

Sulla “nuova” autonomia privata familiare

Antonio Spadafora¹

SOMMARIO: *1. Il progressivo radicamento della negozialità come criterio ordinante delle nuove tendenze sistematiche in materia di diritto della famiglia. – 2. I più recenti approdi della “privatizzazione” del modello interazionista gius-familiare. – 3. Segue: La nuova genitorialità “pianificata”. – 4. L’odierno paradigma di confronto tra autoritarismo statale e potere “nomo-poietico” interno alla coppia: cedimento relativistico od opportuno alleggerimento del giogo impositivo ex iure?*

1. Il progressivo radicamento della negozialità come criterio ordinante delle nuove tendenze sistematiche in materia di diritto della famiglia

Gli esiti ermeneutici tralatiziamente riproposti dalla giurisprudenza di legittimità in tema di accordi stipulabili al crepuscolo del rapporto familiare sembrano andare incontro ad un processo di lenta, ma ineludibile, rivisitazione.

La tradizionale, incondizionata, acquiescenza all’indirizzo ricostruttivo che, cedendo all’illusione prospettica della postulata nullità delle intese volte a fissare, già al momento della separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista dell’eventuale scioglimento del vincolo, si confronta, oggi, con la rinnovata sensibilità in materia del garante della nomofilachia: il quale dimostra consapevolezza – in tema di *simultaneus processus* – circa la (preconizzabile) “caduta” del dogma dell’indisponibilità degli *status familiae*, predisponendosi a cogliere gli slarghi ariosi verso i quali il nostro ordinamento della famiglia ormai da tempo si apre, sì da sottrarsi alle anguste strettoie della tradizione dogmatica ed alle sue ruderali concrezioni (cfr., al riguardo, Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727).

Pur nel distacco dall’intonazione originaria, improntata ad una retorica moraleggiante, l’indirizzo presso di noi acriticamente cristallizzatosi ha

¹ Prof. Antonio Spadafora, Ordinario di diritto privato, Università degli Studi Roma Tre. Elaborazione dell’intervento svolto al convegno tenutosi all’Università “La Sapienza” di Roma il 20.10.2023, sul tema “*La nuova stagione del diritto di famiglia. I nuovi modelli familiari e il rapporto di coppia tra autonomia e responsabilità*”.

continuato a riproporre in chiave pedissequa l'assunto che la sanzione invalidante rappresenti l'inevitabile portato della inderogabilità del complesso delle situazioni giuridiche soggettive che innervano lo *status* di coniuge. Di tal che, anche ove gli accordi in parola si incaricassero di soddisfare adeguatamente le necessità della parte economicamente più debole, essi comunque incorrerebbero nel trattamento sanzionatorio connesso alla violazione del principio generale contemplato all'art. 160 c.c., giacché un'intesa di carattere preventivo, specie se allettante e subordinata alla non opposizione al divorzio, potrebbe giustificare il consenso alla dissoluzione del vincolo.

Eppure, vistosi cedimenti nell'argine che la nostra elaborazione giurisprudenziale ha ritenuto a lungo invalicabile si registrano già per effetto dell'introduzione della disciplina in tema di negoziazione assistita.

L'orizzonte rimediale che si dischiude alla coppia in crisi si arricchisce, in ragione di detta disciplina, di uno strumento pattizio (dispiegabile nel contesto di una procedura ordinaria, ovvero di una "semplificata") che equivale ad una terapia radicalmente innovativa della patologia inficiante il rapporto personale.

In alternativa all'ordinario percorso disgregativo strutturato secondo la scansione bifasica separazione-divorzio, il fallimento del progetto di vita inizialmente condiviso può essere amministrato non più in base alla regola eteronoma, bensì in base a quella di fonte convenzionale. Si scardina, ed anzi si rovescia, in questo modo, la prospettiva totalizzante riconducibile all'ingerenza statale quanto al vaglio delle cause determinative della irreparabile involuzione patologica del legame, quanto alla regolamentazione della fase prodromica al suo scioglimento, nonché quanto alla solennizzazione del fatto dissolutivo ed alle conseguenze che ne derivano sul terreno economico-patrimoniale.

