

GLI ACCORDI FRA I CONIUGI FRA SUGGERIMENTI COMPARATIVISTICHE E DIRITTO INTERNO

Maria Rosaria Marella

SEZIONE I

1. Il problema della contrattualizzazione delle relazioni di coppia. La letteratura giuridica e la stessa giurisprudenza italiane mostrano una crescente attenzione per taluni profili di 'contrattualizzazione' delle relazioni di coppia, tanto dentro la famiglia legittima - di recente sempre più coinvolta, secondo la dottrina, in un processo di 'privatizzazione' - quanto nella famiglia c.d. di fatto. I relativi problemi ricostruttivi, tanto da noi che negli altri sistemi giuridici in cui il fenomeno è presente, ruotano essenzialmente intorno alla difficoltà di conciliare i profili di diritto comune dei contratti coinvolti con la specialità del diritto di famiglia, che a queste nuove manifestazioni dell'autonomia privata fornisce la cornice. Personalmente trovo curioso che nel grande profluvio di energie spese dalla nostra scienza giuridica al riguardo, i rapporti patrimoniali fra i coniugi continuino a essere analizzati secondo una logica che si pretende 'neutra' e che, tanto quando intende valorizzare i profili contrattuali del rapporto, tanto quando esalta il carattere familiare della relazione, procede astraendo dal genere cui i coniugi in carne e ossa appartengono, quasi che il genere, maschile e femminile degli sposi, non costituisca, proprio sul piano giuridico, la struttura ordinante del matrimonio e non sia costitutivo dei ruoli assunti dai coniugi all'interno della famiglia. In secondo luogo trovo indispensabile che un approccio proficuo al tema muova da una verifica della attuale tenuta della rigida contrapposizione fra diritto patrimoniale privato e diritto di famiglia, fra libertà contrattuale e matrimonio. A questo riguardo vanno peraltro riconosciuti gli sforzi della nostra dottrina più recente (fra gli altri FERRANDO, Il matrimonio, in Cicu-Messineo, Milano, 2002; BARGELLI, L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, in Riv.crit.dir.priv., 2001, 303; ZOPPINI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo, in Riv.dir.civ., 2002; PALMERI, Il contenuto atipico dei negozi familiari, Milano, FrancoAngeli, 2001, ma già RESCIGNO, Appunti sull'autonomia negoziale, in Persona e comunità, II, Padova, 1988, 462) volti a segnalare, pur nella varietà delle prospettive, il progressivo approssimarsi del diritto di famiglia al diritto comune e all'area del diritto dei contratti, in particolare, a partire dal diverso spazio riconosciuto dal legislatore del 1975 all'autonomia negoziale dei coniugi. Tuttavia credo sia importante ritornare sulle ragioni di fondo della contrapposizione, sullo strumentario giuridico messo in atto per marcare i contorni; come anche sui motivi di prossimità fra diritto di famiglia e mercato, ma provando a rovesciare l'itinerario, e dunque muovendo dalla valorizzazione di quelle controgole che nel diritto dei contratti promuovono l'altruismo e danno rilievo all'eventuale condizione di disparità dell'un contraente rispetto all'altro. Per queste ragioni trovo utile che l'analisi della giurisprudenza italiana sugli accordi

non omologati fra i coniugi in occasione della crisi familiare sia preceduta da una premessa metodologica. A questo scopo intendo prima illustrare brevemente come la distinzione maschile/femminile rifletta la ripartizione classica mercato/famiglia all'interno del diritto privato, costruendo il soggetto femminile come originariamente estraneo all'area del patrimoniale e del contratto, in primo luogo. Un rinvio all'esperienza americana dei domestic contracts, che ben può considerarsi emblematica al riguardo, serve in questo quadro a mostrare come un'evoluzione compiuta del diritto di famiglia nel senso dell'autonomia contrattuale metta tendenzialmente in esponente le disparità di potere sociale legato alla differenza di genere, pur dietro l'intenzionale neutralità del diritto dei contratti. Successivamente saranno ripercorse le ragioni (e i modi) della tradizionale distinzione fra famiglia e mercato, o, se si vuole, della coesistenza di pubblico e privato all'interno della famiglia stessa, per poi accennare alle ripercussioni che una maggiore compenetrazione fra diritto dei contratti e regime della famiglia può produrre in entrambi i settori.

1.1. Una questione di genere
Il diritto privato, quale corpo di regole che definiscono le strutture giuridiche del mercato, è tradizionalmente genderblind, ossia indifferente al genere dei soggetti che in esso si muovono. D'altra parte è ben noto che la costruzione di un concetto generale di capacità giuridica e la creazione di un soggetto di diritto unico e universale rappresentano tappe cruciali nel cammino che ha condotto il diritto occidentale 'dallo status al contratto'. E' perciò logico che rispetto alla strutturale astrattezza di quella nozione il sesso e il genere degli individui siano mera contingenza, priva di giuridico rilievo.

Esistono peraltro settori del diritto privato, il matrimonio, la filiazione, il diritto di famiglia più generalmente (ma anche la disciplina delle prestazioni sessuali contrarie al buon costume, quale suo contraltare), in cui il genere assume addirittura un'importanza strutturale. Più precisamente, il genere è la categoria intorno alla quale la famiglia (ma, si potrebbe dire, trasversalmente l'intero ordine sociale) è ordinata. Quest'area resta però periferica rispetto al core del diritto privato in quanto 'depatrimonializzata', tradizionalmente costruita come estranea al mercato e ai meccanismi giuridici che ne governano il funzionamento (contratto, proprietà, responsabilità), dunque priva di incidenza rispetto ai principi e alle regole del diritto comune. Per questo il privatista classico, il giurista 'tecnico' guarda spesso al diritto di famiglia con sufficienza, appassionato com'è di questioni di diritto patrimoniale privato, attinenti al diritto per antonomasia, il diritto del mercato, luogo rispetto al quale la differenza di genere è appunto misconosciuta. Rispetto al quale, per dirla in altri termini, il soggetto femminile è originariamente estraneo. Ora la recente tendenza ad ampliare i margini di operatività dell'autonomia negoziale praticamente in tutti i settori del diritto di famiglia, fino a coinvolgere la stessa filiazione, introduce un elemento, forse, di destabilizzazione, certamente di grande novità rispetto ad un sistema così ri-costruito. Ed una grande occasione di dare visibilità alla differenza di genere e alla sua incidenza sulle regole del diritto privato. È stato ad es. notato che tutti i settori della vita sociale nei quali potenzialità fisiche, psicologiche o culturali peculiarmente femminili potrebbero tradursi in un maggiore potere sociale per le donne, ossia tipicamente, relazioni sessuali e riproduzione,

corrispondono a regimi giuridici 'depatrimonializzati', quindi sottratti al mercato e alla libera disponibilità delle parti, e governati dal paternalismo legislativo [M. ALBERTSON FINEMAN, Contract, Marriage and Background Rules, in B. Bix (ed.) *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (1998), 183, 187]. Come dire che le potenzialità che connotano il genere femminile sono frustrate dal sistema giuridico che le relega nella sfera domestica o, comunque, del non-mercato. Di qui l'idea che la libera disponibilità delle risorse 'tipicamente femminili' e quindi il ricorso al contratto anche nella gestione, ad esempio, della capacità riproduttiva delle donne, della potenza materna (SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè, 199?), siano uno strumento necessario di riallocazione del potere fra i sessi nella prospettiva dell'edificazione di una società veramente paritaria. L'obiezione a questo tipo di argomento è nota: l'autodeterminazione affermata attraverso il contratto produce in questi contesti la mercificazione del corpo femminile (come anche della sua affettività - se pensiamo alle relazioni familiari), dunque lede la dignità della donna, facendone per ciò stesso un soggetto inferiore all'uomo sul piano sociale e culturale [RADIN, *Market-Inalienability*, 100 Harv. L.R. 1849 (1987)]. Tuttavia una discussione così impostata è sterile almeno per chi voglia addentrarsi nelle complesse e controverse relazioni che si intrecciano fra genere femminile e diritto dei contratti. In questa prospettiva quel che invece conta è che il soggetto femminile non sia 'tagliato' per le relazioni di mercato, che l'archetipo del contraente sia da sempre il maschio, bianco, adulto, possidente, coniugato, colui che all'idea di capacità d'agire ha fornito il calco (amplius MARELLA, *Note critiche in tema di soggettività giuridica e diversità*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998). Poiché questo archetipo non è stato 'decrittato' dalla cultura giuridica tradizionale, domina anzi la cultura del contratto, laddove forme di squilibrio economico e sociale meno pervasive e generalizzate, come quelle che caratterizzano la posizione nel mercato del consumatore, non solo ispirano discipline 'di settore', ma sono ritenute capaci di importanti riflessi sulla teoria generale. E tuttavia la sua insistenza non può essere trascurata almeno quando le tecniche del mercato sono chiamate a regolare relazioni specificamente fondate sul genere, come quella coniugale.

Secondo la critica femminista, la pervasività del modello maschile emerge in controluce attraverso tutte le concettualizzazioni proprie della retorica del mercato. Esemplificando: da un lato, il criterio stesso dell'efficienza paretiana che qualifica uno scambio come economicamente efficiente, presuppone individui portatori di interessi autonomi e di preferenze stabili, determinati a massimizzare la propria utilità individuale e capaci di comportarsi in modo razionale per il suo perseguimento. Dall'altro, il concetto giuridico di autonomia privata marca lo scambio contrattuale in duplice senso: come fatto rispetto a cui è estraneo l'intervento statale, in primo luogo, ma anche come operazione che realizza l'interesse esclusivo delle parti al di fuori di condizionamenti esterni o di interessi di cui siano portatori soggetti terzi (privity of contract). La neutralità di entrambi gli assunti rispetto al genere dei potenziali attori è stata messa in discussione da diverse prospettive [WIEGERS, *Economic Analysis of Law and 'Private Ordering': A Feminist Critique*, 42 U. Toronto L. J. 170 (1992)]: il modello dello scambio è un modello maschile e le donne sono estranee ad esso in quanto psicologicamente e/o culturalmente inclini ad osservare un comportamento

maggiormente altruistico e non esclusivamente orientato a soddisfare il proprio interesse individuale, mosso com'è da una logica di interdipendenza e relazionalità fra gli individui (GILLIGAN, In *A Different Voice*, 1982); ovvero sono a ciò indotte a motivo di condizionamenti economici, storici o sociali secolari. Numerosi sono i filoni di ricerca che si sono preoccupati di spiegare le profonde ragioni di questa distanza. Ora non è tanto importante che essa risponda ad una vera inclinazione o un reale modo di essere delle donne, di tutte le donne. Quel che conta davvero è che dalle donne ci si attenda tradizionalmente un atteggiamento di maggiore attenzione per gli interessi altrui o addirittura votato al sacrificio di sé e all'autonegazione, cioè un atteggiamento comunemente giudicato irrazionale, in contrapposizione al comportamento razionalmente indifferente verso il benessere degli altri, di norma ascritto all'uomo. Quali che siano i fattori sociali che hanno consolidato questi stereotipi (la subordinazione della donna all'interno della famiglia, la sua dipendenza economica dall'uomo, ecc.), quale che sia la loro attuale consistenza, si tratta di modelli culturali niente affatto tramontati. Al contrario largamente condivisi e inesorabilmente destinati a influenzare la qualità e il successo delle relazioni di mercato di cui siano protagoniste le donne (C. ROSE, *Bargaining and Gender*, 28 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 547). La presunta propensione femminile alla cooperazione crea l'aspettativa che una donna, perché tale, si comporti, anche in sede di contrattazione, secondo una logica difforme dalla razionalità consona al mercato e semmai più propria a quanto si ritiene debbano essere lo spirito e i bisogni della sfera domestica. E sebbene ciò non sia necessariamente in contrasto con le dinamiche dell'economia capitalistica, penalizza la presenza femminile sul mercato rispetto ad un antagonista (maschile e) razionale e ad un contesto 'non-cooperativo' [infatti la propensione alla cooperazione in sé favorisce la conclusione di accordi produttivi di profitto. Il problema è poi capire come questo profitto sarà ripartito fra due contraenti con diversa propensione alla cooperazione: cfr. C. ROSE, *Women and Property: Gaining and Losing Ground*, 78 *Va. L. Rev.* 421 (1992)],.

In questo senso i modelli dominanti che sono ricollegati all'appartenenza al genere sembrano marcare le istituzioni giuridiche di rispettiva 'competenza':

Femminile
Matrimonio
Famiglia

Maschile
Patrimonio
Mercato

1.2. (Continua:) Private ordering of the family e identità femminile nell'esperienza nordamericana.

La questione più urgente che questa marginalizzazione pone è come l'approccio più consueto può recepire e razionalizzare la crescente spinta alla c.d. contrattualizzazione delle relazioni familiari, dove il diritto dei contratti irrompe su una scena fortemente caratterizzata dalla differenza di genere, dai ruoli (e stereotipi) sociali ad essa legati. Rispetto al problema della validità degli accordi preventivamente stipulati dai coniugi

in vista del divorzio, la nostra giurisprudenza ancora ostenta, ad esempio, un'impeccabile genderblindness, parlando asetticamente di compromissione del diritto di difesa, di atto di disposizione (come tale nullo) dello status di coniuge, e solo di recente affrontando apertamente la questione della frequente disparità di condizioni sociali fra i coniugi (Cass., 8109/2000), generata - ma così lontano la Cassazione non è giunta - dalla diversificazione dei ruoli all'interno della famiglia e, corrispondentemente, nel mercato. Questo settore, così come quello degli accordi di convivenza, esemplarmente testimonia di come l'esclusione dal mercato delle relazioni in cui il femminile assume rilievo e contorni suoi propri (con altrettanto proprie conseguenze giuridiche) si tramuti nell'impermeabilità alla differenza di genere non appena l'autonomia contrattuale riesca a farsi largo. L'evoluzione del diritto nordamericano in questo campo bene esemplifica tale passaggio. Consideriamo sinteticamente la vicenda dei cohabitation contracts. Questi accordi sono stati a lungo ritenuti invalidi dalle corti di tutti gli stati americani, sulla base dell'impronta meretricious dello scambio ad essi sotteso: si riteneva in sostanza che ogni accordo che prevedesse l'impegno del disponente al mantenimento o al trasferimento di un qualche cespite in favore della convivente fosse fatto in cambio delle di lei prestazioni sessuali. Questo fino a quando la Corte Suprema della California, in *Marvin v. Marvin* [18 Cal.3d 660, 134 Cal.Rptr. 815, 557 P.2d 106 (1976)] ribalta la prospettiva da cui tali convenzioni erano state sino ad allora considerate [su cui più ampiamente MARELLA, *il diritto di famiglia fra status e contratto*. Il caso degli accordi di convivenza, in GRILLINI E MARELLA (curr.), *Stare insieme. i regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, Jovene, 2001, 3 ss., 32 ss.]. In *Marvin* viene infatti affermato che gli accordi fra conviventi sono contratti come tutti gli altri, in nulla differenti da un comune contratto commerciale, come tali validi e vincolanti. D'un colpo il condizionamento del femminile, che sul contratto aveva gettato addirittura l'ombra della prostituzione, è cancellato per lasciare posto all'icona della neutralità e della parità formale fra i contraenti. A ben guardare, si scopre poi che l'operazione compiuta dalla Corte Suprema della California è sottilmente permeata dalla consapevolezza della specificità dei ruoli che la differenza di genere comporta pur all'interno di un menage non fondato sul matrimonio. Sebbene infatti la convivente di *Marvin* non possa esibire alcun documento che provi l'accordo intercorso fra i due, la rinuncia della donna alla propria carriera di showgirl per dedicarsi alla vita in comune, il lavoro prestato nell'ambito domestico, sono ritenuti dai giudici il segno di un accordo implicito fra i partner, secondo lo schema dell'*implied-in-fact contract*. La via contrattuale è sostanzialmente piegata all'esigenza di trovare una soluzione equa in favore di un soggetto giudicato socialmente più debole. Non a caso *Marvin* fu da molti commentatori salutato come l'inizio di una nuova stagione di paternalismo statale. Di sicuro il principio di diritto e la ratio decidendi della decisione vanno in due direzioni divergenti riproducendo i due corni di un dilemma che il femminismo giuridico ha battezzato come il dilemma della differenza. Da una parte l'affermazione dell'uguaglianza formale fra i contraenti, che conferisce pari dignità ai soggetti coinvolti, ma lascia inalterate le condizioni di disuguaglianza sociale. Dall'altra la ricerca di una soluzione che tuteli il soggetto più debole perché tale, in ciò perpetuando lo stigma sociale dell'inferiorità di un genere all'altro.

Nel femminismo giuridico il dilemma traduce due diversi modi di valutare il rapporto fra soggetto femminile e contratto/mercato. Da un lato la tendenza a vedere il ricorso al contratto come empowering, come strumento per conferire alle donne un maggior potere nel fissare le condizioni della relazione con l'altro sesso. Tipica l'enfasi posta sulla libertà della donna di disporre contrattualmente della propria capacità riproduttiva (SHALEV, op.cit., passim). Dall'altro la consapevolezza che una condizione sociale di inferiorità o, quanto meno, di maggiore vulnerabilità, non sia colmata dalla possibilità di negoziare, ma semmai sia da essa acuita, come sembra accadere alle donne divorziate per effetto della diffusione dei prenuptial agreements in America [BROD, Premarital Agreements and Gender Justice, 6 Yale J.L. & Feminism 229 (1994)]. Anche in questo settore delle relazioni familiari, il passaggio dalla indisponibilità dei diritti connessi allo status di coniuge all'affermazione della piena libertà contrattuale passa attraverso il disconoscimento dei condizionamenti sociali ed economici legati alla differenza di genere. Per tutta una prima fase, gli accordi stipulati dai coniugi per regolare le conseguenze economiche del divorzio sono stati considerati contrari alla public policy e quindi invalidi in quanto tali da incoraggiare ed indurre i coniugi stessi a divorziare. Alla base di questo orientamento era l'idea che fosse preciso interesse dello stato proteggere la stabilità della famiglia, interesse a cui esplicitamente si legavano considerazioni di carattere economico, e cioè il timore che il riconoscimento della validità di accordi volti a disconoscere la contitolarità della proprietà coniugale in capo alla moglie o addirittura il suo diritto al mantenimento a seguito del divorzio, avesse infine l'esito di creare una schiera di donne prive di mezzi di sostentamento e sostanzialmente a carico dei programmi di previdenza statuali. Il mutamento di giurisprudenza avviene all'insegna della celebrazione dell'emancipazione femminile: in *Simeone v. Simeone* la Corte Suprema della Pennsylvania espressamente afferma che gli innegabili progressi nella condizione sociale della donna, la raggiunta indipendenza e l'attuale parità di opportunità rispetto all'uomo rendono ogni limite alla libertà contrattuale nel campo delle relazioni coniugali del tutto anacronistico, almeno con riguardo alle questioni di carattere patrimoniale. Il ragionamento della corte prelude all'accoglimento di una logica contrattuale informata alla astratta parità di condizioni fra i contraenti. Nel tempo anzi la vecchia tesi della nullità degli accordi in quanto idonei ad indurre i coniugi al divorzio subisce un completo ribaltamento: molte corti asseriscono ora che la certezza nella validità dell'accordo prematrimoniale è quanto garantisce la buona riuscita e la durata di un matrimonio. Il che, oltre a ricordare la vecchia massima "patti chiari, amicizia lunga", presuppone un pari peso dei partner nel determinare il contenuto dell'accordo ed un'eguale soddisfazione per il suo tenore complessivo. Sulla preoccupazione delle corti per l'altissima percentuale di divorzi pronunciati ogni anno negli Stati Uniti si innesta un motivo classico del liberismo: la fiducia in un regime che privilegia le scelte individuali, operate attraverso l'esercizio della libertà contrattuale, piuttosto che le decisioni collettive affidate al legislatore, è alimentata dalla convinzione che esso sia maggiormente in grado di rivelare le preferenze dei soggetti. E poiché le preferenze individuali non sono immediatamente rilevabili, si presume che quando le parti di un contratto addivengono volontariamente allo scambio, lo facciano nella convinzione di massimizzare la propria utilità. Per questo motivo, un accordo fra i coniugi, se efficiente, sarebbe sempre preferibile al regime legale, perché le parti sono meglio in grado del legislatore di definire qual è il

