

**CONVEGNO NAZIONALE AMI**

**BOLOGNA, 11 GIUGNO 2010**

**Convento di San Domenico – Sala Bolognini**

**“I PATTI PREMATRIMONIALI (PRENUPTIAL AGREEMENTS)”**

**di Katia Lanosa** *Presidente AMI Emilia Romagna*

**ABSTRACT**

**“Introduzione agli accordi prematrimoniali: fonti giuridiche e origini storiche”**

Introduzione

Il tema dell'odierno Convegno “I Patti Prematrimoniali” coniuga due aspetti di un problema di particolare complessità e rilevanza: autonomia coniugale e crisi della famiglia.

Per poter svolgere al meglio un'indagine volta ad analizzare il tema degli accordi prematrimoniali nell'ordinamento italiano e negli altri ordinamenti di maggior interesse, occorre analizzare per prima cosa le fonti giuridiche sulle quali l'istituto si fonda, per poi trattare gli aspetti comparatistici negli altri ordinamenti (Europa, utile per dare spunti di riflessione riguardo al fatto che tali accordi in Italia non sono esplicitamente contemplati, anche se rappresentano una realtà ormai salda e tipica di vari ordinamenti stranieri in particolare( ma non solo...) di quelli appartenenti alla famiglia della Common-law).

Il termine “Prenuptial agreements” stà ad indicare quei patti stipulati da coppie prima di contrarre matrimonio destinati a regolare poi vari aspetti dello stesso, patrimoniali e non, nonché l'eventuale crisi coniugale.

Ad un attento esame non sfugge che la soluzione negoziale dei problemi posti dalla crisi della coppia e, più in generale, dallo scioglimento del vincolo matrimoniale non costituisce una novità; è interessante ricordare come l'ordinamento giuridico abbia già conosciuto – in un passato talora anche assai remoto – istituti diretti a definire contrattualmente le questioni economiche aperte a causa della fine del rapporto coniugale.

Peraltro, siffatto regolamento negoziale veniva addirittura perfezionato preventivamente rispetto alla crisi coniugale e cioè al momento della conclusione degli accordi che accompagnavano la celebrazione delle nozze.

Già dal punto di vista terminologico, nel diritto romano, si faceva uso di espressioni quali “*pactum conventum ante nuptias*” o “*post nuptias*”, destinate a transitare pressoché inalterate nei sistemi di *common law*, per designare proprio quegli accordi preventivi (o successivi) alle nozze, contenenti tra l’altro la regolamentazione *ex ante* dei rapporti economici tra gli ex coniugi *soluto matrimonio*.

Le fonti romane attestano l’esistenza di diverse forme di accordi che, inseriti nei patti dotali, consentivano di regolare preventivamente gli aspetti economici della crisi coniugale. L’attenzione principale era ovviamente incentrata sulla dote, cioè l’istituto con il quale la famiglia della moglie apportava un certo complesso di beni al marito. La preoccupazione maggiore era quella di garantire la restituzione del valore dotale alla cessazione del vincolo.

In realtà, sembra che, nell’antico diritto romano, la dote non andasse restituita. Sarebbe stato proprio il consistente incremento dei divorzi, nel corso del III secolo A.C., ad indurre le parti **ad inserire nei patti nuziali** apposite convenzioni con le quali il marito si impegnava alla restituzione della dote, in caso di scioglimento del vincolo coniugale. Nei patti antenuziali venivano disciplinati non solo l’*an* ma anche le modalità con le quali la restituzione della dote avrebbe dovuto effettuarsi, il tempo della restituzione stabilendo per esempio che il diritto alla ripetizione sarebbe maturato soltanto decorso un certo termine dalla data del divorzio.

Anche nel diritto comune era prevista la restituzione dotale sciolto il vincolo coniugale con apposite disposizioni negoziali che ne regolavano termini e modalità del trasferimento.

