

AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE

PRIVATE AUTONOMY AND FAMILY PUBLIC POLICY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 46-79



Giovanni
LIBERATI
BUCCIANTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: L'articolo indaga il ruolo che l'autonomia privata sta assumendo all'interno dei diversi modelli familiari. Il crescente ruolo dell'autonomia è governato attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico che trova applicazione sia nei casi interamente domestici che in quelli connotati da internazionalità. Nei rapporti familiari sembra possibile distinguere tra un ordine pubblico della famiglia ed un ordine pubblico nella famiglia: è alla luce di queste categorie che si analizzano la maternità surrogata e i contratti prematrimoniali.

PALABRAS CLAVE: Autonomia privata; famiglia; ordine pubblico; maternità surrogata; contratti prematrimoniali.

ABSTRACT: *The article explores the role that private autonomy is assuming within the different family models. The growing role of autonomy is governed by the general clause of public policy, which applies both in purely domestic cases and in those marked by internationality. In family relationships it seems possible to distinguish between a public order of the family and a public order in the family. The article analyzes within these categories the surrogacy and the premarital contracts.*

KEY WORDS: *Private autonomy; family; public policy; surrogacy; prenuptial agreements.*

SUMARIO.- I. AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE.- I. L'ordine pubblico della famiglia e nella famiglia.- 2. L'ordine pubblico familiare e la Corte Costituzionale.- **II. ORDINE PUBBLICO FAMILIARE: TRA STATO E COMUNITÀ.-** I. La preminenza dello Stato sulla comunità familiare.- 2. La preminenza della comunità familiare sullo Stato.- **III. AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE E COMPARAZIONE.-** I. I contratti di convivenza.- 2. I contratti prematrimoniali e matrimoniali.- **IV. L'AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE IN ITALIA.-** I. Il divorzio privato.- 2. Gli accordi patrimoniali in vista del divorzio.- 3. Il contratto di convivenza.- **V. QUALE FUTURO?-** I. Le numerose proposte di legge.- 2. Il controllo sul contenuto ed il giudizio di doppia compatibilità.

I. AUTONOMIA PRIVATA E ORDINE PUBBLICO FAMILIARE.

Evocando il concetto di ordine pubblico familiare si indaga l'estensione entro la quale la famiglia (o i suoi membri) possono regolare i propri interessi. Il pieno riconoscimento dell'autonomia privata nel diritto di famiglia attribuirebbe ai membri di quest'ultima il potere di regolare le relazioni giuridiche nel modo che preferiscono, con la precisazione che l'autonomia privata non sarebbe limitata all'utilizzo dello strumento contrattuale. Nel sistema italiano sono tre le opzioni di vertice a cui l'interprete può riferirsi: l'adesione all'una piuttosto che all'altra determina un diverso modo di concepire l'autonomia privata¹. La prima, tipica del passato, è quella della assoluta indisponibilità delle situazioni giuridiche che nascono dalla famiglia. La seconda è quella della inderogabilità della disciplina imperativa: non tutte le situazioni giuridiche sono indisponibili ma sono tali solo quelle nelle quali la disciplina è imperativa. La terza, infine, è quella della disponibilità degli interessi sottesi ad alcuni negozi familiari: l'apertura all'autonomia privata deve essere però bilanciata da stringenti controlli sul contenuto del contratto.

In molti ordinamenti l'ordine pubblico costituisce sia un limite all'autonomia privata (art. 1343 cod. civ.) sia un limite all'applicazione della legge straniera ovvero al riconoscimento di sentenze o provvedimenti esteri (prima: art. 31 Preleggi; oggi: artt. 16, 64 e 65, l. 218 del 1995): da qui la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale². L'ordine pubblico esprime i valori ordinanti di un sistema giuridico che non possono essere in alcun modo modificati né dal contratto che, in quanto illecito, è nullo, né da leggi, sentenze o provvedimenti stranieri che sono inefficaci. La concretizzazione della clausola generale "ordine

1 ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

2 FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*; LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Esi, Napoli, 1993, *passim*.

• Giovanni Liberati Bucciatti

Assegnista di Ricerca nell'Università di Siena.
giovanni.liberati@unisi.it.

pubblico" avviene attraverso i principi costituzionali nel prisma del sistema euro-unitario delle fonti del diritto³. L'interprete, in sede applicativa, è chiamato ad un bilanciamento tra interessi e valori per concretizzare la clausola. Si delinea, così, l'ordine pubblico del caso concreto, frutto di un costante bilanciamento, di intensità variabile secondo che la fattispecie sia puramente interna o no. Nel primo caso non è necessario operare un autocontrollo delle istanze protezionistiche del sistema giuridico interno, tenendo conto delle esigenze dell'ordinamento nella sua unitarietà; nel secondo caso occorre una maggiore ponderazione degli interessi in gioco, limitando gli istinti nazionalistici che non tengano conto dell'apertura a sistemi giuridici stranieri⁴.

I. L'ordine pubblico della famiglia e nella famiglia.

L'ordine pubblico è concetto di per sé variabile nel tempo: la formula viene ulteriormente complicata dall'aggettivo "familiare"⁵. Sembrano delinearsi due accezioni di ordine pubblico familiare: quella di ordine pubblico della famiglia e quella di ordine pubblico nella famiglia.

L'ordine pubblico familiare, in una prima accezione, può tradursi come ordine pubblico della famiglia. In passato la famiglia era vista come una istituzione, riflesso dell'organizzazione statuale: in essa era insito l'interesse superiore della famiglia. In una prolusione del 1913 il giurista sardo Antonio Cicu sembrò spostare il diritto di famiglia dal diritto privato al diritto pubblico, riconoscendo nella famiglia, appunto, il ruolo di cellula generativa dello Stato⁶. Individuava, infatti, nella famiglia una struttura giuridica organica a carattere pubblicistico, fondata sul primato dell'interesse familiare rispetto a quello individuale, con evidenti suggestioni di matrice hegeliana. La famiglia, come configurata dallo Stato, doveva realizzare un interesse sovrastante quello individuale ascrivibile ai singoli, da cui erano desumibili i limiti conformanti l'autonomia della volontà. Era preminente l'idea del dovere, piuttosto che quella del potere. L'ordine pubblico familiare, per molto tempo, è stato considerato una clausola generale che tutelava la famiglia (e non i suoi membri), consentendo limitazioni ai diritti dei singoli individui in forza dell'interesse superiore della famiglia. La clausola generale avrebbe perseguito l'obiettivo di individuare le soluzioni più favorevoli al nucleo familiare ed i diritti soggettivi dei componenti il nucleo familiare si sarebbero affievoliti nel momento in cui essi fossero entrati in contrasto con l'interesse del nucleo familiare. Gli spazi riservati all'autonomia privata erano assai limitati e non era accettato l'accordo quale mezzo per la composizione delle pretese dei membri la famiglia e per la

3 HESSELINK, M.H.: *Justifying Contract in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021, *passim*.

4 PERLINGIERI, G. e ZARRA, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019, p. 86 ss.

5 FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume*, cit., p. 70 ritiene che l'ordine pubblico non si applichi nella famiglia.

6 CICU, A.: *Lo spirito del diritto familiare*, Stab. Tipografico Bianchini, Macerata, 1914, *passim*.

realizzazione dei rispettivi interessi. Si trattava dell'ordine pubblico della famiglia legittima (cioè fondata sul matrimonio, che per molto tempo è stata l'unica famiglia riconosciuta dal diritto) e rappresentava una misura di protezione della famiglia legittima stessa. Pur nella vigenza della concezione istituzionale della famiglia, una dottrina configurava il cd. negozio giuridico familiare, riconoscendo uno limitato spazio all'autonomia privata nel diritto di famiglia precisando che lo spazio fosse nettamente più ridotto rispetto al diritto patrimoniale: in particolare, i negozi giuridici familiari sarebbero stati personalissimi, formali, nominati e legittimi⁷. La concezione istituzionale della famiglia legittima è penetrata nel testo costituzionale: il primo comma dell'art. 29 Cost. configura la famiglia "una società naturale fondata sul matrimonio" e, dunque, un "organismo in qualche modo titolare di interessi distinti da quelli dei singoli membri che di essa fanno parte"⁸.

Numerose sono state le trasformazioni del diritto di famiglia negli ultimi cinquanta anni: a) la famiglia non si identifica esclusivamente nella famiglia legittima poiché altre relazioni familiari hanno pari dignità e riconoscimento costituzionale⁹. parlando di "arcipelago familiare"¹⁰; b) la famiglia non si fonda più sull'atto di matrimonio quanto sul rapporto di filiazione; c) la famiglia è stata oggetto di un processo di democratizzazione, con una più effettiva applicazione del principio di eguaglianza e di autodeterminazione, con un costante processo di eliminazione degli aspetti dispotici che caratterizzavano la famiglia quale organizzazione autoritaria e gerarchica e con la rilevanza dell'accordo per regolamentare i rapporti personali e patrimoniali¹¹.

L'ordine pubblico della famiglia ha così mutato la sua fisionomia: da un lato, le plurime costellazioni familiari hanno chiesto un riconoscimento ed una tutela allo Stato in forza dell'assetto di interessi ambito e/o raggiunto dalla coppia. Le famiglie vantano, cioè, un interesse a vedere riconosciuta ed accettata dall'ordinamento la regolamentazione degli aspetti personali e patrimoniali; dall'altro lato, poi, a partire dalla riforma del diritto di famiglia anche all'interno del gruppo familiare una maggiore tutela viene offerta alla persona umana in quanto tale¹². L'ordine pubblico familiare si declina, allora, come ordine pubblico nella famiglia, nel senso che vi sono oggi valori fondamentali dell'individuo (proclamati dapprima nella Costituzione e poi nelle fonti sovranazionali, nel sistema euro-integrato delle fonti del diritto)

7 SANTORO-PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e Giur.*, 1945, p. 3 ss.

8 SESTA, M.: "Ultima lezione di diritto della famiglia", *Ius Civile*, 2020, núm. 3, p. 812 ss. (in part. p. 814).

9 PERLINGIERI, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", en AA. VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1982, p. 39; PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991, pp. 197-198; BIANCA, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 27.

10 BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

11 RODOTÀ, S.: "La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche", en AA. VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato dal sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia* (a cura di C. Delitala e G. Minoli), Giuffrè, Milano, 1976, p. 7.