loro interesse e di realizzarlo. Senonché la questione del bargaining power nelle relazioni di coppia è questione spinosa e non la si risolve richiamando l'accesso delle donne al mercato del lavoro come indice della raggiunta parità all'interno della famiglia. In realtà la forza contrattuale delle donne nei rapporti coniugali è normalmente e tendenzialmente minore, perché minore è il loro potere contrattuale sul mercato. E il loro potere contrattuale sul mercato è fortemente condizionato dalla ripartizione diseguale delle risorse endofamiliari fra i generi. Ma la mera adesione ad una retorica di mercato di taglio classico tende a mascherare tutto questo. Già una tendenza diffusa a ricostruire storicamente il matrimonio come uno scambio, in cui la donna cede l'accesso al proprio corpo, la propria capacità riproduttiva, i propri servizi domestici in cambio di mantenimento e protezione da parte dell'uomo, condiziona la valutazione dei ruoli assunti dai coniugi all'interno della famiglia e propone la condizione femminile nei suoi esiti come frutto di una negoziazione, ciò che è stato 'bargained for' (WIEGERS, cit.). In questa cornice, e nella misura in cui il consenso si definisce in termini di razionalità e libera scelta, gli accordi fra i coniugi evocano l'immagine della libertà contrattuale come strumento principe di autodeterminazione per uomini e donne, e gli effetti del suo esercizio sono considerati in sé 'buoni', in quanto voluti, scelti, desiderati da entrambi i contraenti, quali che siano le condizioni economiche e sociali che direttamente o indirettamente condizionano quella scelta. Tuttavia, se nella logica del mercato è vero che gli individui, considerati come aggregato, sono resi 'better off' dalla contrattazione, è altrettanto vero che ce ne sono alcuni che risultano 'più better off' di altri (C. ROSE, Bargaining and Gender, cit.). La 'propensione alla cooperazione' diffusamente attribuita alle donne comporta ad es. che l'eventuale controparte contrattuale, sulla base di questo presupposto, esternalizzi sul partner femminile i costi del mantenimento in vita del rapporto contrattuale, ossia le faccia 'pagare' la sua maggiore attenzione per il buon andamento della comune relazione d'affari, con la conseguenza che il profitto prodotto dalla transazione risulterà infine non equamente distribuito fra i contraenti. Ed è abbastanza normale che questa stessa dinamica si replichi nel momento in cui moglie e marito negoziano intorno al loro futuro divorzio. Inoltre, se è alquanto scontato che nella relazione familiare, cioè in un contesto apparentemente distinto dai rapporti di mercato, l'uomo si approfitti dello spirito 'cooperativo' e solidale della moglie o compagna per scaricarle addosso una buona parte delle fatiche del menage comune, è meno seriamente considerato che questo finisca col pesare sulla 'valutazione' cui una donna va incontro sul mercato del lavoro. Col risultato di essere impiegata con maggiore difficoltà e con minori aspettative di carriera e di retribuzione. Parimenti si profila più difficile l'accesso di una donna al credito: stante il quadro qui delineato, è normale che una donna che voglia intraprendere un'attività imprenditoriale o commerciale e così gettare le basi della propria indipendenza economica, incontri una maggiore diffidenza da parte delle banche, diffidenza cui corrispondono porte chiuse o, nella migliore delle ipotesi, condizioni di credito peggiori e tassi d'interesse più elevati. Se gli esiti delle relazioni di mercato per le donne sono complessivamente meno fortunati rispetto allo standard maschile, il risultato più evidente e grave può essere una minore propensione della famiglia a investire nell'educazione delle figlie femmine, ciò che impedirà loro di essere sufficientemente 'appetibili' sul mercato del lavoro,

rendendole complessivamente meno dotate di potere contrattuale, sul mercato come nella famiglia. E questo in accordo con un elementare principio della bargain theory secondo cui la capacità di negoziazione di un individuo in un dato contesto è fortemente condizionata dalle bontà delle alternative di cui gode al di fuori di quel contesto [per un'applicazione del principio ai prenuptial agreements in relazione alle influenze provenienti sia dal mercato del lavoro che dal 'mercato' del matrimonio, cfr. A.L.WAX, Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage? 84 Va. L. Rev., 509 (1998)]. In sostanza, la sola convinzione che le donne siano 'più' propense a cooperare è in grado di peggiorare la loro condizione di partenza secondo un tipico effetto-domino, che non conosce distinzioni fra sfera domestica e sfera esterna. Perciò la contrattualizzazione del regime della famiglia non può di per sé essere considerata un momento di svolta nella costruzione di un modello egualitario di famiglia, almeno nel senso che non è da sola sufficiente ad operare un mutamento sociale così profondo.

Ma torniamo alla vicenda americana. Per una certa fase i proclami à la Simeone non hanno impedito alle corti di considerare la particolarità della contrattazione all'interno delle relazioni di coppia e di dare rilievo ad eventuali condizioni di vulnerabilità, tanto economica che emotiva, di un coniuge nei confronti dell'altro. In particolare, le corti hanno messo a punto un test di fairness, sia procedurale che sostanziale, dell'accordo prima di decretarne senz'altro la validità.... Inevitabilmente, quando il controllo giudiziale si appunta sul momento della formazione del consenso e tocca la volontà di contrattare come espressione della scelta razionale propria dell'homo oeconomicus, protagonista delle relazioni di mercato, la differenziazione dei ruoli sociali nella relazione matrimoniale, la disparità di bargaining power fra gli sposi vengono a galla e filtrano pur attraverso lo strumentario del diritto comune dei contratti, condizionando la validità dell'accordo. Proprio la tendenza delle corti a portare in esponente, ove ricorrente, la fragilità del coniuge di sesso femminile nella sua veste di contraente, provoca infine un riassetto dell'intera materia intorno all'asse portante dell'uguaglianza formale delle parti del contratto. Nel 1985 vede la luce lo Uniform Premarital Agreement Act (d'ora in poi UPAA) che fissa i requisiti della validità degli accordi rielaborando in senso ampiamente restrittivo i casi di unconscionability fino ad allora individuati dal case law. La giustificazione di fondo è quella dianzi illustrata, corrispondente alla convinzione che la stabilità del matrimonio sia largamente affidata alla fiducia nella validità degli accordi intercorsi fra i coniugi. L'UPAA viene accolto integralmente in molti stati della nazione, in 21 per l'esattezza, ma gioca complessivamente un'influenza ben più ampia sui diritti statuali: basti pensare che attualmente in 41 stati dell'Unione le corti non applicano più i tradizionali limiti imposti dal common law ai marital support waivers, ossia alle clausole che prevedono la rinuncia da parte della moglie ad ogni forma di mantenimento successivo al divorzio. Con lo UPAA trionfa insomma l'idea che non vi siano impedimenti sociali o economici di sorta a fare di una moglie un 'buon contraente', perfettamente in linea con le doti di razionalità richieste all'homo oeconomicus. Non per nulla esso rilancia la mistica del consenso e della volontà come giustificazione principe della vincolatività del contratto, forma giuridica dell'ideale della rational choice, allo stesso tempo

marginalizzando quegli equitable interests, versione overseas della continentale buona fede oggettiva, che hanno segnato sino ad ora i più recenti sviluppi del diritto dei contratti. Ed infatti le disposizioni dello UPAA elidono la seconda delle due anime della dottrina dell'unconscionability, ossia il controllo sulla ragionevolezza delle previsioni contrattuali. Alla stregua dello UPAA, non si dà controllo nel merito del contratto che non sia giustificato da un perturbamento nella formazione della volontà del coniuge contraente, cosicché tutto ciò che è frutto di consapevolezza equivale ad una scelta razionale che vincola colui o colei che la compie a prescindere dal concreto tenore della contrattazione, addossandogli o -le i rischi che è 'fisiologico' correre quando si è sul mercato. Ancora una volta il rilievo assoluto assunto dalla logica dell'uguaglianza formale dei partners contrattuali bene corrisponde allo scenario delineato dal 'dilemma della differenza': l'enfaticizzazione dell'astratta parità di condizioni fra i contraenti, giustificata in questo caso dai mutamenti sociali prodotti dall'emancipazione della donna, inevitabilmente produce l'effetto di sclerotizzare le disparità di fondo, laddove - si capisce - esistano. Dunque di rendere le donne in concreto sempre più distanti dal modello dell'individuo che razionalmente compie le sue scelte nel mercato. Ma c'è di più. In un settore della contrattualistica tendenzialmente 'neutro' (rispetto al genere) ed economicamente più ampio e rilevante come quello delimitato dallo Uniform Commercial Code, la parità formale fra i contraenti non è il fulcro della disciplina e la dottrina dell'unconscionability spiega largamente la sua influenza [BIX B., Bargaining in the Shadow of Love: the Enforcement of Premarital Agreements and how we think about Marriage, 40 Wm and Mary L. Rev. 145 (1998)]. Con l'effetto, paradossale, di rendere i valori di equità e di fairness reciproca più rilevanti nelle relazioni di mercato, e quindi nei rapporti che si stringono fra estranei, che nelle relazioni familiari, quando la libertà contrattuale trova espressione negli accordi stipulati fra coniugi. Il che riconfigura la dicotomia famiglia/mercato in termini esattamente opposti rispetto al quadro tradizionale, che vede il regime giuridico della comunità familiare ispirato alla solidarietà e all'altruismo e il diritto dei contratti retto dall'individualismo e dalla competizione. Va peraltro sottolineato che la tendenza inaugurata dallo UPAA va consolidandosi. Sempre meno di frequente le corti statunitensi intervengono nel merito di quegli accordi che prevedono la rinuncia dei coniugi al mantenimento successivo al divorzio (lo UPAA considera valido questo genere di accordi salvo quando rendano il coniuge rinunciatario indigente a tal punto da dover gravare sull'assistenza pubblica). In California, stato che non ha accolto integralmente lo UPAA, escludendo dallo statutory law proprio la disposizione riguardante i marital support waivers (§ 3 a-4), la Corte Suprema è intervenuta a sostegno della piena validità di tali accordi, affermando la loro compatibilità con la public policy sulla base della mutata considerazione che il sistema giuridico del 21° secolo riserva all'essenza del matrimonio, alla sua durata e al suo scioglimento e sottolineando, sotto il primo profilo, in particolare, come si sia passati da un'idea del matrimonio come fonte per le donne di un entitlement ad essere mantenute a vita, ad una concezione meramente temporanea di ciò che in Italia si definisce 'solidarietà postconiugale', alla luce della quale il mantenimento successivo al divorzio deve essere garantito solo fintanto che il coniuge più debole non abbia guadagnato la propria indipendenza economica [in re Marriage of Pendleton, Super Ct.

S070018 (2000)]. Anche in questo caso, in sostanza, la libertà contrattuale all'interno del matrimonio è difesa e sostenuta in virtù di motivazioni volutamente impermeabili a quella differenziazione dei ruoli che ancora diffusamente permea la relazione coniugale, come in parte chiarisce la stessa dissenting opinion, facendo delle mogli dei soggetti tendenzialmente più esposti al rischio di impoverire a seguito del divorzio.

1.3. Accordi e regime patrimoniale primario. Appunti per una comparazione. Lo stato della disciplina degli accordi in vista del divorzio negli Stati Uniti evidenzia nel complesso una forte affermazione della libertà contrattuale quale quintessenza del 'diritto degli eguali'. Quest'impostazione, come poi si dirà, non è esente da critiche da parte della stessa dottrina americana, auspice non tanto di una correzione dell'attuale regime giuridico della famiglia in senso paternalista, quanto di un suo adeguamento alle tendenze più recenti del diritto dei contratti. Preliminarmente va però osservato che il dibattito sviluppatosi oltreoceano, di cui si è qui dato un breve resoconto, riguarda essenzialmente gli accordi stipulati dai futuri sposi prima del matrimonio, quando non sono ancora noti l'andamento che il menage familiare assumerà e le risorse che ciascuno dei coniugi profonderà nella vita comune, né, tanto meno, quanto ciascuno dei due coniugi sarà economicamente vulnerabile rispetto al divorzio. Questo spiega perché le cautele che ancora circondano la validità di questi accordi riguardino prevalentemente la formazione del consenso, tanto con riguardo ad eventuali errori o difetti di informazione (eventualmente occultate dalla controparte) sulla effettiva consistenza del patrimonio dello sposo, quanto in relazione alla presenza di possibili motivi di coazione alla sottoscrizione dell'accordo stesso (es. pressante coinvolgimento emotivo dato dall'innamoramento, paura di perdere l'amato e la possibilità di sposare di fronte ad una gravidanza in corso o, addirittura, minaccia di non concludere più le nozze a poche ore dalla celebrazione del matrimonio). Ora, sebbene la casistica italiana è, come vedremo fra poco, distante dalla tipologia del prenuptial agreement, questa è la prospettiva che va prefigurandosi anche per noi una volta che l'orientamento della Cassazione dovesse mutare, cosa che sta peraltro lentamente avvenendo (v. Cass., 8109/2000, *infra*). Già in Germania, dove lo spazio riservato alla libertà contrattuale in questo settore è notevolmente più ampio, tal genere d'accordi è molto diffuso, come anche si evince dal caso oggetto di una recente e importante decisione del Bundesverfassungsgericht, cui si farà in seguito riferimento (*infra*, § 2.4).

Ma in una mutata prospettiva, che è quanto parte della nostra dottrina auspica da qualche tempo (BARGELLI, L'autonomia privata nella famiglia legittima, *cit.*; FERRANDO, OBERTO, ZOPPINI, Tentativo di inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia: il contratto di convivenza, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2001, 335), un altro profilo delle relazioni 'negoziali' fra i coniugi, molto evidente nel sistema nordamericano, sottaciuto da noi, finisce col rivelare aspetti più problematici di quanto non sia finora apparso. Faccio riferimento al momento della scelta del regime patrimoniale, comunione, separazione dei beni, o altro, che, conglobato com'è attualmente nel regime legale del matrimonio-rapporto, non desta alcuna particolare preoccupazione negli interpreti - non problemi di libertà del consenso, non problemi di equità sostanziale con riguardo agli effetti della convenzione - formalmente in quanto parte integrante del diritto di famiglia come diritto speciale, e dunque in perfetta armonia coi

suoi principi informatori di solidarietà, altruismo, ecc.; sostanzialmente in quanto l'asserita nullità degli accordi contenenti rinuncia o riduzione del diritto al mantenimento, costantemente ribadita dalla Cassazione, comunque fa dell'assegno divorzile un baluardo rispetto ad una scelta, quella della separazione dei beni, eventualmente fatta in danno al coniuge economicamente più debole. Negli Stati Uniti, invece, i premarital agreements sono egualmente volti a derogare tanto al dovere di mantenimento quanto al regime di divisione dei beni acquistati durante il matrimonio che secondo il common law scattano al momento del divorzio. Va anzi detto che i profili di fairness procedurale o di turbamento nella formazione del consenso sono ritenuti più pressanti negli accordi riguardanti la divisione della marital property che negli altri. L'esperienza americana testimonia di come l'apertura alla contrattualizzazione delle relazioni fra i coniugi coinvolga l'intero regime patrimoniale, senza possibilità di differenziare diritto comune dei contratti e specialità del diritto di famiglia, mercato e sfera domestica.

1.4. L'isola che non c'è. La specialità del diritto di famiglia e i valori in gioco. Come si è dianzi notato, l'approccio del giurista tradizionale è indifferente alla differenza di genere, pur quando essa si presenta come un dato strutturale, com'è nel caso degli accordi fra i coniugi. Ma, come si è pure accennato, esso è per contro sensibile alle specificità che il diritto di famiglia presenta rispetto al diritto patrimoniale privato. Ed è esattamente da questo angolo visuale che gli accordi stipulati dai coniugi in vista del divorzio sono riguardati nel dibattito che si è svolto in questi anni in Italia. Il *proprium* e la problematicità di tali convenzioni non è tanto identificata nella particolarità della situazione in cui le parti addivengono al contratto, al coinvolgimento emotivo ed affettivo che può turbare la volontà dei contraenti, quanto nella sostanziale indisponibilità del complesso di situazioni giuridiche che fanno capo allo status coniugale, nella tendenziale inderogabilità del regime giuridico della famiglia. E ciò in quanto la famiglia è retta, e non può che essere retta, dalla solidarietà reciproca dei suoi membri ed il suo regime giuridico necessariamente deve tendere alla realizzazione di quel valore. Questa la ragione di fondo per cui l'autonomia privata all'interno della famiglia, ove ammessa, non può che esercitarsi entro precisi limiti e secondo un suo speciale statuto (BARGELLI E BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, Enc.dir. Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 438) e non deve mai confondersi col diritto comune dei contratti, luogo della competizione e dell'individualismo.

Strettamente correlato all'idea della contrapposizione fra valori di solidarietà e altruismo e logica del mercato è l'argomento dell'intreccio di pubblico e privato all'interno del regime giuridico della famiglia. Intreccio che tenderebbe oggi ad assestarsi verso un equilibrio - o un compromesso - in cui la componente privatistica che si manifesta attraverso lo spazio accordato alla libertà negoziale dei coniugi, prevarrebbe rispetto ad un'impostazione pubblicistica delle relazioni familiari (cfr. le notazioni di ALPA E FERRANDO, *Se siano efficaci - in assenza di omologazione - gli accordi tra coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, 505 ss.). Storicamente, come tutti sanno, il richiamo al carattere originariamente privatistico del

regime della famiglia non è semplicemente equivalso a reclamarne l'appartenenza ad una delle tradizionali partizioni del diritto statale, ma ha invece espresso, da una parte, il rifiuto per una visione autoritaria della famiglia e, dall'altra, la tendenza ad assimilare l'inclusione a pieno titolo nel diritto privato ad una sottrazione dell'istituzione famiglia dall'ingerenza statale, ovvero dall'intervento del diritto stesso. Secondo un'accezione che il termine privato di regola non assume quando riferito alle relazioni di mercato. O meglio assume solo ove esso venga univocamente fatto coincidere con una concezione liberista del mercato (*laissez faire*). E infatti la civilistica italiana, per fare un esempio noto, è passata da un'accezione di famiglia quale cellula primaria della nazione (CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, Riv.dir.civ., 1939, 3, e ID., *Principi generali del diritto di famiglia*, Riv.trim.dir.proc.civ. 1955, 1), alla suggestione di una comunità familiare 'intimista', "isola che il mare del diritto può solo lambire" (JEMOLO). Ma il trascorrere da un approccio culturale nettamente pubblicistico ad una concezione, più che privatistica, privata della famiglia, secondo un percorso che segna uno spostamento di centottanta gradi nel quadro dell'ordinamento giuridico, non ha seriamente scalfito l'idea che la famiglia persegua, ed abbia a perseguire, la solidarietà e non l'interesse egoistico degli individui che la compongono. Non a caso anche attualmente la disciplina dell'assegno divorzile si assume ispirata all'idea della 'solidarietà postconiugale'. Una prima notazione merita allora di essere fatta. Nel corso di un settantennio il sistema giuridico (italiano, in questo caso, ma l'itinerario è rintracciabile anche altrove) ha tentato di promuovere il valore della solidarietà familiare e, con esso, la specialità del diritto di famiglia, secondo strategie eterogenee, talora opposte, del tutto incoerenti fra loro. E comunque riproducendo, tanto nell'alveo di una concezione privatistica della famiglia, quanto all'interno di un'impostazione statalista, la tradizionale dicotomia famiglia/mercato. Tutt'oggi il dibattito sulla validità degli accordi fra i coniugi risente di quest'impostazione dicotomica secondo cui a) la famiglia è incomparabile con il mercato perché è sostenuta da valori diversi (come detto: solidarietà v. individualismo), per cui l'apertura alla libertà contrattuale viene quasi automaticamente fatta coincidere con un attentato ai valori dell'altruismo e della solidarietà coniugali. In questo senso la contrapposizione all'area del mercato è tuttora garantita dall'impronta paternalistica della disciplina. Esemplificando, ancora in diretto riferimento al sistema italiano: dallo strumento dell'indisponibilità degli status, che è quanto consente la preservazione del valore della solidarietà coniugale anche in sede di negoziazione sulle conseguenze patrimoniali del divorzio. Ovvero dalla definizione di un'area speciale di negozialità, quella delle convenzioni matrimoniali, che per il fatto di esibire una disciplina propria, diversa da quella contrattuale e presidiata da norme inderogabili, consente l'espressione dell'autonomia privata degli sposi, ma si sottrae alla sfera del mercato per essere ispirata alla solidarietà, non alla logica dello scambio, in ciò ribadendo la peculiarità del diritto di famiglia rispetto al diritto comune. B) Viceversa la retorica del mercato (meno pubblico, più privato) trasposta nell'orbita della famiglia equivale più che altrove a frontiera di libertà, di modernità, forse di democraticità, sicuramente di autodeterminazione della persona, contro un regime legale che già di per sé, in quanto fonte di regolamentazione eteronoma, è avvertito come il retaggio di una visione pubblicistica e autoritaria della famiglia, ormai tramontata.

