

ANDREA ZOPPINI

Prof. straordinario dell'Università di Roma Tre

L'AUTONOMIA PRIVATA NEL DIRITTO DI FAMIGLIA, SESSANT'ANNI DOPO (*)

SOMMARIO: 1. Un punto di partenza: il negozio giuridico familiare nella prospettiva teorica di Francesco Santoro-Passarelli. — 2. Una prima verifica. — 3. L'autoregolamento nell'area degli interessi familiari: la casistica. — 4. Taluni possibili modelli interpretativi. — 5. *Segue*. — 6. Validità ed efficacia del contratto incidente nella sfera familiare: il problema del contratto « giusto ». — 7. Disuguaglianza strutturale del rapporto e correzione giudiziale della regola contrattuale. — 8. « Razionalità limitata » dei contraenti e controllo sul contenuto del contratto.

1. — Una riflessione che, oggi, intenda svolgersi sull'autonomia dei privati nel diritto di famiglia, può opportunamente muovere dalla rilettura del saggio di Francesco Santoro-Passarelli che inaugura, nel 1945, la nuova serie della rivista giuridica napoletana *Diritto e giurisprudenza* ⁽¹⁾. Quelle pagine, intitolate a *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, consentono, nella costruzione dogmatica e nelle scelte sistematiche, di misurare una *distanza*, e così inevitabilmente di registrare una cesura, ma al contempo di guadagnare qualche ragione di *continuità*.

Il saggio di Santoro-Passarelli, nitido nello stile e 'conclusivo' nelle soluzioni, guarda alla disciplina del diritto di famiglia nel codice civile appena entrato in vigore e ferma il senso della collocazione degli atti afferenti alle dinamiche della famiglia nella categoria negoziale. Merita, seppure in sintesi, ripercorrere la traiettoria concettuale che sorregge l'elaborazione del negozio giuridico *familiare*, ove il predicato « familiare », se segnala la specialità della disciplina e la peculiarità delle modalità di efficacia, non vale a degradare la dichiarazione di volontà all'atto in senso stretto ⁽²⁾ né, a maggior ragione, a

(*) È il testo, riveduto con l'aggiunta delle indicazioni bibliografiche che sono parse essenziali, della relazione presentata al convegno *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, che ha avuto luogo a Crotone, 24-26 maggio '01; essa s'inserisce nell'ambito delle ricerche del *Centro di eccellenza in diritto europeo* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre. Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Ugo Majello*.

⁽¹⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss., raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 381 ss.

⁽²⁾ Cfr., con riguardo all'adozione o al matrimonio, SANTI ROMANO, voce « Atti e negozi giuridici », in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist. inalterata, Milano, 1953, p. 3 ss., a p. 9.

cristallizzare la dialettica tra la volontà e gli effetti al modello rigido e in sé concluso dello *status*.

L'esistenza d'un interesse superiore, che orienta l'istituzione familiare, è esplicitamente affermata: la famiglia come tale deve realizzare un interesse che sovrasta quello individuale ascrivibile ai singoli, da cui sono desumibili i limiti che conformano l'autonomia della volontà.

Sul piano della *fattispecie*, i negozi familiari sono personalissimi, formali, nominati, legittimi, essenzialmente tipici. Così che nel diritto di famiglia vengono a sovrapporsi sfere che l'autonomia negoziale pone su piani non coincidenti: il negozio concreto coincide col tipo negoziale, la capacità giuridica s'identifica con la capacità di agire. Ancora, capaci di negozi familiari non sono i soggetti dell'ordinamento, ma esclusivamente quanti si trovino o debbano venire a trovarsi in una situazione familiare formalmente qualificata.

Pure evidenti sono, nella *disciplina*, le deviazioni dalle regole che accompagnano la categoria negoziale: basti pensare al rapporto tra volontà ed atto, ai vizî della volontà, alle regole che governano l'interpretazione; sì che, ad esempio, nell'impotenza si ravvisa una patologia causale del matrimonio (art. 123, comma 1°, c.c. preriforma) e nell'adozione di un figlio proprio un negozio in frode alla legge.

« Ma tutto ciò — si legge in quelle pagine — importa non già che debba negarsi l'autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, sì invece che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli *adattamenti*, dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia » ⁽³⁾.

Il saggio, intrecciando un aperto e discorde confronto con la dottrina di Antonio Cicu, conferma l'appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e degli atti familiari alla categoria del negozio ⁽⁴⁾. Dietro il rigore della costruzione dogmatica non è, tuttavia, disagevole scorgere la scelta politica che ispira il pensiero santoriano, ove la volontarietà dell'effetto prevale sulla mistica dello statualismo e la riaffermata libertà del singolo s'identifica con la teorica negoziale. Sì che la scelta interpretativa compiuta al momento dell'entrata in vigore del codice « [f]u l'avvio ad una riaffermazione e ad un'estensione dell'autonomia privata, come espressione di libertà, dall'indiviso alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia » ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 4.

⁽⁴⁾ V., invece, A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, (1914) rist., Bologna, 1978; per un'analisi del pensiero di Cicu v. segnatamente M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1975, p. 417 ss.

⁽⁵⁾ Questa è la valutazione proposta dallo stesso F. SANTORO-PASSARELLI, *Cento anni di « Diritto e giurisprudenza »*, in (*Dir. giur.*, 1985, p. 1 ss., ed ora raccolto in) *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 17 ss., a p. 20. Cfr. anche P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in (*Giur. it.*, 1978, IV, c. 113 ss., ed ora in) *Persona e comunità*

2. — Non v'è dubbio che, proprio nelle intelaiature, la costruzione appena ricordata appaia inidonea a proporre una chiave ermeneutica e/o un modello conoscitivo del sistema normativo vigente. Anche nella traiettoria disegnata dal negozio giuridico familiare potrebbe, allora, trovarsi conferma dell'evanescente certezza e dell'incapacità unificante del discorso dogmatico ⁽⁶⁾. Così che, per solito, la giurisprudenza teorica limita l'orizzonte dell'analisi sull'autonomia privata nel diritto di famiglia al calco negativo delle norme che affermano l'indisponibilità della situazione giuridica e l'irrilevanza del potere regolativo dei privati. Assorbenti appaiono, infatti, all'interprete le eccezioni ai principî che governano l'attività negoziale, ordinati invece alla possibilità di dare un contenuto immediatamente precettivo agli impegni privati e alla possibilità di discostarsi dai tipi per i quali l'ordinamento detta una disciplina particolare (art. 1322 c.c.).

Chi intenda, invece, proporsi dichiaratamente un obiettivo *neosistemico* ⁽⁷⁾, deve apprezzare il valore del mutato quadro normativo e tentare di ricomporne le linee portanti, sì da compiutamente apprezzare il senso che innerva la dogmatica dei negozi giuridici familiari. A limitare, in questa sede, l'analisi alle fattispecie più significative — e pure a costo di qualche inevitabile semplificazione —, sono stati progressivamente ridisegnati, quando non del tutto espunti, i tratti che definivano il modello istituzionale costruito sullo *status*: l'indisponibilità degli interessi regolati, l'indeclinabilità degli effetti, il postulato d'un interesse superiore, l'incompatibilità con la dimensione contrattuale.

L'indeclinabilità degli effetti del matrimonio, logico portato dell'indisponibilità dell'interesse regolato, era fermata dall'art. 149, comma 1°, c.c., ove si leggeva che « il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi »; regola oggi cancellata per effetto dell'introduzione del divorzio. Ma si rifletta, altresì, sul fatto che la volontà privata era ritenuta inidonea a conformare giuridicamente la realtà naturale, principio che in materia di *status* della persona si leggeva nell'art. 263, comma 1°, c.c. (in ordine al quale il riconoscimento del figlio naturale può essere impugnato per difetto di veridicità da chiunque vi abbia interesse); conclusione oggi revocata dalla possibilità di « nascere per contratto » ⁽⁸⁾, ancor più quando si consideri che non la veridicità del fatto, ma il consenso e l'accordo costituiscono il presupposto della legittimità della filiazione, come accade per il consenso prestato all'inseminazione eterologa ⁽⁹⁾.

II, Padova, 1988, p. 462 ss., a p. 472. che segnala come un « progresso » aver posto gli atti di diritto familiare « nella cornice dell'autonomia negoziale ».

⁽⁶⁾ V. ad es., con riguardo alla negoziabilità degli atti familiari, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 1988, p. 487 ss.

⁽⁷⁾ Per questa prospettiva v., anche se ad altro riguardo, G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 863 ss.

⁽⁸⁾ Come recita, nel titolo, la traduzione italiana del libro di C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992.

⁽⁹⁾ G. FERRANDO, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte co-*

Per altro verso, il modello istituzionale del diritto di famiglia presuppone e si radica nell'esistenza d'un interesse superiore, che ne costituisce, ad un tempo, la ragion d'essere e il criterio conformativo: tale interesse funzionalmente coincideva col potere di supremazia riconosciuto al marito e al padre (artt. 144 e 145 c.c. abrogati), che offriva la stregua di soluzione del conflitto familiare. Oggi è, invece, l'accordo la regola di governo della famiglia (art. 144 c.c.), sia nella fisiologia del rapporto sia nel momento della crisi (art. 145 c.c.) ⁽¹⁰⁾.