In un tale quadro, neppure un'esegesi profondamente ossequiosa dei predicati dogmatici offerti dalla tradizione potrebbe legittimare un approccio oscurantista, volto ad obliterare la linea di tendenza cui i nuovi negozi della crisi familiare si ascrivono, la quale è ben lungi dal poter essere immiserita a mera risposta ad un'impellenza deflattiva del carico giudiziario, ma conforme al ben più alto anelito di sottrarre la famiglia (nella sua odierna, multiforme, sagomazione) all'autoritarismo statale ed alla regola elaborata *ope iudicis* (sempre che ciò non si renda necessario in

funzione della tutela dei figli) per quel che attiene alla gestione della crisi, allorché i coniugi, ma anche gli uniti civilmente, siano in grado di metabolizzarla in via autonoma e di condurla ad appagante soluzione.

Il principio di libertà e di autoresponsabilità che ne risulta consacrato, nel rendere ultronea la mediazione giurisdizionale (degradata a “nullaosta”, ovvero ad “autorizzazione”), eleva a diritto potestativo in senso sostanziale il potere in capo ai coniugi di separarsi e di divorziare, di disciplinare i risvolti anche economici di siffatte scelte, nonché di modificare il regime concordato *ab initio*: così come il potere, in capo ai componenti della coppia omoaffettiva, di recidere definitivamente il vincolo assunto con l’unione civile, assumendo reciproci impegni per la fase successiva all’epicedio della relazione.

Il deciso riorientamento libertario che ne emerge intacca il presupposto argomentativo a sostegno della tesi che lo stato coniugale, al pari di quello paraconiugale, abbia conservato la sua retriva impronta di indisponibilità. La “contrattualizzazione” delle vicende familiari – che peraltro riceve ulteriore significativo impulso grazie alla tipizzazione del contratto di convivenza, il quale si incarica di presidiare il fisiologico svolgimento del rapporto – fa sì che la condizione soggettiva divenga disponibile, in quanto rinunciabile (peraltro con la massima concessione, al riguardo, rispetto all’abdicabilità dello *status* di convivente di fatto), e che, unitamente ad essa, diventi disponibile l’assetto che la disfunzione del rapporto rivendica sotto il profilo economico e patrimoniale.

I preconizzabili sviluppi del processo in atto sembrano coincidere con la più ampia dilatazione del margine di operatività dell’autonomia privata *in subiecta materia*.

Ciò concerne non solo l’auspicabile approvazione della proposta di legge in tema di accordi prematrimoniali, che avrebbe il pregio di allineare la nostra realtà ordinamentale ad altre esperienze giuridiche che ormai da lungo tempo hanno acquisito simili intese al loro patrimonio dogmatico: ma anche e soprattutto l’eventuale trasposizione sul terreno dello *ius positum* della disciplina di cui al disegno di legge delega n. 1151/2019, in forza della quale, nel momento genetico del vincolo familiare (di matrimonio o di unione civile), così come successivamente, le parti sarebbero legittimate alla stipulazione di accordi intesi a regolare tra loro – nel rispetto delle norme imperative, dei diritti fondamentali della persona umana, dell’ordine

pubblico e del buon costume – sia gli aspetti patrimoniali che, addirittura, quelli personali del rapporto, anche in previsione della crisi, nonché a stabilire i criteri di cui giovare nell’indirizzo della vita familiare e nell’educazione dei figli.

Corrisponde, all’evidenza, alla prefigurazione di un modello di “contratto di diritto familiare”, il radicarsi di una concezione affatto nuova della facoltà di pianificazione riconosciuta ai paciscenti, incline al recupero di una capacità prospettica non già invariabilmente condizionata al palesarsi della crisi e confinata alla dimensione della patrimonialità, ma piena. Giacché, se i membri del consorzio familiare ritrovano nel perdurare dell’*affectio* la causa che giustifica, e costantemente vivifica, la stabilità del loro legame, essi reclamano la libertà delle proprie determinazioni quanto alla conservazione del vincolo, nonché rispetto alla gestione della sua fisiologia e della sua eventuale patologia, rivendicando il potere di rappresentare – anche contenutisticamente – le aspettative e gli interessi individuali che la *communio* sottende pure nei suoi sviluppi involutivi.