In questo contesto un ruolo fondamentale svolgeva il c.d. *lucro dotale* previsto dal cc.c. del 1865 all’art. 1398 come quella porzione della dote che “*si devolve in proprietà al coniuge sopravvivente, se non vi sono discendenti del coniuge premorto e nel caso contrario in semplice usufrutto, salvochè gli sposi abbiano diversamente pattuito*”.

Pertanto la restituzione dotale era prevista per scioglimento del matrimonio e per morte di uno degli sposi.

Venendo ai giorni nostri, all’origine delle differenze tra i vari ordinamenti che prevedono l’istituto degli accordi prematrimoniali, vi è sicuramente la diversa ampiezza riconosciuta all’autonomia privata dei singoli riguardo “l’istituto-matrimonio” che in Italia, se pur con una particolare evoluzione, mantiene una concezione spiccatamente pubblicistica, ragione primaria di ostacolo all’introduzione di tali accordi nel nostro ordinamento.

### Evoluzione del principio di autonomia privata

All’interno del nostro codice civile non vi è una espressa formulazione riguardante il principio dell’autonomia privata, ma l’art. 1322 con riferimento ai contratti patrimoniali, utilizza l’espressione “autonomia” nella rubrica della norma. Essa riveste un enorme importanza, secondo la quale nell’ambito dei rapporti patrimoniali è rimessa alla volontà dell’individuo, la nascita del rapporto giuridico e ove possibile la determinazione del contenuto. Questo principio trova una salda conferma anche a livello internazionale nei Principi Unidroit per i contratti commerciali, ma più di tutti l’autonomia privata è espressione di quella libertà garantita all’individuo dalla Costituzione con gli artt. 2 e 41.

L’affermazione del principio di autonomia privata seguendo il percorso storico dall’ Illuminismo (e dalla Rivoluzione prima e Restaurazione dopo) coincise nettamente con il declino delle autonomie pubbliche, per cui la nuova posizione dei privati eguali tra loro e di fronte la legge, portò la libertà degli individui a disporre dei propri interessi: nell’art. 1322 l’autonomia è stata proprio concepita come libertà degli individui dal condizionamento dello Stato.

## L'autonomia privata nel diritto di famiglia

Venendo all'autonomia privata nel diritto di famiglia, inizialmente la dottrina ha sostenuto che nessuna autonomia negoziale può essere riconosciuta ai coniugi: la volontà di essi non può disciplinare il rapporto in maniera diversa dalla previsione legale ( A. Cicu ).

Tale concezione restrittiva, trovava le sue fondamenta nell'idea della famiglia intesa come una formazione sociale di rilievo pubblicistico, per cui da essa si costituivano situazioni indisponibili per i soggetti che ne facevano parte.

È ovvio che in questi termini era impossibile parlare di autonomia privata, se non in senso assai limitato!

Con il passare del tempo però, la dottrina ( F. Santoro Passatelli ) ha riconosciuto l'esistenza dell'autonomia privata nell'ambito diritto di famiglia, ritenendo che tale libertà avesse un campo di applicazione più ridotto che nel diritto patrimoniale: (l'autore ha precisato infatti che nel diritto di famiglia) l'autonomia è accordata ai privati in quanto non leda però l'interesse superiore tutelato.

Si compie così un passo importante verso la cosiddetta "Privatizzazione del Diritto di famiglia" procedimento che ha vissuto una netta accelerazione con l'entrata in vigore della nostra Costituzione nel 1948, che fonda l'istituto familiare sull'eguaglianza e le pari dignità dei coniugi, tutela e garantisce diritti all'individuo non solo come singolo ma anche nelle formazioni sociali. Il riconoscimento quindi della famiglia come "società naturale" ha segnato i limiti di intervento dello Stato nell'organizzazione familiare rimessa alla libertà degli individui: in ciò risiede il fondamento dell'autonomia negoziale all'interno della famiglia.

A quello che veniva definito quindi "l'interesse superiore" ( un interesse pubblico!! ) si sostituisce il preminente interesse della realizzazione della personalità di ognuno.