12 ALPINI, A.: *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Esi, Napoli, 2018, p. 206.

come singolo componente la famiglia, che trovano applicazione nelle famiglie fondate o non fondate sul matrimonio, in quelle eterosessuali ed omosessuali tramite la clausola dell'art. 2 Cost. per il quale esse costituiscono formazioni sociali nelle quali si esplica la personalità dell'individuo. Si vuole evidenziare che gli interessi superindividuali non possono, in nessun caso, ledere i diritti fondamentali dell'individuo come tale e che sono tutelati appunto attraverso la clausola generale dell'ordine pubblico. Maggiore spazio è riconosciuto alla programmazione dei rapporti familiari ma l'assetto di interessi prefigurato dallo Stato (o dalle famiglie) non può, in nessun caso, andare a ledere la cornice assiologica di riferimento che si riferisce al singolo individuo componente la coppia.

2. L'ordine pubblico familiare e la Corte Costituzionale.

Con riferimento alla famiglia legittima l'art. 29, comma 2, Cost. sembra richiamare entrambe le concezioni di ordine pubblico familiare: da un lato l'ordine pubblico nella famiglia quando stabilisce che il matrimonio è ordinato secondo l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; dall'altro l'ordine pubblico della famiglia, nel momento in cui si consente alla legge (ma non all'autonomia privata) di derogare all'eguaglianza morale e giuridica in nome dell'interesse superiore della famiglia. È proprio in virtù di questo inciso che sono state giustificate, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, una serie di norme volte a garantire l'unità della famiglia.

L'unica sentenza della Corte Costituzionale che parla di ordine pubblico familiare è del 2002¹³. Il presupposto implicito del ragionamento della Corte è proprio la distinzione tra queste due concezioni di ordine pubblico e la sentenza sembra porre un freno all'ordine pubblico della famiglia. Tre passaggi motivazionali sembrano di particolare interesse. Il primo: "la difesa della famiglia come istituzione si arresta per fare posto alle posizioni individuali (...)". Il secondo: "La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti (...)". Il terzo: "E proprio [dall'art. 2 della Costituzione], conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che [esso] proclama, risulta che il valore delle «formazioni sociali», tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani".

Sembra, cioè, che l'ordine pubblico della famiglia debba necessariamente cedere il passo all'ordine pubblico nella famiglia. Il giudizio di legittimità costituzionale riguardava l'art. 278 cod. civ. e la sentenza lo ritenne incostituzionale nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini per le ipotesi in cui, a norma dell'art. 251 cod. civ., era vietato

¹³ Corte Cost., 28 novembre 2002, n. 494, *Foro it.*, 2004, I, c. 1053. Cfr. LANDINI, S.: "Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso", *Famiglia*, 2003, p. 841 ss.

il riconoscimento dei figli incestuosi. In passato, prima della riforma dello status di figlio (2012), i figli cd. incestuosi, cioè quelli nati nell'ambito della medesima cerchia familiare, non erano né riconoscibili né dichiarabili poiché per essi non valevano le regole di parziale apertura dettate per i figli adulterini, cioè i figli di chi, al momento del concepimento, era unito in matrimonio con altra persona. Gli incestuosi potevano essere riconosciuti solo entro gli angusti limiti previsti dall'art. 251 cod. civ. (ignoranza incolpevole del rapporto di parentela ovvero dichiarazione di nullità del matrimonio dal quale derivava l'affinità). Essi potevano, semmai, agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione (art. 279 cod. civ.).

Una forma di tutela per i figli incestuosi si ebbe proprio con la sentenza della Corte Costituzionale che accolse la nozione di ordine pubblico nella famiglia: da allora i figli incestuosi poterono agire per chiedere la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità¹⁴. La Corte Costituzionale ricordò che l'ordine pubblico familiare – l'ordine pubblico della famiglia – costituiva un solido argomento dottrinale che giustificava la discriminazione tra figli (legittimi e naturali) e figli incestuosi. Sarebbe stato, in altri termini, proprio l'ordine pubblico della famiglia a consentire una sub-distinzione all'interno della categoria dei figli nati fuori dal matrimonio. Secondo questa ricostruzione, che si ricollegava alla concezione gerarchica ed istituzionale della famiglia legittima e della filiazione quale naturale conseguenza del matrimonio, l'ordine familiare sarebbe stato sovvertito laddove fosse stata ammessa la dichiarazione giudiziale per il riconoscimento dei figli incestuosi. La discriminazione dei figli incestuosi, operata per il tramite dell'ordine pubblico familiare, sarebbe valsa a tutelare la concezione “costituzionale” della famiglia, esigente che fatti tanto gravi come quelli di endogamia, considerati attentati all'ordine naturale dei rapporti interpersonali, non ricevessero protezione. Solo una concezione totalitaria della famiglia, incompatibile con gli artt. 2 e 3 Cost., avrebbe permesso una tale soluzione. Così, la Corte Costituzionale operò una svolta rispetto all'interpretazione tradizionale poiché si affermò che l'ordine pubblico della famiglia trovava un limite insuperabile nelle posizioni soggettive dei singoli componenti la famiglia che sono cristallizzabili dalla formula di ordine pubblico nella famiglia. Precludendo al figlio (incestuoso) di agire per ottenere la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità ex art. 278 cod. civ., il figlio avrebbe subito “una capitis deminutio perpetua e irrimediabile, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti; una discriminazione compendata, anche nel lessico del legislatore, nell'espressione “figli incestuosi”. Un argomento utilizzato dalla sentenza per dichiarare l'illegittimità costituzionale – e che è stato successivamente speso anche nella vicenda della maternità surrogata – fu quello per il quale le condotte deplorate tenute dai genitori non potevano riverberarsi

14 Il novellato art. 251 cod. civ. (introdotto dall'art. 1, comma 3, l. 10 dicembre 2012, n. 219) consente il riconoscimento del figlio nato da genitori facenti parti di una medesima cerchia familiare dietro autorizzazione del giudice ed avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio.

sulla posizione dei figli. La sentenza offrì altresì spunti per riflettere sul rapporto tra ordine pubblico discrezionale e costituzionale: il primo non può, in alcun modo, derogare al secondo. Così il divieto di dichiarazione giudiziale per i figli incestuosi espresso dall'art. 278 cod. civ. (ordine pubblico discrezionale) violava il diritto ad uno status filiationis, riconducibile all'art. 2 Cost. ed il principio costituzionale di uguaglianza, come pari dignità sociale di tutti i cittadini e come divieto di differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali (ordine pubblico costituzionale): "Nessuna discrezionalità delle scelte legislative, con riferimento al quarto comma dell'art. 30 della Costituzione, che abilita la legge a dettare norme e limiti per la ricerca della paternità, può essere invocata in contrario: non è il principio di uguaglianza a dover cedere di fronte alla discrezionalità del legislatore, ma l'opposto". La sentenza propose, dunque, un modello diverso di ordine pubblico familiare basato sull'equilibrio tra la protezione della famiglia (come formazione sociale) e protezione dei singoli che svolgono la loro personalità all'interno della famiglia. L'ordine pubblico è una tecnica attraverso la quale lo Stato penetra nei rapporti privati non attraverso divieti ma attraverso principi che il giudice bilancia secondo ragionevolezza. L'ordine pubblico familiare cambia: lo stato costituzionale di diritto assume una connotazione pluralistica basata sulla centralità della persona, senza una automatica prevalenza della comunità.

II. ORDINE PUBBLICO FAMILIARE: TRA STATO E COMUNITÀ.

Nelle fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità trova applicazione l'ordine pubblico cd. internazionale¹⁵. Applicata alla famiglia, questa clausola generale costituisce una tecnica di gestione del conflitto tra autorità e libertà, tra Stato e Comunità. L'ordine pubblico consente l'applicazione nel caso di specie di principi generali che vengono bilanciati dall'interprete in sede applicativa. Una tecnica che non può prescindere dal caso concreto perché l'ordine pubblico è necessariamente ordine pubblico del caso concreto che tiene conto dei valori ordinamentali. Nell'applicazione alle vicende familiari, vi è una relazione triadica: Stato – Famiglia – Individuo. Sono due i modelli di riferimento: da un lato, l'ordine pubblico, quale espressione delle esigenze statali, blocca il potere privato tutelando istanze pubblicistiche, sì che lo Stato conforma il potere privato; dall'altro lato, l'ordine pubblico tutela l'assetto della comunità familiare che diviene preminente

15 Si consideri che l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno, con vocazione identitaria e che l'influenza delle fonti internazionali ha senso solo se "l'ordinamento statale, in un certo momento storico, ne abbia recepito il contenuto al punto da considerare tali disposizioni di origine sovranazionale quali propri principi fondanti ed identificativi". Così, PERLINGIERI, G.- ZARRA, G.: *Ordine pubblico*, cit., p. 68 ss. Non sono, tuttavia, mancante letture "globalizzate" dell'ordine pubblico. Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, *Foro it.*, 2016, I, c. 3329 ss. ha ritenuto l'ordine pubblico il "complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. Il legame (...) con l'ordinamento nazionale, è da intendersi limitato ai principi fondamentali desumibili (...) dalla Costituzione (...) dai Trattati fondativi e dalla CDFUE, nonché dalla CEDU".

rispetto all'istituzione statale. In entrambe le concezioni, l'ordine pubblico familiare ha costituito, e costituisce, una tecnica per ampliare o limitare l'intervento dello Stato nelle relazioni familiari.

I. La preminenza dello Stato sulla comunità familiare.

Alcune volte l'ordine pubblico (internazionale) rappresenta il tramite per affermare l'interesse pubblico sulla famiglia: si pensi alla vicenda della maternità surrogata nella famiglia omosessuale maschile e alla funzione stabilizzante della convivenza triennale.

