

Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass.n.8109/2000.
Stefania Catanossi

SOMMARIO: Sez.I 1.Il caso. 2.Giurisprudenza e controllo sostanziale: un cenno all'esperienza della Germania. 3.Confronto tra le due esperienze: anche la Cassazione italiana sfida le "convenzioni". Sez.II 4.Evoluzione della critica femminista intorno al concetto di dipendenza economica all'interno della famiglia. 5.Un cenno alla dottrina nordamericana. Tre importanti sentenze della Corte Suprema del Canada. 6.Osservazioni conclusive.

1. **Gli accordi** con i quali i coniugi regolano l'assetto dei loro rapporti patrimoniali durante la crisi matrimoniale suscitano di continuo, e ormai da molto tempo, accese discussioni tra i giuristi sulla loro validità e più in generale sul ruolo e i limiti dell'autonomia privata nel diritto di famiglia. Sul tema è tornata di recente anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8109/2000 . Ancora una volta, infatti, si è presentata ai giudici l'occasione di verificare la validità di una scrittura privata preventiva, poi recepita nel verbale di separazione consensuale, in base alla quale il marito si impegnava ad effettuare un'erogazione mensile a beneficio della moglie, a tacitazione di ogni pretesa economica di quest'ultima "vita natural durante"(quindi anche in caso di divorzio). L'occasione è stata offerta in particolare da un'azione di mero accertamento proposta dal marito insieme alla domanda di scioglimento del matrimonio, esclusivamente per assicurare maggiore stabilità alle intese raggiunte nell'atto della separazione. Avendo i giudici di merito negato che la rinuncia ad ogni ulteriore pretesa economica da parte della moglie valesse a precludere un'eventuale domanda di revisione, e solo allora, è stata dedotta da parte del marito , nel ricorso per cassazione, la nullità del contratto stipulato in previsione del divorzio. La Corte ha rigettato il ricorso del marito, specificando in motivazione: "L'orientamento secondo cui gli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorziale, che per la sua natura assistenziale è indisponibile, in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, è pienamente condiviso e deve essere mantenuto fermo. Tuttavia tale orientamento, nella specie, non può trovare applicazione...". Dal resto della motivazione appare evidente che è stata adottata una soluzione di compromesso grazie alla quale si è cercato di tutelare il coniuge creditore delle erogazioni assistenziali, facendo salvo l'accordo, senza arrivare ad ammettere la generale validità della categoria degli accordi in vista dello scioglimento del matrimonio. La preoccupazione di tutelare il coniuge creditore delle erogazioni assistenziali emerge dal primo ordine di motivi per i quali secondo i giudici l'orientamento richiamato non può essere applicato e cioè la circostanza che il principio di nullità degli accordi preventivi è stato affermato in fattispecie rispetto alle quali quella in esame presenta "posizioni rovesciate". Questa parte della sentenza , si riallaccia esplicitamente alle problematiche relative alla differenza di genere. e in essa è contenuta tutta la portata innovativa della decisione.

