

## **L'irretrievable breakdown e la libertà di divorziare in Europa**

di VALENTINA ZAMPAGLIONE

*From 6 April 2022 in England and Wales is possible to divorce with a simple declaration, even jointly, that the marriage has come to an end. This confirms that, on the European continent, the traditional approach based on the rigorous proof of the existence of the irretrievable breakdown has lost its importance and that the current trend is to favor an ever greater self-determination of former spouses.*

**SOMMARIO:** 1. La centralità della tutela della persona; 2. Il principale effetto della libertà di autodeterminazione dei coniugi: il divorzio; 3. La degiurisdizionalizzazione della procedura di scioglimento del vincolo matrimoniale; 4. L'ammissibilità dei *prenuptial agreements*.

### **1. La centralità della tutela della persona.**

Com'è noto la tutela della persona umana ha assunto valore di centralità, via via sempre maggiore e pregnante, nell'ordinamento italiano. Essa, infatti, trova – oltre che in alcune norme codicistiche<sup>1</sup> ed in altre derivanti da accordi internazionali<sup>2</sup> – salda enunciazione nella Carta fondamentale che ha tipizzato alcune fattispecie riguardanti le facoltà della persona e qualificandole come diritti e libertà<sup>3</sup>. Nondimeno parte della dottrina<sup>4</sup> ha manifestato la sua

---

<sup>1</sup> Come gli artt. 5 e 10 c.c..

<sup>2</sup> Il riferimento è alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948; alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Roma, 1950, ratificata nel 1955, modificata da protocolli aggiuntivi tra cui l'ultimo entrato in vigore nel 2010), c.d. CEDU (Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) con cui, tra l'altro, è stata istituita la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, organismo deputato a decidere sulle violazioni dei diritti dalla Convenzione tutelati; al Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966, reso esecutivo nel 1977); al Trattato sull'Unione Europea (Maastricht, 1992), modificato dal Trattato di Lisbona, 2007, entrato in vigore nel 2009; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, 2000, c.d. Carta di Nizza; alla Convenzione sui diritti umani e la biomedicina (1997, recepita dall'Italia con L. n. 145/2001), c.d. Convenzione di Oviedo.

<sup>3</sup> Sul punto v. P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, vol. I, 1, ed. II, Torino, 1991, p. 175; A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Roma, 2012, p. 965.

<sup>4</sup> V. tra gli altri: F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, p. 3 ss. (per il quale «quello che sembra sfuggire alla concezione della "fattispecie chiusa" è che i diritti inviolabili, prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori – tale a me sembra il senso specifico dell'art. 2 Cost. – e che nella logica dei valori – che non è la logica del tutto o niente, del sì o del no – essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell'opposizione e della complementarità»); C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, p. 949 ss. (l'autore afferma che «si potrebbe interpretare l'art. 2 Cost. nel senso che si sia voluto affermare non già un diritto generale di libertà, ma piuttosto un principio che non si esaurisce interamente nelle singole fattispecie previste, e perciò consente all'interprete di desumere dal sistema altre non contemplate specificamente»); A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi, Atti del V Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Taormina, 1990, Milano 1995, p. 235 ss. (secondo cui «finché faremo i conti con l'attuale testo positivo non potremo stravolgerlo a piacimento, o adattarlo alle mutate esigenze dei tempi fino a sottrarlo a un sotterraneo svuotamento di senso»). Contro la tesi della fattispecie chiusa afferma «quella dottrina che riconduce ogni nuovo diritto agli artt. 13 ss. Cost., spesso ricomprende tra i diritti espressamente enunciati tali e tante situazioni giuridiche soggettive che a malapena possono essere definite attive alterando in tal modo i valori effettivamente protetti dalla costituzione»).

insoddisfazione per una simile lettura restrittiva della Carta fondamentale preferendo dare peculiare risalto al principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost. che pone l'uomo e non lo Stato al centro della vita sociale ed a quello della inviolabilità della libertà personale propugnato dal successivo art. 13, e quindi all'autodeterminazione quale capacità di scelta in piena autonomia ed indipendenza da parte dell'individuo. La giurisprudenza costituzionale<sup>5</sup> e di legittimità<sup>6</sup>, seppure in alcune materie ed in determinati limiti, ha aderito a tale principio calandolo in fattispecie concrete.

Rinviando alla giurisprudenza ed all'ampia letteratura – favorevole o meno – sviluppata riguardo a quanto sopra, preme qui soffermarsi sugli effetti che una simile interpretazione estensiva possa assumere nei confronti del matrimonio e soprattutto della sua crisi.

## **2. Il principale effetto della libertà di autodeterminazione dei coniugi: il divorzio.**

Nel diritto di famiglia la libertà di autodeterminarsi si è tradotta nella libertà di formare e 'disfare' una famiglia (intesa nella sua accezione più ampia). Questa libertà è espressamente tutelata dalle fonti sovranazionali, quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta di Nizza, in cui è riconosciuto espressamente il diritto al rispetto della vita familiare<sup>7</sup>, il diritto di costruire una famiglia - tenendolo in debita distinzione con il diritto a sposarsi<sup>8</sup> - ed è enunciato il principio di uguaglianza formale delle persone dinnanzi alla legge<sup>9</sup>, con l'espresso divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull'orientamento sessuale<sup>10</sup>.

Tra le due, la libertà di fare e quella di disfare la famiglia, è stata soprattutto la seconda che ha fatto fatica ad affermarsi.

L'analisi comparata delle diverse realtà europee mostra quanto l'istituto del divorzio ed in generale il settore della famiglia siano influenzati dai fattori sociali, politici e religiosi locali; ed è proprio per questo che gli ordinamenti europei hanno assunto posizioni differenti e manca ancora oggi una disciplina uniforme in materia.

---

<sup>5</sup> Corte Cost., 27 novembre 2019, n. 242, in *Giur. it.*, 5, 1198, con nota di VALLINI.

<sup>6</sup> Cass. civ., 9 giugno 1998, n. 5658, in *Foro it.*, I, 98, 2381.

<sup>7</sup> Carta di Nizza, art. 7.

<sup>8</sup> *Ivi* art. 9.

<sup>9</sup> *Ivi* art. 20.

<sup>10</sup> *Ivi* art. 21.