Su tali basi, la tradizionale caratteristica di indisponibilità dello *status* sarebbe chiamata a confrontarsi con una forza riplasmatrice capace di calibrare efficacemente il paradigma comportamentale astratto ed eteroimposto sulle aspirazioni effettivamente coltivate nell’attuazione del programma esistenziale condiviso dalle parti. Con inevitabile arretramento della norma di legge e della sua autoritativa imposizione, una volta che il negozio riesca a farsi carico delle idealità solidaristiche e di cooperazione che l’ordinamento vuole, pur sempre, veder realizzate sul piano della fattispecie concreta.

Quale, dunque, il senso della persistente diffidenza verso una ancor più ampia estensione della capacità autodeterminativa individuale, non deprivata di un potere programmatico – finanche esercitabile in chiave diacronica – destinato ad analizzare l’epilogo del progetto di vita nella sua complessità e nei suoi non atomistici risvolti?

2. I più recenti approdi della “privatizzazione” del modello interazionista gius-familiare

Il nostro diritto di famiglia si dimostra vivificato dalla *vis attractiva* di polarità ben salde nel costruito ordinamentale. Ciò in quanto lo stratificarsi, a tratti apparentemente episodico, di interventi legislativi *in subiecta*

materia non si compendia nell'immagine della casuale combinazione di tarsie monadiche, slegate ed ininterferenti, non tagliate in rispondenza di un nitido disegno.

Anziché consegnarsi alla rarefazione di frammenti di *ius positum* atomisticamente concepiti, e quasi dispersi in una sfera corpuscolare, la regolamentazione giuridica della poliforme fenomenologia familiare ritrova il senso del suo assemblarsi a guisa di *sistema* normativo, conquistando una precisa compiutezza grazie all'osservanza di un criterio ordinante non equivoco.

L'identificazione di tale tratto unificante, capace di sottrarre i sempre più numerosi dati di diritto positivo di stampo gius-familiare – anche ove offerti dalla normativa di carattere processuale – alla logica dell'isolamento nell'autoreferenzialità, risulta piuttosto agevole: lasciando, esso, intravedersi in quella ineludibile linea di tendenza dell'ordinamento alla “contrattualizzazione” delle relazioni familiari, nell'alveo di una crescente privatizzazione volta a dilatare progressivamente il margine di operatività della capacità autodeterminativa delle parti secondo i canoni della negozialità pura (anche, opportunamente, sgrommata di tralattizie soluzioni compromissorie a livello semantico, volte a sfumare il richiamo alla categoria concettuale cui si giunge, invece, a prestare aperto ossequio in seno alla L. n. 76/2016).

Questo rafforzamento di un potere “gius-poietico” endogeno, nel quale i protagonisti della vicenda intersoggettiva confidano per darsi una regola vincolante più efficacemente calibrata su quell'intreccio di istanze soggettive – esistenziali e, parimenti, patrimoniali – che la comune esperienza di vita involge, diviene, nondimeno, oggi, il punto di sutura tra normativa sostanziale e normativa processuale.

Onde acquisirne consapevolezza, è opportuno ragionare sui contenuti della riforma del processo di settore introdotta dal D.Lgs. n. 149/2022 (e già prefigurata dalla L. n. 206/2021, in sede di delega).

Ad essere ridisegnato in chiave ampliativa è il campo di applicazione dell'istituto della negoziazione assistita.

Si prevede, segnatamente, che la convenzione ivi raggiunta possa, anzitutto, essere conclusa dai genitori allo scopo di addivenire ad una soluzione consensuale per la disciplina delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli minori nati fuori del matrimonio, nonché per la

disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti e per la modifica delle condizioni già determinate; nonché, tra le parti, per raggiungere una soluzione convenzionale per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e per la quantificazione degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c., oltre che per la modifica di tali determinazioni (art. 1, comma 35, della legge delega: cfr., al riguardo, il testo novellato, *post-riforma*, dell'art. 6 D.L. n. 132/2014, con riguardo all'introduzione del comma 1-*bis*).