A) La vicenda della filiazione nella famiglia omosessuale maschile dimostra come la clausola generale dell'ordine pubblico tuteli i valori dell'ordinamento, per come attuati attraverso la legislazione ordinaria (ordine pubblico discrezionale), nonostante la diversa aspirazione e pretesa dei membri la comunità familiare ad essere padri. Volendo coronare l'aspirazione alla genitorialità, essi cercano di aggirare la stringente normativa italiana che sanziona penalmente la maternità surrogata (art. 12, comma 6, l. 40 del 2004). Le coppie abbienti omosessuali si recano in Paesi esteri che ammettono la maternità surrogata. Dopo aver stipulato surrogacy contracts ed instaurato il legame di filiazione con il nato acquisendo lo status di padri, chiedono il riconoscimento in Italia della situazione formatasi all'estero. Interviene, però, l'ordine pubblico (internazionale) quale manifestazione dello Stato, inibendo all'autonomia familiare transfrontaliera di stabilizzare il risultato voluto e realizzato all'estero. A dispetto dell'aggettivo, l'ordine pubblico internazionale è concetto di diritto interno ed una sentenza a sezioni unite ha incluso la legislazione ordinaria nella concretizzazione della clausola generale dell'ordine pubblico ritenendo che il divieto di maternità surrogata previsto dal legislatore ordinario costituisca un principio di ordine pubblico volto a tutelare valori fondamentali dell'ordinamento come la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione¹⁶. La sentenza relega ad una tutela minore il riconoscimento del legame tra padre intenzionale e nato, potendo il primo adottare il secondo solo attraverso l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), l. 184 del 1983 che presenta alcune criticità e non eleva il rapporto tra padre intenzionale e figlio ad autentico rapporto di filiazione come fa, invece, l'adozione piena¹⁷. A distanza di poco meno di un anno, un'ordinanza della Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 (non della legge in sé, ma della legge per come interpretata

16 Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, *Foro it.*, 2019, I, c. 1951. Cfr. BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *Genius*, 2020, núm. 2, p. 34 ss.; PERLINGIERI, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *DSF*, 2019, p. 337 ss.

17 Sull'ammissibilità dell'adozione in casi particolari nella coppia omosessuale, cfr. PERLINGIERI, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss.

dalle sezioni unite che costituiscono diritto vivente)¹⁸. Si riprende una distinzione, nota nelle corti, tra ordine pubblico costituzionale e discrezionale ritenendo che l'ordine pubblico discrezionale, comprensivo delle norme imperative del foro, dovrebbe cedere il passo all'ordine pubblico costituzionale, che costituisce un ordine pubblico gerarchicamente superiore. L'ordinanza riprende la definizione di ordine pubblico internazionale già proposta da autorevole dottrina per il quale esso "costituisce (...) il criterio di ragionevolezza sulla base del quale s'istituisce la gerarchia assiologica tra norme, postulando che l'applicazione di una legge straniera o il riconoscimento di efficacia di un atto straniero può spingersi sino al punto di creare, nel caso concreto, una frattura, rispetto all'ordinamento interno, derivante dall'applicazione della legge straniera o dal riconoscimento dell'atto straniero, ma non oltre il punto in cui il contrasto concerna i principi fondamentali e irrinunciabili del nostro sistema ordinamentale, ossia, in particolare, i principi ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana e della sua dignità"¹⁹. Il riconoscimento della legge, del provvedimento o della sentenza straniera può creare pertanto una frattura rispetto al diritto interno (sono in molti a ritenere che il contenuto dell'ordine pubblico internazionale sia più ristretto rispetto a quello interno) ma questa frattura, questa diversità tra legge, sentenza o provvedimento straniero ed ordinamento interno trova un limite nei principi fondamentali ispirati alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Per questa ordinanza, dinanzi a valori fondamentali dell'individuo, l'interesse pubblico (anche se assistito da una sanzione penale) deve passare necessariamente in secondo piano, secondo il principio ermeneutico del bilanciamento tra principi di ordine pubblico di rango costituzionale e principi di ordine pubblico derivanti da discrezionalità legislativa, con la conseguenza che, in questo caso, la nozione di ordine pubblico va circoscritta ai soli valori supremi e vincolanti contenuti nella Costituzione e nelle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali. La conclusione alla quale giunge l'ordinanza è quella per cui la nozione di ordine pubblico internazionale, anche se intesa come comprensiva della rilevanza di norme interne inderogabili, e di rilevanza penale, nella tradizione giuridica domestica (cd. ordine pubblico discrezionale) non può mai comportare la lesione di diritti fondamentali dell'individuo, espressione di valori supremi e vincolanti della cultura giuridica italiana (trasfusi nella Costituzione, nella Convenzione Europea del 1950 e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea), poiché rappresentano un ordine pubblico gerarchicamente superiore (cd. ordine pubblico costituzionale). L'ordinanza non vede una contrapposizione tra la tutela dell'interesse superiore del minore (a vedere riconosciuto il suo

18 Cass., ord., 29 aprile 2020, n. 8325, *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss. con commento di SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata". Si vedano, altresì, FERRANDO, G.: "I diritti del bambino con due papà. la questione va alla Corte Costituzionale", *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss.; RECINTO, G.: "Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata", *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss.; CALDERAI, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1109 ss.

19 BARBA, V.: "L'ordine pubblico «internazionale»", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

rapporto con il padre intenzionale) ed il principio di ordine pubblico: “solo apparentemente possono apparire due entità contrapposte perché, invece, è proprio il preminente interesse del minore, in quanto espressione della inviolabilità dei diritti della persona umana, a concorrere alla formazione del principio di ordine pubblico, ed a costituire un valore che è parte integrante e costitutiva dell'ordine giuridico italiano”. La Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale ed ha affermato che l'adeguamento del diritto vigente – nozione diversa da quella di diritto vivente – spetta al legislatore quale interprete della volontà della collettività²⁰. La legge 40 del 2004 è una “legge costituzionalmente necessaria ma non a rime obbligate” nel senso che il legislatore ben potrebbe regolare diversamente la materia in futuro, così configurando un diverso contenuto all'ordine pubblico discrezionale; dall'altro che una eventuale modifica della legge spetta appunto al legislatore e non al giudice²¹.

B) L'operatività dell'ordine pubblico quale strumento che limita il potere della volontà della famiglia (o dei suoi membri) tutelando l'interesse dello Stato si rintraccia nella delibazione delle sentenze di nullità canoniche. In questi casi è un fatto naturale, come il decorso del tempo, ad essere elevato a principio di ordine pubblico con la funzione di stabilizzare l'assetto familiare ed impedire il riconoscimento della sentenza di nullità emessa dal giudice ecclesiastico disgregativa dell'unione, come dimostra una recente sentenza della Suprema Corte²². Un marito ha chiesto al giudice italiano la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per incapacità dello stesso ad assumere gli oneri matrimoniali per causa psichica. Dopo la celebrazione del matrimonio le parti avevano convissuto senza interruzione fino alla proposizione della domanda di separazione, instaurando una consuetudine di vita matrimoniale, contraddistinta anche dal perseguimento del progetto di avere figli, tanto da essere ritenuti da tutti come marito e moglie. Per la Corte si è realizzato un vero consorzio familiare, sostenuto dall'adempimento dei doveri di assistenza e solidarietà che ne costituiscono il fondamento costituzionale. La convivenza triennale come coniugi ha integrato una situazione giuridica di ordine pubblico italiano ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità per qualsiasi vizio genetico del matrimonio-atto. In questi termini, l'incapacità psichica del marito, preesistente al matrimonio e protrattasi continuativamente per tutta la durata del rapporto è inidonea a viziare il matrimonio-atto: il vizio genetico, realmente esistente in quanto accertato dal giudice ecclesiastico, è irrilevante per l'ordinamento italiano. La configurabilità del fatto ostativo al riconoscimento (la convivenza triennale) può essere vista sia in positivo che in negativo. La sua presenza, in positivo, osta alla

20 Corte Cost., 9 marzo 2021 n. 33, *Foro it.*, 2021, c. 1923 ss.

21 Questa sentenza deve essere letta unitamente ad un'altra sentenza – gemella – della Corte Costituzionale: la n. 32 del 2021 (Corte Cost. 9 marzo 2021, n. 32, *Foro it.*, 2021, c. 1923 ss.) che evidenzia i limiti – il caso riguardava la doppia maternità – dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

22 Cass., 7 luglio 2021, n. 19271, *Diritto & Giustizia*, 2021, p. 5 ss.

delibazione; la sua assenza, in negativo, invece, consente la delibazione. La Corte precisa che la mancanza dell'*affectio coniugalis*, unilaterale o bilaterale, può venire in considerazione ai fini dell'esclusione della configurabilità della convivenza, solo se entrambi i coniugi la riconoscano al momento della proposizione della domanda di delibazione oppure se essi abbiano inequivocabilmente manifestato all'esterno la volontà di non considerare la convivenza come un elemento fondamentale integrativo della relazione coniugale, ma come semplice coabitazione, nella piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche di tale esteriorizzazione, non assumendo alcun rilievo, in assenza di tale presupposto, l'accertamento del carattere più o meno felice della stessa o del difetto di adesione affettiva di uno o di entrambi i coniugi. L'incapacità psichica originaria di uno dei coniugi non si sottrae, dunque, all'applicazione dei principi di ordine pubblico che governano il matrimonio-rapporto. I principi di ordine pubblico attribuiscono carattere costitutivo al dato fattuale della convivenza coniugale triennale. Essa è limite ostativo alla delibazione della sentenza straniera: il decorso del tempo, che si traduce nella "convivenza triennale come coniugi", cristallizza la situazione familiare impedendo il riconoscimento in Italia della sentenza emessa dal giudice ecclesiastico, che ha accertato la nullità del matrimonio-atto. È del tutto evidente che il matrimonio-atto è recessivo rispetto al matrimonio rapporto. L'autonomia privata sullo scioglimento del rapporto viene dunque imbrigliata attraverso la valorizzazione del matrimonio-rapporto, inteso come convivenza triennale che costituisce principio di ordine pubblico.

2. La preminenza della comunità familiare sullo Stato.

Altre volte, invece, è l'interesse della famiglia che prevale sull'interesse pubblico: si veda l'evoluzione che si è avuta sull'adozione legittimante nella coppia omosessuale maschile e sulla filiazione nella coppia omosessuale femminile che fa ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa nonché sui patti prematrimoniali conclusi all'estero. In questi casi l'interesse della comunità familiare è preminente rispetto alla concezione istituzionale.