Ancóra, l'incompatibilità della dimensione contrattuale *anche* con il regolamento degli interessi prettamente patrimoniali si traduceva nel codice del '42 nell'immodificabilità delle convenzioni durante il matrimonio (art. 162 c.c. preriforma) e nel divieto di donazioni tra coniugi (art. 781 c.c.), norma poi fulminata d'incostituzionalità dal giudice delle leggi ⁽¹¹⁾. (Così ancóra un valore sistematico doveva ascriversi alla regola che non consentiva il rinvio all'ordinamento straniero in materia di convenzioni patrimoniali ed imponeva, invece, ai coniugi di replicare il contenuto della legge straniera in un'apposita convenzione, « enuncia[ndo] in modo concreto il contenuto dei patti » [cfr. art. 19 preleggi, coordinato con l'art. 161 c.c.; e v. ora, invece, l'art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218 ⁽¹²⁾]).

Ai fini di quest'analisi, non è senza significato constatare che lo sgretolarsi del modello istituzionale s'avverta anche al di fuori dell'area propriamente riservata alla dichiarazione di volontà: un riflesso del principio di autoresponsabilità, che del principio di autodeterminazione è correlato logico-giuridico, (*mi*) sembra possa scorgersi anche nella tendenza a guadagnare nuovi spazi alla responsabilità extracontrattuale, rimuovendo l'immunità che aveva sottratto quest'area del diritto privato al principio del *neminem laedere* ⁽¹³⁾. È

istituzionale e Corte di Cassazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 223 ss. Evidente appare, in questo passaggio, il fatto che l'ordinamento abbia compiutamente preso atto della fissione degli atomi della sessualità e della riproduzione, su cui v. J. MOSSUZ-LAVAU, *Les lois de l'amour. Les politiques de la sexualité en France de 1950 à nos jours*, Paris, 1991.

⁽¹⁰⁾ Cfr. U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative* (Venezia 23-26 giugno 1988), Padova, 1991, p. 107 ss.; E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981.

⁽¹¹⁾ Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2014 ss., con nota di A.C. JEMOLO. La norma, in realtà, « sanciva semplicemente il carattere inderogabile delle regole legali e convenzionali sulle relazioni patrimoniali tra i coniugi », come ha rilevato R. SACCO, *Se tra i coniugi l'attuazione di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi*, Padova, 1989, p. 83 ss., a p. 91.

⁽¹²⁾ Su cui ora S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, testo dattiloscritto letto per la cortesia dell'autore, in corso di pubblicazione in *Famiglia*.

⁽¹³⁾ Sul tema v. segnatamente S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984;

questa l'opzione della giurisprudenza pratica che non esaurisce nell'addebito della separazione la qualificazione della condotta che ha determinato la crisi e la rottura del vincolo matrimoniale e ne apprezza il possibile rilievo anche nei termini dell'illecito civile ⁽¹⁴⁾.

3. — A fronte d'un quadro normativo, e quindi anche inevitabilmente d'un percorso sistematico, in radice diverso, è tuttavia possibile scorgere (almeno) una fondamentale ragione di continuità con il discorso che all'entrata in vigore del codice civile ha voluto confermare alla negozialità degli atti familiari un valore ordinante: profilo che può compendiarsi proprio nel « *modo particolare* » che consente di declinare insieme autonomia privata e famiglia.

Se questa è la traiettoria costruttiva che s'intende seguire, è necessario verificare l'idoneità delle situazioni giuridiche familiari ad essere plasmate dalla volontà privata e chiedersi quale sia, conseguentemente, il valore dell'autonomia negoziale, e poi dell'autonomia contrattuale, nel contesto delle relazioni familiari formalizzate o non ⁽¹⁵⁾. Si tratta, in sostanza, d'apprezzare la negozialità nel suo significato più elementare, che è quello di volontà e dell'atto e degli effetti, e di ravvisare nell'autonomia lo strumento di autoregolamento degli interessi privati ⁽¹⁶⁾.

In quest'indagine, le suggestioni e le sollecitazioni più significative ad un ripensamento complessivo del sistema derivano all'interprete dalle ipotesi in cui più rilevante è la divergenza tra il modello legale e lo schema adottato dai privati, ovvero dai casi in cui i coniugi determinano *ex novo* ovvero radicalmente modificano il contenuto regolamentare predeterminato dall'ordinamento, o ancora dai casi in cui una disciplina paramatrimoniale è consensualmente pattuita da soggetti formalmente non uniti in matrimonio.

sull'idea dell'immunità legata al gruppo familiare v. P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in (questa *Rivista*, 1961, I, p. 415 ss., ed ora in) *Persona e comunità*, II (1967-1987), Padova, 1988, p. 379 ss., in part. p. 414 ss.

⁽¹⁴⁾ Il punto è ben documentato da M. BONA, *Violazione dei doveri genitoriali e coniugali: una nuova frontiera della responsabilità civile?*, nota a *Trib. Milano*, 1999 e *Cass.*, 7 giugno 2001, n. 7713, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 189 ss.; cfr. anche G. DE MARZO, *Responsabilità civile e rapporti familiari*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 741 ss.

⁽¹⁵⁾ Come considera, infatti, P. RESCIGNO « se l'autonomia contrattuale diventa il criterio determinante nell'ambito della famiglia [...] a maggior ragione la prospettiva può essere estesa alle comunità non fondate sul matrimonio ma nelle quali la sostanza è una comunione di vita materiale e spirituale non diversa da quella che si realizza nel matrimonio » [*I rapporti personali fra coniugi*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, 1996, p. 25 ss., ed ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 232 ss., a p. 239 (da cui sono tratte anche le successive citazioni)].

⁽¹⁶⁾ V. segnatamente P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, cit., p. 472 s.; ma v. altresì le notazioni in ordine all'effettivo valore sistematico del negozio giuridico familiare suggerite da G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 37 ss.

Al fine, solo esemplificativo, d'indicare i campi d'incidenza dell'autonomia privata nell'area degli interessi familiari, sembra opportuno articolare un catalogo dalla casistica che progressivamente sul tema si è formata ⁽¹⁷⁾ [con l'avvertenza ulteriore che, se è possibile registrare una linea di tendenza nella giurisprudenza pratica, essa procede senz'altro nella direzione di ammettere spazi sempre più rilevanti alla validità di questi accordi ⁽¹⁸⁾].

Si pensi, pertanto:

i) agli accordi tra i coniugi in ordine all'adempimento degli obblighi di contribuzione, ai sensi dell'art. 143 c.c. ⁽¹⁹⁾;

ii) all'accordo dei coniugi di vivere separati ⁽²⁰⁾;

iii) alla possibilità di conformare il regime patrimoniale in modo atipico ⁽²¹⁾ [così come al potere di rifiuto del coacquisto *ex lege* ⁽²²⁾ o, per altro verso, allo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale ⁽²³⁾];

iv) agli accordi in ordine all'indirizzo della vita familiare ⁽²⁴⁾ [volendo,

⁽¹⁷⁾ Ma penso anche agli interrogativi formulati da G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., p. 44 ss.

⁽¹⁸⁾ Avverto che qui utilizzo il lemma « accordo » in senso generico per indicare la categoria generale, non ulteriormente qualificata, della dichiarazione bilaterale di volontà, cfr. P. RESCIGNO, voce « Contratto - I) In generale », in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, in part. p. 3 (e p. 10 in ordine alla possibilità di accostare il matrimonio alla categoria del contratto).

⁽¹⁹⁾ Su cui v. G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 259 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808 ss., annotata da D. SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*. Per una diffusa analisi della possibilità di escludere i doveri di fedeltà, coabitazione, assistenza, contribuzione nel matrimonio v. X. LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Paris, 1996, p. 67 ss., e cfr. M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger (artt. 143-148), Milano, 1990, p. 165 ss.

⁽²¹⁾ V., da ultimo, S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, testo dattiloscritto cit.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 431 ss., a p. 449 ss.; G. GABRIELLI e M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 294 ss.; *contra*, invece, G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in (questa *Rivista*, 1997, I, p. 19 ss., ed ora in) *Principi e problemi di diritto privato. Scritti giuridici*, vol. VI, Padova, 2000, p. 133 ss.; analogamente E. QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Id.*, *Famiglia e ordinamento civile*, 2^a ed., Torino, 1999, p. 135 ss.

⁽²²⁾ V. G. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione della comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in questa *Rivista*, 1988, I, p. 341 ss.; Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1907 ss.

⁽²³⁾ Su cui v. A. ZACCARIA, *Lo scioglimento del fondo patrimoniale per contrario consenso*, in *Studium iuris*, 1999, p. 763 ss.; Trib. min. L'Aquila, ord., 3 maggio 2001, in *Famiglia e dir.*, 2001, p. 541 ss., annotata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale in presenza di figli minori d'età*.

⁽²⁴⁾ Sulla cui natura negoziale v. F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 446.

alla determinazione attraverso una disciplina convenzionale delle modalità di adempimento del *debitum* coniugale ⁽²⁵⁾];

v) agli accordi conclusi tra i coniugi al momento della separazione e del divorzio, aventi ad oggetto la determinazione e l'adempimento delle pretese patrimoniali ⁽²⁶⁾;

vi) agli accordi preventivi di separazione e di divorzio, conclusi in un momento cronologicamente antecedente all'insorgere della crisi coniugale o, a dirittura, prima del matrimonio (secondo il modello, che ci deriva dall'esperienza d'oltre oceano, dei *pre-nuptial agreements*) ⁽²⁷⁾;

vii) agli accordi descritti *sub v)* e *vi)* in cui entrambi i coniugi operino una rinuncia a qualsiasi pretesa patrimoniale ⁽²⁸⁾;

viii) agli accordi successivi all'omologazione disposta dall'art. 158 c.c. e modificativi dei patti omologati ⁽²⁹⁾;

ix) agli accordi che incidono su taluni profili dei diritti della personalità (come sono, ad esempio, quelli inerenti all'uso del nome per il momento successivo alla separazione o al divorzio);

x) al patto c.d. « di libertà », con cui ciascuno dei coniugi dichiara di re-

⁽²⁵⁾ Questo profilo, non infrequentemente regolato nei *pre-nuptial agreements* dell'esperienza americana, fa ritornare alla mente l'interrogativo, elegantemente indagato nella pagina di Filippo VASSALLI, « se l'obbligo di "reddere" implichi per ciascun coniuge quello di "petere": il che si esclude osservando che in generale "nemo tenetur uti iure suo", pur facendo eccezione per l'ipotesi in cui il mancato esercizio del diritto si risolva in pregiudizio dell'altra parte, che non chieda "ob verecundiam" » (*Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero sia la dogmatica ludicra*, Roma, 1944, a p. 118 s.).

