

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Ufficio per gli incontri di studio

Incontro di studio sul tema:

“La comunione legale tra i coniugi.”

Roma, 23 - 24 aprile

Hotel Ergife Palace

- “Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni.
Giudizi di separazione e divorzio:
- le domande e le decisioni relative ai beni comuni;
- gli accordi patrimoniali in vista ed in sede di separazione e divorzio .”

Relatore

Dott. Giacomo OBERTO

Giudice del Tribunale di Torino

Giacomo OBERTO

**LO SCIoglimento
DELLA COMUNIONE LEGALE
E LA DIVISIONE DEI BENI.
GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO:
LE DOMANDE E LE DECISIONI RELATIVE
AI BENI COMUNI;
GLI ACCORDI PATRIMONIALI
IN VISTA ED IN SEDE
DI SEPARAZIONE E DIVORZIO**

PREMESSA

La sconfinata ampiezza dei temi affidatimi ha imposto alcune scelte circa la materia da trattare. In primo luogo, per non presentare uno scritto che si limitasse a contenere un elenco di questioni lasciate, per ragioni di spazio, irrisolte, ho dovuto concentrare l'attenzione su una serie limitata di punti. Ho così deciso di prediligere i profili più controversi, nonché quelli in relazione ai quali si concentra il grosso del contenzioso. Inevitabile, quindi, che l'attenzione s'appuntasse sulla crisi coniugale, che costituisce il vero *Leitmotiv* di questo lavoro.

Ecco dunque lo schema della presente relazione scritta, che si articola in cinque parti fondamentali:

- Parte I: Lo scioglimento del regime legale: principi generali;
- Parte II: Lo scioglimento della comunione legale per effetto della crisi coniugale;
- Parte III: La divisione dei beni già in comunione legale e l'usufrutto giudiziale;
- Parte IV: Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative;
- Parte V: Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale.

Le parti II, III e IV, in considerazione della loro estensione e della varietà delle questioni trattate, si articolano a loro volta in sezioni. Per ragioni di spazio resteranno fuori dalla trattazione (e saranno affrontati in un più esteso lavoro, attualmente in corso d'opera, che ricomprenderà anche le parti I, II e III qui presentate, debitamente modificate ed ampliate) i temi seguenti: (a) dell'inquadramento storico e comparato dello scioglimento del regime legale; (b) delle cause di scioglimento distinte da quelle legate alla crisi coniugale; (c) della separazione giudiziale dei beni; (d) della fase intermedia tra il verificarsi di una causa di scioglimento e la divisione dei beni.

G.O.

PARTE I

LO SCIoglimento DEL REGIME LEGALE: PRINCIPI GENERALI

SOMMARIO: 1. Lo scioglimento della comunione legale nel c.c. italiano. Precisazioni terminologiche. – 2. La tassatività dell'elenco delle cause di cessazione del regime legale e la (ben diversa questione della) derogabilità convenzionale dell'art. 191 c.c. – 2.1. Sulla possibilità di pattuire clausole in deroga all'art. 191 c.c. – 2.2. Sul carattere eventualmente preventivo delle intese in discorso. – 2.3. Esempi di previsione di ulteriori cause di scioglimento e di esclusione di quelle elencate dall'art. 191 c.c. – 2.4. I rapporti con i terzi. La predeterminazione delle modalità di svolgimento delle operazioni divisionali. – 3. La sistematica delle cause di scioglimento.

1. *Lo scioglimento della comunione legale nel c.c. italiano. Precisazioni terminologiche.* – Alla materia dello scioglimento della comunione legale il nostro codice dedica gli artt. da 191 a 197⁽¹⁾. Di essi gli artt. 191 e 193 si occupano di trattare delle cause dello scioglimento, l'art. 192 descrive le operazioni di rimborso e restituzione cui si dà luogo una volta intervenuta una causa di scioglimento, mentre le residue disposizioni attengono alla regolamentazione delle fasi divisionali. Seguendo tale sistematica sarà quindi opportuno procedere trattando, in primo luogo, di alcune questioni generali attinenti al concetto e all'operatività dello scioglimento del regime, per passare ad esaminare partitamente le relative cause, nel corpo dei capitoli XIX, XX e XXI. Ci si soffermerà quindi, nell'ambito del Cap. XXII, su quella situazione intermedia che si viene a creare una volta verificatasi una causa di scioglimento, prima che la divisione abbia avuto luogo, per poi passare in rassegna, nel cap. XXIII, le questioni pertinenti alla fase attinente alle operazioni divisionali.

Pressoché ogni trattazione dottrinale su questo tema esordisce con la precisazione terminologica volta a chiarire l'esatto significato del termine «scioglimento», che, nella peculiare materia in esame, assume la mera valenza di «cessazione del regime legale» e non certo quella di «divisione della massa (già) comune». Per questo si sottolinea che l'espressione legislativa deve ritenersi «impropria», dal momento che, a rigore, si può parlare di «scioglimento» solo nel momento in cui viene a cessare lo stato di contitolarità dei diritti che sono oggetto della comunione, laddove ciò non si verifica per effetto del venire in essere di una delle circostanze descritte dall'art. 191 c.c., posto che i coniugi permangono in una situazione di contitolarità (ordinaria) sui beni descritti dall'art. 177 c.c. L'improprietà, si soggiunge, è resa palese dal fatto che si utilizza una terminologia caratteristica della comunione ordinaria per descrivere un fenomeno assai diverso, proprio della sola comunione legale.

Peraltro, una volta acquisita la consapevolezza delle differenze esistenti tra la comunione legale e la comunione ordinaria, ed in particolare il carattere «dinamico» della prima, non deve destare scandalo il fatto che si ricorra ad un termine sintetico, quale quello in oggetto, per designare non già la fine di uno stato di

⁽¹⁾ Per una bibliografia essenziale in materia di scioglimento della comunione legale cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 438 ss.; ID., *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 263 ss.; ID., *Separazione dei coniugi ed effetti della riconciliazione sulla comunione legale*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 190 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, Milano, 1979, p. 171 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1128 ss.; RAVAZZONI, *Lo scioglimento della comunione legale per il fallimento di uno dei coniugi*, in *Dir. fall.*, 1979, I, p. 65 ss.; ROSSI CARLEO, *Cause di scioglimento della comunione*, in AA. VV., *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Milano, 1989, p. 863 ss.; L. RUBINO, *Particolarità dello scioglimento nelle ipotesi di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio*, ivi, p. 919 ss.; SMIROLDO, *Effetti dello scioglimento*, ibidem, II, p. 939 ss.; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, in *Dir. fam. pers.*, 1990, II, p. 253 ss.; ID., *Sulla disciplina applicabile allo scioglimento della comunione legale*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 436 ss.; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, p. 17 ss.; ID., *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 3 ss.; CIPRIANI, *Sullo scioglimento della comunione per separazione «optimo iure» ex art. 708 c.p.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 953 ss.; M. FINOCCHIARO, *Autorizzazione a vivere separati e preteso scioglimento del regime di comunione dei beni dei coniugi*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 210 ss.; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, cit., p. 285 ss.; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, II, Milano, 1995, p. 927 ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, p. 635 ss.; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 438 ss.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 177 ss.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto*, IV, *Disc. priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 370 ss.; VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da Bonilini e Cattaneo, II, Torino, 1997, p. 242 ss.; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 255 ss.; ID., *Il cd. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, in *Nuova giur. comm.*, 2002, II, p. 657 ss.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, p. 367 ss.; PARENTE, *Scioglimento della comunione legale per separazione personale e ricostituzione per riconciliazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 1059 ss.; LO MORO BIGLIA, *Lo scioglimento della comunione tra i coniugi*, Padova, 2000; EAD., *Gli effetti patrimoniali della riconciliazione tra i coniugi tra esigenze di pubblicità e ideologie degli interpreti*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1860 ss.; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, Milano, 2002, p. 378 ss.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, ivi, p. 53 ss.; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 448 ss.; T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, Napoli, 2004; SESTA, *Riconciliazione, ripristino automatico della comunione legale e opponibilità ai terzi di buona fede*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 253 ss.; ID., *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 214 ss.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 571 ss.

indivisione (che, in relazione al patrimonio già acquisito, perdura sino al momento dell'eventuale compimento delle operazioni divisionali), ma la sola cessazione di operatività della normativa speciale che caratterizza il peculiare assetto dei rapporti *inter coniuges* divisato dagli artt. 177 ss. c.c. e, in primo luogo, di quel fenomeno, designato come «coacquisto automatico», che di tale normativa costituisce il tratto distintivo.

Al momento del verificarsi di una delle cause di cui all'art. 191 c.c. si producono essenzialmente tre effetti: la cessazione *pro futuro* del regime di comunione legale, l'ingresso nel patrimonio comune dei beni oggetto della comunione *de residuo*, e l'instaurarsi di un regime di comunione ordinaria fra i coniugi sui beni già oggetto della comunione legale. Ora, descrivere tale complesso di fenomeni con l'espressione «cessazione» o «estinzione» della comunione legale sarebbe stato senz'altro possibile e forse anche auspicabile, a fini di chiarezza, posto che, in relazione alla comunione ordinaria, il termine «scioglimento» indica lo stato che si raggiunge tramite il compimento delle operazioni divisionali. Peraltro, una volta chiarito che (come si avrà ampiamente modo di vedere), al verificarsi di una delle cause *ex art.* 191 c.c., subentra un regime di comunione ordinaria, appare evidente che «scioglimento della comunione legale» non potrà mai essere equivalente a «divisione della comunione legale», posto che la divisione viene ad operare e può venire ad operare soltanto sulla comunione ordinaria nel frattempo creatasi.

In conclusione, chiarito quanto sopra, appare evidente che il termine «scioglimento», associato all'istituto della comunione legale, risulta assai meno improprio di quanto esso potrebbe di primo acchito sembrare. Ma è giunto il momento di abbandonare le questioni terminologiche per trattare di temi di ben altro peso.

2. La tassatività dell'elenco delle cause di cessazione del regime legale e la (ben diversa questione della) derogabilità convenzionale dell'art. 191 c.c.

2.1. Sulla possibilità di pattuire clausole in deroga all'art. 191 c.c. – L'art. 191 c.c. presenta, in relazione alle cause di scioglimento del regime legale, un elenco che viene inteso dalla maggior parte degli studiosi e dalla giurisprudenza come tassativo: l'affermazione è ricorrente e pressoché unanime, negandosi da parte degli interpreti la possibilità di individuare *de iure condito* cause di scioglimento diverse da quelle menzionate dall'art. 191 c.c. ⁽²⁾. La vicenda della separazione personale dei coniugi è sul punto quanto mai eloquente e per una disamina della stessa si fa rinvio all'apposita trattazione all'interno di questo lavoro. Ciò che si vuole qui sottolineare è che sulla questione sembra essersi innestato un *misunderstanding* derivante dalla confusione tra l'indiscutibile tassatività dell'elenco di cui all'art. cit., da un lato, e la possibilità per la volontà delle parti interessate di disegnare nuove e dalle legge non previste cause di cessazione del regime legale.

Così si è affermato in dottrina che, proprio in considerazione della tassatività del catalogo in esame, ai coniugi non sarebbe permesso «modificare il contenuto dell'art. 191 c.c., né aggiungendo ulteriori cause di scioglimento, né modificandone gli effetti, né rinunciando alla loro operatività», posto che i predetti effetti sarebbero «caratteristici del tipo *legale* e del rilievo *reale* del relativo assetto di interessi patrimoniali» ⁽³⁾.

Questa presa di posizione, certamente influenzata da una visione di tipo paternalistico dei rapporti giusfamiliari e da residue scorie della «concezione istituzionale della famiglia», non ha mancato di destare reazioni negative. Rispondendo a tali affermazioni, altra parte della dottrina ha infatti replicato osservando come all'autonomia privata sarebbe comunque lasciata la possibilità di ampliare (sebbene non di modificare) tale elenco, prevedendo la cessazione della comunione legale al verificarsi anche di fatti diversi da quelli elencati dall'articolo citato ⁽⁴⁾. Altri Autori hanno invece ammesso anche la possibilità che l'autonomia

⁽²⁾ Cfr. in giurisprudenza, *ex multis* Cass., 7 maggio 1987, n. 4235, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2552, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Foro it.*, 1987, I, c. 2051; in *Riv. notar.*, 1988, II, p. 710; in *Dir. fam. pers.*, 1988, I, p. 128; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1195, con nota di AMATO. Secondo tale decisione, il «*favor communionis* che ha improntato tutta la riforma del regime patrimoniale (fino al punto che, nello stesso art. 228, il legislatore ha eccezionalmente concesso un regime fiscale agevolato applicabile alle convenzioni con cui i vecchi coniugi volessero ampliare il contenuto oggettivo della nuova comunione per ricomprendervi anche i beni acquistati in costanza di matrimonio ma anteriormente alla riforma), porta inevitabilmente ad escludere che possano essere riconosciute altre cause di scioglimento legale tra i coniugi oltre quelle espressamente elencate nella disposizione in questione». Per i giudici di merito v. Trib. Verona, 29 settembre 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 999.

⁽³⁾ Così DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 640. Sostanzialmente nello stesso ordine di idee si colloca GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 381, ad avviso del quale sarebbe «da escludere che la volontà dei coniugi possa condurre alla permanenza del regime di comunione pur in presenza di una delle situazioni che secondo la legge ne determinano lo scioglimento»; per il medesimo Autore, poi, neppure sarebbe «consentita la previsione pattizia di eventi ai quali connettere la cessazione automatica della comunione legale».

⁽⁴⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 449.

privata intervenga a modificare il disposto dell'art. 191 c.c., sottolineando comunque che un'eventuale esplicazione dell'autonomia negoziale dei coniugi deve superare il vaglio di liceità della causa e di meritevolezza della stessa *ex art.* 1322 c.c., oltre che non recare pregiudizio ai diritti dei terzi, rispettando quindi le regole di forma e pubblicità dettate in tema di convenzioni matrimoniali ⁽⁵⁾.

Chi scrive ha avuto modo di sostenere e di ribadire da tempo ⁽⁶⁾ che la possibilità per i coniugi di intervenire sulle cause di scioglimento del regime legale non attiene in alcun modo al profilo della tassatività dell'elenco previsto dall'art. 191 c.c., riguardando piuttosto il tema dell'individuazione dei limiti al potere dispositivo delle parti. Il carattere tassativo dell'elenco normativo costituisce un'indicazione ermeneutica fornita all'interprete, cui è fatto divieto di procedere ad estensione analogica della lista di ipotesi fornita dal legislatore, senza in alcun modo pregiudicare la ben distinta questione relativa all'accertamento dell'ampiezza dei poteri delle parti di dar vita, di comune intesa, ad una disciplina divergente. Così, tanto per citare un paio di esempi, se non possono sussistere dubbi sulla tassatività delle cause per le quali è concesso alle parti di un contratto chiederne la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, è altrettanto incontestabile che i medesimi contraenti potranno estendere il rimedio a fattispecie alle quali esso non sarebbe ordinariamente applicabile, semplicemente rendendo il negozio aleatorio (cfr. art. 1469, u.p., c.c.); ancora, pur essendo le ipotesi di garanzia per evizione e per vizi della cosa venduta tassativamente descritte dalla legge, è certo che le medesime garanzie possono essere convenzionalmente modificate o escluse (cfr. artt. 1487, 1490 cpv. c.c.).

Se è dunque vero che tassatività delle ipotesi normative e relativa derogabilità per via negoziale sono due situazioni ben distinte tra di loro, la risposta all'interrogativo circa la possibilità per le parti di derogare al disposto dell'art. 191 c.c. non va ricercata in tale disposizione, bensì nell'art. 210, terzo comma, c.c., che detta il principio-cardine in materia di derogabilità delle norme della comunione legale, escludendola per quelle sole che sono relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote ⁽⁷⁾. Siffatta compressione di quell'autonomia privata che, come si è visto in altre sedi ⁽⁸⁾, costituisce la regola in tema di convenzioni matrimoniali, viene, d'altro canto, circoscritta ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale, così evidenziando che, se di «eccezionalità» in questa sede si può discutere, essa attiene proprio ai vincoli che alla libera estrinsecazione della volontà delle parti vengono posti.

Né, in senso contrario rispetto alla tesi qui propugnata, appare possibile ⁽⁹⁾ addurre spunti tratti dalla comparazione con la normativa francese, ove l'art. 1442, comma primo, del *Code Civil* è venuto a porre un espresso divieto di continuazione della comunione al fine di chiaramente marcare una rottura rispetto ad un'esperienza storica precedentemente sviluppatasi in senso contrario, così ulteriormente dimostrando come, in difetto di tale principio, appartenga alla tradizione dell'istituto la possibilità di liberamente intervenire sulle cause di scioglimento del regime legale. L'obiezione, poi, secondo la quale il divieto per i coniugi di regolare convenzionalmente nuove cause di scioglimento non recherebbe gravi conseguenze, «atteso che la espressa previsione, tra le cause dello scioglimento, del mutamento convenzionale del regime patrimoniale, pone in ogni caso nella disponibilità ultima dei coniugi stessi il permanere o meno della comunione legale» ⁽¹⁰⁾ non pare cogliere nel segno, atteso che il problema non è certo quello di garantire la possibilità (incontestata ed incontestabile) di uscire dalla «gabbia» della comunione, in caso di intesa tra i coniugi sul punto, ma, tutto al contrario, quello di assicurare ai coniugi la possibilità garantirsi in via preventiva contro il rischio (nel caso di predisposizione di nuove cause di scioglimento) che questo accordo possa in futuro non realizzarsi, ovvero (nel caso di esclusione di operatività *ex art.* 191 c.c. della causa costituita dalla separazione legale) che la cessazione della comunione arrivi «troppo presto» rispetto a quanto dalle parti originariamente preventivato.

⁽⁵⁾ Cfr. T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, 27; v. inoltre BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 609 s., il quale osserva come l'autonomia negoziale dei coniugi debba essere esercitata comunque «compatibilmente con un limite invalicabile rappresentato dalla natura delle cose».

⁽⁶⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, p. 1042 ss.

⁽⁷⁾ Ritieni, alla luce dell'art. 160 c.c., «superflua» la disposizione in esame LO MORO BIGLIA, *Lo scioglimento della comunione tra i coniugi*, cit., p. 102, senza avvedersi del fatto che, in presenza di un principio quale quello scolpito all'art. 159 c.c., la regola generale in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi non sarebbe già quella dell'inderogabilità delle relative disposizioni legali, ma, tutto al contrario, quello della possibilità di introdurre sconfinata ed assolutamente illimitate varianti (nel solo rispetto delle norme imperative in materia contrattuale, dell'ordine pubblico e del buon costume) e deroghe al regime legale. Sul tema (non trattato dalla citata Autrice) dell'irrifiribilità dell'art. 160 c.c. al campo dei regimi patrimoniali della famiglia e a quello della crisi coniugale v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1995, p. 148 ss., 379 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 148 ss.

⁽⁹⁾ Come proposto invece da GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 381.

⁽¹⁰⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 381.

Va qui subito ribadito ⁽¹¹⁾ che un accordo del genere di quello ipotizzato, diretto a derogare all'art. 191 c.c., dovrebbe in primo luogo rispettare il requisito formale imposto dall'art. 162, primo comma, c.c., costituendo sicuramente una convenzione matrimoniale. Una convenzione che, più precisamente, determinando una deroga – ancorché, a ben vedere, piuttosto marginale – al regime legale, verrebbe a porre in essere tra i coniugi un regime di comunione convenzionale. Quanto all'epoca della sua conclusione, l'accordo potrebbe venire stipulato sia prima della celebrazione delle nozze ⁽¹²⁾, sia dopo di esse, quale convenzione di modifica del regime di comunione legale, ovvero quale clausola della convenzione con cui la coppia in regime di separazione intendesse optare *ex novo* per il regime comunitario ⁽¹³⁾.

2.2. Sul carattere eventualmente preventivo delle intese in discorso. – E' evidente che, per chi segue l'impostazione che lo scrivente ha tracciato in altre sedi ⁽¹⁴⁾, nessun ostacolo circa l'ammissibilità di una previsione di tal genere potrà ricavarsi dal carattere preventivo dell'intesa qui prospettata. Come si è infatti cercato di dimostrare negli studi più volte citati, dedicati al profilo dell'ammissibilità nel nostro ordinamento dei *prenuptial agreements* in vista della crisi coniugale, il fatto che un certo accordo sia destinato a predeterminare le conseguenze della separazione, dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, ancorché meramente prefigurati, nulla toglie alla piena validità dell'intesa. Il vero problema è, invece, quello – cui si è già fatto cenno – di vedere se le disposizioni circa lo scioglimento di un regime patrimoniale (legale o convenzionale che sia) abbiano o meno carattere inderogabile.

Ora, il carattere contrattuale che indiscutibilmente connota le convenzioni matrimoniali deve indurre a ritenere per le stesse pienamente operante il principio della atipicità, così come quello della libertà di determinazione del contenuto di ogni singola pattuizione, fermo restando il necessario rispetto, oltre che dei principi limitativi dell'autonomia privata valevoli per ogni tipo di contratto, delle norme relative ai regimi patrimoniali di volta in volta espressamente qualificate come inderogabili dal nostro ordinamento. Ne consegue che, per esempio, non sarebbe lecita (per contrasto con l'art. 210, terzo comma, c.c.) una convenzione con la quale i coniugi prevedessero l'automatico trasferimento al solo marito dei poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria dei beni in comunione legale, nell'ipotesi in cui gli stessi dovessero separarsi di fatto o iniziare una procedura di separazione legale.

La dottrina manifesta una certa tendenza ad inserire nel novero delle disposizioni inderogabili anche quelle concernenti la responsabilità (artt. 186 ss. c.c.) e lo scioglimento (artt. 191 ss. c.c.), poiché poste a tutela dei terzi, benché non si tratti di norme comprese nell'elencazione di cui al terzo comma dell'art. 210 c.c. Ora, proprio perché il catalogo *ex art.* 191 c.c. ha carattere tassativo, occorrerà procedere con estrema cautela all'ampliamento delle ipotesi in cui all'autonomia privata viene impedito di intervenire sulle disposizioni codicistiche in materia di comunione legale. Pertanto, non sembra che, almeno in linea di principio, ai coniugi medesimi sia inibito dar vita a nuove cause di scioglimento del regime comunitario, diverse da quelle previste dall'art. 191 c.c.

Pur senza disconoscere il carattere tassativo dell'elenco di cui all'art. 191 c.c., va constatato che, se è possibile determinare lo scioglimento della comunione legale attraverso un mutamento convenzionale del regime patrimoniale, a maggior ragione deve ritenersi consentita un'apposita disciplina pattizia delle cause di scioglimento del regime comunitario, in deroga a quanto previsto dall'art. ult. cit. In proposito si può suggerire l'adozione di clausole di «integrazione della disciplina legale», come, per esempio, quelle che prevedessero, quali nuove cause di scioglimento del regime, la separazione di fatto, l'abbandono della residenza familiare, la proposizione della domanda di separazione legale.

In effetti, il problema dell'ammissibilità di un intervento dell'autonomia negoziale in merito alla predeterminazione delle cause di scioglimento del regime di comunione non è nuovo. Già i primi commentatori del *Code Napoléon* si erano posti l'interrogativo della possibilità di legare la vigenza di un dato regime matrimoniale ad un termine – tanto finale che iniziale – o ad una condizione – tanto sospensiva

⁽¹¹⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 164 ss.

⁽¹²⁾ Ovviamente, con efficacia a decorrere dalla data di queste ultime, secondo le comuni regole.

⁽¹³⁾ In relazione al principio di diritto transitorio stabilito dall'art. 2, l. 10 aprile 1981, n. 142, la conclusione della convenzione in oggetto può costituire «mutamento, dopo la celebrazione del matrimonio» di una convenzione matrimoniale stipulata per atto pubblico prima dell'entrata in vigore della predetta legge. Si pensi al caso in cui una coppia, già in regime di separazione, avesse stipulato una convenzione di comunione legale o convenzionale prima del 6 maggio 1981, ed intendesse successivamente integrare, appunto, la convenzione predetta con un accordo del genere di quello qui ipotizzato.

⁽¹⁴⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 485 ss.; ID., «*Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.

che risolutiva – concludendo per lo più, almeno per quanto attiene alla condizione, in senso positivo ⁽¹⁵⁾, proprio sulla scorta del principio della libertà contrattuale, sulla scorta dell'autorevole avviso già espresso da Pothier ⁽¹⁶⁾. Del resto, le uniche perplessità prospettate in Francia avevano riguardo al principio, allora imperante, dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali ⁽¹⁷⁾, oltre che al disposto dell'art. 1399 del *Code Napoléon*, che – sempre in vista del rafforzamento del principio dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali – stabiliva nella sua versione originale il divieto per le parti di prevedere una decorrenza dei regimi di comunione legale e convenzionale da una data diversa da quella di celebrazione delle nozze ⁽¹⁸⁾. Orbene, il totale superamento, nel nostro sistema (e nella quasi totalità dei moderni sistemi europei), del principio dell'immodificabilità delle convenzioni matrimoniali viene ad eliminare ogni possibile obiezione relativa alla possibilità che i coniugi, con il prevedere nuove cause di cessazione di un regime patrimoniale, si riservino la possibilità di un più agevole mutamento di regime; mutamento che, oltre tutto, appare quanto mai salutare ed auspicabile per le coppie in comunione nel momento in cui si profila la causa più ricorrente di scioglimento, vale a dire la separazione personale.

Sempre per rimanere nel campo delle considerazioni storiche potrà infine aggiungersi che, sin dall'abrogazione del c.c. 1865, è venuto a cadere l'argomento testuale che aveva indotto la dottrina italiana ⁽¹⁹⁾ a fornire in passato risposta negativa al quesito qui discusso: ci si intende riferire a quella disposizione (art. 1411) che, nell'elencare le cause di scioglimento della comunione (convenzionale) dei beni, stabiliva che questa «non si può sciogliere che per la morte di uno dei coniugi...», così evidenziando l'intento del legislatore di scolpire una serie inderogabile di cause di cessazione del regime.

2.3. Esempi di previsione di ulteriori cause di scioglimento e di esclusione di quelle elencate dall'art. 191 c.c. – Una volta ammesso che l'autonomia dei coniugi può dar vita a nuove cause di scioglimento dei regimi patrimoniali, nulla esclude che gli stessi attribuiscano in qualche modo rilievo alla separazione di fatto, prevedendo che la medesima determini la cessazione del regime legale. Peraltro, attese le evidenti necessità di certezza collegate alla determinazione del momento di cessazione del regime legale, sarebbe opportuno ancorare tale evento ⁽²⁰⁾ ad un atto avente data certa o comunque facilmente accertabile (si pensi all'invio di una raccomandata). Allo stesso modo la volontà delle parti potrebbe escludere l'effetto risolutivo del regime collegato ad uno o più degli eventi di cui all'art. 191 c.c. In tal caso occorrerebbe però tenere conto del principio certamente inderogabile dell'impossibilità che il regime legale viga tra soggetti non (più) coniugati: dovrebbe pertanto ritenersi nulla la clausola che prevedesse una continuazione della comunione dopo la morte di uno dei coniugi con gli eredi di quest'ultimo (come avveniva invece, ad esempio, sotto l'*ancien régime*), ovvero tra i coniugi stessi dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, oppure dopo l'annullamento del medesimo.

Nulla osta invece a che le parti prevedano la separazione personale non influirà sull'applicazione degli artt. 177 ss. c.c., per lo meno per ciò che attiene alle relazioni *inter partes* (e un dato normativo in tal senso potrebbe forse anche desumersi *a contrario* dall'art. 171 c.c.) ⁽²¹⁾. Contrario a norma imperativa dovrà intendersi l'accordo che eventualmente tendesse a sancire l'irrelevanza, fini dello scioglimento del regime legale, di una declaratoria di fallimento e ciò non solo per i profili attinenti ai rapporti con i terzi ⁽²²⁾, ma anche per la situazione di incapacità che viene a colpire il fallito. Lo stesso è a dirsi per il mutamento convenzionale di regime, posto che la statuizione di una sopravvivenza del regime legale alla stipula di una

⁽¹⁵⁾ Cfr. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, VIII, ed. italiana, Torino, 1845, p. 55; TOULLIER, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, ed. italiana, VI, Palermo, 1855, p. 219.

⁽¹⁶⁾ Favorevole all'apponibilità di termini (quanto meno iniziali) e condizioni (quanto meno sospensive): cfr. POTHIER, *Traité de la communauté, auquel on a joint un Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme, par l'Auteur du Traité des obligations*, I, Pari, 1770, p. 278 s.

⁽¹⁷⁾ Cfr. al riguardo LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, Bruxelles, 1878, p. 245 ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS e SURVILLE, *Del contratto di matrimonio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, diretto da G. Baudry-Lacantinerie, ed. italiana, I, Milano, s.d. ma 1909, p. 73 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS e SURVILLE, *Del contratto di matrimonio*, cit., p. 73 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Firenze, 1873, p. 377.

⁽²⁰⁾ Come già suggerito con riguardo ai rapporti tra conviventi *more uxorio*: cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 271.

⁽²¹⁾ Afferma la validità della clausola che preveda la conservazione pattizia della comunione legale in caso di separazione R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 253 ss.; *contra* GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 381; di quest'ultimo avviso è anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 609, che accomuna questa ipotesi a quella dello scioglimento del matrimonio, ritenendo vietata una comunione «tra non conviventi»; sul punto potrà però osservarsi che il requisito della convivenza, in quanto tale, non è certo richiesto dalla legge al fine della sussistenza del regime legale.

⁽²²⁾ In questo senso cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 609.

convenzione di separazione dei beni, a parte l'evidente illogicità della previsione, avrebbe sostanzialmente il significato di derogare al fondamentale (e sicuramente d'ordine pubblico) principio di libera modificabilità delle convenzioni matrimoniali ⁽²³⁾.

Secondo la dottrina, dubbia sarebbe la soluzione con riferimento alla separazione giudiziale dei beni, al riguardo apparendo comunque difficile suffragare la validità di una rinuncia preventiva, anche se bilaterale, ad agire *ex art.* 193 c.c., in presenza di uno dei presupposti di questa disposizione. Il negozio avrebbe infatti caratterizzazione sostanzialmente aleatoria, in relazione alle imprevedibili conseguenze dannose che l'impossibilità di sciogliere la comunione potrebbe comportare per uno dei coniugi ⁽²⁴⁾. Ora, proprio la possibilità concessa ai contraenti dall'art. 1469, u.p., c.c. di dare vita a contratti aleatori anche al di là delle ipotesi previste dal legislatore convince della liceità di accordi preventivi nel senso indicato, tanto più se si pone mente al fatto che si verte in materia di diritti patrimoniali, e dunque essenzialmente disponibili.

Infine, del tutto lecita ed ammissibile dovrà ritenersi la pattuizione volta a prevedere, già in via preventiva, determinate ipotesi di scioglimento parziale della comunione diverse da quella indicata nell'art. 191 cpv. c.c. ⁽²⁵⁾.

2.4. I rapporti con i terzi. La predeterminazione delle modalità di svolgimento delle operazioni divisionali. – Per quanto attiene ai rapporti con i terzi, è chiaro che le cause di scioglimento del regime comunitario aventi fonte pattizia non paiono opponibili a costoro neppure nell'ipotesi di annotazione a margine dell'atto di matrimonio e/o di trascrizione sui pubblici registri immobiliari della convenzione contenente la relativa clausola, non essendo prevista una pubblicità apposita dell'evento individuato dalle parti quale «nuova» ipotesi di cessazione del regime legale. Lo scioglimento non può dunque avere effetto che nei rapporti interni, salva la possibilità da parte del coniuge interessato di proporre azione d'accertamento in merito alla titolarità dei diritti acquistati *medio tempore*, con immediata trascrizione della relativa domanda, ai fini dell'opponibilità ai terzi in forza delle comuni regole (art. 2653, n. 1, c.c.). Lo stesso dovrebbe dirsi nel caso dovesse verificarsi un evento che, sebbene compreso nell'elenco dell'art. 191 c.c., non dovesse determinare lo scioglimento del regime per effetto di una specifica convenzione sul punto.

Si potrebbe anche ipotizzare la possibilità – accogliendo il suggerimento proposto da chi scrive in merito alla soluzione dei complessi problemi posti dagli aspetti pubblicitari dei regimi matrimoniali ⁽²⁶⁾ – che terzi eventualmente interessati a dimostrare il carattere personale dei beni acquistati dopo che si sia verificata la causa di scioglimento convenzionalmente prefissata (si pensi ai creditori personali del coniuge che abbia operato tali acquisti), siano legittimati a far valere quest'ultima, ancorché non pubblicizzata.

Come già rilevato in altra sede ⁽²⁷⁾, la predeterminazione delle cause di scioglimento del regime legale non costituisce l'unico settore nel quale i coniugi possono fare assumere ad una convenzione matrimoniale una (quanto meno parziale) valenza postmatrimoniale. Un altro campo interessante è quello della fissazione *ex ante* delle modalità dello scioglimento e della divisione, mediante anticipata risoluzione di tutti i molteplici dubbi che l'applicazione delle relative disposizioni legali potrebbe comportare. Si pensi in primo luogo ai problemi posti dalla «attuazione» della comunione *de residuo*, a cominciare da quello della natura reale o meramente obbligatoria dei diritti competenti ai coniugi *ex artt.* 177 lett. b) e c), 178 c.c., una volta verificatasi una causa di scioglimento del regime legale. Per non parlare poi degli interrogativi circa l'esatta individuazione dei rapporti che formano oggetto della comunione residuale.

Tra i tanti esempi immaginabili si potrà ricordare il problema della sorte dell'indennità di fine rapporto, in relazione al quale dovrà ammettersi un'intesa, eventualmente anche preventiva, diretta a prestabilire *an e quantum* di un'eventuale partecipazione di un coniuge alle somme a tal titolo percepite dall'altro, ivi compresa la determinazione di profili quali la sorte di quelle attribuzioni la cui riconducibilità al concetto di indennità di fine rapporto appare dubbia: dalla «indennità di buonuscita» spettante ai dipendenti statali, all'indennità di fine servizio, alle indennità *ex artt.* 2118 e 2119 c.c. per mancato preavviso o giusta causa, alle eventuali anticipazioni effettuate *ex art.* 2120, sesto – ultimo comma, c.c., agli incentivi per l'anticipato collocamento in quiescenza ⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ Alle medesime conclusioni perviene BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 609.

⁽²⁴⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 609.

⁽²⁵⁾ In questo senso v. anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 610.

⁽²⁶⁾ Cfr. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in Riv. dir. civ., 1988, II, p. 190 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1047 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1049 ss.

⁽²⁸⁾ Rimane invece comunque esclusa la possibilità di concludere accordi con efficacia *post mortem* circa le indennità *ex artt.* 2128 e 2120 c.c., che sono sottratte per legge al patrimonio del defunto ed attribuite *iure proprio* ai soggetti indicati dalla legge (cfr. art. 2122 c.c.), con conseguente inapplicabilità della disciplina della comunione *de*

Se è vero che perplessità potrebbero sorgere circa la natura (quanto meno parzialmente, negli stessi limiti del diritto allo stipendio) indisponibile del diritto all'indennità di fine rapporto ⁽²⁹⁾, è altrettanto innegabile che queste appaiono senz'altro superabili ammettendo la sola possibilità di intese aventi ad oggetto non già atti dispositivi del *proprio* t.f.r., bensì la preventiva rinuncia (magari incrociata, se entrambe le parti sono titolari di redditi da attività separata) alla comunione *de residuo* su tali proventi dell'*altro* coniuge. Rinuncia che, a sua volta, potrebbe configurarsi come totale, ovvero limitata all'indennità solo maturata *pro parte* ma non ancora esigibile all'atto dello scioglimento della comunione per separazione personale dei coniugi.

Per quanto attiene, infine, alle modalità di effettuazione della divisione, nulla esclude che i coniugi, sin dal momento della celebrazione delle nozze – e fermo restando, beninteso, il principio di uguaglianza delle quote, *ex artt.* 194 e 210, terzo comma, c.c. – predeterminino le operazioni che andranno seguite in caso di divisione del patrimonio comune, magari individuando i criteri per la soluzione di possibili divergenze sui rimborsi, le restituzioni, o i prelievi *ex artt.* 192, 195 ss. c.c., ovvero ancora fissando regole per la soluzione di situazioni di incertezza sulla proprietà di beni, magari in deroga alla presunzione posta dall'art. 195 c.c.

3. La sistematica delle cause di scioglimento. – In base ad una prima osservazione può dirsi, con una parte della dottrina, che le cause di scioglimento individuate dall'art. 191 c.c. corrispondono ad un elenco di fattispecie assolutamente non omogeneo: alcune sono semplici (come la morte di uno dei coniugi), altre complesse (ad esempio, la separazione personale individua una sequenza procedimentale); alcune consistono in fatti, altre in atti giuridici; alcune, ancora, hanno come loro elemento essenziale un provvedimento giudiziale, altre si perfezionano al di fuori di un processo giurisdizionale; alcune consistono nell'accertamento dell'invalidità o nel venir meno del rapporto di coniugio, altre nel verificarsi di eventi che importano una limitazione o un affievolimento degli effetti del matrimonio ⁽³⁰⁾.

Secondo una prima proposta sistematica, una *summa divisio* potrebbe tracciarsi tra le seguenti due distinte categorie: vale a dire quelle che si accompagnano e quelle che non si accompagnano alla cessazione del rapporto matrimoniale ⁽³¹⁾. Al primo genere appartengono l'annullamento del matrimonio, il suo scioglimento, la cessazione degli effetti civili e la dichiarazione di morte presunta; al secondo genere appartengono tutte le altre cause. A ben vedere, non sono però mancate in dottrina diverse proposte dirette a fornire distinte ipotesi di inquadramento sistematico.

Così, secondo un avviso, la circostanza dirimente sarebbe data dalla cessazione (o meno) della convivenza ⁽³²⁾; conclusione, questa, che sembrerebbe, però, contraddetta dall'assoluta irrilevanza sul regime legale della semplice separazione di fatto, e, prima ancora, della (possibile) mancata instaurazione *sin ab initio* (con conseguente e ininterrotta radicale assenza) di una convivenza tra i coniugi stessi. Secondo un'altra opinione ⁽³³⁾, all'interno dell'elenco dell'art. 191 c.c. si potrebbero classificare le cause di cessazione della comunione legale, innanzi tutto distinguendo tra cause collegate ai rapporti personali fra i coniugi e cause che incidano invece sui soli rapporti patrimoniali. Le prime sarebbero a loro volta distinguibili in cause riconducibili all'estinzione del vincolo matrimoniale (come la morte presunta, l'annullamento, lo

residuo, atteso che «il diritto alle indennità in oggetto matura alla morte del lavoratore, quando la comunione legale, sciogliendosi, cessa di produrre i suoi effetti».

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass., 8 luglio 1988, n. 4529, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1031, con nota di RENNA.

⁽³⁰⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 292 s.

⁽³¹⁾ Propone questa distinzione, ad es., F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 175 ss.

⁽³²⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 582 ss., il quale rileva che «La morte effettiva, non richiamata dall'art. 191, il divorzio e la separazione personale presuppongono necessariamente il venir meno della convivenza. La separazione personale, presente tradizionalmente in tutti i codici a orientamento patrimoniale comunitario quale causa di scioglimento della comunione, si identifica col venir meno della convivenza. Morte presunta, assenza e annullamento del matrimonio implicano a loro volta normalmente il venir meno della convivenza». Secondo tale Autore, le fattispecie di scioglimento della comunione possono dunque suddividersi in due categorie: quella composta dalle cause fondate sul venir meno della convivenza e quella nella quale si ricomprendono invece le fattispecie fondate su cause estranee alla convivenza. Nella prima delle due individuate categorie si inseriscono la morte, la morte presunta e l'assenza, nonché il divorzio e la separazione personale, mentre nella seconda categoria debbono annoverarsi l'annullamento del matrimonio, la separazione giudiziale dei beni, il mutamento convenzionale del regime, il fallimento di uno dei coniugi. Sempre secondo l'Autore predetto è la convivenza a svolgere un ruolo primario all'interno del primo complesso di fattispecie, così che «data l'inclusione della separazione personale fra le cause di scioglimento, gli effetti dello scioglimento, con l'instaurazione della fase intermedia fra scioglimento e divisione, debbono considerarsi, almeno nel rapporto fra coniugi, come verificati contestualmente al venir meno della convivenza, indipendentemente dall'accertamento processuale di questo evento».