Benché riferita al rapporto genitori-figli, la norma, nel suo evidente dischiudere – al fine indicato – la procedura di negoziazione assistita anche ai conviventi di fatto, in una al suo richiamo all'art. 433 c.c., è stata letta in correlazione con l'art. 1, comma 65, L. n. 76/2016, che riconduce la misura solidaristica in favore dell'ex convivente bisognoso alla prestazione alimentare (per un periodo proporzionale alla durata del rapporto). Dal che discenderebbe la possibilità di regolare in via pattizia anche le implicazioni economiche dello scioglimento del legame personale (con la fissazione del *quantum* dovuto a titolo di alimenti), secondo una pianificazione che, ivi calibrata sulla fase patologica (post-dissolutiva), avrebbe modo di inquadarsi nella medesima ottica programmatica cui si ascrive il regime della fase fisiologica trasfuso dalle parti nel contratto di convivenza.

Anche le possibilità di sistemazione dei rapporti economico-patrimoniali *inter partes*, al palesarsi della crisi, si accrescono, oggi, mercè il riconoscimento alla negoziazione assistita di funzioni ulteriori e diverse rispetto a quelle originarie, come attesta la norma che prefigura la legittimazione alla stipula di accordi – nel contesto di tale procedura – contenenti patti di trasferimento immobiliare con effetti obbligatori (art. 1, comma 4, lett. *u*), L. n. 206/2021: cfr., al riguardo, l'integrazione, rispetto al disposto dell'art. 6, comma 3, D.L. n. 132/2014, apportata dal D.Lgs. n. 149/2022).

Anche sotto diverso profilo, il legislatore sembra riuscire a sottrarsi alla suggestione indotta dalla necessità della mediazione e del suggello *ab externo* rispetto alle decisioni autodeterminative sull'assetto patrimoniale conseguente all'evento disgregativo, prevedendo che, nella convenzione raggiunta nel contesto della richiamata procedura, il giudizio di congruità contemplato all'art. 5, comma 8, L. n. 898/1970, in ordine alla prestazione

una tantum, sia svolto non già (e dunque, non più) dal Tribunale, bensì dai difensori, con la certificazione dell'accordo delle parti.

Così, la deliberazione pattizia viene posta al riparo dai rischi relativi ad una rappresentazione del concetto di *aequitas* negoziale tutta conclusa nella mente del giudicante; il regime concordato può, cioè, legittimamente ambire alla propria autoreferenzialità in termini di immediata vincolatività, grazie all'avallo offerto dai professionisti chiamati ad “assistere” le parti nel percorso volto a condurle all'approdo atteso.

Ancóra, l'impegno parenetico in favore della naturale sovraordinazione delle scelte autoregolatrici che si rivelino in grado di gestire adeguatamente la crisi, sì da metabolizzarla, sospinge l'intervento legale ad incentivare l'accesso all'istituto della mediazione familiare e ad ampliarne i margini d'intervento (cfr., segnatamente, art. 1, comma 23, lett. *f*), *n*) e *p*), L. n. 206/2021, nonché, in sede attuativa, art. 1, comma 5, lett. *a*), punto 1, D.Lgs. n. 149/2022, quanto all'integrazione del disposto dell'art. 337-ter, comma 2, c.c.). Indice eloquente, codesto, di un *favor* legislativo nei confronti della soluzione convenzionale del contenzioso in materia, tenuto conto della specificità degli interessi da presidiare.

3. Segue: la nuova genitorialità “pianificata”

Con la recente riforma processuale, l'autonomia privata innervata della causa familiare si predispone, nondimeno, alla soddisfazione di attese individuali ascrivibili all'esercizio delle prerogative attinenti all'esercizio del *munus* genitoriale, persino laddove l'epilogo del rapporto di coppia non si presti ad essere adeguatamente gestito e sedimentato attraverso soluzioni raggiunte in via pattizia.

Il dato normativo – contraddistinto da una carica di evidente innovatività sul terreno dello *ius positum*, relativamente alla nostra realtà ordinamentale – cui occorre por mente in proposito è quello offerto dall'ultimo comma dell'art. 473-bis.12 c.p.c., in forza del quale, in presenza di minori, il ricorso introduttivo del giudizio deve essere corredato di un piano genitoriale che indichi, puntualmente, gli impegni e le attività quotidiane dei figli relative alla scuola, al percorso educativo, alle attività extrascolastiche, alle frequentazioni abituali ed alle vacanze normalmente godute; con analogo

onere di allegazione in sede di costituzione del convenuto (*ex art. 473-bis.16 c.p.c.*).