2. La differenza di genere in tutte le decisioni giurisprudenziali concernenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi è sempre rimasta nell'ombra, ma è sempre stata tenuta presente dai giudici, anche se non è stata valorizzata in modo adeguato. Il principio di nullità degli accordi preventivi di divorzio, tuttora avallato dalla Corte di Cassazione, è servito spesso a tutelare il coniuge ritenuto economicamente più debole per aver assunto durante il matrimonio una condizione di dipendenza economica dall'altro. Poiché il coniuge che generalmente viene a trovarsi in questa posizione è la moglie, il principio di nullità di siffatti accordi è divenuto uno strumento di protezione della donna, a prescindere da un'analisi approfondita delle condizioni soggettive delle parti, in un'ottica che potremmo definire paternalistica . Ciò ha spinto negli ultimi anni una parte della dottrina a evidenziare che una maggiore sensibilità verso le problematiche legate alla differenza di genere , che, a volte ma non sempre, incidono sull'opportunità e sull'equilibrio di determinati accordi, si manifesta favorendo comunque le soluzioni concordate dai coniugi e allo stesso tempo garantendo i doveri di solidarietà di questi ultimi anche dopo il divorzio. Tra le proposte tese a conciliare queste esigenze è stata inserita quella di un controllo procedurale e sostanziale dell'accordo, ispirata dal tipo di sindacato giudiziale realizzato dalla giurisprudenza tedesca . Questo modello, sorto gradatamente anche grazie ai contributi della dottrina tedesca , può dirsi oggi consolidato, soprattutto alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht . Quest'ultima, annullando parzialmente una sentenza del Oberlandesgerichts Stuttgart , ha dichiarato incostituzionale un accordo prematrimoniale con cui la futura moglie si impegnava a rinunciare al mantenimento in caso di divorzio. Precisamente la Corte ha ritenuto che la parte della sentenza da essa annullata, la quale stabiliva la validità del suddetto accordo, fosse lesiva dei diritti fondamentali della ricorrente sanciti dagli artt.2 e 6 della Costituzione tedesca (verletzt die Beschwerdeführerin in ihren Rechten aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 6 Absatz 4....) . La prima norma garantisce a ciascun individuo il diritto di sviluppare liberamente la propria personalità, mentre la seconda fissa i doveri inderogabili derivanti dall'aver contratto matrimonio (anche nei confronti dei figli che da tale unione possono nascere). La Corte ha sottolineato la circostanza che la ricorrente era in stato di gravidanza al momento della conclusione dell'accordo e che aveva alle spalle un precedente matrimonio fallito, dal quale era nato già un figlio, dati di fatto che uniti ad una limitata capacità finanziaria possono aver spinto la stessa a concludere l'accordo solo per contrarre il secondo matrimonio, senza un'effettiva possibilità di scelta in merito alle condizioni poco vantaggiose poste dal futuro marito. I giudici del Bundesverfassungsgericht non mettono in discussione la libertà dei coniugi di regolare autonomamente i propri rapporti patrimoniali, ma ritengono che la Corte stessa sia chiamata a porre dei limiti a questa libertà, laddove dall'accordo matrimoniale emerga una posizione di soggezione di un coniuge rispetto all'altro. In questi casi la Corte deve garantire la salvaguardia dei diritti costituzionali. In questi termini è stata dichiarata incostituzionale la sentenza del Oberlandesgerichts, cioè nella parte in cui il collegio non ha adeguatamente considerato le condizioni concrete nelle quali l'accordo specifico è stato concluso.

3. La rigidità con cui la Cassazione ha ribadito la propria posizione nei confronti degli orientamenti precedenti , nella sentenza n.8109 del 2000, non deve scoraggiare. La decisione in questione, messa a confronto con quella del Bundesverfassungsgericht, cioè

calata in un contesto giurisprudenziale di più ampio respiro, presenta dei punti di convergenza con quest'ultima: i giudici di entrambi i collegi si sono preoccupati, seppure in modo diverso, di ristabilire un equilibrio sostanziale tra le posizioni delle parti in causa. Il richiamo esplicito della Cassazione alle "posizioni rovesciate" delle parti non solo può essere elevato a dignità di ratio decidendi ma deve essere considerato positivamente, come passo avanti nella direzione dell'incentivazione dell'autonomia privata nel campo dei rapporti familiari. In questo modo la Cassazione non ha fatto altro che portare alla luce i veri timori che stavano alla base delle precedenti decisioni, soffocati da tutte quelle ragioni che confluivano poi nella "illiceità della causa". Questo atteggiamento si concilia anche con la parte della motivazione della sentenza in cui i giudici, dopo aver escluso la nullità dell'accordo, ne subordinano l'efficacia alla clausola rebus sic stantibus, effettuando una sorta di integrazione degli effetti dell'accordo, ispirata dagli artt.1339 e 1419 c.c.. Il Supremo Collegio ha così ribaltato la prospettiva dei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati (ove la clausola stessa serviva ad avallare la tesi della nullità degli accordi), fornendo alla norma di ordine pubblico che postula la possibilità di chiedere in ogni tempo la modifica delle intese raggiunte una valenza integrativa dell'efficacia degli accordi anziché interpretando la stessa come ulteriore indice di nullità. Questa interpretazione lascia intravedere uno spiraglio di apertura verso l'ampliamento dell'autonomia privata dei coniugi durante la crisi matrimoniale, perché considera esplicitamente la possibilità che eventuali squilibri tra le posizioni economiche delle parti dell'accordo privato possano essere sempre corretti attraverso l'applicazione della norma di ordine pubblico, che in tal senso funge da garanzia. Il rimprovero che può essere mosso ai giudici italiani è quello di essere caduti ancora una volta in fuorvianti generalizzazioni. In passato si è generalizzata la nullità degli accordi, ora si rischia di generalizzare l'applicabilità di un unico rimedio a quegli accordi che ancora presentano dei dubbi di validità, ingenerando il sospetto dell'arbitraria creazione giurisprudenziale di una nuova figura di nullità relativa, mai prevista dal legislatore, o - il che produrrebbe gli stessi effetti sostanziali - di una nuova categoria di contratti, validi solo se tornano a vantaggio del coniuge cui spetta l'assegno di divorzio. La Cassazione ha risolto un caso concreto, ma non ha svolto un'analisi approfondita delle condizioni soggettive delle parti. In ciò l'esperienza italiana si differenzia da quella tedesca: nella sentenza della Bundesverfassungsgericht è chiaro il passaggio dal generale al particolare, l'invito diretto agli interpreti a verificare sempre le condizioni concrete in cui è stato concluso il contratto.