Si pensi che se in Italia l'istituto del divorzio<sup>11</sup> è stato visto con diffidenza fino a non molto tempo fa<sup>12</sup>, in Francia la possibilità di sciogliere il vincolo matrimoniale è stata accolta subito con favore<sup>13</sup> e, con il corso del tempo, sono state semplificate le procedure per accedervi: dal 2016 attraverso il divorzio consensuale è possibile, in Francia, divorziare redigendo una scrittura privata controfirmata da avvocati e depositata presso un notaio, con ciò senza dovere prima ottenere una declaratoria di separazione<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Quanto all'ordinamento italiano, il divorzio è stato disciplinato dalla legge Fortuna Baslini del 1970, ma esso era già noto nel Regno d'Italia napoleonico e in altri regni preunitari come il Regno di Napoli. I tempi di divorzio, già ridimensionati con le leggi n. 436/1978 e n. 74/1987, sono stati ulteriormente ridotti con la legge n. 55/2015, che ha consentito il divorzio dopo un anno di [separazione giudiziale](#) e dopo sei mesi di [separazione consensuale](#). Per l'approfondimento del modello di divorzio introdotto nel nostro ordinamento nel 1970, in particolare in contrapposizione a quello del "divorzio-sanzione", legato a passate concezioni familiari, basti rinviare, oltre che alle immediate osservazioni di A. TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, spec. p. 11 ss., a L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia*, Bologna-Roma, 1979, spec. p. 8 ss., nonché alle considerazioni svolte in E. QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv.*, IV ed., Sezione civile, VI, Torino, 1990, spec. p. 511 ss.

<sup>12</sup> In Italia la diffidenza verso tale istituto è stata così forte e radicata che, ancora dopo molti anni dall'emanazione della legge n. 898/1970, il ricorso al divorzio è stato a lungo decisamente sporadico. La situazione oggi è radicalmente mutata, ma permangono ancora alcune istanze paternalistiche a livello legislativo e giurisprudenziale: nella quasi totalità dei casi, la separazione legale è *condicio sine qua non* per l'ottenimento del divorzio e che qualche giudice, nel pronunciarsi sull'assegno post-matrimoniale o sugli accordi in vista del divorzio, tende ancora a salvare l'indissolubilità patrimoniale.

<sup>13</sup> Nel 1792, durante i moti rivoluzionari, grazie all'avvenuta qualificazione a livello costituzionale del matrimonio come *contrat civil*, in Francia è stata promulgata la prima legge sul divorzio, che lo ammettava nei due casi del mutuo consenso e dell'*incompatibilité d'humeur* (sul punto v.: P. DERONDE, *Causes du divorce*, Paris, 1895, pp. 5 ss.; DE BUSSAC, *Le divorce par consentement mutuel*, Parigi, 1909, pp. 34 ss.). Negli anni successivi, però, l'accesso al divorzio è stato fortemente limitato. Si pensi che il divorzio *incompatibilité d'humeur* è stato, dapprima, all'epoca del Direttorio, ostacolato attraverso restrizioni procedurali e, poi, abolito con il *Code Napoléon* con cui è stato, anche, reso più difficile lo scioglimento *par consentement mutuel*. Il divorzio, inoltre, è stato abrogato al tempo della Restaurazione, per poi essere reintrodotta come sanzione con la legge del 27 luglio 1884, approvata, non senza accesi contrasti, sotto la *Troisième République* (si tratta della famosa «Loi Naquet», preceduta da ben tre infruttuosi tentativi dello stesso proponente negli anni 1876, 1878 e 1881. Sul tema A. NAQUET, *Le divorce*, Paris, 1877; ID., *Le divorce*, Paris, 1881). Nel 1975, sotto la presidenza di Giscard d'Estaing, è stato reintrodotta anche il divorzio per mutuo consenso. Infine, l'istituto è stato recentemente modificato ammettendo, dal 1° gennaio 2005, il divorzio *par consentement mutuel, par acceptation du principe de la rupture du mariage, pour faute, pour altération du lien conjugal*. Tra tutte queste ipotesi il legislatore ha favorito il *divorce par consentement mutuel*. Sulla riforma *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004: Pacification et simplification?*, a cura di LEBORGNE, Aix-Marseille, 2005, *passim*. V., infine, la degiurisdizionalizzazione esposta con la *loi* 2016-1547 del 18 novembre 2016, in relazione, appunto, al *divorce par consentement mutuel* (nuovo art. 229-1 *code civil*). Sul punto vedi, *infra*, par. 4.

<sup>14</sup> Tale modalità di divorzio può essere scelta se i coniugi sono d'accordo sulla decisione di porre fine al vincolo matrimoniale e su tutte le condizioni del divorzio ed i figli - se ancora minorenni - non hanno chiesto di essere sentiti da un giudice. Qualora, invece, un figlio minore in grado di intendere e volere chieda di essere sentito da un giudice, i coniugi dovranno per forza accedere al tribunale sottoponendo all'approvazione del giudice il progetto di accordo, senza che le cause del divorzio siano oggetto di discussione (c.d. divorzio consensuale giudiziale). Il giudice respingerà l'accordo solo qualora gli interessi dei figli o di un coniuge non risultino adeguatamente tutelati. Sul punto vedi anche nota 34. Per un approfondimento sull'introduzione e l'evoluzione del divorzio in Italia e sui diversi modelli adottati negli altri ordinamenti, anche in una prospettiva di riforma del nostro, v.: E. QUADRI, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi*, in *Fam. e dir.*, 1/2021, p. 7 ss.; ID., *Il conflitto dei coniugi nelle attuali legislazioni italiana e europea: bilancio e prospettive*, in E. QUADRI, *Fam. e ord. Civ.*, Torino, 1999, p. 197 ss. (già in *Giust. it.*, 1986, p. 337).

L'accesso al divorzio è stato agevolato un po' in tutto il continente europeo passando gradualmente dall'impostazione della seconda metà del XIX sec., che vedeva nello scioglimento del matrimonio, esclusivamente, la sanzione per punire la condotta colposa del coniuge<sup>15</sup>, al riconoscimento del divorzio quale rimedio all'irrecuperabile compromissione dei rapporti di coniugio (che veniva dedotta dalla separazione, legale o anche di fatto, protratta per un certo lasso di tempo, è il cd. divorzio come rimedio fondato sulla separazione), e al divorzio per mutuo consenso.

In alcuni ordinamenti<sup>16</sup> si è giunti perfino a riconoscere il divorzio come un diritto potestativo, avente fonte nell'atto di matrimonio, che il coniuge può esercitare su sua semplice richiesta<sup>17</sup>.

Va precisato, però, che, nonostante tale evoluzione, il modello di divorzio-sanzione non è scomparso. Esso trova applicazione ancora oggi (sebbene, certo, non esclusivamente) nel Regno Unito, in Grecia, a Cipro e in parte della Bulgaria e, del resto, in certa misura, anche nel nostro stesso sistema. Alcuni ordinamenti, pur tipizzando in linea di principio diverse ipotesi di colpa cui è ricollegabile il divorzio<sup>18</sup>, di fatto lo accordano per la sola ipotesi di compromissione irrimediabile del rapporto. Per intenderci: in Italia, ad esempio, il divorzio immediato è ricollegato ad un concetto lato di colpa, come violazione penalmente rilevante nei confronti del coniuge e della società<sup>19</sup>.