A) La vicenda dell'adozione legittimante nella famiglia omosessuale sembra introdurre un ordine pubblico dall'evidente significato compensativo rispetto alla totale chiusura registrata sulla maternità surrogata. Con riferimento alla relazione omosessuale maschile, la giurisprudenza di legittimità ha di recente ritenuto trascrivibile in Italia, il provvedimento con il quale una coppia di uomini aveva adottato all'estero un bambino perché da un lato era accertato il consenso da parte dei genitori biologici all'adozione e, dall'altro, era certa l'assenza del ricorso alla maternità surrogata quale tecnica per la nascita del bambino, successivamente

adottato²³. Un ordine pubblico “compensativo”, dunque, perché da un lato si realizza l’aspirazione alla genitorialità delle famiglie omosessuali ma, dall’altro, non si abdica al valore ormai acquisito nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità di totale chiusura verso la maternità surrogata. Attraverso questa declinazione dell’ordine pubblico si consente, dunque, all’autonomia privata nella coppia omosessuale di realizzare una forma di genitorialità piena, non chiusa negli angusti spazi dell’adozione in casi particolari non rinunciando, tuttavia, alla impostazione sul divieto di maternità surrogata. Per giungere a questo esito non muta la prospettiva nel senso che per la concretizzazione dell’ordine pubblico si utilizza anche la legislazione che si ispira al sistema assiologico proveniente dalla Costituzione (ad es., principi fondanti l’autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; principio del preminente interesse del minore; principio di non discriminazione; principio solidaristico sulla genitorialità sociale). Ricorrendo all’analisi della normativa ordinaria, la sentenza ha ritenuto che le condizioni di accesso alla genitorialità adottiva legittimante (art. 1, comma 20, l. 76 del 2016 e art. 6, l. 184 del 1983) non possono essere incluse nella clausola generale di ordine pubblico internazionale, a differenza del divieto di maternità surrogata.

B) Altra vicenda che ha riguardato l’autonomia privata nel diritto di famiglia e che ha avuto esiti differenti è quella della doppia maternità avvenuta tramite il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, tecnica che è diversa dalla maternità surrogata non essendovi una terza donna che porta a termine la gravidanza. Dopo una serie di giudizi contrastanti, la Suprema Corte è tornata di recente ad occuparsi della vicenda attraverso due sentenze gemelle: la prima ha riguardato un nato, cittadino straniero; la seconda un nato, cittadino italiano²⁴. La Cassazione ha ritenuto che il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il figlio nato da procreazione medicalmente assistita eterologa non cittadino italiano e la madre intenzionale italiana non contrasti con l’ordine pubblico. La sentenza ritiene, infatti, che al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto di maternità surrogata l’insussistenza di un legame biologico o genetico con il minore nato all’estero non impedisce il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato (non italiano) e la cittadina italiana che ha prestato il proprio consenso all’utilizzo da parte dell’altra donna delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. Infatti, per la Corte, le limitazioni fissate dalla l. 40 del 2004 all’utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita costituiscono espressione non già di principi di ordine pubblico internazionale, ma del margine di apprezzamento di cui il legislatore dispone nella definizione dei requisiti di accesso alle predette pratiche,

23 Cass., 31 marzo 2021, n. 9006, *Foro it.*, 2021, I, c. 2054 ss. Cfr. TORMEN, L.: “Via libera alla trascrizione dell’adozione per le coppie omoaffettive”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 797 ss.; LENTI, L.: “L’adozione e il paradigma matrimoniale”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 911 ss.

24 Cass., 23 agosto 2021, n. 23319 e Cass., 23 agosto 2021, n. 23320, consultabili nella banca data *DeJure*.

la cui individuazione, avente portata vincolante nell'ordinamento interno, non è di ostacolo alla produzione di effetti da parte di atti o provvedimenti validamente formati nell'ambito di ordinamenti stranieri e disciplinati dalle relative disposizioni. In questi termini, si distingue a seconda della cittadinanza del nato, perché laddove il minore fosse stato concepito all'estero ma fosse nato in Italia da cittadina italiana, la fattispecie sarebbe stata regolata dalla legge italiana (art. 33, l. 218 del 1995). Il caso non avrebbe presentato alcun elemento di estraneità rispetto all'ordinamento e non avrebbe trovato applicazione l'ordine pubblico internazionale ma l'art. 4, comma 3, l. 40 del 2004 che preclude l'accesso alla procreazione medicalmente assistita a coppie omosessuali. Da queste sentenze sembra dunque emergere che l'autonomia privata familiare si connota diversamente a seconda che la fattispecie presenti (o meno) elementi di estraneità rispetto all'ordinamento. Se effettivamente presenta elementi di estraneità, il contenuto dell'ordine pubblico (internazionale) è più ridotto, consentendo la realizzazione dell'effetto voluto dalla famiglia omosessuale. Sembra così riaffermarsi una distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale sulla base della cittadinanza delle parti diffusa negli anni '80: laddove il nato da procreazione medicalmente assistita eterologa in coppia omosessuale femminile abbia la cittadinanza italiana, allora troverà applicazione l'ordine pubblico interno, precludendo lui di essere considerato figlio della madre intenzionale; laddove, invece, egli non abbia la cittadinanza italiana troverà applicazione l'ordine pubblico internazionale, consentendo al nato di essere considerato figlio della madre intenzionale. Sempreché, precisa la Cassazione, non si ricada nella ipotesi di maternità surrogata il cui divieto è stato qualificato come principio di ordine pubblico, "in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore".

C) Ulteriore vicenda è quella degli accordi matrimoniali in vista del divorzio conclusi da cittadini stranieri residenti in Italia. Essi sono stati ritenuti pienamente efficace in Italia²⁵. Si legge in una sentenza che: "L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (...), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cd. internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale

²⁵ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579 ss.

attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani”.

III. AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE E COMPARAZIONE.

Il ruolo della autonomia contrattuale nel diritto di famiglia è conosciuto in altri ordinamenti²⁶. Negli Stati Uniti è acquisita la coercibilità dei contratti di convivenza e dei contratti prematrimoniali (e matrimoniali). Il matrimonio, a lungo, è stato ritenuto fondamento della civilizzazione²⁷. Imperante la concezione della famiglia fondata sul matrimonio le convivenze sono state viste con sospetto ed i contratti di convivenza sono stati ritenuti non coercibili, al pari dei contratti prematrimoniali e matrimoniali: pressoché nullo era, dunque, il ruolo dell'autonomia privata ma la riluttanza delle corti nel rendere coercibili tali contratti non ha avuto l'effetto deterrente di prevenirne la conclusione²⁸. I cambiamenti nella società hanno determinato una maggiore volontà di riconoscere alle parti la libertà, giuridicamente tutelata, di concludere contratti familiari nel rispetto della correttezza secondo le circostanze del caso concreto. La progressiva coercibilità è stata rimessa all'opera della giurisprudenza: a presidiare i valori della famiglia rimane l'applicazione giudiziale della public policy, sì che le corti ritengono non coercibile un contratto familiare che comporti un detrimento eccessivo ed irragionevole della relazione familiare. Nel sistema americano è infatti considerato un principio di ordine pubblico di derivazione giudiziale quello che tutela le relazioni familiari e che dunque ritiene non coercibili gli accordi che danneggiano le relazioni familiari (policy against impairment of family relations).

I. I contratti di convivenza.

Allargando l'angolo visuale ad altri Paesi si può dire che negli Stati Uniti, i cohabitants contracts sono stati riconosciuti dalla giurisprudenza dopo molto tempo: essi erano visti con sfavore, ritenuti immorali e contrari all'ordine pubblico, minacciando l'istituzione del matrimonio quale fondamento della società civile. A partire dal leading case *Marvin c. Marvin* (1976) vi fu un cambio di paradigma²⁹. La Corte Suprema della California ritenne che un partner potesse intentare una causa per breach of contract considerando valida la clausola con cui i conviventi si erano impegnati a dividere equamente tutte le proprietà accumulate durante i periodi di convivenza che dipendessero dal lavoro individuale o svolto insieme.

26 FUSARO, A.: “Marital Contracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.

27 *Low v. Peers*, 97 Eng. Rep. 138, 141 (Ex. Ch. 1770).

28 FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, (updated by WOLFE, Z.), 4a ed., vol. 2, Wolters Kluwer, New York, 2020, p. 5-82 ss. (2020-2 supplement).

29 *Marvin c. Marvin*, 557 P.2d 106 (Cal. 1976). Cfr. KAY, H.H. e AMYX, C.: “Marvin v. Marvin. Preserving the options”, *California Law Review*, 1977, vol. 65, p. 937 ss.

Nel caso *Watts c. Watts* (1987) fu ritenuto che un accordo tra conviventi non potesse essere considerato contrario all'ordine pubblico solo perché vi era una relazione "immorale" tra i due partner: non fu, dunque, considerato contrario all'ordine pubblico il contratto il cui contenuto era indipendente dalla relazione illecita nel senso che la relazione illecita non costituiva causa o condizione dell'accordo. L'eventuale rifiuto di far rispettare il contratto perché la relazione implicava un'attività sessuale immorale o illegale, sarebbe stato iniquo e arbitrario, lasciando ad una delle parti, non meno colpevole dell'altra quanto ad immoralità, una quota maggiore di ricchezza³⁰. Un contratto di coabitazione non è, dunque, coercibile solo se espressamente basato su una causa immorale e illecita mentre se concerne i beni, i guadagni e le spese non può essere considerato invalido solo perché l'uomo e la donna vivono insieme senza essere sposati, e dove l'attività sessuale costituisce un aspetto incidentale della relazione. Requisito di validità è la non centralità nel contratto delle prestazioni sessuali³¹. I contratti di convivenza sono stati utilizzati anche nelle relazioni omosessuali³². La disciplina è soggetta a rapide modifiche: nelle giurisdizioni che ancora non ritengono validi tali contratti le probabilità che li ritenga tali sono maggiori se lo Stato ha decriminalizzato le attività sessuali (consenzienti) tra adulti³³.

In Spagna, i contratti di convivenza non trovano una disciplina organica ma i conviventi possono, nell'esercizio dell'autonomia privata, regolamentare gli aspetti patrimoniali sia per la fase fisiologica che per quella patologica del rapporto³⁴. È appurato che anche alla famiglia non fondata sul matrimonio si applichi il principio di non discriminazione sì da costituire un modello per attuare il libero sviluppo della personalità. La validità di tali patti non pone alcun dubbio alla luce dei principi costituzionali: ogni persona, nell'esercizio del libero sviluppo della personalità (art. 10, comma 1, Constitución española) può scegliere di formare una famiglia basata sul matrimonio ovvero sulla semplice convivenza e ai conviventi è riconosciuta la possibilità di concludere, ai sensi dell'art. 1255 cód. civ., gli accordi che ritengano più adeguati al fine di disciplinare i loro rapporti economici dopo la rottura della convivenza³⁵. Il Tribunal Constitucional ha stabilito che i limiti all'autonomia contrattuale nella convivenza sono rappresentati dal buon costume e dall'ordine pubblico costituzionale e, dunque, l'esercizio della libertà deve essere garantita dall'ordinamento giuridico "a meno che il suo esercizio si ponga concretamente in conflitto con valori costituzionali superiori, ipotesi, questa, che ne giustifica la

30 *Watts c. Watts*, 137 Wis. 2d 506 (1987).