4. La Corte Costituzionale tedesca non è stata l'unica ad affrontare nello specifico il problema della differenza di genere nel quadro degli accordi in vista del divorzio. La critica femminista ha allacciato il dibattito che riguarda la divisione dei beni e il mantenimento nel caso di divorzio al noto "dilemma della differenza". Quest'ultimo, in sintesi, pone l'interprete di fronte alla scelta tra due modelli di uguaglianza tra uomini e donne, quello dell'uguaglianza formale e quello dell'uguaglianza sostanziale. Il primo considera donne e uomini uguali nel senso di identici, nega l'esistenza di certe caratteristiche tipicamente femminili che considera solo come portato di tradizionali concezioni maschiliste, ed esclude che tali presunte qualità possano giustificare un particolare trattamento delle donne di fronte alla legge. Il secondo modello, invece, riconosce la differenza tra uomini e donne e prospetta l'impossibilità di raggiungere una

uguaglianza sostanziale senza questo riconoscimento. Il ragionamento ipotetico porta a concludere che effettivamente riconoscere la differenza può rafforzare dei fastidiosi stereotipi sessuali e dare vita a trattamenti discriminatori, ma ignorare completamente la differenza non crea una sostanziale uguaglianza, pertanto il dilemma implica il rischio di ricreare o svalutare la differenza, rispettivamente riconoscendola o ignorandola. Anche il problema della validità degli accordi di separazione può diventare una questione di differenza e porre l'interprete di fronte a un dilemma: favorire la scelta privata in linea con la teoria dell'uguaglianza, in quanto le donne devono essere trattate come gli uomini e i principi universali di responsabilità individuale e libertà di scelta devono essere applicati senza tener conto del sesso, oppure accogliere la teoria della differenza e negare che marito e moglie possano validamente regolare i loro rapporti, finché si trovano in una situazione di sostanziale disparità economica. Per superare il dilemma la critica femminista si è soffermata sulla scelta dell'autonomia privata e sui valori ad essa sottostanti. L'attenzione si è spostata verso la concezione liberale dell'individuo, che sta alla base della teoria dell'eguaglianza. Secondo tale concezione la famiglia è vista come una volontaria associazione tra due esseri autonomi e indipendenti. La concezione liberale della soggettività limita il riconoscimento della differenza, quindi un approccio agli accordi di separazione fondato su di essa non tiene conto della differenza. La teoria liberale della soggettività è stata sfidata dalla teoria femminista delle relazioni oggettuali, la quale servendosi dei risultati della teoria femminista della psicanalisi, ha suggerito che se è vero che esistono delle differenze tra uomini e donne è anche vero che le donne non sono tutte uguali e - per quello che qui interessa - non sono tutte dipendenti o non lo sono nello stesso grado, quindi è preferibile concentrarsi sul problema di cosa si intenda per differenza, piuttosto che sulla questione del riconoscerla o meno. In questo senso la teoria delle relazioni sociali ha recepito il messaggio della contestazione postmoderna giungendo alla conclusione che la percezione che alcune donne hanno di sé come dipendenti dagli altri può essere costruita come una differenza, senza rendere la differenza fondamentale o perdere di vista le più ampie implicazioni del rapporto di relazione. Per quanto riguarda la problematica degli accordi di separazione, ciò implica, da una parte, un ripensamento della dipendenza economica a livello di principio; dall'altra, un'analisi della dipendenza a livello strutturale che coinvolga strutture sociali più ampie della famiglia. A livello di principio la concezione relazionale del soggetto cambia il significato dell'autosufficienza economica e conduce ad una concezione di tutti gli individui come persone in qualche modo dipendenti; la dipendenza economica può essere vista come una sequenza ininterrotta e un trattamento particolare può spettare in base alla posizione occupata in questa sequenza. Un apprezzamento dell'interconnessione di relazioni che reciprocamente costituiscono la dipendenza economica, può essere riportato in termini di principi legali in una serie di modi. La traccia di un modello di dipendenza economica può (come ipotesi estrema) rendere il contratto nullo o annullabile. Essa può far nascere la presunzione confutabile che il contratto sia iniquo; può spostare l'onere della prova sulla parte che sta cercando di sostenere l'accordo, per convincere il giudice, che il contratto ha adeguatamente tenuto conto del rapporto di dipendenza, e che esso così è valido. Essa può semplicemente provocare un livello superiore di controllo da parte del giudice, nel valutare l'equità del contratto.