⁽²⁶⁾ Su cui v., con opposte soluzioni, M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss., e G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 1996, I, p. 695 ss. (e un compiuto quadro degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, t. I, *Ammissibilità e fattispecie*, e t. II, *Contenuti e disciplina*, Milano, 1999).

⁽²⁷⁾ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1319 ss., con nota di E. RUSSO, *Il divorzio « all'americana »; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, e di G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, *ivi*, c. 1331 ss. V. altresì i commenti di F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1136 ss.; e di G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p. 245 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. Cass., 15 gennaio 2000, n. 412, in *Giur. it.*, 2000, p. 1820 ss., annotata da A.A. LAMANUZZI, *Sentenza di divorzio senza statuizioni di natura economica preceduta da sentenza di separazione attributiva di assegno di mantenimento*.

⁽²⁹⁾ Cfr. G. ALPA e G. FERRANDO, *Se siano efficaci — in assenza di omologazione — gli accordi tra i coniugi 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, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi*, cit., p. 505 ss.

putare irrilevante la condotta dell'altro dopo il momento della separazione ⁽³⁰⁾;

xi) agli accordi inerenti al mantenimento e all'educazione dei figli ovvero a quelli volti a predeterminare le modalità di esercizio della potestà nel caso in cui il genitore affidatario ricostituisca una nuova famiglia ⁽³¹⁾;

xii) infine, ai contratti di convivenza conclusi tra conviventi *more uxorio*, attraverso i quali sono disciplinati gli effetti personali e patrimoniali derivanti dai rapporti reciproci ⁽³²⁾. [Ipotesi che, almeno per chi ritenga che i connotati individuanti la famiglia di fatto coincidano con quelli della famiglia matrimoniale, presenta una sua autonoma configurazione quando il contratto di convivenza sia concluso tra omosessuali ⁽³³⁾].

4. — Dico subito che concentrerò la mia attenzione, piuttosto che sulle singole problematiche che ciascuno degli esempî prospettati solleva, sulle opzioni di vertice, da cui discendono le conseguenze più significative in termini di ricostruzione unitaria e disciplina del fatto. Prima d'indicare una possibile ipotesi costruttiva, ritengo tuttavia utile collocare gli accordi segnalati all'interno degli schemi interpretativi che oggi caratterizzano il diritto di famiglia.

A) Una prima lettura è quella legata al dogma dell'(assoluta) *indisponibilità* delle situazioni giuridiche che originano dalla famiglia, sul presupposto che la vicenda familiare coinvolga interessi *di per sé* insuscettibili di essere configurati dalla regola privata. A questa conclusione perviene la dottrina più tradizionale, derivandola dal portato pubblicistico sotteso all'idea stessa di *status*: la famiglia, quale cellula sociale, costituisce un momento della dialettica, esemplarmente rappresentata nella formulazione hegeliana, che dall'individuo ascende allo Stato ⁽³⁴⁾. I rapporti giuridici che si sviluppano nella di-

⁽³⁰⁾ V. la decisione nella giurisprudenza francese del TGI, 26 novembre 1999, in *D.*, 2000, *j.*, p. 254 ss., con nota di X. LABBÉE, *L'infidélité conventionnelle dans le mariage*; sul problema degli accordi in deroga all'art. 143 c.c. cfr. anche E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, ed. provv., Milano, 1999, p. 72 s., e anche p. 80 ss.

⁽³¹⁾ Cfr., su quest'aspetto caratteristico della ricomposizione familiare, S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam.*, 1999, II, p. 369 ss. (e sul tema più generale segnalo anche il libro curato da M.-T. MEULDERS-KLEIN e I. THÉRY, *Quels repères pour les familles recomposées*, Paris, 1995; in termini generali cfr. anche H. FULCHIRON, *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, 1985).

⁽³²⁾ M. FRANZONI, *I contratti tra conviventi « more uxorio »*, in *Riv. trim.*, 1994, p. 737 ss.; M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI e M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, p. 3 ss.

⁽³³⁾ Esemplarmente N. LIPARI, *Osservazioni conclusive*, in E. MOSCATI e A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, p. 335 ss.

⁽³⁴⁾ L'influenza hegeliana è agevolmente documentabile nel pensiero di Cicu, v. M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, cit., p. 436 ss. A questo riguardo, la concezione pubblicistica della famiglia ha storicamente consentito, sul presupposto della qualificazione in termini di rapporto giuridico delle relazioni

mensione familiare sono, pertanto, partecipi d'un interesse superindividuale indisponibile, qual è quello proprio della dimensione statuale (ovvero, com'è nella dottrina di Cicu, esemplato sull'interesse pubblico, anche se con esso non coincidente).

Una lettura che aggiorna questo modello interpretativo, senza accedere alla 'pubblicizzazione' della famiglia, deriva l'indisponibilità dalla natura intrinsecamente e inscindibilmente *collettiva* degli interessi coinvolti. In questa logica, la dinamica familiare involge interessi che, pur non essendo tecnicamente superindividuali, sono sottratti al potere dispositivo del singolo, perché l'interesse di ciascuno è connesso alla posizione degli altri componenti del consorzio familiare ⁽³⁵⁾.

Fatta questa scelta apicale, se ne deriva l'impossibilità di parlare d'autonomia privata ⁽³⁶⁾, se non in un senso assai limitato ⁽³⁷⁾, e a maggior ragione di contratto, constatandosi l'assenza d'un potere autenticamente dispositivo e/o regolativo ⁽³⁸⁾. Ciò concretamente significa che dall'interpretazione sistematica si deriva un divieto preterlegale, presidiato, con la tecnica della nullità virtuale, dall'invalidità degli accordi conclusi al di fuori delle fattispecie tipiche.

Quest'opzione costruttiva, per quanto ricorrente nelle declamazioni della giurisprudenza pratica — cui, tuttavia, non è sempre coerente ⁽³⁹⁾ —, si presta ad una duplice critica: da un lato, essa evidenzia una carente analisi in ordine all'effettiva (*in*)disponibilità degli interessi in giuoco ⁽⁴⁰⁾; dall'altro, e

familiari, la permeabilità ai valori e ai controlli imposti dell'ordinamento, cfr. H. DÖRNER, *Industrialisierung und Familienrecht. Die Auswirkung des sozialen Wandels dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB, und des französischen Code civil*, Berlin, 1974, p. 140 ss., opzione rintracciabile già nella filosofia di Fichte e nell'elaborazione giuridica di Savigny.

⁽³⁵⁾ C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.; in questa prospettiva, sostanzialmente anche R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, testo dattiloscritto che la cortesia dell'autore mi ha consentito di leggere, in corso di pubblicazione in *Diritto & formazione*, 2002.

⁽³⁶⁾ Cfr. ancora C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 499, secondo il quale è più corretto parlare di autoregolamentazione di interessi comuni. Cfr., seppure in prospettiva non coincidente, la proposta di una rilettura nei termini dell'*autonomia personale* di C. CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata (Spunti di analisi ricostruttiva)*, dattiloscritto che la cortesia dell'autore mi ha consentito di leggere, in corso di pubblicazione in *Quaderni di diritto e politica eccl.*, 2002.

⁽³⁷⁾ Nel senso che i negozi giuridici familiari costituiscano, nell'autonomia privata, « una categoria a sé », v. ad es. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, 3ª ed. riveduta e aggiornata, Milano, 2001, p. 17 s.

⁽³⁸⁾ Cfr. anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della 2ª ed., Napoli, 1994, p. 290 s.

⁽³⁹⁾ Su quest'ultimo punto v. l'analisi di V. CARBONE, *Gli accordi patrimoniali relativi alla crisi coniugale*, in *Famiglia e dir.*, 2000, p. 429 ss., in nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109.

⁽⁴⁰⁾ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss., in part. p. 232 ove si denuncia un eccesso della nullità virtuale in relazione agli accordi in

questa volta giusrealisticamente, il ricorso alla nullità finisce non infrequentemente col tutelare la parte 'forte' del rapporto: ciò è particolarmente evidente con riguardo agli accordi conclusi in sede di separazione e di divorzio, atteso che consente alla parte obbligata di sciogliersi dagli impegni che ritiene non più economicamente convenienti ⁽⁴¹⁾.

B) Una seconda e distinta traiettoria costruttiva è quella che afferma l'*inderogabilità* della disciplina imperativa: non, dunque, l'indisponibilità assoluta degli interessi di cui s'intende disporre, quanto la constatazione d'una trama di disposizioni imperative che espressamente impongono un argine all'autonomia negoziale. L'inderogabilità del diritto di famiglia si risolve, quindi, nel catalogo delle norme imperative proposte dal sistema ⁽⁴²⁾.