31 TOWNSEND DAVIS, E.: "The Enforcement of Cohabitation Agreements: Theories of Recovery for the Meretricious Spouse", *Nebraska Law Review*, 1982, vol. 61, p. 138 ss.

32 *Whorton v. Dillingham*, 202 Cal. App. 3d 447 (1988).

33 FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-105 ss.

34 CANTERO, G.G.: "Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de future", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, núm. 14, p. 322 ss.

35 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Persona umana e comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 241 ss.

limitazione³⁶. Poiché gli accordi patrimoniali di convivenza non vengono sempre conclusi in maniera espressa, si è posto il problema dell'eventuale validità degli accordi taciti³⁷.

2. I contratti prematrimoniali e matrimoniali.

Tornando agli Stati Uniti, si distingue, tradizionalmente, tra ante-nuptial e post-nuptial agreements: gli accordi possono essere stipulati sia prima che dopo la celebrazione del matrimonio³⁸. Nel tentativo di uniformare la disciplina, sono stati approvati l'Uniform Premarital Agreements Act (1983) e l'Uniform Premarital and Marital Agreements Act (2012)³⁹. Il primo, recepito da circa metà degli stati federati, stabilisce quando e come gli accordi prematrimoniali possono essere coercibili. È consentito alle parti di un accordo prematrimoniale di modificare o eliminare il dovere di supporto dovuto nei confronti dell'altra parte, così come ogni altro aspetto, inclusi i diritti personali e patrimoniali. Vi sono alcuni limiti: oltre al rispetto di garanzie formali, gli accordi non devono ledere i diritti dei figli. L'accordo è stato rivisto e sostituito dal secondo, che consente la stipula (anche) di accordi matrimoniali. In questi termini, è consentito alle parti di un accordo prematrimoniale (o matrimoniale) di affermare, modificare, dispensare il dovere di supporto e molti altri diritti (si pensi ai diritti sulla proprietà, sulla responsabilità per danni, ecc.). L'accordo, per essere coercibile, deve essere firmato da entrambe le parti, il consenso deve essere libero, non deve essere unconscionable vuoi al tempo della stipula vuoi al tempo dell'esecuzione.

Si pensi agli accordi che restringono l'altrui libertà matrimoniale: una parte, dietro compenso, promette all'altra di non sposarsi. La common law considera la libertà matrimoniale inerente tanto alla società quanto agli individui. Tali accordi sono dunque subordinati ad una rule of reason: la coercibilità è assicurata se la restrizione è ragionevole, nel senso che essa deve servire ad uno scopo legittimo. Una restrizione il cui unico scopo è quello di scoraggiare il matrimonio non è coercibile. Vi è anche un orientamento più restrittivo, con un maggiore favor per la libertà matrimoniale nel senso che la restrizione alla libertà matrimoniale non deve essere illimitata e la ragionevolezza della stessa va collegata alla estensione e alla durata della limitazione. Le corti statali sono generalmente più tolleranti nei confronti delle restrizioni sui secondi matrimoni⁴⁰.

36 Trib. Const. (Pleno), 23 abril 2013, n. 93, BOE, 23 mayo 2013, pp. 46 ss.

37 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Persona umana*, cit., p. 249 ss.

38 AL MUREDEN, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Fam. dir.*, 2005, p. 552.

39 Cfr. section 3, lett. a) e lett. b), section 2, section 5; section 6, UPAA; sections 6, section 9, UPMAA.

40 Cfr. *Barnes v. Hobson*, 250 S.W. 238 (Tex. Civ. App. 1923); *McCoy v. Flynn*, 151 N.W. 465 (Iowa 1915); *Lowe v. Doremus*, 87 A. 459 (N.J. 1913); *Nunn v. Justice*, 129 S.W.2d 564 (Ky. 1939); *Cowan v. Cowan*, 75 N.W.2d 920 (Iowa 1956).

Si pensi, poi, agli accordi tra persone già sposate (o in procinto di farlo) che non sono sempre invalidi laddove cambino i requisiti della relazione di matrimonio⁴¹. Gli sposi (o i futuri sposi) possono, ad esempio, contrattare affinché uno di essi presti servizi ulteriori oltre a quelli dovuti o dividere le proprietà che essi hanno acquisito o che acquisiranno in futuro. Il principio di diritto è quello per cui gli accordi prematrimoniali inerenti diritti patrimoniali non sono contrari all'ordine pubblico. Tuttavia, se una corte considera un determinato aspetto come essenziale della relazione matrimoniale e la sua modifica come offensiva di un principio di ordine pubblico, riterrà non coercibile l'accordo. Una frequente applicazione di tale principio concerne gli accordi che limitano il duty of support. In passato le corti ritenevano tali accordi non coercibili in quanto irragionevolmente incidenti su un elemento essenziale della relazione matrimoniale. A partire dal caso *Posner c. Posner* (1972) vi è stato un cambio di paradigma, passando dall'orientamento tradizionale che non riteneva coercibili tali accordi ad un orientamento più moderno che ritiene pienamente validi e coercibili gli accordi che limitano il dovere di supporto in seguito alla separazione o al divorzio anche laddove gli accordi siano stati conclusi prima del matrimonio⁴². L'unico requisito è la correttezza: necessita una full disclosure nel senso che la parte, onde poter validamente stipulare, deve rendere edotta l'altra sulla propria situazione economica e finanziaria⁴³. Inoltre, al momento dello scioglimento del matrimonio le circostanze non devono essere al di là di ciò che era stato contemplato al momento della stipula dell'accordo prematrimoniale perché altrimenti la coercibilità sarebbe fonte di ingiustizia⁴⁴. È, questo, il problema delle sopravvenienze negli accordi prematrimoniali che consente l'applicazione della dottrina dell'unconscionability. Da ultimo, è preferibile che le parti siano rappresentate da un avvocato. Peraltro, alcune corti hanno abbandonato il requisito della correttezza evidenziando il passaggio da un approccio paternalistico di protezione della donna ad uno di eguale trattamento sì che gli accordi prematrimoniali devono essere valutati con gli stessi criteri degli altri tipi di contratti⁴⁵. Il limite insuperabile per la coercibilità degli accordi prematrimoniali è rappresentato dal divieto di accordi prematrimoniali che tendono ad incoraggiare la separazione o il divorzio (*agreements encouraging dissolution*)⁴⁶. Se è vero che le persone sposate sono libere di terminare le proprie relazioni matrimoniali attraverso la separazione o il divorzio, le corti non ritengono coercibile un accordo che tende irragionevolmente alla dissoluzione del matrimonio. Si pensi, ad esempio, all'accordo di un uomo sposato di dare alcune

41 FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-88 ss. Cfr. *Marriage of Dawley*, 551 R2d 323 (Cal. 1976).

42 *Posner v. Posner*, 257 So. 2d 530 (Fla. 1972). Cfr. FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-90.

43 *Ryken v. Ryken*, 461 N.W.2d 122 (S.D. 1990).

44 *Crews v. Crews*, 989A.2d 1060 (Conn. 2010).

45 *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162, 165 (Pa. 1990); *Porreco v. Porreco*, 811 A.2d 566 (Pa. 2002); *Crews v. Crews*, 989 A.2d 1060 (Conn. 2010); In *Re Marriage of Spiegel*, 553 N.W.2d 309 (Iowa 1996).

46 FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, cit., p. 5-97.

azioni di una società ad una donna in cambio della sua promessa di sposarlo⁴⁷. Sono sorte difficoltà per individuare un test coerente per determinare quando, nei casi meno ovvi, una particolare promessa tenda irragionevolmente ad incoraggiare il divorzio: in tal caso molto dipende dalle circostanze del caso concreto, incluso lo stato del matrimonio quando la promessa è stata fatta. Una corte può negare la coercibilità laddove essa elimini o riduca drasticamente il tradizionale dovere di supporto anche se, come detto, generalmente le corti non ritengono tale accordo tendente irragionevolmente alla dissoluzione del matrimonio solo perché l'accordo predetermina i diritti proprietari.

Continuando una rapida panoramica, non si può non notare come, ad esempio, nel Regno Unito si sia recentemente valorizzata la autonomia privata nella famiglia. Se per lungo tempo gli accordi prematrimoniali erano visti accordi tendenti a favorire il divorzio e dunque against public policy and void, più di recente l'ordinamento sembra aver aperto agli accordi prematrimoniali con il caso *Radmacher c. Granatino* stabilendo che la corte deve dare effetto ad un accordo matrimoniale "freely entered by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement"⁴⁸.

Interessante l'ordinamento tedesco che conosce i cd. Eheverträge. Peraltro, gli accordi patrimoniali in vista del divorzio sono sottoposti ad un penetrante controllo per garantire il rispetto dei principi ex art. 2, comma 1 e art. 6, comma 4 Grundgesetz. Celebre il caso di un matrimonio che era stato condizionato alla firma di un contratto prematrimoniale in vista del divorzio con cui la futura moglie – già madre di un bambino da una precedente relazione ed in attesa di altro bambino dal nuovo matrimonio – rinunciava a ogni diritto in caso di divorzio. Il Bundesverfassungsgericht stabilì che i tribunali rispettano l'autonomia quando l'accordo è frutto di negoziazione tra soggetti in condizione di parità e possono incidere sul regolamento quando sono lesi i diritti fondamentali di una delle parti o dei figli, impiegando il diritto costituzionale per proteggere l'autonomia privata da se stessa⁴⁹.

IV. L'AUTONOMIA PRIVATA FAMILIARE IN ITALIA.

L'emersione della autonomia privata nelle famiglie si registra, in Italia, sia nelle famiglie fondate sul matrimonio che su quelle non fondate su esso. In passato il

47 *Reynolds v. Estate of Reynolds*, 230 S.E.2d 842 (Ga. 1976).

48 *Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino* [2010] UKSC 42. L'accordo deve soddisfare tre requisiti: a) la stipula deve essere preceduta da una full disclosure; b) i coniugi devono avere avuto una assistenza legale indipendente; c) il patto deve essere stato stipulato in una lingua conosciuta da entrambi. Cfr. FUSARO, A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", in AA. VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, p. 15 ss.