5. La trasposizione più approfondita dei dibattiti delle femministe sulla differenza e l'uguaglianza dei sessi all'interno del dibattito sulla validità degli accordi di divorzio è stata compiuta dalla dottrina nordamericana sia degli Stati Uniti d'America che del Canada, la quale ha potuto trarre spunto da una vasta casistica giurisprudenziale. Un'esemplificazione del dilemma della differenza può essere offerta dall'esame di una trilogia di sentenze della Corte Suprema del Canada, nota come trilogia "Pelech". In questi casi la Corte si interessava specificatamente della questione dell'esercizio appropriato della sua giurisdizione sugli accordi di separazione. Queste decisioni esprimono un orientamento generale verso la validità dei negozi familiari, ma secondo alcune giuriste americane non tengono conto in modo adeguato della differenza tra i sessi. Nel caso Pelech, era stata formulata una richiesta (alla stregua del Divorce Act del 1970) per variare un assegno di mantenimento accordato ad una donna dal marito tredici anni prima. La ricorrente aveva avuto seri problemi fisici e psicologici con il risultato di un peggioramento delle sue condizioni economiche. La Corte sostenne che l'originale somma non avrebbe dovuto essere variata. Il giudice Wilson, unica componente di sesso femminile del Collegio, scrivendo a nome della maggioranza, identifica due diversi orientamenti circa l'applicazione degli accordi di separazione. Il primo è quello della scelta privata (esemplificato dal giudice Zuber nel caso Farquar). Tale approccio enfatizza la libertà contrattuale e l'importanza delle parti nel regolare i loro rapporti durante la separazione. Secondo questo approccio la Corte dovrebbe intervenire e stravolgere un valido accordo solo in "un ristretto numero di casi". Il secondo approccio, che Wilson chiama paternalistico, è esemplificato dalla Corte d'Appello di Manitoba in Newman v. Newman, Katz v. Katz, e Ross v. Ross. Secondo questo approccio la Corte dovrebbe intervenire più spesso negli accordi e verificare se essi rispettano i principi di ragionevolezza e giustizia. La questione della giustizia pone l'attenzione sul bisogno o potenziale bisogno, di compensare le ineguaglianze basate sul sesso. Wilson, poi, identifica un approccio "di compromesso" che si concentra sul cambiamento che avviene nella vita delle due parti. Ella associa questo tipo di approccio alla decisione della Corte d'Appello di Ontario in Webb v. Webb e concorda in linea di massima con questa impostazione. Ella rifiuta l'approccio paternalistico, affermando la definitività dell'accordo di separazione ed il bisogno di rispettare gli individui che compiono delle scelte private. Comunque, diverge dall'approccio "liberista" sostenuto da Zuber, poiché la sua decisione ha il suo limite nella mancata definizione dei requisiti per individuare "un ristretto numero di casi". Wilson, allo stesso modo, rifiuta il testo di Webb e lo giudica inadeguato, in quanto il suo solo criterio è l'entità del cambiamento, ma non considera se il cambiamento è in relazione al matrimonio. Wilson conclude che la Corte dovrebbe estendere il suo sindacato, per derogare alle norme dell'accordo, ai casi in cui un ricorrente che chieda il mantenimento o un aumento dello stesso dimostri di aver subito un cambiamento derivante da una posizione di dipendenza economica contratta col matrimonio, tuttavia sostiene che lo stato di indigenza della signora Pelech non è correlabile al matrimonio e che l'accordo di separazione nel suo caso non può essere modificato. La posizione di compromesso adottata dalla Corte, nega che la compensazione di una sistematica disuguaglianza sessuale possa costituire un motivo per esercitare un potere di controllo. La decisione stabilisce che un accordo di divorzio non è una questione di uguaglianza di genere. Questa soluzione di compromesso è stata criticata. Essa esprime una regola ed una sua eccezione: la Corte ha rifiutato l'approccio