Uno snodo, in questa prospettiva senz'altro centrale, è il divieto fissato all'art. 160 c.c. — ove si legge che « gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti per legge per effetto del matrimonio » -, rispetto al quale sono state prospettate più proposte interpretative. A fronte della dottrina, senz'altro più tradizionale, che identifica la producibilità degli effetti tipici con il tipo legale ⁽⁴³⁾, una parte della giurisprudenza teorica suggerisce di contenere la forza espansiva della norma al fine di ampliare l'autonomia che si offre ai coniugi. Così è per la dottrina che, valorizzando la *sedes materiae* della norma, che è il capo dedicato al regime patrimoniale della famiglia, confina il divieto al regime patrimoniale primario ⁽⁴⁴⁾; così è per la tesi che nell'art. 160 c.c. legge una regola imperativa esclusivamente per le situazioni giuridiche soggettive nascenti dal coniugio e non, invece, per i rapporti che si determinano allo scioglimento del vincolo, sì da estendere i confini dell'autonomia per gli accordi conclusi al momento della separazione o del divorzio ⁽⁴⁵⁾.

C) Una prospettiva ancora diversa, è quella che, in misura più o meno esplicita, si orienta alla *disponibilità* degli interessi sottesi a taluni negozi familiari, in ragione del rilievo intrinsecamente individuale degli interessi coinvolti, e conseguentemente ammette che ne sia possibile il regolamento negoziato della separazione e del divorzio che appaiono caratterizzati da interessi disponibili.

⁽⁴¹⁾ V., chiaramente, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 303 ss. (ma che può leggersi anche in E. MOSCATI e A. ZOPPINI [a cura di], *I contratti di convivenza*, cit., p. 33 ss.).

⁽⁴²⁾ G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 695 ss.; cfr. anche E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 277 ss.

⁽⁴³⁾ In questa prospettiva a G. OPPO (*Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 136) appare incoerente la scelta legislativa di aver fatto della comunione legale un regime derogabile dalla volontà privata.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. R. SACCO, *Sub art. 160*, in *Commentario al diritto it. della famiglia*, vol. III, Padova, 1992, p. 15 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. DORIA, *Autonomia privata e « causa » familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 184 ss.

ziale ⁽⁴⁶⁾; sì che, al modello legale tipico di produzione degli effetti ben può sostituirsi, con valore impegnativo, la regola divisata dai coniugi (ovvero dai conviventi di fatto) ⁽⁴⁷⁾.

Anche in questo caso, merita sottolineare l'interpretazione che si prospetta dell'art. 160 c.c.: altro, si è detto, è *derogare* ai diritti e doveri che nascono dal vincolo matrimoniale, altro è *regolare* gli stessi dandone una concretizzazione adeguata alle peculiarità che caratterizzano il singolo rapporto ⁽⁴⁸⁾. La possibilità di comporre un regolamento negoziale per i rapporti che derivano dal matrimonio, in questa proposta interpretativa, non costituisce « deroga », quanto attuazione nel concreto del precetto normativo [così che la norma porrebbe un limite esplicito solo per le ipotesi intrinsecamente abdicative del diritto ⁽⁴⁹⁾].

La proposta interpretativa appena richiamata, cui va la personale adesione di chi scrive, bisogna — ritengo — d'un chiarimento ulteriore: non infrequentemente nella costruzione dogmatica il dato istituzionale sotteso allo *status*, che pure caratterizza il consorzio familiare, s'identifica con l'inderogabilità del modello legale. Ora, certamente può ravvisarsi una dimensione 'organizzativa' — caratterizzata da elementi rivelatori d'un'attività comune e d'un regime d'imputazione in certo modo *collettivo* di atti e situazioni soggettive

⁽⁴⁶⁾ V. esemplarmente P. RESCIGNO, *I rapporti personali fra coniugi*, cit., p. 240, per il quale « se la regola di vita è di indole negoziale, essa dovrebbe essere accompagnata dalla irrevocabilità, dalla irretrattabilità, sempre che non sia oggettivamente inapplicabile ».

⁽⁴⁷⁾ Cfr., tra gli scritti più recenti seppure variamente orientati, P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della « mediazione » familiare*, estratto dagli *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, p. 417 ss., ed ora in *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 331 ss.; N. LIPARI, *Il matrimonio*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., p. 3 ss., in part. p. 12; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, negli *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 13 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., in part. p. 453; E. BARCELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., in part. p. 323 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, diretto da L. Mengoni, Milano, 2002, p. 83 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, testo dattiloscritto cit. Sia consentito, altresì, richiamare quanto ho scritto in *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, I, c. 1319 ss.

⁽⁴⁸⁾ Secondo G. DE NOVA (*Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, cit., p. 263) « vi sono spazi per l'autonomia dei coniugi pur in relazione alla disciplina inderogabile dei loro rapporti patrimoniali »; in questo senso v. anche M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., c. 113 ss. Nella letteratura francese cfr. M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, Aix-en-Provence, 1999.

⁽⁴⁹⁾ In quanto sarebbe pregiudicato il diritto agli alimenti, cfr. M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., loc. cit.

(⁵⁰) —, cui si collega il prodursi di effetti tipicamente extranegoziali; ma ciò non revoca in discussione la legittimità del potere di autodeterminazione quanto al contenuto dei rapporti che attengono individualmente ai coniugi (⁵¹). Detto in altri termini, dall'inderogabilità della disciplina posta a tutela dei figli minori e, più in generale, dei terzi che con il nucleo familiare entrano in contatto non può certo desumersi una norma che precluda la validità della regola convenzionale che tali interessi non pregiudichi.

5. — Non può dubitarsi, credo, che in questa materia le scelte dell'interprete siano profondamente condizionate dalle convinzioni culturali ed ideologiche di ciascuno, delle quali mi pare preferibile fare aperta professione, piuttosto che cercare conferme nelle pieghe del dettato normativo e nell'esegesi letterale.

Si pensi alla diverse opzioni interpretative che la formula anodina dell'art. 29 della Carta fondamentale consente, ove si è letta tanto l'identificazione della « famiglia », quale formazione sociale, con la famiglia fondata sul matrimonio, quanto l'impossibilità di ravvisare nella norma costituzionale un qualsiasi modello normativo (si che non sarebbe impossibile estendere la tutela offerta dalla norma di massimo rango anche alla convivenza omosessuale) (⁵²).

Parimenti, nell'evoluzione dogmatica del diritto di famiglia e nel ripensamento dei modelli normativi è agevole riconoscere le profonde trasformazioni sociologiche che investono il sistema delle relazioni familiari. E ciò mi pare possa dirsi a più forte ragione oggi che è revocato in discussione l'*Idealtypus* di famiglia che il legislatore degli anni settanta ha visualizzato quale antecedente della disciplina vigente, che è la famiglia nucleare, convivente, stabile, tendenzialmente monoreddito, asimmetrica quanto alla ripartizione dei ruoli (⁵³).

A questo riguardo, esemplare è il dibattito sviluppato in ordine all'univocità ovvero alla pluralità dei modelli di famiglia giuridicamente rilevanti. Dal che, per chi si orienti alla prima opzione, consegue che il *Leitbild* proposto

(⁵⁰) Insiste su questo profilo H.-M. PAWLOSKI, *Die « Bürgerliche Ehe » als Organisation*, Heidelberg-Hamburg, 1983; sia pure in una prospettiva radicalmente diversa, con riguardo al regime patrimoniale della famiglia, v. H. HANSMANN e R. KRAAKMANN, *Il ruolo essenziale dell'organizational law*, estratto dalla *Riv. soc.*, 2001, p. 21 ss.

(⁵¹) H.-M. PAWLOSKI, *Die « Bürgerliche Ehe » als Organisation*, cit., p. 89 s.

(⁵²) Si pensi, nella più recente dottrina, alle letture sostanzialmente opposte di E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, cit., p. 16 ss., p. 38 ss., e di R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1066 ss.

(⁵³) Per una prima analisi delle concorrenti opzioni di politica del diritto sia consentito rinviare al mio *Tentativo d'inventario per il « nuovo » diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI e A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, cit., p. 3 ss.; e cfr. anche F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, 1999.

dal legislatore costituisca un modello discriminante e fermo nella sua inderogabilità ⁽⁵⁴⁾.

Ad una diversa soluzione pervengono quanti constatano che siano compatibili con la nozione giuridica della « famiglia », sociologicamente prima e poi normativamente, anche rapporti che pure presentino un *deficit* rispetto ai connotati tipici della famiglia matrimoniale ⁽⁵⁵⁾: così è, ad esempio, per la famiglia fondata sul matrimonio in cui manchi la coabitazione e/o la cooperazione tra i coniugi, la famiglia 'ricomposta' per effetto d'un successivo matrimonio, le famiglie di fatto, le convivenze omosessuali, la famiglia c.d. monoparentale. Guardare alle famiglie concretamente significa graduare l'applicabilità della disciplina legale in ragione della congruenza tra il tipo normativo assunto dal legislatore a modello della vigente disciplina e il tipo reale di famiglia in concreto rilevante.

6. — Quanti sono propensi a valorizzare l'autonomia privata nell'ambito del diritto di famiglia, sono frequentemente sollecitati a verificare la disponibilità dello strumento contrattuale quale forma dell'accordo e delle convenzioni concluse tra coniugi (ovvero tra conviventi) ⁽⁵⁶⁾. Qualificazione sovente contestata sulla base della considerazione che la peculiare natura degli interessi coinvolti imporrebbe di rifiutare il ricorso alla categoria normativa del contratto, in cui si ravvisa tipicamente lo strumento dello scambio economico (quando non della logica del mercato e del capitale) ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Nel senso dell'unicità del modello di riferimento, quale presupposto di un controllo selettivo dell'ordinamento, v. F.D. BUSNELLI, *Unicità o pluralità dei modelli familiari?*, testo dattiloscritto della relazione presentata al convegno di Verona, 17-19 ottobre 1996, che la cortesia dell'autore mi ha consentito di leggere; orientato ad affermare l'unicità del tipo familiare mi sembra anche E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, cit., p. 7 ss.