In altri Paesi come Germania (*Scheitern der Ehe*: § 1565 BGB), Bulgaria, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, invece, trova applicazione il modello del divorzio-rimedio all'intollerabilità della convivenza, non necessariamente evidenziata da un periodo di separazione; quest'ultimo è, invece, presupposto necessario del divorzio in altri Paesi, come ad

---

<sup>15</sup> Per un'indagine comparata della legislazione europea di fine Ottocento, ispirata per l'appunto all'idea della colpa, E. LEHR, *Le mariage le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris, 1899, *passim*; E. ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le mariage*, Paris, 1904, p. 237 ss.

<sup>16</sup> Svezia, Finlandia e Russia sono tra questi ordinamenti.

<sup>17</sup> Senza abrogare i modelli precedenti.

<sup>18</sup> Fino al 6 aprile 2022, in Inghilterra e in Galles, l'*irretrievable breakdown* è stato dedotto dalla prova di adulterio (*adultery*), comportamento irragionevole (*unreasonable behaviour*) e abbandono (*desertion*) o, in alternativa, dalla separazione di fatto protratta per un certo periodo. La disposizione del *Matrimonial causes act* del 1973 è stata modificata con il *Dissolution and separation act* del 2020. Per l'effetto di tale riforma dal 6 aprile 2022 le coppie possono divorziare presentando una richiesta in tal senso sulla base di una mera dichiarazione che il matrimonio è giunto a termine. Si badi inoltre che tale domanda (e questa è un'altra importante novità) può essere presentata congiuntamente.

<sup>19</sup> Si veda al riguardo l'art. 3, l. 1° dicembre 1970 n. 898, come modificato, da ultimo, con la l. 6 maggio 2015, n. 55.

esempio, Spagna, Irlanda, Austria, Belgio e salvo alcune ipotesi tassative anche in Italia<sup>20</sup> e Francia<sup>21</sup>. Tuttavia, oggi, il requisito della separazione protratta per un certo numero di anni rileva solo al fine di desumere quella situazione di «compromissione irrimediabile» (*irretrievable breakdown*) che costituisce il presupposto imprescindibile per il divorzio e, dunque, svolge la mera funzione di semplificare l'onere probatorio.

Il divorzio per mutuo consenso è consentito in moltissimi Paesi sebbene con alcune differenze. In Paesi come Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Germania, Inghilterra, Galles<sup>22</sup>, Paesi Bassi, Russia e Scozia esso è connesso alla compromissione irreversibile dei rapporti; in altri sistemi, come Belgio, Bulgaria, Francia, Grecia e Portogallo<sup>23</sup>, esso costituisce una categoria a parte; e in altri ancora, si pensi all'Italia, esso viene fatto dipendere, salvo alcune tassative ipotesi di divorzio immediato, dalla preventiva separazione giudiziale.

In Svezia, Finlandia e Russia<sup>24</sup> è espressamente consentito il divorzio unilaterale, su semplice richiesta di una delle parti, ma di fatto il divorzio per mutuo consenso trova applicazione anche in altri ordinamenti. Invero, spesso l'irrimediabile rottura del rapporto è ricollegata anche alla semplice proposizione di una domanda di divorzio; o, come avviene in Italia, alla separazione *préalable* al divorzio.

Dall'analisi comparativa dei vari sistemi europei, inoltre, emerge come in alcuni Paesi il divorzio sia ammesso unicamente nell'ipotesi di *irretrievable breakdown of marriage*, ma in altri è garantita una maggiore accessibilità all'istituto che ha fonte in una variegata serie di

---

<sup>20</sup> Vedi divorzio immediato.

<sup>21</sup> Sul modello francese di divorzio, v. S. PATTI, *La nuova legge francese sul divorzio: il ruolo del notaio*, in [http://www.notardilizia.it/notardilizia.it/officina/Voci/2008/1/29\\_divorzio\\_alla\\_francese.html](http://www.notardilizia.it/notardilizia.it/officina/Voci/2008/1/29_divorzio_alla_francese.html); ID., *La nuova legge francese sul divorzio*, in S. PATTI - M.G. CUBEDDU (a cura di), *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 283 ss.

<sup>22</sup> Ciò fino al 6 aprile 2022. Sul punto v. nota 18.

<sup>23</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *Convergence and divergence of Divorce Law in Europe*, in *Child & Fam. LQ*, 2006, p. 23, nel quale si legge che «most of the states still consider divorce by consent as dangerously diminishing the state control of divorce. The multiple restrictions of the right of divorce by consent often make it a less attractive and speedy form of divorce. Only Dutch and Russian law allows divorce on the ground of simple consent without any further restrictions. In some countries, the marriage has to be of a certain duration: three years in Bulgaria, two years in Belgium, one year in Czech Republic and Greece. Other countries allow consensual divorce only after a certain period of separation, two years in England and Wales and in Scotland, one year in Germany and six months in Denmark, Czech Republic and Iceland. In most countries (Austria, Belgium, Bulgaria, Greece, Germany, Hungary, Denmark, Portugal) an agreement to divorce alone is not sufficient and the spouses are required to reach an agreement on ancillary matters as well. This list of restrictions reveals that most of the countries are still reluctant to recognise the autonomous decisions of the spouses alone as a sufficient ground for divorce. The state in one way or another has to protect the spouses from their own 'inconsiderate' decisions». In senso conforme: D. MARTINY, *Divorce and Maintenance Between Former Spouses - Initial Results of the Commission on European Family Law*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe*, Oxford, New York, 2003, p. 536.

<sup>24</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *Convergence of Divorce Law in Europe*, *cit.*, p. 18 ss.

motivi. Appartengono alla prima categoria Scozia, Irlanda, Germania (*Scheitern der Ehe*), Austria (*unheilbare Zerrüttung der Ehe*), Paesi Bassi (*duurzame ontwrichting van het huwelijk*) e, fino al 6 aprile 2022, Inghilterra e Galles; nonché altri Paesi che paiono voler fondare il divorzio su tale concetto, facendo ricorso a terminologie consimili<sup>25</sup>. Appartengono alla seconda categoria Belgio, Cipro, Francia, Grecia, Italia, Polonia, Portogallo, Spagna<sup>26</sup>. Questa distinzione in due macro aree non va letta in termini assoluti. Molto spesso all'enunciazione di principio segue una prassi applicativa che di fatto amplia o restringe l'applicazione dell'istituto. Un chiaro esempio lo ritroviamo proprio nel nostro ordinamento, dove la distinzione tra impossibilità di mantenere e ricostruire la comunione spirituale e materiale tra coniugi ex art. 1 della legge sul divorzio, assume una valenza prettamente formale<sup>27</sup>.