Ora, la fondatezza della contrapposizione fra famiglia e mercato, così come della dinamica diritto pubblico/diritto privato, Stato v. autonomia, all'interno dei due termini della dicotomia, è attaccabile da vari punti di vista. Sul piano della pretesa inconciliabilità dei valori che rispettivamente sorreggono famiglia e mercato, innanzitutto. Una prospettiva antagonista a quella dominante si incarica di mettere in evidenza il lato oscuro della sfera domestica e delle relazioni familiari. Invero, si osserva, il regime giuridico della famiglia contiene proprio al suo interno quei valori di egoismo individualista e competizione che implicitamente si propone di contenere e combattere: come l'analisi marxista del diritto e il pensiero femminista radicale hanno sottolineato, la famiglia non è un'oasi che si sottrae alla logica dello scambio e della commercializzazione dei valori ma è una delle sue fonti (D.RHODE, *Justice and Gender*, Harvard University Press, 1989, p. 133 ss.). Le strutture della famiglia tradizionale favoriscono il consumismo egocentrico, sostengono, anziché contrastare, la ricerca del benessere per una cerchia assai ristretta di individui a scapito degli interessi della comunità allargata. Cosicché il paradigma comunitario, formalmente alla base dell'istituzione famiglia, risulta in realtà percorso proprio da quei motivi (individualismo ed egoismo) che dovrebbero riguardare esclusivamente le relazioni di mercato. L'analisi decostruttiva si propone quindi di mostrare l'infondatezza della contrapposizione famiglia/mercato, al fine di smentire che il diritto di famiglia è interamente informato alla solidarietà e all'altruismo, mentre il diritto dei contratti è totalmente dominato dalla logica individualista. Il dibattito sollevato negli Stati Uniti dall'introduzione dello UPAA ha messo chiaramente in evidenza la presenza di una tensione fra solidarietà e individualismo all'interno del diritto dei contratti e non nella contrapposizione fra famiglia e mercato, mostrando come la scelta cruciale in tema di accordi fra coniugi non risieda nell'alternativa fra paternalismo legislativo e libertà contrattuale, ma si ponga piuttosto fra diversi modelli di riferimento all'interno della teoria del contratto. Ed allora la dissoluzione dell'opposizione criticata si ottiene proprio dimostrando che tanto il diritto di famiglia quanto il diritto dei contratti contengono al proprio interno espressioni di individualismo e motivi di solidarietà e che quest'ambivalenza si ritrova nel rapporto con l'interesse e/o l'ingerenza pubblica, che non può dirsi sempre pervasiva nell'un settore (famiglia intesa come istituzione, status), necessariamente marginale nell'altro (libertà contrattuale). In realtà il quadro di un mercato basato sull'egoismo, di una famiglia fondata sull'altruismo non è credibile. Mercato e famiglia sono sempre state istituzioni interdipendenti nella costruzione dei ruoli sociali attribuiti ai sessi. E d'altra parte non sono pochi i tentativi, vicino a noi quello del fascismo, di costruire le relazioni di mercato come strumenti di cooperazione e non di competizione fra le parti secondo il modello comunemente ascritto alle relazioni familiari. (Cfr. A. SOMMA, *Il diritto fascista dei contratti: raffronti con il modello nazionalsocialista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000; di recente una riscoperta del modello 'cooperativo' nel contratto si deve alla teoria del Social Contract Law, su cui v. da noi ancora A. SOMMA, *Il diritto privato liberista*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2001). Con riferimento al tema degli accordi fra i coniugi, l'idea di preservare i valori della famiglia erigendo un regime giuridico che isoli le manifestazioni 'consentite' dell'autonomia privata dal diritto comune dei contratti trascura di considerare che lo

spirito di cooperazione e la vocazione relazionale che dovrebbero pervadere le relazioni familiari in contrapposizione all'individualismo del mercato non sono restati estranei allo sviluppo del capitalismo, né tanto meno, alla teoria del contratto. E, d'altra parte, l'enfasi spesso posta sulla centralità degli status nel diritto di famiglia non può cancellare il fatto che la negoziazione intorno alla titolarità dei diritti, degli entitlements, pervade entrambe le sfere, seppure, forse, con una diversa visibilità, e gioca all'interno di entrambe secondo il meccanismo di osmosi che si è illustrato (supra, § 1.2), così da essere cruciale rispetto alla costruzione complessiva dei ruoli sociali degli individui.

Analogamente, la contrapposizione fra famiglia e mercato non può giocarsi sulla base del diverso spazio che l'intervento dello Stato, ossia la componente pubblicistica dell'ordinamento, avrebbe all'interno di ciascun settore. La contiguità fra famiglia e mercato anche sotto questo profilo è stata efficacemente spiegata utilizzando quegli stessi argomenti che i realisti americani avevano usato negli anni '30 del secolo scorso per criticare la mistica della libertà contrattuale [OLSEN F., *The Family and the Market. A Study of Ideology and Legal Reform*, 96 Harv. L.Rev 1497 (1983)]. Nel muovere dal modello dello status, struttura giuridica fondante del periodo feudale, tanto il mercato che la famiglia seguono infatti le stesse tappe, non già percorsi divergenti. È semmai vero che la famiglia evolve più lentamente, ma, nel modificarsi fino ad assumere la fisionomia che le è propria nel diritto moderno, segue il modello del mercato: nel XIX sec. l'uguaglianza formale fra i soggetti propria delle relazioni del mercato e la politica di laissez faire dello stato nei confronti degli scambi sono visti come modello verso cui la famiglia deve tendere, superando le disuguaglianze e l'ordine gerarchico vigenti al suo interno. Nella nostra cultura giuridica quest'idea si traduce nell'aspirazione alla non giuridificazione della sfera domestica, lasciando, secondo la fortunata formula di Jemolo, che il diritto si limiti a lambire la famiglia, come fosse un'isola al suo interno. Ed è un'aspirazione che permane come motivo costante in letteratura, suggerendo altresì l'idea - qui coniugata alla concezione del diritto di famiglia come diritto di serie B, proprio perché diverso dal diritto patrimoniale privato - che il diritto di famiglia sia concepibile come tale solo in quanto disciplina della patologia delle relazioni domestiche (NICOLÒ); e che riemerge oggi con nuova vitalità ove si sostiene la centralità dell'autonomia negoziale dei coniugi e la necessità di un riconoscimento ancor più ampio nell'economia complessiva del diritto di famiglia.

In una fase storica successiva, in epoca di welfare state, gli interventi pubblici correttivi del mercato e l'affermazione dell'uguaglianza sostanziale sono il paradigma moderno cui conformare una famiglia già posta al riparo dalle interferenze statuali e quindi in balia delle disparità di potere esistenti fra i sessi (questo essendo il senso vero dell'affermazione di Jemolo). È questo il modello in qualche misura ancora presente nella riforma italiana del '75, in cui la parità fra i coniugi, accanto alla realizzazione dei valori di solidarietà e altruismo nei rapporti familiari, sono comunque garantiti dall'intervento pubblico che si realizza attraverso l'imposizione di un regime legale tendenzialmente inderogabile.

In questo evolvere sfalzato, mercato e famiglia vengono continuamente contrapposti [emblematicamente JEMOLO, *Sul diritto di famiglia* (pensieri di un malpensante), in Riv.dir.civ., 553, riproduce la contrapposizione all'interno della famiglia stessa,

proponendo una regolamentazione dei soli rapporti patrimoniali]: competitivo l'uno, cooperativa l'altra; l'uno fondato su un'etica individualistica, l'altra costruita sull'altruismo. In accordo con la logica della contrapposizione dicotomica, la privatizzazione che progressivamente riguarda mercato e famiglia comporta un ruolo diverso dello stato: rispetto al mercato lo stato deve intervenire facendo rispettare gli accordi fra i privati in quanto strumento di massimizzazione del benessere, di realizzazione delle opportunità liberamente colte dall'individuo; rispetto alla famiglia deve vigere un'idea di altruismo che comporta il disinteresse per gli accordi assunti fra i membri al suo interno, secondo la metafora dell'isola lambita dal diritto. Dappertutto, in occidente, l'evoluzione ultima del diritto di famiglia avviene, si è detto, all'insegna di un più consapevole approssimarsi della famiglia alla logica del mercato e, segnatamente, del diritto dei contratti, passaggio che si compie allorché gli accordi fra i coniugi sono riconosciuti enforceable superando le riserve tradizionalmente imposte dalla specialità del diritto di famiglia. Ma, come già osservato, persiste la tendenza ad una contrapposizione ideologica fra famiglia e mercato pur all'interno di questo percorso, nella misura in cui la vincolatività degli accordi fra i coniugi viene ricostruita come una vittoria della libertà contrattuale sul paternalismo legislativo. E tuttavia il mito del non intervento del pubblico nella famiglia (così come il suo opposto) è facile a sfatarsi sol che si consideri che a) la contrapposizione fra intervento e non intervento dello stato nelle istituzioni sociali si fonda su argomentazioni incoerenti ed è quindi falsa; b) le affermazioni della libertà contrattuale all'interno della famiglia sono tendenzialmente modellate sull'impronta del regime legale e ne riproducono nei contenuti le linee-guida.

a) L'atteggiamento classico che si contrappone all'intervento del diritto (o del pubblico) nella famiglia per solito si arresta di fronte ad eventi considerati patologici nell'economia delle relazioni domestiche: tipicamente, separazione e divorzio. Queste situazioni sono ritenute tali da giustificare un intervento del diritto statale nella famiglia che altrimenti non dovrebbe essere consentito. L'argomento a favore dell'ampliamento dell'autonomia privata nella crisi familiare sposta il baricentro del discorso sostenendo che (anche?) in questa fase una regolamentazione di fonte non-eteronoma, ovvero di fonte eteronoma ma non speciale, qual è il diritto generale dei contratti, sia preferibile e (o perché) meno intrusivo. La prima posizione presuppone che la famiglia esista a prescindere del diritto che la regola. La seconda associa o sostituisce all'idea che la famiglia possa esistere a prescindere dal diritto statale, la convinzione che il diritto dei contratti garantisca la libera autodeterminazione degli individui, rimanendo estraneo alla definizione o al rafforzamento dei ruoli sociali e dei rapporti di potere. Gioca in entrambi i casi l'idea che possano coerentemente distinguersi politiche di intervento e policies di non intervento del diritto statale nella famiglia, così come l'assunto (di rilevanza pregnante rispetto alla seconda posizione) che ciò sia normalmente possibile fare rispetto ai rapporti fra diritto e strutture del mercato (contratto, proprietà, responsabilità per danni). È invece abbastanza ovvio che il diritto definisce tanto le istituzioni del mercato, quanto la famiglia e i ruoli al suo interno, cosicché non ha senso parlare di intervento o non intervento: l'intervento si propone per il fatto stesso che il diritto in principio stabilisce cosa ha da intendersi per famiglia, quali diritti e obblighi definiscono il rapporto familiare come tale, conseguentemente chi è sposato a chi, chi è figlio di chi, ecc.; determina cioè i confini

del regime della famiglia, per ciò stesso definendone costantemente la sostanza e i ruoli al suo interno. L'ipotesi del non intervento del diritto statale nella famiglia risulta allora un falso ideale, perché privo di un significato coerente [OLSEN, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 *Journal of Law Reform* 835 (1985)]. È vero che l'immagine di una famiglia che preesiste al diritto appare persino più credibile o più facilmente configurabile di un mercato rispetto al quale il diritto resti estraneo, poiché diffusa è l'idea della famiglia quale società naturale, espressione di un mitico 'stato di natura' (in senso critico R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, 1066). E l'ideale del non intervento su questo mito poggia, così come su una concezione giusnaturalista dei diritti umani, in particolare: della privacy e dell'intimità della comunità familiare e dei suoi membri. In concreto, invece, il c.d. non intervento tende a rafforzare lo status quo. Ad esempio: fissato storicamente un modello di famiglia patriarcale basato sulla potestà esclusiva del padre-marito, appaiono per contro forme di intervento statale quelle politiche di riforma volte successivamente ad affermare la parità fra i coniugi. Infatti, poiché lo status quo necessariamente muta, la stessa nozione di non intervento, come peraltro il suo opposto, tende a mutare di segno, ad assumere un significato instabile, incoerente. Alla luce dell'esperienza passata e più recente, possiamo immaginare almeno due modelli di non intervento radicalmente differenti. Un primo modello, giusnaturalista, che ha esercitato una certa influenza sulla nostra cultura giuridica del passato recente, secondo cui il diritto deve in principio evitare di disciplinare la famiglia per salvaguardare al massimo l'intimità dell'oikos (salvo definire cos'è famiglia, cosa rende tale il rapporto familiare; salvo regolamentarne la patologia...). Un secondo modello, mercantilista, oggi adottato dallo UPAА americano e ben presente nell'attuale dibattito italiano (penso ad es. a OBERTO), secondo cui i diritti e gli obblighi nascenti dai rapporti familiari sono interpretati alla luce della logica degli eguali, propria di una certa visione della libertà contrattuale, e implementati in un'ottica di neutralità, cioè di indifferenza dello Stato rispetto alla posizione delle parti e al contenuto dell'accordo (non così BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., e ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit.: in entrambi ampi riferimenti all'esperienza tedesca degli Ehevertraege), allo stesso modo in cui - secondo una visione in via di superamento - si dà esecuzione ai rapporti giuridici fra estranei (salva la scelta e l'adozione di regole che inevitabilmente influenzano il potere dei singoli e dei gruppi coinvolti nel rapporto, in un senso o nell'altro ...su cui, da ultimo, DU. KENNEDY, *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, forthcoming in *Riv.crit.dir.priv.*, 2002).

b) Restrungendo lo sguardo alla questione della validità degli accordi fra i coniugi in vista del divorzio, la stretta connessione fra famiglia e mercato e la falsità di una contrapposizione netta fra paternalismo statale e libertà contrattuale dentro (e fuori) la famiglia, emergono poi sotto un ulteriore aspetto. La dicotomia criticata non solo nasconde la 'porosità' reciproca dei processi che definiscono la posizione delle persone all'interno della sfera domestica e, rispettivamente, nel mercato; non solo ignora la sostanziale identità di valori alla base dei rispettivi regimi giuridici e l'analogia di percorso da essi compiuto nel forgiare i propri paradigmi. Infatti la prospettiva di un'apertura della famiglia all'autonomia privata viene tendenzialmente posta in contrapposizione alla definizione del contenuto degli entitlements operata dal

legislatore attraverso lo strumento dello status familiare, come se l'avvento della libertà contrattuale nel regime della famiglia importasse l'oblio ovvero il completo stravolgimento di quanto stabilito dalla legge con riguardo alle conseguenze patrimoniali e personali del divorzio. È invece intuitivo che l'autonomia contrattuale, ove ammessa, si dispieghi lungo le linee tracciate dalla legislazione in materia. Gli accordi fra i coniugi tendono infatti a forgiarsi all'ombra del regime legale vigente, con la conseguenza di non avere effetti redistributivi sensibilmente diversi da quello. Non per nulla la femminilizzazione della povertà denunciata dalle indagini di sociologi e economisti colpisce in occidente le donne divorziate in particolare, secondo una dinamica che tende a determinarsi comunque in seguito al divorzio, sia che si applichi il regime legale, sia che si faccia ricorso a soluzioni convenzionali (anche se in quest'ultimo caso il decremento del livello di benessere sembrerebbe più preoccupante).

Una notazione per tutte: il regime legale del divorzio cui il ricorso all'autonomia contrattuale mira a derogare, non tiene nel debito conto le espressioni massime della solidarietà fra i coniugi: gli investimenti in capitale umano e la perdita di opportunità di chi (la moglie) si dedica totalmente o prevalentemente alla famiglia, sacrificando le proprie potenzialità professionali e reddituali per il buon andamento del comune menage e a vantaggio delle prospettive di successo dell'altro coniuge (in tal senso, ad es. Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in Giust.civ., 1996, I, 1694). Da questo punto di vista un regolamento convenzionale delle conseguenze patrimoniali del divorzio potrebbe in teoria essere migliorativo della condizione del coniuge più debole e il contratto esprimere un tasso di solidarietà postconiugale maggiore dello stesso regime legale. Nell'ipotesi normale le deficienze di quest'ultimo condizioneranno (negativamente) la regolamentazione negoziale degli effetti del divorzio, come si cercherà di mettere successivamente in evidenza, attraverso l'analisi della casistica giurisprudenziale .

1.5. Marriage as signal.
Nell'alternativa fra una concezione del matrimonio interamente affidata alla fisionomia imperativamente delineata dal suo regime legale ed equivalente ad una fonte di status che il sistema sottrae alla negoziabilità e al mercato, e una visione interamente 'contrattualizzata' dello stesso, secondo l'idea, insieme semplicistica e manichea, per cui lo Stato non deve entrare nelle relazioni familiari e il loro regime deve essere affidato all'autonomia delle parti, c'è dunque molto di forzato e di falso. D'altra parte, la prima alternativa non corrisponde più alla realtà dei sistemi giuridici occidentali, come può facilmente desumersi, per quanto riguarda il nostro sistema, dal regime legale del matrimonio, che con la riforma del 1975 vede un significativo avanzamento dell'autonomia privata (G. FERRANDO, XXXXXXX), pur nel quadro di una rete di relazioni connotate dalla logica dello 'status'. Ciò ha senz'altro mutato il significato del matrimonio nel nostro paese, così come ovunque lo ha mutato l'introduzione del no-fault divorce, cioè di un regime divorzile non più fondato sulla colpa di uno dei coniugi, ma liberamente azionabile dalla loro volontà, singola o congiunta. Si è infatti passati da una concezione del matrimonio come rapporto destinato a durare l'intera vita, in cui hanno la prevalenza gli interessi della comunità familiare su quelli dei

singoli, ad una visione del rapporto come tendenzialmente stabile ma suscettibile di scioglimento laddove 'non funzioni' più, e in cui i diritti e gli interessi dei singoli hanno un peso più rilevante, essendo essi stessi considerati momento di emersione dei valori comunitari della famiglia (BESSONE, Rapporti etico-sociali, in Commentario alla Costituzione a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, 36 ss.). La seconda alternativa ha attualmente una forza d'attrazione ben maggiore e merita qualche ulteriore riflessione, al di là di quanto si è già osservato in merito al carattere fortemente ideologico che assume in contrapposizione ad un modello di famiglia interamente improntato all'intervento pubblico e al paternalismo legislativo. Indubbiamente un'ulteriore accentuazione del peso dell'autonomia contrattuale nel regime del rapporto fra i coniugi avrebbe l'effetto di modificare ancora il significato ed il ruolo del matrimonio nella società. Ciò che allora si impone all'osservatore che affronti la questione della 'contrattualizzazione' dei rapporti familiari è il significato del matrimonio come 'segnale' [TREBILCOCK, Marriage as Signal, in BUCKLEY (ed.), The Fall and Rise of Freedom of Contract, Durham and London, 1999, 245], al di là della sua maggiore prossimità alla sfera dello status piuttosto che a quella del contratto. Nei sistemi giuridici attuali, in cui il processo di 'privatizzazione' della famiglia è quanto meno avviato e vede a suo fondamento la parità formale fra i coniugi e la loro legittimazione a regolare i rapporti personali e patrimoniali in virtù di scelte di autonomia, il matrimonio sopravvive e mantiene il suo ruolo rispetto all'affermarsi di nuove e diverse forme di famiglia (dalle unioni di fatto alle single parent-families) in quanto segnale della propensione dei partners ad un rapporto il più possibile duraturo, nel quale ciascuno è pronto a investire emotivamente e materialmente e dal quale ci si attendono alcune garanzie precisamente sancite e presidiate dalla legge. Non a caso il dato sociologico mostra significative differenze nella composizione delle coppie sposate rispetto alle coppie conviventi al di fuori del matrimonio. Nelle prime è ancora molto presente la specializzazione e la divisione del lavoro fra i partner- l'uno, per solito la moglie, dedito all'andamento della vita familiare, l'altro al lavoro nella sfera estradomestica...- ed una notevole disparità di condizioni economiche fra loro, essendo l'una assorbita parzialmente o esclusivamente al lavoro domestico non retribuito e quindi economicamente dipendente dall'altro. Nelle coppie conviventi more uxorio, per contro, l'indipendenza economica della donna ed una condizione di sostanziale parità fra i partner vanno affermandosi come la regola (V.POCAR, Il paradigma della diversità, in CNN Attività, n. 3/2001, 80 ss.). Ne discende che chi sceglie il matrimonio mostra una maggiore propensione all'investimento di capitale umano nella vita di coppia in cambio della sua relativa stabilità e della sicurezza economica fornita dal mantenimento. Pertanto se il matrimonio è il simbolo di tutto questo, il suo regime giuridico deve in certa misura rispondere a queste aspettative, pena la perdita totale di significato sul piano sociale. Ecco che allora l'auspicata contrattualizzazione del matrimonio deve comunque fare i conti con gli affidamenti suscitati dal matrimonio stesso come istituzione, salva ovviamente la possibilità che il sistema giuridico ripensi completamente la sua funzione e ne segnali il mutamento attraverso la predisposizione di diversi regimi, di intensità diversa, fra cui optare, come già avviene da noi in materia di regime patrimoniale. Fino a quando ciò non avvenga, una sfrenata 'contrattualizzazione' non dovrebbe surrettiziamente alterare il 'segnale' che il regime giuridico del matrimonio comunica ai consociati e che viene accolto e

rilanciato da chi lo elegga. Come è stato giustamente notato [K. SILBAUGH, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 *Northwes.U.L.Rev.* 65 (1998)], il dibattito sulla validità degli accordi in vista del divorzio è in ultima analisi un dibattito sulla legittimazione dei coniugi a definire il significato e la funzione del proprio matrimonio. Nella misura in cui il senso del matrimonio come istituzione diviene unicamente quello attribuitogli dagli sposi, al di fuori di qualunque tipizzazione sociale (e senza schemi di sorta stabiliti dal diritto oggettivo), l'istituzione cessa di essere tale. Detto questo è poi interessante capire, sempre restando al di fuori della logica che contrappone rigidamente la sfera domestica a quella del mercato, come in concreto possa atteggiarsi il regolamento convenzionale dei rapporti coniugali con particolare riguardo agli assetti patrimoniali successivi al divorzio. Qui due questioni principali emergono: a) in che misura gli accordi fra i coniugi in vista del divorzio riescano a distaccarsi dal regime legale dello stesso, in che misura, come si è prima accennato, ripercorran invece le linee di tendenza dettate dal legislatore; b) quale logica contrattuale informa gli accordi del diritto familiare, se, in particolare, l'autonomia negoziale debba obbedire a criteri suoi propri in quanto realizzantesi all'interno della famiglia (infra, spec. §§ 2.3 e ss.).