⁽⁵⁵⁾ V. in part. V. SCALISI, *La « famiglia » e le « famiglie »*, in AA.Vv., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, p. 270 ss.; P. RESCIGNO, *I « tipi » di matrimonio e la libertà del cittadino*, (ivi, p. 57 ss., ed ora in *Matrimonio e famiglia*, cit., p. 116 ss. In questa prospettiva la riforma del diritto di famiglia ha mancato l'obiettivo di dettare una disciplina ispirata ad un modello neutrale rispetto ai tipi reali, cfr. però S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova. Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, p. 3 ss., in part. p. 20.

⁽⁵⁶⁾ Il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia è registrato da E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 60 s. Merita, a questo riguardo, essere ricordata la stessa evoluzione della contrattualità del matrimonio, v. B. LEHMANN, *Ehevereinbarungen im 19. und 20. Jahrhundert*, Frankfurt am M., 1990, e per una sintesi sull'evoluzione del sistema francese v. J. CAUDAMET, *Le mariage, un contrat?*, in *Rev. sc. mor. et pol.*, 1995, p. 161 ss., su cui tuttavia v. la sistemazione concettuale operata da V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in questa *Rivista*, 1990, I, p. 153 ss.

⁽⁵⁷⁾ « Anche quando consistono in atti bilaterali i negozi familiari non sono comunque inquadrabili nella categoria dei contratti in quanto hanno ad oggetto rapporti giuridici non patrimoniali », così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, cit., p. 18;

Quello che si è appena richiamato è, tuttavia, un problema che può sciogliersi sulla base dell'elementare considerazione che nel nostro sistema, ai sensi degli artt. 1321 e 1324 c.c., è contratto, con il limite dell'unilateralità, ogni atto tra vivi a contenuto patrimoniale. Negli argini della bilateralità e della patrimonialità dell'atto *inter vivos*, non v'è ragione di dubitare della contrattualità anche là dove l'accordo involga il piano degli interessi familiari. Così è, ad esempio, per gli accordi che regolano — insieme ai profili personali — prestazioni di carattere patrimoniale, come avviene nei contratti di convivenza ovvero nei contratti che fissano le condizioni patrimoniali della separazione e del divorzio.

Nel sistema normativo vigente, tuttavia, la negozialità, e poi la contrattualità, non costituisce un risultato da acquisire, quanto piuttosto un dato da cui occorre prendere le mosse per verificare quale sia il regime di disciplina coerente con l'autoregolamento degli interessi in materia familiare. La qualificazione in senso contrattuale di questi accordi non dispensa, infatti, ma anzi impone all'interprete di appurare in che misura ad essi debba (*dis*)applicarsi la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nella ricostruzione dello statuto normativo che trova applicazione ⁽⁵⁸⁾.

Si pensi, ad esempio, all'affermazione — ricorrente nelle decisioni giurisprudenziali e nella costruzione teorica — in ordine alla quale gli accordi familiari sono sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus* ⁽⁵⁹⁾. Regola che dimostra troppo se in essa voglia leggersi un'opzione normativa che devalorizza in radice l'impegnatività di ogni vincolo convenzionalmente assunto e, conseguentemente, suggerire che non v'è spazio per l'autonomia privata nel diritto di famiglia. Ma troppo poco, se si vuol dire che, com'è proprio di tutti i contratti di durata, il programma contrattuale diviso dalle parti è suscettibile di revisione a fronte di eventi non originariamente previsti e sopravvenuti ⁽⁶⁰⁾.

E. Russo, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, *passim*.

⁽⁵⁸⁾ Un'analoga esigenza, seppure muovendo da presupposti diversi da quelli qui esposti, anima l'indagine di E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, cit., *passim* (e si legge formulata a p. 4). Diversamente, secondo G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 442 ss., p. 806 ss., p. 1342 s. la diagnosi della patrimonialità della prestazione è per sé sufficiente a sottoporre questi contratti all'applicazione della disciplina di diritto comune; e cfr. anche F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 448 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto vi è una diffusa adesione, v. G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 698; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., c. 117 ss.; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, cit., p. 52 s.; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., loc. cit.

⁽⁶⁰⁾ In quest'ultimo senso sembra intenderla G. OBERTO, *I contratti della crisi coniuga-*

Si tratta, allora, di verificare a quali condizioni, e in che limiti, sia possibile ricostruire una disciplina del contratto incidente nell'area degli interessi familiari *coerente* con il coinvolgimento dei valori personalistici ed esistenziali delle parti. In effetti, a leggere talune pronunce di giudici appartenenti ad ordinamenti vicini al nostro, emergono talora i contorni d'un quadro dickensiano, come nel caso del matrimonio che era stato subordinato alla conclusione d'un contratto con cui la donna, già madre di un figlio nato da una precedente relazione e che in quel momento era in attesa d'un altro figlio dal convivente, aveva rinunciato ad ogni diritto in caso di divorzio ⁽⁶¹⁾.

Il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica, tuttavia, la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti ⁽⁶²⁾: il controllo fondato sulla nullità è senz'altro il meno efficiente, atteso che sacrifica indistintamente anche gli accordi che garantiscono assetti ottimali nell'organizzazione degli interessi familiari ⁽⁶³⁾; al contempo, in termini di politica del diritto, la promozione dell'eguaglianza morale e giuridica non si realizza attraverso norme di divieto che limitino l'autonomia individuale ⁽⁶⁴⁾.

Proprio per questa ragione, negli accordi che involgono la dimensione familiare è indispensabile verificare quale spazio debba riconoscersi ad esigenze rappresentabili nei termini della 'giustizia' del contratto e dell'equilibrio dei relativi effetti ⁽⁶⁵⁾.

le, cit., p. 473 ss. (con ampia ricostruzione del dibattito giurisprudenziale e dottrinale cui senz'altro faccio rinvio). Per una ricognizione delle condizioni di rilevanza delle circostanze « sopravvenute » v. Cass., 16 novembre 1993, n. 11326, in *Foro it.*, 1995, I, c. 631 ss.

⁽⁶¹⁾ Che poi è, esemplificato, il caso su cui si è pronunciato nel senso dell'invalidità il giudice delle leggi tedesco, v. BVerfG, 6 febbraio 2001, in *NJW*, 2001, p. 957 ss., e in *FamRZ*, 2001, p. 343 ss., con nota di D. SCHWAB. Una vicenda non dissimile era stata, invece, decisa nel senso della validità da BGH, 18 giugno 1994, in *NJW*, 1997, p. 126 ss., che ha sollevato un considerevole dibattito e incisive critiche nella dottrina tedesca; per un altro caso analogo, che ha egualmente concentrato l'attenzione degli interpreti, v. BGH, 2 ottobre 1996, in *NJW*, 1997, p. 192 ss.

⁽⁶²⁾ Singolarmente, il paternalismo del legislatore sembra preferibile anche a chi, come A. SOMMA, *Autonomia privata*, estratto da questa *Rivista*, 2000, II, p. 597 ss., in part. p. 607 ss., è propenso ad avvertire la natura ideologica delle scelte operate dall'ordinamento, in quanto essenzialmente orientate, sulla base del calcolo economico sotteso all'allocazione ottimale delle risorse, a favorire la classi produttrici (v. ora *Id.*, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, estratto dalla *Riv. trim.*, 2001, p. 263 ss., ove una diffusa critica del modello dell'individualismo responsabile).

⁽⁶³⁾ Non a caso, in termini sistematici, là dove la nullità è chiamata a presidiare l'interesse d'una sola delle parti del contratto essa perde tendenzialmente il carattere dell'assolutezza, cfr. a questo riguardo i risultati cui perviene R.M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz. Partebezogene Einschränkung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, Tübingen, 1998, *passim* (su cui, volendo, cfr. la mia scheda in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, I, p. 321).

⁽⁶⁴⁾ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Dal divieto del lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, p. 569 ss.

⁽⁶⁵⁾ In termini generali sul tema v. le pagine di U. BRECCIA, *Che cosa è « giusto » nella*

È una questione aperta nel nostro, e così pure in altri ordinamenti, se sia possibile ricostruire un principio o una regola, coordinando le fattispecie che autorizzano il giudice a riformulare un programma contrattuale pur voluto dai privati ⁽⁶⁶⁾: si pensi alle clausole che « determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto » nei contratti dei consumatori (art. 1469 *bis* c.c.), alla disciplina dell'usura (art. 1815, 2° comma, c.c. e art. 644 c.p.), alla rescissione (art. 1447 c.c.), alla riduzione equitativa della penale eccessivamente onerosa (art. 1384 c.c.), alla riduzione dell'indennità convenuta a favore del venditore nella vendita a rate (art. 1526 c.c.) e della posta eccessiva in caso di gioco autorizzato dalla legge (art. 1934 c.c.); si pensi, ancora, alle ipotesi collegate alla regolazione del mercato, quali l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica (art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287; art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, ma cfr. anche l'art. 6, 3° comma). Le norme appena richiamate variamente sottendono un controllo sul contenuto del contratto *in senso stretto*, in cui il giudice opera il riequilibrio del regolamento contrattuale attraverso tecniche che, tuttavia, trascorrono dall'invalidità parziale e relativa, all'inefficacia, alla riduzione della prestazione dovuta, alla riconduzione del contratto ad equità (e, proprio perché detto *Inhaltskontrolle* esprime un interesse alla conservazione della regola contrattuale seppure rettificata, si distingue dal controllo sul contenuto del contratto *in senso ampio*, che coincide sostanzialmente con i limiti all'autonomia privata) ⁽⁶⁷⁾.