⁽³³⁾ Cfr. il commento all'art. 191 c.c. di BULDINI, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, I, Milano, 2007, p. 888 s.

scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio), o alla cessazione della convivenza (quali l'assenza e la separazione personale), mentre le seconde sarebbero costituite dalla separazione giudiziale dei beni, dal mutamento del regime patrimoniale e dal fallimento. Una possibile variante della distinzione all'interno della prima categoria potrebbe essere costituita dalla differenziazione tra fatti naturali che incidono sul vincolo matrimoniale (morte e morte presunta) e modificazioni giuridiche dello stesso (annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, separazione personale), ovvero ancora tra situazioni che determinano un allentamento del vincolo (assenza, separazione personale) e fattispecie comportanti il definitivo scioglimento dello stesso (morte, divorzio, cui potrebbe essere affiancato il fenomeno, pur se giuridicamente distinto, dell'annullamento).

Un'ulteriore distinzione, proposta in alternativa, è quella tra cause legali (assenza, morte presunta, scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), giudiziali (separazione dei beni) e convenzionali (mutamento del regime patrimoniale) ⁽³⁴⁾.

Una volta esposta una panoramica dell'ampio spettro di possibili sistemazioni, sul piano generale, delle differenti cause di cessazione del regime legale, va detto che la sistematica che si intende qui seguire si colloca invece in un'ottica assai più pragmatica, basata sulla considerazione del rilievo che il fenomeno della crisi coniugale ha assunto nella teoria e nella pratica di quello che si suole definire come «diritto vivente».

⁽³⁴⁾ Cfr. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 641.

PARTE II

LO SCIoglimento DELLA COMUNIONE LEGALE PER EFFETTO DELLA CRISI CONIUGALE

SOMMARIO: SEZIONE I – LA SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI QUALE CAUSA DI SCIoglimento DEL REGIME LEGALE – 1. La separazione legale quale causa di scioglimento del regime. Generalità. Il tipo di separazione rilevante ai fini dell'art. 191 c.c. Irrilevanza della separazione di fatto. – 2. Individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione personale. – 2.1. Le varie tesi che si contendono il campo. – 2.2. Critica, sul piano delle conseguenze pratiche, della soluzione seguita dalla giurisprudenza di legittimità. La sua correttezza *de lege lata*. – 3. I corollari della tesi preferibile in tema di individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione legale. L'improponibilità della domanda di divisione in pendenza del giudizio di separazione legale. – 4. Questioni processuali circa la proponibilità della domanda divisoria nei giudizi di separazione e divorzio. 4.1. Il caso del divorzio tra coniugi che si trovano già in regime di separazione. – 4.2. Il caso della separazione contenziosa tra coniugi ancora in comunione. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via condizionale. – 4.3. *Segue*. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via riconvenzionale. Procedibilità della domanda divisoria per il sopraggiungere, durante il relativo procedimento, di una causa di scioglimento della comunione. – SEZIONE II – GLI EFFETTI SUL REGIME LEGALE DELLA RICONCILIAZIONE DEI CONIUGI SEPARATI – 5. Generalità. – 5.1. Riconciliazione e «reviviscenza» del regime. La natura della riconciliazione. – 5.2. Riconciliazione, effetti di carattere istantaneo ed effetti di carattere permanente della separazione (anche con riguardo ai contratti della crisi coniugale). – 6. Rassegna delle opinioni circa gli effetti della riconciliazione sul regime legale e valutazioni critiche. – 6.1. Le varie tesi sugli effetti della riconciliazione e sulla ricostituzione della comunione. – 6.2. L'opinione preferibile. – 6.3. Individuazione del momento di decorrenza della ricostituzione della comunione. – 7. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza. – 8. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Critiche alla tesi dominante. – SEZIONE III – SCIoglimento, CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI E ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO QUALI CAUSE DI CESSAZIONE DEL REGIME LEGALE – 9. La sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. – 9.1. Generalità. Il problema dell'individuazione della decorrenza degli effetti. – 9.2. Lo scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi. – 10. La sentenza di annullamento del matrimonio. Generalità. Impossibilità di distinguere, *quoad effectum*, tra le varie cause di invalidità matrimoniale. – 11. La sentenza di annullamento del matrimonio e i rapporti con il matrimonio putativo. Le pronunce emesse da organi giurisdizionali stranieri e dai tribunali ecclesiastici. – 12. Sulla determinazione del momento da cui decorre lo scioglimento. – 12.1. Esclusione della retroattività al momento di instaurazione del regime. – 12.2. Esclusione della retroattività al momento di presentazione della domanda di annullamento. Conseguenze dell'annullamento per bigamia.

Sezione I

La separazione personale dei coniugi quale causa di scioglimento del regime legale

SOMMARIO: 1. La separazione legale quale causa di scioglimento del regime. Generalità. Il tipo di separazione rilevante ai fini dell'art. 191 c.c. Irrilevanza della separazione di fatto. – 2. Individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione personale. – 2.1. Le varie tesi che si contendono il campo. – 2.2. Critica, sul piano delle conseguenze pratiche, della soluzione seguita dalla giurisprudenza di legittimità. La sua correttezza *de lege lata*. – 3. I corollari della tesi preferibile in tema di individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione legale. L'improponibilità della domanda di divisione in pendenza del giudizio di separazione legale. – 4. Questioni processuali circa la proponibilità della domanda divisoria nei giudizi di separazione e divorzio. 4.1. Il caso del divorzio tra coniugi che si trovano già in regime di separazione. – 4.2. Il caso della separazione contenziosa tra coniugi ancora in comunione. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via condizionale. – 4.3. *Segue*. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via riconvenzionale. Procedibilità della domanda divisoria per il sopraggiungere, durante il relativo procedimento, di una causa di scioglimento della comunione.

1. *La separazione legale quale causa di scioglimento del regime. Generalità. Il tipo di separazione rilevante ai fini dell'art. 191 c.c. Irrilevanza della separazione di fatto.* – Tra le cause di scioglimento del regime legale legate alla crisi coniugale la separazione personale dei coniugi costituisce sicuramente quella di gran lunga più ricorrente: un effetto, questo, della regola per cui nel nostro ordinamento, a differenza degli altri che, al pari di quello italiano, continuano a prevedere la separazione personale, quest'ultima è vista non già come istituto «concorrente», rispetto al divorzio, ma, al contrario, ne costituisce, nella stragrande maggioranza dei casi, il presupposto imprescindibile. Nella definizione del concetto di «separazione personale» di cui all'art. 191 c.c. rientrano sicuramente tanto la separazione consensuale, che quella giudiziale, disciplinate dagli artt. da 150 a 158 c.c., nonché da 706 a 711 c.p.c. V'è da chiedersi invece se rilievo possa essere attribuito alla separazione di fatto.

La separazione di fatto è fenomeno ben conosciuto dalla realtà attuale delle famiglie italiane, al punto che – a giudicare dai dati statistici – potrebbe quasi definirsi come la «tappa obbligata» di un crescente numero di crisi coniugali. Trattasi di situazione non solo caratterizzata dall'assenza di illiceità, ma dalla presenza, a livello quanto meno «del diritto vivente», di quello che può qualificarsi come un vero e proprio riconoscimento. E non paia incongruente la posizione di chi si volesse porre alla ricerca della disciplina di un fenomeno che, proprio in quanto qualificato come «di fatto», dovrebbe sfuggire ad ogni ipotesi di regolamentazione giuridica. In realtà, la contrapposizione tra «rapporti di diritto» e «rapporti di fatto» si sviluppa sempre all'interno del mondo del diritto⁽³⁵⁾: tutte le situazioni, anche di puro fatto, hanno una rilevanza nel mondo del diritto, perché, anche se non disciplinate come fattispecie tipiche, pongono problemi che dal diritto debbono essere risolti. Anche in questo caso, dunque, esattamente come per la famiglia di fatto, l'espressione «di fatto» connota semplicemente il modo in cui la fattispecie viene in essere (*rebus ipsis et factis*, appunto, e non per effetto di un negozio giuridico), non già le sue conseguenze.

Queste ultime, infatti, non sono ignote all'ordinamento, che in più occasioni prende in esame il fenomeno della cessazione *de facto* della coabitazione tra i coniugi al fine di derivarne conseguenze giuridiche: si pensi in proposito a quanto disposto dagli artt. 3, n. 2, lett. b, l.div. (36), 6, l. 4 maggio 1983, n. 184, 146 e 235, n. 1, c.c. A ciò s'aggiunga ancora quella giurisprudenza secondo cui la separazione di fatto protratta per un apprezzabile lasso di tempo è significativa di una sopravvenuta intollerabilità della convivenza che può fondare la dichiarazione di separazione giudiziale (37). La separazione di fatto è, poi,

(35) Cfr. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, p. 8 ss.; ID., voce *Rapporto di fatto*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XVI, Torino, 1997, p. 282 ss.; SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, II, Torino, 1984, p. 521 s.; OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 4 ss.

(36) Su cui v. per tutti SANTARSIERE, *Separazione coniugale di fatto ed effetti civili del matrimonio*, nota a Trib. Roma, 10 febbraio 1997, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 1113 ss.

(37) Cfr. Trib. Pavia, 16 ottobre 1987, in *Giur. merito*, 1988, p. 482; cfr. anche Cass., 3 luglio 1978, n. 3283, secondo cui «Il diritto di ciascuno dei coniugi di chiedere la separazione giudiziale (...) per circostanze tali da rendere

indirettamente ammessa dall'art. 158 c.c. che, ove correttamente inteso, lungi dal costituire un ostacolo al suo riconoscimento, impedisce semplicemente di ritenere che la separazione non omologata («per il solo consenso dei coniugi») produca gli stessi effetti giuridici di quella omologata. La situazione in esame viene infine in rilievo in diverse altre situazioni prese in esame dai nostri giudici, quali, ad esempio, la ripartizione del trattamento pensionistico di reversibilità tra coniuge divorziato e coniuge superstite, ove è stato ritenuto che il giudice del merito debba tener conto non solo della durata legale dei rispettivi matrimoni, ma anche della durata effettiva che gli stessi abbiano avuto, e quindi dare rilevanza alle situazioni di separazione di fatto che abbiano preceduto lo scioglimento del vincolo matrimoniale⁽³⁸⁾. Ancora, si è ritenuto che ai fini del riconoscimento della sussistenza del divieto di espulsione amministrativa previsto dall'art. 19, comma secondo, lettera c), del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, a beneficio dello straniero convivente con il coniuge di nazionalità italiana, la ricorrenza del requisito della convivenza non possa essere desunta esclusivamente dalla mancanza di separazione legale fra detti coniugi, occorrendo accertare altresì che non risulti intervenuta neppure separazione di fatto fra gli stessi, così da determinare la cessazione dei rapporti materiali e spirituali che sono alla base della comune organizzazione domestica⁽³⁹⁾.

La separazione di fatto, che deriva da un accordo, espresso o tacito, intervenuto tra i coniugi⁽⁴⁰⁾, caratterizzato dall'assenza dell'intento di conferire una regolamentazione giudiziale o consensuale alla condizione creatasi⁽⁴¹⁾, si distingue da una serie di situazioni ad essa simili, sulle quali, attesi natura e scopo della presente trattazione, non sarà possibile soffermarsi⁽⁴²⁾; proprio per la cennata caratteristica «volontaristica» della fattispecie, e per il suo riconoscimento a livello normativo, dovrà qui ribadirsi l'idoneità della fattispecie a conferire acconcia *Rechtsgrundlage* alle pattuizioni ed agli atti traslativi intercorsi *inter coniuges* al fine di fornire conveniente assetto patrimoniale allo stato di fatto così creato⁽⁴³⁾, conformemente del resto a quel vasto movimento giurisprudenziale⁽⁴⁴⁾, suffragato dalla dottrina

intollerabile la prosecuzione della convivenza, non postula una situazione di attuale convivenza dei coniugi medesimi, e, pertanto, può essere esercitato anche in pendenza di una separazione di fatto».

⁽³⁸⁾ Cfr. Cass., 16 dicembre 2004, n. 23379 (nella specie, nel primo matrimonio la separazione di fatto si era protratta per circa diciassette anni, nel periodo precedente all'introduzione dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento).

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., 20 agosto 2003, n. 12227.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. FORTINO, *Diritto di famiglia: i valori, i principi, le regole*, Milano, 2002, p. 314; DE FILIPPIS e CASABURI, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2004, p. 41.

⁽⁴¹⁾ Cfr. ZANETTI VITALI, *La separazione dei coniugi*, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2006, p. 12 s.

⁽⁴²⁾ Sul punto si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1418 ss.

⁽⁴³⁾ Sul tema cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1439 ss.

⁽⁴⁴⁾ Già a partire dall'entrata in vigore del vigente codice, ed anzi da epoca addirittura precedente, la giurisprudenza si è mostrata assai incline ad attribuire rilievo agli accordi tesi a disciplinare le conseguenze della separazione di fatto. Così, sotto l'impero del c.c. 1865, Cass., 29 febbraio 1932, n. 716, in *Rep. Foro. it.*, 1932, voce *Separazione*, n. 26, aveva affermato la validità di una convenzione con cui i coniugi separati di fatto avevano fissato la misura degli alimenti. A distanza d'un decennio, Cass., 25 gennaio 1943, n. 164 (in *Foro it.*, 1943, I, c. 431; in *Giur. it.*, 1943, I, 1, c. 231) riconosceva efficacia all'intesa alimentare accedente ad un accordo di separazione consensuale caducatosi per mancata omologazione, mentre nel 1950 la stessa Corte ribadiva che «l'inefficacia della separazione consensuale non omologata non incide sulla validità delle pattuizioni di natura puramente patrimoniale stipulate dai coniugi in occasione della separazione» (Cass., 14 dicembre 1950, n. 2731, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, p. 647; cfr. inoltre App. Messina, 29 luglio 1958, in *Riv. dir. matrim.*, 1959, p. 147; nel senso invece che, in mancanza di omologazione, dato l'interesse pubblico alla riunione dei coniugi, sarebbe bastata la volontà di uno solo di essi per porre nel nulla quanto era stato consensualmente stabilito, sia in ordine alle obbligazioni patrimoniali, che alla cessazione della convivenza, cfr. App. Roma, 1° aprile 1957, in *Riv. dir. matrim.*, 1958, p. 341). Il trend proseguiva nei successivi anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo. Innanzi tutto, la Corte Suprema ribadiva la validità degli accordi in punto mantenimento della moglie, separata di fatto, sia per la misura, che per il modo di soddisfacimento di tale diritto, purché fossero concretamente fatti salvi «da un lato il diritto della moglie alla somministrazione di ciò che è necessario per i suoi bisogni, e, dall'altro la proporzione rispetto alle possibilità economiche del marito» (Cass., 8 luglio 1963, n. 1859, in *Giust. cit.*, 1963, I, p. 2361; in *Monit. trib.*, 1964, p. 349, con nota di CARATTONI). La stessa Corte sanciva poi il carattere ultrattivo della convenzione diretta a disciplinare gli aspetti patrimoniali della separazione di fatto per il periodo successivo alla separazione consensuale, in relazione ai rapporti concernenti tanto i coniugi che la prole (Cass., 5 settembre 1968, n. 2859). Qualche anno dopo la Cassazione dà per scontata la validità dell'accordo in discussione, affermando che «la domanda di uno dei coniugi, diretta ad ottenere la modificazione dell'ammontare dell'assegno a lui dovuto dall'altro coniuge secondo la pattuizione convenuta in sede di separazione personale consensuale non omologata, dev'essere proposta secondo le forme del processo ordinario, dinanzi al giudice competente per territorio e per valore secondo le norme comuni, esulando, per la mancanza dell'omologazione della separazione, la competenza per materia prevista dagli artt. 700, 710, 711 cod. proc. civ.» (Cass., 11 febbraio 1972, n. 381, in *Giust. civ.*, 1972, I, p.

maggioritaria, che ritiene senz'altro validi gli accordi diretti ad *aménager* la situazione della coppia separata di fatto.

Proprio il rilievo che la separazione di fatto assume nel complesso quadro giusfamiliare italiano ha indotto autorevole dottrina⁽⁴⁵⁾ a proporre l'applicabilità dell'art. 191 c.c. anche al caso in esame. Su questa scia, nei primi anni di applicazione della riforma del 1975, anche una giurisprudenza minoritaria attribuì rilievo alla situazione in esame in corso al momento dell'entrata in vigore della Novella, negando che per le coppie che si trovassero in tale situazione il regime legale potesse venirsi a costituire in forza del disposto dell'art. 228, l. 19 maggio 1975 n. 151. Così il tribunale di Milano, in una decisione del 1985, operò un *distinguo* tra la separazione di fatto intervenuta dopo la riforma del diritto di famiglia, che non avrebbe rilevanza giuridica, e quella preesistente alla riforma, che invece impedirebbe il sorgere della comunione allo scadere del regime transitorio⁽⁴⁶⁾. In senso contrario si sono però espresse, ancorché in modo implicito, altre

847). Nella stessa scia si colloca la successiva decisione, secondo cui «fino alla data del passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio, e della sua annotazione nei registri dello stato civile, dalla quale decorre l'assegno di divorzio (artt 5 e 10 della legge 1 dicembre 1970 n 898), i rapporti patrimoniali fra coniugi restano regolati dai provvedimenti emessi in sede di separazione giudiziale, o dagli accordi intervenuti fra le parti, nell'ipotesi di separazione di fatto, ovvero dai provvedimenti temporanei ed urgenti adottati in pendenza del giudizio di divorzio (art. 4 quinto comma della citata legge)» (Cass., 6 ottobre 1977, n. 4258). Negli anni Ottanta del Novecento la Cassazione s'occupa del problema della rivalutazione dell'assegno previsto in sede di separazione di fatto, riconoscendo come ammissibile la relativa domanda da proporsi, *ex artt.* 1182 c.c. e 20 c.p.c., dinanzi al giudice del luogo di residenza del coniuge presso il quale tale obbligazione deve essere eseguita (Cass., 7 marzo 1984, n. 1589). Gli anni Novanta dello scorso secolo, infine, presentano una decisione nella quale trova la sua più chiara espressione il riconoscimento della validità e rilevanza degli accordi di separazione di fatto: Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, cit., secondo cui «Il patto fra i coniugi, con cui si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento, non integra donazione, in considerazione della suddetta funzione solutoria, e deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordo per la separazione di fatto dei coniugi medesimi, alla stregua della liceità di tale accordo, pure se inidoneo a produrre gli effetti della separazione legale». Si noti poi che, ancora successivamente, la Cassazione è ritornata sull'argomento, sostanzialmente confermando il principio espresso nel precedente del 1992: «L'atto interveniente tra i coniugi separati di fatto col quale, al fine di disciplinare i reciproci rapporti economici, un coniuge s'impegna a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, non configura una convenzione matrimoniale *ex art.* 162 cod. civ., postulante lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione, ma un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se relativo a beni immobili, validamente stipulabile con scrittura privata senza necessità di atto pubblico» (Cass., 12 settembre 1997, n. 9034).

Un autorevole riconoscimento della validità e dell'efficacia degli accordi tra coniugi diretti a disciplinare le conseguenze patrimoniali della separazione di fatto viene dalla celebre pronuncia con cui la Consulta – ormai già diversi anni or sono – dichiarò l'illegittimità dell'art. 6, terzo comma, l. n. 392/78, tra l'altro, «nella parte in cui non prevede la successione nella locazione relativa alla casa coniugale nell'ipotesi di separazione di fatto, se tra il conduttore ed il suo coniuge si sia così convenuto» (cfr. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, p. 518; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1559). Alla Corte costituzionale non sembrò invero giustificabile un trattamento differenziato dell'accordo non omologato sull'abitazione intervenuto tra coniugi separati consensualmente e dell'accordo inserito nelle pattuizioni tra coniugi separati di fatto. Essa osservò dunque, in motivazione, che «rispetto al bene primario dell'abitazione che la *ratio legis* salvaguarda, il titolo della separazione, di fatto o consensuale, non può avere effetto discriminatorio senza vulnerare ancora una volta il combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost.». La decisione della Consulta (estremamente significativa, tenuto conto delle considerazioni qui svolte in merito alla rilevanza delle situazioni di fatto, oltre tutto alla luce della circostanza che la Corte costituzionale volle trattare in un'unica decisione ed affrontare in un'unica ottica le questioni relative alla successione nel rapporto di locazione che si ponevano anche con riferimento alla convivenza *more uxorio*) ha ricevuto applicazione da Cass., 1° giugno 1991, n. 6163, mentre è stata ignorata dalla successiva Cass., 3 maggio 1999, n. 4370.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 442, il quale invita a considerare se la soluzione che esclude rilievo alla separazione di fatto «sia compatibile con la circostanza che molto spesso la separazione di fatto rappresenta, specie per le coppie meno agiate, la via tipica per far cessare definitivamente la convivenza ed ogni rapporto coniugale: con il rischio quindi, a ritenere perdurante il regime di comunione legale, di favorire, caso mai ad anni di distanza, assurde rivendicazioni economiche»; v. inoltre FRANCESCHELLI, *La separazione di fatto*, Milano, 1978, p. 229 s. D'analogo avviso è anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 584 s., il quale ritiene però che tale causa di scioglimento potrebbe valere solo tra i coniugi, non essendo la separazione di fatto suscettibile di pubblicità.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Trib. Milano, 20 giugno 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, c. 101; in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 974 (riportata peraltro in data 22 maggio 1985), con nota di NAPPI. In dottrina il problema particolare della separazione di fatto preesistente alla riforma del diritto di famiglia è affrontato da NAPPI, *Osservazioni in merito allo scioglimento della comunione legale dei beni tra coniugi*, Nota a Trib. Milano, 22 maggio 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 975, che aderisce alla decisione ivi commentata del tribunale ambrosiano, il quale aveva ritenuto che la preesistente separazione di fatto costituisse un fatto preclusivo del sorgere della comunione allo scadere del periodo transitorio.

decisioni di merito ⁽⁴⁷⁾, nonché una pronunzia di legittimità ⁽⁴⁸⁾. Quest'ultima, in particolare, accogliendo un ricorso che sosteneva la non inclusione in comunione di un bene acquistato da un coniuge nel periodo compreso tra il 20 settembre 1975 e il 15 gennaio 1978, ebbe a stabilire che la mera situazione di separazione di fatto, «non equiparabile alla separazione legale e non riconducibile fra le altre ipotesi tassativamente contemplate dall'art. 191, nuovo testo, cod. civ.», non poteva ritenersi rilevante al fine di impedire l'insorgere del regime legale per effetto dell'art. 228 cit. Peraltro, la proposizione, nel predetto periodo, di una domanda di divorzio fondata proprio sulla pregressa separazione di fatto, avrebbe presentato «i requisiti di forma e di sostanza idonei ad evidenziare inequivocamente una scelta contraria a quel regime di comunione», secondo quanto richiesto dallo stesso art. 228.

La dottrina di gran lunga prevalente, da canto suo, sottolinea l'irrilevanza della separazione di fatto, per il decisivo rilievo che *ex art. 158 c.c.* la separazione dei coniugi, se consensuale, non ha effetto senza l'omologazione del giudice, laddove le previsioni dell'art. 3, n. 2, lett. b), l. div. (così come gli altri casi sopra citati in cui un qualche rilievo viene attribuito alla situazione in esame) avrebbe carattere eccezionale. Proprio l'eccezionalità di tale disposizione, si sostiene, «conferma, *a contrario*, la normale irrilevanza della separazione di fatto; il che è del resto, conforme al principio per cui le modificazioni, in genere, degli *status* personali, come quella che consegue alla separazione, devono essere certe, e nessuna certezza può dare, per i terzi, ma anche per i coniugi stessi, la separazione di fatto» ⁽⁴⁹⁾. Ma la ragione che deve indurre ad affermare la bontà di tale conclusione risiede, a parere dello scrivente, non tanto nell'eccezionalità delle regole che attribuiscono rilievo alla separazione di fatto, quanto nell'eccezionalità della norma che, nello specifico dominio della comunione legale e del relativo scioglimento, lega il precipuo effetto della cessazione del regime al requisito formale della presenza di una «separazione personale»: di una separazione, cioè, definita secondo le disposizioni degli artt. 150 ss. c.c. e 706 ss. c.p.c. Per non dire poi delle gravissime incertezze cui darebbe luogo, sul piano pratico, la determinazione del momento esatto in cui lo scioglimento avrebbe avuto luogo; e se è vero che qualche obiezione sul punto potrebbe essere tratta dalla considerazione del rilievo ripristinatorio del regime legale che assume la riconciliazione dei coniugi, è altrettanto vero che la situazione descritta dall'art. 157 c.c. presuppone un comportamento non equivoco, incompatibile con lo stato di separazione, laddove, nella specie, anche un semplice abbandono unilaterale potrebbe rischiare di essere inteso come una fattispecie rilevante ai sensi dell'art. 191 c.c.

2. Individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione personale.

2.1. Le varie tesi che si contendono il campo. – A differenza di quanto stabilito in ordine all'ipotesi della separazione giudiziale dei beni, per la quale è previsto che l'instaurazione del regime di separazione dei beni retroagisca alla proposizione della domanda (art. 193, quarto comma, c.c.), per le fattispecie previste dall'art. 191 c.c. il legislatore ha ommesso di indicare il momento in cui si produce lo scioglimento della comunione.

Al riguardo, gli orientamenti espressi in dottrina e in giurisprudenza sono fondamentalmente tre. Il primo, per così dire più rigoroso, compattamente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità ⁽⁵⁰⁾, nonché da

⁽⁴⁷⁾ Implicitamente contrarie all'inclusione delle separazioni di fatto fra le cause di scioglimento risultano infatti le decisioni che negano la possibilità di procedere alla divisione dei beni in pendenza di giudizio di separazione personale anteriormente al passaggio in giudicato della relativa sentenza: il tema sarà affrontato *infra*, § 3, in questa Parte II.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cass., 7 maggio 1987, n. 4235, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2552, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Foro it.*, 1987, I, c. 2051; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1195, con nota di AMATO; in *Riv. notar.*, 1988, II, p. 710; in *Dir. fam. pers.*, 1988, I, p. 128.

⁽⁴⁹⁾ Così DE FALCO, *Decorrenza della comunione per le famiglie costituite prima dell'entrata in vigore della riforma*, Nota a Cass., 7 maggio 1987, n. 4235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 40; cfr. inoltre per le medesime conclusioni CELONA, *Matrimonio e patrimonio*, cit., p. 113; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 310 e s.; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., 1996, p. 146; LO MORO BIGLIA, *Lo scioglimento della comunione tra i coniugi*, cit., p. 65. Osservano GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 188, che «l'ordine giuridico è dominato, in questa materia, dalla preoccupazione di stimolare la regolarizzazione delle situazioni di fatto, come dimostra l'espressa denegazione di effetto alla separazione "per il solo consenso dei coniugi" (art. 156 c.c.): denegazione che non può non estendersi, a maggior ragione, a quel venir meno della convivenza che consegue a decisione unilaterale, giustificata o meno che essa sia».

⁽⁵⁰⁾ Cfr., *ex multis*, Cass., 29 gennaio 1990, n. 560, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 807; in *Foro it.*, 1990, I, c. 2238; Cass., 11 luglio 1992, n. 8463, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 83; Cass., 11 luglio 1992, n. 8469, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 1414; Cass., 17 dicembre 1993, n. 12523, in *Fam. dir.*, 1994, p. 424, con nota di CALIENDO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 651, con nota di REGINE; Cass., 7 marzo 1995, n. 2652; Cass., 23 giugno 1998, n. 6234, in *Foro it.*, 1999, I, c.

svariate decisioni di merito ⁽⁵¹⁾ e da un certo numero di Autori ⁽⁵²⁾, afferma che gli effetti dello scioglimento decorrono, con efficacia *ex nunc*, dal momento in cui diviene definitivo il decreto di omologa della separazione consensuale o in cui passa in giudicato la sentenza di separazione contenziosa, seguendo la regola generale che vale per ogni pronuncia costitutiva. A quest'ordine di idee può ascriversi anche un'ordinanza della Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.c., ha negato l'idoneità dei provvedimenti presidenziali *ex art. 708 c.p.c.* a determinare lo scioglimento della comunione ⁽⁵³⁾.

Una seconda tesi, seguita dalla dottrina maggioritaria ⁽⁵⁴⁾, fa retroagire gli effetti della pronuncia di separazione al momento della proposizione della domanda, che si fa coincidere con la notifica del ricorso

655; Cass., 2 settembre 1998, n. 8707, in *Vita notar.*, 1998, p. 1605; Cass., 18 settembre 1998, n. 9325, in *Fam. dir.*, 1999, p. 182; Cass., 5 ottobre 1999, n. 11036, in *Notariato*, 2000, p. 13, con nota di BARTOLUCCI; Cass., 27 febbraio 2001, n. 2844, in *Fam. dir.*, 2001, p. 441.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Trib. Trieste, 24 luglio 1981, in *Dir. fam. pers.*, 1983 con nota di BONAMORE, p. 121; Trib. Genova, 3 dicembre 1985, in *C.E.D. - Corte di cassazione, Arch. MERITO*, pd 860198; App. Genova, 27 luglio 1985, *ivi*, pd 860367; Trib. Genova, 16 gennaio 1986, in *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 622; Trib. Roma, 19 maggio 1986, *ivi*, pd 860391; Trib. Verona, 29 settembre 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 999; Pret. Molfetta, 22 dicembre 1988, in *Arch. civ.*, 1988, p. 293; Trib. Vercelli, 27 maggio 1992, in *Giur. merito*, 1992, p. 1082; Trib. Terni, 3 febbraio 1993, in *Rass. giur. umbra*, 1993, p. 369, con nota di PALMA; Trib. Trani, 25 luglio 1995, in *Fam. dir.*, 1995, p. 573, con nota di CHIZZINI; Trib. Reggio Emilia, 20 novembre 1998, in *Giur. merito*, 1999, p. 473, con nota di PAGLIANI; Trib. Roma, 20 ottobre 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 355, con nota di SENA.

⁽⁵²⁾ A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1128 s.; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, cit., p. 505 ss.; M. FINOCCHIARO, *Autorizzazione a vivere separati e preteso scioglimento del regime di comunione dei beni dei coniugi*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 210 ss.; ID., *La Cassazione e la comunione de residuo: una sentenza da dimenticare*, in *Vita notar.*, 1996, p. 1201 ss.; ID., *Con il provvedimento di omologazione del tribunale scioglimento automatico della comunione legale*, in *Guida al diritto*, 1995, dossier n. 11, p. 53 ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 650 ss.; CIVININI, *Sulla cumulabilità della domanda di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1597 ss.; BARTOLUCCI, *Separazione personale dei coniugi e determinazione dello scioglimento della comunione legale*, Nota a Cass., 5 ottobre 1999, n. 11036, in *Notariato*, 2000, p. 13 ss.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 405 s.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 618.

⁽⁵³⁾ Cfr. Corte cost., 7 luglio 1988, n. 795, in *Foro it.*, 1989, I, c. 928; in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3787; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1218. L'ordinanza, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c. c. in relazione all'art. 3 Cost., rileva il carattere temporaneo dei provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c., e perciò la loro inidoneità a fondare lo scioglimento della comunione, mancando in tali provvedimenti un accertamento formale definitivo della cessazione dell'obbligo di convivenza e di reciproca collaborazione. In motivazione si sottolinea «che la ragione per cui, perdurando il rapporto di coniugio, non solo la separazione di fatto dei coniugi, ma nemmeno i provvedimenti temporanei *ex art. 708 cod. proc. civ.* non sono previsti dall'art. 191 come cause di scioglimento della comunione, è la mancanza in questi casi di un accertamento formale definitivo della cessazione dell'obbligo di convivenza e di reciproca collaborazione; che il carattere temporaneo del provvedimento presidenziale impedisce che la situazione dei coniugi provvisoriamente autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione possa essere equiparata a quella dei coniugi legalmente separati, e dunque esclude che il perdurare per essi del regime di comunione dei beni possa costituire una violazione dell'art. 3 Cost.; che per configurare una simile violazione il giudice remittente si è riferito come a *tertium comparationis* non già all'effetto estintivo della comunione legale dei beni previsto dall'art. 191 (ai fini di una sentenza additiva che tale effetto estenda anche ai provvedimenti presidenziali *ex art. 708 cod. proc. civ.*), bensì a un effetto giuridico non previsto da questo articolo, né da alcun'altra norma positiva, consistente nella "quiescenza temporanea" del regime di comunione, ossia nella provvisoria sospensione della *vis acquisitiva* ad esso attribuita dall'art. 177 cod. civ.; che, prospettata in questi termini, la questione, prima che infondata, è inammissibile, perché postula una sentenza che introduca nella disciplina della comunione legale dei beni un nuovo istituto normativo, in merito al quale lo stesso giudice *a quo* riconosce necessaria una valutazione di opportunità, anche per quanto riguarda le varie possibili modalità tecniche: una sentenza, cioè, che invaderebbe il campo delle scelte di politica del diritto riservate al legislatore».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 439; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 176 ss.; ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale*, Padova, 1983, p. 293; GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, cit., p. 184; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 265; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 89 ss.; ID., *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 134 ss.; MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, I, *Profili sostanziali*, cit., p. 9; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 307 ss.; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 586 (peraltro con la precisazione che rispetto ai terzi lo scioglimento si verifica comunque soltanto dal passaggio in giudicato). Anche ad avviso di GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 394 «Non sembra che l'intenzione legislativa possa essere stata quella di conservare lo stato di comunione legale tra due coniugi, il cui rapporto sia definitivamente compromesso, per il periodo, come si sa non certo

introduttivo nel caso di separazione giudiziale e con il suo deposito in cancelleria nel caso di separazione consensuale. Due sono gli argomenti portati a sostegno di tale tesi: in primo luogo l'estensione per analogia dell'art. 193, comma quarto, c.c., il quale stabilisce che «gli effetti della sentenza di separazione giudiziale dei beni retroagisce al giorno in cui è stata proposta la domanda»⁽⁵⁵⁾; in secondo luogo, la norma dell'art. 146, comma secondo, c.c. che consente l'allontanamento dalla residenza familiare al momento della proposizione della domanda, per cui non appare ragionevole che la comunione legale prosegua nonostante il possibile allontanamento di uno dei coniugi⁽⁵⁶⁾. Non mancano peraltro ulteriori *nuances* in questa posizione: taluni Autori, infatti, più che sull'analogia, sembrano puntare su di una sorta di interpretazione estensiva della disposizione in tema di separazione giudiziale, ritenendo che nella domanda maggiore (quella, cioè di separazione, o, se si preferisce, di divorzio, qualora quest'ultima sia proposta al di fuori dei casi di precedente separazione) sia implicita la domanda minore, di scioglimento della comunione, il cui contenuto costituisce una delle conseguenze dell'accoglimento della prima⁽⁵⁷⁾.

Una terza tesi, minoritaria, che aveva trovato seguito alcuni anni or sono nella giurisprudenza di merito⁽⁵⁸⁾, ma che non sembra aver avuto seguito, ricollegava invece la cessazione della comunione legale al

breve, necessario alla definizione del procedimento di separazione. Diversamente opinando si rischia di arrivare all'assurdo per cui, pendente il giudizio, nessuno dei coniugi si azzarderebbe ad acquistare niente per il timore, più che fondato, che poi quell'acquisto finisca pure con il ricadere a vantaggio dell'altro coniuge con il quale non si vorrebbe spartire più nulla»; la soluzione viene quindi reperita nell'applicazione diretta dell'art. 193 c.c., la cui domanda viene implicitamente ritenuta proposta con la proposizione del ricorso per separazione personale (su questo tema specifico v. però le osservazioni critiche che verranno sviluppate *infra*, § 2.2, in questa Parte II). Per la giurisprudenza propensa ad opinare che gli effetti della sentenza retroagiscano alla data di presentazione della domanda v. App. Roma, 4 marzo 1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2444; in *Riv. notar.*, 1991, p. 1402; Trib. Milano, 20 luglio 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 263, con nota di SCHLESINGER; secondo tale ultima decisione, pre messo che lo scioglimento della comunione legale può solo conseguire *ex art.* 191 c. c., ad una pronuncia definitiva di separazione, «è purtuttavia legittimo affermare che gli effetti di detto scioglimento retroagiscono ad una data anteriore, che si ravvisa non nell'udienza presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c., bensì in quella antecedente della proposizione della domanda di separazione».

⁽⁵⁵⁾ Cfr. ad es. RUBINO, *Particolarità dello scioglimento nelle ipotesi di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio*, cit., p. 920. In giurisprudenza v. App. Roma, 4 marzo 1991, cit., che, oltre al richiamo all'art. 193, quarto comma, c.c., così motiva: «posto (...) il principio generale, secondo cui la durata del giudizio non può risolversi in pregiudizio dei diritti acquisiti con la proposizione della domanda giudiziale, e considerato che, in ogni caso, il deposito della domanda di separazione personale (o, se si vuole, la tentata e mancata conciliazione dei coniugi in sede di comparizione presidenziale) rappresenta indubbiamente il momento nel quale la rottura della convivenza si manifesta all'esterno (...), non si vede la ragione logica e giuridica che osterebbe, appunto, all'interpretazione del richiamato art. 191 c.c., nel senso che lo scioglimento della comunione dei beni, per effetto della separazione personale dei coniugi, debba attuarsi dal momento della proposizione della domanda relativa a tale ultimo giudizio, dalla natura dichiaratamente accertativa». Nel senso che l'art. 193, quarto comma, conterrebbe una norma applicabile a tutte le cause di scioglimento giudiziale cfr. anche MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 309; CALIENDO, *Scioglimento della comunione legale nella separazione*, Nota a Cass., 17 dicembre 1993, n. 12523, in *Fam. dir.*, 1994, p. 427; CHIZZINI, *Ordinanza ex art. 708 c.p.c. e comunione legale*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 573; quest'ultimo Autore richiama l'art. 193, quarto comma, c.c., nonché il principio per cui il tempo necessario per far valere un proprio diritto in giudizio non può andare a danno dell'attore che ha ragione, per affermare che gli effetti della sentenza costitutiva «decorreranno (una volta che il provvedimento giudiziario sia intervenuto) dalla data della notificazione del ricorso e del decreto presidenziale di comparizione *ex art.* 706, 2° comma, c.p.c., all'altro coniuge».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 439.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 176. Nello stesso senso cfr. GABRIELLI, *I rapporti personali tra coniugi*, Trieste, 1981, p. 200; CIAN e VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 389. Di questo avviso è anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 394, come si è già avuto modo di dire.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Trib. Torino, 11 febbraio 1983, in *C.E.D. - Corte di cassazione, Arch. MERITO*, pd 840136; Trib. Milano, 20 giugno 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, c. 101; Trib. Genova, 17 luglio 1986, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 256; Trib. Milano, 20 luglio 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 161, con nota di NAPPI; Trib. Ravenna, 17 maggio 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 1310; in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 209, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 953, con nota di CIPRIANI (la decisione fa leva, tra l'altro, sull'ultrattività del provvedimento presidenziale, *ex art.* 189 disp. att. c.p.c., rilevando altresì che proprio da tale data decorre il triennio per il divorzio, nonché il termine di trecento giorni per l'ineroperatività della presunzione di concepimento ad opera del marito separato); Trib. Roma, 14 dicembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 352; App. Genova, 10 novembre 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 106, con nota di BARDI; App. Genova, 1° ottobre 1998, in *Fam. dir.*, 1999, p. 147, con nota di GRONDONA. In dottrina v. in questo stesso senso DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 102 ss.; BARENGHI, *Sull'idoneità dell'ordinanza presidenziale, nel procedimento di separazione tra coniugi, a produrre lo scioglimento della comunione legale dei beni*, in *Dir. fam. pers.*, 1988, I, p. 256 ss.; NAPPI, *Sullo scioglimento del regime di comunione legale tra i coniugi*, Nota a Trib. Milano, 20 luglio 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1990, I, p. 162; CIPRIANI, *Sullo scioglimento della comunione*, Nota a

provvedimento presidenziale, pronunciato nella udienza *ex art.* 708 c.p.c., con cui si autorizzano i coniugi a vivere separatamente ⁽⁵⁹⁾, sulla scia di quanto proposto, in sede di lavori preparatori della riforma del 1975, dall'art. 47 cpv. del disegno di legge Falcucci che collegava la cessazione del regime di comunione legale proprio all'ordinanza presidenziale *ex art.* 708 c.p.c.