1.6. Riconoscimento v. redistribuzione

Veniamo alla prima questione, che guarda all'ampliamento dell'autonomia privata in rapporto al regime legale cui intende derogare.

La tendenza alla 'privatizzazione' della famiglia, come fenomeno di progressiva erosione dello spazio segnato dal regime legale in favore di un ampliamento dell'autonomia privata anche nel campo delle relazioni domestiche, è ormai al centro del dibattito in tutti i sistemi giuridici occidentali. E la prassi degli accordi in vista del divorzio ne rappresenta uno dei momenti di emersione più significativi.

La dottrina italiana ha dimostrato grande sensibilità per il problema, in particolare producendosi in diffuse critiche nei confronti dell'orientamento costante della Cassazione che, pur con recenti temperamenti, dichiara gli accordi di divorzio radicalmente nulli per illiceità della causa. Contro l'avviso della S.C., il rinvio alla libertà contrattuale sembra promettere la realizzazione di un nuovo assetto delle relazioni familiari. Oggi come agli albori della codificazione, il ricorso al contratto evoca ancora l'idea della autonomia negoziale come espressione massima di libertà, in contrapposizione al quale la vigenza di un regime delle relazioni private stabilito per intero dal legislatore assume inevitabilmente una valenza liberticida. Altrove e, segnatamente in Germania e negli Stati Uniti, la mobilitazione, delle giuriste in particolar modo, intorno al tema dei *pre-nuptial agreements* non si giustifica invece in virtù di un astratto favore per la libertà contrattuale (o della sua aprioristica demonizzazione), e il dilemma che sottosta alla scelta per l'uno o per l'altro termine della contrapposizione, regime legale o autonomia privata, status o contratto, rinvia alle conseguenze redistributive dell'opzione. In altre parole, il favore per un'apertura nei confronti dell'autonomia privata muove dalla convinzione che un accordo fra i coniugi in vista del divorzio serva a redistribuire potere, potere economico, fra i generi; la posizione contraria presuppone che sia invece il regime del divorzio stabilito dal legislatore ad avere i maggiori effetti redistributivi. O sia comunque preferibile in una

situazione di strutturale disparità di potere contrattuale fra i coniugi.

Ora io credo che l'entusiasmo da molti manifestato nei confronti di un'apertura delle relazioni familiari alla libertà contrattuale sottovaluti l'aspetto redistributivo e enfatizzi la valenza simbolica dell'autonomia negoziale per il fatto di accomunare sotto l'etichetta generica della 'privatizzazione' della famiglia fenomeni che hanno significato e portata molto diversi, i contratti fra conviventi, da un lato, gli accordi in vista del divorzio, dall'altro. Con riguardo ai primi, l'esercizio dell'autonomia contrattuale imprime il carattere della giuridicità a relazioni familiari non tradizionali, pur escludendo che sia compito dello Stato definirle. Il riconoscimento della validità dei contratti di convivenza importa il riconoscimento del legame affettivo non fondato sul matrimonio, l'attribuzione di rilevanza giuridica al di fuori dell'imposizione di un regime legale: attraverso il contratto i conviventi possono determinare diritti e obblighi nascenti dal menage comune, le conseguenze del suo scioglimento, l'attribuzione di beni all'uno in caso di morte dell'altro, evitando incasellamenti e schematizzazioni di fonte eteronoma. La valenza di riconoscimento assunta in questo settore dalla libertà contrattuale è particolarmente forte con riguardo a coppie tradizionalmente discriminate o socialmente poco gradite, come le coppie omosessuali. Non a caso la libertà contrattuale è di recente valorizzata come strumento di emancipazione femminile dalla teoria giuridica lesbica [K.Y. TESTY, *An Unlikely Resurrection*, 90 *Northwestern L. Rev.* 219 (1995)].

Nel contesto della famiglia legittima, per contro, la celebrazione dell'autonomia negoziale nella sua valenza libertaria è necessariamente più generica e meno pregnante, perché qui il ricorso al contratto perde la sua funzione di veicolo di affermazione e riconoscimento di modelli e valori minoritari. La possibilità offerta ai coniugi di derogare al regime legale non ha la funzione, prima riscontrata, di definire un'identità sociale della coppia e dei suoi componenti, tanto più che interviene all'interno dell'istituzione matrimoniale, col suo forte significato di segnale sociale. Ma può avere ed ha rilevanti effetti redistributivi, rispetto agli assetti di potere, economico e giuridico, delineati dal legislatore (utilizzo evidentemente la contrapposizione fra riconoscimento e redistribuzione nel senso fatto proprio da NANCY FRASER, di cui cfr., ad es. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation*, Discussion Paper FS I 98-108, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung 1998). Per questa ragione, ove il dibattito sugli accordi fra i coniugi non è costretto su binari di falsa genderblindness, le giuriste dimostrano interesse ma anche cautela verso l'apertura alla contrattualizzazione dei rapporti fra i coniugi, avvertendola non come buona in sé, ma in teoria capace più e meglio di un regime legale affidato alla rigida predefinizione degli status, di modificare inveterati rapporti di forza fra i generi. Il che in parole povere significa che la libertà dei coniugi di determinare le modalità della loro relazione soprattutto con riguardo agli effetti del divorzio può redistribuire potere all'interno della coppia ovvero aggravare quel fenomeno già menzionato e noto come 'femminilizzazione della povertà'. Di qui l'attenzione per la proceduralizzazione della fase di formazione del consenso, a garanzia della consapevolezza della scelta fatta dal coniuge che dall'accordo può risultare svantaggiato, e il richiamo a quelle clausole generali (di buona fede e ordine pubblico) che consentano il controllo sulla fairness sostanziale dell'accordo, anche nei suoi sviluppi futuri [clausola rebus sic stantibus e sopravvenienze: cfr. REGAN,

Market Discourse and Moral Neutrality in Divorce Law, 2 Utah L.Rev. 605 (1994)]. Anche con riferimento agli effetti redistributivi, però, la contrapposizione fra un legal ed un private ordering delle relazioni familiari tende a rivelarsi fittizia. Infatti: a) non solo l'atteggiamento delle corti nei confronti degli accordi fra coniugi, quale che esso sia, riflette scelte politiche relative a come le relazioni familiari e, in particolare, i rapporti patrimoniali postconiugali debbano impostarsi, in ciò svolgendo la stessa funzione conformativa di un regime legale (cfr. supra, § 1.4); inoltre b) la contrattazione fra (attuali o futuri) coniugi non si svolge - ove consentita - nel vuoto di diritto, trattandosi invece, come spesso accade, di un bargaining in the shadow of the law, cioè, come si è già avvertito, di accordi stretti sullo sfondo di un regime legale che disciplina le conseguenze economiche del divorzio.

Piuttosto che prendere parte alla contesa ideologica che contrappone sul piano teorico i fautori del privato a quelli del pubblico, pare opportuno allora decodificare il significato attuale dell'intervento della legge nella famiglia, cercando di capire il modo con cui i diversi regimi legali attraverso il complesso delle loro regole (background rules) possono contribuire o meno a rafforzare la posizione (anche contrattuale) dei coniugi all'interno della famiglia. E questo a cominciare da un saggio in cui Pietro Rescigno a proposito della famiglia notava: "La convivenza realizzata nel ménage di fatto, o famiglia di fatto, presenta, nella sostanza lo stesso contenuto della convivenza originata dal matrimonio... Quando la convivenza si allarga ad altri soggetti, solitamente, si riproduce, sempre sul piano dei fatti, una serie di aspettative e di apporti analoga a quella che nella famiglia legittima è imposta, oltre che dalla solidarietà familiare, dalla legge" [Rescigno, Famiglia ('voce' per una Enciclopedia), in Saggi 329].

Il ruolo attuale della legge nella famiglia è dunque costituito dalla garanzia delle aspettative maturate e del riconoscimento del contributo apportato nel corso della convivenza. Come si è tentato di mostrare anche in precedenza (§§ 1.1 e s.) sottolineando l'interrelazione fra ruoli familiari e potere sociale ed economico, l'eventuale posizione contrattuale dei coniugi molto dipende dalla misura in cui quelle aspettative sono garantite e quel contributo è riconosciuto. Ebbene, i regimi legali vigenti in materia risultano indeterminati sul piano della attribuzione degli entitlements all'interno della coppia (soprattutto sulla misura del mantenimento) e inappropriati sotto alcuni aspetti, soprattutto con riferimento alla considerazione del lavoro domestico e della contribuzione alla creazione della ricchezza familiare da parte del coniuge con reddito più basso (o nullo), in un modo che condiziona in pejus una eventuale regolamentazione negoziale degli effetti del divorzio. Anche nel nostro sistema, in cui le conseguenze del divorzio vanno viste in riferimento non solo all'assegno di mantenimento, ma anche al regime patrimoniale eletto dai coniugi, il discorso è riproducibile: a) il regime patrimoniale prescelto, quale che sia, non remunera il capitale umano b) l'assegno assicura il mantenimento del tenore di vita tenuto durante il matrimonio: ma cosa ne è dell'investimento in capitale umano? Nella prospettiva tradizionale l'assegno di divorzio viene calibrato sulla necessità di impedire il peggioramento della situazione economica del coniuge in seguito alla cessazione del vincolo matrimoniale: in questa direzione si è così potuto parlare di una solidarietà post-coniugale e ribadire la sua natura "assistenziale" (Cass. SS.UU., 29 ottobre 1990, n.11490, secondo la quale è il tenore di vita di cui godeva il coniuge

durante il matrimonio a costituire il parametro dell'adeguatezza del reddito). Se così è, il tenore di vita della moglie divorziata si attesta nella migliore delle ipotesi sul livello di benessere raggiunto dalla coppia prima del divorzio; ella cioè non gode dei frutti del suo investimento nei termini dell'eventuale progressione di carriera e di reddito maturata dal marito nel periodo successivo allo scioglimento del matrimonio. Tale miglioramento è infatti giudicato rilevante dalla Cassazione ai fini della determinazione dell'assegno solo nella misura in cui esso appaia l'esito "naturale e prevedibile" dell'apporto della moglie (questo il limite con cui l'elemento 'contributivo' sembra tornare alla ribalta nelle pieghe di alcune recenti decisioni: Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in I contratti, 1998, 472, con nota di BONILINI, Gli accordi in vista del divorzio, ribadendo Cass. 1997, n. 5194. Se infatti la dimensione assistenziale costituisce la ratio dell'obbligo stesso, nella valutazione del quantum almeno tendono ad essere valutati anche i miglioramenti della condizione patrimoniale dell'ex coniuge che possono considerarsi un ragionevole sviluppo di situazioni di "aspettativa presenti già al momento dello scioglimento del matrimonio"). In tal modo la misura effettiva del mantenimento è indeterminabile a priori, perché affidata al giudizio discrezionale della corte in merito alle attività domestiche che debbano essere ritenute rilevanti o meno in riferimento all'avvenuta progressione di carriera. In prospettiva, dunque, il carattere assistenziale, non remunerativo, dell'assegno, se da una parte ne segna l'indisponibilità, dall'altra produce il risultato di escludere il coniuge dalla partecipazione almeno ad una parte della ricchezza prodotta; pertanto lo rende inadeguato, se non deterioro, ove dovesse costituire lo sfondo di eventuali accordi in deroga considerati validi.

Pertanto, rispetto ad un accordo in vista del divorzio che si sospetta iniquo nei confronti del coniuge economicamente svantaggiato, la disciplina legale sulla cui base è fissato l'ammontare dell'assegno divorzile non tiene infatti in miglior conto il contributo dato alla creazione della ricchezza familiare, e proprio, come si è detto, gli investimenti in capitale umano (profit-sharing compensation), e, per contro, le opportunità lavorative (e di guadagno) perdute per dedicarsi alla vita familiare (opportunity costs), contributi ignorati nella determinazione del mantenimento [WILLIAMS J.C., Married Women and Property, 1 Va. J. Soc. Pol. & L. 383 (1994)] e che vengono comunemente trascurati negli accordi stipulati all'ombra di regimi siffatti [che invece i coniugi potrebbero 'remunerare' in un accordo stipulato in vista del divorzio, ove il regime legale, anche in forma di default rule, contemplasse il capitale umano fra gli assets: cfr. POLSBY & ZELDER, Risk-adjusted Valuation of Professional Degrees in Divorce, 23 J. Leg. St. 273 (1994)].

SEZIONE II

2.1.. Gli accordi in occasione della separazione. Il quadro degli accordi (economici) dei coniugi in occasione della crisi coniugale appare ormai abbastanza variegato. Sempre più spesso infatti i rapporti patrimoniali della coppia in crisi trovano una definizione al di fuori del procedimento di separazione, che si conclude con l'omologa del tribunale, vuoi perché i coniugi stessi decidono di regolarli direttamente, vuoi

perché intervengono successivamente per modificare quelli omologati senza tornare di nuovo di fronte al giudice. Inevitabilmente l'autonomia privata sembra fuoriuscire anche dal quadro che lo stesso legislatore della riforma aveva disegnato, quasi a denunciare un disagio crescente nei confronti di uno spazio che la rapida evoluzione della società contemporanea rende già angusto.

Eppure il legislatore del 75 non aveva mancato di riconoscere all'accordo dei coniugi il carattere di un antecedente necessario nelle procedure di scioglimento del matrimonio. All'accordo delle parti si riferisce chiaramente l'art.155 c.c. 7 co. quando, in sede di separazione giudiziale, rivolge al giudice l'invito a tenerlo in considerazione al momento dell'assunzione dei "provvedimenti relativi all'affidamento dei figli ed al contributo al loro mantenimento" e lo stesso fa l'art.158 c.c., in sede di separazione consensuale, quando lo presuppone "relativamente all'affidamento ed al mantenimento dei figli". Non diversamente l'art. 711 c.p.c. 3 c., nel caso in cui la conciliazione non riesca, si riferisce al "consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole" da documentare nel verbale. Ed infine, anche in sede di divorzio, l'art. 4, 13 c. l.div. stabilisce che la domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio debba contenere "compiutamente le condizioni ineranti alla prole e ai rapporti economici", mentre l'art. 5, 6 co. prevede la possibilità di determinare le modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento e di provvedere alla sua corresponsione "in un'unica soluzione". Ad accordi ricorrono, però, oggi i coniugi per integrare la regolamentazione dei propri rapporti economici prevista nell'accordo omologato attraverso il trasferimento di determinati beni (Cass., 11 maggio 1984, n.2887, Cass. 23 dicembre 1988, n.7044, Giur.it. 1990, I, 1 1320 con nota di ZOPPINI, Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi; Cass. 15 marzo 1991, n. 2788, Foro It. 1991, I, 1787; Cass. 12 maggio 1994, n. 4647, Giust. Civ. 1995, I, 203) o per modificare la misura dell'assegno di mantenimento (Cass., 28 luglio 1997, n. 7029; Cass., 25 maggio 1998, n. 5189 e Cass., 11 giugno 1998, n. 5829). Di questi accordi ormai la giurisprudenza ammette pienamente validità ed efficacia anche quando non sono stati trasfusi nell'accordo omologato, non esitando in alcuni casi a battezzarli persino come contratti e sottoporli dunque al "diritto comune" (RESCIGNO, Appunti sull'autonomia negoziale.). L'orientamento giurisprudenziale è incline pure ad ammettere la validità di questi accordi non soltanto se integrano o specificano un precedente accordo omologato, ma anche quando lo modificano se sono "maggiormente rispondenti all'interesse tutelato" (già Cass., 22 aprile 1982, n. 2481, Rep. Giust.civ. 1982, n. 84, Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, Corr. Giur., 1993, 820 con nota di Lombardi ed in Dir.fam.pers. 1993, 554, con nota di Doria, Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati, Cass., 24 gennaio 1994, n.657, Giur.It., 1994, I, 1, 1476, NGCC, 1994, I, 710 con nota di Ferrari, in Fam.dir., 1994, 141, con nota di Carbone; Cass., 28 luglio 1997, n.7029 e Cass., 11 giugno 1998, n.5829). E ciò anche quando questo accordo riguarda i figli (Cass., 22 gennaio 1994, n.? e Cass., 14 giugno 2000, n. ?). Del resto la validità di questi accordi sembra poter essere predicata, anche quando mirino a regolare una semplice separazione di fatto e dunque ancora una volta del tutto

al di fuori dell'omologazione da parte del tribunale (Cass. 17 giugno 1992, n. 7470 N.G.C.C. 1993, I, 808 con nota di Sinesio, Separazione di fatto ed accordi fra coniugi). Linee giurisprudenziali tutte che ricevono da tempo anche l'appoggio della dottrina (per tutti ZATTI, I diritti ed doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in Tratt. dir. priv. diretto da Rescigno 3, Persone e famiglia t.II, Utet, 1982 664, gli accordi implicano un riconoscimento delle mutate condizioni e possono condurre alla revisione dell'accordo omologato). Parallelamente, l'area coperta dal c.d. "contenuto essenziale" dell'accordo omologato sembra contrarsi, dovendo riguardare soltanto l'accordo sulla vita separata e sulle condizioni della prole, e lasciando fuori tutti quegli accordi stipulati in occasione della separazione per definire questioni (economiche) pendenti, accordi dotati di una loro indiscutibile autonomia, il cui inserimento nel verbale di separazione - dal quale non dipende chiaramente la loro efficacia - rimane soltanto eventuale (per due diverse configurazioni di questo contenuto Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, Giur.It. 1986, I, 1, 118, che considera "processuali" soltanto le clausole aventi per oggetto il mantenimento dei figli e Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, Fam.dir. 1997, 417 con nota di Caravaglios, Trasferimenti immobiliari nella separazione fra coniugi). Con ciò lasciando intravedere sullo sfondo la presenza di una più complessa realtà, rappresentata da quegli accordi che, "pur trovando sede ed occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti e agli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio" (Cass. 15 marzo 1991, n.2788, in Foro It. 1991, I, 1787), profilo che costituisce ora il nucleo più interessante, sul quale il dibattito rimane aperto. Una prima considerazione da fare allora riguarda il superamento definitivo di quel risalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale tutti gli accordi relativi alla separazione, anche quelli economici, dovevano trovare la loro sede necessaria nel processo, che legava all'omologa del tribunale la loro efficacia e richiedeva in ogni caso la procedura dell'art. 710 e 711 c.p.c. per la loro modifica (sul quale già criticamente POLLICE, Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati, Dir.giur., 1988, 107). In quella prospettiva ovviamente spettava al controllo giudiziale passare al vaglio la conformità dell'accordo alle istanze di tutela degli interessi dei componenti del nucleo familiare presenti nella legislazione. La permanenza però di una simile forma di vigilanza giudiziale così estesa doveva contribuire anche a mantenere una linea di singolare continuità con le vecchie idee secondo le quali gli interessi che fanno capo alla famiglia hanno una dimensione sovraindividuale, talvolta identificata con la solidarietà familiare, di cui spettava al giudice stesso verificare l'attuazione anche dopo il matrimonio. Nella visione tradizionale il richiamo all'autonomia privata evoca uno scenario dominato dalla più ampia libertà, come tale in grado di costituire un pericolo permanente per il principio comunitario che, espressione della solidarietà familiare, rappresentava anche il tratto caratteristico dell'ordinamento patrimoniale della famiglia (alimentando l'interpretazione del diritto della famiglia come "sistema speciale con regole particolari...espressione di principi di solidarietà e di tutela del coniuge più debole"). Una ricostruzione che già allora suscitava dubbi. Ad essa si era opposto che, almeno in

questi frangenti, la solidarietà familiare può tradursi in "forme di solidarietà esterna realizzabili con lo strumento ordinario dell'obbligazione individuale" (FALZEA, Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia, Riv.dir.civ., 1977, I, 609), aprendo un più ampio spazio alla disposizione individuale ad opera dei coniugi. Una lenta erosione di questa prospettiva ha avuto il suo fulcro in una più precisa messa a punto della diversa tipologia di accordi e dunque anche del relativo tipo di controllo richiesto all'ordinamento. Da una parte si è cominciato a fare ordine fra gli aspetti che venivano considerati tutti indiscriminatamente "comunitari", distinguendo fra quelli che danno vita ad obblighi "ex lege", come il mantenimento, che traducono l'esigenza di tutelare alcuni fra i componenti del nucleo familiare, e quelli che invece attengono più propriamente agli interessi individuali dei coniugi, come la divisione dei beni comuni. Dall'altra, una volta distinti gli accordi che toccano la situazione dei figli e quelli che riguardano invece soltanto i coniugi, è stato precisato che soltanto rispetto ai primi viene in discussione l'intervento del giudice, il cui controllo non è mai di integrazione e di sostituzione, ma semmai finalizzato alla rispondenza del programma negoziale all'interesse dei figli.