Si consideri, poi, che nei Paesi in cui è disciplinata la separazione personale legale (contrapposta alla semplice separazione di fatto) questa non è elevata a condizione imprescindibile per il divorzio. L'unica eccezione è rappresentata proprio dall'Italia, dove comunque è ammesso il divorzio immediato<sup>28</sup>, e dove il periodo di attesa tra separazione e divorzio è stato notevolmente ridotto nel corso del tempo<sup>29</sup>, al punto che non pochi si chiedono

---

<sup>25</sup> Secondo M.T. MEULDERS-KLEIN i sistemi monisti (nel 1989) erano quelli di Germania, Scozia, Gran Bretagna, Paesi Bassi, Svezia (M.T. MEULDERS-KLEIN, *La problématique du divorce dans les législations occidentales*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1989, p. 14 ss.). Dieci anni dopo Dutoit, Arn, Sfondylia e Taminelli hanno aggiunto Austria, Bielorussia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, Estonia, Finlandia, Ungheria, Liechtenstein, Lituania, Macedonia, Moldavia, Montenegro, Romania, Russia, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Svizzera, Repubblica Ceca, Ucraina (DUTOIT - ARN - SFONDYLIA - TAMINELLI, *Le droit du divorce entre laxisme conjugal et inquiétude parentale*, in *Le divorce en droit comparé*, I, Genève, 2000, p.14. Ivi si parla di *systèmes unicistes* che non si preoccupano «*ni de la diversité des types de divorce ni de la pluralité de ses causes ni non plus de procédures distinctes. La liberté individuelle l'emporte sur l'institution; il s'agit seulement d'assortir la faillite du mariage d'un minimum d'exigences légales afin que l'époux demandeur puisse refaire sa vie dans les meilleurs délais. Logiquement on ne retiendra plus qu'une cause de divorce exprimée dans la formule magique (ci tragique) d'échec irrémédiable du mariage (irretrievable breakdown, Scheitern der Ehe)*».

<sup>26</sup> M. ANTOKOLSKAIA, *The "Better Law" Approach and the Harmonization of Family Law*, in K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspectives for the unification and harmonization of family law in Europe*, 2003, Intersentia Uitgevers N V, p. 166 ss.

<sup>27</sup> Nell'ordinamento italiano si parlò di 'terza stagione del divorzio' (v. E. QUADRI, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1, p. 7) caratterizzata proprio dalla tendenza a valorizzare l'autonomia degli interessati nella definizione della propria crisi coniugale. Il riferimento è alla L. 10 novembre 2014, n. 162, con cui sono state introdotte le figure della convenzione di negoziazione assistita e dell'accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile. Ma anche alla L. 6 maggio 2015, n. 55 con cui è stato varato il c.d. "divorzio breve", caratterizzato da un ulteriore deciso ridimensionamento del periodo di separazione legale richiesto ai fini del divorzio, con la relativa riduzione a dodici mesi ed a sei mesi nel caso di separazione consensuale. Tutto questo mostra come sia stata ridimensionata l'importanza del presupposto della impossibilità di mantenere e ricostruire la comunione spirituale e materiale tra coniugi ex art. 1, l. div.

<sup>28</sup> V. nota n. 19.

<sup>29</sup> Si è passati dai sette anni della versione originale della L. 1° dicembre 1970, n. 898 (art. 3, n. 2, lett. b), in caso di opposizione del coniuge incolpevole, ai sei mesi in caso di precedente separazione consensuale, secondo quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, L. 6 maggio 2015, n. 55.

se abbia ancora senso continuare a fondare il divorzio su di una separazione (necessariamente) legale, quale *condicio sine qua non* per lo scioglimento del vincolo<sup>30</sup>.

Anche la disciplina dettata per lo scioglimento delle unioni civili con la L. 20 maggio 2016, n. 76<sup>31</sup>, come suggerito da autorevole dottrina, potrebbe far pensare che il legislatore italiano sia orientato verso la definitiva emancipazione del divorzio dalla separazione<sup>32</sup>.

### **3. La degiurisdizionalizzazione della procedura di scioglimento del vincolo matrimoniale.**

La libertà di ‘disfare’ il matrimonio, con il tempo, è stata ulteriormente ampliata attraverso la tendenza a degiurisdizionalizzare la procedura di scioglimento del vincolo matrimoniale.

---

<sup>30</sup> F. CIPRIANI, *Abrogazione della separazione coniugale?*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1103 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 390 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, II, Milano, 2010, p. 1768 e nt. 1; per una comparazione al riguardo con altri sistemi europei M. FORTINO, *La separazione personale tra coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO - FORTINO - RUSCELLO, II, Milano, 2002, p. 920; EAD., *I modelli di separazione e divorzio in Europa: uno sguardo alle recenti riforme di alcuni Paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, p. 515 ss.; A. MORACE PINELLI, *È tempo di abrogare la separazione giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 891 ss.

<sup>31</sup> La l. 20 maggio 2016 n. 76, recante *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, è il frutto di un lungo e travagliato iter. Invero, per molto tempo sia il matrimonio che la convivenza *more uxorio* sono stati concepiti come riservati alle persone di sesso diverso. Determinanti in favore di questa apertura sono state le pressioni esercitate dagli organismi internazionali, prima tra tutte la Corte Edu, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU (che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare). Gli altri Paesi europei da tempo hanno riconosciuto, tutelato e disciplinato le convivenze omosessuali, sia attraverso la previsione di nozze tra persone dello stesso sesso, sia attraverso le c.d. *registered partnerships* (le unioni registrate) da cui discendono sostanzialmente gli stessi effetti del matrimonio. Si ricorderà, ad esempio, la legge danese del 1989 presa come modello da molti ordinamenti europei. Meritano di essere ricordati anche l'ordinamento francese e quello inglese. In Francia dal 1999 è stato previsto il PACS (*pacte civil de solidarité*), il patto civile di solidarietà con il quale diviene convivenza *more uxorio* anche quella tra le persone dello stesso sesso. Tale normativa richiama il *Civil Partnership Act* britannico, nel quale sono contenute definizioni, condizioni e regole generali dell'intera materia. Numerosi sono i Paesi che anche fuori dei confini europei hanno regolamentato il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si pensi al Canada (nel 2005), al Sud Africa (nel 2006) e all'Argentina (2010). Dopo la storica sentenza della Corte Suprema, del 26 giugno 2015, pronunciata nel caso *Obergefell v. Hodges*, anche negli Usa sono state legalizzate le nozze tra persone dello stesso sesso, facendo leva sul quattordicesimo emendamento della Costituzione.

<sup>32</sup> Nella disciplina è data rilevanza anche alla volontà di scioglimento unilaterale e manca, poi, qualsiasi riferimento alla separazione personale (e, di conseguenza, ad ogni suo eventuale ruolo nella definizione della crisi finale dell'unione stessa). Per la valutazione di una simile presa di posizione legislativa, v. quanto rilevato in E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1691 e, già, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 268 ss., spec. nt. 32, dove, in effetti, si conclude nel senso dell'avvenuta introduzione “di una nuova peculiare ‘causa’ di divorzio” (e v., in proposito, M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 887).