Al riguardo va precisato che quest'ultima soluzione (così come quella che, eventualmente, prospettasse l'idoneità, prima ancora del provvedimento presidenziale, della semplice proposizione del ricorso a sciogliere il regime) risulta solo apparentemente avvicinata alla seconda. Invero, se si afferma che gli effetti della pronuncia retroagiscono alla data di proposizione della domanda, si deve poi necessariamente ammettere che, nel caso in cui una diversa causa di scioglimento si venisse a frapporre (per esempio: morte di uno dei coniugi, con conseguente impossibilità di riassunzione o prosecuzione del giudizio; stipula di una convenzione di separazione dei beni; dichiarazione di assenza o di morte presunta), nessun effetto retroattivo potrebbe – evidentemente – dispiegarsi e la comunione dovrebbe ritenersi sciolta alla data in cui queste altre cause di scioglimento si sono verificate. In altri termini, la posizione qui riportata per seconda non attribuisce alla presentazione della domanda, né tanto meno al provvedimento presidenziale, dignità di autonoma causa di scioglimento della comunione, bensì semplice valenza di *dies a quo* per la produzione di effetti che presuppongono comunque l'accoglimento della domanda di separazione, perché alla fine vi sia una causa di scioglimento (la sentenza) che possa retroagire alla data di presentazione della domanda.

2.2. Critica, sul piano delle conseguenze pratiche, della soluzione seguita dalla giurisprudenza di legittimità. La sua correttezza de lege lata. – Venendo a valutare il merito delle proposte che si contendono il campo, va segnalata l'imprescindibilità di un intervento proprio in questo settore. L'auspicio *de iure condendo* sarebbe, in altri termini, quello di veder inserita, tra le cause di cessazione del regime legale, la proposizione della domanda di separazione personale (così come di quella di divorzio, se non preceduto da separazione legale, o di annullamento del matrimonio), o, quanto meno, l'autorizzazione da parte del presidente a vivere separati, al fine di evitare le gravissime situazioni determinate dal perdurare del regime legale nel periodo di più acuti contrasti e tensioni tra i coniugi, con conseguenti possibilità di pressioni e ricatti facilmente immaginabili.

Ritenere, invero, che i coniugi siano in comunione ancora sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale significa, in buona sostanza, ammettere che ciascuno di essi si trova in una situazione di sostanziale «incapacità» a procedere all'effettuazione di acquisti, destinati altrimenti inesorabilmente a ricadere in comunione con la persona, oltre tutto, con cui si è in una situazione di (talora gravissimo) contrasto. Il tutto aggravato da una giurisprudenza che non esita, in questi ultimi tempi, ad esaltare, sul versante degli acquisti personali, il ruolo della partecipazione del coniuge pretermesso. Quest'ultimo, dunque, risulta in tal modo, di fatto, «incoraggiato» a fare in modo che la propria non opposizione (magari anche di fronte a casi clamorosi, in cui il coniuge acquirente sia in grado di dimostrare che l'acquisto viene effettuato esclusivamente con il reimpiego di denaro personale) sia offerta quale «merce di scambio» per ottenere generose concessioni sul piano delle intese attinenti all'assetto patrimoniale (o personale: si pensi ai rapporti con la prole) della crisi coniugale.

Gli effetti negativi sul piano pratico della soluzione qui in commento sono poi ulteriormente amplificati dall'impossibilità, anche sul piano processuale ⁽⁶⁰⁾, di operare un cumulo tra le domande strettamente attinenti ai riti della crisi coniugale (separazione, divorzio e modifiche delle relative condizioni) e le richieste che traggano origine da una divisione del patrimonio comune, che solo può prospettarsi una

Trib. Ravenna, 17 maggio 1990, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 953; BARDI, *Sullo scioglimento della comunione legale dei beni in caso di separazione personale dei coniugi*, Nota a App. Genova, 10 novembre 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 107.

⁽⁵⁹⁾ È da segnalare poi anche la posizione di un Autore (T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 44), il quale, distinguendo fra separazione giudiziale e separazione consensuale omologata, per la prima aderisce alla citata tesi, maggioritaria in dottrina, della retroattività degli effetti al momento della proposizione della domanda, mentre per la seconda pone come punto di riferimento temporale il momento in cui viene concluso l'accordo di separazione, vale a dire la sottoscrizione da parte dei coniugi del verbale d'udienza in cui sono riportate le condizioni della separazione. Ciò in considerazione del fatto che «l'accordo dei coniugi riveste il ruolo di elemento costitutivo della separazione personale, mentre al controllo omologatorio è attribuita la mera natura di *condicio iuris* di efficacia della stessa». Tale ultima tesi, propugnata da sempre, e con forza, da chi scrive (cfr. ad es. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 179 ss., 246 ss.) non sembra però tale da indurre a ritenere che il trattamento delle due fattispecie qui contemplate debba essere differenziato. Invero, l'art. 191 c.c. collega sicuramente lo scioglimento della comunione legale al momento della separazione e non certo alle intese dirette a costituire, per così dire, il sostrato patrimoniale di siffatta situazione.

⁽⁶⁰⁾ Sul tema v. *infra*, §§ 3 e 4, in questa Parte II.

volta che sia divenuta operativa una causa di scioglimento del regime, sebbene, come si vedrà, non manchino regole ed *escamotages* in grado, quanto meno, di «attutire» le conseguenze più pregiudizievoli di siffatta premessa ⁽⁶¹⁾.

Sul punto potranno ricordarsi i progetti di legge tesi a porre rimedio agli inconvenienti appena segnalati: progetti rimasti peraltro lettera morta, in quanto incautamente abbinati alla proposta di riduzione della *Wartezeit* per il divorzio da tre anni ad uno, con la conseguenza di urtare suscettibilità legate all'idea di indissolubilità matrimoniale, ancora fortemente difesa nel Paese e in Parlamento, specie da chi del principio opposto ha fatto invece largo uso.

Ora, nonostante le gravi conseguenze pratiche di cui si è appena detto, la soluzione della giurisprudenza di legittimità appare, *de lege lata*, l'unica tecnicamente corretta. Basti dire che la lettera dell'art. 191 c.c. richiama la (sola) separazione personale dei coniugi e che separazione personale non si può avere, in caso di contenzioso, se non con il passaggio in giudicato della relativa pronuncia. Ogni altra possibile interpretazione è esclusa dal fatto che la citata disposizione è chiara e che il passaggio dall'interpretazione letterale ad altre forme di interpretazione (logica, sistematica e teleologica) non è consentito quando il tenore della previsione normativa appare inequivocabile (*in claris non fit interpretatio*). Questo semplice rilievo appare sicuramente idoneo ad escludere l'accogliibilità della tesi che vorrebbe collegare lo scioglimento all'emanazione dei provvedimenti *ex art. 708 c.p.c.* (o, prima ancora, alla proposizione del ricorso), posto che appare impossibile collegare all'udienza presidenziale gli effetti che la legge fa, invece, chiaramente derivare da un diverso evento e cioè da quella separazione che, a quel momento, ancora non può dirsi in atto e che potrebbe pure non arrivare mai ⁽⁶²⁾.

Lo stesso è a dirsi anche in relazione alla posizione di chi invoca un'estensione di tipo analogico della normativa sulla separazione giudiziale dei beni (o, in alternativa, dell'art. 191 c.c.). Non sembra, quindi, che l'identità di *ratio* ⁽⁶³⁾ rispetto all'idea che presiede all'anticipazione degli effetti della separazione giudiziale dei beni possa indurre l'interprete (come dovrebbe invece certamente costringere il legislatore) ad estendere un principio di carattere sicuramente eccezionale, quale quello descritto dall'art. 193, quarto comma, c.c. Sul punto sia infatti consentito aggiungere che, se è vero che in determinati casi (si pensi alla dichiarazione di morte presunta o all'assenza), gli effetti dello scioglimento debbono risalire (per lo meno per i rapporti *inter partes*) alla data della morte accertata presuntivamente o alla data della scomparsa, è altrettanto vero che ciò accade solo con riguardo al contrasto tra la data dell'accertamento giudiziale di un evento «naturale» e quella dell'evento oggetto di tale accertamento. Mai ciò si verifica (se si eccettua, appunto, l'ipotesi, normativamente sancita, dell'art. 193 cit.) allorché lo scioglimento sia effetto (tra l'altro, indiretto) non già di un evento naturale, ma di una qualche procedura giudiziale, laddove il contrasto non si pone tra la data dell'evento e quella del relativo accertamento, bensì tra la data della pronuncia e quella della relativa domanda giudiziale. E l'esempio della pronuncia di fallimento (in cui, per l'appunto, la cessazione del regime si pone quale effetto *ex lege* dell'accoglimento di una domanda giudiziale non diretta a provocare lo scioglimento della comunione, con la conseguenza che l'emanazione della relativa sentenza non produce effetto retroattivo) è, in proposito, quanto mai eloquente.

Né del resto sembra possibile seguire il ragionamento che si fonda sull'assunto per il quale in ogni domanda diretta alla separazione personale dovrebbe intendersi compresa anche la richiesta di separazione giudiziale dei beni ⁽⁶⁴⁾. Il fatto che sul piano dei *petita* possa riscontrarsi una situazione di continenza (della domanda *ex art. 193 c.c.* in quella di separazione personale) non ci autorizza ancora ad estendere un effetto, quale quello della retroattività, che potrebbe invece essere legato alla (innegabile e profonda) diversità delle *causae petendi*. È evidente, infatti, che le ragioni che danno luogo ad una separazione personale, legate ai profili personali dell'unione, nulla hanno a che vedere con quelle che giustificano la separazione dei beni, principalmente incentrate sulla *mala gestio* patrimoniale. Per questa ragione l'accoglimento della prima delle due richieste determina un effetto che, per il fatto di essere del tutto svincolato dalla ricorrenza dei presupposti dell'art. 193 c.c., non può dipendere se non dalla volontà della legge e non certo dall'idea che nel *petitum* «maggiore» possa ritenersi implicitamente contenuto quello «minore».

⁽⁶¹⁾ Sul punto v. *infra*, § 3, in questa Parte.

⁽⁶²⁾ Così anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 393.

⁽⁶³⁾ Sottolineata con vigore da SCHLESINGER, *Separazione personale e scioglimento della comunione legale*, Nota a Trib. Milano, 20 luglio 1995, in *Fam. dir.*, 1995, p. 264 ss., in partic. 267.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. in questo senso per tutti GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 394, il quale chiaramente propone «il ricorso diretto all'art. 193 c.c.; mentre sembrano più ristretti gli spazi per sostenere l'applicazione per analogia della norma in questione al caso della separazione personale». In precedenza la medesima tesi era stata esposta, per es., da GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 200; CIAN e VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., p. 389; GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 199.

Come del resto posto in luce in dottrina ⁽⁶⁵⁾, la sentenza di separazione, che ha natura costitutiva ⁽⁶⁶⁾, in mancanza di disposizioni in senso contrario, produce effetti *ex nunc*, presupponendo gli effetti costitutivi, che si producono per legge in forza dell'accertamento delle condizioni di esistenza dell'azione, il passaggio in giudicato formale della sentenza ⁽⁶⁷⁾.

In conclusione, *de lege lata* appare difficilmente contestabile che il momento di cessazione del regime legale vada individuato, nel caso di separazione contenziosa, nel momento di passaggio in giudicato della relativa sentenza, così come, per la separazione consensuale, in quello dell'acquisto di definitività del decreto di omologazione ⁽⁶⁸⁾. Altra questione è, naturalmente, quella dell'opponibilità verso i terzi dello scioglimento conseguente alla separazione.

3. I corollari della tesi preferibile in tema di individuazione della decorrenza degli effetti dello scioglimento del regime legale, in caso di separazione legale. L'improponibilità della domanda di divisione in pendenza del giudizio di separazione legale. – Logici corollari della conclusione che abbiamo appena illustrato sono costituiti dall'impossibilità, da un lato di proporre contestualmente alla domanda di separazione personale quella di liquidazione e divisione della comunione, non essendo il relativo diritto ancora sorto ⁽⁶⁹⁾ e, dall'altro, di introdurre comunque tale ultima richiesta prima che la pronuncia di separazione personale sia passata in cosa giudicata ⁽⁷⁰⁾. Andrà aggiunto sul punto che un giudice di merito ha avuto modo di stabilire che il divieto di procedere, mercé divisione, allo scioglimento della comunione ordinaria succeduta alla comunione legale tra i coniugi, prima del passaggio in giudicato della sentenza di

⁽⁶⁵⁾ Cfr. CIVININI, *Sulla cumulabilità della domanda di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, cit., c. 1597 ss., la quale rileva che «non può farsi luogo ad applicazione dell'art. 193, 4° comma, c.c. né in via di analogia legis né in via di applicazione diretta in quanto l'oggetto del giudizio di separazione è diverso dall'oggetto del giudizio di scioglimento della comunione: nel primo caso la (modificanda) situazione soggettiva di parte del rapporto di coniugio, nel secondo la (estinguenda) situazione soggettiva di partecipe a un regime di comunione legale dei beni; ne consegue che non possono applicarsi al primo le regole dettate per il secondo, tenuto anche conto della profonda differenza che separa lo scioglimento della comunione, quale effetto della sentenza costitutiva (*id est* dell'accertamento giudiziale conseguente all'esercizio del diritto potestativo di determinare unilateralmente e necessariamente attraverso il processo l'effetto estintivo medesimo), dallo scioglimento della comunione, quale effetto legale – automatico e ulteriore rispetto all'oggetto del processo – della separazione: nel caso di cui all'art. 193 c.c. (e non in quello di cui all'art. 191 nella parte che qui interessa) l'accertamento giudiziale e (probabilmente anche) l'atto di esercizio del diritto potestativo sono elementi della fattispecie sostanziale cui il legislatore ricollega il prodursi dell'effetto estintivo, come si induce dalla retroattività degli effetti della sentenza al tempo della domanda, retroattività che quindi non può essere estesa a fattispecie affatto differenti».

⁽⁶⁶⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 348, che classifica la sentenza di separazione come sentenza che modifica un rapporto giuridico; v. anche PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 207, il quale enuclea un gruppo di «azioni costitutive dirette a produrre effetti sostanziali non conseguibili in via di autonomia privata», cui può ascriversi anche la sentenza di separazione; come osserva l'Autore: «si tratta delle ipotesi di nullità del matrimonio, di divorzio, di disconoscimento della paternità o maternità, ecc. In tali casi l'effetto sostanziale [di] “impedimento del sorgere della qualità di coniuge” ricollegato alle cause di nullità del matrimonio, scioglimento del rapporto di coniugio ricollegato alle cause di divorzio, ecc. non è conseguibile mai in via di autonomia privata tramite dichiarazioni di volontà unilaterali o bilaterali, bensì solo a seguito dell'accertamento giudiziale della sussistenza di uno dei fatti previsti dalla legge. In queste ipotesi, e solo in esse, viene meno pressoché del tutto la strumentalità tra utilità garantite dal diritto sostanziale e utilità assicurate dal processo, in quanto il processo si presenta come elemento costitutivo indispensabile e non surrogabile della fattispecie cui la legge sostanziale subordina il prodursi di un dato effetto giuridico».

⁽⁶⁷⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 347.

⁽⁶⁸⁾ Ai sensi dell'art. 741 c.p.c. il decreto d'omologazione acquista efficacia una volta decorsi i termini di cui agli artt. 739 e 740 c.p.c. (dieci giorni dalla comunicazione) senza che le parti legittimate abbiano interposto reclamo alla corte d'appello. Il decreto della corte d'appello non è impugnabile in Cassazione: cfr. Cass., 30 aprile 2008, n. 10932.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. Cass. 23 giugno 1998, n. 6234, in *Corr. giur.*, 1999, p. 63, con nota di MONTANARI; in *Foro it.*, 1999, I, c. 655, con nota di CIPRIANI, nonché le pronunce riportate nel § seguente, sebbene il profilo di inammissibilità *tout court* della domanda sia sovente confuso con quello di improponibilità nel medesimo processo di separazione personale, come verrà meglio chiarito in seguito. *Contra* App. Genova, 10 novembre 1997, cit.: «La separazione personale dei coniugi opera, quale causa di scioglimento della comunione legale dei beni, dal momento dell'udienza presidenziale ex art. 708 cod. proc. civ.: l'ordinanza che autorizza i coniugi a vivere separati, determina, infatti, il venir meno di quella comunione di vita che costituisce in fondamentale presupposto del regime di comunione di beni; di conseguenza, la domanda di scioglimento e quella di divisione dei beni e valori, alla prima collegata, sono proponibili nell'ambito del procedimento di separazione personale».

⁽⁷⁰⁾ Cass., 8 novembre 1997, n. 11031; Cass., 2 settembre 1998, n. 8707, in *Vita notar.*, 1998, I, p. 1605; Cass., 18 settembre 1998, n. 9325; Cass., 25 marzo 2003, n. 4351.

separazione personale, non contrasta con il principio della libera circolazione dei capitali sancito dal Trattato CE. ⁽⁷¹⁾.

Questo profilo di inammissibilità della domanda divisoria potrebbe essere definito in questa sede, sebbene impropriamente, come «sostanziale», per sottolineare il fatto che esso va tenuto distinto da quello, che verrà esaminato in seguito, di improponibilità strettamente «processuale»: nel senso che, mentre il primo dei due ha tratto all'impossibilità di proporre *tout court*, in qualsiasi sede, la domanda di divisione, il secondo riguarda il particolare aspetto della cumulabilità nel medesimo procedimento delle domande, da un lato, di separazione o divorzio (o di modifica delle relative condizioni) e, dall'altro, di quella diretta alla divisione del compendio in comunione. Per rendere più evidente la differenza si pongano a raffronto i casi in cui, rispettivamente, (a) un soggetto, ancora in regime di comunione, presenti domanda di separazione personale contestualmente (nello stesso procedimento, o in procedimento distinto) a quella di divisione della comunione; (b) un soggetto non più in regime di comunione (perché ha stipulato con il coniuge una convenzione di separazione dei beni, ovvero è stato dichiarato fallito, o, ancora, ha ottenuto sentenza di separazione giudiziale dei beni, ovvero si è legalmente – giudizialmente o consensualmente – separato dal coniuge, voglia proporre nel medesimo processo di separazione personale (o di divorzio, nel caso, ovviamente, le condizioni di quest'ultimo siano già maturate) anche la domanda di divisione della comunione già sciolta.

Alla disamina delle peculiari questioni relative all'ipotesi *sub* (b) dedicheremo il prossimo §. Per il momento, relativamente all'ipotesi *sub* (a) va subito chiarito che quanto appena detto circa l'inammissibilità della domanda divisoria non deve però certo indurre a ritenere opponibile un generico *fin de non recevoir* a ogni possibile richiesta patrimoniale collegata in qualche modo alla separazione in atto.

Andrà, in primo luogo, sottolineato che le conseguenze della soluzione che si è appena indicata come preferibile in punto decorrenza dello scioglimento del regime legale appaiono oggi in qualche modo mitigate dall'affermarsi della tesi che ammette la possibilità di una pronuncia parziale di separazione: vale a dire, di una decisione con la quale il tribunale si limita a statuire sulla separazione personale, rinviando la causa in istruttoria per quanto attiene alle rimanenti domande, con conseguente sensibile anticipazione del momento di formazione del giudicato sul punto della separazione ⁽⁷²⁾. La conclusione, ormai assolutamente pacifica, va altresì vista in relazione alla regola secondo cui «l'impugnazione proposta con esclusivo riferimento all'addebito contro la sentenza che abbia pronunciato la separazione ed al contempo ne abbia dichiarato l'addebitabilità, implica il passaggio in giudicato del capo sulla separazione»; principio, questo, che ha

⁽⁷¹⁾ Cfr. Trib. Roma, 4 luglio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 819, con nota di NERI. In motivazione il tribunale dichiara di aderire all'indirizzo di legittimità per il quale la domanda di divisione proposta in costanza di regime legale va dichiarata improponibile, senza che vi sia la possibilità di sospendere il giudizio in attesa della definizione della causa di separazione. Il tribunale ha altresì ritenuto che «Il giudice di uno Stato membro è dispensato dall'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione di interpretazione del diritto comunitario rilevante ai fini della decisione della causa sollevata da una delle parti quando, nel caso concreto, la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con evidenza tale da non lasciare spazio a ragionevoli dubbi».

⁽⁷²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 dicembre 2001, n. 15279, in *Arch. civ.*, 2002, p. 448: «Nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la richiesta di addebito, pur essendo proponibile solo nell'ambito del giudizio di separazione, ha natura di domanda autonoma; infatti, la stessa presuppone l'iniziativa di parte, soggiace alle regole e alle preclusioni stabilite per le domande, ha una *causa petendi* (la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio in rapporto causale con le ragioni giustificatrici della separazione, intollerabilità della convivenza o dannosità per la prole) ed un *petitum* (statuizione destinata a incidere sui rapporti patrimoniali con la perdita del diritto al mantenimento e della qualità di erede riservatario e di erede legittimo) distinti da quelli della domanda di separazione; pertanto, in carenza di ragioni sistematiche contrarie e di norme derogative dell'art. 329, secondo comma, cod. proc. civ., l'impugnazione proposta con esclusivo riferimento all'addebito contro la sentenza che abbia pronunciato la separazione ed al contempo ne abbia dichiarato l'addebitabilità, implica il passaggio in giudicato del capo sulla separazione, rendendo esperibile l'azione di divorzio pur in pendenza di detta impugnazione». V. inoltre Cass., 26 agosto 2004, n. 16996; Cass., 1° agosto 2008, n. 21000, secondo cui la richiesta di addebito – pur essendo proponibile solo nell'ambito del giudizio di separazione – ha natura di domanda autonoma per cui può formarsi un giudicato sulla separazione prima che sia definita la controversia sull'addebitabilità. Per richiami ad ulteriori precedenti giurisprudenziali cfr. PISELLI, *La riconosciuta autonomia delle azioni consente di separare le due pronunce*, Nota a Cass., 26 agosto 2004, n. 16996, in *Guida al diritto*, 2004, n. 38, p. 51.

Si potrà poi anche aggiungere che una sorta di *escamotage*, per eludere l'eccezione di inammissibilità della domanda divisoria allorquando il regime non sia ancora sciolto, potrebbe essere rappresentata dal richiamo a quella giurisprudenza (cfr. Cass., 27 aprile 2004, n. 8002) ad avviso della quale la divisione delle somme depositate su conti bancari cointestati o comunque in relazione ai quali entrambi i coniugi vantano pretese sarebbe in ogni tempo ammissibile, non potendo la comunione legale abbracciare anche tali utilità, costituite da crediti e non da diritti reali, ai quali soli ultimi sarebbe riferibile l'art. 177, lett. a), c.c. (chi scrive non ritiene peraltro di poter condividere tale impostazione).

ricevuto applicazione pratica proprio con riguardo al tema specifico della determinazione del momento dal quale decorrono gli effetti dello scioglimento del regime legale. La Cassazione ha infatti avuto modo di stabilire la liceità della vendita, effettuata dal marito senza il consenso della moglie, di un complesso immobiliare acquistato in pendenza della causa di separazione giudiziale in grado d'appello, dopo che la decisione di prime cure era stata impugnata esclusivamente in relazione alla statuizione sull'addebito⁽⁷³⁾.

Inoltre, la pendenza del contenzioso sulla separazione non impedirà certo la rivendica di beni o somme di denaro personali, ovvero «propri», in quanto destinati alla comunione *de residuo*. Nulla, poi, esclude che, in caso di accordo tra le parti o con i terzi, la quota destinata al coniuge in comunione (ovvero anche singoli beni, in quanto poi successivamente attribuiti in sede divisoria) possa formare oggetto di validi negozi su cosa futura, destinati a prendere effetto dal momento in cui divenga efficace la separazione, vuoi consensuale, vuoi contenziosa⁽⁷⁴⁾.

4. Questioni processuali circa la proponibilità della domanda divisoria nei giudizi di separazione e divorzio.

4.1. Il caso del divorzio tra coniugi che si trovano già in regime di separazione. – Ancora diversi, rispetto a quelli appena visti, sono i profili processuali. Così, a prescindere dalla questione circa la proponibilità o meno, per le ragioni testé esaminate, della domanda divisoria *manente comunione*, va tenuto presente che il cumulo processuale tra domande attinenti ai procedimenti tipici della crisi coniugale (separazione, divorzio, modifica delle condizioni della separazione o del divorzio) e domande divisorie, appare difficilmente concepibile. L'argomento qui da sviluppare appare di un certo peso, avuto riguardo al fatto che l'accoglimento di tale posizione impedisce di inserire una domanda divisoria nell'ambito di un giudizio attinente alla crisi coniugale anche nel caso in cui, in ipotesi, una causa di cessazione del regime si sia già realizzata (ad es.: i coniugi hanno stipulato una convenzione costitutiva del regime di separazione dei beni, oppure la sentenza di separazione personale è passata in giudicato e si è in sede di divorzio).

La Cassazione ha infatti avuto modo di statuire al riguardo che la trattazione congiunta di cause soggette a riti differenti può attuarsi, secondo le regole di cui all'art. 40 c.p.c. soltanto laddove tali cause siano connesse ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.; conseguentemente non è possibile il cumulo in un unico processo della domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio, soggetta al rito della camera di consiglio, e di quella di scioglimento della comunione su un bene comune dei coniugi, soggetta a rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di connessione, ma in tutto autonome e distinte. Sulla base di tale principio è stata così affermata l'improponibilità in sede di procedura di divorzio di una richiesta di divisione di un immobile⁽⁷⁵⁾, ovvero, più in generale di domande, oltre che di «scioglimento della comunione di beni immobili», anche «di restituzione di beni mobili, di restituzione e pagamento di somme»⁽⁷⁶⁾, sebbene non siano poi mancate sentenze che hanno posto limitazioni d'ordine processuale alla

⁽⁷³⁾ Cfr. Cass., 31 maggio 2008, n. 14639.

⁽⁷⁴⁾ Si veda ad es. il caso risolto da Cass., 16 febbraio 1995, n. 1683, in cui la Cassazione ha escluso la sussistenza di un patto successorio nel contratto con cui una madre, coniugata in regime di comunione, aveva promesso di vendere al figlio, nato da una precedente unione, una quota immobiliare facente parte di una maggiore quota appartenente alla stessa promittente nell'ambito della comunione legale con l'attuale marito. Potrà poi ulteriormente citarsi quella giurisprudenza che ammette i coniugi ad operare la divisione nello stesso accordo di separazione consensuale, posto che questo prenderà effetto, ex art. 158 c.c., solo al momento della omologazione della separazione consensuale (v. *infra*, Parte III, § 5).

⁽⁷⁵⁾ Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2000, n. 266, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 317; in *Fam. dir.*, 2000, p. 593, con nota di PORCARI; in *Dir. fam. pers.*, 2001, I, p. 74, con nota di LIBERTI. A quest'ordine di idee deve ascriversi anche Trib. Monza, 26 febbraio 2008, in *Guida al diritto*, 2008, n. 27, p. 81: «La struttura camerale del procedimento divorzile è inconciliabile con una richiesta di divisione dell'abitazione familiare, ciò quand'anche la parte richiedente allegghi che questa sia stata originariamente accatastata in due porzioni separate. Invero, il giudicante non può prescindere dalla unitaria destinazione impressa all'immobile in costanza di matrimonio neanche in una simile ipotesi, di tal ché deve concludersi che anche nel caso in cui il compendio immobiliare risulti originariamente distinto in due unità immobiliari, si renderà comunque necessaria, al fine di addivenirne alla divisione, l'instaurazione di un autonomo procedimento civile». *Contra*, Trib. Caltanissetta, 11 maggio 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 57, con nota di SCHLESINGER, che ha ritenuto ammissibile la domanda di divisione di un compendio immobiliare proposta in una con quella di separazione personale tra i coniugi, in base alla constatazione per la quale i coniugi avevano in epoca precedente a questo giudizio provveduto a stipulare una convenzione matrimoniale di separazione dei beni. Il profilo processuale illustrato in questo § non è però stato preso in considerazione dalla decisione in oggetto.

⁽⁷⁶⁾ Cass., 15 maggio 2001, n. 6660: «L'art. 40 cod. proc. civ. novellato dalla legge n. 353/90, consente nello stesso processo il cumulo di domande soggette a riti diversi, soltanto in presenza di ipotesi qualificate di connessione (art. 31, 32, 34, 35 e 36), così escludendo la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 e

rilevabilità d'ufficio ed alla proponibilità *ex parte* dell'eccezione d'improponibilità delle richieste divisorie⁽⁷⁷⁾.

dell'art. 133 cod. proc. civ. e soggette a riti diversi. Conseguentemente è esclusa la possibilità del *simultaneus processus*, nell'ambito dell'azione di divorzio soggetta al rito della camera di consiglio con quella di scioglimento della comunione di beni immobili, di restituzione di beni mobili, di restituzione e pagamento di somme che sono soggette al rito ordinario trattandosi di domande non legate dal vincolo di connessione, ma in tutto autonome e distinte dalla domanda di divorzio». La medesima regola ha trovato applicazione in tema di cumulo tra domanda di divorzio e richiesta di riconoscimento del diritto a una quota del trattamento di fine rapporto: Cass., 30 agosto 2004, n. 17404 ha infatti deciso che «L'art. 40 cod. proc. civ., come novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, consente nello stesso processo il cumulo di domande soggette a riti diversi solo in presenza di ipotesi qualificate di connessione (art. 31, 32, 34, 35 e 36), così escludendo la possibilità di proporre nello stesso giudizio più domande, connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 e dell'art. 133 cod. proc. civ., ma soggette a riti diversi. Nessun rapporto di consequenzialità è – ad un tal riguardo – ravvisabile fra la domanda di riconoscimento del diritto alla percezione di un assegno divorzile, soggetta al rito camerale previsto dalla legge 1 dicembre 1970, n. 898, e la domanda di riconoscimento del diritto a una quota del trattamento di fine rapporto proposta sulla base di una scrittura privata sottoscritta dalle parti prima del divorzio, non essendo questa connessa con la domanda di liquidazione dell'assegno divorzile, la cui percezione costituisce una condizione necessaria solo se il diritto al pagamento di parte del t.f.r. dell'ex coniuge sia fondato sull'art. 12-bis della legge n. 898 del 1970». Sul tema v. inoltre Cass., 17 maggio 2005, n. 10356: «Il vincolo di accessorietà tra due pretese giudiziali, *ex art.* 31 cod. proc. civ., tale da giustificare il cumulo e la trattazione congiunta ai sensi dell'art. 40, comma terzo, cod. proc. civ., nel testo novellato dalla legge n. 353 del 1990, sussiste allorché l'una, oltre a connotarsi per il contenuto meno rilevante, risulti obiettivamente in posizione di subordinazione o dipendenza rispetto all'altra, nel senso che il *petitum* e il titolo della causa accessoria, pur mantenendo la loro autonomia, non possano concepirsi se non come storicamente e ontologicamente fondati su quelli della causa principale. Una tale situazione processuale non si verifica fra la domanda di divorzio e quella di scioglimento della comunione legale e di divisione dei beni dacché, per un verso, non è lecito assegnare a quest'ultima il ruolo di domanda accessoria – in quanto sia dal punto di vista giuridico sia, soprattutto, da quello pratico, non può considerarsi meno importante rispetto alla prima – e, per altro verso, non ricorre alcuna dipendenza sostanziale, nel senso sopra precisato, fra le due pretese, posto che la domanda di scioglimento della comunione legale e di divisione dei relativi beni non postula la richiesta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ben potendo la parte chiedere la divisione dei beni (una volta passata in giudicato la sentenza di separazione) senza dovere necessariamente e contestualmente avanzare domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio». Al medesimo ordine di idee va ascritta, per quanto attiene alla giurisprudenza di merito, Trib. Salerno, 11 aprile 2008, inedita, secondo cui non esiste un'ipotesi qualificata di connessione, per carenza del vincolo di accessorietà *ex art.* 31 c.p.c., tra la causa di separazione personale e quelle di scioglimento della comunione e di restituzione di beni mobili, ben potendo entrambe le pretese prescindere totalmente dalla prima, poiché non sussiste una posizione di subordinazione o dipendenza tra le domande, dovendo attendersi solamente, sul piano cronologico, il passaggio in decisione della sentenza di separazione per la domanda di scioglimento della comunione.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. Cass., 6 dicembre 2006, n. 26158: «La trattazione congiunta di cause soggette a riti differenti può attuarsi, secondo le regole di cui all'art. 40 cod. proc. civ., nel testo modificato dalla legge n. 353 del 1990, soltanto se tali cause siano connesse ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ. Pertanto, non è possibile il cumulo in un unico processo della domanda di divorzio, soggetta al rito camerale, e di quella di divisione dei beni comuni, soggetta a rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di connessione, ma autonome e distinte l'una dall'altra. Peraltro, in analogia a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 40 cod. proc. civ. – a norma del quale la connessione non può essere eccepita dalle parti né rilevata di ufficio dopo la prima udienza, e la rimessione non può essere ordinata quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consenta la esauriente trattazione e decisione delle cause connesse –, nei medesimi termini può essere eccepita dalle parti e rilevata di ufficio la mancanza di una ragione di connessione idonea, ai sensi dello stesso art. 40, terzo comma, ad attrarre nel rito ordinario domande soggette l'una al rito ordinario e l'altra ad un rito speciale, diverso da quello proprio delle controversie di lavoro. Ne consegue che, ove ciò non avvenga, nel caso di impugnativa di sentenza di primo grado relativa soltanto alla domanda di divisione, per essersi già formato il giudicato sulla pronuncia inerente alla domanda di divorzio, la Corte di appello non può rilevare d'ufficio l'originaria improponibilità (per assenza di connessione con la domanda di divorzio) della domanda di divisione, rispetto alla quale la pronuncia del primo giudice è correttamente impugnata nelle forme ordinarie». V. inoltre Cass., 24 aprile 2007, n. 9915, in *Guida al diritto*, 2007, n. 20, p. 40, con nota di FIORINI: «Proposta nei confronti del coniuge, nell'ambito di un giudizio di separazione personale, soggetto al rito camerale, una domanda di restituzione di somme di danaro o di beni mobili al di fuori delle ipotesi di connessione qualificata di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ., la mancanza di una ragione di connessione idonea a consentire, ai sensi del terzo comma dell'art. 40 cod. proc. civ., la trattazione unitaria delle cause, può essere eccepita dalle parti o rilevata dal giudice non oltre la prima udienza, in analogia a quanto disposto dal secondo comma del medesimo art. 40, di talché essa non può essere rilevata d'ufficio per la prima volta in appello al fine di dichiarare l'inammissibilità della domanda di restituzione, esaminata e decisa nel merito in primo grado». Rileva sul punto FIORINI, *L'assenza di connessione tra le domande non è rilevabile dopo la prima udienza*, Nota a Cass., 24 aprile 2007, n. 9915, in *Guida al diritto*, 2007, n. 20, p. 46 che il convenuto potrebbe sollevare l'eccezione di inammissibilità delle domande eventualmente proposte dal ricorrente prive di connessione qualificata, già nella comparsa con cui si costituisce formalmente nel termine

Del resto, in epoca precedente alle decisioni appena citate, la medesima Corte aveva affermato l'ammissibilità della trattazione congiunta della domanda attorea di divorzio con quella di scioglimento della comunione proposta in via riconvenzionale dal coniuge convenuto, stante un «innegabile» collegamento obiettivo tra le stesse ed avuto riguardo all'art. 36 c.p.c. ⁽⁷⁸⁾.

La tesi dell'inammissibilità è stata criticata da chi ha posto in luce che la specialità dei procedimenti di separazione e divorzio attiene alla sola fase preventiva o presidenziale, per cui nei procedimenti familiari dovrebbero essere proponibili anche le questioni di carattere patrimoniale, secondo quanto espressamente consentito dagli artt. 104 e 105 c.p.c., rilevandosi ulteriormente che la soluzione fornita dall'indirizzo prevalente della Cassazione confligge con i principi dell'economia processuale e con la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ammette l'applicabilità anche al procedimento di separazione della regola dell'anticipazione della pronuncia non definitiva sullo stato, con prosecuzione del procedimento sulle questioni economiche ⁽⁷⁹⁾.

Ma l'obiezione non sembra cogliere nel segno. La specialità del rito delle procedure della crisi coniugale va, invero, valutata tenendo in considerazione i procedimenti nel loro complesso: ora, elementi quali l'ultrattività dei provvedimenti presidenziali (art. 189 disp. att. c.c., applicabile al divorzio *ex* art. 4, ottavo comma, I. div.) o, addirittura, per il divorzio, la decisione camerale dell'appello (cfr. art. 4, quindicesimo comma, I. div.) ⁽⁸⁰⁾ confermano il carattere decisamente «a parte» di questi riti. Per non dire, poi, del fatto che, seguendo sino in fondo la tesi qui esposta e criticata, la semplice presentazione di una domanda di divisione o restitutoria in una con il ricorso per separazione o divorzio verrebbe addirittura ad imporre alla procedura di separazione o di divorzio, ai sensi dell'art. 40, terzo comma, c.p.c., un'indebita «amputazione» *tout court* della fase presidenziale.

Se si tiene conto, infatti, della circostanza per cui, ai sensi della norma da ultimo citata, l'unico rito applicabile è quello ordinario, sarebbe sufficiente aggiungere alla domanda di divorzio o di separazione una qualsiasi richiesta patrimoniale fondata sul pregresso regime comunitario, anche se infondata, per legittimare la proposizione della domanda di separazione personale, di divorzio, o di modifica delle relative condizioni con atto di citazione ad udienza fissa, dinanzi all'istruttore designando dal presidente in base all'art. 168-*bis* c.p.c. (e non già a seguito di udienza *ex* art. 708 c.p.c., ovvero *ex* art. 4, I. div., che verrebbe così saltata a piè pari), anziché con ricorso, eliminando, oltre tutto, la possibilità dell'emissione dei provvedimenti temporanei ed urgenti ai sensi degli artt. 708 c.p.c. e 4, ottavo comma, I. div. *Simili modum* la proposizione di domande divisorie unitamente alla richiesta di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio escluderebbe *in toto* l'applicabilità dei riti *ex* artt. 710 c.p.c. e 9, I. div.

Per quanto attiene, poi, al livello d'intensità della connessione rilevante ai sensi dell'art. 40 c.p.c., non vi è dubbio che, una volta verificatasi la causa di scioglimento per via della previa separazione personale

assegnatogli dal presidente con l'ordinanza di cui sopra. È invece dubbio se egli possa sollevare tale eccezione in un momento successivo, direttamente all'udienza dinanzi all'istruttore, poiché l'art. 183, quinto comma, c.p.c. sembra riservare in questa sede un diritto di replica al solo attore, mentre l'articolo 167 c.p.c. fa obbligo al convenuto di proporre nella comparsa di risposta «tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda». Resta comunque salva la rilevabilità d'ufficio della questione e quindi la possibilità della sua trattazione nella prima udienza, sulla scorta dell'invito formulato dal giudice istruttore *ex* art. 183, quarto comma, c.p.c. Nel caso la questione non sia sollevata dalle parti, né dal giudice, entro la prima udienza di trattazione il *thema decidendum* resta definitivamente fissato e nessuna pronuncia d'inammissibilità per difetto di connessione può essere adottata, dovendo il giudice attenersi al principio che gli impone di pronunciarsi «su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa». V. infine anche Cass., 10 marzo 2006, n. 5304: «Proposta, nel giudizio di separazione personale tra coniugi, domanda di divisione dei beni in comunione, e ritenuta la stessa ammissibile in primo grado fuori dalle ipotesi di "connessione qualificata" (art. 31, 32, 34, 35 e 36 cod. proc. civ.) – per le quali l'art. 40 cod. proc. civ., novellato dalla legge n. 353 del 1990 consente nello stesso processo il cumulo di domande soggette a riti diversi –, e ritenuta la stessa ammissibile in primo grado, l'appello contro il solo capo della relativa sentenza concernente la domanda di divisione va proposto con il rito ordinario, cui detta domanda è soggetta, e non già con il rito camerale, previsto con riferimento alla impugnazione delle sentenze in materia di separazione personale».