49 BVerfG, 6 Februar 2001, *FamRZ*, 2001, p. 343, con nota di SCHWAB, D.

potere dei privati di regolare le proprie relazioni non avrebbe trovato applicazione all'interno della famiglia legittima, caratterizzata da schemi predeterminati e non disponibili, da doveri più che da poteri, sicché in considerazione degli interessi coinvolti, non sarebbe stato possibile utilizzare il contratto, strumento tipico dello scambio economico. La Suprema Corte ha tracciato l'evoluzione che si è avuta in materia di autonomia privata nel diritto di famiglia con il progressivo superamento della concezione di ordine pubblico familiare quale interesse trascendente i membri della famiglia ed il crescente ruolo dell'autonomia privata⁵⁰. Si apre dunque ad una autonomia negoziale limitata nel senso che questa non può contrastare con interessi superiori che si cristallizzano non più nell'interesse della famiglia come istituzione (ordine pubblico della famiglia) ma nella protezione di categorie di soggetti deboli (ordine pubblico nella famiglia). C'è di più. Di recente, attraverso l'autonomia privata si può incidere sullo status di coniuge, come dimostra l'introduzione del cd. divorzio privato. Ancora, dopo un lungo periodo è stato disciplinato il contratto di convivenza.

I. Il divorzio privato.

Con riferimento alle famiglie fondate sul matrimonio, si pensi alla convenzione di negoziazione assistita sulle soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio (art. 6, d.l. 132 del 2014, conv. in l. 162 del 2014)⁵¹. In assenza di categorie "protette" (tra cui figli minori e figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap), l'accordo è trasmesso al pubblico ministero del tribunale competente che svolge un controllo di mera regolarità formale dell'accordo. In presenza di categorie "protette" il pubblico ministero autorizza l'accordo se lo ritiene rispondente all'interesse dei figli. Oltre alla convenzione di negoziazione assistita, la legge italiana ha introdotto la possibilità di chiedere la separazione consensuale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio dinnanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 12, d.l. 132 del 2014, conv. in l. 162 del 2014). La convenzione di negoziazione assistita può essere utilizzata anche per lo scioglimento dell'unione civile tra due persone dello stesso sesso ai sensi dell'art. 1, comma 25, l. 76 del 2016.

2. Gli accordi patrimoniali in vista del divorzio.

L'ampliamento degli spazi riservati all'autonomia privata, con la sua funzione creativa volta alla composizione ed alla valorizzazione delle istanze soggettive mediate dall'accordo, emerge nei cd. contratti della fisiologia e della patologia

⁵⁰ Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, *Foro it.*, 2015, I, c. 567 ss.

⁵¹ BARGELLI, E.: "Divorzio «privato» e «autonomia preventiva»", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 250 ss.

familiare: i primi intesi ad amministrare la fase aggregativa ed i secondi quella disgregativa. In dottrina ed in giurisprudenza si distingue tra una corrente “aperturista” ed una “chiusurista”: per lungo tempo ha prevalso quest’ultima, definita di “irragionevole ritrosia”⁵².

L'accordo sugli aspetti patrimoniali del divorzio favorirebbe l'abbandono della relazione coniugale e, a partire da una sentenza del 1981, la Suprema Corte ritiene invalido l'accordo concluso dai coniugi separati per stabilire il regime economico del divorzio⁵³. L'orientamento “chiusurista” si basa su due argomenti: l'indisponibilità dell'assegno di divorzio ed il mercimonio dello status di coniuge con violazione del diritto di difesa.

Il primo muove dall'art. 160 cod. civ.: i diritti ed i doveri nascenti dal matrimonio sono indisponibili e, dunque, sono indisponibili sia l'assegno di mantenimento che quello di divorzio. Negli anni '70 l'assegno di divorzio fu scisso in tre diverse componenti (assistenziale, risarcitoria e compensativa) e si erano ritenute disponibili – e dunque negoziabili – le componenti compensative e risarcitorie. La sentenza del 1981 stabilì, invece, che l'assegno di divorzio fosse indisponibile tanto nella componente assistenziale quanto in quella risarcitoria e compensativa. Questo nonostante la tesi che riteneva valida la rinuncia (successiva) ai diritti patrimoniali derivanti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale. Si affermò nella giurisprudenza che l'assegno di divorzio avesse natura essenzialmente alimentare in quanto rivolto a tutela del soggetto economicamente più debole. Anche di recente (e nonostante un intervento delle sezioni unite che ha ritenuto l'assegno di divorzio tendenzialmente disponibile⁵⁴) l'argomento dell'indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio viene utilizzato per considerare illeciti gli accordi patrimoniali conclusi in vista del divorzio anche laddove, attraverso l'autonomia, si prevedesse, a titolo di assegno, una somma superiore rispetto a quanto necessario per soddisfare l'esigenza assistenziale⁵⁵. Tali accordi sono, dunque, nulli non solo quando il loro contenuto limiti o escluda il diritto del coniuge economicamente più debole, ma anche quando soddisfino tali esigenze poiché la preventiva pattuizione (se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio) può determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili. Inoltre, l'art. 5, comma 8, l. 898 del 1970 che prevede la possibilità di corrispondere una somma un tantum quale liquidazione tombale delle pretese divorzili è applicabile solo nel

52 Così BUSNELLI, F.D.: “Prefazione”, in AA. VV.: *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* (a cura di D. Amran e A. D'Angelo), Padova, 2011, p. 13. Cfr. OBERTO, G.: *I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina*, Giuffrè, Milano, 1999; OBERTO, G.: “«Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale”, *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.

53 Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss.

54 Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss. con commento di BIANCA, M.: “Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?”.

55 Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 955 ss.

giudizio di divorzio: da un lato, non è l'accordo, ma il giudice a disporre l'assegno e, dall'altro, separazione e divorzio sono visti momenti separati e, dunque, i coniugi separati non si possono accordare per l'importo dell'assegno di divorzio. Argomentazioni, queste, criticate dalla dottrina "aperturista" per la quale l'avente diritto all'assegno divorzile ha un onere di proporre la domanda e potrebbe accontentarsi di una somma minore⁵⁶. Inoltre, il dovere di contribuzione può variare proprio in considerazione del divorzio, essendo inimmaginabile – una volta abbandonata la concezione statualistica della famiglia – che esso rimanga inalterato durante il matrimonio e per il tempo successivo. L'art. 160 cod. civ., infine, concerne la fase fisiologica e non quella patologica del matrimonio: l'inderogabilità riguarda i soli diritti ed i doveri previsti dalla legge "per effetto del matrimonio" e non anche per il suo scioglimento. Anche un'ordinanza del Tribunale di Torino del 2012 ha ritenuto che l'accordo sui profili patrimoniali concluso tra coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasti né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 cod. civ.⁵⁷.

Il secondo argomento che viene utilizzato per sostenere l'illiceità degli accordi patrimoniali in vista del divorzio è quello della loro incidenza sulla libertà della condotta processuale e sulla mercificazione dello status di coniuge richiamando la violazione dell'art. 24 Cost.: le timide aperture giurisprudenziali (sulla negoziabilità di alcune componenti dell'assegno o dell'importo migliorativo dello stesso raggiunto dall'autonomia privata) hanno trovato un ostacolo nell'argomento per cui tali accordi incidono sulla libertà della condotta processuale dei coniugi. Gli accordi sul regime patrimoniale del divorzio sarebbero nulli per illiceità della causa determinando il mercimonio dello status di coniuge identificando nel corrispettivo previsto dall'accordo in vista del divorzio il prezzo per il consenso allo scioglimento del legame matrimoniale. Si condizionerebbe, dunque, la volontà dei coniugi su scelte di carattere personale riguardanti diritti indisponibili correlati al proprio status e la libertà dei comportamenti difensivi dei coniugi nei processi di divorzio sia per gli effetti economici che per la dichiarazione di divorzio. In giurisprudenza si afferma che gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio sono affetti da radicale nullità, per illiceità della causa, "avendo sempre l'effetto, se non anche lo scopo, di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno «status», in un campo, cioè, in cui la libertà di scelta ed il diritto di difesa esigono invece di essere indeclinabilmente garantiti"⁵⁸. La dottrina "aperturista" ritiene che gli accordi in questione non condizionino in modo alcuno la condotta processuale del coniuge interessato ad opporsi alla domanda di divorzio. Un accordo sul contegno processuale sarebbe illecito solo se violasse

56 CARBONE, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", *Corr. giur.*, 1992, p. 856 ss.; OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, p. 85 ss.

57 Trib. Torino, 20 aprile 2012. Cfr. OBERTO, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", *Fam. e dir.*, 2012, p. 804 ss.

58 Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Matrimonio*, n. 180.

i diritti di difesa ex art. 24 Cost. o se tendesse ad un risultato in frode alla legge: se alla persona coniugata è consentito di disciplinare gli aspetti patrimoniali del matrimonio attraverso le convenzioni matrimoniali, stipulabili in ogni tempo e modificabili anteriormente o successivamente al matrimonio, non si capisce come mai i nubendi o gli sposi non potrebbero stipulare accordi patrimoniali sul divorzio. In questi termini, sarebbe certamente nullo, per contrarietà all'ordine pubblico, il contratto che prevedesse quale oggetto del sinallagma l'impegno a tenere un certo comportamento (ad es., sposarsi o meno, divorziarsi, ecc.) mentre sarebbe pienamente valido un accordo che prevedesse le conseguenze patrimoniali di una scelta del genere (ad es., le conseguenze patrimoniali del divorzio)⁵⁹.

La giurisprudenza italiana non vuole superare l'insegnamento tradizionale che reputa nulli gli accordi patrimoniali in vista del divorzio. A volte, tuttavia, pur formalmente riaffermando il principio di diritto, la giurisprudenza ritiene validi gli accordi raggiunti in sede di separazione aventi una chiara valenza divorzile e post-divorzile, utilizzando strade argomentative diverse (ad es., ritenendo la rendita costituita in occasione della crisi familiare estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi; reputando validi gli accordi la cui causa sia transattiva; configurando una nullità a legittimazione relativa azionabile solo dal coniuge avente diritto all'assegno e non dall'altro; ecc.).

In primo luogo, è stato affermato che laddove in sede di separazione i coniugi abbiano previsto l'attribuzione ad uno di essi di un assegno "vita natural durante" il giudice del divorzio, chiamato a decidere sull'an del richiesto assegno divorzile, dovrà preliminarmente provvedere alla qualificazione della natura dell'accordo intervenuto tra le parti, precisando se la rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante) in occasione della crisi familiare sia estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali tra coniugi in materia familiare, perché giustificata da altra causa, e quindi verificare se debba essere riconosciuto il diverso diritto all'assegno divorzile, che può trovare fondamento soltanto in ragione della crisi familiare⁶⁰. Questa ordinanza richiama una precedente sentenza che, pur riaffermando il tradizionale principio, aveva stabilito la validità di un accordo transattivo – si trattava della previsione di una somma mensile vitalizia trasfusa nei patti di separazione consensuale – tra i coniugi la cui funzione era quella di porre fine ad alcune controversie insorte tra i coniugi senza un riferimento implicito o esplicito al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi conseguente all'eventuale pronuncia di divorzio⁶¹.