Ad oggi può dirsi che il quadro sia stato invece completamente ribaltato rispetto al passato. Aver "preso sul serio" l'accordo all'interno della famiglia durante il matrimonio ha reso le relazioni fra coniugi e tra genitori e figli, in certo qual modo, difficilmente permeabili all'intervento del giudice anche successivamente. Anche quando il giudice, in sede di omologa, ritiene l'accordo contrario all'interesse dei figli può soltanto sospendere il procedimento e mai intervenire sul suo contenuto per modificarlo o integrarlo (art.158 c.c., 711 c.p.c). Così è stato possibile ricondurre tecnicamente l'intervento del giudice ad un controllo di legittimità e non di merito (cfr. MANDRIOLI, Il procedimento di separazione consensuale, 200), ponendo nell'accordo la fonte di determinazione del regolamento dei rapporti economici post-coniugali: rispetto ad esso l'attività del giudice, pur esprimendosi attraverso una sentenza, è sostanzialmente vincolata.

Un processo che sembra non aver lasciato indenni neanche gli effetti dell'accordo di separazione "in senso stretto", che possono ora poggiare sulla volontà dei coniugi poiché il provvedimento è mera condicio iuris. Anche in tale caso non si dubita che l'attività del giudice costituisca soltanto lo strumento per realizzare la legittimazione formale di uno stato di fatto (cfr. FURGIUELE, Libertà e famiglia: dal sistema al microsistema, in Persona e comunità familiare, Napoli, 1982, 92 ss. e più recentemente RUSSO E., Negozi familiari e procedimenti giudiziari attributivi di efficacia, Dir.fam., 1997, 1047, potere che logicamente riguadagna spazio di fronte alla condizione dei figli minori).

Del resto una volta ricollegato alla stessa separazione il carattere della negozialità (BRECCIA, Separazione personale dei coniugi, Dig. IV, Disc.priv. XVIII, Torino 387), la funzione dell'omologa assume una dimensione del tutto diversa, in cui prevale il ruolo di strumento necessario a garantire le esigenze di certezza connesse a tutte le variazioni di status, nei confronti della collettività e dei terzi. In realtà, l'ascesa dell'autonomia contrattuale nei rapporti economici fra coniugi in crisi non si realizza sempre senza intoppi. Quando l'accordo, infatti, è in vista del divorzio, la giurisprudenza fa segnare un brusco arresto della sua linea liberale, fulminandolo implacabilmente con la declaratoria di nullità.

Il segreto del successo della libertà contrattuale nel contesto familiare sembra risiedere allora nella diversa tipologia di rimedi (nullità, separazione, divorzio) nei quali la crisi coniugale può sbocciare.

Non ci si può sottrarre alla sensazione che, sebbene ridimensionato, lo status e l'indisponibilità delle situazioni che vi sono collegate eserciti ancora una sottile, ma pervicace influenza su queste decisioni. Segno di una non ancora del tutto chiara soluzione dei rapporti fra privato e pubblico nel diritto di famiglia. C'è da ricordare che, a differenza della nullità, che corrisponde ad una anomalia dell'atto di celebrazione del matrimonio, provocata da una serie di vizi ad esso antecedenti o contemporanei, gli altri due rimedi, com'è noto, presuppongono invece il manifestarsi di circostanze sopravvenute, che incidono sul rapporto coniugale. Di essi soltanto il divorzio provoca lo scioglimento del matrimonio e la relativa perdita dello status di coniuge, mentre con la separazione il rapporto coniugale entra in una fase di quiescenza con relativo affievolimento e modifica degli obblighi, dalla quale è possibile uscire o con la ripresa della convivenza, oppure con lo scioglimento definitivo.

Proprio questa differenza sembra essere all'origine delle resistenze giurisprudenziali che, come vedremo, ancora persistono nel negare validità agli accordi, se conclusi in vista del divorzio.

2. 2. I limiti all'autonomia privata fra 'specialità' del diritto di famiglia e diritto dei contratti: il dibattito italiano.

Con il progressivo riconoscimento di questi accordi, la sfera in cui è consentito ai privati di regolare autonomamente i propri interessi all'interno della famiglia tende inevitabilmente ad allargarsi, andandosi ad aggiungere ad altri fenomeni, con i quali si pone immediatamente un problema di definizione dei confini. E questo riguarda sia gli strumenti con i quali viene distribuita la ricchezza prodotta durante il matrimonio, le convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.), cioè, i cui contorni sono stati già largamente esplorati (ROPPO, Convenzioni matrimoniali, GABRIELLI G., Regime patrimoniale della famiglia, Dig IV disc.priv., sez.civ. XVI, Torino, 1997, RUSSO, L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali, Vita not., 1982, 488), sia quegli altri atti con i quali è possibile intervenire sul regime primario della famiglia - i c.d. "accordi di indirizzo" (art.144 c.c.), cioè, attraverso i quali i coniugi possono, senza introdurre deroghe, modellare i loro doveri di contribuzione - sui quali i lavori sono tuttora in corso (ZATTI, I diritti ed i doveri che nascono dal matrimonio, Tratt. dir.priv. diretto da P.Rescigno, 3, Torino 1996, 13 ss. l'inderogabilità dell'obbligo di contribuzione viene a contatto con la possibilità riconosciuta ai coniugi di decidere consensualmente l'indirizzo familiare costituendo piuttosto un limite- rappresentato dalla solidarietà e dalla parità- di quegli accordi cfr. SACCO, Le convenzioni matrimoniali, in Comm. al diritto italiano della famiglia, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova 1992, III, 18, PARADISO, I rapporti personali fra i coniugi, in Codice civile. Commentario diretto da P.Schlesinger, Milano 1990, 81).

Non è allora soltanto la visione pubblicistica della famiglia che viene superata. A questo punto rischia di subire un altrettanto brusco scossone (lo avvertono RESCIGNO, Appunti sull'autonomia negoziale, in Persona e comunità, II, Padova

1988, 462; ANELLI, Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale, in Studi in onore di P.Rescigno, II, Diritto privato, 1, Milano 1988, 13 ss; da ultimo ZOPPINI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, cit.) anche quella posizione intermedia, giocata sulla specialità del diritto di famiglia, che pure aveva avuto l'indubbio merito di evidenziare criticamente nei confronti della prima la presenza di una vera e propria autonomia privata familiare, sebbene nei limiti di una rigorosa tipicità (SANTORO-PASSARELLI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, in Diritto e giurisprudenza 1945, 3ss.). E pure superate sembrano quelle posizioni che, ancora recentemente, deducevano l'indisponibilità dei rapporti giuridici familiari dalla presunta carenza di patrimonialità degli stessi (cfr. BIANCA, La famiglia- Le successioni. Trattato di diritto civile II, Milano, 1989, 16 ss.). O ancora la necessità di non contaminare gli aspetti personalistici, che costituirebbero una caratteristica principale dei rapporti giuridici familiari, con quelli patrimoniali, idea che assai da vicino ricorda le argomentazioni in termini di "purezza del matrimonio" e "spontaneità del consenso negoziale" che fondavano il principio della immutabilità delle convenzioni post-nuptias (sul punto la ricostruzione di BUSNELLI E BARGELLI, Convenzione matrimoniale, Enc.dir. Aggiornamento, IV, Milano 2000, 438). Nessuno dubita più del definitivo tramonto della visione autoritaria e gerarchica della famiglia, in cui dominavano incontrastati fino a qualche tempo fa gli interessi pubblici o superiori; in cui lo status costituiva un'cerniera fondamentale fra famiglia ed ordinamento, assicurando a quest'ultimo lo strumento attraverso il quale modellare la struttura della prima. Nella logica dello status diventava centrale la posizione di un soggetto nei confronti di altri soggetti considerati non come singoli, ma come appartenenti ad una collettività organizzata, una posizione che viene intesa non tanto come somma di poteri che l'ordinamento riconosce al singolo, ma come presupposto di tutta una serie di diritti, obblighi e rapporti che possono crearsi fra i componenti della collettività (cfr. CICU, Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile, Riv.dir.civ., 1939, 3 e Id. Principi generali del diritto di famiglia, Riv.trim.dir.proc.civ. 1955, 1; per una sua messa a punto RESCIGNO, Situazione e status nell'esperienza del diritto, Riv.dir.civ., 1973, I, 212, CORASANITI, Stato delle persone, in Enc.dir. XLIII, Milano 1990, ALPA, Status e capacità, Milano-Bari 1993,3, e per una interessante rilettura all'interno della famiglia stessa LENTI, Una nota sul concetto di status, in Scritti in onore di R.Sacco, Milano, 1994, II, 657). Intorno ad essi, com'è noto, erano state organizzate gran parte delle ricostruzioni giuridiche dei rapporti familiari (sulle diverse concezioni di famiglia cfr. BARCELLONA P., Famiglia (dir.civ.), Enc.dir. XVI, Milano 1967, 782 ss.), giustificando con la loro presenza e le finalità statuali da assolvere, anche la specialità del diritto della famiglia e la sua impermeabilità ai principi che invece informavano il diritto comune delle obbligazioni. Al loro posto è venuta delineandosi un'idea della famiglia tutta diversa, come formazione sociale in cui si dovrebbe realizzare, in conformità alla visione dell'art. 2 della Costituzione, il pieno sviluppo della personalità dei propri membri. In questa nuova dimensione vengono esaltati invece i profili di eguaglianza fra i componenti del gruppo e di autodeterminazione degli stessi, di fronte ai quali è parso opportuno allora comprimere le possibili interferenze ad opera dell'ordinamento (per tutti PARADISO, I rapporti personali fra i coniugi, Il Codice civile. Commentario, diretto da P.Schlesinger, art. 143-148, Milano 1990); ciò, ovviamente, nei limiti in cui, come si è

detto (supra, § 1.4), ha senso incasellare una linea di politica del diritto del legislatore nella categoria della non-ingerenza nella sfera privata, piuttosto che nel suo opposto. Ad ogni modo, in questa nuova cornice teorica, la regola dell'accordo domina i rapporti fra i coniugi e le forme di controllo giudiziale vengono ricalibrate in modo da assicurarne - per quanto gli interessi degli altri membri permettono - il rispetto. Possibilità di determinare liberamente le modalità delle proprie relazioni all'interno della famiglia, di regolare altrettanto liberamente i propri interessi nei rapporti patrimoniali e quindi di scegliere il modo in cui risolvere le eventuali crisi coniugali, diventano allora parole d'ordine del nuovo corso. Confortata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che già negli anni settanta aveva assoggettato le convenzioni matrimoniali alle regole generali dei contratti (C.cost. 16 dicembre 1970, n.188, in Giur It. 1971, I,1, 801), e qualche anno dopo aveva abrogato il divieto di donazioni fra coniugi [C. cost., 27 giugno 1973, n.91 in Temi 1974 con nota di BESSONE E ROPPO, Sul profilo storico (e la posizione costituzionale del divieto di donazione tra coniugi)], l'autonomia negoziale dei coniugi, relativamente all'assetto patrimoniale, ora vive una nuova stagione (più di recente corroborata dalla sentenza n.41/99, con la quale è stata abrogata la presunzione assoluta di gratuità degli atti di trasferimento immobiliare fra coniugi ai fini dell'imposta di registro). Così la stessa giurisprudenza della Cassazione ha potuto riconoscere a più riprese che il potere di regolare i propri interessi nella famiglia non rappresenta altro che una semplice manifestazione di autonomia privata del tipo di quelle previste dall'art. 1322 c.c. (Cass. 23 luglio 1987, n.6424, Giust. Civ. 1988, I, 459; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in Riv.dir. civ. 1989, II, 233 con nota di CHIANALE, Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa, Cass. 15 marzo 1991, in Foro It. 1991, 1787, Cass. 17 giugno 1992, n. 7470, in NGCC 1993, I, 808, Cass. 22 gennaio 1994, n.657, NGCC 1994, I, 710 con nota di FERRARI, Ancora in tema di accordi fuori del verbale di separazione), alla quale, proprio per la sua natura patrimoniale, non può mancare di accordarsi - come accade per le convenzioni matrimoniali dell'art. 162 c.c.- la qualifica di contrattuale. Una volta affrancata dai vincoli di ordine superiore che ne comprimavano l'espressione, l'autonomia privata viene riportata alla ribalta. Anche all'interno della sfera domestica, il paradigma comunitario sembrerebbe dover allora scolorire in una logica (maggiormente) individualista. Ma tanto corti e dottrina sono restie a riconoscere...Alle talvolta baldanzose affermazioni della giurisprudenza, infatti, non corrisponde sempre il parallelo declino dell'idea che il diritto della famiglia debba rimanere comunque un'area per molti versi separata dal diritto comune delle obbligazioni e dei contratti. Come pure resiste un certo "pudore"- giustificato, secondo Rescigno (Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma, 112), solo se le situazioni non sono di carattere patrimoniale - ad usare la parola contratto. Ancora: perplessità sono state ribadite, a più riprese, sull'opportunità di parlare di autonomia privata in un settore come la famiglia, in cui la formazione sociale - costituzionalmente riconosciuta - presenta tratti del tutto particolari dovuti alla sua natura spiccatamente comunitaria e solidaristica. In questo quadro, il potere di autoregolamento verrebbe riconosciuto ai singoli per la tutela di interessi non solo propri, ma comuni anche ai componenti dell'intero nucleo familiare, in linea con il

principio solidaristico-comunitario che ha dominato l'intero apparato della riforma (cfr. DONISI, I limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia, Rass. dir. civ. 19XX, ed in Famiglia e circolazione giuridica a cura di Fuccillo, Milano, 1997, 20 il quale preferisce per questo evocare la nozione di autonomia negoziale). Insomma, il fondamento dell'istituzione famiglia è ancora saldamente ricondotto al paradigma solidarista e comunitario, non diversamente da quanto si teorizzava nell'epoca in cui aveva dominato la visione statualista affidata alla tecnica dello status: come si è già notato, curiosamente il medesimo obiettivo viene ora perseguito attraverso una strategia tendenzialmente opposta, quella della libertà negoziale. Da qui all'idea che il diritto patrimoniale della famiglia, pur affidato agli strumenti dell'autonomia privata, comunque costituisca un "sottosistema" nei confronti del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, il passo è breve (cfr. QUADRI, Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali fra coniugi, in Giur.It. 1997, IV, 232 ed ora ID., Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell'art. 143 c.c. nel matrimonio e oltre il matrimonio, in N.G.C.C., 2000, 503). Né del tutto immuni da questa tendenza possono dirsi quelle ricostruzioni che enfatizzano il carattere di "specialità" del diritto della famiglia, sia pure in aperta polemica con l'idea del carattere di eccezione rispetto al diritto comune che invece gli attribuiva la più vecchia impostazione. Anche se, com'è stato opportunamente precisato a margine dell'interpretazione dell'art. 160 c.c. (che tende ormai ad essere considerato come clausola generale e talvolta tradotto in funzione conformativa dei rapporti all'interno della famiglia con riferimento alla "proporzionalità" o "progressività" fra la contribuzione e le sostanze e la capacità di lavoro professionale e casalingo di ciascun coniuge, cfr. OPPO, Autonomia negoziale 629 e DE NOVA, Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale, in Studi in onore di P. Rescigno, 260), i limiti di portata generale che esso può introdurre all'autonomia privata dei coniugi non contribuiscono altro che a realizzare un semplice adattamento dei principi costituzionali al diritto di famiglia (sulla sua funzione di specificazione settoriale dell'ordine pubblico cfr. BUSNELLI E BARGELLI, Convenzione matrimoniale, cit., 458). Del resto i principi che ne dovrebbero costituire la tipica espressione, come "la tutela della parte più debole, della serietà e dell'autoresponsabilità nell'assunzione dell'impegno negoziale" ormai, a ben vedere, non possono essere considerati più soltanto patrimonio esclusivo di qualche settore "speciale", come appunto il diritto di famiglia, ma sono largamente operanti in tutto il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni. Il diritto dei contratti di origine comunitaria o, comunque, di respiro europeo, ha visto in questi anni emergere un nuovo paradigma che sostituisce alla logica degli eguali, fin qui considerata topica della libertà contrattuale e del mercato, la considerazione delle concrete condizioni di potere - economico e, quindi contrattuale - in cui le parti versano (per tutti ROPPO, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, in Dir.priv., 2001, 769). L'avvento del consumerismo, con l'introduzione sin nel cuore del codice civile (artt. 1469 bis-sexties) di un trattamento differenziato dei contraenti in ragione dell'appartenenza a due diverse categorie - economiche ma anche sociologiche - i consumatori, da una parte, i commercianti dall'altra, ha battuto in breccia l'assioma della neutralità del diritto rispetto ai

protagonisti delle transazioni, ma è poi stato superato dalla tendenza a prescindere pure da tali tipizzazioni sociologiche, per riconoscere rilevanza alle concrete situazioni di squilibrio di potere che possono configurarsi sul mercato. La disciplina della subfornitura va chiaramente in questo senso, ed ancora più ampio è lo spettro di situazioni tenuto presente dai principi Lando allorché definiscono annullabile il contratto in cui una delle parti sia in condizione di sudditanza... Ma il principio di buona fede e correttezza, debitamente valorizzato, costituisce il naturale strumento d'accesso dei valori di solidarietà e altruismo rispetto all'intero spettro dei rapporti obbligatori, ben oltre le ipotesi di squilibrio messe a fuoco nel 'nuovo' diritto dei contratti di matrice europea. La buona fede illumina la prospettiva dell'affidamento quale controprincipio generale in grado di garantire le legittime aspettative maturate nel corso del rapporto, come anche nel corso della convivenza (cfr. MARELLA, *Il diritto di famiglia*, cit., spec. 36 ss.), al di là delle manifestazioni di volontà formalmente espresse dalle parti (MARINI G., *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995). È ancora la buona fede a determinare generalmente la validità del consenso, definendo la fairness dell'iter di formazione dell'accordo, al di là dei tradizionali vizi della volontà. Ciò, si è accennato, vale per i contratti stipulati nel quadro delle relazioni domestiche ad es. nel diritto nordamericano (supra, § 1.2). Ma serve anche a dare rilevanza ai legami affettivi e familiari che possono essere dietro un contratto stipulato fra estranei, come nel caso della fideiussione prestata all'istituto di credito dalla figlia per garantire il debito del padre (su ciò JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2000, 275, 286, con ampi riferimenti al diritto tedesco e al common law inglese). In questo quadro, l'argomento della specialità del diritto di famiglia, della sua separatezza dal restante diritto patrimoniale privato, sembra destinato a perdere gran parte del suo significato - salvo conservare una propria efficacia persuasiva nella distinzione fra rapporti familiari patrimoniali e rapporti personali, dicotomia che al momento resiste e sembra non essere affatto messa in discussione nella nostra cultura giuridica [nel dibattito nordamericano v. invece K. SILBAUGH, *Marriage Contracts and the Family Economy*, 93 *Northwes.U.L.Rev.* 65 (1998)]. Rimosse queste pregiudiziali, appare più fecondo concentrare la propria attenzione sul tipo di limiti che l'autonomia privata, come normalmente avviene in ogni settore, può incontrare sul suo percorso.

