione (già perfezionata). In tale circostanza, infatti, l'attuale presenza di tali beni nel patrimonio del disponente fa sì che non sorga un contrasto con il divieto di patti successori di cui all'art. 458 c.c. né con i principi in materia di donazione, che sarebbero senz'altro violati ove si ammettesse surrettiziamente, per il tramite della convenzione, l'etero-determinazione di uno dei soggetti beneficiari, con esautorazione della sfera di autonomia del donante e sostanziale predisposizione di un invalido mandato a donare.

Quanto alla possibilità di riferirsi, nella convenzione, a beni oggetto di donazione futura, non sembra che possa individuarsi un limite nel disposto di cui all'art. 771 c.c., come pure è stato affermato⁵⁶, giacché la norma *de qua* mira a tutelare la sfera del donante e non già il donatario, disponente attraverso la convenzione matrimoniale.

Del resto, ogni convenzione programmatica comportante un ampliamento della comunione consente di ravvisare, in capo al paciscente che si privi, ora per allora, della esclusiva titolarità di un bene futuro (almeno "soggettivamente futuro", ossia altrui), un atto di disposizione di diritto futuro, connotato da un intento liberale verso l'altro coniuge. Per tale ragione, se l'art. 771 c.c.⁵⁷ avesse davvero uno spazio di operatività in tale ambito, il rigore della norma renderebbe difficoltoso ogni margine applicativo concreto di una convenzione ampliativa programmatica.

Quanto alle convenzioni riduttive dell'oggetto della comunione, esse pos-

beni, in *Riv. not.*, 1995; C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001.

⁵⁵ Ove, invece, la previsione riguardi un bene oggetto di una successione futura, sorge il contrasto con il divieto dei patti successori: cfr. M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, cit., 300, che distingue tale clausola da quelle riguardanti i beni oggetto di donazione futura.

⁵⁶ F. GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, 46.

⁵⁷ Controverso è, di per sé, il rapporto tra la norma di cui all'art. 771 c.c. e la norma di cui all'art. 809 c.c. Se nell'alveo delle liberalità non donative può rientrare la comunione convenzionale ampliativa – con cui un coniuge acconsente che nella sfera patrimoniale dell'altro, tramite la caduta in comunione di beni altrimenti esclusi, si verifichi un incremento – è dubbio se possa trovare applicazione l'art. 771 c.c.: per la natura eccezionale della previsione, deroga al principio generale espresso dall'art. 1348 c.c., si veda G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, 439; in argomento anche A.A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, 2009, 771 e ss.; A. FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, in *Obbl. contr.*, 2012, 10 ss.

sono programmare esclusioni di categorie di beni dall'acquisto immediato comune⁵⁸. Ancora, le convenzioni riduttive possono utilmente incidere sul meccanismo, del tutto peculiare, della comunione *de residuo*, escludendo quelle partite di dare e avere che sorgono allo scioglimento del regime con riferimento ai frutti dei beni di ciascun coniuge, ai proventi dell'attività separata o ai c.d. beni d'impresa di cui all'art. 178 c.c.⁵⁹. In questa direzione, le convenzioni rappresentano atti di disposizione di crediti futuri, posto che la pretesa di ciascun coniuge a seguito dello scioglimento della comunione sul residuo di alcuni beni – che, in costanza di regime, sono di titolarità esclusiva – si risolve in un diritto di credito pari alla metà del valore dei suddetti beni⁶⁰.

Ora, è chiaro che una convenzione matrimoniale modificativa delle regole dispositive della comunione legale, programmatica o anche traslativo-attributiva, se stipulata prima del matrimonio – e dunque soggetta alla

⁵⁸ La convenzione programmatica determinante l'esclusione della caduta in comunione di categorie di beni diviene, così, la strada operativa per evitare che del regime legale entrino a far parte cespiti che, secondo la valutazione delle parti, devono restare nella titolarità esclusiva di ciascuno dei coniugi. La giurisprudenza esclude, infatti, salva un'isolata pronuncia (Cass., 2 giugno 1989 n. 2688, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1997 ss.) che possa addivenirsi a questo risultato a mezzo del c.d. "rifiuto del coacquisto", con un'interpretazione lata della dichiarazione di cui all'art. 179 c.c. atta ad evitare la caduta in comunione. Per una sintesi delle argomentazioni dell'orientamento maggioritario si veda Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954. Il dibattito dottrinale sul punto è stato ampio: si rinvia, per esempio, a L. NAPOLITANO, *Beni personali e rifiuto del coacquisto*, in *Contr. impr.*, 2004; S. PATTI, *Il cosiddetto rifiuto del coacquisto alla luce della sentenza n. 2954/2003*, in *Riv. not.*, 2003; M.C. LUPETTI, *Rifiuto del coacquisto: è il tramonto di un'epoca?*, in *Riv. not.*, 2003, 416; E. ANDREOLA, *Autonomia negoziale dei coniugi e regime patrimoniale legale. Riducibilità della comunione e rifiuto del coacquisto ex lege*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 58.

⁵⁹ La rilevanza concreta della previsione di cui all'art. 178 c.c. circa la caduta in comunione di residuo dei beni dell'impresa è messa in luce dalla dottrina fin dai primi studi successivi alla riforma del diritto di famiglia del 1975. Si vedano, per esempio, A. JANNARELLI, *Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia*, in *Foro it.*, 1977; G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II. La norma mira a salvaguardare la libertà di disposizione e gestione del coniuge imprenditore, nel contesto di una valorizzazione della garanzia di cui all'art. 41 Cost., che risulterebbe ingessata dall'adeguamento dell'esercizio dell'attività di impresa rispetto al sistema di amministrazione della comunione legale. Cfr., sul punto, anche M. CAVALLARO, *La c.d. comunione de residuo fra garanzia dell'autonomia individuale e "vanificazione" dei fini della comunione*, in *Famiglia*, 2005, 467 ss. e A. FUSARO, *Comunione legale ed attività d'impresa: l'esercizio individuale e collettivo*, in *Famiglia*, 2001, 861 ss.

⁶⁰ La *ratio* ispiratrice della norma – ossia non sacrificare la libertà di gestione del coniuge imprenditore – fa sì che il diritto de residuo sia qualificato come diritto di credito alla metà del valore del cespite in sede di scioglimento: G. CIAN-A. VILLANI, *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., 162; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, III, Padova, 1992, 144.