È importatane sottolineare che la carta Costituzionale ( che ha portato il matrimonio da una "concezione istituzionale" ad una "concezione costituzionale" G. Oberto) e la riforma del diritto di famiglia del 1975 hanno totalmente distolto l'indirizzo pubblicistico che dominava questo settore.

L'autonomia ha acquistato la particolare funzione di fonte di regolamentazione del rapporto, dove la legge pone dei limiti, ma lascia alla attività negoziale dei coniugi la regolamentazione del loro menage. In questo modo il matrimonio si viene a configurare come un vero e proprio negozio giuridico.

## Gli accordi prematrimoniali nell'ordinamento italiano

Da quanto affermato fin ora sembrerebbe logico poter dire che se l'autonomia dei singoli regola questo settore, allora non dovrebbero esserci più particolari ostacoli anche ad ammettere gli accordi prematrimoniali nel nostro ordinamento. In realtà la questione ritrova interessanti aperture da parte della dottrina, ma incontra anche un netto sfavore da parte della giurisprudenza.

Si è affermata la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale (ex. art. 31 prel.) di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia (Cass. 3 Maggio 1984 n. 2682), ma in un altro caso la Suprema Corte ha manifestato un'opinione del tutto diversa (Cass. 6 Dicembre 1991 n. 13128). Si è infatti escluso per i privati cittadini italiani il potere di determinare in via preventiva gli effetti patrimoniali del divorzio in quanto un accordo di questo tipo contrasterebbe in primis con l'art.9 l. n. 898/1970 il quale consente la revisione in ogni momento delle disposizioni riguardanti la modalità dell'assegno di mantenimento, ma soprattutto avrebbe causa illecita in quanto appare sempre connesso

alla finalità di viziare o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio di divorzio. Si è anche invocato il principio di cui all'art. 160 c.c. in ordine alla indisponibilità dei diritti in campo matrimoniale, soffermandosi sul fatto che fino la sentenza di divorzio i soggetti sono ancora coniugi e non possono derogare ai relativi diritti e doveri.

La l. n. 74/1987 mette poi in evidenza il carattere di indisponibilità dell'assegno, che ha natura assistenziale ovvero persegue il criterio di solidarietà post-coniugale e tale caratteristica comporta l'esistenza del limite di indisponibilità cui soggiace.

Con varie sentenze quindi a partire dalla fine degli anni '80, la corte ha infatti sempre escluso la validità di tali accordi sulla base delle ragioni riportate e sulla riflessione che tali accordi determinerebbero anche un inaccettabile commercio di status.

A questi argomenti la dottrina ha sollevato varie obiezioni così schematizzabili :

-per quanto riguarda il commercio di status gli studiosi affermano che esso si verificherebbe quando un coniuge si obbliga tramite accordo a presentare domanda di separazione, divorzio o annullamento e non in caso di regolamentazione preventiva della crisi coniugale.

-per quanto riguarda invece il carattere indisponibile dell'assegno di divorzio, si è sostenuto che gli argomenti utilizzabili per l'obbligazione alimentare non sono estendibili all'assegno di divorzio, che non ha come presupposto un necessario stato di bisogno dell'avente diritto ma è rivolto a garantire a quest'ultimo un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio!

Con queste ragioni la dottrina ha legittimato l'efficacia dei patti prematrimoniali nell'ordinamento italiano, la quale è invece tuttora negata dalla giurisprudenza, la quale ha comunque avuto modo di esprimersi abbastanza limitatamente sul tema.

## Conclusioni

Alla luce di quanto riportato e delle riflessioni effettuate non possiamo che sperare in un intervento legislativo volto a introdurre gli accordi prematrimoniali nel nostro ordinamento da regolamentare in termini di opzione in un quadro di tutela inderogabile dei diritti a favore del coniuge più debole e dei minori. L'Introduzione dell'istituto dei Patti sarebbe al passo con il cambiamento dei tempi e della società senza poi trascurare il fatto che una soluzione del genere comporterebbe anche una diminuzione della litigiosità nei procedimenti di separazione e divorzio, oltre al doveroso allineamento del nostro sistema ai sistemi più moderni.