Non è qui necessario rimarcare le differenze, anche profonde, che caratterizzano le fattispecie che consentono al giudice di « correggere » la regola

prospettiva del diritto privato? Un'introduzione, in E. RIPEPE (a cura di), *Interrogativi sul diritto « giusto »*, 1, Pisa, 2000, p. 113 ss. Merita ricordare che il tema della giustizia contrattuale ha sollevato un considerevole dibattito nella letteratura tedesca: v., tra gli altri, per il significativo approfondimento, J. OECHSTER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschverträge*, Tübingen, 1997, e C. HEINRICH, *Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen, 2000 (che analizza il problema nella prospettiva lavoristica dalla p. 487 ss.).

⁽⁶⁶⁾ V.ne un'analisi, seppure prospettando un differente apprezzamento sistematico delle fattispecie indicate nel testo, nei saggi di G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 21 ss., e di E. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, 2001, p. 697 ss. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss., in part. p. 236 ss. Merita segnalare che si tratta d'un'area d'indagine alla cui formazione ha contribuito in maniera significativa il diritto privato europeo, cfr. C.-W. CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für P. Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1992, p. 873 ss. (e dello stesso A. si segnala *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München, 1997).

⁽⁶⁷⁾ Sul tema conserva sicuro valore, anche al di fuori del dibattito che percorre la dottrina tedesca, l'*Habilitationsschrift* di L. FASTRICHT, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, p. 11 ss.

privata, sia in ordine ai presupposti sia nella disciplina applicabile, e che possono rendere particolarmente incerta un'operazione di coordinamento sistematico ⁽⁶⁸⁾. Pure, non può sottacersi quanto sia problematico fondare sulle singole norme che guardano alla corrispettività economica e/o normativa delle prestazioni una regola che, *in termini generali*, autorizzi il giudice a modificare il programma contrattuale sul presupposto del disequilibrio ⁽⁶⁹⁾. Ritengo, tuttavia, che svolgere una verifica sulla 'giustizia' del contratto nella prospettiva delle relazioni familiari possa offrire un duplice contributo: alla teoria generale del contratto, per apprezzare, in un settore determinato dell'ordinamento, la forza espansiva di regole non ancora assurte a principio del sistema; alla teoria generale del diritto di famiglia, al fine di precisare gli spazi e la conformazione normativa che consente in questo campo all'autonomia negoziale di spiegarsi.

Può apparire singolare, se non a dirittura contraddittorio, che un'indagine dedicata alla negozialità intenda svolgersi lungo la traiettoria dell'intervento giudiziale e dell'equilibrio contrattuale. La giustizia distributiva sacrifica irrimediabilmente la libertà di autodeterminazione e, proprio in ciò, esprime piuttosto la crisi e il declinante rilievo dell'autonomia privata, quale sistema di valori che fa perno sulla libertà della persona ⁽⁷⁰⁾: l'individualismo responsabile abbraccia e comprende in sé anche la « libertà dell'irragionevole » ⁽⁷¹⁾.

Si tratta, tuttavia, d'una contraddizione solo apparente e d'un percorso

⁽⁶⁸⁾ V. G. OPPO, *Lo « squilibrio » contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in questa *Rivista*, 1999, I, p. 533 ss., a p. 538 s. (e, anche, in *Principi e problemi di diritto privato. Scritti giuridici*, vol. VI, cit., p. 229 ss.).

⁽⁶⁹⁾ *Contra* esemplarmente L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. di cred.*, 1997, I, p. 1 ss., secondo il quale « un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge » (p. 5).

⁽⁷⁰⁾ Il presupposto giuspolitico, su cui si radica il sistema tradizionale del diritto privato, è che l'equilibrio economico è consegnato integralmente alla determinazione individuale e l'intervento dell'ordinamento si ferma ad assicurare la libera e volontaria formazione del vincolo: v. ad es., per una ricerca che rivaluta questo dato in antagonismo all'*Inhaltskontrolle*, S. LORENZ, *Der Schutz vor den erwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht*, München, 1997, p. 22 ss.; ma si cfr. esemplarmente le parole dettate da N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI e I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, 2000, p. 59 ss.: « C'è una sorta di umiliante paternalismo nel presentare il consumatore come "parte debole", che meriti di essere sostenuta da autorità esterne o da stampelle legislative. Libertà e dignità dell'individuo meglio si affidano, in coerenza con la logica del mercato, al grado di consapevolezza della scelta » (a p. 65). Il modello individualista trova una compiuta teorizzazione nelle pagine di C. FRIED, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.)-London, 1981.

⁽⁷¹⁾ Sulla *Freiheit zur Unvernunft* proprio nel campo del diritto di famiglia e dei contratti tra coniugi v. D. COESTER-WALTJEN, *Liebe - Freiheit - gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, München, 2000, p. 985 ss., a p. 1002.

non inconsueto allo studioso del diritto dei contratti. Basti pensare alla vicenda del contratto di lavoro subordinato, per il quale il principio della retribuzione *proporzionata e sufficiente* è fissato all'art. 36, 1° comma, della Carta costituzionale: la qualificazione contrattuale della fonte del rapporto è pacificamente ritenuta compatibile con il coinvolgimento di valori esistenzialmente fondamentali del lavoratore (anzi, le scelte negative della contrattualità appartengono ad opzioni ideologicamente orientate da istanze corporative e illiberali ⁽⁷²⁾); la *specialità* nella disciplina del rapporto registra, nei termini della deviazione dalle regole di diritto comune, la disparità nella forza contrattuale delle parti e la peculiarità d'uno scambio avente quale termine oggettivo il lavoro dell'uomo ⁽⁷³⁾.

7. — La proposta che s'intende qui formulare è, a questo punto, definita: superata l'idea della tipicità del negozio giuridico familiare, esemplarmente scolpita dalla pagina santoriana, si deve oggi capovolgere il profilo di rilevanza dell'autonomia privata nel diritto di famiglia *dalla fattispecie agli effetti*.

Non si tratta di *negare* una disciplina attraverso la sanzione della nullità là dove si constati una deviazione dagli schemi proposti dal legislatore ⁽⁷⁴⁾. Si devono, piuttosto, *disciplinare* gli effetti che discendono dalla manifestazione di volontà negoziale coerentemente con le peculiarità della dimensione familiare su cui la regola privata è chiamata ad incidere: alla definizione di tale disciplina concorre il controllo del giudice sul programma disegnato dalle parti.

È, a questo punto, opportuno indicare, seppure nelle linee essenziali, quali siano i presupposti che giustificano un intervento del giudice, quali i criteri che guidano il controllo sull'equilibrio normativo ed economico che dal contratto discende.

⁽⁷²⁾ Lo ricorda P. RESCIGNO, voce « Obbligazioni (nozioni) », in *Enc. del dir.*, XXIX, s.d., ma Milano, 1979, p. 133 ss., a p. 162.

⁽⁷³⁾ Cfr. su questo punto M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 309 ss. Cfr. anche per un utile raffronto del modello argomentativo, seppure ad altro riguardo, G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di U. Breccia, L. Brusculgia e F.D. Busnelli, Torino, 2001, p. 34 ss., in part. p. 62 ss.

⁽⁷⁴⁾ In questa prospettiva, sia consentito dubitare dell'efficacia delle proposte che mirano a proporre ovvero ad estendere tecniche di controllo legate all'irrigidimento formale della fattispecie, cfr. ad es. v. F.D. BUSNELLI e E. BARGELLI, voce « Convenzione matrimoniale », estratto dal vol. IV di *Aggiornamento dell'Enc. del dir.*, s.d., ma Milano, 2000, p. 436 ss., a p. 449 ss., con riguardo alla possibile estensione analogica del requisito della forma solenne previsto dall'art. 162 c.c.; l'insufficienza del requisito formale quale tecnica di tutela è costatata da I. SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 196 (1996), p. 88 ss., p. 109 s.; e cfr. anche D. COESTER-WALTJEN, *Liebe - Freiheit - gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, cit., p. 587.

In termini generali, l'esigenza d'assoggettare la regola privata che incide sulla vicenda familiare ad un esame di ragionevolezza ⁽⁷⁵⁾ può giustificarsi desumendola dai principî costituzionali, segnatamente dagli artt. 2, 3, 29, 2° comma, Cost., ma anche dagli artt. 8 e 12 Cedu, e dagli artt. 7 e 9 Carta dei diritti dell'Unione europea ⁽⁷⁶⁾. Dalle norme appena richiamate può affermarsi che, sul presupposto dell'eguaglianza morale e giuridica, (*anche*) l'autonomia privata costituisca lo strumento dell'organizzazione della vita familiare e dello sviluppo del singolo nella famiglia, quale formazione sociale in cui si svolge la sua personalità.

In questa logica, una prima ipotesi in cui l'intervento correttivo del giudice nella regola privata appare giustificato, è quella in cui la disparità nella posizione dei contraenti si rifletta in uno squilibrio del contenuto contrattuale ⁽⁷⁷⁾. Non a caso, quella parte della letteratura che cerca di fondare su presupposti non paternalistici i limiti all'autonomia privata nel diritto di famiglia, attribuisce uno specifico rilievo alla divisione asimmetrica dei ruoli e, segnatamente, all'intrinseca debolezza che caratterizza la posizione della donna nel rapporto coniugale così come nella famiglia di fatto, sia in ragione della diversa situazione socio-economica, sia per il fatto della differente condizione psicologica ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁵⁾ Con sentenza interpretativa di rigetto, la Corte cost., 9 marzo 1989, n. 103, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2105 ss., ha ritenuto che dall'art. 3 Cost., coordinato con i principî dell'equa retribuzione e della dignità umana (rispettivamente agli artt. 36 e 41, comma 2°, Cost.), sia possibile desumere il potere del giudice di sindacare la razionalità delle clausole del contratto collettivo che determinano una disparità di trattamento tra lavoratori adibiti a mansioni uguali o analoghe, con l'effetto, in caso di valutazione negativa, della caducazione dell'accordo; l'interpretazione è tuttavia respinta da Cass., Sez. un., 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1794 ss. (soluzione cui aderisce L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 5 ss.).