⁽⁷⁸⁾ Cfr. Cass. 19 settembre 1997, n. 9313, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 883 ss., con Nota di VULLO.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. LIBERTI, *L'assegnazione della casa fallimentare: un contrasto perpetuo*, Nota a Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2000, n. 266, in *Dir. fam. pers.*, 2001, I, p. 76 s.

⁽⁸⁰⁾ Da notare che, secondo Cass., 10 agosto 2007, n. 17645, la stessa regola vale anche per la separazione: «Ai sensi dell'articolo 23 della legge 6 marzo 1987 n. 74, l'appello avverso le sentenze di separazione deve essere trattato con il rito camerale, il quale si applica all'intero procedimento, dall'atto introduttivo – ricorso, anziché citazione – alla decisione in camera di consiglio; detto atto introduttivo, con la forma del ricorso, deve essere depositato in cancelleria nel termine perentorio di cui agli artt. 325 e 327 cod. proc. civ., con la conseguenza che l'appello, che sia proposto con citazione, anziché con ricorso, può considerarsi tempestivo, in applicazione del principio di conservazione degli atti processuali, solo se il relativo atto risulti depositato nel rispetto di tali termini».

(o per effetto di altri eventi quali la stipula di una convenzione, o l'accoglimento di una domanda di separazione giudiziale dei beni), le domande attinenti alla divisione, proposte in sede di divorzio, appaiono sformite, rispetto a quest'ultimo procedimento, di quel livello di collegamento presupposto dal terzo comma dell'art. 40 cit. ⁽⁸¹⁾: la divisione, invero, si pone quale conseguenza di un evento (la cessazione del regime, appunto) che, per il fatto di essersi già prodotto, non potrà certo ritenersi provocato dalla decisione sul divorzio o sulla separazione. Può quindi darsi per sicura l'assenza di ogni possibile pregiudizialità tra la decisione principale invocata (separazione o divorzio) e la divisione dei beni.

4.2. Il caso della separazione contenziosa tra coniugi ancora in comunione. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via condizionale. – L'unico dubbio sulla cumulabilità tra domande divisorie e *petita* attinenti alla soluzione della crisi coniugale potrebbe investire il diverso caso della proposizione di domande divisorie in sede di procedimento di separazione personale tra coniugi non ancora *séparés de biens*, essendosi sostenuto in dottrina che tali richieste sarebbero legate «da un nesso di pregiudizialità tecnica, in quanto la separazione personale e il conseguente scioglimento della comunione entrano quali elementi costitutivi nella fattispecie da cui deriva il diritto di procedere a divisione», con la conseguenza che le due domande «sarebbero cumulabili in un unico processo, essendo l'accoglimento della seconda condizionato all'accoglimento della prima» ⁽⁸²⁾ e lo stesso discorso potrebbe valere, naturalmente, anche con riguardo ai (rarissimi) casi di «divorzio immediato».

Sul punto, la giurisprudenza di merito si è in prevalenza espressa per l'improponibilità, non già sotto il profilo processuale della non cumulabilità delle domande, bensì sotto quello «sostanziale» fondato sulla considerazione per cui la divisione deve essere necessariamente preceduta dal verificarsi di una causa di scioglimento ⁽⁸³⁾. La Cassazione, dal canto suo, ha ribadito che l'art. 40 c.p.c. consente il cumulo nello stesso

⁽⁸¹⁾ Mentre alcuni Autori propongono una lettura non letterale e tassativa delle figure di connessione espressamente richiamate dall'art. 40 c.p.c., ricomprendendovi tutte le ipotesi di connessione non meramente soggettiva, anche se non rientranti nella previsione degli articoli ora citati, per la dottrina prevalente, invece, la trattazione congiunta di più domande soggette a riti diversi è ammissibile solo nei casi di connessione specificamente indicati nell'art. 40 c.p.c. È così esclusa la deroga al rito e la possibilità di cumulo per le ipotesi di connessione impropria, di litisconsorzio facoltativo (stante il mancato richiamo all'art. 33 c.p.c.) e di cause solo soggettivamente connesse ex art. 104 c.p.c. (per i richiami su questi punti cfr. FRASSINETTI, *Ancora sul cumulo oggettivo tra giudizio di separazione e domande restitutorie*, Nota a Cass., 22 ottobre 2004, n. 20638, in *Fam. dir.*, 2005, p. 261 ss.).

⁽⁸²⁾ Cfr. CIVININI, *Sulla cumulabilità della domanda di separazione personale e di scioglimento della comunione legale*, cit., c. 1597 ss., secondo cui «non ostano a tale soluzione la natura costitutiva dell'azione di separazione né l'efficacia *ex nunc* della sentenza: infatti, identica natura ed efficacia hanno l'azione e la sentenza, ad esempio, di risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta, per eccessiva onerosità, di rescissione, di annullamento, di riduzione della donazione modale per inadempimento dell'onere (...), senza che mai sia stata posta in dubbio la possibilità di cumulare in un unico processo l'azione costitutiva e le (condizionate e conseguenti) domande di restituzione; si aggiunga che, avendo anche l'azione di divisione, che trasforma le quote in porzioni, natura costitutiva, gli effetti dei capi dell'unica sentenza faranno data tutti dal passaggio in giudicato». Per la proponibilità con la domanda di divorzio di ogni altra domanda connessa con la domanda di scioglimento del matrimonio (ad es. la domanda di scioglimento di una comunione tacita familiare) vedi PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in AA. VV., *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, p. 836; SATTA e PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, p. 1184 s. Di analogo avviso FRASSINETTI, *op. loc. ultt. citt.*, secondo la quale «si può ritenere che esiste un vincolo proprio di accessorietà tra la domanda di separazione giudiziale o di divorzio e le domande restitutorie aventi titolo nello scioglimento della comunione legale, dato che la *causa petendi* di queste ultime si identifica nel *petitum* della domanda principale: infatti, se la domanda principale ha come *petitum* lo scioglimento del vincolo coniugale o la separazione personale dei coniugi e accessorie sono le domande restitutorie conseguenti allo scioglimento della comunione legale, la *causa petendi* di quest'ultima si identifica nel *petitum* della domanda principale, essendo sia il divorzio sia la separazione cause di scioglimento della comunione dei beni. Per contro se la domanda cumulata ha ad oggetto la restituzione di beni personali di uno dei coniugi e la domanda principale ha come *petitum* la separazione o il divorzio, esse differiscono non solo per l'oggetto, ma anche per la *causa petendi*: quest'ultima, infatti, riguarda da un lato il diritto di proprietà, dall'altro l'esistenza di una delle condizioni previste dalla legge sostanziale che fondano il diritto alla separazione o al divorzio».

⁽⁸³⁾ Basterà qui ricordare Trib. Trieste, 24 luglio 1981, cit.: nella specie era stato proposto il giudizio di divisione durante la pendenza del giudizio di separazione e ne è stata ritenuta l'improponibilità, per non essere «la fattispecie concreta ivi dedotta non rapportabile ad alcuna fattispecie astrattamente prevista», con reiezione altresì della richiesta di sospensione «in attesa della pronuncia definitiva della separazione giudiziale, in quanto non trattasi di rapporto di pregiudizialità di causa, bensì di difetto di un requisito per la proposizione della domanda»; Trib. Genova, 16 gennaio 1986, cit., secondo cui «La domanda di un coniuge per ottenere lo scioglimento della comunione legale dei beni non è proponibile prima della definizione del procedimento di separazione personale tra i coniugi interessati; pertanto, nel caso di separazione giudiziale non può chiedersi lo scioglimento prima che sia passata in giudicato la sentenza, mentre irrilevanti a determinare lo scioglimento della comunione sono la pendenza stessa del procedimento di separazione od i

processo di domande soggette a riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione c.d. «per subordinazione» o «forte» (artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.), «e quindi esclude la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 o dell'art. 103, cod. proc. civ., e soggette a riti diversi»⁽⁸⁴⁾. Peraltro nella specie, relativa ad un caso in cui non meglio precisate «domande restitutorie» erano state ritenute improponibili dalla sentenza di merito impugnata, la Corte Suprema si è limitata a rilevare «l'errore della Corte di Appello nell'aver negato che il rapporto di accessorietà delle domande restitutorie rispetto alla causa di separazione fosse sufficiente a consentirne la trattazione unitaria». Il rimprovero mosso alla decisione oggetto di ricorso sembra pertanto essere quello di non aver preso in considerazione la possibilità che le domande predette fossero caratterizzate da un'altra forma di connessione rispetto alla causa di separazione. Ciò che la Cassazione non dice è, invece, se e quale diverso tipo di rapporto di connessione (diverso da quello di accessorietà) si potesse profilare, nella specie, tra le domande restitutorie e quella di separazione⁽⁸⁵⁾.

Il quesito torna dunque ad essere quello del possibile riscontro di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza: rapporto che, a rigore, apparirebbe difficile negare in questa peculiare ipotesi, posto che qui le

provvedimenti interinali emessi dal giudice nel corso del procedimento stesso»; Trib. Vercelli, 27 maggio 1992, cit. Cfr. inoltre Trib. Bari, 20 novembre 2008, in *Diritto e Giustizia*, 6 dicembre 2008: «Il regime patrimoniale della comunione legale tra i coniugi si scioglie nei casi espressamente previsti dall'art. 191, c.c., tra i quali rientra la separazione personale, integrando la relativa sentenza il momento costitutivo del sorgere del diritto del comproprietario ad ottenere lo scioglimento della comunione ex art. 191, c.c., posto che avendo effetto costitutivo del nuovo stato personale, essa produce effetti *ex nunc* soltanto in seguito al suo passaggio in giudicato, senza che abbia rilevanza al riguardo il precedente provvedimento presidenziale con cui gli stessi coniugi siano stati autorizzati ad interrompere la convivenza. Da ciò consegue, che se in pendenza del procedimento di separazione personale il diritto allo scioglimento della comunione legale dei beni dei coniugi non è ancora sorto (per non essersi compiutamente realizzata la correlativa vicenda costitutiva), neppure – evidentemente – esiste un interesse, attuale e concreto del singolo coniuge a reclamarne la tutela giudiziale. La declaratoria di scioglimento della comunione non può quindi essere richiesta antecedentemente alla formazione del giudicato sulla separazione, e la domanda in tal senso eventualmente, formulata prima di tale data va dichiarata – come tale – improponibile». Si veda poi anche Trib. Cassino, 21 ottobre 2008, in *Le leggi d'Italia, Corti di merito*: «La trattazione congiunta di cause soggette a riti differenti può attuarsi, secondo le regole di cui all'art. 40 c.p.c., nel testo modificato dalla legge n. 353 del 1990, soltanto se tali cause siano connesse ai sensi degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.; pertanto non è possibile il cumulo in un unico processo della domanda di divorzio, soggetta al rito camerale, e di quella di divisione dei beni comuni, soggetta a rito ordinario, trattandosi di domande non legate da vincoli di connessione, ma autonome e distinte l'una dall'altra (Cass. 2006/26158)». Alle medesime conclusioni perviene infine Trib. Monza, 9 settembre 2008, *ivi*: «la pronuncia di separazione, come ogni presupposto di legge, deve necessariamente preesistere alla domanda di scioglimento della comunione ex art. 191 c.c. e di conseguente divisione dei beni già ricadenti nella comunione legale (Cass. sez. I, 06-10-2005, n. 19447). Lo scioglimento della comunione legale dei beni fra i coniugi si verifica *ex nunc* soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, non spiegando effetti – al riguardo – il precedente provvedimento presidenziale (provvisorio e funzionalmente limitato) con cui i coniugi siano stati autorizzati ad interrompere la convivenza, né, a maggior ragione, il semplice fatto in sé della separazione dei coniugi, sicché risulta improponibile la eventuale domanda di scioglimento della comunione proposta prima della formazione del giudicato sulla separazione). E' finanche ovvio che nel caso in esame tale presupposto non esiste, dato che esso si verrà a costituire solo con il futuro passaggio in giudicato della presente sentenza». Da notare che tale ultima decisione ha altresì dichiarato improponibili in quella sede le domande risarcitorie – nella specie, da «*mobbing* coniugale» – in quanto «diversi sono i requisiti di fondatezza delle due domande nonché l'oggetto e gli effetti giuridici delle due pronunce: nessuna delle domande restitutorie o risarcitorie deriva e/o dipende, fattualmente e/o giuridicamente, dalle questioni devolute *ex lege* al giudice collegiale nell'ambito del giudizio di separazione personale (sicché è esclusa anche ogni possibilità di contrasto di giudicato)».

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Cass., 22 ottobre 2004, n. 20638, in *Fam. dir.*, 2005, p. 259, con nota di FRASSINETTI: «L'art. 40, cod. proc. civ., nel testo novellato dalla legge n. 353 del 1990, consente il cumulo nello stesso processo di domande soggette a riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione c.d. “per subordinazione” o “forte” (art. 31, 32, 34, 35 e 36, cod. proc. civ.), stabilendo che le stesse, cumulativamente proposte o successivamente riunite, devono essere trattate secondo il rito ordinario, salva l'applicazione del rito speciale, qualora una di esse riguardi una controversia di lavoro o previdenziale, e quindi esclude la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 o dell'art. 103, cod. proc. civ., e soggette a riti diversi (In applicazione del succitato principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito, la quale aveva negato che il rapporto di accessorietà delle domande restitutorie rispetto alla causa di separazione personale fosse sufficiente a permetterne la trattazione unitaria)».

⁽⁸⁵⁾ Per questa osservazione v. anche FRASSINETTI, *op. loc. ultt. citt.* Per una decisione successiva a quella appena citata del 2004, in senso negativo rispetto alla proponibilità, in seno ad un giudizio di separazione personale, della domanda diretta alla restituzione di alcuni beni mobili, sulla base dell'assunto per cui tale *petitum* «configura una tipica domanda di divisione che postula, ai fini del suo esame, il passaggio in giudicato, ovviamente non ancora verificatosi, della pronuncia di separazione tra i coniugi (...) quale causa determinante dello scioglimento della relativa comunione ai sensi dell'art. 191 c.c. (...) e la successiva fase di divisione ex art. 194 c.c.» cfr. Cass., 13 ottobre 2005, n. 19886.

domande principali sono effettivamente dirette ad ottenere un provvedimento cui l'art. 191 c.c. ricollega quello scioglimento che della divisione si pone quale antecedente logico e giuridico necessario. A ben vedere, però, in tal caso la questione che «fa premio» è quella dell'improponibilità che sopra si è definita come «sostanziale». In altri termini, la necessità di attendere il passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale impedisce la proponibilità della domanda divisoria, sia in seno alla procedura di separazione, che nel contesto di un distinto procedimento⁽⁸⁶⁾.

Proprio con riguardo a quest'ultimo profilo, nel caso in cui, durante la pendenza della causa di separazione personale, venga autonomamente proposto separato giudizio di divisione, va negata la possibilità di addivenire ad un provvedimento di sospensione per pregiudizialità della causa divisoria. Sul punto una decisione di legittimità ha stabilito che un provvedimento sospensivo di tal fatta sarebbe estraneo al paradigma normativo di cui all'art. 295 c.p.c., il quale rende ricollegabile l'istituto della sospensione solo ad un rapporto «sincronico» di interdipendenza logica tra due coevi giudizi, suscettibili di proseguire altrimenti in modo autonomo. Nella specie, al contrario, si è in presenza di un «rapporto “diacronico” di succedaneità logico-giuridica tra due giudizi il secondo dei quali (quello – in tesi – pregiudicato), proprio perché subordinato, nella sua promovibilità, ad un determinato esito dell'altro, non [può] per definizione entrare con quello in contraddizione»⁽⁸⁷⁾.

Ora, a parte la criticabilità del richiamo al concetto di «succedaneità logico-giuridica tra due giudizi»⁽⁸⁸⁾, rimane il fatto che, effettivamente, il presupposto fondamentale dell'art. 295 c.p.c. non sembra nella specie sussistere. Se, invero, la causa di divisione non è proponibile sin tanto che quella di separazione non è passata in giudicato, è evidente che la «decisione» della prima delle due procedure, per usare la terminologia della norma di rito appena citata, non «dipende» dalla «definizione» della seconda: la decisione obbligata (nel senso dell'inammissibilità) della prima dipende, invece, puramente e semplicemente, dal fatto che non si è verificata alcuna causa di scioglimento del regime legale. Se, invece, la decisione del procedimento di divisione dovesse, per qualche ragione, intervenire una volta che sia passata in giudicato la sentenza di separazione personale, anche in questo caso la decisione del primo giudizio, pur legata a quella del secondo, non potrebbe per definizione porsi con quest'ultima in contraddizione, onde difetterebbe la ragion d'essere dell'art. 295 c.p.c., consistente, come noto, nell'intento di evitare un possibile conflitto di giudicati⁽⁸⁹⁾.

Né sul punto appare possibile eludere il problema configurando la domanda divisoria come domanda condizionata all'accoglimento del *petitum* principale di separazione⁽⁹⁰⁾, per poi avvalersi della tesi

⁽⁸⁶⁾ Per questa conclusione v. anche RUBINO, *Particolarità dello scioglimento nelle ipotesi di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio*, cit., p. 921; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 295 e nota 24; CALIENDO, *Scioglimento della comunione legale nella separazione*, cit., p. 426 s.; v. inoltre *amplius supra*, § 3, in questa Parte II.

⁽⁸⁷⁾ In questi termini v. Cass., 23 giugno 2008, n. 6234, in *Corr. giur.*, 1999, p. 63, con nota di MONTANARI; in *Foro it.*, 1999, I, c. 655, con nota di CIPRIANI; nello stesso senso cfr. Trib. Bari, 20 novembre 2008, cit.

⁽⁸⁸⁾ Sul punto rileva MONTANARI, *Dipendenza di cause «per successione cronologica» e sospensione del procedimento ex art. 295 c.p.c.*, Nota a Cass., 23 giugno 1998, n. 6234, in *Corr. giur.*, 1999, I, p. 63, che siffatta espressione «se non attribuibile ad un vero e proprio *lapsus calami*, (...) appare decisamente fuorviante e frutto, al contempo, di un profondo equivoco, dal momento che, a dispetto dell'assonanza fonetica, la succedaneità non è la qualità propria di chi o cosa è destinato a seguire nel tempo, ossia a succedere sul piano cronologico, bensì di chi o cosa è idoneo ad altri sostituire o surrogare: e qui, francamente, fenomeni di surrogazione non sono punto rintracciabili».

⁽⁸⁹⁾ Afferma la Corte nella citata motivazione che «se in pendenza del procedimento di separazione personale il diritto allo scioglimento della comunione legale dei beni dei coniugi non è ancora sorto (per non essersi compiutamente realizzata la correlativa vicenda costitutiva), neppure, evidentemente, ancora esiste un interesse, attuale e concreto del coniuge a reclamarne la tutela giudiziale». In realtà, ad avviso di chi scrive, non tanto di difetto di interesse si tratta, quanto di radicale assenza delle condizioni di operatività del disposto dell'art. 295 c.p.c., per le ragioni illustrate nel testo.

⁽⁹⁰⁾ Come suggerito invece da FRASSINETTI, *op. loc. ultt. citt.*, la quale richiama Trib. Taranto, 4 aprile 1998, in *Foro it.*, 1999, I, 656 ss., con nota di CIPRIANI; Trib. Roma, 29 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 819, con nota di NERI. Secondo queste due pronunce (come si vedrà anche *infra*, § 4.3, in questa Parte II), lo scioglimento della comunione legale si atteggia rispetto alla domanda divisoria non già come presupposto processuale, né come condizione di proponibilità della domanda, bensì «quale fatto costitutivo del diritto, la cui sopravvenienza in corso di causa rimuove ogni ostacolo alla decisione nel merito della domanda»; conclusione, questa, a cui si giunge anche se si individua nel giudicato sulla separazione personale una (semplice) condizione dell'azione, la cui sussistenza può e deve essere valutata al momento della decisione. Peraltro, come si avrà modo di vedere nel già richiamato § seguente, il riconoscimento del carattere di condizione dell'azione in capo all'intervenuto scioglimento del regime legale, se consente, da un lato, di tenere conto di tale evento sopravvenuto in corso di giudizio divisorio, al fine di considerare quest'ultimo procedibile, non permette, dall'altro, ancora di affermare che per siffatta ragione la domanda divisoria sia cumulabile a quelle proprie della crisi coniugale (separazione o divorzio). Sul punto (e sempre nel senso qui criticato) v. anche PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 452 ss., il quale, pur

dell'ammissibilità di un cumulo condizionale di domande ⁽⁹¹⁾. Se è vero, infatti, che nessun dubbio sussiste sulla validità di convenzioni *inter coniuges* con effetto reale disponenti una vera e propria divisione del patrimonio in comunione nel contesto di un accordo di separazione consensuale, ciò è stato riconosciuto come l'effetto di una *condicio iuris* (o, in alternativa, di una condizione eventualmente prevista *expressis verbis* dalle parti), legata all'intervenuta omologazione del verbale di separazione consensuale, che nel momento in cui rende efficace l'intesa ai sensi dell'art. 158 c.c., determina lo scioglimento del regime legale, così consentendo ai coniugi di disporre di quote e beni con effetti a decorrere da quell'istante. Altrettanto non sembra potersi affermare con riguardo alla possibilità di sottoporre a condizione una domanda processuale il cui presupposto – cioè l'esistenza di una comunione ordinaria, subentrata alla pregressa comunione legale, e come tale caratterizzata dal diritto di ogni comunista di chiedere la divisione (art. 1111 c.c.) – è ancora inesistente ed appare tutt'altro che certo, ben potendo il processo subire vicende tali da non determinarne la «naturale» conclusione con l'accoglimento della domanda di separazione (si pensi ad eventi quali l'interruzione, l'estinzione, la cessazione della materia del contendere, ecc.).

Sul punto appare necessario evitare di farsi trarre in inganno dalla libera proponibilità in ogni tempo, anche *manente comunione*, dell'azione di rivendica. Invero, non vi può essere dubbio sul fatto che ogni coniuge può, in qualsiasi momento, non solo chiedere l'accertamento giudiziale della proprietà (solitaria, in comunione *de residuo*, in comunione ordinaria o legale) di uno o più beni, ma anche proporre vere e proprie *rei vindicationes* su beni personali posseduti dall'altro coniuge, eventualmente precedendo o accompagnando tali *petita* da istanze cautelari, quali il sequestro giudiziario. Partendo da tale presupposto si è però opinato che l'improponibilità della domanda divisoria in una con quella di separazione personale non consentirebbe la necessaria instaurazione del giudizio di merito, richiesta invece, come noto, a pena di inefficacia della misura cautelare, in un breve termine perentorio (cfr. artt. 669-*octies* e 669-*novies*) c.c. ⁽⁹²⁾.

A tale obiezione si può però replicare osservando che una cosa sono le azioni reipersecutorie dirette alla restituzione di beni che mai entreranno ⁽⁹³⁾ nella massa comune; altra e ben diversa cosa sono le domande relative all'assegnazione di cespiti che, per il fatto di formare oggetto della massa in comunione immediata, non possono da questa essere separati sin tanto che il regime perdura. Ed è evidente che, mentre per la prima serie di ipotesi nulla impedisce che, emanato il sequestro giudiziario a tutela di un bene personale, il proprietario proponga la causa di merito, nella seconda un problema di tutela cautelare in relazione alla titolarità di beni determinati non può neppure porsi, per il semplice fatto che nessuno è in grado di sapere se proprio quel bene sarà assegnato al «rivendicante».

Inoltre si tenga presente che la domanda di divisione avrebbe necessariamente ad oggetto, sino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di separazione personale, un oggetto «fluttuante» e indeterminato, operando ancora durante tutto il periodo di vigenza del regime legale la regola del coacquisto automatico. Ciò comporterebbe, come conseguenza, che la domanda diretta alla divisione sarebbe forzosamente parziale e, come tale, inammissibile; per certi aspetti, anzi, potrebbe essere definita come «necessariamente indeterminata e indeterminabile», non potendo essa specificamente riferirsi a quei beni che, al momento del passaggio in giudicato della decisione sulla separazione personale, formeranno oggetto

riconoscendo che l'estinzione del regime legale decorre soltanto dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o da quella del decreto di omologazione, ammette la proponibilità, all'interno dello stesso giudizio di separazione, sia della domanda di divisione dei beni, che delle domande di rivendicazione dei beni personali di cui l'altro coniuge affermi invece l'appartenenza alla comunione.

⁽⁹¹⁾ E' noto che, nonostante si tenda ad escludere l'ammissibilità di domande processuali condizionate, si riconosce la proponibilità del cumulo condizionale di domande distinte. Il più approfondito studio in materia riassume come segue la distinzione e le relative ragioni: il «fenomeno del cumulo condizionale di domande distinte [è] caratterizzato dal fatto che la volontà dell'attore riceve bensì attuazione attraverso l'apposizione di una condizione (risolutivamente intesa) alla pendenza di una delle domande proposte, ma solo al fine di consentirne l'abbinamento in via eventuale rispetto ad un'altra domanda contestualmente proposta, invece, in modo puro e semplice. Tale profilo può dunque valere a differenziare (...) il regime di ammissibilità della domanda proposta in via condizionale nei riguardi di un'altra incondizionatamente e principalmente esperita, rispetto a quello che attiene all'ipotesi di proposizione in via condizionata di un'unica domanda giudiziale, di norma ritenuta irrimediabilmente incompatibile con l'esigenza di certezza in ordine all'instaurazione ed evoluzione del processo e così inammissibile» (Cfr. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 49.)

⁽⁹²⁾ Questa argomentazione è invece sostenuta da PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 453 per dimostrare la proponibilità della domanda divisoria «all'interno dello stesso giudizio di separazione personale, in via condizionata, peraltro, all'accoglimento della domanda principale di separazione».

⁽⁹³⁾ Per i beni destinati a cadere in comunione solo *de residuo*, ovviamente, il «mai» di cui al testo appare accettabile solo se si aderisce alla tesi, preferibile, secondo cui la cessazione del regime non opera l'instaurazione di una vera e propria contitolarità, bensì soltanto di un rapporto creditizio; altrimenti dovrà correggersi l'affermazione con la precisazione seguente: «solo sin tanto che perdura il regime legale».

del regime legale ⁽⁹⁴⁾, sulla cui sussistenza, consistenza e titolarità in quel momento futuro ed incerto nessuno è in grado di pronunziarsi.

Inutile dire poi che l'effetto pratico dell'accoglimento della tesi qui criticata non sarebbe certo quello di un'accelerazione dei tempi processuali ⁽⁹⁵⁾: il processo di divisione delle comunioni è, come ognuno sa, caratterizzato da particolari lungaggini, sovente legate alla difficile realizzabilità dei cespiti che compongono la massa. In tal caso, è da ritenere, al giudice non rimarrebbe che procedere (ai sensi del combinato disposto degli artt. 103 cpv. e 104 cpv. c.p.c.) alla separazione delle domande, così di fatto pervenendo proprio a quel risultato che chi sostiene l'opposta tesi vorrebbe evitare.

4.3. Segue. Sulla non proponibilità di domande divisorie nell'ambito del giudizio di separazione, neppure in via riconvenzionale. Procedibilità della domanda divisoria per il sopraggiungere, durante il relativo procedimento, di una causa di scioglimento della comunione. – Per quanto attiene invece al possibile profilo di connessione rappresentato dalla proposizione della domanda di divisione alla stregua di una domanda riconvenzionale, andrà tenuto presente che l'art. 36 c.p.c. non richiama genericamente ogni possibile domanda del convenuto, ma solo quelle che si trovano collegate da un nesso specifico con la pretesa dell'attore, ovvero le domande riconvenzionali che «dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione». Ora, intendendo, con la migliore processualistica tale norma alla stregua di una disposizione generale che disciplina i limiti di ammissibilità della domanda riconvenzionale, occorrerà dire che il convenuto può proporre solo ed esclusivamente quelle domande riconvenzionali che presentano, per l'appunto, tali precise caratteristiche ⁽⁹⁶⁾.

Ciò premesso, andrà allora tenuto presente che nessun nesso del genere qui illustrato sembra sussistere tra la domanda divisoria e quelle tipiche della procedura divorzile, così come di quella di separazione personale, quando i coniugi si trovino già in regime di separazione dei beni. Cosa che, come noto, succede per lo più nel caso delle procedure di divorzio, solitamente precedute dalla separazione legale; peraltro non è escluso che il medesimo ragionamento valga per la stessa separazione personale, allorché questa sia stata preceduta da qualche altra causa estintiva del regime legale (convenzione, ad esempio, o fallimento di un coniuge, o accoglimento di una domanda di separazione giudiziale dei beni). In tutte queste ipotesi, dunque, il «titolo» da cui dipende la divisione si trova nello scioglimento del regime legale, che, per il fatto di essersi già prodotto, non è in alcun modo determinato dall'accoglimento delle domande proposte dall'attore. Per questa ragione va sicuramente approvata quella decisione di merito la quale ha statuito che nel giudizio di divorzio, la domanda riconvenzionale con cui il coniuge convenuto chieda l'accertamento della esistenza della azienda o dell'impresa coniugale (con conseguente divisione della comunione o rimessione della causa al giudice del lavoro), determina un insieme di *causae petendi* autonome, eterogenee e configgenti con il rito speciale e ad oggetto vincolato instaurato, dando luogo ad un cumulo di domande che, prescindendo da qualunque forma di connessione qualificata – e rappresentandone invece una di natura

⁽⁹⁴⁾ Potrà notarsi al riguardo che la giurisprudenza di legittimità ammette deroghe al principio dell'universalità della divisione ereditaria solo con riguardo alla presenza di uno specifico accordo tra le parti, ovvero quando, «essendo stata richiesta tale divisione da una delle parti, le altre non ampliano la domanda, chiedendo a loro volta la divisione dell'intero asse»: cfr. Cass., 5 settembre 1978, n. 4036; Cass., 9 febbraio 1980, n. 905; Cass., 29 novembre 1994, n. 10220. Ora, è chiaro che, nell'ipotesi qui in esame, l'accordo tra le parti, ove esistente, darebbe luogo ad una separazione consensuale, di cui già si è detto; in difetto d'intesa, non potrebbe neppure darsi l'astratta possibilità per l'altro coniuge di ampliare la domanda chiedendo la divisione dell'intero asse, posto che questo, per le ragioni illustrate nel testo, è per definizione non determinabile sino al momento dello scioglimento del regime.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Trib. Verona 29 settembre 1987, cit.: «non è chi non veda come l'istaurazione d'un processo divisionale, con le sue inevitabili lungaggini e complessità, sia di ostacolo e di pregiudizio all'immediato e sollecito soddisfacimento dei suddetti interessi [personali delle parti], alla cui tutela è esclusivamente finalizzata la *ratio* delle norme in esame, specie in presenza di eventuali figli».

⁽⁹⁶⁾ Tra gli studiosi che, già sotto l'imperio della legge processuale del 1865, si esprimevano in tal senso, si possono qui rammentare CASTELLARI, *Della competenza per connessione*, in appendice a GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it. diretta da Cogitalo e Fadda, XI, Milano, 1903, p. 169 ss., e spec. 440 e ss.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 560, 1139 e 1140; JAEGER, *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930, p. 140 ss., 153 ss. Dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di rito, tale opinione è seguita dalla dottrina maggioritaria: tra gli altri, CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, p. 144; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1945, p. 364; DE PETRIS, voce *Connessione (Dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 19; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, p. 144 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, p. 125 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, p. 157; DINI, *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1978, p. 143; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 1992, p. 189; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Milano, 1995, p. 185; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1997, p. 99; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1997, p. 133 ss.

esclusivamente soggettiva e semplice – non può che condurre alla declaratoria di improponibilità della domanda riconvenzionale stessa⁽⁹⁷⁾.

Viceversa, nel caso l'attore abbia presentato domanda di separazione personale (o di divorzio immediato) in relazione ad una coppia ancora in regime di comunione, la riconvenzionale di divisione, pur ammissibile *ex art. 36 c.p.c.*, si viene a scontrare con il problema di improponibilità «sostanziale» sopra illustrato, con le medesime conseguenze.

L'improcedibilità del giudizio divisorio viene meno nel caso in cui, durante la pendenza di quest'ultimo, passi in giudicato la sentenza di separazione personale, o comunque si verifichi una diversa causa di cessazione del regime legale. Sul punto non sembrano dispiegare effetto negativo le considerazioni di cui sopra, ed in particolare il rilievo per cui non può configurarsi alcun tipo di pregiudizialità tra la causa di separazione e quella di divisione. A tale conclusione (circa l'impossibilità, cioè, di salvare l'ammissibilità del giudizio divisorio, nel caso uno degli eventi *ex art. 191 c.c.* si verifichi in corso di causa) si dovrebbe pervenire se si configurassero le cause di scioglimento del regime legale alla stregua di veri e propri presupposti processuali⁽⁹⁸⁾ e non di semplici condizioni dell'azione che, come noto, possono utilmente sopravvenire anche in corso di causa⁽⁹⁹⁾.

Ora, come osservato nella giurisprudenza di merito, i presupposti processuali trovano la loro fonte in ben precise disposizioni legislative, laddove la sussistenza delle condizioni dell'azione può e deve essere valutata con riferimento al momento della decisione⁽¹⁰⁰⁾. Sembra quindi ragionevole ritenere che, qualora il legislatore avesse inteso subordinare la proponibilità della domanda di divisione, e la conseguente possibilità di ottenere una sentenza di merito, al passaggio in giudicato della sentenza di separazione, lo avrebbe previsto espressamente. Poiché ciò non è avvenuto, sembra corretto ritenere che tale elemento si ponga sul piano dei fatti costitutivi del diritto ad ottenere la divisione e non su quello processuale della condizione di proponibilità della domanda. Inoltre, la soluzione adottata dalla sentenza applica il principio di economia dei giudizi, in forza del quale il giudice deve pronunciare in base a quanto risulta al momento della chiusura della discussione e, quindi, deve tenere conto sia dei fatti estintivi sia di quelli costitutivi che, pur non esistenti all'epoca della proposizione della domanda, siano sopravvenuti nel corso del giudizio⁽¹⁰¹⁾.

Come si diceva, non sembra esservi contraddizione tra questa conclusione e l'avviso – fatto proprio, come si è visto, dalla giurisprudenza di legittimità – secondo cui il giudizio di divisione non può essere sospeso *ex art. 295 c.p.c.* in attesa del giudicato sulla separazione. Non sembra, infatti, che l'esclusione della sospensione in attesa del giudicato comporti l'impossibilità di utilizzare il giudicato di accoglimento che si formi in corso causa. Invero, altro è dover sospendere un processo in attesa della definizione di un altro processo (che potrebbe pure sfociare nell'estinzione), altro è non prendere atto nel processo del giudicato

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Trib. Modena, 15 maggio 2007, disponibile al sito www.giuraemilia.it.

⁽⁹⁸⁾ In questo senso v. Trib. Bari, 20 novembre 2008, cit. Nel senso che mentre i presupposti processuali si riferiscono ad atti o fatti precedenti alla domanda, le condizioni dell'azione riguardano atti o fatti successivi, cfr. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, p. 332 ss. (per il quale, peraltro, l'espressione «presupposti» sarebbe impropria, dovendosi invece utilizzare quella «requisiti»).

⁽⁹⁹⁾ In quest'ultimo senso v. ad es. Cass., 11 aprile 1995, n. 4155.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. Trib. Roma, 29 maggio 2000, cit.: «lo scioglimento della comunione legale si atteggia rispetto alla domanda divisoria non già come “presupposto processuale” (il quale deve esistere “prima” della proposizione della domanda perché la successiva proposizione della domanda stessa dia luogo ad un processo idoneo a pervenire ad una pronuncia sul merito: ad es. competenza del giudice, legittimazione processuale della parte, ecc.), né come “condizione di proponibilità della domanda”, la quale presuppone una espressa previsione legislativa che subordini la possibilità di intraprendere l'azione al verificarsi di una determinata circostanza, bensì quale fatto costitutivo del diritto, la cui sopravvenienza in corso di causa rimuove ogni ostacolo alla decisione nel merito della domanda. Se dunque, in pendenza del giudizio di separazione, non sussiste ancora il diritto allo scioglimento della comunione legale, né è ipotizzabile la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del giudizio di divisione in attesa della definizione del primo (stante l'assenza di una “pregiudizialità” in senso tecnico tra i due procedimenti), pur tuttavia la sopravvenienza del giudicato sulla pronuncia di separazione personale dei coniugi consente la decisione della causa divisoria in virtù del generale principio di economia processuale nonché del principio per cui le condizioni di accoglimento della domanda è sufficiente sussistano alla data della decisione (...). Ove poi si preferisca individuare nel giudicato sulla separazione personale il momento in cui sorge l'interesse a proporre la domanda di divisione, e quindi una “condizione dell'azione” (che costituisce un requisito intrinseco della domanda), si perverrebbe alle stesse conclusioni, dal momento che, per giurisprudenza costante, anche la sussistenza delle condizioni dell'azione, può e deve essere valutata con riferimento al momento della decisione». Dello stesso avviso anche la precedente Trib. Taranto, 4 aprile 1998, cit.: «La domanda di divisione dei beni in comunione legale tra coniugi, ancorché proposta prima del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale, è ammissibile qualora il giudicato di accoglimento sopravvenga in corso di causa».

⁽¹⁰¹⁾ Evidenza in dottrina tale elemento NERI, *Del rapporto tra il giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa e il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*, Nota a Trib. Roma, 4 luglio 2000 e Trib. Roma, 29 maggio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, p. 826.

nelle more formatosi in altro processo. Infatti, altro è dover sospendere il giudizio di divisione in attesa della definizione di un processo di separazione che potrebbe pure non arrivare a sentenza o sfociare in una sentenza di rigetto; altro sarebbe non prendere atto nel giudizio di divisione del giudicato di separazione ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰²⁾ Nello stesso senso v. CIPRIANI, Nota a Trib. Taranto, 4 aprile 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 656.

Sezione II

Gli effetti sul regime legale della riconciliazione dei coniugi separati

SOMMARIO: 5. Generalità. – 5.1. Riconciliazione e «reviviscenza» del regime. La natura della riconciliazione. – 5.2. Riconciliazione, effetti di carattere istantaneo ed effetti di carattere permanente della separazione (anche con riguardo ai contratti della crisi coniugale). – 6. Rassegna delle opinioni circa gli effetti della riconciliazione sul regime legale e valutazioni critiche. – 6.1. Le varie tesi sugli effetti della riconciliazione e sulla ricostituzione della comunione. – 6.2. L'opinione preferibile. – 6.3. Individuazione del momento di decorrenza della ricostituzione della comunione. – 7. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza. – 8. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Critiche alla tesi dominante.