2.3. I patti in vista del divorzio
E' il caso dei patti in vista del divorzio - quelli con i quali cioè si dispone dell'assegno di divorzio, di altri diritti o dell'assetto economico dei coniugi divorziati - che hanno indotto la giurisprudenza ad un atteggiamento molto più cauto, se non addirittura di aperta ostilità.
Nel caso del divorzio, infatti, contrariamente a quanto è avvenuto ad esempio in sede di annullamento (in cui è sembrato che l'accordo sulla indennità ex art. 129 bis c.c. opera in un procedimento che avviene "fuori da ogni potere negoziale di disposizione" Cass. 13 gennaio 1993, n.348, NGCC 1993, 950 con nota di RIMINI e CUBEDDU, e *Giur.It.* 1993, I, 1, 1670 con nota di CASOLA, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia*

negoziale dei privati, la cui correttezza è messa in dubbio da COMPORTI, *Autonomia privata*, cit., 105; Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, *Corr.giur.* 1998, 513 e *Foro It.* 1999, I, 1, con nota di OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella sua prospettiva storica*, la giurisprudenza della Cassazione ha invece ritenuto a più riprese che sussistessero motivi di ordine pubblico tali da limitare l'espressione dell'autonomia privata. Questo orientamento negativo ha riguardato esclusivamente gli accordi anteriori al divorzio, cioè quelli presi in sede di separazione e destinati a regolare il futuro assetto patrimoniale anche nel caso in cui segua il divorzio. Sullo sfondo permane pervicacemente l'idea che la predisposizione di un piano economico prima del divorzio ad opera dei coniugi faciliti senza ombra di dubbio l'abbandono della relazione coniugale e lo scioglimento definitivo di essa. Un'idea peraltro condivisa dalle corti americane (ma anche di altre giurisdizioni di common law) fino alla svolta recente in favore della libertà contrattuale. Al riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi nella fase postmatrimoniale viene dunque opposto, in questi casi, l'argomento dell'indisponibilità dello status (Cass. 11 giugno 1981 n. 3777, *Foro It.* 1982, I, 184 con nota di DI PAOLA e *Giur.It.* 1981, I, 1, 1553 con nota di TRABUCCHI, *Assegno di divorzio:attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, *Giust. Civ.* 1992, 1239 con nota di CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*; Cass, 4 giugno 1992, n. 6857, *Giur.it* 1993, I, 1, 338 con nota di DALMOTTO, *Sull'errore emendabile ex art. 287 sgg.*, Cass. 11 agosto 1992, n.9494, *Giur.It.* 1993, I, 1, 1495, Cass. 7 settembre 1995, n. 9416, *Dir.fam.* 1996, 931). È vero che la forza evocativa del leit-motiv degli accordi che preludono al "commercio di uno status familiare" sembra essersi recentemente affievolita. L'argomento risentiva di un modello di scioglimento del vincolo anteriore all'adozione dello schema no-fault, in cui determinante era la responsabilità dell'una o dell'altra parte nella rottura dell'unione: il suo superamento è dimostrato dalla scomparsa della colpa dal procedimento divorzile e dal riconoscimento della natura esclusivamente assistenziale dell'assegno, con relativa scomparsa di quella componente risarcitoria che era legata alla responsabilità per la fine del matrimonio. Tuttavia una certa resistenza è esercitata ancora dall'idea che questo genere di accordi sottintenda comunque un "prezzo" da pagare per il divorzio, fatto, questo, del tutto inappropriato "in un giudizio concernente uno status, dove cioè, la libertà di scelta e il diritto di difesa esigono, invece, di essere indeclinabilmente garantiti" (Cass. 11 giugno 1997, n. 5244, *Giur.It.* 1998, I, 1, 218 con nota di ERMINI).

Gli accordi anteriori al divorzio vengono infatti proiettati in uno scenario in cui la prestazione patrimoniale è considerata nella prospettiva di una potenziale contropartita di un atteggiamento processuale più morbido dell'altro coniuge nel giudizio di divorzio, che lo può indurre ad una mancata opposizione oppure a condizionarne comunque il comportamento difensivo (ancora recentemente Cass., 18 febbraio 2000, n.1810, *Foro It. Mass.* 209 ha ritenuto nullo l'accordo con il quale era stato concordato che se la moglie si fosse opposta alla domanda di divorzio sarebbe stata obbligata al rilascio della casa coniugale). Nella giurisprudenza la semplice predisposizione del piano economico spinge inevitabilmente un coniuge ad evitare di opporsi all'istanza di divorzio proposta dall'altro, con ciò risucchiando la disposizione dello status all'interno

di una negoziazione privata ("i vantaggi patrimoniali, riconosciuti ed accettati, assolvono alla diversa funzione di corrispettivo per il consenso preventivo al divorzio" così CARBONE, *Autonomia privata*, cit. 148) ed aprendo dunque la strada verso l'illiceità della causa.

L'abbandono della concezione tripartita dell'assegno per privilegiare la sua "natura eminentemente assistenziale", che la riforma del 1987 ha realizzato, contribuirebbe a rafforzare questa interpretazione, portando in esponente un altro argomento a favore della illiceità di tali accordi: la natura indisponibile dei diritti patrimoniali riconosciuti al coniuge divorziato (Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, *Corr.giur.*, 1992, 863, con nota di CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, secondo la quale l'attribuzione dell'assegno dipende dalla mancanza di mezzi adeguati e dall'impossibilità di procuraseli per motivi oggettivi). Questa indisponibilità è stata ribadita e fondata sulla determinazione ad opera del giudice ex art. 5 l. div. della misura e della modalità dell'assegno da corrispondere, disposizione che sottrarrebbe all'autonomia privata ogni spazio, insieme a quell'altra che permette al coniuge di chiedere in ogni tempo la sua revisione (art. 9 l. div.) (n. 27 B). A niente vale l'argomento a contrario della possibilità riconosciuta dalla legge di scegliere la liquidazione in unica soluzione una tantum, poiché anche questa non si sottrae al controllo giudiziale (di equità) (art. 5, 8 c. l. iv.) (in Francia la prestation compensatoire, forma di capitalizzazione in un'unica soluzione, costituisce la "regola" FERRANDO, *L'assegno di divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir.fam.pers.* 1998, 722 dove pure riferimenti ad altri ordinamenti). Ne conseguirebbe allora che, nonostante il suo carattere patrimoniale, l'assegno sarebbe irrinunciabile da parte del coniuge che ne ha diritto.

Una posizione che non sembra essere scalfita neanche dalla osservazione, da una parte, di quelle prassi giurisprudenziali che riconoscono regolarmente efficacia alle dichiarazioni con cui uno dei coniugi afferma che non sussistono i presupposti per l'erogazione dell'assegno oppure addirittura che non ne ha diritto (Cass. 14 novembre 1992, n.12235 cit.), né dalla constatazione, dall'altra, della possibilità di una rinuncia successiva (Cass. 28 febbraio 1966, n.616, *Foro It.* 1966, I, 1841, Cass. 26 ottobre 1968, n.3564, *M.G.C* 1968). E neppure vien dato peso al fatto che, sia l'assegno di divorzio che quello di separazione, postulano l'iniziativa dell'interessato attraverso la domanda, alla cui eventuale mancanza non può rimediare alcun intervento esterno. La dottrina da parte sua è rimasta piuttosto perplessa di fronte alla severità della giurisprudenza (BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale* in *Bonilini-Tommaseo*, *Lo scioglimento del matrimonio* 519, per una critica OBERTO, *I contratti nella crisi coniugale* I, 319, ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova 1997, DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano 1997, 157), muovendo una serie di obiezioni che fanno leva su diversi argomenti. In primo luogo, l'evidenza del dato normativo in cui l'accordo dei coniugi è diventato fondamentale nella separazione ed è anche il presupposto del divorzio su domanda congiunta, lasciano emergere una vera e propria "privatizzazione" delle relative procedure, anche se il peso dell'accordo continua ad essere diverso nelle due discipline (sulla diversa natura dell'accordo cfr. BRECCIA, *Separazione*, cit.). Non è mancato dunque chi, in un quadro di generale rivalutazione della determinazione pattizia delle condizioni di separazione e di divorzio, ha osservato l'anacronismo insito nel

continuare ad invocare l'ordine pubblico per fulminare tali accordi di nullità (trasfusi nella domanda di divorzio congiunto, essi sarebbero del tutto sottratti alla verifica giudiziale, anche se la giurisprudenza in questo caso fonda il diverso esito sull'argomento, per la verità assai debole, che la parti hanno "già deciso sul divorzio" e non lo hanno "semplicemente prefigurato": Cass. 11 agosto 1992, n. 9494,)
In secondo luogo, l'automatismo del procedimento ha completamente sottratto all'altro coniuge la possibilità di influire sul suo andamento con l'opposizione (COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro It.* 1995, V, 105 ss.; ALPA-FERRANDO, QUADRI, *La nuova legge sul divorzio. Profili patrimoniali*, Napoli 1989, 75, RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, divorzio, di nullità* in *Dir.fam.pers.* 1989,1, il quale ritiene che lo scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce un diritto potestativo non solo dei coniugi, congiunti..., ma anche di un coniuge soltanto" RUSSO, *Il divorzio "all'americana"*; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale, *Foro It.* 2001, I, 1, 1320).

E' semmai sotto il profilo del tempo che può riproporsi la questione della rilevanza di un eventuale comportamento ostruzionistico o dilatorio di uno dei coniugi e della sua incidenza sulla contropartita economica che è possibile spuntare. Sull'entità di quest'ultima potrebbe pesare infatti la necessità dell'altro coniuge di sciogliersi da un legame non più desiderato o di convolare a nuove nozze al più presto, tornando ad appannare la "purezza" che si richiede alle disposizioni che, come quelle in questione, incidono, sia pure indirettamente, sullo stato delle persone (sul punto esattamente OBERTO, *Prenuptial agreements* 217, ma anche GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva*, cit., che pure ritiene tali accordi invalidi per violazione dell'art. 160 c.c). Sotto un'altra prospettiva non si è mancato di sottolineare le perplessità che può sollevare una soluzione che conduce ad una frattura fra le diverse tipologie di rimedi della crisi coniugale, attribuendo peso determinante alle differenze strutturali fra separazione- rispetto alla quale gli accordi sono permessi- e divorzio- in cui invece non lo sono- a scapito della loro identità funzionale (FERRANDO, *Crisi coniugale*, cit. 261).

Non sono mancati neanche i tentativi di circoscrivere la portata del divieto, calibrando l'indisponibilità non sul diritto al mantenimento, ma sul potere di domandare al giudice una pronuncia che accerti la sussistenza di un diritto all'assegno. La "ratio" del divieto sarebbe costituita dalla necessità di tenere in considerazione le condizioni effettivamente esistenti fra i coniugi al momento dello scioglimento, non precludendo all'avente diritto questa possibilità ed assicurandogli una tutela assistenziale minima nell'ipotesi di separazione e di divorzio. Questo potere, in quanto effetto giuridico prodotto dal matrimonio, ricadrebbe allora nell'area coperta dall'art. 160 c.c. (GABRIELLI G., *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.* 1996, I, 699), sottraendo questo genere di accordi alla contrarietà all'ordine pubblico, per porli semmai nella prospettiva del contrasto con una specifica norma e non con l'intero sistema (con l'effetto ulteriore di non precludere a coniugi di cittadinanza diversa di adottare una normativa straniera che dovesse consentirli. Nel caso di un accordo fra due coniugi statunitensi residenti in Italia,

diretto a regolare i propri rapporti patrimoniali in contemplation of divorce, non viene ad esempio in oggetto alcuna questione di validità tipica del diritto interno, che resta dunque circoscritta al caso del matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani: così Cass., 3 maggio 1984, n.2682, Riv.dir.int.priv., 1985, 579 e Dir.fam.pers. 1984, 521).

Il divieto così ridefinito potrebbe così colpire anche eventuali accordi precedenti alle nozze, ma in contemplation of divorce, andando a rafforzare la barriera già eretta dalla giurisprudenza nei confronti della diffusione di questo genere di pattuizioni nel nostro ordinamento, senza però rasentare l'anacronismo della contrarietà all'ordine pubblico. Si è poi proposta una distinzione più accurata fra due diversi piani su cui può muoversi l'autonomia negoziale delle parti: quello vietato, in cui essa ha per oggetto immediato lo status, e quello invece che dovrebbe essere consentito, in cui l'oggetto delle disposizioni sono invece gli effetti patrimoniali che appunto dallo status derivano (COMPORTI, Autonomia privata, cit., 110, secondo il quale solo il primo, in quanto modo d'essere della persona regolato inderogabilmente dall'ordinamento giuridico, è indisponibile e pertanto eventuali negoziazioni si rivelerebbero nulle per impossibilità dell'oggetto e per contrarietà all'ordine pubblico). In questo modo i giudici dovrebbero essere sollecitati ad un più sottile screening del contenuto degli accordi (ancora recentemente CECCHERINI, i contratti, cit. 121, cfr. anche ZOPPINI, Autonomia, cit., 1527, ma già ZATTI, I doveri, cit. 68).

2.4. La portata innovativa di Cass. 8109/2000 (ed un riferimento a BverfG 6.12.2001). Questa tendenza restrittiva sembra in qualche modo segnare una rivincita della concezione "pubblicistica" della famiglia - sia pure nelle vesti di una "ultrattività" esclusivamente patrimoniale degli effetti del matrimonio (FERRANDO, Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici, Familia 2001, II, 258) ovvero dell'imperatività 'a oltranza' dell'intera disciplina degli effetti del divorzio (così esattamente BARGELLI, L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, Riv.crit.dir.priv.) - dura a tramontare. Da questa impostazione deriva una visione quanto meno paternalistica dei rapporti fra famiglia e Stato, in virtù della quale il pericolo potenziale di una prevaricazione del coniuge più debole, di una ipotetica menomazione del diritto alla difesa o la possibilità teorica di produrre un provvedimento giudiziale in frode alla legge, preclude l'ammissibilità di ogni tipo di accordo senza alcuna considerazione per i suoi contenuti concreti. Di conseguenza, la nullità automatica di qualunque deroga alla disciplina legale. Se non è infatti escluso che singoli accordi possano talvolta rivelarsi fonte di pregiudizio ed anche incidere, volendo adottare una prospettiva alla tedesca, su interessi pubblici come quelli che vengono in gioco quando un accordo, privando il coniuge bisognoso del sostegno necessario, si traduce in un aggravio per il Sozialhilfe (risultando, in quell'ordinamento, contrario all'ordine pubblico ex §138 Abs.1: cfr. ancora BARGELLI, op.cit.), una forma di inalienability così assoluta non può non sollevare dubbi: la presenza del pregiudizio dovrebbe essere infatti dimostrata in concreto (già GABRIELLI G., Indisponibilità preventiva, 701). Ancor più sospetta si rivela questa impostazione ove si rifletta poi sul fatto che di questo orientamento restrittivo si è servito prevalentemente il coniuge obbligato da un precedente accordo, risultato svantaggioso rispetto alla stessa disciplina legale, per sottrarsi alle

conseguenze del proprio impegno, venendo *contra factum proprium*. Insomma tutti sono d'accordo nell'invitare la giurisprudenza a riconsiderare il suo orientamento restrittivo proprio alla luce dell'oggettiva espansione dell'autonomia dei coniugi all'interno del diritto della famiglia. L'invito non è rimasto inascoltato. Infatti recentemente la Cassazione, pur non modificando il suo orientamento, non ha mancato di precisare la sua linea interpretativa, circoscrivendo l'ambito della declaratoria di nullità di tali accordi ed aprendo una possibile breccia per l'autonomia privata anche in questi frangenti. Nella sentenza, la Corte (Cass., 14 giugno 2000, n.8109, in Foro.it., I, 2001, 1318 con note di RUSSO E. e CECCHERINI G., in I contratti, 1/01 con nota di DELLA CASA M., in Corr. Giur. 2000, 1021, con nota di L.BALESTRA, in Fam. e Dir., 2000, 429, con nota di V.CARBONE, e in Guida al Dir., 2000, n.24, con comm. di M.FINOCCHIARO) ribalta innanzitutto l'angolo visuale con il quale aveva sempre guardato a questi accordi, e ne sostiene la validità tutte le volte in cui non dispongano per il futuro dell'assetto dei rapporti economici fra coniugi, ma riguardino invece il passato, "ponendo fine alle controversie insorte fra i coniugi". In ciò la Corte sembra riprendere il filo di una linea interpretativa in cui aveva a più riprese ammesso la validità di una transazione o di una rinuncia, purchè non fosse compromessa la posizione del "coniuge più debole"; una cautela che, assunto il punto di vista di chi guarda al futuro, aveva risolto tecnicamente attraverso l'inefficacia parziale dell'accordo e l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*. L'esigenza di guardare al contenuto concreto dell'accordo traspariva anche quando la Corte si decideva per la negativa, dichiarando la radicale nullità degli accordi fra i coniugi: al di là della retorica con la quale aspetti come "il bene del rimanere in matrimonio" o la condizione esistenziale di un contraente "più ottimista e desideroso di rifarsi una vita" vengono enfatizzati in motivazione, è evidente come il nodo sia offerto dalle condizioni particolari nelle quali versano i contraenti, l'uno che deve accettare l'accordo "pur di percepire al più presto possibile un vantaggio economico che il suo stato di inferiorità gli fa apparire più vistoso ai suoi occhi", e l'altro che, desideroso di sciogliere il vincolo, è costretto "a subire anche odiosi ricatti, concedendo sul piano economico molto più del giusto" (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, Foro It., 1982, I, 184). In realtà, in quella sentenza la Cassazione, pur continuando a parlare di nullità, lasciava aperta la strada alla sua esatta qualificazione; anzi non escludeva che questi accordi potessero avere una qualche efficacia (così già puntualmente RUSSO E., Gli atti determinativi, cit., 20). La Corte escludeva soltanto che quell'efficacia potesse coincidere con la forza di legge che di solito si riconduce ex art. 1372 c.c. al contratto, ma non la negava in maniera assoluta, semmai poneva l'eventuale contrattazione all'ombra del controllo giudiziale che - provvedendo alla determinazione del contenuto economico dell'obbligo ("offre tutte le garanzie insite nell'intervento del giudice e del P.M.") - ne predisponesse la base. Così, in un passo estremamente significativo, non senza aver pagato ancora una volta un tributo retorico alle "ragioni di ordine pubblico che non consentono la predeterminazione convenzionale degli effetti di un istituto socialmente tanto importante quale il matrimonio", ribadiva che, fra gli elementi da prendere in considerazione, vi fossero proprio "gli accordi raggiunti e perduranti tra i divorziandi come progetto di massima del regime del loro divorzio, le motivazioni addotte per giustificarlo, nonché - com'è ovvio - quanto uno dei due abbia già

anticipato all'altro a titolo di risarcimento per il fallimento del matrimonio o di compenso per il contributo personale ed economico ricevuto alla conduzione familiare e al proprio successo". Nella sua brevità, la decisione del 2000 affronta in maniera esplicita questi profili. Sebbene sia possibile, come sempre, criticare lo strumento tecnico adottato - la nullità relativa, peraltro ispirata alla stessa logica che muove le ipotesi legislative in cui è presente uno squilibrio fra i contraenti nella fase formativa del contratto (le c.d. nullità di protezione, su cui cfr. PASSAGNOLI, Nullità speciali, Milano 1995, 20) - non si può negare che la sentenza abbia finalmente portato alla ribalta il vero nodo di questi accordi: la situazione di squilibrio nei rapporti di forza fra i coniugi normalmente enfatizzata nelle situazioni di "crisi" coniugale, cui lo strumento della nullità relativa dovrebbe fornire una soluzione plausibile (critiche in RUSSO, Il divorzio "all'americana", cit., 1325, secondo il quale il problema fuoriesce dalla sfera della nullità per entrare in quello dell'efficacia, essendo il programma negoziale in sé lecito ma difforme quantitativamente rispetto alla misura legale. Si dovrebbe parlare allora di inefficacia parziale e non già nullità, chiamando in gioco l'intervento integrativo del giudice. Altre riserve sul punto in FINOCCHIARO, Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi una "rivoluzione" annunciata solo dalla stampa, Guida dir. 2000, 42).