Nel 2014, in Italia (a seguito della conversione, nella L. 10 novembre 2014, n. 162, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132) si è aperta la strada per una consensualizzazione della crisi<sup>33</sup> attraverso l'introduzione della negoziazione assistita e dell'accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile, che valorizzano l'autonomia degli interessati nella definizione della propria crisi familiare.

Già nel 2004 il legislatore d'oltralpe si era mosso in tal senso attraverso l'introduzione del "divorzio per mutuo consenso" e del "divorzio accettato". Nel 2016 si è giunti ad una contrattualizzazione dell'istituto attraverso la previsione, come via privilegiata, della procedura del "divorzio per mutuo consenso per scrittura privata controfirmata da avvocati" (chiamati ad assistere le parti)<sup>34</sup>. Diversamente dall'esperienza d'oltralpe, in Italia si è preferita una «degiurisdizionalizzata "contrattualizzazione", inizialmente operata sulla base di una rassicurante necessaria ricorrenza delle condizioni quali (ancora allora) esistenti alla luce della riforma del 1987<sup>35</sup>. Salvo, poi, in rapida successione, procedere, con la L. 6 maggio 2015, n. 55, a varare il c.d. "divorzio breve", caratterizzato da un ulteriore deciso ridimensionamento del periodo di separazione legale richiesto ai fini del divorzio, con la relativa riduzione a dodici mesi ed a "sei mesi nel caso di separazione consensuale". Con ciò, evidentemente, data la conservazione in termini inalterati della formulazione degli artt. 1 e 2, dovendosi assumere che si sia ritenuto, alla luce della evoluzione della coscienza sociale, risultare un tale tempo sufficiente ai fini dell'accertamento relativo al carattere definitivo del venir meno della compagine di vita»<sup>36</sup>.

Anche in Spagna è stata accordata particolare tutela alla libertà dei coniugi. Invero, con la *ley* n. 15/2005, è stato sancito il principio della libertà dei coniugi nel matrimonio, la persistenza dei cui effetti viene reputata dipendere dalla "volontà costante di entrambi".

Nella stessa direzione si sono mossi i legislatori di Danimarca, Islanda, Norvegia, Svezia, Estonia, Lituania, Russia, Ucraina, Moldavia, Portogallo (dal 1995) e Romania (dal 2010)<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> E. QUADRI, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1, p. 7 ss.

<sup>34</sup> Si tratta della riforma operata con la *loi* n. 2016-1547 del 18 novembre 2016 (intitolata alla "*modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*"), tendente appunto a privilegiare, ai fini del divorzio, la procedura consensuale stragiudiziale (secondo quanto emerge con chiarezza già dall'impostazione del novellato art. 229 *code civil*).

<sup>35</sup> Il riferimento è alla L. n. 74 del 1987, a seguito della quale il divorzio, nel nostro ordinamento, può considerarsi entrato nella sua "seconda stagione". Sul punto v. E. QUADRI, *L'introduzione del divorzio, op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>36</sup> E. QUADRI, *L'introduzione del divorzio, op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>37</sup> *La rupture du mariage en droit comparé*, a cura di FERRAND - FULCHIRON, Paris, 2015, p. 49; ARAS KRAMAR, *The transformation of divorce procedure in Europe*, in *Familia*, 2018, p. 277 ss.

Mentre tra gli ordinamenti favorevoli a mantenere l'intervento dei giudici - gli unici che possono sciogliere il matrimonio - vi è la Germania<sup>38</sup>.

Al di là della discutibile capacità di deflazione del contenzioso che ne potrebbe conseguire, le riforme illustrate sembrano dare applicazione ad un vero e proprio diritto ad interrompere la convivenza<sup>39</sup> e, in Italia, consentono al singolo coniuge di arrivare ad un divorzio in tempi tendenzialmente rapidi (in quanto pure accelerati dall'intervento di carattere procedurale del 2005, introduttivo dell'art. 709-bis c.p.c.), nonostante la struttura ancora "bifasica" della disciplina del divorzio<sup>40</sup>.

#### **4. La validità dei *prenuptial agreements*.**

La libertà di autodeterminazione coniugale ha aperto anche le porte ai *prenuptial agreements*.

Molti Paesi stanno riscoprendo quell'importanza che già nel diritto romano era attribuita agli accordi anche prematrimoniali, con cui i nubendi si accordavano in via preventiva su un futuro ipotetico divorzio<sup>41</sup>. Si ricorderà la nota sentenza con la quale, nel 2009, la *Court of Appeals* del Regno Unito (con verdetto confermato l'anno successivo dalla Corte Suprema<sup>42</sup>) ha letteralmente demolito il precedente indirizzo contrario al riconoscimento degli *ante-nuptial contracts*<sup>43</sup>. Nella stessa direzione si sta muovendo anche il legislatore italiano che, con il piano governativo di revisione del codice civile<sup>44</sup>, sembra indirizzato ad ammettere anche nel nostro

---

<sup>38</sup> Il riferimento è al par. 1564 BGB che pone il principio secondo cui "un matrimonio può essere sciolto solo con sentenza giudiziale".

<sup>39</sup> Cass. civ. 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, 128; Cass. civ. 7 marzo 2019, n. 6598, in *Foro it.*, 2019, I, 1581. Quest'ultima annovera tra i diritti costituzionalmente protetti la libertà di autodeterminarsi ed anche la stessa libertà di porre fine al legame familiare, riconosciuta nel nostro ordinamento dal 1970.

<sup>40</sup> Determinata dalla persistente previsione della separazione personale - intesa in termini di separazione legale - quale fase necessariamente intermedia tra il fisiologico funzionamento della comunità di vita familiare e la constatazione del relativo definitivo venir meno, con la conseguente dissoluzione del vincolo coniugale.

<sup>41</sup> In Italia è stata la dottrina la prima a vedere positivamente siffatti accordi o patti, riuscendo anche ad influenzare dapprima la giurisprudenza e, poi, anche il legislatore. Sul punto v.: M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenza*, in *Riv. notar.*, 2017, I, pp. 251 ss.; R. MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, pp. 75 ss., spec. 78 ss.; G. OBERTO, *Accordi prematrimoniali in caso di divorzio: prospettive europee e italiane*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2016, pp. 135 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, pp. 285 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 227 ss..

<sup>42</sup> Il riferimento è alla sentenza del 10 ottobre 2010 emessa nel caso *Radmacher v. Granatino*.

<sup>43</sup> G. OBERTO, *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in QUEIROLO - HEIDERHOFF (a cura di), *Party Autonomy in European Private (and) International Law, Tome I*, Ariccia, 2015, p. 228 ss.

<sup>44</sup> Come è noto, già altre proposte di legge, di analogo indirizzo, sono state in passato presentate alle camere. Solo per riferirsi alla più recente, così, la proposta di legge n. 2669, presentata alla Camera il 15 ottobre 2014, dai

ordinamento i *prenuptial agreements*: gli accordi o patti<sup>45</sup> prematrimoniali del mondo anglosassone. In realtà, l'art. 1, comma 1, lett. b), della proposta di legge delega<sup>46</sup> ammette la negoziabilità non solo degli effetti della patologia del matrimonio e dell'unione civile, ma anche quelli della fase fisiologica, e ciò tanto con riguardo ai profili patrimoniali, quanto con riguardo a quelli personali. Pertanto, non è corretto parlare né di *prenuptial agreements* né di accordi in vista del divorzio o della crisi<sup>47</sup>.