L'immobilismo di un sistema tradizionalmente ingessato sulla demiurgica decisività della statuizione giudiziale a salvaguardia della posizione del minore riceve, così, un opportuno impulso dinamico nella direzione di un incremento delle potenzialità e del ruolo dell'amministrazione "privatistica" quanto alle sorti minorili, anche ove inquadrata nell'ambito di una crisi familiare ormai conclamata (al lume del disposto dell'art. 473-bis.50 c.p.c.), alimentando il senso del distacco dall'intransigente chiusura dell'impostazione tralatizia verso ogni decisione difforme da quella solipsisticamente formatasi, al riguardo, *in mente iudicis*.

Dal tenore letterale della norma sembrerebbe potersi inferire che il documento assolva alla limitata funzione di rappresentare in forma del tutto statica, ossia di "fotografare", l'organizzazione di vita della prole, sì da dotare l'organo giudiziario di un valido referente e supporto decisorio nello scioglimento dei nodi concernenti gli interessi in capo ai figli, tenuto conto delle criticità che ne investano lo *status*, ovvero che possano tradursi in implicazioni pregiudizievoli nella fase post-disgregativa dell'organismo familiare.

Eppure, a disvelare una diversa *ratio*, che dischiude una portata teleologica del "piano" non circoscritta nei termini suddetti, ma decisamente più ampia, è la Relazione illustrativa al decreto legislativo, ove si fa riferimento alla finalità di acquisire, secondo la reciproca prospettazione dei genitori, gli elementi principali del progetto educativo e di accudimento del minore, onde consentire al giudice di rendere e dettagliare, nell'ambito dei provvedimenti che egli è chiamato ad assumere, le indicazioni più opportune nell'interesse del minore, poiché "*costruite "su misura" rispetto alla situazione di vita pregressa e alle sue abitudini consolidate*".

Anziché attestarsi ad un livello eminentemente – e riduttivamente – descrittivo, che restituisce l'idea di un mero, algido, resoconto, a mo' di scrigno di tante memorie, il piano di cui trattasi appare, allora, incaricarsi di un compito più alto e significativo, vieppiù programmatico, identificando un campo d'azione vasto, dominato dal progetto soggettivo circa il futuro esercizio della responsabilità genitoriale: e che, nel recupero di un modello organizzativo-pedagogico già invalso, affondante o meno le

radici nella cellula aggregativa pregressa, costituisce il risultato della riflessione individuale in ordine al *quomodo* interpretare, contenutisticamente, lo *status* di genitore, anche nella nuova condizione di soggetto separato o divorziato, pur nell'ottica di un necessario *continuum* a garanzia degli interessi della prole.

Ne deriva che la prospettazione richiesta *ex iure* trascende lo schema dell'adempimento – e, per ciò stesso, del mero onere – formale, per calarsi in un impegno in cui il primario fine di tutela degli interessi riferibili al minore esprime una coassialità rispetto alle precipue aspettative genitoriali, in chiave diacronica. E ciò ad onta di un paradigma regolativo rigidamente compendiato in una ridda di prescrizioni perentorie tipicamente svincolate dal potere dispositivo e pianificatorio surriferito, siccome etero-imposte *ope iudicis*.

Si identifica nitidamente, a fondamento del “piano genitoriale” valorizzato dalla riforma del processo di settore, il principio della bigenitorialità. In quest'ultimo trova il suo presupposto di legittimazione quel potere dispositivo che si affida ad un impegno vincolante – nei confronti del minore e, di riflesso, anche dell'altra parte – in ossequio al canone di effettività della responsabilità genitoriale, anche oltre l'epicedio del legame intersoggettivo di coppia. A tale stregua, l'atto di autonomia privata “familiare” che racchiude le aspirazioni del “promittente” – a loro volta plasmate in conformità delle esigenze del soggetto tutelando – involge un assetto di interessi in cui le istanze patrimoniali si intrecciano con quelle riferibili alla dimensione strettamente esistenziale dell'individuo.