5. Generalità.

5.1. Riconciliazione e «reviviscenza» del regime. La natura della riconciliazione. – Sin troppo nota è l'ampiezza del dibattito circa gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale, allorché la comunione legale sia cessata proprio a seguito della separazione personale⁽¹⁰³⁾. Meno noto è il fatto che tali controversie rimontano ad un'epoca assai più remota di quanto non si possa credere, come si è mostrato a suo tempo: lo studio storico del tema dimostra come alla riconciliazione dei coniugi *séparés de corps* abbia sempre tendenzialmente fatto seguito la ricostituzione automatica del regime di comunione, ciò che del resto

⁽¹⁰³⁾ La bibliografia al riguardo è quanto mai corposa. Cfr., oltre ai contributi di cui alle note seguenti, RESCIGNO, *Se la riconciliazione dei coniugi valga a ripristinare automaticamente la comunione dei beni*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 155 ss.; OBERTO, *Pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 251; M. FINOCCHIARO, *La mancanza di qualsiasi forma di pubblicità pregiudica le esigenze di tutela dei terzi*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Guida al dir.*, 1998, n. 46, p. 26 s.; LO MORO BIGLIA, *Gli effetti patrimoniali della riconciliazione tra i coniugi tra esigenze di pubblicità ed ideologie degli interpreti*, nota a App. Trento, 2 settembre 1996, in *Giur. it.*, 1998, p. 1860; ARICÒ, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Notariato*, 1999, p. 111 ss.; SCHLESINGER, *Separazione dei coniugi ed effetti della riconciliazione sulla comunione legale*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Corr. giur.*, 1999, p. 192 ss.; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Fam. dir.*, 1999, p. 252 ss.; ID., *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 657 ss.; FOCOSI, *Comunione legale e riconciliazione successiva alla separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Riv. notar.*, 1999, p. 686; FRANCO, *La Cassazione affronta il tema della pubblicità dei provvedimenti di separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Notariato*, 1999, p. 557 ss.; MOSCA, *Lo scioglimento della comunione legale a seguito della separazione personale dei coniugi e le ripercussioni dell'eventuale riconciliazione sul loro regime patrimoniale*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 636 ss.; NICOLUSSI, *Riconciliazione e comunione dei beni*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1954 ss.; PARENTE, *Scioglimento della comunione legale per separazione personale e ricostituzione per riconciliazione*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, p. 1059 ss.; RENGÀ, *Effetti della riconciliazione dei coniugi sul regime patrimoniale*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1036 ss.; ARRICÒ, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Notariato*, 1999, p. 111 ss.; DI SAPIO, *Effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale della famiglia: ... dalle staccionate alle bandierine, passando da Cadmo ad Armonia*, Nota a Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, in *Dir. fam. pers.*, 1999, II, p. 589 ss.; ALLEVA, *La riconciliazione dei coniugi dopo la separazione personale: causa di ripristino del regime originario di comunione legale, tra tutela del coniuge più debole e tutela dei terzi, e motivo di nuova regolamentazione nella successiva separazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1623 ss.; SASSOLI, *Gli effetti della riconciliazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Nota a Trib. Napoli, 21 dicembre 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 363 ss.; ANDRINI, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, in *Famiglia*, 2001, p. 33 ss.; FINELLI, *Riconciliazione tra i coniugi, ripristino della comunione legale e tutela dei terzi acquirenti*, Nota a Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Corr. giur.*, 2004, p. 471; SESTA, *Riconciliazione, ripristino automatico della comunione legale e opponibilità ai terzi di buona fede*, Nota a Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Fam. dir.*, 2004, p. 253; FAIETA, *Ricostituzione della comunione legale per effetto della riconciliazione e tutela dei terzi*, in *Riv. notar.*, 2004, p. 996; VALIGNANI, *Comunione legale e riconciliazione*, in *Contratti*, 2005, p. 79.

è confermato *a contrariis* dallo studio comparatistico, ove l'esame di diversi ordinamenti stranieri conferma che il legislatore è sempre dovuto intervenire per sancire positivamente il principio opposto.

La disciplina della riconciliazione tra coniugi separati legalmente è rinvenibile nel nostro codice agli artt. 154 e 157⁽¹⁰⁴⁾. La prima norma stabilisce che la riconciliazione comporta l'abbandono della domanda di separazione personale già proposta, mentre la seconda prevede che i coniugi possano di comune accordo far cessare gli effetti della sentenza di separazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice: attraverso la prima delle disposizioni richiamate vengono disciplinate le conseguenze processuali del superamento della lite coniugale verificatosi nella pendenza del procedimento di separazione, con la previsione che la riconciliazione avvenuta in questo momento comporterà l'estinzione del giudizio e risulterà fenomeno del tutto neutro⁽¹⁰⁵⁾ rispetto al regime di comunione legale. E' chiaro che un rilievo a questa situazione potrebbe invece derivare dall'accoglimento della tesi – da chi scrive contestata⁽¹⁰⁶⁾ – secondo cui la semplice proposizione dell'istanza (ovvero l'emanazione dei provvedimenti presidenziali *ex art. 708 c.p.c.*) sarebbe idonea a determinare la cessazione del regime legale. Partendo da questo (criticabile) assunto, l'inevitabile retroattività degli effetti di siffatto abbandono, travolgendo *ex tunc* gli effetti prodotti dalla domanda, comporterebbe una ricostituzione retroattiva del regime, con immaginabili conseguenze negative in punto certezza dei rapporti, sia tra le parti, che verso i terzi. Almeno sotto questo profilo, l'adesione alla teoria della Cassazione, per cui solo la sentenza passata in giudicato rileva *ex art. 191 c.c.*, presenta un risvolto positivo in termini di sicurezza dei traffici giuridici. Peraltro, l'accento a questo profilo evidenzia come si renderebbe necessario un apposito intervento legislativo su questo specifico argomento, qualora *de lege ferenda* venisse accolta la proposta di anticipare il momento di cessazione del regime legale a quello di presentazione della domanda di separazione personale.

La seconda delle norme sopra citate si riferisce invece alla riconciliazione che sia intervenuta dopo che si è verificato lo scioglimento *ex lege* della comunione per effetto dell'intervenuta separazione legale, contenziosa o consensuale che sia. Benché l'art. 157 c.c. faccia espresso riferimento alla «sentenza», non può seriamente dubitarsi del fatto che la riconciliazione produca gli indicati effetti estintivi indipendentemente dal fatto che la separazione tragga origine da una sentenza passata in giudicato o da un verbale di separazione consensuale, ritualmente omologato⁽¹⁰⁷⁾.

La riconciliazione può ricostruirsi alla stregua di un vero e proprio negozio giuridico, concluso mediante accordo espresso o per *facta concludentia*, secondo quanto ammesso anche dalla giurisprudenza,

⁽¹⁰⁴⁾ Per un esame generale della riconciliazione nella disciplina vigente ed in quella anteriore alla Riforma del 1975, cfr. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, cit., p. 515 ss.; BRECCIA, voce *Separazione personale dei coniugi*, in *Digesto disc. priv., Sez. civile*, XVIII, Torino, 1998, p. 425 ss.; BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO e SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1994, p. 131 ss.; DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, Milano, 2000, p. 180 ss.; DE FILIPPIS e CASABURI, *Separazione e divorzio*, Padova, 2001, p. 34 ss. (tali Autori richiamano anche l'art. 154 c.c., con riferimento alla riconciliazione che avvenga in corso di giudizio; atteso che tale norma non contiene alcuna definizione, reputano – con la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti – che l'istituto della riconciliazione sia unico, e che debba farsi riferimento a quanto enunciato dall'art. 157 c.c.); PANUCCIO DATTOLA, *Lo status dei coniugi separati*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, II, Milano, 2002, p. 1119 s. (questa Autrice pone invece in particolare l'accento sulla non coincidenza delle espressioni «interruzione della vita separata», «ripresa della convivenza», «riconciliazione»; reputa poi che l'evento interruttivo deve essere idoneo a ribaltare la presunzione di cessazione del *consortium vitae*, che a sua volta discende dal fatto che il lasso di tempo di tre anni per la pronuncia del divorzio è indicativo di un irrimediabile disfacimento della comunione materiale e spirituale tra i coniugi); BELLISARIO, *La riconciliazione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, I, cit., p. 747 ss. Per la giurisprudenza cfr., tra i molti interventi, Cass., 29 novembre 1990, n. 11523, in *Giur. it.*, 1991, I, 1022, con nota di CIANNI; Cass., 13 maggio 1999, n. 4748, in *Vita notar.*, 1999, I, p. 799; Cass., 28 febbraio 2000, n. 2217; Cass., 15 marzo 2001, n. 3744; Cass., 7 luglio 2004, n. 12427. V. inoltre Cass., 25 maggio 2007, n. 12314, circa il difetto di rilievo della riserva mentale, da parte di un coniuge, nella ricostituzione del nucleo familiare, essendo l'elemento oggettivo del ripristino della coabitazione tra i coniugi potenzialmente idoneo a fondare il positivo convincimento del giudice quanto all'avvenuta riconciliazione; con la conseguenza che spetterà al coniuge interessato a negarla dimostrare che il nuovo assetto posto in essere, per accordi intercorsi tra le parti o per le modalità di svolgimento della vita familiare sotto lo stesso tetto, era tale da non integrare una ripresa della convivenza, e quindi da non configurarsi come evento riconciliativo.

⁽¹⁰⁵⁾ Così SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 619. Su tale riferita «neutralità» cfr. anche PARENTE, *Scioglimento della comunione legale per separazione personale e ricostituzione per riconciliazione*, cit., p. 1059 ss.; ARICÒ, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, loc. ult. cit.

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *supra*, § 2, in questa Parte II.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 619.

sia di legittimità⁽¹⁰⁸⁾, che di merito⁽¹⁰⁹⁾, laddove la dottrina appare divisa tra i fautori della tesi dell'atto negoziale⁽¹¹⁰⁾ e quella del semplice fatto giuridico, rispetto al quale ciò che rilevarebbe sarebbe l'effettiva ricostituzione dei rapporti spirituali e materiali propri del vincolo coniugale, al punto che la dichiarazione dei coniugi non avrebbe efficacia se non accompagnata dalla realizzazione effettiva di quanto dichiarato⁽¹¹¹⁾. Di queste due distinte prospettive, la prima appare quella preferibile, come dimostrato dall'enfasi che l'art. 157 c.c. pone sul profilo dell'accordo⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233; in *Dir. fam. pers.*, 1983, I, p. 910: «L'accordo fra i coniugi, idoneo a far cessare gli effetti della separazione personale secondo la previsione dell'art. 157 cod. civ., integra una convenzione di diritto familiare, alla quale sono applicabili i principi generali degli artt. 1326-1328 cod. civ. in tema di formazione del consenso, con la conseguenza che l'accordo stesso si perfeziona nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte, e che, prima di detto momento, la proposta può essere revocata». Cfr. inoltre Cass., 3 aprile 1979, n. 1883, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1193, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Dir. fam. pers.*, 1979, I, p. 1124, secondo cui «La dichiarazione espressa di riconciliazione dei coniugi separati, prevista dall'art. 157 cod. civ., ha efficacia riconciliativa autonoma rispetto al comportamento delle parti: ne consegue che, quando i coniugi abbiano liberamente manifestato in modo espresso ed inequivoco il loro attuale ed incondizionato *animus conciliandi*, a nulla rileva che l'effettiva ripresa della convivenza non sia seguita per motivi di forza maggiore (esempio: detenzione, ricovero, emigrazione di uno dei coniugi) o per il successivo pentimento di uno di essi, o perfino per uno specifico loro accordo in proposito». Da notare che, date tali premesse, ed avuto riguardo alla competenza in via generale attribuita al notaio dall'art. 1 l. notar. in merito al ricevimento di atti negoziali, può senz'altro ritenersi consentita la redazione di un atto notarile di riconciliazione, di cui il medesimo notaio può chiedere l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, ai sensi delle disposizioni in tema di ordinamento dello stato civile (cfr. artt. 63 e 69, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396).

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Trib. Monza, 1° aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2272: «L'espressa dichiarazione dei coniugi, idonea ai sensi dell'art. 157 c.c. a far cessare gli effetti della separazione, deve essere, sotto il profilo formale, inequivoca e verificabile in ogni momento, anche mediante la sua iscrizione tra gli atti dello stato civile, ed inoltre deve essere accompagnata da elementi tali che ne confermino la valenza reale e non astratta, quali la ripresa effettiva della convivenza (nella specie, il tribunale ha escluso l'idoneità, ai fini della riconciliazione, di una comunicazione telefonica, nel corso della quale il marito separato avrebbe dichiarato alla moglie – che avrebbe contestualmente accettato – di voler riprendere la vita coniugale, seguita da una breve ripresa della convivenza)». In motivazione il tribunale afferma che «Assume rilievo, al riguardo, anche la disposizione normativa contenuta nell'art. 63, lett. g), d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396 (stato civile), in forza della quale debbono essere iscritte negli archivi dello stato civile "le dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione, ai sensi dell'art. 157 c.c.". È, pertanto, del tutto evidente che, pur se non necessariamente sorretta da formule sacramentali, la dichiarazione richiesta dall'art. 157 c.c., oltre che espressa, debba essere caratterizzata da requisiti formali atti a renderla inequivoca e verificabile in qualunque momento, attesa la sua idoneità ad incidere sullo status personale dei coniugi, anche mediante la sua iscrizione e conservazione tra gli atti dello stato civile. Inoltre, a parere di questo tribunale, alla luce delle rammentate interpretazioni evolutive dello stesso concetto sostanziale di riconciliazione offerte dalla più recente giurisprudenza di legittimità, anche l'ipotesi «negoziale» prevista dall'art. 157 c.c. non può andare disgiunta dalla compresenza di concreti elementi fattuali (quale, ad esempio, l'effettiva ripresa della convivenza) atti a testimoniare la valenza reale e non meramente astratta».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 199; MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1402; SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, cit., p. 517 s.; BESSONE, ALPA, D'ANGELO, FERRANDO, e SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., p. 161, secondo i quali si tratta di una convenzione familiare cui si applicano i principi degli artt. 1326 - 1328 c.c., vale a dire le regole generali sulla formazione del consenso, di modo che la proposta di riconciliazione potrebbe venire revocata fino a quando il proponente non venga a conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. In giurisprudenza, in questo senso, cfr. Cass. 29 aprile 1983, n. 2948, cit.; sul tema v. anche MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, in *Notariato*, 2004, p. 653 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. CICU, *Il diritto di famiglia*, rist. con Lettura di Sesta, Bologna, 1978, p. 225; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 126; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 682 s. Secondo altri (cfr. BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1989, p. 146) deve «ammettersi la possibilità di distinguere tra la riconciliazione negoziale, quale negozio diretto a rendere inefficace la separazione, e la riconciliazione di fatto, quale fatto giuridico in senso stretto consistente nella ripresa della convivenza, per la quale non avrebbero ingresso problemi come quello della capacità, del dolo, dell'errore».

⁽¹¹²⁾ Si rileva anche in dottrina, ad ulteriore conferma del carattere negoziale della riconciliazione, che «Sul piano dei rapporti personali gli attuali orientamenti giurisprudenziali sottolineano come il fenomeno riconciliativo non sia legato al perdono dei torti subiti, ma sia teso alla ricostituzione del consorzio familiare, attraverso il superamento dell'intollerabilità della convivenza. In tale ottica il solo elemento della coabitazione non risulta sufficiente a concretizzare il ripristino del rapporto di coniugio, ancorché uno dei due coniugi corrisponda con continuità somme di denaro per far fronte al *ménage domestico*. Allo stesso modo non rileva il ripristino o il mantenimento di frequenti rapporti, anche sessuali, al punto che dalla relazione fra i coniugi separati nascano ulteriori figli, essendo necessaria la restaurazione di un nucleo familiare propriamente inteso» (così ZUCCHI, *Riconciliazione dei coniugi e ripristino della comunione legale*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 41 ss.).

È opportuno fin da subito chiarire che la problematica dell'incidenza, sull'originario regime patrimoniale legale, della riconciliazione dei coniugi ha ragione di porsi nel solo caso in cui, prima della separazione personale, i coniugi non decidano di abbandonare convenzionalmente il regime comunitario legale. Infatti, qualora le parti, prima della loro separazione personale, avessero pattiziamente adottato il regime della comunione convenzionale (artt. 210 ss. c.c.), ovvero quella della separazione dei beni (artt. 215 ss. c.c.), la loro successiva riconciliazione non potrebbe comunque assurgere a fatto costitutivo di quel regime comunitario legale ⁽¹¹³⁾ che i coniugi stessi, al tempo della celebrazione del matrimonio (o successivamente), avevano scelto di non adottare. Semmai, nel caso di un pregresso regime di comunione convenzionale, cessato per effetto della separazione personale, un'eventuale riconciliazione dei coniugi dovrebbe determinare la reviviscenza proprio del regime *ex* artt. 210 ss. c.c., a suo tempo disciolto.

Passando ora alla considerazione della riconciliazione in relazione alle altre possibili cause di «reviviscenza» del regime legale sciolto per una delle ipotesi contemplate dall'art. 191 c.c., va detto che, se è vero che, come rilevato da gran parte degli Autori, il legislatore del 1975 non pare essersi avveduto della circostanza che gli eventi, menzionati nell'art. 191 c.c., lungi dal caratterizzarsi tutti, indistintamente ed inderogabilmente, come definitivi, spesso presentano natura reversibile ⁽¹¹⁴⁾, ovvero, secondo diverse formulazioni, eliminabile ⁽¹¹⁵⁾, sospensiva del regime di comunione ⁽¹¹⁶⁾, «susceptibile di un rovesciamento» ⁽¹¹⁷⁾, ciò non sembra ancora autorizzare, dal punto di vista sistematico, una trattazione «organica» e concettualmente autonoma delle «vicende idonee ad eliminare gli effetti dello scioglimento della comunione» ⁽¹¹⁸⁾. Da un lato, infatti, l'estrema varietà delle cause di scioglimento, e dall'altro le diverse ragioni che presiedono alla scelta normativa di collegare, di volta in volta, a certi eventi la cessazione delle conseguenze prodotte da talune di quelle cause, nonché di graduare i relativi effetti e le rispettive decorrenze, non permettono sul piano esegetico di trattare unitariamente, neppure nella limitata prospettiva delle ricadute sul regime legale, di fattispecie tanto distanti tra di loro quali la revoca o la chiusura del fallimento, il ritorno dell'assente o del morto presunto, ovvero la prova dell'esistenza in vita di costoro, ovvero ancora la declaratoria di invalidità o la risoluzione della convenzione che avesse determinato un mutamento di regime.

5.2. Riconciliazione, effetti di carattere istantaneo ed effetti di carattere permanente della separazione (anche con riguardo ai contratti della crisi coniugale). – Parlando di riconciliazione va subito ricordato che, da un punto di vista più generale rispetto a quello qui preso in esame, parte della dottrina ha tentato di presentare una distinzione, nell'ambito degli effetti della separazione, tra quelli di carattere permanente e quelli di carattere istantaneo ⁽¹¹⁹⁾. Di essi, i primi (come l'autorizzazione a vivere separati, l'affidamento della prole minore, l'attribuzione degli assegni periodici) potrebbero ritenersi senz'altro posti nel nulla con la riconciliazione, mentre maggiori problemi si porrebbero per gli effetti aventi natura istantanea, in considerazione del fatto che questi potrebbero essere visti come ormai estranei alla sfera di disponibilità delle parti e non più suscettibili di alcuna caducazione: da qui la difficoltà a riconoscere la possibile ricostituzione della comunione con efficacia senz'altro retroattiva, posto che l'effetto rappresentato dalla cessazione del regime sarebbe effetto di carattere istantaneo ⁽¹²⁰⁾.

Sotto questo profilo non sarà inoltre inutile dire che la questione delle ricadute patrimoniali degli effetti di carattere istantaneo della separazione presenta risvolti di un certo rilievo anche con riguardo a quelle attribuzioni compiute in sede di contratti della crisi coniugale, volte ad imprimere un assetto

⁽¹¹³⁾ In tal senso, *ex multis*, ARRICO, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 116; DE MICHEL, *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, cit., p. 657 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. per tutti DE MICHEL, *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, cit., p. 657 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. RESCIGNO, *Se la riconciliazione dei coniugi valga a ripristinare automaticamente la comunione dei beni*, cit., p. 158.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. NICOLUSSI, *Riconciliazione e comunione dei beni*, cit., p. 1958.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Separazione dei coniugi ed effetti della riconciliazione sulla comunione legale*, cit., p. 193.

⁽¹¹⁸⁾ Questa è invece la soluzione adottata, sul piano espositivo, da LO MORO BIGLIA, *Lo scioglimento della comunione tra i coniugi*, cit., p. 113 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Sul tema v. per tutti SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 621.

⁽¹²⁰⁾ In questi termini cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1134, i quali segnalano del resto la difficoltà che si incontra nel conciliare la disposizione di cui all'art. 157 c.c. con le norme inderogabili, in tema di pubblicità dei regimi patrimoniali, cui sono soggetti i coniugi. V. altresì TAMBURELLO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale della famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 579 ss.; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 102 s.; ID., *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 157 s.

patrimoniale definitivo e di chiusura «tombale» ai rapporti derivanti dall'unione ed in particolare ai trasferimenti di diritti mobiliari e (soprattutto) immobiliari a tale titolo effettuati.

Il tema si pose già parecchi anni or sono all'attenzione della Suprema Corte, la quale stabilì che qualora tra i coniugi si convenga, con pattuizione facente parte dell'accordo di separazione consensuale, che l'obbligazione di mantenimento sia adempiuta, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, con l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili, o di capitali in danaro, l'esecuzione di tale attribuzione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione, con il risultato che la cessazione dell'efficacia delle pattuizioni patrimoniali stipulate all'atto della separazione non è effetto necessario della riconciliazione, ma può derivare soltanto da un nuovo assetto delle posizioni patrimoniali dei coniugi, che potrà essere raggiunto o convenzionalmente o giudizialmente con riferimento alla situazione successiva alla riconciliazione, ma non è diretta conseguenza di questa⁽¹²¹⁾. Le conclusioni sono state successivamente ribadite da una pronuncia di merito, la quale ha escluso che costituiscano «effetti della sentenza di separazione (o del decreto di omologazione della separazione consensuale) i negozi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti; i medesimi infatti, benché stipulati in occasione della separazione e per dare definizione ad ogni questione insorgente in ordine alla stessa, non costituiscono contenuto necessario del verbale di separazione ma possono dar luogo ad accordi stragiudiziali e gli effetti propri del negozio non sono, anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia inserito nel verbale, in alcun modo condizionati dall'omologazione. Conseguo che la riconciliazione non fa venire meno gli effetti dei contratti di trasferimento di beni (così come del resto non fa venir meno gli effetti della divisione dei beni in comunione legale – divisione che può costituire causa delle attribuzioni di beni in sede di separazione – posto che la ricostituzione della comunione opera solo per il futuro)»⁽¹²²⁾.

A quanto sopra può aggiungersi, come già rilevato in altra sede dallo scrivente⁽¹²³⁾, che l'art. 157 c.c., nel disciplinare le conseguenze della riconciliazione, si limita a prevedere la cessazione «degli effetti della separazione», cui non possono certo ricondursi quelle «condizioni»⁽¹²⁴⁾ alla vigenza delle quali i coniugi avevano a loro tempo condizionato il proprio assenso ad una definizione amichevole del conflitto coniugale, condizioni tra le quali rientra, in primo luogo, l'eventuale effettuazione di prestazioni in unica soluzione (ivi compreso, ovviamente, l'eventuale compimento di negozi traslativi)⁽¹²⁵⁾. Resta, naturalmente,

⁽¹²¹⁾ Cfr. Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 221; *ivi*, 1974, I, p. 173, con nota di BERGAMINI.

⁽¹²²⁾ Cfr. Trib. Pistoia, 1° febbraio 1996, in *Riv. notar.*, 1997, II, p. 1421, con nota di GIVRI (erroneamente indicato *ivi* quale GIURI). Nello stesso senso cfr. anche Trib. Genova, 19 giugno 1980, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, Arch. Merito, pd. 810059: «L'esecuzione dell'obbligazione di mantenimento fra coniugi, mediante attribuzione definitiva di bene immobile estingue, totalmente o definitivamente, l'obbligazione stessa. Si tratta, invero, di un assetto d'interessi che rimane nell'ambito della discrezione ed autonoma determinazione dei coniugi stessi, i quali assumono – entrambi – a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendano l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso. Tale efficacia estintiva non coinvolge, peraltro, il diritto-dovere inerente alla prestazione alimentare, che può essere sempre richiesta dal coniuge 'bisogno' all'altro che abbia capacità di adempiere».

⁽¹²³⁾ Cfr. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 165; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, p. 206 ss.

⁽¹²⁴⁾ Sul concetto di «condizioni della separazione» cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 696 ss.

⁽¹²⁵⁾ Un'opinione assai simile è espressa da DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 20: «Vi è un termine di efficacia per gli accordi extragiudiziali? Le clausole del verbale presidenziale vengono meno con la riconciliazione (...), che fa cessare ogni effetto della separazione; così il divorzio detta una nuova regolamentazione. E' da ritenere che anche gli accordi esterni al verbale seguano tale sorte, essendo stati conclusi in vista della separazione, salvo che le parti intendessero (ma la loro volontà dovrebbe essere accertata con particolare rigore) la permanenza della regolamentazione al di là delle vicende del rapporto coniugale. In maniera differente vanno invece considerati gli accordi relativi ad atti traslativi, con attribuzioni reciproche da un coniuge all'altro, dal genitore al figlio, ecc. (...). In tal caso il contenuto stesso e gli effetti dell'accordo fanno presumere che le parti abbiano inteso procedere ad una regolamentazione definitiva. Un diverso intendimento (limitazione dell'efficacia al permanere delle medesime condizioni di fatto, cessazione con la riconciliazione od il divorzio, ecc.) dovrebbe emergere con chiarezza (e ancora una volta l'eventuale accertamento dovrebbe essere molto rigoroso)»; sostanzialmente nello stesso senso BRIGUGLIO, voce *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 11 (il quale fa al riguardo l'esempio della donazione conclusa in favore dei figli contestualmente all'accordo di separazione, che resta in vita anche dopo la fine dello stato di separazione conseguente alla riconciliazione); ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 509 s.; v. inoltre DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 340 ss. (secondo cui «la riconciliazione, anche per il suo carattere 'informale', opera sul piano personale e non sui rapporti patrimoniali tra i coniugi»; il medesimo Autore rileva inoltre che gli accordi traslativi rimangono «pienamente efficaci perché il presupposto di efficacia (separazione personale) da cui sono (possono essere) 'dipendenti' si è

salva la possibilità che le parti espressamente (e, ovviamente, con il rispetto delle regole sostanziali e formali ⁽¹²⁶⁾) definiscano in modo diverso, nell'accordo di riconciliazione, anche gli aspetti di eventuali restituzioni di attribuzioni effettuate in sede di negozio di separazione. Tale sorta di definizione potrebbe addirittura essere effettuata in anticipo, cioè al momento della separazione e in considerazione di una possibile riconciliazione ⁽¹²⁷⁾.

Le considerazioni appena svolte se, da una parte, sembrano confermare la validità della distinzione tra effetti istantanei ed effetti permanenti della separazione ⁽¹²⁸⁾, svelano, dall'altra, la fondamentale erroneità della tesi che a tale dicotomia vuole fare ricorso per risolvere la questione della possibile automatica ricostituzione del regime legale. Lo scioglimento del regime legale, operatosi per effetto della separazione delle parti, invero, non può in alcun modo essere considerato alla stregua di un effetto istantaneo della separazione stessa, posto che, se è vero che esso viene, per così dire, a «cristallizzare» i rapporti *inter partes*, dall'altro, nella persistenza del vincolo matrimoniale, viene a dar luogo ad un regime di separazione dei beni. Regime che, come tale ⁽¹²⁹⁾, non può essere visto se non come un effetto dotato di carattere tendenzialmente permanente (per lo meno sin tanto che lo stato di separazione perdurerà) ⁽¹³⁰⁾.

6. Rassegna delle opinioni circa gli effetti della riconciliazione sul regime legale e valutazioni critiche.

verificato» ed inoltre perché tali negozi «in quanto connessi ai noti principi della certezza del traffico giuridico e della tutela dei terzi, hanno (debbono avere) un carattere di stabilità che non può essere condizionato alla (potestativa) volontà di riconciliazione tra i coniugi». *Contra*, ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, 1982, cit., p. 128 nota 18, secondo cui nel caso di specie occorrerebbe «pensare ad atti di restituzione».

⁽¹²⁶⁾ Nel senso che l'accordo di riconciliazione è una convenzione di diritto familiare, cui sono applicabili le norme in tema di contratto, cfr. Cass., 29 aprile 1983, n. 2948, cit.

⁽¹²⁷⁾ Nello stesso senso cfr. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 10 «Ma sarebbero valide clausole di trasferimento che limitassero la loro efficacia alla permanenza immutata delle condizioni economiche delle parti o magari al perdurare dello stato di separazione, senza che sopraggiungesse una riconciliazione o, sul versante opposto, un divorzio? Anche in tal caso non si potrebbe escludere, in linea di massima, la loro validità: si tratterebbe di contratti, o comunque di patti sottoposti a condizione; ma tale condizione dovrebbe essere espressa ben chiaramente o quanto meno ricavarsi con sicurezza, magari secondo i criteri dell'ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1362 ss. c.c. In ogni altra ipotesi, gli effetti dovrebbero ritenersi permanenti». E' evidente che, con queste considerazioni, si viene a toccare la materia degli accordi preventivi in vista del divorzio, che non può essere sviluppata in questa sede (per approfondimenti al riguardo e per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 483 ss.; IDEM, «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in AA. Vv., *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 251 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.).

⁽¹²⁸⁾ Cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 687. Nella medesima ottica v. anche DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 651; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 157 s. La distinzione è invece contestata da GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 395 e, in motivazione, da Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, su cui v. *infra*, § 6.1, in questa Parte II.

⁽¹²⁹⁾ Sulla natura di «regime patrimoniale della famiglia», propria della separazione dei beni, cfr. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*, Commentario già diretto da Busnelli e continuato da Schlesinger, Milano, 2005, p. 25 ss.

⁽¹³⁰⁾ Anche per DI SAPIO, *Effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale della famiglia: ... dalle staccionate alle bandierine, passando da Cadmo ad Armonia*, cit., p. 606, la cessazione del regime legale partecipa indubbiamente «ad entrambi i profilati caratteri di permanenza (infatti, è destinata a durare nel tempo) ed istantaneità (infatti, ha luogo immediatamente)». Ad avviso di MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, cit., p. 653 ss., «ritenere che lo scioglimento della comunione legale sia effetto istantaneo recato dallo stato di separazione comporta una limitata osservazione della vicenda. Il legislatore nella previsione dell'art. 191 c.c. *dixit minus quam voluit*, in quanto è dato comunemente affermato che il realizzarsi di una causa di scioglimento della comunione legale, se non si accompagna allo scioglimento del vincolo coniugale (come nel caso di separazione personale), importa per il futuro l'instaurazione del diverso regime della separazione dei beni. Non può, quindi, disconoscersi che tale ultimo effetto sia effetto permanente, nella terminologia adottata, in quanto destinato a permanere sino a quando intervenga, eventualmente, o lo scioglimento del matrimonio o (...) la reviviscenza del vincolo a seguito di riconciliazione».

6.1. Le varie tesi sugli effetti della riconciliazione e sulla ricostituzione della comunione. – Il nostro legislatore, a differenza di altri, e senza tener conto delle sollecitazioni che pure provenivano dai lavori preparatori ⁽¹³¹⁾, ha ritenuto di non disciplinare le conseguenze sul regime legale della riconciliazione tra coniugi separati, lasciando la questione alla dottrina ed alla giurisprudenza.

Una rassegna delle opinioni espresse sul problema della reviviscenza (o meno) del regime legale per effetto della riconciliazione mostra la presenza di almeno quattro soluzioni alternative ⁽¹³²⁾. Secondo un primo avviso, minoritario ⁽¹³³⁾, la riconciliazione comporterebbe il ripristino automatico della comunione, rilevando in via esclusiva l'unione materiale e spirituale dei coniugi, così che il ritorno in vita della comunione si avrebbe con effetto *ex tunc*. Sarebbero quindi ricompresi nel regime di comunione legale (immediata) gli acquisti effettuati da uno solo dei coniugi nel lasso di tempo intercorrente tra l'inizio del periodo di separazione legale e la successiva riconciliazione, con la conseguenza che, ad esempio, per il compimento di atti di straordinaria amministrazione sui beni così acquistati sarebbe necessario il consenso anche dell'altro coniuge, *ex art. 180 cpv. c.c.* ⁽¹³⁴⁾.

Una seconda opinione, invece, ritiene necessario, per la ricostituzione del regime di comunione, che i coniugi riconciliati stipulino una apposita convenzione *ex art. 162 c.c.*, volta a sostituire il regime di separazione dei beni che è venuto automaticamente ad instaurarsi per effetto della separazione personale ⁽¹³⁵⁾. Tale interpretazione, secondo i suoi fautori, si armonizzerebbe meglio con il sistema normativo che regge le vicende patrimoniali dei coniugi, il quale, nonostante qualche fisiologica carenza, sarebbe imperniato su atti o fatti la cui prova deve essere fornita con la massima certezza giuridica e temporale (es., data del matrimonio, morte, etc.) ⁽¹³⁶⁾. Si rileva poi che l'intento del legislatore della riforma del diritto di famiglia sarebbe stato quello di individuare il matrimonio come unico ed esclusivo fatto costitutivo del regime legale ⁽¹³⁷⁾ e che tale soluzione presenterebbe inoltre il vantaggio di offrire adeguate garanzie di certezza – tanto ai terzi interessati che ai coniugi – in ordine all'esatto momento in cui gli acquisti compiuti dai coniugi sono destinati a cadere in comunione ⁽¹³⁸⁾, pur senza escludere la possibilità per gli sposi di

⁽¹³¹⁾ Cfr. quanto stabilito dall'art. 74 cpv. del progetto Falcucci, a mente del quale «se i coniugi si riconciliano, si ricostituisce di diritto il regime di comunione, salvo che non intervenga un patto di esclusione nelle forme e con i limiti degli articoli 162 e seguenti».

⁽¹³²⁾ Per un'ampia discussione delle tesi avanzate in dottrina e delle pronunce giurisprudenziali, cfr. DE MICHEL, *Il cd. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000*, n. 396, cit., p. 657 ss.; SASSOLI, *Gli effetti della riconciliazione sui rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 371 ss.; LO MORO BIGLIA, *Gli effetti patrimoniali della riconciliazione tra i coniugi tra esigenze di pubblicità ed ideologie degli interpreti*, cit., p. 1860 ss.

⁽¹³³⁾ Cfr. TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, cit., p. 284; GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, cit., p. 717 ss.

⁽¹³⁴⁾ Il rilievo è di ALLEVA, *La riconciliazione dei coniugi dopo la separazione personale: causa di ripristino del regime originario di comunione legale, tra tutela del coniuge più debole e tutela dei terzi, e motivo di nuova regolamentazione nella successiva separazione*, cit., p. 1623.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. PAOLA e MACRÌ, *op. cit.*, p. 201; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 175; CIANE VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., p. 389; TAMBURELLO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 589; M. FINOCCHIARO, «Scioglimento» della comunione legale per effetto della separazione personale dei coniugi e opponibilità ai terzi del nuovo regime patrimoniale della «famiglia», in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 3459; ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 360; ROSSI CARLEO, *Cause di scioglimento della comunione*, cit., p. 869, 891; MIRABELLI, *Riconciliazione e effetti sul regime dei beni*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, cit., p. 170; RESCIGNO, *Se la riconciliazione dei coniugi valga a ripristinare automaticamente la comunione dei beni*, cit., p. 162 s.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 651; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 157; PINO, *Diritto di famiglia*, Padova, 1998, p. 124, p. 165; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2000, p. 188; SASSOLI, *Gli effetti della riconciliazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, cit., p. 372 ss.; LO MORO BIGLIA, *Gli effetti patrimoniali della riconciliazione tra coniugi tra esigenze di pubblicità ed ideologie degli interpreti*, cit., p. 1860 ss.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. AMBROSIO, *Riconciliazione tra coniugi separati e tutela patrimoniale dei terzi*, Nota a Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 416.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. CIANE VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 389; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 651.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. M. FINOCCHIARO, «Scioglimento» della comunione legale per effetto della separazione personale dei coniugi e opponibilità ai terzi del nuovo regime patrimoniale della «famiglia», cit., p. 3459; LO MORO BIGLIA, *Gli effetti patrimoniali della riconciliazione tra coniugi tra esigenze di pubblicità ed ideologie degli interpreti*, cit., p. 1861. ALLEVA, *La riconciliazione dei coniugi dopo la separazione personale: causa di ripristino del regime originario di comunione legale*, cit., p. 1624.

convenire, almeno quanto ai loro rapporti interni, la retroattiva vigenza del ricostituito regime patrimoniale⁽¹³⁹⁾.

Secondo, poi, un terzo punto di vista, occorrerebbe distinguere dagli effetti *inter partes*, caratterizzati dall'automaticità, quelli verso i terzi. Questi ultimi, essendo legati all'effettuazione della pubblicità a margine degli atti dello stato civile⁽¹⁴⁰⁾, potrebbero prodursi, nel caso la segnalazione dello scioglimento fosse stata effettuata per effetto della detta annotazione, solo mercé la stipula di un'apposita convenzione, soggetta alle previste forme di pubblicità proprio per garantire adeguata tutela ai terzi, mentre, nel caso di mancata effettuazione della pubblicità della causa di scioglimento, la comunione potrebbe riprendere vita, senz'altro e automaticamente, anche nei confronti dei terzi⁽¹⁴¹⁾.

Un quarto orientamento prevede, infine, che a seguito della riconciliazione venga a realizzarsi una nuova comunione, avente un oggetto diverso rispetto a quello originario e senza alcuna retroattività, così che gli effetti della riconciliazione medesima si producono solo *ex nunc*⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. MIRABELLI, *Riconciliazione e effetti sul regime dei beni*, cit., p. 170: «se viene pattuita la retroattività questa opera soltanto tra i coniugi e resta inopponibile ai terzi, nei cui confronti la convenzione ha effetto soltanto dal compimento della pubblicità».

⁽¹⁴⁰⁾ Per tutti cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 472 ss.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. in particolare MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 334; FIGONE, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 552; VENDITTI, *La comunione legale: lo scioglimento*, cit., p. 246 e 258. In giurisprudenza v. Trib. Palermo, 29 marzo 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 985, secondo cui la riconciliazione potrebbe spiegare effetti soltanto interni alla coppia e non potrebbe operare all'esterno al fine di travolgere atti dispositivi compiuti da uno dei coniugi in favore di terzi in buona fede, con la conseguenza che unica soluzione rispondente all'esigenza di dare certezza, nei rapporti interni fra i coniugi e di questi con i terzi, sarebbe quella «di considerare che, una volta cessato il regime di comunione dei beni verificatosi per effetto di una delle vicende disciplinate dall'art. 191 c.c., il regime di comunione dei beni possa eventualmente prodursi *ex nunc*, nei confronti dei terzi e dei coniugi, solo per effetto di una convenzione matrimoniale stipulata per atto pubblico ed annotata a margine dell'atto di matrimonio». Secondo Trib. Bologna, 28 gennaio 1998, in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, p. 1047, con nota di CONTE, «Ritenuto che l'eventuale carattere simulatorio del verbale di separazione consensuale omologata non può, ex art. 1415 c.c., essere opposto ai terzi, e ritenuto altresì che l'eventuale riconciliazione dei coniugi ritualmente separati può spiegare effetti soltanto interni alla coppia, non potendo rilevare al fine di travolgere atti dispositivi compiuti da uno dei coniugi in favore di terzi di buona fede, né l'asserita simulazione della separazione, né l'asserita riconciliazione dei *partners* dopo l'omologa possono essere opposte agli acquirenti di un bene immobile dalle mani di un coniuge legittimato a disporne per avere acquistato il bene dopo l'omologa della separazione, che aveva sciolto il precedente regime di comunione legale». Anche ad avviso di Trib. Napoli, 21 dicembre 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 359, con nota di nota SASSOLI, «La riconciliazione avvenuta tra i coniugi già consensualmente separati comporta *ex se*, automaticamente, il ripristino dell'antecedente regime di comunione legale, solo quanto ai rapporti tra i coniugi, ma tale efficacia immediata della riconciliazione non si estende ai terzi, atteso che occorre tutelare l'affidamento e la buona fede di questi ultimi. Infatti ai fini dell'opponibilità ai terzi occorre (come anche per lo stesso provvedimento di separazione) l'annotazione dell'avvenuta riconciliazione a margine dell'atto di matrimonio o la stipulazione di una convenzione matrimoniale debitamente annotata e trascritta (alla stregua di tale principio, nel caso di specie, il tribunale ha rigettato la domanda di annullamento dell'atto di vendita a terzi di un immobile che era stato acquistato dal marito successivamente alla separazione consensuale)» (da notare che la sentenza costituisce la decisione di primo grado della vicenda chiusa da Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, su cui v. *infra*, § 7, in questa Parte II). A quest'ordine di idee appare ascrivibile infine anche la precedente Trib. Catania, 31 luglio 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, I, p. 640: «La riconciliazione avvenuta tra i coniugi già consensualmente separati non determina automaticamente il ripristino dell'antecedente regime di comunione legale, ostandovi esigenze di tutela dei terzi, i quali non possono certamente acquisire con certezza certa di un fatto così personale ed intimo qual è la riconciliazione; tuttavia, qualora in seno ad un atto d'acquisto concluso dopo la riconciliazione il coniuge stipulante dichiara espressamente di trovarsi in regime di comunione legale, regime da lui voluto, non v'è ragione per escludere che tale regime sia stato reinstaurato» (tale ultima pronuncia viene correttamente ritenuta «singolare» da ARICÒ, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, loc. ult. cit., nella parte in cui ravvisa nella sola dichiarazione di trovarsi in regime di comunione legale, resa nell'atto di acquisto compiuto dopo la riconciliazione, da parte del solo coniuge stipulante, il completamento di una fattispecie idonea a reinstaurare il regime comunitario, quasi che la modifica del regime patrimoniale potesse dipendere da una manifestazione di volontà unilaterale).