---

deputati Morani e D'Alessandro. In merito v.: N. DETHLOFF, *Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts*, in *AcP*, 2004, p. 544 ss.; ID., *Die Europäische Ehe. Ein optionales Modell für transnationale Partnerschaften*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, 2012, p. 138 ss.; E. QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 291 ss.

<sup>45</sup> Sulla differenza tra le due locuzioni: E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva di diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 542 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 131 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di M. Paradiso, Milano, 2005, p. 133 ss.; A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, p. 173 ss.; C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio* in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Comm. cod. civ.*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Milano, 2010, III ed., p. 715 ss.; ID., *Gli accordi in vista del divorzio* in *Tratt. di diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, III, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Milano, 2016, p. 2843, ss.; A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 1031 ss.; ID., *Marital contracts, eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.; A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 236 ss.; S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 879; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale, I, Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, p. 494 ss.; M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 93 ss.; E. QUADRI, *Gli accordi per la fisiologia, e in vista della patologia, del matrimonio*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 291.; C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015, p. 231 ss.; ID., *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 1041 ss.; P. RESCIGNO, *Consenso accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa in materia di contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, p. 16 ss.; F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla P.D.L. n. 2669)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 191.

<sup>46</sup> In forza dell'art. 20 del disegno di legge del 12 dicembre 2018 «Il Governo è delegato a adottare uno o più decreti legislativi per la revisione e integrazione del codice civile, approvato con regio decreto 16 marzo 1942, n. 262, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi (omissis) b) consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o attuata unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e quelli patrimoniali, anche in previsione dell'eventuale crisi del rapporto, nonché a stabilire i criteri per l'indirizzo della vita familiare e l'educazione dei figli...». V al riguardo V. CUFFARO - A. GENTILI, *Materiali per una revisione del codice civile*, Milano, 2021, spec. p. 43 ss.

<sup>47</sup> In particolare il Quadri sostiene che i patti stipulati in sede di separazione, in vista dell'eventuale divorzio (*postnuptial agreements*), dovrebbero essere distinti dagli accordi prematrimoniali, cui richiama la proposta di legge in esame (*prenuptial agreements*), destinati, invece, a disciplinare preventivamente l'eventuale futura crisi della coppia. L'autore poi sostiene che destano, altresì, perplessità gli "accordi prematrimoniali riguardanti i figli", di cui al comma 2° dell'art. 162 bis, in quanto potrebbero non nascere mai dei figli, o potrebbero nascere più o meno figli rispetto a quanto preventivato in sede di accordo, così come potrebbe verificarsi che nasca un figlio affetto da handicap e quindi bisognoso di altro rispetto a quanto previsto al momento della stipula dell'accordo. Anche alla luce di tale previsione, il Quadri conclude che, di fatto, la proposta di legge in esame, al di là della sua

Non poche sono le criticità del progetto. Questo, e tutte le recenti riforme in materia familiare (si pensi alla negoziazione assistita, al divorzio breve, alle unioni civili), sono volte a valorizzare l'autodeterminazione delle parti, discostandosi dalla linea perseguita dal legislatore del 1970<sup>48</sup> e del 1975, che era quella di garantire, prima di tutto, l'uguaglianza tra marito e moglie<sup>49</sup> e, dunque, la tutela del coniuge debole, alla cui realizzazione risulta finalizzata l'introduzione della comunione legale dei beni quale regime patrimoniale legale della famiglia.

Il fatto che nella proposta di riforma, ad eccezione del caso della corresponsione *una tantum*, non si faccia riferimento alla clausola *rebus sic stantibus*<sup>50</sup>, baluardo a salvaguardia di un

---

denominazione, finisce essenzialmente col riferirsi alla disciplina, in occasione della separazione, delle conseguenze del futuro divorzio.

<sup>48</sup> Invero, il legislatore nell'introdurre il divorzio in Italia ha indicato quale criterio per la determinazione dell'assegno di divorzio quello c.d. compensativo, manifestando così la volontà di favorire un'adeguata perequazione tra coniugi. Più precisamente l'art. 5, comma 4°, l. div., nella sua formulazione originaria, prevedeva il criterio del "contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi", un principio in base al quale la sussistenza di un eventuale squilibrio economico tra le parti è destinata, appunto, a determinare la maturazione del diritto alla compensazione, con finalità perequativa, dei sacrifici fatti durante la vita matrimoniale nell'interesse primario della famiglia. Secondo E. QUADRI, in BOCCHINI - QUADRI (a cura di), *Diritto Privato*, Torino, 2016, p. 428, «il regime delle conseguenze patrimoniali del divorzio dovrebbe, almeno tendenzialmente, svolgere proprio una simile funzione perequativa». In tale prospettiva, v., inoltre: ID., *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 375 ss.; RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 412; E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007; G. DOSI, *Accordi (prematrimoniali e nel corso del matrimonio) in vista del divorzio*, in *Lessico di diritto di famiglia*, Roma, 2016, p. 43 ss.). Non è un caso se, all'indomani dell'entrata in vigore della L. n. 898/70, la giurisprudenza si era orientata per l'attribuzione proprio al criterio compensativo della funzione di assicurare il conseguimento del richiamato obiettivo perequativo, e ciò sebbene allora il regime patrimoniale vigente fosse quello della separazione dei beni (Cass., 1° febbraio 1974, n. 263). Sul punto v.: E. QUADRI, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2006, p. 19 (l'autore, in particolare, evidenzia l'apparente contraddittorietà tra la disciplina del divorzio e quella della comunione legale dei beni. Invero, la compartecipazione alle relazioni patrimoniali, ispirate al principio della solidarietà durante il matrimonio, bilancia la maggiore libertà di interrompere il rapporto di convivenza. Infatti, la facoltà, accordata anche solo ad uno dei coniugi, di interrompere in via definitiva il matrimonio è ormai intesa dalla Cassazione come un vero e proprio «diritto costituzionalmente fondato», ove «la convivenza sia divenuta intollerabile tanto da non consentire un adeguato svolgimento della propria personalità nella famiglia quale società naturale costituita col matrimonio». Cfr. Cass., 19 ottobre 2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, c. 128).

<sup>49</sup> Come evidenziato, poco prima della riforma, dalla Corte costituzionale (Corte cost., 26 giugno 1974, n. 187, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2248) e come confermato successivamente dalla Corte di cassazione (Cass., 23 gennaio 1990, n. 351, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 602).