4. L'odierno paradigma di confronto tra autoritarismo statale e potere “nomopietico” interno alla coppia: cedimento relativistico od opportuno alleggerimento del giogo impositivo ex iure?

Le plurime iniziative legislative in tema di fenomenologia familiare susseguitesi nel torno dell'ultimo decennio, e dirette ad incidere sia sulla disciplina sostanziale che sul regime processuale di settore, anziché risolversi nel vacuo e casuale affastellarsi di frammenti di diritto positivo eterogenei e disorganici, riscoprono, in definitiva, il senso inequivoco della loro razionalità sistematica una volta letti alla luce di quella “privatizzazione” della fisiologia del rapporto e (*a fortiori*) del suo epicedio che l'ordinamento intende decisamente secondare.

È in questo quadro a potersi scorgere con chiarezza, dinanzi ad un'autonomia privata che va incontro ad una progressiva estensione della sua latitudine applicativa, sino a toccare le molteplici implicazioni del vincolo affettivo (così come, ai fini indicati, del rapporto genitoriale), il fattore di coagulazione ed il criterio ordinante, capace di dispiegare appieno la propria forza centripeta nella sistematizzazione di un sempre più variegato *corpus* normativo. Ad un potere autoregolativo ormai dichiaratamente sussumibile entro gli schemi concettuali della teoria del negozio giuridico e del contratto si affida il compito di dare forma e contenuto alla fattualità.

Nella prospettiva che si dischiude, reflussi dogmatici propri della mistica del costruttivismo normativo si stemperano sotto la spinta verso un adeguato personalizzarsi del regime vincolante *inter partes* (sia pur nel perimetro assiologico predeterminato dagli apparati legislativi), alla luce di una rivisitata giustapposizione tra esercizio autoregolativo dei privati ed irriducibilità del giogo normativizzante. Il radicarsi di un potere di “nomo-poiesi” interno alla coppia orienta l'imperatività a misurarsi con la fenomenologia del fattuale in ossequio ad una ridefinita forma interattiva tra edificazione positivista e mentovate attese dell'effettività. Così, una volta dismesso il proprio manto di esteriorità e di astrattezza, la proposizione precettiva di fonte legale affida la sua *vis* costitutiva alla personale sagomazione del modello di condotta etero-imposto, vale a dire alla “normatività” intrinseca al fenomeno (gius-familiare) da regolare, trasponendo quel modello nel fluire, dinamico, della sua *normalizzazione*.

Nella stagione riformatrice che il nostro diritto della famiglia attraversa, all'incedere della causa familiare e post-familiare corrisponde – in definitiva – l'attuale, progressiva, concessione verso il modo *autonomo* di decifrare l'etica dei sentimenti.

Cosicché, nel prudente distacco da ogni declinazione valoriale estetizzante, potrà anche farsi ricorso a formule descrittive proclivi a qualificare il processo in atto in chiave di un'enfatizzata “solidarietà orizzontale”, ovvero a ripiegarlo a guisa di postmodernismo, del quale l'effettività – come pure si è autorevolmente argomentato – si renderebbe mero corollario. E tuttavia, al di là della valenza esornativa di simili espressioni, esse sembrano poter essere condivise a condizione che, nell'abbandono di dogmi precomprensivi, si incarichino di lumeggiare in

modo acconcio quei poteri di autodeterminazione e di autonomia che, nella volontà individuale, rinvengono il loro vero presidio e la loro garanzia; e che, nel settore dei rapporti sociali di cui trattasi, consentono alla vicenda intersoggettiva personale di dipanarsi conformemente alle specifiche (e meritevoli) attese condivise dalle parti.

È, dunque, in una giuridicità non massificante, ma vieppiù *normalizzata*, quella in cui si squadernano le pagine del vissuto familiare, scritte secondo un modello narrativo liberamente ed autonomamente interpretato. Con la conseguenza che il ruolo del negozio (ed oggi, propriamente, del contratto) avente causa nel legame familiare e nella sua dissoluzione – ruolo tuttora in attesa di essere colto appieno, presso di noi, nella sua centralità – rivela il suo pregio in funzione di argine rispetto ad inopinate ed estemporanee divagazioni di tale scritto dalla cifra stilistica che lo identifica e lo distingue.