59 COMPORI, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio"; *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.

60 Cass., 24 aprile 2021, n. 11012, *Fam. e dir.*, 2021, p. 885 ss. con commento di RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità".

61 Cass., 16 aprile 2000, n. 8109, *Foro it.*, 2001, I, c. 1318 ss.

In secondo luogo, è stato ritenuto valido un accordo prematrimoniale pur non qualificandolo come tale⁶². Il giorno prima del matrimonio i nubendi avevano sottoscritto un accordo con il quale la moglie si impegnava a trasferire al marito un immobile di sua proprietà in caso di separazione o divorzio quale indennizzo delle spese sostenute dal marito per la ristrutturazione di altro immobile (sempre di proprietà della moglie e che a lei sarebbe rimasto) adibito a casa coniugale. Inoltre, a saldo, il marito avrebbe trasferito alla moglie un titolo di stato dal valore di diecimila euro circa. La donna impugnò l'accordo ritenendo che lo stesso fosse un accordo prematrimoniale e come tale nullo per le ragioni sopra menzionate. La Suprema Corte ha invece ritenuto pienamente valido l'accordo escludendo, però, che lo stesso potesse essere qualificato come accordo prematrimoniale: l'accordo avrebbe configurato un contratto atipico e legittimo, con prestazioni e controprestazioni proporzionali, volto a regolare aspetti ben definiti. Tale accordo sarebbe stato espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 cod. civ.: la ex moglie, invece di restituire l'importo delle spese di ristrutturazione al marito, adempì attraverso il trasferimento della proprietà di un bene immobile di sua proprietà, così integrando una ipotesi di datio in solutum. Il divorzio non è stato reputato causa genetica dell'accordo ma condizione sospensiva per l'efficacia di esso.

In terzo luogo, è stato ritenuto che la nullità per illiceità dell'accordo prematrimoniale costituisca una nullità a legittimazione relativa nel senso che la nullità dell'accordo prematrimoniale non può essere fatta valere dal coniuge obbligato a corrispondere l'assegno ma solo dal coniuge al quale l'assegno compete⁶³. In questi termini è stata trasformata la nullità per contrarietà all'ordine pubblico, in una nullità relativa che può essere fatta valere solo dal coniuge "debole" nonostante l'art. 1421 cod. civ. non configurasse una nullità di protezione⁶⁴. È stato poi affermato che la nullità a legittimazione relativa potrebbe essere fatta valere solo nella procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così introducendo una forma di prescrizione per questa strana nullità relativa⁶⁵.

3. Il contratto di convivenza.

Il contratto di convivenza regola gli aspetti patrimoniali dei conviventi more uxorio: i conviventi di fatto (sia eterosessuali che omosessuali) possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune tramite la sottoscrizione di un

62 Cass., 26 aprile 2012, n. 23713, *Foro it.*, 2013, I, c. 864 ss.

63 Cass., 16 aprile 2000, n. 8109, cit.

64 OBERTO, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltmaschine", *Fam. e dir.*, 2013, p. 323 ss. (in part. p. 325).

65 Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, *Giust. civ.*, 2001, I, p. 592 ss.

contratto di convivenza⁶⁶. Il contratto può contenere le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, nonché il regime patrimoniale della comunione dei beni previsto dal codice civile per il matrimonio: il regime può essere modificato in qualunque momento⁶⁷. Il contratto – così come la sua modifica o risoluzione – deve farsi in forma scritta sotto pena di nullità con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato “che ne attestano la conformità alle norme imperative e all’ordine pubblico” e, dunque, vi è un controllo preventivo di ordine pubblico⁶⁸.

V. QUALE FUTURO?

Se la giurisprudenza ribadisce costantemente il principio di diritto sulla nullità degli accordi patrimoniali conclusi in vista del divorzio, vi è una volontà di introdurli per via legislativa. C’è da dire che per una parte della dottrina la negoziabilità e la contrattualità sono dati da cui muovere già oggi ed è compito del giurista comprendere a quali condizioni e in che limiti sia possibile ricostruire una disciplina del contratto incidente sugli interessi familiari coerente con il coinvolgimento di valori personalistici ed esistenziali delle parti⁶⁹. In questi termini, occorrere sempre verificare il rapporto tra la tutela del soggetto ed il ruolo dell’autonomia privata.

I. Le numerose proposte di legge.

Oltre alle timide se non ondivaghe aperture giurisprudenziali sono state presentate alcune proposte di legge ma, ad oggi, nessuna di queste è stata approvata. Il disegno di legge n. 2629 del 18 marzo 2011 prevedeva l’introduzione dell’art. 162-bis cod. civ. I futuri coniugi avrebbero potuto stipulare patti prematrimoniali in forma scritta per disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il patto avrebbe potuto escludere il coniuge dalla successione necessaria nonché l’applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 898 del 1970. Anche il disegno di legge n. 178 del 15 marzo 2013 prevedeva l’introduzione dell’art. 162-bis. I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, avrebbero potuto stipulare convenzioni volte a disciplinare i rapporti dipendenti dall’eventuale separazione personale e dall’eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili

66 Cfr. art. 1, commi 36 e 50, l. 76 del 2016. Cfr. SIRENA, P.: “L’invalidità del contratto di convivenza”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1071 ss.

67 Cfr. art. 1, commi 51, 53, lett. b) e c), 54, l. 76 del 2016.

68 MUSOLINO, G.: “Il contratto di convivenza. Aspetti formali e relative nullità”, *Notariato*, 2018, p. 725 ss. Costituirebbe un principio di ordine pubblico attuativo del principio di eguaglianza il criterio di contribuzione da parte di ciascun convivente alle esigenze della convivenza secondo le proprie sostanze e capacità.

69 ZOPPINI, A.: “L’autonomia privata”, cit., p. 226.

del matrimonio. Il coniuge avrebbe potuto attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro una tantum ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ. i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi. Si introduceva altresì un limite in quanto ciascun coniuge non avrebbe potuto attribuire all'altro più di metà del proprio patrimonio. Ancora, il coniuge avrebbe potuto trasferire all'altro coniuge o ad un terzo, beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di handicap per la durata della loro vita o fino al termine dello stato di bisogno, di menomazione o di disabilità a causa dell'handicap. Si prevedeva, infine, la possibilità di creare un meccanismo di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali: un implicito riferimento alla dottrina dell'hardship, presente nel diritto contrattuale europeo, che impone di adeguare il contenuto del contratto se la prestazione sia diventata particolarmente dura per la parte che deve eseguirla. Successivamente, la proposta di legge n. 2669 del 15 ottobre 2014 prevedeva sempre l'introduzione dell'art. 162-bis. Rispetto alla precedente proposta si prevedeva che tale contratto potesse essere stipulato non solo attraverso la forma dell'atto pubblico ma anche con la convenzione di negoziazione assistita. Se nelle vecchie proposte la stipula degli accordi era limitata solo ai "futuri coniugi" si prevedeva adesso la possibilità che gli accordi fossero stipulati o modificati anche in corso di matrimonio: in sostanza accordi prematrimoniali e matrimoniali. Ulteriore novità riguardava gli accordi riguardanti i figli minori. Questi dovevano essere autorizzati dal Procuratore della Repubblica il quale, laddove non li avesse ritenuti rispondenti all'interesse dei figli invitava ad una riformulazione e, se avesse ritenuto anche la versione riformulata non rispondente all'interesse dei figli, avrebbe potuto negare definitivamente l'autorizzazione. Anche in questa proposta si lasciava invariata la possibilità di prevedere la liquidazione di una somma periodica, il limite rappresentato dalla metà del patrimonio nonché la possibilità di adeguamento automatico. Una novità era la espressa derogabilità del mantenimento e la inderogabilità degli alimenti. Ancora: la proposta di legge n. 244 del 23 marzo 2018 replicava l'articolato della proposta n. 2669. Da ultimo, l'art. 1, comma 1, lett. b), della proposta di legge del 12 dicembre 2018 delegava il Governo ad intervenire per "consentire la stipulazione tra i nubendi, tra i coniugi, tra le parti di una programmata o costituita unione civile, di accordi intesi a regolare tra loro, nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell'ordine pubblico e del buon costume, i rapporti personali e 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". Dunque: accordi prematrimoniali, matrimoniali nonché accordi tra le parti di una unione civile (programmata o costituita); aspetti personali e patrimoniali; fase fisiologica e patologica. Se le precedenti proposte non facevano riferimento all'ordine pubblico che costituisce, appunto, clausola generale del sistema, adesso si prevedeva che gli

accordi dovessero rispettare non solo norme imperative, ordine pubblico e buon costume ma anche i diritti fondamentali della persona umana. Si distingueva, cioè, tra ordine pubblico (che si comporrebbe di principi ricavabili dal sistema) e diritti fondamentali della persona (che sarebbero previsti dalla legge). Tuttavia, per parte della dottrina, l'ordine pubblico costituisce una clausola con la quale si tutelano e si promuovono i diritti fondamentali rappresentando un dispositivo attraverso il quale il giudice fa intervenire nella soluzione del caso concreto i principi generali anche quando mancano i presupposti per l'*analogia iuris* consentendo un controllo diffuso di costituzionalità.

2. Il controllo sul contenuto ed il giudizio di doppia compatibilità.

AmMESSO lo strumento del contratto per la regolamentazione dei rapporti nel diritto di famiglia, occorre un controllo sull'autonomia privata: il diritto dei contratti conosce ipotesi di protezione di soggetti deboli. L'ordine pubblico nel diritto di famiglia costituisce un ordine pubblico di protezione, che difende il più debole dal più forte, afferma la libertà degli individui singolarmente considerati o all'interno dei gruppi sociali (come la famiglia) nel quadro delle libertà garantite dalla Costituzione. L'ordine pubblico è il confine dell'autonomia privata e si compone di principi impliciti al sistema: basti pensare a quelli che sono espressione dei valori di parità, dignità, libertà e solidarietà fissati (artt. 2, 3 e 29 Cost.). La libertà di programmazione degli aspetti patrimoniali e personali dei rapporti coniugali e di convivenza è soggetta a questi limiti: riconoscere l'autonomia negoziale nella famiglia non equivale a prendere atto della eguaglianza tra i coniugi poiché nel matrimonio l'uguaglianza sostanziale non è ancora oggi la regola⁷⁰.