Rileva esattamente SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p., 623, nota 122, che la differenza essenziale rispetto alla tesi indicata come seconda consiste nel fatto che qui il regime legale antecedente alla separazione si ripristina automaticamente dal momento della riconciliazione, senza alcuna necessità di procedere ad una convenzione ex art. 162 c.c., che resta invece necessaria per tutelare la posizione dei terzi o, al più, per individuare con esattezza il quando della riconciliazione attuata *per facta concludentia*.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. in questo senso SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 441; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 293; GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 203 s.; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 258; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 589; FIGONE, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale*, cit., p. 552; DE MICHEL,

Considerando in particolare la posizione della giurisprudenza sul tema, va detto che, come esattamente rilevato da un'Autrice ⁽¹⁴³⁾, l'attenzione rivolta alle esigenze dei terzi ha ispirato la maggior parte delle decisioni di merito ⁽¹⁴⁴⁾, almeno sino al primo puntuale intervento della Corte di legittimità ⁽¹⁴⁵⁾. Con esso, invero, si è riconosciuto che, una volta che sia stata rimossa con la riconciliazione la causa di scioglimento rappresentata dalla separazione personale dei coniugi, si ripristina automaticamente tra le parti il regime di comunione originariamente adottato, con esclusione solo degli acquisti effettuati durante il periodo della separazione. In questi termini la Corte Suprema ha negato il fondamento della tesi relativa alla distinzione, nell'ambito degli effetti della sentenza di separazione, tra quelli permanenti e quelli istantanei, in quanto «l'ampia formulazione dell'art. 157 c.c. e la mancanza di qualsiasi indicazione in termini limitativi della sua operatività inducono a ravvisare in detta disposizione un principio generale – peraltro in piena coerenza con la natura e la portata del fatto determinativo – secondo il quale con la riconciliazione vengono meno tutti gli effetti della separazione» ⁽¹⁴⁶⁾.

6.2. L'opinione preferibile. – Prescindendo dalle considerazioni in tema di distinzione tra effetti permanenti ed istantanei – irrilevante, come si è illustrato, nel caso di specie, posto che anche l'effetto descritto dall'art. 191 c.c. è, a ben vedere, effetto permanente ⁽¹⁴⁷⁾ – può senz'altro aderirsi alla posizione ⁽¹⁴⁸⁾ che nega la necessità del ricorso alla stipula di un'apposita convenzione. Necessità che solo un intervento legislativo potrebbe imporre, come dimostrato dall'esperienza francese ⁽¹⁴⁹⁾. Necessità che, del resto, come rilevato dalla citata sentenza di legittimità del 1998, potrebbe «vanificare o quanto meno limitare il riespandersi di quel regime di comunione che integra una delle scelte fondamentali del legislatore della

Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia, cit., p. 258; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 429 s., il quale osserva correttamente che la pretesa necessità di una convenzione matrimoniale *ad hoc* è conclusione priva di supporto testuale e analogico-sistematico; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 395. Per la giurisprudenza di merito in questo senso v. App. Trento, 2 settembre 1996, in *Fam. dir.*, 1996, p. 549, con nota di FIGONE; in *Giur. it.*, 1998, p. 1857, con nota di LO MORO BIGLIA: «La riconciliazione, intervenuta tra coniugi separati, fa cessare con effetto *ex nunc* tutti gli effetti della separazione, sia personali che patrimoniali, con l'effetto anche di ripristinare il regime della comunione dei beni esistenti in origine tra i coniugi, venuto meno in seguito al provvedimento di separazione».

⁽¹⁴³⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 624.

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. Trib. Catania, 31 luglio 1990, cit.; Trib. Palermo, 29 marzo 1997, cit.; Trib. Bologna, 28 gennaio 1998, cit.; Trib. Napoli, 21 dicembre 1998, cit. Per la dottrina che insiste sul profilo delle esigenze di certezza per i terzi cfr., *ex multis*, M. FINOCCHIARO, «*Scioglimento della comunione legale per effetto della separazione personale dei coniugi e opponibilità ai terzi del nuovo regime patrimoniale della «famiglia»*», cit., p. 3459.

⁽¹⁴⁵⁾ Cass. 12 novembre 1998, n. 11418, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1953, con nota di NICOLUSSI; in *Guida al diritto*, 1998, n. 46, p. 22, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Riv. notar.*, 1999, II, p. 686, con nota di FOCOSI; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1033, con nota di RENGÀ; in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 582, con nota di DI SAPIO; *ivi*, 1999, I, p. 1059, con nota di PARENTE; in *Corr. giur.*, 1999, p. 190, con nota di SCHLESINGER; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 636, con nota di MOSCA.

⁽¹⁴⁶⁾ Così Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, cit., la quale non manca di aggiungere che una simile conclusione non può essere inficiata dal rilievo che dagli artt. 162 e 163 c.c. si desume come le convenzioni nel corso del matrimonio dirette a modificare il regime esistente debbano essere stipulate con atto pubblico, «atteso che nell'ipotesi di riconciliazione il regime di riferimento per la sua eventuale variazione non si identifica con quello di separazione derivante *ex lege* dalla separazione personale ed ormai travolto dalla riconciliazione, bensì in quello scelto all'atto del matrimonio». La decisione evidenzia inoltre che «se pure è vero che nello spirito della riforma del diritto di famiglia la separazione non si configura più come una situazione patologica ontologicamente transitoria, nella prospettiva – che aveva ispirato la disciplina codicistica – di una difesa ad oltranza della famiglia ed in vista della ricomposizione dell'unione coniugale, ma come rimedio ad una convivenza divenuta intollerabile o tale da arrecare grave pregiudizio all'educazione della prole, e quindi si sostanzia in un titolo autosufficiente di cessazione della convivenza, suscettibile di sfociare in un successivo divorzio o anche di protrarsi indefinitamente (...) è tuttavia altrettanto vero che l'evento riconciliativo si configura come vicenda diretta a rimuovere detto stato, tanto che ai sensi dell'art. 157 cpv. c.c. possono essere presi in esame, quali unici fatti e comportamenti potenzialmente determinanti una nuova separazione, solo quelli successivi alla riconciliazione. Appare pertanto del tutto aderente al sistema delineato dal legislatore della riforma che, posta nell'art. 191 c.c. la separazione personale come causa dello scioglimento della comunione dei beni, si ripristini automaticamente tra le parti, una volta rimossa con la riconciliazione la causa di scioglimento della comunione, quel regime di comunione originariamente adottato, esclusa ovviamente ogni retroattività per gli acquisti effettuati durante il periodo di separazione».

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. *supra*, § 5.2, in questa Parte II.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. per tutti SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 623 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ Dopo la riconciliazione, si legge nell'art. 305, terzo comma, *Code Civil*, «la séparation de biens subsiste sauf si les époux adoptent un nouveau régime matrimonial suivant les règles de l'article 1397».

riforma e che si pone come regime ordinario, evitabile solo con apposite convenzioni»⁽¹⁵⁰⁾. Necessità che, ulteriormente, verrebbe ad imporre (cfr. artt. 162 e 163 c.c.) oneri formali di stretta interpretazione⁽¹⁵¹⁾. Necessità che, infine, non sembra potersi desumere dal preteso intento legislativo di individuare il matrimonio come unico ed esclusivo fatto costitutivo del regime legale: basti dire, al riguardo, che nessuno può seriamente dubitare della circostanza che una coppia in regime di separazione possa in ogni momento scegliere la comunione legale senza essere certo costretta a... reiterare la celebrazione delle nozze!

Né in senso contrario sembra possibile ritenere che l'art. 157 c.c. andrebbe interpretato in modo «più letterale», facendo discendere dalla riconciliazione non già il venir meno indistintamente di tutti gli effetti prodotti dalla separazione, ma solo di quelli che possono costituire oggetto della sentenza di separazione (in base al disposto degli artt. 155 e 156 c.c.), tra cui non rientra la modifica del regime patrimoniale⁽¹⁵²⁾. La distinzione tra effetti menzionati ed effetti non menzionati dalla pronuncia di separazione (perché conseguenti *ex lege* a quest'ultima) appare, oltre che assolutamente ingiustificata, gravemente pericolosa: anche l'effetto autorizzativo alla presentazione della domanda di divorzio, una volta decorsi tre anni dalla separazione, non viene da tale ultima pronuncia esplicitato; eppure nessuno potrà mai dubitare del fatto che questo sia proprio uno degli effetti che la riconciliazione travolge⁽¹⁵³⁾.

Non può poi certo dirsi che la stipula di una convenzione sarebbe imposta dalla considerazione «che la cessazione della comunione legale è fatto irreversibile, indisponibile da parte dei singoli coniugi e soggetta ad una disciplina estremamente rigorosa anche sotto l'aspetto formale (cfr. 163 c.c.)»⁽¹⁵⁴⁾, posto che l'irreversibilità è tutta da dimostrare (nessuna disposizione impedendo ai coniugi di ritornare in comunione cinque minuti dopo esservi usciti), mentre l'asserita indisponibilità della situazione è contraddetta dalla regola desumibile dagli artt. 159 e 162, terzo comma, c.c., laddove il principio di cui all'art. 163 c.c. attiene alla modifica delle convenzioni, che è cosa diversa dal mutamento del regime⁽¹⁵⁵⁾.

Neppure può approvarsi la soluzione che impone la stipula di una convenzione per i soli rapporti con i terzi, per il semplice motivo che i regimi patrimoniali della famiglia, in quanto influenti sulla titolarità dei rapporti giuridici, vengono a determinare situazioni connotate dalla realtà che, come tali, non possono sussistere solo per taluni e non per altri. Diverso, ovviamente, è il profilo dell'opponibilità dei diritti in tal modo costituiti, estinti o regolati, ma tale opponibilità (o meno) va determinata sulla base di un fatto che non può essere se non unico ed inscindibile (l'esistenza o meno del regime *tout court*, che risolve la questione dell'attribuzione o della non attribuzione dei diritti ai soggetti coinvolti: tutti i soggetti coinvolti), non già sulla possibile dicotomia tra rapporti giuridici fondati sulla legge per determinati soggetti e rapporti basati sulla (anche temporalmente distinta) convenzione per altri. A ciò s'aggiunga che una comunione instaurata in via convenzionale a seguito di riconciliazione non sarebbe riconducibile alla nozione di comunione «legale» né a quella di comunione convenzionale in senso stretto, dal momento che l'art. 210 c.c. presuppone la sussistenza di una comunione da modificare; d'altro canto, e a ben vedere, non esiste nel nostro ordinamento alcuna norma che preveda la necessità del consenso dei coniugi per mutare il regime di separazione dei beni fra loro instauratosi per effetto di previsione legislativa e non per una loro pregressa manifestazione di volontà.

⁽¹⁵⁰⁾ Così, in motivazione, Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, cit.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. RESCIGNO, *Se la riconciliazione dei coniugi valga a ripristinare automaticamente la comunione dei beni*, cit., p. 161 ss.; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 258.

⁽¹⁵²⁾ Così invece AMBROSIO, *Riconciliazione tra coniugi separati e tutela patrimoniale dei terzi*, cit., p. 416. Sempre secondo tale Autrice «Il principio fondamentale ed inderogabile che deve regolare la nostra fattispecie, è quello che emerge a chiare lettere dal disposto degli artt. 162, 163 e 193 c.c., per il quale (...) il regime patrimoniale dei coniugi è quello che risulta dalle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio». Ma, ad avviso di chi scrive, ragionare in questo modo significa confondere la pubblicità dichiarativa con quella costitutiva. Il regime applicabile ai coniugi non è quello che risulta dalla pubblicità, ma quello che deriva dalla scelta operata dalle parti (o, in difetto di tale accordo, dalla legge); la pubblicità è solo un *posterius* che determina se e a quali condizioni il regime (esistente perché scelto dalle parti o determinato dalla legge) sia o meno opponibile a certe categorie di terzi.

⁽¹⁵³⁾ Sul tema v. *ex multis* Cass., 25 maggio 2007, n. 12314, secondo cui «Il ripristino della coabitazione dei coniugi durante il periodo della separazione costituisce presunzione *iuris tantum* della loro riconciliazione e, pertanto, dell'interruzione della separazione stessa; il coniuge che solleva tale eccezione nel giudizio per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, *ex art. art. 3, primo comma, n. 2, lett. b, della Legge 1° dicembre 1970, n. 898*, non deve fornire ulteriori prove quanto alla sfera intima e soggettiva delle parti». L'elemento oggettivo del ripristino della coabitazione tra i coniugi, quindi, è potenzialmente idoneo a fondare il positivo convincimento del giudice circa l'avvenuta riconciliazione, con la conseguenza che spetterà al coniuge interessato a negarla dimostrare che il nuovo assetto posto in essere, per accordi intercorsi tra le parti o per modalità di svolgimento della vita familiare sotto lo stesso tetto, era tale da non integrare una ripresa della convivenza e quindi da non configurarsi come evento riconciliativo.

⁽¹⁵⁴⁾ Così invece ARICÒ, *Gli effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale dei coniugi*, loc. ult. cit.

⁽¹⁵⁵⁾ Su questo specifico argomento v. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 173 ss.

Infine, nemmeno il rischio ⁽¹⁵⁶⁾ di continui cambiamenti del regime patrimoniale dei coniugi che si separano e si riconciliano più volte risulta idoneo a convincere della necessità di richiedere la stipula di una convenzione. Questo è, infatti, un pericolo connesso alla provvisorietà della causa di sospensione della comunione ⁽¹⁵⁷⁾ e, più in generale, alla regola – ormai valevole, praticamente, in tutto il Continente Europeo – dell’assoluta mutabilità in ogni tempo e senza restrizioni dei regimi patrimoniali della famiglia.

6.3. Individuazione del momento di decorrenza della ricostituzione della comunione. – Una volta chiarite le ragioni per le quali appare senz’altro preferibile la tesi della ricostituzione automatica della comunione, va aggiunto che tale ricostituzione non può operare se non con efficacia *ex nunc* ⁽¹⁵⁸⁾. Ciò sia per i problemi pratici pressoché insormontabili che deriverebbero dalla necessità di conformare alla disciplina della comunione tutti gli atti compiuti dai coniugi durante il periodo di separazione, sia perché la riconciliazione non è affatto idonea a cancellare il periodo di separazione già trascorso ⁽¹⁵⁹⁾. Una soluzione, questa, tra l’altro, ispirata dalla necessità di riaffermare quel principio di parità tra coniugi che impronta, anche nei suoi aspetti patrimoniali, il vincolo matrimoniale e che deve trovare realizzazione pure al momento della riconciliazione se questa, in sintonia con il dettato dell’art. 157 c.c. che postula la cessazione degli effetti della separazione, vuole essere intesa nel suo più pregnante significato di pieno ripristino del rapporto coniugale ⁽¹⁶⁰⁾.

Così, ad esempio, la riconciliazione dei coniugi – pur determinando l’automatica ricostituzione della comunione legale – non rimuove la causa di scioglimento costituita dalla separazione personale, alla quale deve pertanto riconoscersi rilevanza in ordine alla situazione intermedia e non può valere quindi a cancellare gli effetti *medio tempore* prodotti dalla situazione che aveva determinato la cessazione della comunione ⁽¹⁶¹⁾.

Di conseguenza, non può costituire oggetto della ricostituita comunione un bene immobile acquistato da uno solo dei coniugi successivamente alla omologazione della separazione consensuale, ma anteriormente all’avvenuta riconciliazione ⁽¹⁶²⁾. Diversa, naturalmente, è la situazione in cui la causa estintiva del regime legale, costituita dalla separazione personale, dovesse venir meno per effetto di circostanze idonee ad incidere retroattivamente sulla stessa causa: la dottrina ha ipotizzato al riguardo il caso in cui il provvedimento di separazione giudiziale sia affetto da un vizio intrinseco e, per tale ragione, impugnato con

⁽¹⁵⁶⁾ Paventato da TAMBURELLO, *Riconciliazione dei coniugi e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 579.

⁽¹⁵⁷⁾ A parere di RENGA, *Effetti della riconciliazione dei coniugi sul regime patrimoniale*, cit., p. 1038, fra le cause di scioglimento della comunione, la separazione dei beni si connoterebbe come una «fattispecie a formazione progressiva» e la comunione dei beni sarebbe sostituita solo in via interinale dal regime di separazione. Nello stesso senso v. anche MARSEGLIA, *In difetto di segnalazione esterna, gli effetti della riconciliazione rimangono perimetrati all’interno della coppia*, Nota a Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Giur. it.*, 2005, p. 40 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 441; SEGNI, *Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione*, cit., p. 612; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 293; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 265; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 128; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, cit., p. 227; GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 203; CONTE, *Sull’opponibilità ai terzi della riconciliazione di coniugi ritualmente separati*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, II, p. 1056; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 32; VENDITTI, *La comunione legale: lo scioglimento*, cit., p. 266; DI SAPIO, *Effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale della famiglia: ... dalle staccionate alle bandierine, passando da Cadmo ad Armonia*, cit., p. 595; ALLEVA, *La riconciliazione dei coniugi dopo la separazione personale: causa di ripristino del regime originario di comunione legale*, cit., p. 1623; DE MICHEL, *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, cit., p. 657 ss.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 623 ss. In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 21 dicembre 1998, cit.

⁽¹⁵⁹⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 395.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 395.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 441; SEGNI, *Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione*, cit., p. 612; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 258; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, cit., p. 227; GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 203; ANELLI, *Il matrimonio*, cit., p. 195; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 258. Nel senso della irretroattività della ricostituzione della comunione per riconciliazione dei coniugi v. anche DI SAPIO, *Effetti della riconciliazione sul regime patrimoniale della famiglia: ... dalle staccionate alle bandierine, passando da Cadmo ad Armonia*, cit., p. 595; PARENTE, *Scioglimento della comunione legale per separazione personale e ricostituzione per riconciliazione*, cit., p. 1070; ANDRINI, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, cit., 51. La giurisprudenza esclude espressamente l’efficacia retroattiva della riconciliazione, come già detto: v. Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, cit.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. Cass., 12 novembre 1998, n. 11418, cit.; v. inoltre Trib. Napoli, 21 dicembre 1998, cit.; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 258.

il mezzo della revocazione straordinaria (art. 395, nn. 1, 2, 3 e 6, c.p.c.) ⁽¹⁶³⁾. E a questi casi potrebbero aggiungersi quelli, tutt'altro che teorici, dell'impugnativa negoziale della separazione consensuale ⁽¹⁶⁴⁾.

In siffatte evenienze – che presentano elementi di affinità rispetto a situazioni quali l'invalidità della convenzione che abbia disposto il passaggio dal regime di comunione a quello di separazione, o, ancora, alla revoca del fallimento – l'accoglimento dell'impugnazione proposta non potrà che travolgere il provvedimento con efficacia *ex tunc*, comportando così il venir meno, retroattivamente, degli effetti giuridici – ivi compresa, ovviamente, la cessazione del regime legale – che da detto provvedimento erano derivati.

7. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza. – La citata decisione di legittimità del 1998, favorevole all'automatica ricostituzione del regime legale, è intervenuta, come noto, in un caso in cui si discuteva esclusivamente degli effetti *inter partes* della riconciliazione. La motivazione, consapevole delle possibili implicazioni del principio dalla stessa enunciato avrebbe potuto dispiegare rispetto a fattispecie nella quali, invece, diritti di terzi avrebbero potuto essere pregiudicati, si è fatta carico di segnalare, testualmente, i problemi «determinati dall'esigenza di dare compiuta conoscibilità ai terzi del regime patrimoniale della famiglia, soprattutto ove ricorrano fatti giuridici – come appunto la riconciliazione tra i coniugi – in ordine ai quali non è prevista alcuna forma di pubblicità nei registri dello stato civile». Un richiamo, questo, alla situazione normativa quale presente all'epoca della pronuncia, ed in relazione alla quale di lì a poco intervenne, nell'anno 2000, la riforma dell'Ordinamento dello stato civile.

D'altro canto, le perplessità manifestate da una parte della dottrina sulla ricordata decisione di legittimità ⁽¹⁶⁵⁾ appaiono proprio legate all'obiettivo difficoltà per i terzi di avere conoscenza dell'automatica ricostituzione della comunione in conseguenza di una vicenda interna alla relazione coniugale, in presenza di gravi lacune e di persistenti incertezze legate al sistema pubblicitario. Andrà però subito chiarito che tali lacune ed incertezze non appaiono certo in grado di porre in crisi il risultato «sostanziale» sopra evidenziato della ricostituzione automatica del regime con efficacia *ex nunc*. Diverso e certamente più complesso discorso appare invece quello legato alla possibilità di opporre ai terzi tale risultato.

Iniziando, per così dire, dal fondo, va detto che la maggior parte degli Autori che optano per la tesi dell'automatica ricostituzione della comunione legale rinvergono nell'odierna disciplina di cui all'ordinamento dello stato civile la soluzione di ogni possibile interrogativo. Poiché, si dice, l'art. 69, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 prevede che negli atti di matrimonio si faccia annotazione delle sentenze che pronunciano la separazione personale dei coniugi o l'omologazione di quella consensuale (lett. d)) e delle dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione (lett. f)), mentre l'art. 63, lett. g), stabilisce che negli archivi (informatici) di cui al precedente art. 10 l'ufficiale di stato civile debba iscrivere le dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestino la loro riconciliazione, ai sensi dell'art. 157 c.c., se ne deriva che, in presenza di una pubblicità inerente alla separazione personale, così come alla riconciliazione, tali eventi risulteranno opponibili ai terzi solo se ed in quanto i coniugi abbiano proceduto alle relative annotazioni ⁽¹⁶⁶⁾.

Si fa peraltro notare da taluno che la formula adottata dal legislatore per indicare il contenuto dell'atto suscettibile di annotazione sottende l'intenzione di diversificare l'evento riconciliativo, che resta un fatto privato e ascrivibile alla sfera strettamente personale dei coniugi, rispetto alla «dichiarazione», strumento volto a manifestare all'esterno la volontà di reinstaurazione della comunione quale effetto della ricostituzione del sodalizio affettivo e materiale. Con la conseguenza, quindi, che il ripristino della comunione legale dovrebbe ritenersi avvenuto tra le parti al momento in cui la riconciliazione si sia realizzata, mentre la sua opponibilità ai terzi andrebbe subordinata all'annotazione e all'iscrizione della

⁽¹⁶³⁾ Cfr. GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 202; DE MICHEL, *Riconciliazione fra coniugi separati e regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 258; ANDRINI, *Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi*, cit., p. 68.

⁽¹⁶⁴⁾ Sul tema si fa rinvio per tutti a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 222 ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 88 ss.; ID., *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, cit., p. 774 ss.; ID., *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, cit., p. 309 ss. V. ora anche BASINI, *L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso*, Nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Famiglia*, 2005, II, p. 382 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. al riguardo le opinioni di MOSCA, *Lo scioglimento della comunione legale a seguito della separazione personale dei coniugi e le ripercussioni dell'eventuale riconciliazione sul loro regime patrimoniale*, cit., p. 646 ss.; FOCOSI, *Comunione legale e riconciliazione successiva alla separazione personale dei coniugi*, cit., p. 694; FAIETA, *Ricostituzione della comunione legale per effetto della riconciliazione e tutela dei terzi*, cit., p. 1002.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 625 ss.

relativa dichiarazione nei registri dello stato civile, dovendosi tuttavia registrare al riguardo che potrebbe profilarsi uno scarto temporale quanto ai rispettivi effetti ⁽¹⁶⁷⁾.

Sul tema influisce poi anche quella decisione di legittimità ⁽¹⁶⁸⁾ che, nel 2003, si è trovata ad affrontare, questa volta, un problema di rapporti con i terzi aventi causa, sebbene sulla base dell'applicazione della normativa previgente alla riforma dell'Ordinamento dello stato civile del 2000. Tale pronuncia ha, come noto, statuito che la riconciliazione tra coniugi il cui regime legale si era in precedenza sciolto per separazione determina automaticamente il ripristino, con efficacia *ex nunc*, della comunione originariamente vigente. Tuttavia, in applicazione dei principi costituzionali di tutela della buona fede dei contraenti e della correttezza del traffico giuridico (artt. 2 e 41, Cost.), occorre distinguere tra effetti interni ed esterni del ripristino della comunione legale. Conseguentemente, in mancanza di un regime di pubblicità della riconciliazione, la ricostituzione della comunione legale derivante dalla riconciliazione non può essere opposta al terzo in buona fede che abbia acquistato a titolo oneroso un immobile dal coniuge che risultava unico ed esclusivo titolare del medesimo, benché lo avesse acquistato successivamente alla riconciliazione.

Andrà tenuto presente che nella specie si trattava di decidere una domanda d'annullamento *ex art.* 184 c.c., proposta dal coniuge pretermesso. L'acquisto era stato effettuato dopo la riconciliazione, ma il marito aveva dichiarato di essere separato e in regime di separazione dei beni, conformemente del resto al fatto che la separazione personale era stata annotata a margine dell'atto di matrimonio. La domanda d'annullamento contro la successiva vendita dell'immobile operata dal solo marito è stata rigettata da entrambi i giudici di merito, con decisione confermata in sede di legittimità.

Sul punto la Corte, rilevata l'inapplicabilità (per questioni di diritto intertemporale), al caso di specie, degli artt. 63 e 69 del d.p.r. n. 396 del 2000, richiama (pur senza menzionarlo espressamente) l'art. 1445 c.c., affermando, come si è appena detto, che la ricostituzione della comunione legale derivante dalla riconciliazione non può essere opposta al terzo in buona fede che abbia acquistato a titolo oneroso un immobile dal coniuge che risultava unico ed esclusivo titolare del medesimo. Ma, a ben vedere, la regola citata, che secondo la Corte costituirebbe applicazione dei principi costituzionali di tutela della buona fede dei contraenti e della correttezza del traffico giuridico (artt. 2 e 41, Cost.), risulta inapplicabile al caso di specie, essendo dettata dal codice civile in materia di opponibilità nei riguardi dei terzi di una sentenza di annullamento, laddove nella specie si tratta di individuare quali siano le ricadute verso i terzi della ricostituzione *ex lege* del regime legale per effetto non già di una pronuncia giudiziale, ma di un atto negoziale, quale la riconciliazione ⁽¹⁶⁹⁾, posto in essere dai coniugi. Per non dire poi del fatto che, così operando, la Cassazione tenta di risolvere la questione mediante l'applicazione – implicita – proprio della norma che non riguarda l'acquirente, ma l'avente causa da quest'ultimo ⁽¹⁷⁰⁾.

Sul piano più generale, poi, sarà appena il caso di rilevare *en passant* (esulando l'argomento dalla presente trattazione) che appare discutibile la stessa affermazione per cui la tutela della buona fede dei contraenti e della correttezza del traffico giuridico imporrebbe l'inopponibilità *tout court* di atti e/o fatti nei riguardi dei terzi di buona fede. L'intero sistema della pubblicità immobiliare e mobiliare, invero, sta a dimostrare che i conflitti con aventi causa e creditori si impostano e si risolvono sulla base di una serie di

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 625 ss.

⁽¹⁶⁸⁾ Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Guida al diritto*, 2004, n. 1, p. 49, con nota di PISELLI; in *Corr. giur.*, 2004, p. 471, con nota di FINELLI; in *Vita notar.*, 2004, I, p. 285; in *Notariato*, 2004, p. 364, con nota di TOSCANO; in *Fam. dir.*, 2004, p. 253, con nota di SESTA; in *Riv. notar.*, 2004, con nota di FAIETA; in *Dir. fam. pers.*, 2004, I, p. 401, con nota di AMBROSIO; in *Giur. it.*, 2005, p. 40, con nota di MARSEGLIA; in *Contratti*, 2005, p. 79, con nota di VALIGNANI.

⁽¹⁶⁹⁾ Sul carattere negoziale della riconciliazione cfr. *supra*, § 5.1, in questa Parte II.

⁽¹⁷⁰⁾ Per quest'ultimo rilievo v. anche VALIGNANI, *L'amministrazione dei beni in comunione*, cit., p. 520. Di tale questione non tiene conto invece MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, cit., p. 653 ss., che approva il richiamo al principio di cui all'art. 1445 c.c. Norma, quest'ultima, che si iscrive in una vasta costellazione di principi. Questi, invero, vanno, ad esempio, dall'art. 534 c.c., che fa salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente dai terzi in buona fede (i quali confidano nella qualità ereditaria del disponente), all'art. 1189 c.c., che riconosce la liberazione a chi in buona fede paghi al creditore apparente; all'art. 1445 c.c., per l'appunto, secondo cui l'annullamento non dipendente da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede (che confidano nella validità del titolo del proprio dante causa), salvi gli effetti della trascrizione; all'art. 1415 c.c., che fonda, in materia di simulazione, la salvaguardia dei diritti dei terzi i quali in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. Regole, queste, tutte, che si riferiscono, però, alle «ricadute» di differenti irregolarità negoziali sui negozi che l'avente causa pone in essere con terzi, laddove nella specie si discute della validità stessa dell'alienazione *inter partes*. Ma l'impressione che l'avente causa dal coniuge sia «terzo» è, a ben vedere, frutto di una mera «illusione ottica», ingenerata dal fatto che l'acquirente è «terzo» rispetto al coniuge non alienante (ma, di certo, non terzo rispetto al negozio della cui validità si discute).

formalità che del tutto prescindono dallo stato di buona o di mala fede delle parti ⁽¹⁷¹⁾. E ciò risulta confermato dal fatto che quando il legislatore ha ritenuto di assimilare la pubblicità legale alla conoscenza concreta dei fatti da parte del terzo, al fine di rendere opponibile una determinata pattuizione o una certa vicenda, è stato esplicito in tal senso, come all'art. 2193 c.c. in materia di iscrizione nel registro delle imprese; all'art. 2297 c.c. in merito ai patti di limitazione della rappresentanza per i soci di s.n.c.; all'art. 2298 c.c. in merito alla rappresentanza di s.n.c.; all'art. 1396 c.c. in merito alle modificazioni e alla revoca della procura.

8. Ricostituzione automatica della comunione e rapporti con i terzi. Critiche alla tesi dominante. – Anche la decisione della Cassazione del 2003, come la dottrina cui si è fatto sopra richiamo, pur non facendo applicazione della normativa del 2000, ha chiaramente dato ad intendere che le disposizioni in tema di Ordinamento dello stato civile oggi in vigore conterrebbero la panacea di ogni possibile problema di opponibilità verso i terzi delle vicende estintive e ricostitutive del regime legale ⁽¹⁷²⁾. Un'indicazione che è stata enfatizzata da taluno, al punto di affermare che i coniugi avrebbero l'onere, per ripristinare il previgente regime di comunione, sia nei loro rapporti interni che in quelli verso i terzi, di richiedere l'annotazione della dichiarazione ricognitiva della loro riconciliazione, non potendosi in difetto ricostituire il regime legale di comunione ⁽¹⁷³⁾: quasi che la previsione dell'annotazione di una determinata dichiarazione, non munita, tra l'altro, neppure della sanzione dell'inopponibilità, potesse addirittura fondare una (assolutamente non prevista) ipotesi di pubblicità costitutiva.

Ma, anche senza pervenire a tali posizioni estreme, va detto che la dottrina sembra essersi assestata sulla valutazione della pubblicità della riconciliazione, così come prevista dalle norme citate e alla stessa stregua dell'annotazione della separazione, quali forme di pubblicità dichiarativa, cui appare legata l'opponibilità verso i terzi degli eventi oggetto di tale segnalazione ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷¹⁾ La tesi, esposta da chi scrive in OBERTO, *Annotazione e trascrizione delle convenzioni matrimoniali: una difficile coesistenza*, in *Riv. dir. ipotec.*, 1982, p. 156; ID., *Comunione legale, regimi convenzioni e pubblicità immobiliare*, cit., p. 219, ha riscosso l'approvazione di GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 448 ss. Nel medesimo senso v., più di recente, anche MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, p. 653 ss., il quale rileva quanto segue: «L'elemento di riferimento sembra debba essere rappresentato dal sistema della trascrizione nei Registri Immobiliari di cui agli artt. 2643 ss. c.c., che configura la più completa delle tipologie di pubblicità legale del nostro ordinamento. In tale sistema non si prevede affatto l'assimilazione tra pubblicità legale e conoscenza di fatto, ma l'opponibilità degli atti ai terzi deriva solo dall'esecuzione della formalità pubblicitaria (v. art. 2644 c.c.). Né ad una tale assimilazione si giunge tenendo conto della pubblicità nei registri dello stato civile, in particolare in materia di convenzioni matrimoniali, ove l'opponibilità deriva parimenti solo dall'annotazione (cfr. art. 162, 4° co., c.c. e art. 163, 3° co., c.c.). Da tale ordine di argomentazioni ne consegue che, anche se il terzo è in buona fede, l'esecuzione dell'annotazione della riconciliazione a margine degli atti dello stato civile rende a lui opponibile la circostanza con le connesse implicazioni, mentre se è in mala fede, ossia è a conoscenza dell'evento, e non è stata eseguita la pubblicità in oggetto, l'opponibilità viene meno».

⁽¹⁷²⁾ Per tutti cfr. DE MICHEL, *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000*, n. 396, loc. cit.

⁽¹⁷³⁾ Così FINELLI, *Riconciliazione tra i coniugi, ripristino della comunione legale e tutela dei terzi acquirenti*, cit., p. 472; nello stesso ordine di idee v. anche ZUCCHI, *Riconciliazione dei coniugi e ripristino della comunione legale*, loc. ult. cit., secondo la quale «Le disposizioni del d.p.r. 396/2000, agli articoli testé citati, si pongono in sostanziale conflitto con l'art. 157 c.c., nella parte in cui la norma si riferisce ad un comportamento inequivoco, incompatibile con lo stato di separazione, nel quale la riconciliazione di fatto si concretizza. Appare perciò condivisibile la preoccupazione di quanti ritengono che non sia corretto far discendere il ripristino del regime di comunione legale dall'ipotesi in cui i coniugi non assumano iniziativa circa l'annotazione della riconciliazione in margine dell'atto di matrimonio». *Contra*, SESTA, *Riconciliazione, ripristino automatico della comunione legale e opponibilità ai terzi di buona fede*, cit., p. 257; ID., *Diritto di famiglia*, cit., p. 217, il quale sottolinea come il carattere di pubblicità dichiarativa da riconoscersi all'annotazione giustifichi (anche se non rende apprezzabile) la scissione tra la produzione di effetti «interni» della riconciliazione e di effetti «esterni», per i quali ultimi è solo indispensabile l'assolvimento degli oneri pubblicitari.

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. SESTA, *Riconciliazione, ripristino automatico della comunione legale e opponibilità ai terzi di buona fede*, cit., p. 257; ID., *Diritto di famiglia*, cit., p. 217. V. inoltre GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 473 e GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 407, i quali sottolineano come, a loro avviso, sulla questione abbia inciso la possibilità contenuta dall'art. 69, lett. f), d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, che ha previsto l'annotazione delle dichiarazioni con cui i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione (sul punto v. anche MONTANO, *Annotabilità dell'intervenuta riconciliazione dei coniugi sull'atto di matrimonio*, in *Dir. eccles.*, 2001, II, p. 64; PANOZZO, *Riconciliazione dei coniugi, ricostituzione del regime di comunione dei beni e annotazione a margine dell'atto di matrimonio*, in *Stato civile it.*, 2000, p. 492).

In realtà, anche senza considerare le assurde conclusioni cui pervengono le posizioni «estremistiche» di chi ravvisa nell'annotazione una forma di pubblicità costitutiva, va detto che permangono, in tutta la loro gravità, le due obiezioni fondamentali – da chi scrive già più volte segnalate – alla tesi che vorrebbe legare *tout court* l'opponibilità ai terzi della riconciliazione all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

In primo luogo gli artt. 63, lett. g), e 69, lett. f), cit. ⁽¹⁷⁵⁾, si limitano a prevedere la pubblicità delle «dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione», laddove l'effetto *ex art.* 157 c.c. non consegue solo a un' «espressa dichiarazione», bensì anche ad «un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione»: circostanza, quest'ultima, che non si presta come tale a formare oggetto di pubblicità di sorta ⁽¹⁷⁶⁾. In proposito la dottrina non ha mancato di rilevare la presenza di una discrasia tra il disposto dell'art. 157 c.c. e il disposto della norma del 2000 (artt. 63 e 69 c.c.), soggiungendo che a tal riguardo, se ci dovesse fermare all'enunciato dato letterale, sarebbe necessario negare la pubblicità della riconciliazione avvenuta mediante comportamento concludente ⁽¹⁷⁷⁾. Così, per superare l'*impasse* si è proposta l'applicazione dell'art. 102 dell'Ordinamento dello stato civile, ipotizzando un «atto distinto di accertamento della riconciliazione avvenuta per comportamento concludente» ⁽¹⁷⁸⁾, senza tenere conto del fatto che le annotazioni rispondono alla regola della tassatività.

Altra questione che la novella in tema di stato civile pone all'attenzione dell'interprete riguarda la necessità o meno, nel caso di riconciliazione per dichiarazione espressa, di un apposito atto formato precedentemente, da consegnare all'ufficiale di stato civile per l'esecuzione della formalità pubblicitaria. La possibilità alternativa è rappresentata dalla semplice dichiarazione di riconciliazione resa dai coniugi al medesimo ufficiale di stato civile, che provvederà a riceverla per poi annotarla ⁽¹⁷⁹⁾. Modalità, quest'ultima,

⁽¹⁷⁵⁾ «Art. 63 (Iscrizioni e trascrizioni)

1. Negli archivi di cui all'articolo 10, l'ufficiale dello stato civile iscrive:

(...)

g) le dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione, ai sensi dell'articolo 157 del codice civile. (...).

«Art. 69 (Annotazioni)

1. Negli atti di matrimonio si fa annotazione:

(...)

d) delle sentenze, anche straniere, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio; di quelle che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia straniera di nullità o di scioglimento del matrimonio; di quelle che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia dell'autorità ecclesiastica di nullità del matrimonio; e di quelle che pronunciano la separazione personale dei coniugi o l'omologazione di quella consensuale;

e) delle sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di matrimonio;

f) delle dichiarazioni con le quali i coniugi separati manifestano la loro riconciliazione; (...).

⁽¹⁷⁶⁾ Parte della dottrina, rendendosi conto della difficoltà, propone un'improbabile diversificazione del trattamento delle due forme di riconciliazione, imponendo nel solo caso di riconciliazione tacita e *per facta concludentia* l'onere per i coniugi di dichiarare di volta in volta, nei singoli atti posti in essere con i terzi, di essere coniugati in regime di comunione legale (cfr. FAIETA, *Ricostituzione della comunione legale per effetto della riconciliazione e tutela dei terzi*, cit., p. 1002).