Come si è precisato, non siamo però di fronte ad un revirement: la Corte formalmente non disconosce l'orientamento sin qui sostenuto e nel ribadire la nullità per illiceità della causa degli accordi in vista del divorzio, giustifica ancora l'indisponibilità dell'assegno, sostenendo la sottrazione all'autonomia privata della sfera dei rapporti patrimoniali successivi allo scioglimento del matrimonio. Ma l'occasione è propizia per puntualizzare la "ratio" di quell'indisponibilità, ora ravvisata nella necessità di "tutelare la posizione del coniuge economicamente più debole che chiede la corresponsione dell'assegno" (Cass., 14 giugno 2000, n.8109, cit.), con il risultato di sbarrare la via - sia pure in contraddizione con l'evocazione dell'illiceità della causa - alla possibilità che il coniuge obbligato dall'accordo la faccia valere al solo scopo di sottrarsi successivamente ad esso. Vero è che in ciò la Corte è facilitata dalla progressiva ascesa delle nullità di protezione di importazione comunitaria, che permette di lasciar convivere nello stesso contenitore - in modo, per qualcuno, sia pure eccessivamente promiscuo - meccanismi di protezione di interessi qualitativamente diversi. Ma non bisogna dimenticare come la maggior parte dei casi portati all'attenzione delle corti fino ad allora vedeva il coniuge obbligato cercare di sottrarsi al suo adempimento facendo valere la nullità dell'impegno assunto pattiziamente (Cass., 8 gennaio 1997, n. 75, Giur.It., 1998, 259, in cui è l'INPS come somministrante a sollevare la questione, Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, Giur.It., 1992, I, 1, 156, che riguarda - previsto da un accordo omologato - il diritto di abitazione della casa familiare; Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in cui il marito è tenuto alla costituzione di un usufrutto sulla casa familiare; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840; Cass., 13 gennaio 1993, n. 348). Questa volta però la Cassazione fa espresso riferimento alle "posizioni rovesciate" con cui i coniugi, nel caso di specie, si presentano rispetto all'equazione invalidità dell'accordo=tutela della parte debole, costruita dalla stessa giurisprudenza di legittimità, apprestandosi a far salvi quegli accordi in vista del divorzio stipulati in favore del coniuge che ha diritto all'assegno. In tal modo la Corte lacera il velo della

genderblindness, anche se non esplicitamente (CATANOSI, Accordi in vista del divorzio e "ottica di genere". Uno sguardo oltre Cass. 8109/2000, in Riv.crit.dir.priv., 2002, 169): la libertà contrattuale in questo contesto non è più considerata cattiva in sé, in sé portata a pregiudicare la posizione del coniuge più fragile rispetto alle garanzie accordate dal regime legale; può anzi essere migliorativa di quello, ma quest'ammissione implica allora un controllo da parte del giudice circa il contenuto dell'accordo e dunque un'attenzione concreta alla posizione delle parti. Ma come già detto, questo non è, almeno esplicitamente, un revirement, e la decisione può essere ricondotta nell'alveo dell'orientamento consolidato attraverso un espediente con cui l'accordo in oggetto è sganciato da ogni collegamento con la situazione postdivorzile. La Cassazione - si è sottolineato in esordio - ribalta qui l'angolo visuale, passando da una visione prospettiva ad una retrospettiva, in cui l'accordo con il quale il marito si impegna al pagamento di una somma mensile "vita natural durante" a favore della moglie, mira a "porre fine ad alcune controversie di natura patrimoniale" insorte fra i coniugi "senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici fra i coniugi conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio" (Cass. 14 giugno 2000, n. 8109 cit., riprendendo una linea giurisprudenziale già espressa in Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, Fam.dir. 1994, 660, in cui la corte si era già affidata alla transazione per giustificare la validità di "attribuzioni patrimoniali effettuate al di fuori di qualsiasi controllo del giudice" purchè in grado di eliminare una situazione conflittuale).

La connotazione "transattiva" dell'accordo offre dunque una sorta di lasciapassare alle manifestazioni di autonomia privata. Pur non potendo incidere direttamente sulla misura dell'assegno, gli accordi possono comunque riflettersi indirettamente sull'assetto economico dei coniugi nella fase successiva al divorzio: l'erogazione di una somma mensile non può non incidere sulle condizioni economiche del coniuge. Di essa e di tutte le altre elargizioni che possono influire sul reddito, come per esempio quelle che provengono dai parenti o dal convivente more uxorio, dovrà tenere conto il giudice nel caso in cui il beneficiario, "che pure abbia rinunciato ad ogni altra pretesa economica", dovesse chiedere l'assegno di divorzio. Accanto dunque agli accordi in vista della separazione, del divorzio e dell'annullamento che regolano i diritti alimentari e di mantenimento, vengono alla luce un altro genere di accordi, di natura "transattiva", rivolti a regolare questioni oggetto di accordi informali fra i coniugi, come quelle relative ad eventuali contributi, collaborazioni, arricchimenti ed intestazioni di beni ai quali si ritiene di voler dare una definizione (es. la ripartizione del prezzo della vendita di un immobile, formalmente intestato ad entrambi, ma acquistato con i risparmi di uno soltanto Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, o l'attribuzione del diritto sulla casa familiare Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, Giur.It., I, 1, 157, Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, Giur.It. I, 1, 1078). Di essi, allora, dovrebbero essere coerentemente portati in esponente e verificati con più precisione da parte delle corti i presupposti: le contrapposte pretese ed i diritti sui quali l'effetto transattivo dovrebbe incidere, come anche la consistenza dei reciproci sacrifici che comporteranno una modificazione del rapporto o della prestazione dedotta nel rapporto (così esattamente PALAZZO, Transazione, in Tratt.dir.priv.). Questa può essere sin d'ora la strada per realizzare contrattualmente validi assetti d'interessi, capaci di tener conto di apporti e contributi, come gli investimenti in capitale umano, di cui,

come si è detto, il regime legale non tiene tendenzialmente conto (supra, § 1.6). Se però tralasciamo per un momento il dato della qualificazione giuridica dell'accordo e torniamo al punto che ha portato questa sentenza agli onori della cronaca, quello della nullità relativa che riassume la questione dei limiti imposti all'autonomia privata sul dato concreto della sua potenzialità di determinare in pejus la posizione della moglie divorziata, sveliamo uno scenario in cui il controllo giudiziale, eventualmente molto penetrante, si appresta a diventare la vera frontiera della libertà contrattuale dei coniugi nel nostro sistema. Un controllo che, nel valutare gli assetti patrimoniali, non può prescindere dalla - anzi si incentra sulla - considerazione dei ruoli sociali imposti ai generi nelle relazioni familiari. Questo percorso, sebbene ancora involuto nella giurisprudenza in parola, curiosamente avvicina Cass. 8109/2000 ad una decisione del tribunale costituzionale tedesco di poco successiva (BVerfG, 6.2.2001, si può leggere in www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen. Sulla stessa linea interpretativa si pone la successiva BVerfG, 29.3.2001, ibidem), che pur muovendosi in uno sfondo di segno opposto rispetto a quello a noi familiare, approda alla teorizzazione della necessità di un controllo giudiziale degli accordi fra i coniugi direttamente calibrato sulle condizioni sociali determinate nella famiglia dai ruoli di genere (in tal senso CATANOSSI, Accordi, cit.). L'intervento del Bundesverfassungsgericht è occasionato dal ricorso presentato da una donna che, in stato di gravidanza e già madre di un figlio avuto in un precedente matrimonio, era stata indotta dal futuro marito a sottoscrivere un accordo con il quale rinunciava, in caso di divorzio, al mantenimento per sé e per il nascituro. A divorzio avvenuto la donna si trova priva di mezzi di sostentamento e impugna il contratto. Come dicevo, la decisione irrompe in un background decisamente orientato in favore della validità degli accordi fra coniugi, anche di quelli contenenti una rinuncia al mantenimento. Non solo specifiche norme del BGB concedono ampi spazi all'autonomia contrattuale nella famiglia (Ehevertraege, § 1570 BGB XXX), ma anche la Cassazione tedesca, il Bundesgerichtshof, ha costantemente interpretato questi spazi in senso conforme alla 'logica degli eguali', mostrando maggiore sensibilità per le ragioni di una piena libertà contrattuale, che per quelle della giustizia contrattuale [DAUNER-LIEB B., Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, in AcP 201 (2001), 295]. Ora, la decisione del BVerfG sembra destinata a segnare una svolta in questo settore: la validità dell'accordo viene sottoposta al controllo del giudice a garanzia dei diritti fondamentali dei soggetti che vi sono coinvolti - secondo un abito nient'affatto inconsueto nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ma destinato a stravolgere il quadro dell'autonomia privata in questo particolare settore, in cui il contratto incide, quasi per definizione, sui bisogni esistenziali delle persone. E all'esame della corte il contratto in oggetto risulta invero lesivo dei diritti fondamentali della moglie: in particolare, del diritto al pieno sviluppo della personalità individuale garantito dall'Art. 2, Abs. 1 GG e del diritto alla tutela e al sostegno della maternità ex Art. 6, Abs. 4 GG. In ciò l'esito della pronuncia, trattandosi di diritti fondamentali, potrebbe sulle prime apparire scontato. Meno scontato è il fatto che il BVerfG ravvisi nel controllo di merito sul contenuto del contratto e nell'eventuale correzione di detto contenuto mercé il ricorso alle clausole generali del diritto privato, un preciso dovere del giudice a garanzia del rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti ed ogni volta che la posizione di un partner contrattuale sia squilibrata ed eccessivamente onerata rispetto a quella dell'altro. Tanto rinvia sia ad

una verifica della conformità del contratto all'ordine pubblico (*Sittenwidrigkeit* ex § 138 BGB), sia ad un controllo del suo contenuto con riguardo alle circostanze che ne hanno caratterizzato la conclusione, secondo un modello di scrutinio giudiziale simile a quello che viene in gioco nel common law americano nei casi di unconscionability. Altresì rilevante, a quest'ultimo riguardo, che lo stato di gravidanza della donna sia interpretato come elemento in grado di determinare (anche se non automaticamente) lo squilibrio e la soggezione rispetto alla controparte contrattuale: la circostanza fotografa uno stereotipo sociale purtroppo diffuso ed è in realtà alquanto ricorrente nella casistica relativa agli accordi fra i coniugi (la si ritrova, infatti, in entrambe le sentenze del BverfG citate, come in numerosi casi americani).

2.5. Uguaglianza fra i coniugi e onerosità degli accordi della crisi familiare
Gli accordi fra coniugi che si sono definiti di natura 'transattiva', cioè volti a regolare questioni patrimoniali spesso oggetto di promesse non formalizzate e relative ad eventuali contributi, collaborazioni, arricchimenti, ancora in attesa di definizione, sono in qualche misura un'espressione recente dell'autonomia privata familiare. In effetti, a fronte della prestazione del coniuge (uomo), in passato, difficilmente riusciva a scorgersi una pretesa contrapposta da parte dell'altro coniuge (donna), al di là di quella che si materializzava nell'obbligo di mantenimento, a sua volta considerato il prodotto essenziale del prolungamento dei doveri di solidarietà coniugale oltre la cessazione del vincolo matrimoniale (la c.d. solidarietà post-coniugale: Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, *Giur.It.*, 1981, I, 1, 516, ancora recentemente Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, *Corr.giur.*, 1992, 863 e BIANCA, *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le sezioni unite della Cassazione hanno deciso*, *Riv.dir.civ.*, 1991, II, 226). Di conseguenza diventava inevitabile anche localizzare l'autonomia privata in uno spazio piuttosto rarefatto ai confini del contratto. Stretta fra il contratto con funzione solutoria, la cui efficacia rimaneva strettamente collegata alle vicende dell'obbligo, e l'atto negoziale non contrattuale che, attraverso un aggiornamento del modello del negozio di diritto familiare, ed alla clausola *rebus sic stantibus*, l'autonomia privata poteva svolgersi comunque soltanto all'interno di un fitto reticolo di regole legali (di funzione regolativa sulla base delle sentenze "determinative" parlava RUSSO, , *COMPORTI*, op. cit., 114, DORIA, *Autonomia*, cit. 252 e ANGELONI, 308 con l'ulteriore distinzione fra negozi di accertamento dell'obbligo legale con funzione soltanto determinativa e quelli invece con funzione solutoria o integrativa, diversamente cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 748 e CECCHERINI, 43). Ora con la rivalutazione del contributo, anche casalingo, di entrambi i coniugi alla produzione della ricchezza familiare, diventa possibile chiarire, al di là della prospettiva convenzionale dell'obbligo di mantenimento, quali sono le pretese che l'uno può accampare nei confronti dell'altro. Di qui la necessità di un'espansione in tal senso della libertà contrattuale nella famiglia, espansione che nella prospettiva di un pieno riconoscimento da parte della giurisprudenza, andrà inevitabilmente a saldarsi con quelle espressioni di negozialità che coincidono con la scelta del regime patrimoniale primario, al momento sottratto ad ogni forma di controllo e verifica dei presupposti, in virtù della sua rigida tipicità, sebbene sia a sua volta frutto di

pattuizioni e fonte di aspettative fra i coniugi.

Ma facciamo un passo indietro. In precedenza, il genere di patti in parola trovava la propria sede quasi esclusivamente all'interno delle procedure giudiziarie di separazione e di divorzio, dove ancora è ampiamente utilizzata per capitalizzare una tantum il contributo al mantenimento del coniuge separato o dei figli o l'assegno di divorzio, secondo quanto prevede la legge stessa. È ovvio chiamare in causa l'autonomia privata per fondare questo potere di commutare l'obbligo di mantenimento in una prestazione una tantum (è negli anni sessanta che la Cassazione inaugura l'indirizzo che ammette la possibilità di costituire un diritto reale immobiliare, nel caso si trattava di in diritto di abitazione, in occasione della crisi coniugale. Indirizzo succesivamente ribadito a più riprese Cass. 66 in cui le parti si erano limitate a definire "proprietaria" di un certo immobile la moglie, Cass. 72. l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili o di capitale in denaro estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione, Cass.78). Soltanto successivamente questo genere di patti comincia a figurare sempre più di frequente a fianco di un negozio di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta, allo scopo di comporre e definire pretese relative ai rapporti pregressi fra i coniugi - che possono toccare la titolarità di singoli beni mobili ed immobili - fino al punto da rivelare innegabili profili "transattivi". Se, nel primo caso, l'autonomia privata si muoveva all'ombra di un procedimento dal quale magari non dipendeva l'efficacia delle pattuizioni, ma pure esse vi si inserivano soltanto per determinare le modalità di esecuzione di un obbligo già altrove definito, le cose erano destinate a cambiare nel secondo caso. Proprio dalla contiguità di questi accordi "transattivi" con il procedimento di separazione e divorzio sono originate le maggiori perplessità. Prestazioni di carattere pecuniario e trasferimenti di diritti vengono sospettati, in questo frangente, di rappresentare il risultato di circostanze "anomale" che vengono a prodursi in occasione della crisi coniugale, fino a costituire la vera e propria contropartita di condotte più arrendevoli di controparte nei relativi procedimenti.

E' soltanto con gli anni Ottanta, però, che la giurisprudenza comincia a mettere a fuoco la questione della natura del negozio con cui il coniuge si obbliga a trasferire all'altro determinati beni "successivamente all'omologazione della loro separazione personale consensuale ed al dichiarato fine della integrativa regolamentazione del relativo regime patrimoniale", delineando un vero e proprio contratto atipico "con propri presupposti e finalità", diverso comunque sia dalla convenzione matrimoniale, che dalla donazione e pertanto "validamente stipulabile, con scrittura privata, senza necessità di atto pubblico (art.1350 c.c.)" quando riguarda beni immobili. Questo contratto atipico non potrebbe essere assimilato alle convenzioni matrimoniali in quanto queste si fondano sul "normale svolgimento della convivenza coniugale" e presuppongono il "riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione", né alle donazioni, poiché non trova la sua ragione esclusiva nello spirito di liberalità, bensì nel regolamento dell'"assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati". Un profilo che verrà ribadito e precisato in una pronuncia di poco successiva, in cui la Cassazione (Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500 Corr.giur. 1988, 144, con nota di Mariconda V. e Giust.civ. 1988, I, 1237, con nota di Costanza), chiamata a valutare la legittimità di un contratto in cui il trasferimento non viene direttamente realizzato dalle

parti, ma soltanto programmato, sceglierà la discutibile veste del contratto preliminare (di che cosa? si è chiesta giustamente la dottrina) per dare veste giuridica alla promessa di uno dei coniugi di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile. Se rispetto alla qualificazione della sequenza messa in piedi fra le parti in termini di preliminare e definitivo, perplessità continuano tuttora ad essere vive, è invece sul versante della meritevolezza degli interessi che la risposta sembra aver fugato tutti i dubbi. La Corte fonda infatti l'accordo fra le parti sulla realizzazione dello stesso interesse che "nell'ambito dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio è previsto e tutelato dal legislatore con apposite norme dirette a proteggere la posizione del coniuge meno abbiente", riconoscendo dunque la più ampia libertà delle parti di determinare l'entità delle prestazioni necessarie "al mantenimento del coniuge più debole". E ciò anche indipendentemente dall'omologazione del tribunale "nei limiti in cui non siano lesive delle norme relative al mantenimento o agli alimenti". Viene dunque affermata la piena validità di un accordo atipico con cui le parti realizzino un "soddisfacente assetto dei propri interessi economici" in vista della separazione, sul presupposto che esso possa mimare quanto appunto accade con il regime legale, e se ne tracciano al tempo stesso i limiti da cui le parti non devono debordare.

La Cassazione tiene così a battesimo un filone giurisprudenziale che avrà molta fortuna. Prende corpo infatti l'idea che il vincolo obbligatorio di trasferire un bene possa essere assunto in sede di separazione dal marito a favore della figlia minorenni a titolo di contributo per il mantenimento della stessa, o di costituire l'usufrutto a favore della moglie, trasferendo la nuda proprietà ai figli minori, possa trovare cittadinanza nel nostro ordinamento - senza ricorrere alla donazione- come un valido contratto preliminare a favore di terzo. E che lo stesso possa accadere rispetto all'impegno di costituire l'usufrutto a favore della moglie e di trasferire la nuda proprietà dell'immobile ai figli, ritenuto appunto "contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi" (Cass. 1988, eseguibile anche in forma specifica ex art. 2932 c.c. Cass 1991).

2.6. Il problema del fondamento causale degli accordi della crisi familiare Aver scartato, del resto correttamente, l'ipotesi del carattere liberale dell'attribuzione, ripropone però la questione del fondamento causale di quel contratto atipico caratterizzato da "presupposti e finalità" con il quale i coniugi definiscono il proprio "assetto personale e patrimoniale". Una soluzione fondata è sicuramente quella che porta in esponente la "funzione solutoria" del contratto, ricollegato esattamente all'adempimento di un precedente obbligo, nel nostro caso quello di mantenimento previsto dalla legge (questi accordi insieme ai relativi trasferimenti ai quali danno luogo possono trovare altre giustificazioni causali come quella legata alla divisione, qualora si siano già verificate le cause di scioglimento del regime previste dall'art. 191 c.c.).

E' evidente infatti che, da una parte, la preesistenza di una obbligazione legale offre il corretto inquadramento sia per il contratto obbligatorio, con il quale ci si assume l'impegno a trasferire, sia per quello con il quale si attua il trasferimento, essendo idonea a costituirne il fondamento causale, secondo il modello della causa "esterna". Ma, dall'altra, la funzione solutoria, collegata com'è ad una obbligazione precedente,

non può essere mai chiamata in causa finchè quest'ultima non si è materializzata. E lo stesso vale per tutte quelle ricostruzioni che, come la *datio in solutum*, mettono in evidenza il dato dell'estinzione soddisfattiva di un precedente credito. La mancanza di una obbligazione certa e determinata nel suo ammontare, che possa fungere da presupposto dell'atto di autonomia privata, finirebbe per limitare quest'ultima in un ambito eccessivamente ristretto rispetto a quello che emerge invece dalla prassi, dove gli accordi non di rado riguardano anche l'esistenza dei presupposti che permettono all'obbligo di concretizzarsi.

E' in questa prospettiva che vengono individuati dei "negozi determinativi del contenuto degli obblighi legali", negozi cioè con i quali le parti accertano l'esistenza di quel complesso di situazioni di fatto e circostanze rilevanti per la concretizzazione degli obblighi legali e che, una volta verificata la ricorrenza, provvedono a determinarne il contenuto ed a specificare le modalità dell'adempimento (cfr. RUSSO E., *Le convenzioni*, cit., 186). Come tutti i negozi di accertamento, anche questi lasciano dietro di sé lo strascico scomodo della loro controversa natura giuridica che tocca in primo luogo la qualità degli effetti che possono produrre. Anche se si accoglie la loro versione più forte - quella cioè che gli nega efficacia soltanto dichiarativa, per metterne in evidenza invece l'efficacia preclusiva (sul punto cfr. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, *Enc.dir.*, I, Milano 19xx; CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, *Enc.giur.*, I, Roma, 1988; Di Paolo, voce *Negozio di accertamento*, *Digesto IV ed.*, *disc.priv.*, *sez.civ.*, XII, Torino, 1995, 54, ss.) - non vi è dubbio che questa debba essere rimodellata per l'occasione, in ordine agli effetti ed alle eventuali sopravvenienze. Mentre l'accertamento presuppone una situazione incerta che il negozio rimuove, gli obblighi determinativi invece presuppongono una situazione certa sulla quale il negozio interviene soltanto per precisarne i presupposti ed i contenuti. Questi negozi determinano il contenuto di tali obblighi senza però far nascere una situazione nuova: il rapporto giuridico rimane infatti regolato dalla vecchia fonte. Al tempo stesso, come accade per le altre ipotesi tipiche della confessione stragiudiziale (art. 2732 c.c.), e del riconoscimento di debito (art.1988 c.c.), la situazione persistente non scompare del tutto, ma continua a giocare un ruolo, conducendo all'inversione dell'onere della prova. In queste ipotesi, infatti, spetterà al coniuge che volesse "contestare" l'accordo, di provare la difformità di esso rispetto alle sue effettive condizioni o il suo errore di fatto. La costruzione dà luogo allora ad un negozio tendenzialmente revocabile, la cui efficacia è limitata rispetto a quella normalmente riconosciuta al contratto, poiché è destinata ad essere rivista se le circostanze originariamente presupposte non corrispondono a quelle previste dalla legge o gli eventi sopravvenuti modificano il quadro. Non ci si può stupire che sia stata messa in discussione allora l'esistenza di una vera e propria *res dubia*, per fare leva piuttosto sulla *res litigiosa*. La presenza di una lite in atto o la necessità di prevenirne una futura (anche sul semplice quantum) portano in esponente l'indiscutibile natura "transattiva" che tali accordi possono avere, anche se, ovviamente, per potersi parlare davvero di transazione è necessario che si accompagnino alla presenza delle reciproche concessioni. Cosa peraltro non sempre evidente in tali frangenti (Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Corr.giur.* 1991, 891 con nota di Cavallo, Cass., 12 maggio 1994, n.4647, in *fam.dir.*, 1994, 660, con nota di Cei, ed in *NGCC*, 1995, I, 882, con nota di Buzzelli. Sul punto vedi anche OBERTO,

Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio, XXXX). L'effetto prodotto dalla transazione, peraltro, va ben al di là di quelli normalmente riconosciuti a questi accordi, allo scopo di lasciare aperta la possibilità di adeguare la situazioni di fatto esistenti al momento della loro conclusione. Portare in esponente l'elemento transattivo significa però evocare gli effetti preclusivi che a tale qualificazione conseguono, con il risultato di abdicare alla possibilità di rivedere la situazione ogni volta che le circostanze presupposte dall'accordo mutino. A meno di non voler seguire il percorso della Cassazione, che lo considera valido soltanto rispetto al passato, lasciando impregiudicata la possibilità di una domanda successiva.