Nella proposta di legge n. 244 del 2018 si legge che sarebbero contrari all'ordine pubblico – e dunque nulli – gli accordi concernenti gli status (ad es. la clausola con la quale un nubendo si impegna a non divorziarsi) o quelli che violano il diritto di difesa costituzionalmente garantito (ad es., la clausola con cui un nubendo rinuncia preventivamente ad agire o a costituirsi in giudizio a difesa di propri diritti o mediante altre obbligazioni a tenere comportamenti processuali diretti a influire sullo status coniugale). Tali accordi, invece, non confliggerebbero con i principi dell'ordinamento laddove si limitassero a regolamentare diritti disponibili come modalità, termini ed entità del mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare, il regolamento di altri beni mobili o immobili, a tutela della libertà e della purezza della volontà che non verrebbero compromesse. In particolare, si afferma che con riferimento ai patti che prevedono l'effettuazione di prestazioni patrimoniali in seguito alla cessazione del matrimonio occorre "evitare la coartazione della volontà di cessare il rapporto" (il "famoso" prezzo per il consenso allo scioglimento del matrimonio). Negli accordi deve restare

70 BASINI, G.F.: "I c.d. "patti prematrimoniali". Note de iure condendo", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1153 ss.

evidenziata “la funzione di solidarietà del patto verso il partner in difficoltà”. In questi termini sarebbe valido il patto che preveda la permanenza nella casa di proprietà di uno a beneficio dell'ex coniuge per il tempo necessario a trovare una nuova sistemazione. Si possono immaginare alcune clausole attinenti vuoi agli aspetti patrimoniali vuoi a quelli non patrimoniali che possono essere inserite all'interno dei contratti prematrimoniali e matrimoniali.

Con riferimento alle clausole patrimoniali, l'accordo preventivo debba essere sottoposto a due limiti insuperabili: a) irrinunciabilità del diritto agli alimenti; b) vigenza della clausola *rebus sic stantibus*, al fine di gestire le sopravvenienze. La dottrina, già negli anni '90, riteneva che l'autonomia privata nella famiglia dovesse essere potenziata riconoscendo in linea di principio – e pur in assenza di una norma di legge –, la validità degli accordi relativi ai rapporti patrimoniali dei coniugi in vista della separazione, del divorzio e dell'annullamento (o nullità) del matrimonio, ove detti accordi avessero riguardato diritti disponibili, come il mantenimento, il trasferimento in proprietà o in uso della casa familiare, il regolamento di altri beni immobili o mobili, ecc., salvo sempre il limite della clausola *rebus sic stantibus*. Viceversa, si ritenevano nulli gli accordi relativi a rapporti patrimoniali se avessero avuto ad oggetto diritti indisponibili, come il diritto agli alimenti⁷¹.

Con riferimento alle clausole non patrimoniali si pensi a quelle che disciplinano le relazioni dell'una o dell'altra parte con terzi, le relazioni tra le parti, l'uso del cognome maritale da parte della moglie separata o divorziata⁷². Due clausole emblematiche: la rinuncia da parte di uno dei futuri coniugi alla propria identità religiosa o al proprio diritto alla genitorialità. La clausola generale dell'ordine pubblico salvaguarda la libertà personale e l'interprete è chiamato a svolgere un giudizio di compatibilità tra la disciplina pattizia (si pensi, appunto, alle limitazioni circa le manifestazioni di socialità e di affettività) e la libertà personale. Sembrano contrarie all'ordine pubblico le clausole che comprimono irragionevolmente la libertà della persona nelle manifestazioni della propria socialità (es. amicizie, sessualità, condivisione di una casa, ecc.), così come quelle che impediscono ad una delle parti di recarsi o di soggiornare in una determinata città (ad es., dove vive l'altro) o che prevedono l'impegno a non iniziare una convivenza, a mantenersi in uno stato di fedeltà post-coniugale e quelle che dovessero tendere ad imporre il rispetto di tali obblighi tramite penali. Possono, invece, essere valide clausole che tendono ad evitare spiacevoli successivi contatti tra le parti o quelle che contengono una condizione risolutiva con cui cessa l'erogazione di un assegno o l'effettuazione di una prestazione patrimoniale per il caso di inizio di un rapporto di convivenza *more uxorio* da parte del beneficiario.

71 COMPORI, M.: “Autonomia privata e convenzioni preventive”, cit., c. 118 ss.

72 BIVONA, E.: “Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali”, *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss. Sulla poligamia, cfr. PERLINGIERI, G.: “In tema di rapporti familiari poligamici”, *DSF*, 2018, p. 821 ss.; RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016, *passim*.

In definitiva, ai fini del giudizio di validità delle pattuizioni, sembra possibile recuperare la distinzione tra ordine pubblico della famiglia ed ordine pubblico nella famiglia. La validità della singola clausola dipende dal giudizio di compatibilità della stessa alla luce dell'ordine pubblico del caso concreto, essendo chiamato l'interprete a svolgere un bilanciamento tra interessi e valori rispetto al singolo caso. In particolare, si ritiene che la clausola sia soggetta ad un duplice giudizio di compatibilità: da un lato, essa deve essere compatibile con l'ordine pubblico nella famiglia, cioè non deve ledere i diritti fondamentali della persona umana; dall'altro, poi, deve essere compatibile con l'ordine pubblico della famiglia, depurato dagli aspetti discriminatori, nel senso che la clausola non deve andare a snaturare l'essenza stessa del matrimonio, per come delineato dal testo costituzionale. Una maggiore libertà di contrattazione – almeno con riferimento al profilo dell'ordine pubblico della famiglia – deve essere riconosciuta alle clausole inserite nei contratti di convivenza o nelle unioni civili.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Fam. dir.*, 2005, p. 552.

ALPINI, A.: *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Esi, Napoli, 2018.

BARBA, V.: "L'ordine pubblico «internazionale»", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 403 ss.

BARBA, V.: "Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. Sez. Un. 12193/2019", *GenUS*, 2020, núm. 2, p. 34 ss.

BARGELLI, E.: "Divorzio «privato» e «autonomia preventiva»", *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 250 ss.

BASINI, G.F.: "I c.d. «patti prematrimoniali». Note de iure condendo", *Fam. e dir.*, 2019, p. 1153 ss.

BIANCA, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA, M.: "Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?", *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss.

BIVONA, E.: "Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali", *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 848 ss.

BUSNELLI, F.D.: "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.

BUSNELLI, F.D.: "Prefazione", in AA. VV.: *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea* (a cura di D. Amran e A. D'Angelo), Padova, 2011, p. 13.

CALDERAI, V.: "La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1109 ss.

CANTERO, G.G.: "Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de future", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, núm. 14, p. 322 ss.

CARBONE, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", *Corr. giur.*, 1992, p. 856 ss.

CICU, A.: *Lo spirito del diritto familiare*, Stab. Tipografico Bianchini, Macerata, 1914.

COMPORI, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Persona umana e comunità familiare*, Giuffrè, Milano, 2020.

FARNSWORTH, E.A.: *On Contracts*, (updated by WOLFE, Z.), 4a ed., vol. 2, Wolters Kluwer, New York, 2020.

FERRANDO, G.: "I diritti del bambino con due papà. la questione va alla Corte Costituzionale", *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss.

FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1970.

FUSARO, A.: "Marital Contracts, Ehevertraege, Convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 475 ss.

FUSARO, A.: "La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio", en AA. VV.: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari* (a cura di S. Landini e M. Palazzo), Giuffrè, Milano, 2018, p. 15 ss.

HESSELINK, M.H.: *Justifying Contract in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

KAY, H.H. e AMYX, C.: "Marvin v. Marvin. Preserving the options", *California Law Review*, 1977, vol. 65, p. 937 ss.

LANDINI, S.: "Incostituzionalità dei limiti alle indagini sulla maternità e paternità ex art. 278 c.c. e posizione giuridica del figlio incestuoso", *Familia*, 2003, p. 841 ss.

LENTI, L.: "L'adozione e il paradigma matrimoniale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 911 ss.

LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli, 1993.

MUSOLINO, G.: "Il contratto di convivenza. Aspetti formali e relative nullità", *Notariato*, 2018, p. 725 ss.

OBERTO, G.: *I contratti della crisi coniugale. Ammissibilità e fattispecie. Contenuti e disciplina*, Giuffrè, Milano, 1999; OBERTO, G.: "«Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale", *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.

OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale", *Fam. e dir.*, 2012, p. 85 ss.

OBERTO, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", *Fam. e dir.*, 2012, p. 804 ss.

OBERTO, G.: "Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine", *Fam. e dir.*, 2013, p. 323 ss.

PERLINGIERI, G.: "In tema di rapporti familiari poligamici", *DSF*, 2018, p. 821 ss.

PERLINGIERI, G.: "Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi", *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 101 ss.

PERLINGIERI, G.: "Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata", *DSF*, 2019, p. 337 ss.

PERLINGIERI, G. e ZARRA, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Esi, Napoli, 2019.

PERLINGIERI, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", en AA. VV.: *Rapporti personali nella famiglia* (a cura di P. Perlingieri), Esi, Napoli, 1982, p. 39 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 1991.

RECINTO, G.: "Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata", *Fam. e dir.*, 2020, p. 675 ss.

RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", *Fam. e dir.*, 2021, p. 885 ss.

RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016.

RODOTÀ, S.: "La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche", en AA. VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Atti del Convegno organizzato dal sindacato avvocati e procuratori di Milano e Lombardia* (a cura di C. Delitala e G. Minoli), Giuffrè, Milano, 1976, p. 7 ss.

SALANITRO, U.: "L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata", *Corr. giur.*, 2020, p. 902 ss.

SANTORO-PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e Giur.*, 1945, p. 3 ss.

SESTA, M.: "Ultima lezione di diritto della famiglia", *Ius Civile*, 2020, núm. 3, p. 812 ss.

SIRENA, P.: "L'invalidità del contratto di convivenza", *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1071 ss.

TOWNSEND DAVIS, E.: "The Enforcement of Cohabitation Agreements: Theories of Recovery for the Meretricious Spouse", *Nebraska Law Review*, 1982, vol. 61, p. 138 ss.

TORMEN, L.: "Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive", *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 797 ss.

ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo", *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 213 ss.