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, cit., p. 653 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr. MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, cit., p. 653 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. MANCINI, *La riconciliazione tra coniugi separati e la tutela dell'affidamento del terzo*, cit., p. 653 ss., il quale aggiunge che la soluzione dell'atto distinto sembrerebbe avvalorata da due dati testuali: «l'uno è quello che si ricava dall'art. 102 [del d.p.r. sullo stato civile] che fa riferimento ad annotazioni eseguite sulla base di atti o provvedimenti, l'altro è rappresentato dagli artt. 28, lett. b), e 71, lett. a), dell'Ordinamento dello stato civile che aggiungono, rispettivamente per le dichiarazioni di nascita e per quelle di morte rese all'ufficiale di stato civile, l'avverbio “direttamente”, che invece non è indicato per le dichiarazioni di riconciliazione. Il mancato utilizzo, per il caso della riconciliazione, del detto avverbio, raffrontata alla diversa terminologia adoperata dal legislatore nelle altre ipotesi, indurrebbe a pensare che la dichiarazione sia resa in un atto precedentemente confezionato e, quindi, presentato all'ufficiale di stato civile. In ogni caso sembra sempre possibile seguire tale percorso operativo, anche se si ritenesse non obbligatorio. Esisteranno al riguardo le esigenze di garanzia sopra indicate circa la provenienza dell'atto, e tale ordine di valutazioni renderà imprescindibile l'intervento del notaio nella formazione di quest'ultimo». Sul tema v. anche ZUCCHI, *Riconciliazione dei coniugi e ripristino della comunione legale*, loc. ult. cit., la quale, dopo aver constatato che l'art. 102, primo comma, cit., dispone che «le annotazioni disposte per legge o dall'autorità giudiziaria si eseguono, per l'atto cui si riferiscono, direttamente e senza formalità all'ufficiale dello stato civile, d'ufficio o su istanza di parte», fa presente che, in base al successivo terzo comma della norma in esame, «in ogni caso nelle annotazioni occorre indicare, per la registrazione negli archivi di cui all'art. 10, l'atto o il provvedimento in base al quale esse sono eseguite». Allo stesso modo il successivo art. 103 prescrive che le annotazioni risultino di seguito all'atto cui si riferiscono, del quale costituiscono parte integrante. Ad avviso della medesima Autrice, pertanto, appare preferibile ritenere che la riconciliazione sia contenuta in un atto, diverso da una convenzione matrimoniale, cui assegnare funzione ricognitiva del fenomeno, ancorché esso debba essere sottoposto ad autenticazione ai fini dell'annotazione,

che è espressamente contemplata dalla circolare del Ministero dell'interno in data 26 marzo 2001, n. 2 ⁽¹⁸⁰⁾, ai sensi della quale «La dichiarazione di riconciliazione, ai sensi dell'art. 157 del codice civile, può essere resa anche dinanzi all'ufficiale dello stato civile (art. 63, comma 1, lettera g); sarà competente a ricevere tale dichiarazione l'ufficiale del comune ove il matrimonio fu celebrato o quello del comune di residenza (presso il quale deve esistere la trascrizione dell'atto, ai sensi dell'art. 12, comma 8 del DPR)».

Ma l'ulteriore e ben più grave obiezione riguarda il persistente difetto, nel nostro sistema, di una regola dalla quale sia dato desumere che l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio di un atto o di un fatto diverso dalla convenzione matrimoniale (art. 162, quarto comma, c.c.) sia condizione di opponibilità di quell'atto o di quel fatto verso i terzi. Desta, anzi, stupore, che l'accanimento con il quale parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria hanno degradato la trascrizione *ex art. 2647 c.c.* al ruolo di mera pubblicità notizia, per il difetto di un principio (in realtà desumibile da vari dati del sistema) che ne proclamasse *expressis verbis* il carattere di pubblicità dichiarativa, non abbia contribuito a sensibilizzare i fautori della tesi qui criticata su questo problema. A ben vedere, infatti, è la sola annotazione delle convenzioni matrimoniali ad essere elevata (dal citato art. 162, quarto comma, c.c.) al rango di condizione di opponibilità del mutamento di regime, laddove dal citato effetto dichiarativo rimangono inesorabilmente escluse tutte le annotazioni che, pur previste dalla legge, non lo sono a pena di inopponibilità ⁽¹⁸¹⁾.

risultando in tal maniera rispettato il combinato disposto degli artt. 2656 e 2657 c.c. Risulterebbe in tal modo osservato lo stesso principio di tipicità delle annotazioni nei registri dello stato civile, consacrato nell'art. 453 c.c.

⁽¹⁸⁰⁾ Il cui testo è disponibile al sito: http://www.esteri.it/MAE/normative/Normativa_Consolare/ServiziConsolari/Stato_Civile/miacel2_2001.pdf

⁽¹⁸¹⁾ Né sembra possibile giustificare la tesi del carattere dichiarativo dell'annotazione sulla base del rilievo per cui, alla luce dell'automatica ricostituzione della comunione per effetto del regime legale, non avrebbe spiegazione la annotazione di una dichiarazione che manifesterebbe ai terzi un atto produttivo di effetti solamente di carattere personale (così invece DE MICHEL, *Il c.d. «scioglimento» della comunione legale per separazione personale dei coniugi e la sua automatica ricostituzione per effetto della loro riconciliazione alla luce del d.p.r. 3.11.2000, n. 396*, cit., p. 678). Il problema segnalato nel testo, invero, si pone tanto per la riconciliazione, quanto per la separazione legale: eventi, questi, che certamente non producono effetti di carattere solo personale. Inoltre la previsione della formalità pubblicitaria potrebbe spiegarsi, ad esempio, mediante l'intento di rendere certo un evento che, come la riconciliazione, può costituire causa impeditiva della possibilità di richiedere la pronuncia di divorzio sulla base della separazione personale in tal modo cessata.

Sezione III
*Scioglimento, cessazione degli effetti civili e annullamento del matrimonio
quali cause di cessazione del regime legale*

SOMMARIO: 9. La sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. – 9.1. Generalità. Il problema dell'individuazione della decorrenza degli effetti. – 9.2. Lo scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi. – 10. La sentenza di annullamento del matrimonio. Generalità. Impossibilità di distinguere, *quoad effectum*, tra le varie cause di invalidità matrimoniale. – 11. La sentenza di annullamento del matrimonio e i rapporti con il matrimonio putativo. Le pronunce emesse da organi giurisdizionali stranieri e dai tribunali ecclesiastici. – 12. Sulla determinazione del momento da cui decorre lo scioglimento. – 12.1. Esclusione della retroattività al momento di instaurazione del regime. – 12.2. Esclusione della retroattività al momento di presentazione della domanda di annullamento. Conseguenze dell'annullamento per bigamia.

9. La sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

9.1. Generalità. Il problema dell'individuazione della decorrenza degli effetti. – I problemi interpretativi relativi ai casi di cessazione della comunione quale effetto di una pronuncia di divorzio (*rectius*: scioglimento del matrimonio civile o cessazione degli effetti di quello concordatario) si pongono in misura sicuramente minore rispetto a quelli determinati dalla separazione personale, non essendo – ad esempio – astrattamente configurabili né un «divorzio di fatto»⁽¹⁸²⁾, né una riconciliazione tra divorziati⁽¹⁸³⁾. L'unica questione che presenta elementi di analogia con i temi dibattuti in merito alla separazione attiene al tema della decorrenza degli effetti della decisione, sia *inter partes* che verso i terzi. Ma anche qui va riscontrata la ridottissima incidenza pratica del problema, attesa la già ricordata rarità dei casi in cui i coniugi vengono ammessi a domandare il divorzio in assenza di una previa pronuncia di separazione giudiziale, ovvero di un decreto di omologazione della separazione consensuale⁽¹⁸⁴⁾.

Nell'ipotesi in esame, dunque, la fattispecie estintiva si perfeziona con il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, e produce i suoi effetti *ope legis ope legis*, non già *ope iudicis*, in virtù del relativo provvedimento giudiziale⁽¹⁸⁵⁾, *erga omnes*, fra cui la cessazione della comunione legale, dal momento

⁽¹⁸²⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 312 s.

⁽¹⁸³⁾ Inutile dire che, nel caso – non del tutto sconosciuto alle cronache, particolarmente a quelle mondane – di nuovo matrimonio tra una coppia di ex coniugi, il regime legale che dovesse instaurarsi *ex lege* non avrebbe nulla a che vedere con quello eventualmente preesistente. I relativi beni che non dovessero essere stati nel frattempo divisi continuerebbero a trovarsi in situazione di comunione ordinaria, salva la possibilità di sottoporli a comunione legale (*rectius*: convenzionale) per effetto di convenzione *ex art.* 210 c.c.

⁽¹⁸⁴⁾ Come rilevato in dottrina (cfr. per tutti SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 602, nota 71) l'art. 3, 1. 1° dicembre 1970, n. 898, come modificato dalla Novella 6 marzo 1987, n. 74, prevede al n. 1, lett. a), b), c) e d), quali cause legittimanti l'altro coniuge alla proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ipotesi specifiche di condanna del coniuge a determinate pene detentive e per particolari titoli di reato, situazioni soggettive dal legislatore stimate in via presuntiva ostative alla prosecuzione dell'unione matrimoniale, con la sola avvertenza che per i delitti indicati alla lettera d) commessi in danno del coniuge o di un figlio, attesa la loro minore gravità in termini oggettivi, al tribunale è demandato il compito di verificare in concreto l'inidoneità del reo a mantenere o ricostituire la convivenza familiare. Al successivo n. 2, lett. a), è prevista la possibilità di pervenire allo scioglimento del vincolo anche se il coniuge sia stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti previsti dalle precedenti lett. b) e c) del n. 1, sempre che la valutazione, anche qui di spettanza del giudice, porti alla conclusione che il convenuto (ovvero il reo, nei cui confronti sia stata pronunciata assoluzione per l'indicato vizio) non è idoneo a mantenere o ricostituire la convivenza. Le lett. c), d), e), f) e g) dello stesso n. 2 enunciano ulteriori cause idonee a consentire la proposizione della domanda di divorzio e, in particolare, meritano considerazione l'ipotesi di inconsumazione del matrimonio e quella inerente al pregresso passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, di cui alla 1. 14 aprile 1982, n. 164, introdotta nel 1987 (su cui v. *infra*, in questo stesso §). A queste ipotesi va aggiunta poi quella relativa alla mera separazione di fatto iniziata tra i coniugi almeno due anni prima del 18 dicembre 1970 e protrattasi ininterrottamente. Tutti questi rappresentano i soli, rarissimi, casi in cui può porsi il problema dello scioglimento della comunione per effetto della sentenza di pronuncia del divorzio, per non essere necessariamente intervenuta in precedenza la separazione legale.

⁽¹⁸⁵⁾ In questo senso, v., fra gli altri, DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 649. Cfr. inoltre MACRÌ, *Scioglimento della comunione legale e suoi effetti*, in AA. VV., *Il regime patrimoniale della famiglia a*

dell'annotazione della sentenza nei registri dello stato civile, così come dispone l'art. 10, secondo comma, 1. div. ⁽¹⁸⁶⁾. La diversa opinione, che vorrebbe riferibili anche a tale caso le considerazioni relative alla decorrenza della pronuncia di separazione contenziosa, con retroattività alla data di presentazione della domanda ⁽¹⁸⁷⁾, non sembra accettabile: da un lato, infatti, militano le ragioni già ampiamente illustrate con riguardo al caso della separazione ⁽¹⁸⁸⁾, mentre, dall'altro, non può trascurarsi il tenore letterale, effettivamente non superabile, dell'art. 10, secondo comma, 1. div., per il quale gli effetti civili – testualmente, «tutti gli effetti civili» ⁽¹⁸⁹⁾ – della sentenza che pronuncia il divorzio decorrono solamente dal momento della sua annotazione, senza possibilità di distinguere tra effetti tra le parti ed effetti verso i terzi ⁽¹⁹⁰⁾. Ciò tanto più ove si tenga conto del fatto che la regola generale di cui all'art. 10 cit. sembra tollerare solo i casi di deroga espressamente contemplati, quale è quello del cpv. dell'art. 232 c.c. ⁽¹⁹¹⁾. Conferma, questa, che, allorché il legislatore ha voluto distaccarsi dal precetto generale fissato all'art. 10 l.div., ne ha fatto espressa manifestazione ⁽¹⁹²⁾.

Contro la tesi appena esposta si è rilevato che la proposizione della domanda di divorzio, che si realizza con il deposito in cancelleria del relativo ricorso introduttivo del giudizio, rappresenta il momento in cui si manifesta all'esterno la rottura della convivenza, tanto che esso diviene elemento giustificativo dell'allontanamento del coniuge dalla casa familiare (art. 146 c.c.): da qui l'assunto secondo il quale l'effetto dello scioglimento si verificherebbe tra le parti alla data del deposito della domanda, mentre l'opponibilità ai terzi sarebbe subordinata all'annotazione della sentenza nei registri di stato civile ⁽¹⁹³⁾.

In realtà, come si avrà modo di vedere in dettaglio trattando del problema della pubblicità delle cause di scioglimento del regime legale, la tesi dell'annotazione della domanda, quale condizione di opponibilità nei confronti dei terzi, appare tutt'altro che condivisibile, specie nel più assoluto difetto di una norma che

dieci anni dalla riforma, Milano, 1988, p. 61, che esattamente precisa come la cessazione del regime legale di comunione non sia punto un capo autonomo della domanda di divorzio.

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr. BONILINI, *Divorzio e regime patrimoniale della famiglia*, in *Contratti*, 1996, p. 81 ss.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 399; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 397.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 439; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 176; MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, I, *Profili sostanziali*, cit., p. 9; INGINO, *Gli effetti dello scioglimento della comunione legale sui rapporti patrimoniali tra coniugi anteriormente alla divisione*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 321; R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni tra coniugi: presupposti e caratteri*, cit., p. 265; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 130 s.; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 590. In senso dubitativo GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 397.

⁽¹⁸⁸⁾ V. *supra*, § 2, in questa Parte II.

⁽¹⁸⁹⁾ Stabilisce testualmente il capoverso dell'art. 10 cit. che «Lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronunciati nei casi rispettivamente previsti dagli articoli 1 e 2 della presente legge, hanno efficacia, a tutti gli effetti civili, dal giorno dell'annotazione della sentenza».

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. ad es. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1124, i quali giungono alla conclusione che la pronuncia di divorzio produce effetto in ogni caso «solo dal giorno dell'annotazione della sentenza, dopo il suo passaggio in giudicato, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 898 del 1970». Nello stesso senso v. anche DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 649; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 399; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 397. Per la medesima soluzione cfr. inoltre MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 305 s., i quali sostengono il rigore interpretativo imposto dall'art. 10 cit. e rilevano che simile conclusione non si pone in contraddizione con quella, diversa, da loro prospettata (ma da chi scrive non condivisa) in tema di separazione personale, in quanto l'art. 191 c.c. distingue le due cause di scioglimento e la separazione sfugge, quindi, alla disciplina espressa della decorrenza degli effetti sancita dall'art. 10 per il solo divorzio.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTEr, *op. cit.*, p. 306; BONILINI, *Divorzio e regime patrimoniale della famiglia*, loc. ult. cit.

⁽¹⁹²⁾ Analogamente A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit. p. 1124; BONILINI, *Divorzio e regime patrimoniale della famiglia*, loc. ult. cit.

⁽¹⁹³⁾ Così, BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 590 ss., il quale fa qui applicazione della tesi per cui tanto il divorzio, quanto la separazione personale, sono cause di scioglimento della comunione fondate sul venir meno della convivenza, nel senso che quando questa viene interrotta (separazione e divorzio fondato su separazione) o rotta per altre cause (divorzio non fondato su separazione) viene meno automaticamente il rapporto di comunione legale; osserva ulteriormente l'Autore che, se il procedimento di divorzio non venisse completato, lo scioglimento della comunione potrebbe essere confermato solo aderendo alla tesi secondo cui la semplice separazione di fatto, o quanto meno quel procedimento di separazione in cui sia stata celebrata l'udienza presidenziale per la separazione dei coniugi, sarebbe sufficiente ad integrare la causa di scioglimento.

preveda l'effettuazione di tale pubblicità alla stregua di una condizione di opponibilità verso i terzi ⁽¹⁹⁴⁾. Di fronte, per contro, ad un testo che chiaramente e senza distinzioni di sorta, come l'art. 10 l.div., lega gli effetti del divorzio, «tutti gli effetti» del divorzio senza distinzione alcuna, alla pubblicità della relativa sentenza ⁽¹⁹⁵⁾, non resta che arrendersi all'evidenza del principio così enunciato ⁽¹⁹⁶⁾.

Come esattamente rilevato in dottrina, la soluzione normativa riferita, pur potendo apparire contraria ad opportunità ed equità – e vieppiù, se si consideri che la data utile non è già quella del passaggio in giudicato della sentenza, bensì quella della sua annotazione nei registri dello stato civile – non ammette sforzi ermeneutici, né audacia interpretativa, ma esige rispetto applicativo, anche perché atta a fornire una regola generale non priva di logica. Basti pensare, che comporta la produzione di effetti da un momento certo, unico per qualsivoglia situazione, adatto ad evitare situazioni di incertezza, ad esempio, nel caso la domanda di divorzio venga abbandonata, o nel caso in cui il processo, comunque, si estingua. Né può trascurarsi di considerare, che, in attesa della pronuncia di divorzio, permane in facoltà dei coniugi di anticipare l'effetto dello scioglimento della comunione, vuoi mediante accordo che produca un mutamento convenzionale del regime patrimoniale, vuoi attraverso la richiesta di separazione giudiziale ai sensi dell'art. 193 c.c., se risulti integrata una delle fattispecie contemplate da detta norma, quale può essere la «cattiva amministrazione della comunione» ⁽¹⁹⁷⁾. Nella stragrande maggioranza dei casi, peraltro, il problema non si porrà neppure, perché, come si è già detto, la comunione risulterà già sciolta (e da tempo!) per effetto della separazione personale dei coniugi, presupposto imprescindibile della quasi totalità delle domande di divorzio.

Chiarita l'irrelevanza, ai fini qui in discorso, della domanda giudiziale di divorzio, va aggiunto che nemmeno appare possibile una scissione a livello soggettivo in relazione alla sentenza, secondo quanto invece suggerito da quell'opinione secondo cui, mentre per i terzi lo scioglimento opererebbe dalla data dell'annotazione della pronuncia di divorzio sui registri di stato civile, per le parti esso diverrebbe efficace già dal passaggio in giudicato della decisione ⁽¹⁹⁸⁾. Quest'ultimo avviso è sicuramente conforme alla tesi dominante circa l'interpretazione dell'art. 10 cit., che legge tale indicazione normativa come riferibile solo ai rapporti con i terzi ⁽¹⁹⁹⁾, ma non tiene conto del fatto che i termini in cui è formulato il capoverso dell'art. 10 l. div. non sembrano lasciare adito ad interpretazioni riduttive di sorta: l'efficacia dal giorno dell'annotazione della sentenza, come più volte ricordato, è riferita «a tutti gli effetti civili», senza distinzioni di alcuni tipo, né relativamente agli effetti, né relativamente ai soggetti. Per questa ragione un'autorevole, pur se

⁽¹⁹⁴⁾ L'annotazione «dei ricorsi per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, e delle relative pronunce» è prevista dall'art. 69, lett. c), del d.p.r. del 2000 sull'Ordinamento dello stato civile, ma senza alcuna specificazione degli effetti di tale pubblicità, né delle sanzioni in caso di mancato suo compimento.

⁽¹⁹⁵⁾ Per una serie di critiche all'art. 10 cit., che andrebbe formulato più razionalmente, per essere raccordato ad altre disposizioni, v. MASTROPAOLO e PITTER, *op. cit.*, p. 306, nonché TOMMASEO, *Commento all'art. 10 l. div.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 495 ss.

⁽¹⁹⁶⁾ Le conclusioni cui si è pervenuti comportano il superamento anche di una tesi particolare e, per quanto consta, isolata, espressa da T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 51 s., secondo cui sarebbe opportuno distinguere tra divorzio c.d. consensuale e divorzio contenzioso, cosicché nel primo caso (ritenuto ammissibile anche in assenza di precedente separazione, quanto meno nelle ipotesi di matrimonio non consumato e di avvenuto passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso) l'effetto patrimoniale dello scioglimento della comunione dovrebbe essere ricondotto al momento in cui si perfeziona il negozio, e cioè al momento della conclusione dell'accordo di divorzio mediante la sottoscrizione del verbale nel quale sono contenute le condizioni, mentre in presenza di domanda giudiziale di divorzio presentata da uno solo dei coniugi gli effetti dello scioglimento dovrebbero retroagire al momento della proposizione del ricorso (per queste conclusioni, pur se sulla base di diverse premesse, v. anche SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 605, nota 80; per una critica, riproducibile nella presente sede, dell'analoga teoria prospettata con riferimento alla separazione personale, v. *supra*, § 2.1, in questa Parte II).

⁽¹⁹⁷⁾ Così BONILINI, *Divorzio e regime patrimoniale della famiglia*, loc. ult. cit.

⁽¹⁹⁸⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 604 s.

⁽¹⁹⁹⁾ Cass., 5 luglio 1984 n. 3943; Cass., 4 agosto 1992, n. 9244 e Cass., 9 giugno 1992, n. 7089, in *Giust. civ.*, 1993, p. 427; in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 63: «La sentenza di divorzio produce effetto tra le parti dalla data del suo passaggio in giudicato e non da quella della sua annotazione, ai sensi dell'art. 10 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, nei registri dello stato civile, che ha solo la funzione di renderne opponibili gli effetti ai terzi; pertanto, nel caso di morte *ab intestato* di uno dei coniugi, la delazione di eredità in favore del coniuge superstite può aver luogo solo nel caso in cui la sentenza non sia ancora passata in giudicato alla data del decesso, non in quello in cui sia solo mancata l'annotazione della sentenza che, essendo passata in giudicato, abbia prodotti i suoi effetti nei confronti delle parti, tra i quali quello dello scioglimento del vincolo matrimoniale che ha fatto perdere alle parti la qualità di coniuge». Sul punto v. anche SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 604 s.

minoritaria, dottrina tende a ravvisare nella fattispecie in esame un caso di vera e propria pubblicità costitutiva ⁽²⁰⁰⁾.

9.2. Lo scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi. – Infine, dovrà tenersi presente che, tra le cause di scioglimento del matrimonio indipendenti dalla previa separazione personale, l'art. 3 l.div. annovera anche, a seguito della riforma apportata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74, la sentenza, passata in giudicato, di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 14 aprile 1982, n. 164 ⁽²⁰¹⁾. In tal caso sussiste discordanza di vedute sul fatto che il divorzio sia conseguenza automatica della sentenza di rettificazione, ovvero se il medesimo necessiti l'accoglimento della domanda fondata sul citato art. 3. La soluzione dell'interrogativo appare di rilievo anche per le ricadute in tema di comunione legale, posto che, nel caso si dovesse ricollegare alla sentenza di rettificazione l'effetto risolutivo del vincolo coniugale, la cessazione del regime andrebbe riferita a quel momento, mentre nella contrapposta ipotesi occorrerebbe attendere (l'annotazione del)la sentenza di divorzio.

La prima delle due tesi, legata anche al tenore dell'art. 4, l. 14 aprile 1982, n. 164, secondo il quale la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio, non appare accettabile alla luce dell'attuale inserimento (a seguito della già citata riforma del 1987) della sentenza con la quale viene attribuito il nuovo sesso tra le cause che legittimano la richiesta di divorzio ⁽²⁰²⁾. Né in proposito sembra possibile replicare che questa conclusione, se portata alle estreme conseguenze, condurrebbe a far sì che, ove il divorzio non dovesse essere richiesto, potrebbe permanere un matrimonio tra persone divenute del medesimo sesso ⁽²⁰³⁾, atteso che, come si avrà modo di vedere tra breve ⁽²⁰⁴⁾, la differenza di sesso tra i nubendi, specie nella prospettiva comparata e internazionale, sta perdendo i suoi caratteri di elemento condizionante l'esistenza stessa del vincolo matrimoniale.

Neppure sembra possibile optare per una valenza meramente dichiarativa di questa sentenza di divorzio ⁽²⁰⁵⁾, nella più assoluta assenza di elementi che inducano a derogare ai principi generali in tema di scioglimento del matrimonio. Ne consegue che l'effetto risolutivo del regime legale andrà anche in questo caso ravvisato nell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio della sentenza di divorzio richiesta ed emanata ai sensi dell'art. 3 l.div., sebbene appaia difficile immaginare che, di fatto, nella peculiarissima

⁽²⁰⁰⁾ Cfr. TRABUCCHI, *La decorrenza degli effetti della sentenza di divorzio*, Nota a Cass., 8 luglio 1977, n. 3038, in *Giur. it.*, 1978, I, c. 51 ss.; l'Autore dissente con la sentenza annotata, la quale proponendo un'interpretazione non letterale dell'art. 10, l. div., individua i termini di decorrenza degli effetti *inter partes* del provvedimento di divorzio nel momento del suo passaggio in giudicato. Anche se, come osserva l'Autore, tale interpretazione mira a risolvere nel modo più equo alcuni problemi posti dal dettato della legge, come, ad esempio quello del *dies a quo* di corresponsione degli alimenti, istituisce però una distinzione, nella fattispecie inaccettabile, tra effetti *inter partes* ed effetti *erga omnes*. Nel medesimo senso v. anche A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, p. 668. *Contra*, per l'operatività *inter partes* della pronuncia di divorzio dal momento del passaggio in giudicato della sentenza cfr. TOMMASEO, *La trascrizione della sentenza e la decorrenza degli effetti civili*, in BONILINI e TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 e L. 1° dicembre 1970, n. 898*, cit., p. 962 s.; DI IASI, *Procedimenti di separazione e divorzio*, in AA. Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, II, Milano, 2002, p. 1451; tali ultimi Autori giudicano «formalistica» la tesi che lega tutti gli effetti della pronuncia di divorzio alla sua annotazione sui registri di stato civile, evidenziando altresì l'inconveniente costituito dall'impossibilità di ritenere divorziato il coniuge che dovesse eventualmente morire tra la data del passaggio in giudicato della sentenza e quella dell'effettuazione della formalità.

⁽²⁰¹⁾ Rilevano MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 305, nota 51, che gli ordinamenti di altri Paesi considerano la mancanza del vincolo matrimoniale un presupposto per la modificazione del sesso, richiedendo così implicitamente un preventivo scioglimento del matrimonio.

⁽²⁰²⁾ Anche secondo MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 305, nota 51, non si può più pensare ad un collegamento dello scioglimento della comunione legale alla «sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso», includente un divorzio automatico; la cessazione del regime legale della comunione resta ormai, anche in questo caso, dipendente dalla sentenza di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso.

⁽²⁰³⁾ In questi termini si esprime, criticando la scelta del legislatore, la dottrina quasi unanime: cfr., anche per gli ulteriori rinvii, MANTOVANI, *Il mutamento di sesso*, Sub art 3, n. 2, lett. g), l. n. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 252 s.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 159; ROSSI CARLEO, *Le cause di divorzio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, Torino, 1999, p. 356 s.

⁽²⁰⁴⁾ V. *infra*, § 11, in questa Parte II.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in AA. Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, II, cit., p. 1189 ss., spec. 1204 ss., la quale chiarisce che in questo caso la sentenza è di mero accertamento dell'intervenuto divorzio e non costitutiva; così anche AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 223.

situazione in esame, la procedura qui descritta non sia stata preceduta da una separazione personale che, come tale, abbia portato alla cessazione del regime legale ⁽²⁰⁶⁾.

10. La sentenza di annullamento del matrimonio. Generalità. Impossibilità di distinguere, quoad effectum, tra le varie cause di invalidità matrimoniale. – L'ultima causa, tra quelle qui passate in rassegna, di cessazione della comunione legale legata alla crisi coniugale – e, nella specie, anche al venir meno del vincolo coniugale, ancorché tale forma di *démariage* ⁽²⁰⁷⁾ sia, per ovvie ragioni, ben distinta da quella che consegue al divorzio o alla morte di uno dei coniugi – è rappresentata dall'annullamento del matrimonio ⁽²⁰⁸⁾.

La dottrina ha esattamente posto in luce come tale motivo di scioglimento rappresenti un'eccezione ai principi secondo i quali la pronuncia di nullità dovrebbe risalire, con tutti i suoi effetti, alla data del matrimonio, con conseguente eliminazione con effetto retroattivo (atteso che «quod nullum est, nullum producit effectum») di ogni rapporto giuridico avente la sua causa nel vincolo nuziale riconosciuto invalido ⁽²⁰⁹⁾. E' evidente che le legge ha voluto tener conto di un dato di fatto difficilmente sopprimibile: vale a dire la costituzione di una serie di rapporti giuridici attorno ad un complesso di beni e le vicende a cui questi sono andati, nel tempo soggetti ⁽²¹⁰⁾, conformemente, del resto, a quanto stabilito nel campo delle società (arg. *ex art. 2332 cpv. c.c.*), ove la nullità del contratto si traduce in causa di scioglimento del conseguente rapporto.

⁽²⁰⁶⁾ Da notare che la giurisprudenza, sia prima della riforma del 1987 (cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 996), che successivamente (cfr. Trib. Fermo, 28 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1656), ha ammesso che la domanda di divorzio possa essere introdotta all'interno del giudizio per rettificazione di attribuzione di sesso, e che si possa avere un'unica sentenza che adotti nello stesso tempo le due statuizioni, destinate a passare in giudicato contemporaneamente. La stessa giurisprudenza ha precisato che non è di ostacolo a siffatta soluzione l'impossibilità di inserire, nella struttura del procedimento che porta alla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, la procedura conciliativa davanti al presidente del tribunale, poiché detta procedura deve considerarsi del tutto impraticabile nel caso di specie, stante l'impossibilità del ripristino della comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Trib. Fermo, 28 febbraio 1996, cit., afferma altresì, in motivazione, che non è di ostacolo alla pronuncia di un'unica sentenza nemmeno l'eventuale diversa competenza territoriale del giudice della rettificazione dell'attribuzione di sesso (giudice del luogo di residenza del coniuge transessuale) e di quello del divorzio (giudice del luogo di residenza dell'altro coniuge), imponendosi l'attrazione della causa di divorzio nella causa logicamente pregiudiziale di rettificazione dell'attribuzione di sesso. La domanda di divorzio può essere proposta dal coniuge che abbia ottenuto la rettificazione, dall'altro coniuge, ovvero da entrambi (BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della L.N. 164/1982*, in BONILINI e TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio. Art. 149 e L. 1° dicembre 1970*, n. 898, cit., p. 280; v. inoltre SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, cit., p. 579). Si è sottolineato che nell'ipotesi in esame non potrebbero essere applicate alcune norme della l. div., come ad esempio l'art. 1 sull'accertamento dell'impossibilità di ricostituire o mantenere la comunione materiale e spirituale tra i coniugi, l'art. 4, settimo comma, sul tentativo di conciliazione, e forse anche l'art. 5, quinto comma, che limita il potere di impugnativa del p.m. alla sola parte della sentenza che riguarda gli interessi patrimoniali dei figli minori (cfr. LA TORRE, *op. cit.*, p. 1203 s.).

⁽²⁰⁷⁾ L'espressione *démariage*, intraducibile nella nostra lingua, indica da parecchi secoli al di là delle Alpi tutte quelle cause che consentono a due persone di sbarazzarsi in un modo o nell'altro del vincolo matrimoniale (cfr. CARBONNIER *Droit civil*, 2, *La famille*, cit., p. 159 s., che riporta il precedente del *desmariage* di Enrico IV dalla regina Margot, consistente, propriamente, in un annullamento; definisce *démariage* come «déclarer nul un mariage pour cause d'impuissance ou de parenté, ou pour quelqu'autre empêchement dirimant» C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, Paris, 1769, p. 429; per un caso di contratto di *démariage* del XVII secolo cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 93 s.). Il termine è stato in tempi più recenti «recuperato» e rivalutato proprio in funzione della sottolineatura della soluzione negoziata e consensuale della crisi della coppia coniugata: «Au sens juridique, le *démariage* n'est pas autre chose que le divorce; au sens social et culturel, c'est le bouleversement de l'ordre symbolique qu'entraîne la privatisation du lien matrimonial. Mais le *démariage* a aussi un sens idéologique : c'est un certain idéal de ce que doit être, hors du droit, la négociation d'une rupture amoureuse (cfr. THERY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993, p. 7 ss., 169 ss.).

⁽²⁰⁸⁾ In generale sugli effetti patrimoniali della sentenza d'annullamento del matrimonio cfr., anche per ulteriori rinvii, oltre agli Autori che verranno citati in questo § e nei seguenti, PETRONCELLI, *L'efficacia civile della sentenza di nullità del matrimonio religioso ed il nodo dei suoi riflessi nel campo patrimoniale delle parti*, in *Dir. eccl.*, 1983, II, p. 78 ss.; VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 870 ss.; AULETTA, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, p. 305 ss.; PALAZZOLO, *La tutela del coniuge putativo inter vivos e mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 1027 ss.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. *ex multis* F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 177; esprime dubbi sul fatto che i compilatori della riforma del diritto di famiglia siano stati davvero consapevoli di una così sottile implicazione sistematica SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 292.

⁽²¹⁰⁾ Così sempre F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 177.

In dottrina si è affermato ⁽²¹¹⁾ che il legislatore avrebbe voluto comprendere fra le cause di cessazione della comunione legale solo quelle invalidità matrimoniali che importano annullabilità e non quelle sanzionate con la nullità, come potrebbe risultare confermato, a tutta prima, dal fatto che la previsione normativa si limita, testualmente, all' «annullamento» del matrimonio. Secondo quest'impostazione, la dichiarazione di nullità non consentirebbe di tener fermo il regime della comunione anteriormente alla sentenza. Subentrerebbero, in tali ipotesi, le regole generali del regime, cosicché, potrebbe avvalersi della comunione solo il coniuge in buona fede. Si è specificato che «per quanto concerne i casi in cui il matrimonio è del tutto nullo, non si verifica neppure provvisoriamente il fatto cui la legge subordina l'efficacia delle convenzioni matrimoniali (o della comunione legale)», anche se si è aggiunto che «ciò non significa che la dichiarazione di nullità del matrimonio abbia sempre efficacia retroattiva, in relazione ai rapporti che di fatto si sono instaurati tra le parti; significa solo che l'irretroattività è conseguenza solo eventuale della dichiarazione di nullità, e va subordinata al concreto accertamento delle circostanze che la possono giustificare» ⁽²¹²⁾.

Ora, a parte le considerazioni che si svolgeranno tra breve per ciò che attiene ai rapporti con l'istituto del matrimonio putativo, va detto che, alla tesi di cui sopra, si è esattamente obiettata ⁽²¹³⁾ l'impossibilità di distinguere, nel nostro ordinamento matrimoniale positivo, le categorie della nullità da quelle dell'annullabilità ⁽²¹⁴⁾.

Il codice civile, invero, sotto la sezione VI del titolo VI del capo III del libro I, intitolata *Delle nullità del matrimonio* comprende una serie diversificata di fattispecie che soltanto parzialmente possono inquadarsi nella categoria dell'invalidità secondo la tradizionale bipartizione in nullità e annullabilità, configurata dal legislatore in ambito contrattuale. Nel caso del matrimonio spesso i caratteri della nullità e dell'annullabilità si mescolano in funzione della peculiarità del rapporto considerato e degli interessi sottesi, rispetto ai quali la purezza e consapevolezza della volontà (iniziale ed attuale) rivestono un ruolo preminente. E così, accanto a ipotesi di nullità e annullabilità «pura» (art. 117, primo comma, 120 e 122 c.c.), si affiancano ipotesi in cui la nullità ha carattere meramente relativo (art. 124 c.c.) e l'annullabilità carattere, invece, assoluto (art. 119 c.c.) ⁽²¹⁵⁾.

Non solo. La normativa più recente in materia – anche per via della fonte sovranazionale da cui promana – sembra mostrare una propensione per l'utilizzo del concetto di «annullamento» (del matrimonio) inteso come comprensivo di ipotesi sicuramente ascrivibili anche alla materia della nullità. Così non possono esservi dubbi sul fatto che il concetto di «annullamento del matrimonio» di cui al Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (c.d. Regolamento «Bruxelles II») ed al successivo Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (c.d. Regolamento «Bruxelles II bis») abbracci anche le ipotesi di nullità (cui, sul piano meramente testuale, i riferiti strumenti non fanno cenno alcuno) ⁽²¹⁶⁾.

11. La sentenza di annullamento del matrimonio e i rapporti con l matrimonio putativo. Le pronunce emesse da organi giurisdizionali stranieri e dai tribunali ecclesiastici. – La riferita impossibilità di operare una netta distinzione, sul piano concettuale, tra nullità ed annullabilità matrimoniale, se è certamente

⁽²¹¹⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 123.

⁽²¹²⁾ Così LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, p. 249.

⁽²¹³⁾ Cfr. per tutti ROSSI CARLEO, *Cause di scioglimento della comunione*, cit., p. 877 ss.; GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 183 ss.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 592 s., nota 48.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. sul tema FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile: l'invalidità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 2, Torino, 1982, p. 623 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 509 ss.; DOSSETTI, *Il sistema delle invalidità matrimoniali*, in AA. Vv., *Il diritto di famiglia ipertestuale*, diretto da Bonilini, Torino, 2002; M. DOGLIOTTI, *Gli effetti del matrimonio invalido. Il matrimonio putativo*, in AA. Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, I, Milano, 2002, p. 712 ss.; MONETA, *Il matrimonio nullo. Diritto civile, canonico e concordatario*, Piacenza, 2005. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 459, osserva al riguardo che, ad ipotesi di nullità e annullabilità pura (art. 117, primo comma, 120 e 122 c.c.) si affiancano fattispecie in cui la nullità ha carattere relativo (art. 124 c.c.) e l'annullabilità carattere assoluto (art. 119 c.c.). Per la riferibilità del termine «annullamento» di cui all'art. 191 c.c. ad ogni forma di invalidità matrimoniale è anche SOLIMENE, *op. cit.*, p. 165, 168 ss. (con ulteriori rinvii).

⁽²¹⁵⁾ Il rilievo è di GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 459.

⁽²¹⁶⁾ Si noti che, invece, l'art. 32 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) menziona espressamente sia la nullità che l'annullamento del matrimonio.

inevitabile, non deve all'estremo opposto indurre a ricollegare l'effetto descritto dagli artt. 191 ss. c.c. alla sola ipotesi di matrimonio putativo⁽²¹⁷⁾. La conseguenza di tale non divisibile proposta sarebbe quella per cui, in difetto di buona fede in capo ad entrambi i coniugi, l'annullamento dovrebbe operare con effetto retroattivo e la comunione, anziché sciogliersi *ex nunc*, verrebbe ad essere travolta *ex tunc*, al pari di quanto accade per ogni altro effetto del matrimonio.

Ora, se è indubbiamente vero che l'art. 128 c.c. lega la produzione, da parte del matrimonio invalido, degli effetti del matrimonio valido solo alla presenza della circostanza che i coniugi abbiano contratto il vincolo «in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi», è altrettanto vero che l'art. 191 c.c. si limita a presupporre l'annullamento (*tout court*) del matrimonio, a prescindere dallo stato soggettivo dei nubendi⁽²¹⁸⁾. Proprio dal raffronto tra tali due disposizioni nasce il convincimento per cui i requisiti della prima non possono ritenersi costituire elemento costitutivo della fattispecie di cui alla seconda.

L'argomento secondo cui solo nella ricorrenza dei presupposti *ex art.* 128 c.c. si potrebbe spiegare la mancanza di efficacia retroattiva della sentenza, essendosi «la comunione legale (...) validamente instaurata nonostante l'invalidità del matrimonio»⁽²¹⁹⁾, non appare convincente. Esso, infatti, presuppone che il fenomeno, indubbiamente eccezionale, della produzione di effetti da parte di un matrimonio invalido non possa essere disciplinato se non dalle norme sul matrimonio putativo, senza tenere presente che altri effetti ben possono desumersi da distinte norme e, segnatamente, proprio dall'art. 191 c.c. In altri termini, l'inserimento dell'annullamento tra le cause di scioglimento manifesta al di là di ogni dubbio l'intento legislativo di considerare che il regime legale deve comunque ritenersi validamente sorto.

A ciò s'aggiunga che un regime patrimoniale della famiglia, che inevitabilmente coinvolge i patrimoni di entrambi i coniugi, non può ritenersi sussistente per uno solo di essi, come invece richiesto dalla tesi qui criticata, qualora dovesse essere portata alle sue estreme conseguenze, posto che l'art. 128, terzo comma, c.c. stabilisce, come noto, che «Se le condizioni indicate nel primo comma si verificano per uno solo dei coniugi, gli effetti valgono soltanto in favore di lui e dei figli»⁽²²⁰⁾. Né può considerarsi la comunione instaurata per entrambi i coniugi anche quando uno solo di essi sia in buona fede, perché, allora,

⁽²¹⁷⁾ Come invece suggerito da MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 301; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 401; T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 54.

⁽²¹⁸⁾ Anche LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 246, rileva che l'art. 191 c.c. stabilisce «indiscriminatamente l'irretroattività dell'annullamento del matrimonio (...) sulla comunione dei beni».

⁽²¹⁹⁾ Così PARENTE, *Effetti ex art. 128, 3° comma, cc., del matrimonio putativo sulla sorte dei beni non personali acquistati separatamente dai coniugi in regime di comunione legale*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, II, p. 964 ss.; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 301; T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 54.