La necessità di superare questo scoglio ha indotto altra parte della dottrina a far leva sul carattere "regolamentare" delle rispettive pretese patrimoniali che possono sorgere quando un rapporto finisce o è in crisi, sulla necessità di definire i rapporti patrimoniali nati con il matrimonio. In un interessante sforzo ricostruttivo, che si richiama anche alla tradizione (la causa divortii escludeva l'applicazione del divieto di donazioni fra coniugi nel diritto romano: cfr. OBERTO, Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica, Foro It., 1999, I, 1, 1306), si è cercato di sottrarre all'area della atipicità quegli accordi con i quali i coniugi definiscono e regolano gli aspetti patrimoniali della separazione (e del divorzio ?), individuando la causa "tipica" di quello che diventerebbe un vero e proprio contratto nel riferimento legislativo alla determinazione pattizia delle "condizioni della separazione consensuale" contenuto nell'art. 711 c.p.c. e nel riconoscimento della liquidazione una tantum dell'assegno divorzile dall'art. 5, 8 comma, I.div.

In questo modo prende vita un "negozio che dovrebbe abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimenti di diritti patrimoniali compiuti, con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale" per la definizione dei rapporti insorti durante la vita in comune (così OBERTO, XXX, 161). Le condizioni alle quali il codice fa riferimento non sarebbero soltanto quelle che lo stato di separazione impone alla famiglia, ma anche quelle che i coniugi individuano come la base minima indispensabile per addivenire alla definizione consensuale della separazione e dunque anche quelle relative all'assetto dei loro rapporti patrimoniali (di "causa tipica di definizione della crisi coniugale" parla OBERTO, I contratti della crisi coniugale, I, cit. 710).

Anche gli accordi patrimoniali relativi ad una separazione di fatto potrebbero rientrare in questa sfera, se la definizione delle rispettive pretese viene vista come condizione del consenso prestato non ad una procedura prevista dalla legge, ma alla decisione dei coniugi di non abitare più insieme. E' ovvio che l'adozione di questo particolare angolo visuale permetterebbe di attrarre nell'area operativa di questa "causa" anche accordi non direttamente connessi alle pretese che uno dei coniugi vanta nei confronti dell'altro a causa del rapporto coniugale, come nel caso del risarcimento del danno previsto dall'art. 184 c.c., ed anche tutti quegli altri accordi di cui il matrimonio costituisce soltanto l'occasione, o che siano addirittura fondati su di una causa autonoma.

2.7. Una proposta di ricostruzione unitaria (per un rilancio della specialità del diritto di

famiglia)

In realtà, come spesso è accaduto in passato, neanche questo tentativo si sottrae all'ambiguità del concetto di causa, in perenne bilico fra l'accezione di causa-funzione e l'idea di causa come ragione giustificativa dell'attribuzione (SACCO, Il contratto, in Trattato di diritto civile, a cura di Rodolfo Sacco, XXX). Aver infatti individuato in astratto una funzione prevista dall'ordinamento non ci dice ancora molto della ragione giustificativa dei singoli trasferimenti, né della loro liceità. Vi è il sospetto che la giustificazione sulla base della "definizione consensuale delle pendenze" da sola non basti a sostenere l'attribuzione, potendo al più consentire di giustificarne l'autonomia funzionale, al fine di impedire che sia travolto dal venir meno del negozio fondamentale di separazione (non è casuale che anche il maggiore sostenitore di questa ricostruzione ritenga opportuno accompagnare l'accordo alle previsioni di reciproche concessioni o alla forma solenne della donazione: cfr. Oberto, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX). Questo profilo è colto chiaramente da parte di chi richiama la possibilità che i coniugi concludano un contratto traslativo di diritti in assenza di alcun dovere di mantenimento (BRIGANTI, Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali, in Famiglia e circolazione, cit., 33), anche se poi si rinuncia ad indagare sulla causa giustificativa, ripiegando ancora una volta sulla donazione. Ancora recentemente una scrittura privata con la quale il marito trasferisce alla moglie la proprietà di una costruzione "realizzata da entrambi i coniugi" sul suolo di sua proprietà esclusiva (e successivamente stipula con lei una convenzione matrimoniale di separazione dei beni) viene ritenuta valida dalla Cassazione che la considera "atto a causa atipica, non liberale, ma corrispettiva, dall'effetto evidentemente costitutivo" (Cass., 12 maggio 1999, n.4716 in Vita not., 2001, 1 con nota di RUSSO, Ripetizione dell'indebito nei rapporti fra i coniugi, convenzioni matrimoniali e pubblicità del fondo patrimoniale, di DORIA, Atto di disposizione tra coniugi e "causa" familiare, ivi, 727 e di LENER G., Convenzione matrimoniale e collegamento negoziale, ivi 735). La Cassazione molto opportunamente esclude la natura liberale dell'attribuzione, portando in esponente l'esigenza di definire i rapporti patrimoniali relativi alla costruzione che trovavano il loro fondamento in un precedente accordo in virtù del quale uno dei coniugi si era probabilmente impegnato a trasferire la proprietà in cambio di un "contributo" per la sua costruzione, senza peraltro approfondire il collegamento ["gli apporti alla realizzazione della costruzione, che per legge si presumono resi dal coniuge non proprietario, trovano corrispettivo in un suo credito verso l'altro" e proprio a questo credito per il contributo prestato riconduce la corrispettività che permette di salvare l'attribuzione, lasciando dunque "emergere il dato sostanziale del contributo apportato (dalla moglie) alla costruzione" (Cass., 12 maggio 1999, n. 4716, cit.]. I commenti dottrinali che l'hanno seguita si sono soffermati sulla prima parte della decisione, disputando sull'adesione o meno della corte all'idea di una "causa" familiare, tale da condurre questo genere di controversie al di fuori delle secche degli strumenti negoziali classici - come la transazione ad esempio - in un'area che sarebbe invece caratterizzata da una logica diversa: quella dei rapporti familiari, in cui le ragioni di carattere patrimoniale sono nella maggior parte dei casi strettamente intrecciate con quelle di carattere esistenziale (salvo che non sia rinvenibile alcuna diversa intenzione tipica prevalente: cfr. DORIA, Autonomia privata, cit., 292; nello stesso senso l'impostazione generale di PALMERI, Il contenuto atipico dei negozi familiari, cit., ma

diversamente, ANGELONI, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997).

Certo non può negarsi che, nel caso in questione, come del resto in molte altre ipotesi, sia estremamente difficile dipanare l'intreccio che si viene a creare fra quelle ragioni ("ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi che, nel loro insieme, influenzano i termini ed i caratteri dell'attività negoziale tra coniugi, rinvenibili ed identificabili alla stregua delle regole e dei principi generali del diritto patrimoniale" così ancora recentemente DORIA, Atto di disposizione, cit., 730, sulla scia di SACCO, Se tra i coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni, in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia dedicate a Trabucchi, Padova, 1989, 93, "il quanto della gratuità pura, il quanto della funzione remuneratoria di servizi, il quanto del dovere di coscienza, il quanto dell'obbligazione naturale, il quanto della funzione risarcitoria, presenti nell'atto e destinati a presidiarlo" è assai difficile da valutare). Se può suscitare dei dubbi il ricorso alla transazione, soprattutto in quelle ipotesi in cui è difficile scorgere una possibile controversia fra le parti - come accade ogni volta che i coniugi vengono considerati automaticamente "in lite" di fronte ad una semplice possibilità di separazione o divorzio o come, nel caso di specie, soltanto di fronte ad una semplice eventualità - non minori sono le perplessità però che può provocare il tentativo di dilatare lo schema della causa-funzione per giustificare il trasferimento. Ora, evidentemente, se è proprio questo intreccio a rendere la questione problematica, è su di esso che è necessario mettere l'accento, rivalorizzando i presupposti sui quali questi trasferimenti poggiano. L'alternativa, dunque, non è fra il comprimere il complesso delle relazioni familiari nello schema delle cause tipiche del diritto patrimoniale, e l'individuazione di un passepartout - nelle vesti di una nuova funzione oggettiva - in virtù del quale tutti i trasferimenti endofamiliari possono trovare giustificazione. E' piuttosto importante assicurare il controllo di questi trasferimenti recuperando tutto lo spessore del problema della loro giustificazione causale nel senso gorliano più preciso di cause suffisante. Cosa che non implica assolutamente l'abbandono delle peculiarità delle relazioni familiari, anzi tutto il contrario. Del resto la stessa Corte di Cassazione, giudicando sulla controversia prima riferita, non manca di sottolineare opportunamente come la struttura non corrispettiva del trasferimento non escluda la natura onerosa della fattispecie (Cass., 12 maggio 1999, n. 4716, cit.). In questa prospettiva non è mancato chi, seguendo la giurisprudenza della Cassazione, ha cercato di percorrere fino in fondo la strada che passa per l'elaborazione di quelle "figure giuridiche distinte dai contratti e caratterizzate da un sostanziale parallelismo di interessi e volontà", guardando alla disciplina delle convenzioni matrimoniali (BUSNELLI E BARGELLI, Convenzione matrimoniale, voce cit., 447). Una volta ridimensionata, infatti, l'idea che le convenzioni matrimoniali debbano essere attinenti ad una vicenda matrimoniale nel suo normale svolgimento e debbano avere riferimento necessario ad una generalità di beni, prende corpo invece l'idea che intorno a questo modello possano raccogliersi una serie ampia di negozi familiari, individuando in esso un vero e proprio nucleo "duro" del diritto della famiglia, una sfera - recuperata infine nella sua specialità - nella quale potrebbero essere attratte, insieme alle convenzioni, altre tipologie di accordi fra i coniugi, primi fra tutti quelli che si concludono in seguito a separazione e divorzio.

Ciò a patto di rielaborare la qualificazione giuridica delle convenzioni. Secondo una certa visione, le convenzioni matrimoniali rientrano nel novero del contratto normativo, poiché sarebbero costituite esclusivamente da quel tipo di accordi "programmatici" con i quali vengono determinati gli effetti giuridici da riconnettersi a futuri comportamenti dei privati (RUSSO E., *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 155 al quale spetta aver introdotto questa ricostruzione e GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione legale di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, Riv.dir.civ., 1988, I, 341 ss., DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, 154 ss., e OBERTO, *I contratti nella crisi coniugale*, cit., 687). Un'impostazione, questa, che risulterebbe corroborata da un indirizzo giurisprudenziale che, coerentemente con questa definizione, ne enfatizza il raccordo sia con "il normale svolgimento della convivenza coniugale", sia con il "riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione" (Cass., 11 maggio 1994, n. 2887, Cass. 12 settembre 1997, n.9034, Fam.dir. 1998, 81). A questa visione se ne contrappone, però, un'altra, più espansiva, che, partendo dall'osservazione del grado di "normatività" variabile delle diverse convenzioni (pur volendo escludere il fondo patrimoniale dal novero delle convenzioni vere e proprie, come GABRIELLI E CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 8), ritiene opportuno includervi anche quegli accordi che, mirando ad ampliare o ridurre l'oggetto della comunione, producono immediatamente la costituzione della contitolarità su singoli beni di proprietà personale di uno dei coniugi. La disciplina delle convenzioni matrimoniali si candida dunque - sia pure attraverso il filtro rigoroso di un'interpretazione estensiva ed analogica - ad offrire un modello alternativo rispetto a quello del diritto comune applicabile a tutti gli atti negoziali "non strettamente strumentali alla definizione di un regime patrimoniale familiare, ma comunque diretti a regolamentare i rapporti patrimoniali fra coniugi" ed anche oltre (BUSNELLI E BARGELLI, *Convenzione matrimoniale*, voce cit., 447, per i quali ne rimangono invece esclusi i trasferimenti fra coniugi in regime di separazione dei beni e quelli relativi a beni facenti parte delle masse di proprietà esclusiva). Vi rientrerebbero infatti gli accordi conclusi in vista della crisi coniugale, quelli con i quali i coniugi successivamente alla cessazione della comunione legale si dividono i beni che ne fanno parte (Cass., 11 novembre 1996, n.9846, Dir.fam. 1997, con nota di MONTECCHIARI, *In tema di forma e contenuto delle convenzioni matrimoniali modificative*)... e persino i patti stretti fra conviventi "more uxorio" potrebbero rimanere esposti alla sua forza gravitazionale (ancora cfr. BUSNELLI E BARGELLI, op.cit.).

A quest'ampio novero di atti negoziali potrebbe dunque estendersi anche la disciplina relativa: il controllo ex art. 160 c.c. ed in particolare la forma dell'atto pubblico (ANDRINI M.C., *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione fra coniugi*, in *Famiglia 2001*, 73, così realizzando la necessità di garantire la certezza e l'opponibilità dunque ai terzi, ma diversamente OBERTO, *I contratti nella crisi coniugale*, I, *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, 150 ss), corroborando una tipologia di negoziazioni che presta però il fianco a sospetti di ogni tipo (ANDRINI M.C., *Forma e pubblicità*, cit.), poiché si svolge al di fuori di un quadro causale preconstituito (la stessa giurisprudenza, pur non aderendo alla qualificazione in termini

di convenzione, ha preferito adottare una serie di parametri più aderenti alle circostanze dell'eventuale conflitto, non mancando di riferirsi esplicitamente all'art. 160 c.c. in combinazione con l'art. 156 c.c., in cui è ricordata la proporzione fra i redditi dell'avente diritto e quelli dell'obbligato nella determinazione della prestazione di mantenimento; richiamano gli artt. 161 e 166 c.c.: Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, e Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, Cass. 28 luglio 1997, n. 7029, Cass., 11 giugno 1998, n. 5829, e Cass., 25 maggio 1998, n. 5189). Viene così recuperata una forma di controllo successivo sull'atto di autonomia (Breccia, Separazione personale dei coniugi, Digesto, disc.priv., sez.civ., XVIII, Torino 1998, 374), da adeguare alle particolari condizioni in cui questo tipo di conflitti si svolge.

2.8. Il senso di un'alternativa
Anche in questa prospettiva, però, le resistenze a rivolgersi alla forma contratto non paiono giustificate. Il richiamo al contratto non evoca necessariamente una sfera di assoluta libertà, né di individualismo sfrenato. Se ne è parlato, credo a sufficienza, nel corso di questa rassegna, sia a proposito dei rapporti famiglia-mercato e dell'intervento del diritto statale rispetto all'una e rispetto all'altra istituzione (supra § 1.4), sia con riferimento alle nuove tendenze e ai controprincipi presenti all'interno del diritto dei contratti (supra, §§ 1.2 e 2.2). Proprio il contratto è anzi il terreno sul quale sono state tradizionalmente collaudate le soluzioni di tutela più efficaci in situazioni che vedevano parti sociali in condizioni di squilibrio di partenza. Né pare che il rinserrarsi all'interno di un sottosistema chiuso, in cui ogni forma di accordo fra i coniugi risulta precluso, può offrire una soluzione soddisfacente agli squilibri e alle pressioni create dalle dinamiche attualmente presenti all'interno del diritto di famiglia.
In realtà il quadro odierno risulta sensibilmente mutato rispetto a quello accreditato dalla tradizione, poiché ormai i controlli nei confronti degli squilibri economici e normativi hanno trovato radicamento ben al di là degli strumenti tradizionali dei vizi della volontà, affidandosi fra l'altro ad una serie più ampia di strumenti, fra i quali un rilievo particolare ormai spetta alla clausola della buona fede oggettiva. In questa prospettiva è stato chiarito come la semplice correzione delle distorsioni dei processi volitivi che conducono all'accordo (realizzati attraverso strumenti teoricamente in grado di assicurare una migliore ponderatezza della volontà dei contraenti o la loro migliore informazione) possa non essere sempre la soluzione migliore, proprio tenuto conto della "strutturale disparità" fra le parti. Né estremamente indicativo - né, tanto meno, dirimente - è il richiamo a formule generali come quella del contratto o dello status, poiché determinanti sono invece le particolari regole di fondo attraverso le quali i diversi meccanismi vengono messi in opera dalle corti (i criteri seguiti nel quantificare l'obbligo di mantenimento, da una parte, gli indici di valutazione dell'eventuale carattere pregiudizievole dell'accordo per il coniuge più debole, dall'altra) e soprattutto quelle con le quali vengono giuridicamente costruite le posizioni nelle quali le parti si trovano quando concludono il contratto (le linee guida del regime patrimoniale primario, il principio del carattere meramente assistenziale dell'assegno divorzile: v. diffusamente supra, sez. I).
L'approfondimento delle questioni del controllo sull'equilibrio del contratto ci induce dunque a verificare piuttosto il modo concreto in cui clausole generali, come l'ordine

pubblico o la buona fede, vengono adattate al particolare contesto familiare e quale sia ex post la loro efficacia performativa rispetto alla posizione dei due coniugi. Poiché non può dimenticarsi che il punto cruciale - tanto per il regime legale che a fronte di un regolamento pattizio - è ancora una volta costituito dalla divisione della ricchezza familiare prodotta e dalla necessità di compensare l'investimento di capitale umano e la perdita di chances del coniuge che si dedica prevalentemente alla cura della famiglia, rinunciando ad opportunità di carriera, precludendosi alternative diverse e sollevando l'altro coniuge dalle incombenze familiari, così da permettergli di conseguire obiettivi di carriera e successo professionale. Ora è ovvio che questa 'specializzazione' all'interno della famiglia (non solo monoreddito, poiché il discorso è riproducibile ogniqualvolta la moglie sia onerata, totalmente o per la gran parte, dal lavoro e dall'organizzazione domestica) sia il frutto di un accordo almeno implicito fra i coniugi, circostanza che altrove, ad es. in tema di unioni more uxorio nel common law, importa la tutela dell'affidamento generato nel convivente più debole e talune garanzie in merito alla ripartizione della ricchezza prodotta (cfr. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto*, cit., 32 ss., e già MARINI G., in Brunetta d'Usseaux e D'Angelo (curr.), *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, 75 ss., e PANFORTI, *ibidem*, 72 ss.). Così come è del tutto intuitivo che la "rinuncia" preventiva all'ombrello protettivo della disciplina legale sul divorzio si sia spesso risolta a danno di quello fra i coniugi che non ha provveduto alla propria formazione professionale. O che la liquidazione in un'unica soluzione delle pretese conseguenti al divorzio possa rivelarsi successivamente inadeguata alle reali necessità del coniuge e dei figli, a causa della difficoltà di re-inserimento nel mercato del lavoro, o al mutare delle loro condizioni personali. Ma ancora una volta, si è ripetutamente detto, la soluzione non discende automaticamente dallo strumento giuridico adottato. Dietro la spinosità delle questioni tecniche passate in rassegna stanno costumi sociali inveterati, ruoli familiari - sembrerebbe - immutabili, stereotipi profondamente radicati nella mentalità del giurista, come quello fondato sull'equazione fra lavoro casalingo e lavoro non pagato (su cui rinvio a MARELLA, *The Family Economy vs. the Labour Market*, in corso di pubblicazione). E non sembra che il diritto dei contratti - accantonando la versione 'patinata', da noi definita con una forte generalizzazione, ma non del tutto a torto, all'americana - ove porta in esponente la tutela dell'affidamento e della buona fede, non possa raccogliere la sfida. Tanto più che il diritto di famiglia come diritto speciale, pur nelle sue ultime evoluzioni, non è riuscito a intaccare il significato sociale profondo di stereotipi, ruoli familiari e rapporti di potere fra i generi, a scalfirne il peso culturale. Per la sua maggiore 'laicità' credo che la via contrattuale meriti di essere coltivata con attenzione nel nostro sistema giuridico.