paternalistico come linea di condotta da adottare nell'applicazione degli accordi di divorzio ed ha fatto suo l'approccio "liberista" come regola, condividendo implicitamente la teoria dell'uguaglianza formale tra i coniugi. Successivamente ha creato un'eccezione alla regola della piena libertà contrattuale, stabilendo la possibilità di intervenire negli accordi in presenza di un cambiamento radicale, generato da una situazione di dipendenza economica contratta nel matrimonio. Tuttavia i giudici non hanno sviluppato alcun criterio che guidi la loro discrezionalità nell'individuare questo tipo di dipendenza economica. Il compromesso nel caso Pelech rappresenta un tentativo di conciliare i due corni del "dilemma della Differenza", ma proprio per questo ha deluso le aspettative della dottrina giuridica femminista. I giudici del caso Pelech, inoltre, non hanno considerato la dipendenza economica determinata dalle istituzioni sociali diverse dalla famiglia. L'eccezione alla regola della scelta privata non copre quelle situazioni di dipendenza che non sono ricollegabili direttamente al matrimonio; in queste situazioni, secondo la Corte, la responsabilità per le persone non autosufficienti ricade sullo Stato. La Corte non riconosce che allargare il terreno dell'assistenza pubblica serve solo a creare una nuova biforcazione del dilemma. Su questo aspetto della decisione la dottrina nordamericana si è rivelata in tutta la sua originalità creativa, proponendo un'alternativa concreta al protratto affidamento della persona dipendente sull'ex coniuge o sullo Stato. Secondo l'ipotesi, le parti potrebbero assicurarsi contro i rischi del divorzio, sottoscrivendo, all'inizio del rapporto matrimoniale, una "polizza casco". Il capitale accumulato dai premi di assicurazione andrebbe a finire dentro un fondo comune, utilizzabile per altre persone assicurate contro rischi analoghi. Un simile schema di assicurazione matrimoniale ha una serie di potenziali vantaggi. Esso può ridurre gli oneri finanziari a carico sia del coniuge economicamente autosufficiente, sia dello Stato, come pure fornisce le donne di un grado di sicurezza economica, che non è affatto garantito dall'affidamento protratto sul loro ex marito o dal trasferimento di tale affidamento sull'assistenza pubblica. Inoltre può servire sia ad accrescere che a legittimare le scelte delle donne. A differenza della decisione in Pelech, e del suo modello di autosufficienza economica, che impone alle donne di sopportare il rischio di un futuro impoverimento, derivante dalla scelta di lavorare in casa, un piano di assicurazione matrimoniale può permettere alle donne di fare questa scelta, senza correre il rischio di una dipendenza a lungo termine. Inoltre, l'assicurazione è basata sul concetto di soggettività relazionale, nel senso che implica il mettere in comune rischi e risorse, e, così facendo, implica il cercarsi l'un l'altro, come reciprocamente coinvolti e interdipendenti.

6. La questione degli accordi di separazione può essere affrontata anche da altri punti di vista, diversi da quello femminista. Un contributo essenziale all'indagine è stato fornito da alcuni esponenti della dottrina giureconomica, la quale, in estrema sintesi, ha proposto di applicare agli accordi di divorzio il concetto di "efficienza paretiana", domandandosi di ogni transazione se essa migliorerà la situazione economica di una parte, senza rendere, allo stesso tempo, peggiore quella dell'altra: se è così, lo scambio è efficiente, quindi valido. Secondo questa dottrina, una donna che, in ipotesi, ha investito le proprie energie nel lavoro domestico e che ha ricevuto in cambio una certa sicurezza economica durante il matrimonio può fare una sorta di bilancio tra i vantaggi ricevuti e i costi pagati in termini di rinunce ad opportunità di lavoro o ad avanzamenti di carriera a causa del ruolo assunto all'interno della famiglia: per questa donna un accordo è

efficiente se non migliora ma nemmeno peggiora il tenore di vita raggiunto durante il matrimonio. Ebbene, il modello di contratto (efficiente) teorizzato dagli economisti come pure la proposta di un'assicurazione matrimoniale avanzata dalle giuriste femministe rappresentano due modi concreti di valorizzare l'autonomia privata nell'area del diritto di famiglia, senza sclerotizzare le situazioni di dipendenza economica che sono riscontrabili in questo ambito. Allo stesso tempo sono il tentativo di superare il "dilemma della differenza", e con esso qualunque tipo di generalizzazione, senza abbandonare definitivamente la ricerca di un approccio metodologico .