<sup>50</sup> Va rilevato che si tratta di una dimenticanza dell'ordinamento italiano, in quanto negli altri ordinamenti in cui sono stati disciplinati i patti in vista del divorzio, l'accordo delle parti è sempre considerato non *forceable*, cioè non azionabile, quando lo stesso sia tale da provocare uno squilibrio tra le posizioni economiche dei coniugi, tanto nella fase della sua formazione, quanto nella fase della relativa esecuzione. Esempio in tal senso è il caso degli Stati Uniti, dove sono molto diffusi da diversi anni i c.d. "*prenuptial agreements in contemplation of divorce*". Lo stesso accade anche nel Regno Unito e in Germania. Riguardo a tale ultimo paese, A. FUSARO, *Marital contracts, ehewertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss., ricorda come la Corte costituzionale tedesca abbia «confermato la conciliabilità tra la tutela dell'autonomia contrattuale ed il controllo giudiziario sui contratti prematrimoniali, dal quale può discendere la dichiarazione di invalidità, per le ragioni più varie», quali la «sopravvenuta sproporzione tra le risorse rispettive,

concreto equilibrio degli assetti esistenti al momento della stipula dell'accordo, è un chiaro segnale dell'adesione del legislatore alla concezione contrattualistica pura<sup>51</sup>, poco attenta al principio di uguaglianza<sup>52</sup>.

In una prospettiva *de iure condendo*, un intervento del legislatore volto a chiarire la normativa attualmente vigente, confusa anche dall'orientamento ondivago della giurisprudenza<sup>53</sup>.

---

o qualora un coniuge risulti comunque penalizzato pesantemente». Per un approfondimento della situazione vigente, in particolare, negli Stati Uniti, v., ampiamente, E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 180 ss., nonché A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, p. 913 ss. Quanto agli altri ordinamenti, v. G. OBERTO, *op. cit.*, p. 69 ss.; A. FUSARO, *op. cit.*, p. 475 ss. (l'autore evidenzia come per la giurisprudenza inglese gli accordi prematrimoniali non siano considerati applicabili nel caso in cui risulti un difetto di *fairness*. E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 209, invece, mette in luce come, nell'ordinamento inglese, il *Green Paper Supporting Families* ponga «l'accento sulla necessità di responsabilizzare i nubendi attraverso incontri informativi prematrimoniali nei quali essi vengano resi edotti riguardo alle implicazioni personali e patrimoniali del matrimonio e sull'opportunità di consentire di dar vita a *prenuptial agreements* relativi alla distribuzione del patrimonio in caso di divorzio»). In Australia è lo stesso legislatore – intervenuto con il *Family Law Amendment Act 2000*, in vigore dal 1° gennaio 2011 – ad aver affrontato il tema ammettendo la piena validità dei *prenuptial agreements*: anche in Australia gli accordi devono, però, rispettare le previsioni legislative dirette a salvaguardare i soggetti deboli della famiglia, a garantire la corretta formazione del consenso e a consentire la revisione degli accordi stessi nel caso in cui sopravvengano rilevanti mutamenti della situazione di fatto pregressa (così, E. AL MUREDEN, *op. cit.*, p. 183 ss.).

<sup>51</sup> In forza dell'art. 3 (con cui è stato introdotto l'art. 6 *bis* l. n. 898/70): «il tribunale adito, nel pronunciare con sentenza lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, dispone in conformità agli accordi prematrimoniali di cui all'art. 162 *bis* del codice civile» (norma inserita dall'art. 2 della proposta di legge in questione). Il comma 3° dell'art. 162 *bis* prevede, in particolare, che «negli accordi prematrimoniali un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero un diritto reale su uno o più immobili, anche con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 *ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli, fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi». Il successivo comma 5°, poi, prevede che «gli accordi prematrimoniali possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, fatto salvo il diritto agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti». Ai sensi del comma 1° della disposizione citata («Accordi prematrimoniali), «i futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare, con la forma prevista dall'articolo 162, ovvero mediante convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi dell'articolo 2 del [decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito, con modificazioni dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#), accordi prematrimoniali volti a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio».

Il comma 2° prevede, invece, che «gli accordi prematrimoniali riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere autorizzati dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, ai sensi dell'articolo 6, [comma 2](#), del [decreto legge 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#). Qualora il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, ne indica i motivi e invita le parti a un'eventuale riformulazione. Qualora non ritenga autorizzabile neppure la versione eventualmente riformulata, nega definitivamente l'autorizzazione».

<sup>52</sup> Di ciò sono consapevoli gli stessi proponenti la riforma. Vedi relazione introduttiva della proposta di legge.

<sup>53</sup> La sentenza che ha inaugurato l'indirizzo favorevole al riconoscimento della validità degli accordi è stata pronunciata dal tribunale di Torino il 20 aprile 2012 (vedi nota di OBERTO, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 803). Più precisamente il giudice di merito, richiamando le due sentenze con cui la Cassazione aveva ammesso la validità degli accordi stipulati in vista di una futura separazione, durante il matrimonio (Cass. 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, p. 922 e Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Riv. notariato*, 1995, p. 953) ha sostenuto che l'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con [l'art. 160 c.c.](#) (nel caso di specie le parti, pochi mesi prima della pronuncia di separazione "a conclusioni congiunte", avevano convenuto che l'erogazione dell'importo a titolo di

Invero, nel nostro ordinamento è possibile ricorrere alle convenzioni matrimoniali *ex artt.* 162 ss. c.c., le quali ben consentirebbero quella pianificazione economica che con la proposta di legge di riforma si mira a realizzare<sup>54</sup>. E se questo non bastasse, va rilevato che molto spesso

---

assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta a cessare all'atto dell'inizio della causa per la pronunzia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a "nulla pretendere dal marito, né a titolo di "una tantum" né di mantenimento". In sede di udienza presidenziale di divorzio la suddetta intesa è stata ritenuta valida e vincolante, con conseguente rigetto della domanda della moglie volta ad ottenere un assegno).

In particolare i giudici hanno smontato l'orientamento negazionista della Cassazione (Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, p. 1078; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1495; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, p. 243; Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1592; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Mass. giust. civ.*, 2003, p. 12; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Mass. giust. civ.*, 2006, p. 4; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 344; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, in *Dir. e giust. online*, 27 gennaio 2012), che temeva una riduzione del coniuge nella fase patologica del matrimonio (oltre la violazione principio di inderogabilità dei diritti e dei doveri che discendono dal matrimonio *ex art.* 160 c.c.), sostenendo che con siffatti accordi le parti non si obbligano a divorziare o a non divorziare, ma assumono un impegno economico per il futuro. Inoltre, ha osservato il tribunale, poiché i coniugi, anche prima del matrimonio, possono stipulare convenzioni matrimoniali dirette a quel mutamento di *status* che si attua con il matrimonio, non si comprende perché «le intese preventive sul divorzio dovrebbero essere nulle – perché dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status* – mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali celebrate prima delle nozze – scelta se comunione o separazione dei beni – siano invece perfettamente valide». Ad ulteriore conferma del proprio assunto, i giudici hanno osservato, poi, che il tribunale in sede di omologazione degli accordi non può sindacare il merito degli stessi e che, per ragioni di coerenza, i fautori della tesi negazionista dovrebbero negare la validità di tutte le contrattazioni sull'assegno che precedessero anche di pochissimo la sentenza di divorzio.