⁽⁷⁶⁾ Sull'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo v. in part. G.A. KLEJNKAMP, *Family Life and Family Interests*, London, 1999; e cfr. anche F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, dattiloscritto letto per la cortesia dell'Autore, in corso di pubblicazione in *Famiglia e dir.*

⁽⁷⁷⁾ La ricerca realizzata nell'ordinamento tedesco da S. STACH, *Eheverträge - Gesetz und Rechtstatsachen*, Diss., Berlin, 1988, pp. 82, 98, 112, dimostra che, nonostante l'uso non distorsivo dei contratti matrimoniali, il 20% delle rinunce al regime di compartecipazione agli acquisti (*Zugewinnausgleich*) è fatto da casalinghe; mentre la rinuncia al mantenimento (*Unterhalt*) e alla liquidazione delle aspettative previdenziali (*Versorgungsausgleich*) è operata per l'8,4% da casalinghe.

⁽⁷⁸⁾ L'analisi che più compiutamente sviluppa questo modello in termini sistematici è quella di I. SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*, cit., p. 88 ss.; cfr. anche, per un'equilibrata valutazione, G. FERRANDO, *Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela*, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, p. 722 ss. Alla medesima conclusione pervengono, sulla base di argomenti di analisi economica del diritto, M.J. TREBILCOCK e R. KESHVANI, *The Role of Private Ordering in Family Law: A Law and Economics Perspective*, in *Univ. of Toronto Law J.*, 41 (1991), p. 533 ss.; ovvero avvalendosi in una prospettiva femminista di argomenti tratti dalla teoria dei giochi come fa A. WAX, *Bargaining in the Shadow of the Market: Is There a Future for Egalitarian Marriage?*, in *Virginia Law Rev.*, 84 (1998), p. 509 ss.; o, ancora, con argomenti orientati al decostruttivismo

D'altra parte, il percorso argomentativo che nel sistema germanico ⁽⁷⁹⁾ sorregge l'*Inhaltskontrolle* nei contratti afferenti agli interessi familiari, guarda appunto alla strutturale disparità nelle posizioni reciproche dei coniugi e trova il suo modello di riferimento più compiuto nel controllo sull'equilibrio contrattuale realizzato dal giudice nei contratti di massa. La giurisprudenza pratica tedesca aveva già compiuto il passo dal controllo sui contratti predisposti per una serie indefinita di rapporti al contratto individuale in una vicenda distante da quella che qui interessa (si trattava d'un contratto di fideiussione), ma cui fa costante riferimento la letteratura che si occupa dell'autonomia contrattuale nella famiglia ⁽⁸⁰⁾; oggi il giudice delle leggi, sulla medesima base, giustifica un intervento correttivo che pone nel nulla la regola voluta dalle parti, perché negoziata in condizione di patente disparità ⁽⁸¹⁾.

Almeno una delle possibili obiezioni che emerge dal dibattito dottrinale tedesco non appare, almeno nel nostro ordinamento, spendibile: quella che lamenta un equivoco in ordine all'asimmetria nella condizione delle parti, costituendo lo squilibrio un concetto giuridico e non, invece, un presupposto che possa ravvisarsi in una dimensione meramente fattuale o sociologica ⁽⁸²⁾. Non

dei *critical legal studies*, come nell'analisi di M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, cit., p. 28 ss.

⁽⁷⁹⁾ Per un quadro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale tedesco — ordinamento in cui, tuttavia, come ricorda G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 701, manca una norma dal tenore analogo a quella dell'art. 160 c.c. —, v. W. GERBER, *Vertragsfreiheit und richterliche Inhaltskontrolle bei Eheverträgen*, in *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, p. 49 ss., e D. COESTER-WALTJEN, *Liebe - Freiheit - gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, cit., p. 987 ss. (entrambi i saggi propendono alla difesa dell'autonomia contrattuale e a contrastare la possibilità d'un controllo sul contenuto del contratto, orientamento su cui cfr. anche W. ZÖLLNER, *Vermögensrechtliche Folgenvereinbarungen für den Scheidungsfall*, in *Festschrift für H. Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, p. 973 ss.).

⁽⁸⁰⁾ La sentenza del BVerfG, 19 ottobre 1993, 1 BVR 567/89 e 1044/89, può leggersi in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 202 ss., con il commento di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*: la massima proposta dalla traduzione recita « nel diritto tedesco, nei rapporti contrattuali caratterizzati da una strutturale disparità delle parti e dalla notevolissima onerosità degli obblighi assunti dalla parte debole, il giudice, nel determinare il contenuto delle clausole generali di correttezza e buona fede e di contrarietà al buon costume, deve utilizzare il precetto costituzionale della garanzia dell'autonomia negoziale dei privati ed operare a tale stregua un controllo sul contenuto del contratto » (sempre dello stesso A. si v. anche *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 101 ss., che recensisce D. MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994).

⁽⁸¹⁾ Ci si riferisce a BVerfG, 6 febbraio 2001, cit.

⁽⁸²⁾ Cfr. W. GERBER, *Vertragsfreiheit und richterliche Inhaltskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 60 ss.

mancano, infatti, nel sistema indici che consentono di ravvisare nella situazione del « coniuge *più* debole » — come si legge all'art. 6, 6° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898, come riformata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74 — una situazione rilevante quale criterio determinativo di rapporti giuridici, tanto da poter concludere che la disuguaglianza strutturale del rapporto riveste un autonomo e qualificato rilievo normativo (oltre alla norma appena citata, che rileva ai fini dell'assegnazione della casa familiare, si v. anche l'art. 5, 6° comma, l. *cit.*, ove si fa riferimento alla situazione del coniuge che « non ha adeguati mezzi propri o comunque non può procuraseli per ragioni oggettive ») ⁽⁸³⁾.

Dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* può derivarsi un ulteriore, condivisibile, limite all'autonomia privata nel diritto di famiglia, in relazione ai possibili effetti a danno di terzi: in quel caso, nel rinunciare ai diritti derivanti dal divorzio prima del matrimonio, la donna aveva pregiudicato la condizione economica e, conseguentemente, le possibilità nello sviluppo della personalità del figlio di cui era in attesa ⁽⁸⁴⁾. Dunque, un presupposto del controllo giudiziale sul programma contrattuale si ravvisa là dove il contratto concluso tra i coniugi (o tra i conviventi) determini obiettive conseguenze pregiudizievoli sui figli minori (come può argomentarsi anche dagli artt. 158, 2° comma, c.c., e 4, 13° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898, nella versione novellata, ai sensi dei quali il giudice opera una valutazione in ordine agli accordi economici nel divorzio *esclusivamente* in relazione all'interesse dei figli).

8. — La *ratio* che sorregge l'intervento del giudice si lega, nell'analisi che si è sin'ora svolta, al duplice presupposto della strutturale disparità nel rapporto e dell'effettivo squilibrio che si è riflesso nel regolamento contrattuale. Ciò significa che un più penetrante controllo del giudice si giustifica, in primo luogo, a fronte del differente accesso dei coniugi al mercato del lavoro, situazione che, in termini sociologici, si realizza paradigmaticamente nella famiglia monoreddito ⁽⁸⁵⁾.

Un problema di controllo sul contenuto del contratto si manifesta, tuttavia, anche là dove geneticamente non può diagnosticarsi un'alterazione della

⁽⁸³⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Il familiare debole: l'impegno della giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., p. 87 ss.

⁽⁸⁴⁾ Nel caso deciso da BVerfG, 6 febbraio 2001, cit., le parti avevano convenzionalmente fissato il mantenimento del figlio nella somma di centocinquanta marchi tedeschi al mese; cfr. per un'analisi B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 2001 (2001), p. 295 ss., a p. 308; W. GERBER, *Vertragsfreiheit und richterliche Inhaltskontrolle bei Eheverträgen*, cit., p. 49 ss.

⁽⁸⁵⁾ B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 312 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 327 e p. 330 ss.

parità contrattuale: nella normalità dei casi, infatti, il contratto nel diritto di famiglia è effettivamente negoziato tra le parti e lo squilibrio non è frutto d'un'imposizione unilaterale, quanto semmai dell'incapacità predittiva dei contraenti ovvero del mutare dei presupposti di fatto o delle loro condizioni personali ⁽⁸⁶⁾. L'*Inhaltskontrolle*, proprio nell'apprezzare un « significativo squilibrio » normativo o economico del regolamento, configura invece una tecnica di tutela che tipicamente guarda al momento della *formazione* del programma contrattuale ⁽⁸⁷⁾.

Altro è, infatti, vagliare la regola contrattuale come tale e l'obiettivo squilibrio normativo che in essa si cristallizza ⁽⁸⁸⁾; altro è considerare il programma contrattuale nella sua dimensione effettuale, quale vicenda costitutiva o estintiva di situazioni giuridiche, al momento in cui la regola è in concreto invocata ⁽⁸⁹⁾.