Infine, si noti che nel 2000 la Cassazione ha iniziato a parlare di nullità relativa dei patti stipulati in sede di separazione in vista del futuro divorzio, nel senso che la stessa può essere invocata solo a tutela di chi richiede le prestazioni economiche contestate da chi invochi quegli accordi per escludere il diritto dell'altro (cfr. Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704 ss., con nota di E. BARGELLI; in *Fam. e dir.*, 2000, p. 429, con nota di V. CARBONE; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con nota di L. BALESTRA; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2217, con nota di G. GIANCALONE; in *Giur. it.*, 2000, p. 2229, con nota di L. BARBIERA; in *Foro it.*, 2001, I, p. 1318, con note di E. RUSSO e G. CECCHERINI; in *Famiglia*, 2001, p. 243, con nota di G. FERRANDO. Nonché Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1592). Pertanto ad avviso della Corte «gli accordi volti ad incidere sull'assegno sono da considerare nulli solo qualora vengano invocati al fine di sottrarsi all'obbligo di corrisponderlo, non invece nel caso in cui apprestino una tutela migliorativa». Al riguardo, M.R. MARELLA, in G. FERRANDO (diretto da), *Gli accordi fra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in *Separazione e divorzio*, I, in *Giust. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 2003, p. 195 ss., osserva come con tale sentenza la Cassazione abbia finalmente puntualizzato che la *ratio* dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio sia da individuare nell'esigenza di tutelare il coniuge economicamente debole.

Per un'ampia e dettagliata rassegna della giurisprudenza intervenuta in materia, v. A. FUSARO, *Gli accordi patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. ligure*, 2013, *passim*.

In dottrina senso apertamente favorevole all'ammissibilità dei patti con cui si dispone riguardo all'assegno di divorzio, v.: G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 459; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 427 ss. In senso contrario v.: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2014, p. 307; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in MOSCATI - ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, p. 50; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 2002; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 695; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 66.

<sup>54</sup> È chiaro come la genesi di tali convenzioni si collochi nella fase fisiologica del matrimonio, ma è altresì evidente come le conseguenze delle stesse siano inevitabilmente destinate a ripercuotersi sulla relativa fase patologica. D'altro canto, secondo quanto non si è mancato di osservare, la scelta consapevole del regime legale è suscettibile

a contrarre matrimonio sono persone di diversa nazionalità, le quali ben possono scegliere<sup>55</sup> di disciplinare i loro rapporti patrimoniali applicando la legge di uno Stato diverso, che potrebbe ammettere gli accordi prematrimoniali.

In tale contesto la giurisprudenza, con il suo atteggiamento ondivago, non è riuscita a colmare le incertezze legislative. Invero, solo in tempi recenti la Cassazione ha ammesso la validità dell'impegno negoziale preso prima o durante il matrimonio ed in vista del relativo fallimento. E ciò è stato possibile riconducendo l'accordo tra i contratti atipici, con condizione sospensiva lecita, espressione, quindi, dell'autonomia negoziale delle parti diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322, comma 2°, c.c.*<sup>56</sup>

Sulla stessa linea è la recente pronuncia delle Sezioni Unite<sup>57</sup> con cui è stata addirittura sdoganata la validità delle clausole dell'accordo di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva dei beni (mobili o immobili) o la titolarità di altri diritti reali, o ne operino il trasferimento a favore di uno di essi (o dei figli) per assicurarne il mantenimento. Invero, tali accordi, ha precisato

---

di rivestire perfino una valenza para-successoria, potendo la stessa finire con l'incidere sul destino *post-mortem* di beni acquistati durante il matrimonio. Si pensi al caso del coniuge anziano che, vigente il regime della comunione dei beni, compia acquisti con redditi e proventi destinati alla comunione *de residuo*: tali beni verrebbero inevitabilmente esclusi dal novero dei beni personali *ex art. 179, lett. f)* e, non potendosi configurare, in un caso del genere, una donazione indiretta, gli stessi non risulterebbero nemmeno attaccabili mediante collazione o con l'azione di riduzione da parte dei legittimari (così, G. OBERTO, *op. cit.*, p. 69 ss.).

<sup>55</sup> Il riferimento è all'art. 30, comma 1°, l. n. 218/95 ma si veda anche il reg. CE n. 1259/2010, "relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", che prevede all'art. 5, comma 1°, che «i coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», purché si tratti di una delle leggi indicate dalla norma stessa. Gli accordi relativi alla legge applicabile, come si ricava dai successivi commi 2° e 3° art. 30 l. n. 218/95, possono essere stipulati anche al momento della celebrazione del matrimonio: circostanza dalla quale si è ritenuto di poter inferire una conferma ulteriore della piena ammissibilità dei patti prematrimoniali. In tal senso, OBERTO, *op. cit.*, p. 77, il quale adduce, a sostegno della propria tesi, anche la previsione di cui all'art. [15 reg. CE n. 4/2009](#) "relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari" che, nel richiamare a sua volta il protocollo dell'Aia 23 novembre 2007 "sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari", sancisce, all'art. 8, che il creditore e il debitore di alimenti possono, in qualsiasi momento, designare quale legge applicabile a un'obbligazione alimentare una delle leggi di seguito indicate nel testo. In proposito, pare il caso di ricordare come la nozione di alimenti, cui si riferisce il [reg. CE n. 4/2009](#), sia da intendersi secondo l'interpretazione autonoma di questa nozione, propria del diritto dell'Unione europea, che vi include l'assegno di mantenimento.

<sup>56</sup> Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1563, con nota di SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Guida al dir.*, 19 gennaio 2013, p. 22, con nota critica di FIORINI, *La Corte dovrebbe individuare una linea univoca in grado di orientare le decisioni degli operatori*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 321, con nota, anch'essa critica, di OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemachine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, p. 321 ss.

<sup>57</sup> Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Notariato*, 2021, 5, 535. In precedenza sul tema v. Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 278.

l'organo giudicante, una volta inseriti nel verbale di udienza assume la forma di atto pubblico *ex art. 2699 c.c.*. Pertanto, nel caso in cui l'accordo preveda il trasferimento di diritti reali immobiliari, dopo il decreto di omologazione della separazione o la sentenza di divorzio, il verbale è titolo valido per la trascrizione *ex art. 2657 c.c.* ove risulti che l'attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1-*bis*, della L. n. 52 del 1985, come introdotto dall'art. 19, comma 14, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, restando invece irrilevante l'ulteriore verifica circa gli intestatari catastali dei beni e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.