Si tratta, in questo secondo caso, d'apprezzare l'evoluzione nel tempo del rapporto ed eventualmente di vagliare l'esigenza d'un adeguamento. Che anche quest'ulteriore momento sia coerente alle architetture del nostro sistema può senz'altro desumersi alla stregua del già evocato principio che attribuisce valore *rebus sic stantibus* agli accordi tra coniugi in sede di separazione o di divorzio (e che si desume dagli artt. 155, ult. comma, 156, ult. comma, c.c. e dall'art. 9, l. 1° dicembre 1970, n. 898, novellato; cfr. art. 710 c.p.c.). Diversamente, là dove le parti abbiano programmato un effetto *estintivo*, esso si produce subordinatamente all'« *equità* » della regola contrattuale apprezzata *esclusivamente* in punto genetico (come mi sembra possa desumersi dalla fattispecie prevista dall'art. 5, 8° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898, per l'adempimento con un'unica prestazione dell'obbligo di mantenimento, che — ove ritenuta « equa » dal tribunale — impedisce la riproposizione d'una domanda di contenuto economico e la richiesta d'un assegno nei confronti dell'eredità da parte del coniuge che pur versi in stato di bisogno, cfr. anche art. 9 *bis*, 1° comma, ultimo periodo, l. *cit.*).

Già s'è detto che è proprio dei contratti di durata ovvero dei contratti ad esecuzione differita che — come recita l'art. 1467 c.c. — la regola contrattuale possa essere ripensata alla luce di sopravvenienze non prevedibili al mo-

⁽⁸⁶⁾ In effetti, il controllo sul contenuto del contratto non trova applicazione al contratto negoziato, cfr. B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 326.

⁽⁸⁷⁾ Così ad esempio L. FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, cit., p. 237 s., pur escludendo la possibilità di applicare il meccanismo di controllo fondato sull'*ABGB*, ritiene tuttavia che il controllo sul contenuto del contratto possa rivolgersi anche al diritto di famiglia, atteso che la *ratio* sostanziale sottostante è la mancanza di una garanzia dell'*equità* contrattuale.

⁽⁸⁸⁾ L. FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, cit., p. 25 ss.

⁽⁸⁹⁾ Si tratta secondo B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 328 s., di un problema di *Ausübungskontrolle*.

mento della conclusione del contratto. E, tuttavia, tali eventi nei contratti incidenti sulla dimensione familiare sono, in sé considerati, relativamente limitati: sono senz'altro prevedibili nei rapporti d'una coppia la nascita d'uno o più figli ovvero l'interruzione dell'attività lavorativa della donna (vicenda frequentemente legata alla maternità) ⁽⁹⁰⁾. Nella prospettiva che qui s'intende suggerire, i contratti che disciplinano la dinamica dei rapporti familiari possono convenientemente ascrivere alla categoria dei *relational contracts*, perché il regolamento, allora necessariamente 'incompleto', incide su d'un assetto intrinsecamente mutevole e conseguito in una paradigmatica situazione di razionalità limitata, considerato che in punto genetico le parti non possono disporre di informazioni adeguate né della capacità di predire l'evoluzione del rapporto ⁽⁹¹⁾.

Ciò induce ad invocare la clausola di buona fede quale fonte integrativa ed eventualmente *correttiva* del programma contrattuale in tutti i casi in cui, nel momento in cui la regola che dev'essere applicata, appare oggettivamente sproporzionata ovvero determina un'anomala ripartizione dei rischi e degli oneri tra le parti ⁽⁹²⁾. L'intervento del giudice può, in questo caso, manifestarsi anche nell'interpretazione integrativa del contratto, al fine di ricostruire una regola adeguata all'assetto di interessi in concreto rilevante ⁽⁹³⁾; così come sussiste un obbligo di rinegoziazione incombente sulle parti collegato all'obiettivo modificarsi dei presupposti del contratto ⁽⁹⁴⁾.

Ai fini d'indagare l'adeguatezza del regolamento contrattuale, la disparità nelle condizioni di fatto delle parti al momento dell'accordo concorre a dimostrare l'incapacità di rappresentarsi l'evoluzione del rapporto. Analogamente, tanto maggiore è l'intervallo temporale tra il momento in cui la regola è fissata e il momento in cui trova applicazione, tanto più significativa può

⁽⁹⁰⁾ B. DAUNER-LIEB, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, cit., p. 327.

⁽⁹¹⁾ Un buon esempio di questo modello analitico è nel saggio di E.S. SCOTT e R.E. SCOTT, *A Contract Theory of Marriage*, in F.H. BUCKLEY (a cura di), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham-London, 1999, p. 201 ss.; cfr. anche, A.W. DNES, voce « Marriage contracts », in *Encyclopaedia of Law and Economics*, a cura di B. Bouckaert e G. De Geest, vol. V, *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, 2000, p. 864 ss. (ma che può leggersi anche all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com/5810book.pdf> [consultato il giorno 10.01.02]). In termini generali sulla nozione del contratto relazionale v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 54 ss. e G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

⁽⁹²⁾ Cfr., in termini generali, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario al cod. civ.* SCIALOJA e BRANCA, a cura di F. Galgano, IV, *Obbligazioni* (art. 1173-1176), Bologna, 1988, p. 305 ss.

⁽⁹³⁾ Su cui v., seppure in termini generali, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 223 ss.; Id., *Rischio contrattuale e contratti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in questa *Rivista*, 2002, I, p. 63 ss.

essere l'esigenza d'un adeguamento ⁽⁹⁵⁾. Questo è, ritengo, il vero limite operativo cui sottostà la possibilità, da molti contestata ⁽⁹⁶⁾, di definire *prima* del matrimonio le possibili conseguenze patrimoniali derivanti dalla rottura del vincolo ⁽⁹⁷⁾ (così come d'una relazione di fatto), atteso che nel nostro sistema non è possibile ravvisare una norma imperativa che impedisca la predeterminazione di tali effetti.

Il paradigma operativo del controllo giudiziale sul contenuto del contratto, si rivolge esso alla genesi della regola ovvero alla sua dimensione effettuale, presuppone il confronto tra il fatto storico sottoposto all'attenzione del giudice e un modello del fatto, che possa assumersi a stregua d'una normalità socialmente accettata ⁽⁹⁸⁾. A questo fine, soccorrono le norme dispositive reperibili nel tessuto del diritto di famiglia, quale indice segnaletico, seppure con valore solo presuntivo, d'una deviazione dalla normalità insita nel modello prefigurato dal legislatore; o forse meglio: dalla disciplina dettata per il tipo reale di famiglia che il legislatore ha visualizzato quale antecedente della vigente disciplina (che — come s'è già detto — è essenzialmente la famiglia nucleare monoreddito). Parimenti alle regole dispositive dovrà farsi appello là dove il controllo del giudice si risolva nell'invalidità parziale: ruolo che, per i contratti che disciplinano la situazione patrimoniale allo scioglimento del vincolo, matrimoniale è assolto dall'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898 ⁽⁹⁹⁾.

Un'ultima considerazione, a chiusura di queste pagine, appare necessaria.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. W. ZÖLLNER, *Vermögensrechtliche Folgenvereinbarungen für den Scheidungsfall*, cit., p. 990 s.

⁽⁹⁶⁾ Sulla base di argomenti che mi sembrano fondati essenzialmente sull'idea, non adeguatamente confortata dalle norme del sistema, dell'insussistenza d'un potere dispositivo dei privati; così, ad es., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, cit., p. 203, ritiene che la nullità sembri « doversi ammettere sotto il profilo della indeterminazione dell'oggetto, in quanto gli effetti economici che gli accordi preventivi vorrebbero regolare non sono valutabili prima che vengano in essere i presupposti del se e del quanto », muovendo tuttavia dal presupposto che l'accordo dei coniugi non è fonte, ma criterio determinativo del contenuto di effetti intrinsecamente legali.

⁽⁹⁷⁾ Nel senso della validità anche F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, cit., p. 53 s., seppure con il limite della sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus*; cfr. pure G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 114 e p. 124 s.

⁽⁹⁸⁾ Sul ruolo dei *naturalia negotii* nel controllo sul contenuto del contratto, cfr. J. OECHSTER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschverträge*, cit., p. 315 ss.; sul ruolo delle regole dispositive nel matrimonio v. M.J. TREBILCOCK, *Marriage as Signal*, in F.H. BUCKLEY (a cura di), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, cit., p. 245 ss. (ho tratto altresì taluni spunti da R. PARDOLESI, *Regole di « default » e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 ss., a p. 465 s. e, in termini generali, per un'analisi del ruolo assolto dalle norme dispositive, cfr. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000).

⁽⁹⁹⁾ E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 332, sulla scorta di I. SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens — und Scheidungsfolgenrecht*, cit., p. 112.

L'autonomia negoziale, quale strumento dell'autoregolamento di interessi privati, trova nel diritto di famiglia un intimo equilibrio nel controllo sul contenuto del contratto, di cui si è tentato — seppure in via esplorativa — di definire presupposti e limiti. Chi scrive è consapevole del costo applicativo che determina l'estensione anche al contratto individuale negoziato tra le parti del controllo giudiziale sull'equilibrio normativo ed economico, atteso che ciò innegabilmente significa una più accentuata discrezionalità del giudice e, di conseguenza, una maggiore incertezza della regola consensualmente fissata ⁽¹⁰⁰⁾. Si tratta, tuttavia, d'un costo applicativo che in questo campo può ritenersi accettabile, sia in considerazione dei valori su cui la regola privata viene ad incidere, sia in considerazione del fatto che si tratta di situazioni giuridiche e di relazioni poste al di fuori della dinamica del mercato.

⁽¹⁰⁰⁾ Obiezione chiaramente formulata da D. COESTER-WALTJEN, *Liebe - Freiheit - gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, cit., p. 1001.