⁽²²⁰⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 441, per il quale la tesi deve, peraltro, essere criticata sin dal suo presupposto di limitazione al matrimonio putativo, dal momento che questo peculiare fenomeno può realizzarsi per uno solo dei coniugi, se solo questi sia in buona fede, «mentre la comunione non può valere per un coniuge sì e per l'altro no, a meno di concedere una opzione al coniuge di buona fede»; di analogo contenuto la critica espressa da GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 390; anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 593, nega rilievo alla questione della sussistenza o meno dei requisiti richiesti dall'art. 128 c.c. Nello stesso senso v. anche FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 695, la quale si esprime a favore dell'annullamento come causa di scioglimento della comunione *ex nunc*, del tutto indipendentemente dalla buona o mala fede dei coniugi, in ragione non solo del dettato normativo, dal quale resta escluso qualsiasi riferimento ad una simile situazione soggettiva, ma anche dell'opponibilità ai terzi del regime di comunione legale e della relativa disciplina della pubblicità.

In senso contrario sono invece orientati MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 300 s., i quali ritengono che non avrebbe senso considerare esistente una comunione legale tra coniugi che siano entrambi in mala fede, di guisa che, nonostante l'inserimento dell'ipotesi dell'annullamento del matrimonio tra le cause di scioglimento della comunione senza alcuna limitazione, l'annullamento dovrebbe intendersi produttivo dello scioglimento solo se riferito ad un matrimonio putativo e, quindi, anche nel caso in cui un solo coniuge fosse in buona fede. In questo senso v. anche T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 54, il quale segnala che solo in presenza dei requisiti del matrimonio putativo potrebbe parlarsi di scioglimento della comunione, altrimenti mai costituitasi, in quanto la pronuncia di annullamento sarebbe destinata ad incidere retroattivamente non solo sul rapporto patrimoniale, ma anche sul suo atto costitutivo, precisando altresì che, in presenza di un matrimonio putativo, gli effetti della cessazione del regime potrebbero decorrere dal momento della proposizione della domanda di annullamento, solo l'opponibilità ai terzi restando subordinata all'annotazione della sentenza a margine dell'atto di matrimonio. Di contrario avviso rispetto all'opinione di cui al testo è inoltre PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 402 s., per il quale la comunione (*rectius* le norme che la disciplinano) potrebbe valere anche per uno solo dei coniugi, nel caso soltanto costui fosse in buona fede.

sembrerebbe non avere più senso prendere come punto di riferimento la disciplina del matrimonio putativo, della quale sarebbero così negati i presupposti razionali ⁽²²¹⁾.

Proprio dall'art. 128 c.c., quindi, può desumersi, *a contrariis*, che laddove il legislatore ha voluto attribuire rilievo allo stato soggettivo del coniuge, ciò ha stabilito espressamente, con la conseguenza che senz'altro preferibile appare la tesi prevalente ⁽²²²⁾, secondo la quale, per l'appunto, ogni pronuncia di invalidità, a prescindere dallo stato soggettivo dei coniugi, sia causa di scioglimento del regime legale.

L'ampio concetto di invalidità cui si è fatto richiamo ricomprende sia le pronunce di nullità del matrimonio rese dal giudice civile, sia quelle emesse da organi giurisdizionali stranieri e dai tribunali ecclesiastici, quando queste, rispettivamente, siano riconosciute e abbiano acquisito efficacia in Italia e siano rese esecutive a seguito del procedimento instaurato innanzi alle competenti corti di appello. Opinione prevalente è che in questi casi la cessazione della comunione legale operi dal momento in cui la pronuncia straniera e quella ecclesiastica hanno acquistato efficacia nell'ordinamento italiano, secondo le disposizioni processuali rispettivamente loro applicabili ⁽²²³⁾. Nessun rilievo ai fini in esame assumeranno invece le eventuali dispense *super rato et non consummato* concesse dall'autorità ecclesiastica; sul punto, a seguito della l. 25 marzo 1985, n. 121 (contenente ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984 per la modifica del Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929 tra l'Italia e la Santa Sede), la normativa vigente non contiene più alcun riferimento alla esecutività agli effetti civili dei provvedimenti di dispensa predetti, come attesta il fatto che l'art. 8, cpv., l. cit., limita la dichiarazione di efficacia nella Repubblica, mediante lo speciale procedimento di delibazione davanti alla corte d'appello ivi previsto, alle sole sentenze di nullità del matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici.

Benché la pronuncia ecclesiastica comporti il venir meno del vincolo sin dall'origine, può dirsi certo che la riscontrata e dichiarata nullità non si produce nell'ordinamento statale sino a quando non intervenga la sentenza che la riconosca e sia la stessa passata in giudicato, con il perfezionamento della procedura tesa alla sua delibazione ⁽²²⁴⁾, così che il problema dell'individuazione del momento al quale ricollegare lo scioglimento della comunione si presenta in termini non dissimili da quelli propri delle sentenze di annullamento rese dal giudice civile ⁽²²⁵⁾.

Per quanto attiene, invece, alle pronunce di autorità giurisdizionali straniere, la cessazione della comunione legale (sempre, ovviamente, a condizione che il regime patrimoniale legale italiano sia quello applicabile alla coppia *de qua*) deve ritenersi alla stregua di uno degli effetti prodotti da quel riconoscimento automatico e non necessitante «il ricorso ad alcun procedimento» di cui parlano gli artt. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218 e 21, Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000 (c.d. «regolamento Bruxelles II bis»).

Secondo la dottrina dovrebbero, invece, restare escluse le poche ipotesi riconducibili alla nozione di riscontrata inesistenza del rapporto coniugale ⁽²²⁶⁾, sebbene, ad avviso di chi scrive, i mutamenti intervenuti nel costume sociale, la conoscenza e la circolazione dei modelli stranieri, dovrebbero orientare ad una nozione di ordine pubblico tale da non ritenere più come contraria ai principi basilari del nostro sistema, e dunque non più inesistente, un'unione matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso ⁽²²⁷⁾.

⁽²²¹⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 390.

⁽²²²⁾ Cfr. per tutti GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 183 ss.; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 390 s.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 593.

⁽²²³⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 593 ss.

⁽²²⁴⁾ Nel senso che «la sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio rende applicabili, per effetto della delibazione, le norme (...) regolanti casi e modalità di scioglimento della comunione dei beni fra coniugi; comunione che continua a sussistere nella forma legale, al fine della divisione in parti eguali dell'attivo e del passivo (articolo 194, 1° co., c.c.)» v. Cass., 24 luglio 2003, n. 11467.

⁽²²⁵⁾ Sul tema (anche per i richiami al precedente intervento sul punto della Consulta, che portò nel 1984-85 alla revisione dei patti lateranensi) cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 593, la quale nota inoltre che neppure l'entrata in vigore del nuovo sistema di diritto internazionale privato ha inciso sulla materia concordataria, così come confermato dall'art. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218, laddove è previsto che le disposizioni della stessa legge «non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia».

⁽²²⁶⁾ Cfr. sul punto ANELLI, *Il matrimonio, Lezioni*, Milano, 1998, p. 63 s., per il quale l'inesistenza si configurerebbe nel caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso o di mancanza di celebrazione o, ancora, di totale mancanza del consenso. Per un'ampia disamina della dottrina sul punto e precisi rilievi critici, cfr. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 540 ss.

⁽²²⁷⁾ Sul tema, che non può certo essere affrontato in questa sede e per una panoramica delle varie questioni sottese al *same sex marriage* ed alle unioni tra persone del medesimo sesso cfr. per tutti BONINI BARALDI, *Società pluraliste e*

12. Sulla determinazione del momento da cui decorre lo scioglimento.

12.1. Esclusione della retroattività al momento di instaurazione del regime. – Anche per l'annullamento del matrimonio si pone il problema dell'individuazione del momento a partire dal quale si può ritenere sciolta la comunione. Sul punto la dottrina concorda sulla necessità di una sentenza passata in giudicato, ma diverge sulla questione della possibile retroattività degli effetti. Quest'ultimo interrogativo va studiato in relazione tanto alla possibilità di una retroattività *ex tunc*, vale a dire sino al momento dell'instaurazione del regime, così come all'alternativa di una retrodatazione degli effetti a partire dal momento di presentazione della domanda.

Per quanto attiene al primo di questi due aspetti, va detto che la tesi di una retroattività che cancellerebbe *in toto* gli effetti del regime, sin dal momento della sua costituzione⁽²²⁸⁾, appare smentita dalla considerazione che l'annullamento del matrimonio opera come causa di scioglimento (e non già di invalidità) del regime *ope legis* e non *ope iudicis* e cioè autonomamente rispetto al contenuto determinativo della sentenza⁽²²⁹⁾. A parte l'evidente contrarietà rispetto all'opzione normativa concretamente adottata della tesi qui criticata, va aggiunto che quest'ultima sembra porsi in contrasto rispetto al principio della solidarietà coniugale, su cui ciascuno dei coniugi ha fatto affidamento nel periodo della convivenza, apparendo persino contrario ad ogni logica consentire che una pronuncia di nullità del vincolo finisca con il trascinare nel nulla gli esiti di una collaborazione che, anche sul piano economico, si è comunque tra le parti realizzata e talvolta protratta per un consistente lasso di tempo⁽²³⁰⁾. Per non dire poi del fatto che, come pure posto in rilievo, la risoluzione solo con effetto *ex nunc* del regime patrimoniale della famiglia si pone in armonia con l'esigenza di assicurare adeguata protezione ai diritti dei terzi che abbiano fatto affidamento sulla situazione esistente e di tenere fermi gli atti (di amministrazione, di disposizione ecc.) compiuti sia dai coniugi che dai terzi sul presupposto dell'esistenza di un determinato regime patrimoniale⁽²³¹⁾.

Queste esigenze di tutela dell'affidamento appaiono assai profondamente avvertite anche a livello giurisprudenziale, come dimostra, ad esempio, quella decisione di legittimità che, in relazione al lavoro espletato in seno alla comunità familiare da parte della moglie che per svariati anni aveva prestato le sue

modelli familiari: il matrimonio di persone dello stesso sesso in Olanda, in *Famiglia*, 2001, p. 419 ss.; ID., *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, Nota a Trib. Latina, 10 giugno 2005, in *Fam. dir.*, 2005, p. 411 ss.; ID., *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, *passim*, in partic. p. 236 ss.; LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 211 ss.; BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di Diritto Civile, Comunitario e Comparato*, Milano, 2008.

⁽²²⁸⁾ Su cui cfr. CELONA, *Matrimonio e patrimonio*, cit., p. 112, ad avviso del quale l'annullamento del matrimonio, a qualunque causa sia riconducibile, comporta lo scioglimento della comunione con effetti che retroagiscono sino alla data di costituzione della comunione stessa, con la sola avvertenza che rimarranno salvi i diritti dei terzi in buona fede che abbiano acquistato dalla comunione il possesso di cose mobili, o che siano stati parte di contratti debitamente trascritti prima della trascrizione della domanda giudiziale di annullamento del matrimonio. Sul tema v. anche A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 120.

⁽²²⁹⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 391; v. inoltre A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1126; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 649; VENDITTI, *La comunione legale: lo scioglimento*, cit., p. 249; LO MORO BIGLIA, *Lo scioglimento della comunione tra i coniugi*, cit., p. 160 ss.; SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 599 s.

⁽²³⁰⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 599 s.; v. inoltre A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1126, i quali segnalano come la ricostruzione riferita per ultima nel testo sia l'unica accettabile e in armonia con il sistema, non solo e non tanto per la tutela delle posizioni dei terzi, quanto, in particolare, per il fatto che la comunione legale trova il proprio fondamento nella collaborazione che, anche sul piano patrimoniale, caratterizza – o, almeno, dovrebbe caratterizzare – ogni unione matrimoniale, cosicché sarebbe arbitrario, una volta accertata la nullità del vincolo, porre nel nulla ciò che *in rerum natura* è esistito, cioè a dire la convivenza, la collaborazione nell'interesse della famiglia, gli acquisti effettuati nello spirito della comunione. Sulla medesima linea GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 460, secondo il quale l'applicazione del principio *quod nullum est, nullum producit effectum* porterebbe a conseguenze troppo rigide, specie ove si consideri che molte, se non tutte, le cause che determinano l'annullabilità del matrimonio comportano in concreto l'effettivo prodursi tra i coniugi di quella comunione di vita materiale e spirituale che sta alla base del regime legale di comunione. Sempre nello stesso senso v. anche CENTINEO CAVARRETTA MAZZOLENI, *Separazione personale dei coniugi, comunione legale e limiti nella deliberazione della sentenza canonica di nullità*, Nota a Cass., 24 luglio 2003, n. 11467, in *Dir. eccl.*, 2005, p. 42 ss.; FIGONE, *Nullità del matrimonio e scioglimento della comunione legale*, Nota a Cass., 24 luglio 2003, n. 11467, in *Fam. dir.*, 2004, p. 16.

⁽²³¹⁾ Cfr. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 243 ss.

attività lavorative «a vantaggio dell'impresa alberghiera del marito», negata la presenza di una comunione tacita familiare (ai sensi della normativa previgente alla riforma del 1975) per difetto del requisito dell'*affectio familiaris* e constatato l'intervenuto l'annullamento del vincolo matrimoniale per effetto di delibazione di sentenza ecclesiastica, ha riconosciuto al coniuge il diritto ad una somma a titolo di arricchimento ingiustificato⁽²³²⁾. Situazione, questa, che, come evidenziato in altra sede⁽²³³⁾, proprio per difetto di un (valido) matrimonio, presenta non poche assonanze con quella della convivenza *more uxorio*, ancorché l'indennizzo *ex artt.* 2041 e 2042 c.c. sia stato riconosciuto per quelle sole «prestazioni 'lavorative', che non sono certamente le attività che il coniuge svolge nell'ambito della famiglia (le quali costituiscono espletamento dei doveri che derivano dal matrimonio e che nella specie erano divenute prive di causa), sibbene quelle che la [moglie] espletò nell'albergo anche (ma non solo) a favore del marito e dell'attività d'impresa da lui esercitata».

La dottrina⁽²³⁴⁾ non ha del resto mancato di sottolineare l'analogia con quanto accade in presenza di rapporti negoziali di fatto, dove si prevede che la nullità o l'annullabilità dell'atto non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione (cfr. art. 2126 c.c.), rilevando che a maggior ragione, una prospettiva di questo tipo deve essere seguita in presenza di negozi personalissimi, quali quello matrimoniale, in cui i profili personali e patrimoniali si intrecciano a tal punto da non essere facilmente scindibili, con la conseguenza che, a prescindere dalle vicende dell'atto (di matrimonio), devono essere preservati gli effetti prodotti dalla relazione concretamente svoltasi tra le parti; sicché, la caducazione della comunione non può determinarsi se non con efficacia *ex nunc*.

12.2. Esclusione della retroattività al momento di presentazione della domanda di annullamento. Conseguenze dell'annullamento per bigamia. – Venendo poi alla tesi che afferma la retroattività degli effetti alla data di presentazione (da parte di uno dei coniugi) della domanda d'annullamento del matrimonio, va detto che, secondo alcuni, essa sembrerebbe trovare un appiglio nella norma (art. 146 cpv. c.c.) che consente, in questo caso, l'allontanamento dalla residenza familiare⁽²³⁵⁾, mentre, ad avviso di altri, sarebbe necessario distinguere l'ipotesi in cui alla proposizione della domanda di annullamento si accompagna la separazione personale dei coniugi in pendenza di giudizio da quella in cui tale separazione non vi sia stata; ne

⁽²³²⁾ Cfr. Cass., 29 maggio 1992, n. 6531, in *Riv. dir. comm.*, 1995, II, p. 67, con nota di DI COLA: «L'annullamento del vincolo matrimoniale, intervenuto a seguito di sentenza ecclesiastica, elimina la causa dell'attività di lavoro prestata nell'impresa del marito; essa trova nell'azione di ingiustificato arricchimento adeguato strumento di tutela, nei limiti di una specifica domanda dimostrativa dell'ammontare dovuto». La parte rilevante della motivazione recita come segue: «Con il terzo motivo la [moglie] denuncia la violazione degli artt. 2041 e 2042 c.c., nonché il vizio di motivazione incongrua e contraddittoria, per avere la sentenza impugnata, concedendo solo il rimborso a titolo di arricchimento senza causa della somma di L. 1.200.000 da lei data nel 1960, negato un'equa indennità a compenso del lavoro prestato. Il motivo è fondato. La Corte di Roma ha affermato, in punto di fatto, che la [moglie] ebbe ad effettuare prestazioni 'lavorative' durante il periodo di convivenza coniugale, allorquando ella e il [marito] iniziarono ad abitare nell'albergo in cui il secondo (senza associarsi alla [moglie] in un rapporto societario o di comunione familiare, come sopra ricordato) svolgeva la propria attività d'impresa. La Corte territoriale ha tuttavia ritenuto che tali prestazioni vennero effettuate in cambio del vitto e dell'alloggio fornitole dal marito pur se al di fuori del rapporto matrimoniale, venuto meno con effetti *ex tunc* a seguito della sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio. Sennonché le prestazioni lavorative per le quali si chiedeva un indennizzo, dopo il venir meno della causa, non erano evidentemente solo quelle inerenti al consorzio coniugale, sebbene anche quelle svolte, sia pure senza carattere e *animus* societario, a vantaggio dell'impresa alberghiera del [marito]. La motivazione che si legge nella sentenza impugnata sul punto risulta contraddittoria quando nega l'indennizzo *ex artt.* 2041-2042 c.c., dopo avere ammesso che la [moglie] fornì prestazioni 'lavorative', che non sono certamente le attività che il coniuge svolge nell'ambito della famiglia (le quali costituiscono espletamento dei doveri che derivano dal matrimonio e che nella specie erano divenute prive di causa), sebbene quelle che la [moglie] espletò nell'albergo anche (ma non solo) a favore del marito e dell'attività d'impresa da lui esercitata. L'aver attribuito a tali prestazioni, al fine di negare ogni indennizzo *ex artt.* 2041-42 c.c., la causa costituita dalla somministrazione del vitto e dell'alloggio rappresenta un evidente errore di prospettiva ed una chiara elusione della domanda. La sentenza della Corte di Appello va perciò cassata su tale punto perchè il giudice di rinvio accerti – possibilmente in base alle prove già acquisite – l'esistenza e la consistenza di dette prestazioni lavorative, che non trovano causa nel matrimonio, secondo le regole proprie dell'azione esperita. Il ricorso principale va pertanto accolto entro tali limiti».

⁽²³³⁾ Cfr. OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., p. 60 s.

⁽²³⁴⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 462.

⁽²³⁵⁾ Così SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 439; L. RUBINO, *Particolarità dello scioglimento nelle ipotesi di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio*, cit., p. 922; MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, I, *Profili sostanziali*, cit., p. 9; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 591 s.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 400 s.

deriverebbe che, nel primo caso, lo scioglimento della comunione decorrerebbe dal momento della notifica dell'atto introduttivo, e nel secondo, invece, solo da quello della pronuncia⁽²³⁶⁾.

Ma in senso contrario si può obiettare che una retrodatazione degli effetti dello scioglimento sino al momento della domanda sembra oggi porsi in irrimediabile contrasto, oltre che con il già citato art. 10, l. div., anche con le linee dottrinali giurisprudenziali consolidate nel tempo⁽²³⁷⁾, volte ad escludere ogni rilievo, ai fini dello scioglimento del regime patrimoniale, della mera cessazione della convivenza⁽²³⁸⁾. Non manca poi chi limita tale ultima conclusione al tema dei rapporti tra le parti, legando invece la produzione degli effetti verso i terzi all'annotazione della sentenza a margine dell'atto di matrimonio⁽²³⁹⁾. Conclusione, questa, contro la quale potrebbe opporsi la già illustrata mancanza di una disposizione che leghi all'effettuazione dell'annotazione l'opponibilità dello scioglimento verso i terzi.

La determinazione del *dies a quo* per la produzione degli effetti della pronuncia di annullamento sul regime legale è importante anche al fine di risolvere possibili problemi di sovrapposizioni tra più cause estintive. Così, in un caso in cui la delibazione era stata preceduta dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione, un giudice siciliano ha condivisibilmente ritenuto cessato il regime di comunione con decorrenza *ex nunc* da quest'ultimo momento, escludendo la possibilità di retroazione degli effetti all'atto della presentazione della domanda di annullamento, ancorché anteriore al passaggio in giudicato della sentenza di delibazione⁽²⁴⁰⁾.

Un problema specifico, che il legislatore non si è posto, attiene al possibile annullamento del matrimonio per bigamia. Attesa, infatti, la non retroattività della declaratoria di invalidità del secondo matrimonio, si potrebbe concretamente verificare una sorta di *overlapping* tra due regimi comunitari, con due coniugi diversi: una sorta, se ci si passa l'espressione, di «bigamia patrimoniale legale», che verrebbe a

⁽²³⁶⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 177 s.; ROSSI CARLEO, *Cause di scioglimento della comunione*, cit., p. 882; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 83.

⁽²³⁷⁾ Su cui v. *supra*, § 1, in questa Parte II.

⁽²³⁸⁾ Per quest'osservazione v. anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 391 s. *Contra*, per il rilievo della convivenza e della relativa cessazione cfr. il già ricordato avviso di BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 592, il quale, valorizzando ancora una volta il venir meno della convivenza coniugale, segnala che la comunione dovrebbe sciogliersi, almeno tra le parti, allorché la domanda di annullamento sia stata proposta da uno dei coniugi (con la precisazione che in questo caso, a differenza di quanto accade nei procedimenti di separazione e di divorzio, non esiste l'udienza presidenziale di comparizione dei coniugi, possibile alternativo termine di riferimento), mentre subordina l'opponibilità ai terzi dell'annotazione della sentenza a margine dell'atto di matrimonio. L'Autore segnala anche che, nel caso di concorso tra processo di annullamento e procedimento di separazione personale (o procedimento di divorzio), dovrebbe prevalere, data l'importanza del collegamento causale tra convivenza e comunione legale, testimoniata dall'inclusione della separazione personale come causa di scioglimento, la seconda causa, con l'effetto che se la rottura della convivenza è anteriore rispetto alla domanda di annullamento, gli effetti dello scioglimento dovrebbero decorrere da quella data, anche qualora venga successivamente pronunciata la separazione *ex art.* 126 c.c. Per un'opinione simile a quella di cui al testo cfr. invece LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 242 ss., secondo la quale l'applicazione dei principi generali in tema di retroattività dell'annullamento porta a ritenere irrilevante la buona o la mala fede dei coniugi, dal momento che la soluzione preferibile deve essere individuata in quella che testualmente risulta dagli artt. 171, primo comma, e 191, primo comma, c.c. «che stabiliscono indiscriminatamente l'irretroattività dell'annullamento del matrimonio sul fondo patrimoniale e sulla comunione dei beni».

⁽²³⁹⁾ Cfr. SERVETTI, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 601, la quale rileva che, per quanto riguarda tale annotazione, occorre segnalare che l'abrogato art. 133, r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, prevedeva al primo comma, n. 2, l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio delle sentenze e dei provvedimenti indicati nell'art. 125, quinto comma, nn. 6 e 8, ovvero – per quanto qui rileva – delle sentenze, passate in giudicato, con le quali si dichiarava nullo un matrimonio (per le quali l'art. 125 prevedeva del pari l'obbligo di trascrizione nella serie C). La nuova e vigente disciplina di cui al d.p.r. 396/2000 e, segnatamente, l'art. 69 inerente alle annotazioni negli atti di matrimonio, contempla solo, alla lett. e), l'annotazione «delle sentenze con le quali si pronuncia l'annullamento della trascrizione dell'atto di matrimonio», ipotesi che può in verità apparire difforme rispetto a quella della sentenza che pronuncia la nullità o l'annullamento del matrimonio e che potrebbe indurre a ipotizzare una consapevole esclusione al riguardo ad opera del legislatore della riforma. Secondo l'Autrice, tuttavia, appare difficile aderire a questa ipotesi, se non altro perché l'art. 69 prevede un'ampia categoria di atti e sentenze soggetti ad annotazione, così che sarebbe quanto meno anomala la scelta di prendere in considerazione a detto fine di pubblicità le sentenze «che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia straniera di nullità (...) del matrimonio» e non quelle che, rese dai tribunali italiani, abbiano identico contenuto e finalità.

⁽²⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Catania, 9 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 3084; in *Giur. merito*, 2001, I, p. 1263; alla questione accenna anche, pur senza prendere posizione, Cass., 24 luglio 2003, n. 11467. Secondo BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 592, che fa retroagire gli effetti dello scioglimento alla data di presentazione della domanda, tanto per la separazione, che per l'annullamento, nel caso di concorso tra questi due tipi di procedimenti deve prevalere lo scioglimento determinato dalla separazione, mentre per i terzi si dovrà avere riguardo alle diverse forme di pubblicità previste per le singole cause di scioglimento.

presentare problemi praticamente insolubili. Ad avviso della dottrina dovrebbe pertanto operarsi una scelta in favore del regime legale di uno solo dei due matrimoni, vale a dire del primo ⁽²⁴¹⁾. La soluzione pare senz'altro condivisibile ed argomentabile dagli artt. 68 e 584 cpv. c.c., dai quali può trarsi un principio generale di tutela del primo matrimonio, di fronte alla necessità di evitare il concorso, ritenuto inopportuno, tra due coniugi dello stesso *de cuius* ⁽²⁴²⁾. Quanto sopra non vale, ovviamente, nel caso in cui il primo regime dovesse essersi sciolto per una qualche ragione (si pensi alla separazione legale o alla stipula di una convenzione di separazione dei beni), non determinandosi qui un'ipotesi di concorrenza. In questo caso, pertanto, il secondo regime subentra al primo e spiega i suoi effetti.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. ROSSI CARLEO, *Cause di scioglimento della comunione*, cit., p. 881.

⁽²⁴²⁾ Secondo BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 593, invece, rilevarebbe la rottura della convivenza, a seconda che si sia verificata nel primo o nel secondo rapporto; ma la tesi parte dal presupposto, inaccettabile, che la separazione di fatto possa rilevare quale causa di scioglimento del regime legale.

PARTE III

LA DIVISIONE DEI BENI GIA' IN COMUNIONE LEGALE E L'USUFRUTTO GIUDIZIALE

SOMMARIO: SEZIONE I – LA DIVISIONE: PRINCIPI, FORME E FASI – 1. Sul diritto di chiedere la divisione e sulla sua disponibilità. – 2. L'art. 194 c.c. e la divisione in parti uguali dell'attivo. – 2.1. Generalità e genesi della norma. La sua derogabilità, una volta intervenuto lo scioglimento del regime. – 2.2. Sull'inderogabilità per via convenzionale dell'art. 194, primo comma, c.c. – 3. L'art. 194 c.c. e la ripartizione del passivo. Sul «bilancio della comunione». – 4. La divisione contrattuale. Generalità. Questioni di forma. – 5. La divisione convenzionale nell'ambito degli accordi di separazione consensuale. – 5.1. Problemi di ammissibilità e d'efficacia. – 5.2. Problemi di forma. – 6. La divisione giudiziale. Generalità. Norme sullo scioglimento della divisione ereditaria applicabili e non applicabili. Le fasi della divisione. – 7. La stima dei beni. – 8. Divisione degli immobili non comodamente divisibili e delle aziende. – 9. Rendiconto e approvazione del progetto di divisione. Gli eventuali conguagli. – 10. Effetti dichiarativi della divisione: profili fiscali e rapporti con i terzi. – 11. Sulla divisione della casa coniugale assegnata in sede di crisi coniugale ad un coniuge. Impostazione del problema. La giurisprudenza più risalente. – 12. *Segue*. Il *revirement* operato dalla successiva giurisprudenza. – 13. Le posizioni della dottrina. Conclusioni sulla possibilità di procedere all'assegnazione (tanto in sede contenziosa che consensuale) del godimento della casa familiare in comunione. – 14. Il rilievo dell'assegnazione in godimento sul valore dell'immobile in sede di divisione. SEZIONE II – L'USUFRUTTO GIUDIZIALE – 15. L'usufrutto giudiziale. Generalità e *ratio*. – 16. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla presenza di prole minorenni e di una situazione di crisi coniugale. – 17. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla necessità (da escludersi) che sia intervenuta la divisione. – 18. Il procedimento per la costituzione dell'usufrutto giudiziale. – 18.1. Competenza, legittimazione, rito e provvedimento. – 18.2. Art. 194 cpv. c.c., procedure della crisi coniugale e giudizio divisorio. – 19. La natura del diritto d'usufrutto previsto dall'art. 194 c.c. e la sua cessazione.

Sezione I
La divisione: principi, forme e fasi

SOMMARIO: 1. Sul diritto di chiedere la divisione e sulla sua disponibilità. – 2. L'art. 194 c.c. e la divisione in parti uguali dell'attivo. – 2.1. Generalità e genesi della norma. La sua derogabilità, una volta intervenuto lo scioglimento del regime. – 2.2. Sull'inderogabilità per via convenzionale dell'art. 194, primo comma, c.c. – 3. L'art. 194 c.c. e la ripartizione del passivo. Sul «bilancio della comunione». – 4. La divisione contrattuale. Generalità. Questioni di forma. – 5. La divisione convenzionale nell'ambito degli accordi di separazione consensuale. – 5.1. Problemi di ammissibilità e d'efficacia. – 5.2. Problemi di forma. – 6. La divisione giudiziale. Generalità. Norme sullo scioglimento della divisione ereditaria applicabili e non applicabili. Le fasi della divisione. – 7. La stima dei beni. – 8. Divisione degli immobili non comodamente divisibili e delle aziende. – 9. Rendiconto e approvazione del progetto di divisione. Gli eventuali conguagli. – 10. Effetti dichiarativi della divisione: profili fiscali e rapporti con i terzi. – 11. Sulla divisione della casa coniugale assegnata in sede di crisi coniugale ad un coniuge. Impostazione del problema. La giurisprudenza più risalente. – 12. *Segue*. Il *revirement* operato dalla successiva giurisprudenza. – 13. Le posizioni della dottrina. Conclusioni sulla possibilità di procedere all'assegnazione (tanto in sede contenziosa che consensuale) del godimento della casa familiare in comunione. – 14. Il rilievo dell'assegnazione in godimento sul valore dell'immobile in sede di divisione.

1. *Sul diritto di chiedere la divisione e sulla sua disponibilità.* – Il verificarsi di una delle cause di scioglimento della comunione non produce di per sé la cessazione della situazione di contitolarità sul patrimonio comune, ma impedisce soltanto di applicare a quest'ultimo le regole del regime legale. Per questo, esattamente la dottrina pone in luce come la divisione dei beni costituisca una fase meramente eventuale, che può far seguito allo scioglimento per la volontà dei coniugi di ripartire fra loro le attività acquisite secondo il regime legale durante la vita coniugale.

Il diritto di ogni coniuge e dei relativi eredi di chiedere in ogni momento successivo allo scioglimento del regime la divisione del patrimonio comune, ai sensi degli artt. 1111 c.c. e (con riferimento alla comunione ereditaria) 713 c.c., costituisce certamente un diritto potestativo⁽²⁴³⁾. Esso deve inoltre reputarsi indisponibile, quanto meno nel senso che un'eventuale rinuncia patrizia urterebbe contro la regola, ispirata al principio di libera circolazione dei beni, in virtù della quale è proibito il patto di restare in comunione ordinaria per un periodo di tempo eccedente dieci anni (art. 1111, secondo comma, c.c.)⁽²⁴⁴⁾. Proprio in considerazione di tale regola, sarà però possibile stipulare anche fra i coniugi, prima o dopo il verificarsi dello scioglimento della comunione legale, un accordo rispettoso del canone testé citato⁽²⁴⁵⁾. Nulla impedisce che tale intesa possa addirittura essere consacrata in una clausola accessoria di una convenzione matrimoniale diretta ad instaurare un regime di comunione convenzionale, nel quale si prestabilisca che, una volta verificatasi la cessazione del regime, i coniugi non potranno domandare la divisione prima di un numero di anni contenuto nel limite citato, salva sempre la facoltà, per la parte interessata, in presenza di «gravi circostanze», di chiedere all'autorità giudiziaria lo scioglimento della comunione prima del tempo convenuto, ai sensi dell'ult. cpv. della norma citata.

E' ancora da aggiungere che il patto, in caso di immobili, dovrà essere redatto per iscritto, e dovrà essere trascritto per poter venire opposto all'eventuale acquirente della quota⁽²⁴⁶⁾. Esso inoltre è opponibile ai creditori, posto che costoro, nel procedimento di espropriazione dei beni indivisi (artt. 599 ss. c.p.c.), agiscono *utendo iuribus* del loro debitore⁽²⁴⁷⁾; peraltro, ove concluso in frode a costoro, siffatto accordo sarà revocabile *ex artt.* 2901 ss. c.c.

Ciò premesso, va subito ribadito che, per converso, pur in assenza di accordi del genere di quello testé indicato, niente esclude che i coniugi accettino l'automatica instaurazione del regime ordinario di comunione, di fatto non esercitando la pretesa divisoria dei beni già formanti oggetto della comunione legale

⁽²⁴³⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 286; T.V. RUSSO, *Le vicende estintive della comunione legale*, cit., p. 108.

⁽²⁴⁴⁾ Sull'argomento cfr. BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici: art. 1100-1139*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 280 ss.

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 638 s.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. per tutti A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 52.

⁽²⁴⁷⁾ Così sempre A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 52.

(²⁴⁸). D'altro canto, non vi è dubbio che un'ipotetica previsione legislativa, che imponesse l'attuazione di una effettiva divisione del patrimonio, coarterebbe, senza alcuna ragione, l'autonomia dei singoli, che va – anche *de iure condendo* – preservata, consentendo loro di mantenere la situazione di indivisione, come accade del resto, frequentemente, nel caso di apertura della successione ereditaria di uno dei coniugi, cui concorrano più chiamati. In questo modo è evidente che il problema dell'(eventuale) divisione verrà a trasferirsi sugli eredi i quali, in relazione al patrimonio già in comunione legale, verranno ad acquisire *iure haereditatis* (ovviamente, purché non ancora prescritte) le facoltà che competevano al coniuge predefunto: si pensi, ad esempio, ai diritti derivanti da rimborsi e restituzioni *ex art.* 192 c.c.

Si noti, ancora, che l'intervallo di tempo intercorrente tra scioglimento e divisione può, di fatto, essere assai lungo, non solo perché i coniugi potrebbero decidere di non procedere alla divisione, ma anche perché, in presenza di una domanda divisoria, in base al disposto del primo comma dell'art. 1111 c.c. e dell'art. 717 c.c., il giudice potrebbe stabilire una congrua dilazione – non superiore a cinque anni – qualora l'immediato scioglimento dello stato di comproprietà potesse pregiudicare gli interessi degli altri partecipanti, cioè dell'altro coniuge, o il patrimonio della comunione (²⁴⁹).

2. L'art. 194 c.c. e la divisione in parti uguali dell'attivo.

2.1. Generalità e genesi della norma. La sua derogabilità, una volta intervenuto lo scioglimento del regime. – Alla fase propriamente divisoria è dedicato il comma primo dell'art. 194 c.c., a mente del quale «La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo». Come esattamente segnalato dalla dottrina (²⁵⁰), la collocazione della norma è sistematicamente errata, in quanto essa dovrebbe seguire gli artt. 195-197 c.c., che si è visto essere diretti a regolare la fase, anteriore alla divisione, di determinazione della massa dei beni comuni. Illogica appare poi anche la scelta di inserire l'usufrutto giudiziale nel secondo comma dell'art. cit., anziché all'interno di un apposito articolo, posto che il primo comma dell'art. 194 c.c. detta un principio generale di notevole rilievo sulla configurazione giuridica della comunione, che ben poco ha a che fare con la nuova figura di usufrutto, dotata di caratteristiche del tutto particolari (²⁵¹).

Nella disposizione appena citata il legislatore non disciplina il procedimento divisionale analiticamente considerato, ma si limita a precisare che la divisione dei beni si attua «ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo». Distinguendo le due parti in cui si divide questa statuizione ed iniziando dall'esame della prima, sarà d'uopo occuparsi, dunque, del principio di egualitaria ripartizione dell'attivo. Regola, questa, che, secondo la dottrina, costituisce importante riaffermazione di quella *ratio* cui è ispirata tutta la disciplina della comunione legale, dalla quale emerge «la volontà di far partecipare i coniugi in egual misura alle vicende patrimoniali della famiglia» (²⁵²).

Sul punto si è rimarcato che la norma ha formato oggetto di uno dei più importanti dibattiti dei lavori preparatori, dal momento che solo nella discussione del progetto al Senato è caduta la proposta di consentire al coniuge che avesse «contribuito in modo notevolmente superiore rispetto all'altro alla creazione del patrimonio comune» di chiedere una ripartizione in misura differenziata; ripartizione che avrebbe potuto essere concessa dal tribunale fino al limite massimo di 3/4 a favore del coniuge richiedente e di 1/4 a favore dell'altro (²⁵³). Un simile principio si sarebbe però posto in stridente contrasto con i criteri ispiratori della

(²⁴⁸) Così PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 437. Nello stesso senso sono orientati numerosi di quegli Autori che ritengono – secondo l'opinione preferibile – che, in seguito allo scioglimento, la comunione legale si trasformi in comunione ordinaria, osservando che i coniugi potrebbero anche decidere di permanere in comunione ordinaria procrastinando le operazioni di divisione: cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 191; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1178; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 700.

(²⁴⁹) Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 53; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 529 s. Per approfondimenti al riguardo v. anche *infra*, § 13, in questa Parte III.

(²⁵⁰) Cfr. MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 367; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 416.

(²⁵¹) Così MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 367.

(²⁵²) Così MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 369.

(²⁵³) Più esattamente, nel progetto di legge originariamente approvato alla Camera (cfr. l'art. 72 del testo di legge approvato il 1° Dicembre 1971 alla Camera dei Deputati) si prevedeva che, in sede di divisione della comunione, il coniuge che avesse contribuito in misura superiore all'altro nella formazione del patrimonio comune potesse chiedere al tribunale di procedere alla divisione secondo criteri diversi da quelli previsti dalla divisione in parti uguali del patrimonio. Il giudice doveva tener conto dell'attività casalinga e del contributo nell'educazione dei figli, formando, pertanto, quote differenti. Ma la quota non avrebbe potuto essere inferiore ad un quarto del patrimonio, e nell'ultimo

riforma e con la volontà di far partecipare i coniugi in egual misura alle vicende patrimoniali della famiglia, senza distinguere tra i rispettivi apporti ⁽²⁵⁴⁾.

Va poi aggiunto che, nella sua applicazione pratica, questa forma di divisione in parti diseguali *iussu iudicis* avrebbe creato difficoltà gravissime, data la necessità di valutare in termini monetari l'importanza dei rispettivi contributi dei coniugi, che, per definizione, possono non essere omogenei, in conformità alle rispettive capacità di lavoro «professionale o casalingo» (cfr. art. 143 c.c.) ⁽²⁵⁵⁾. Certo, una regola siffatta avrebbe forse, in qualche modo, avvicinato l'ordinamento italiano a quelli di *common law*: ma ciò sarebbe avvenuto al prezzo di rinnegare una tradizione continentale solidissima nello svincolare gli effetti della comunione dal contributo offerto dai coniugi al *ménage*, così come ad ogni singolo acquisto. Il tutto, poi, senza neppure disporre – da questa parte della Manica e dell'Atlantico – di quelle norme sostanziali e processuali che al giudice di cultura anglosassone consentono di emanare decisioni rispondenti a principi di sostanziale equità ⁽²⁵⁶⁾. Per questo va sicuramente approvata la scelta di politica legislativa, che ha consentito di superare le obiezioni di chi riteneva che altri interessi oltre quelli del coniuge più debole andassero protetti, quali ad esempio la libertà di iniziativa personale o il lavoro; interessi che una rigida applicazione del principio di uguaglianza avrebbe portato a comprimere ⁽²⁵⁷⁾.

Il principio affermato dall'art. 194 c.c. è quindi oltre modo significativo, e si può ben dire che il legislatore abbia ravvisato in esso uno dei caratteri fondamentali dell'istituto della comunione legale, al punto da sancirne l'inderogabilità, sia nell'art. 210, comma terzo, c.c., sia nell'art. 162, comma terzo, c.c. ⁽²⁵⁸⁾. Inderogabilità, questa, resa evidente dal confronto con il previgente testo dell'art. 227, primo comma, c.c., da cui è stato espunto proprio l'inciso «salvo che le convenzioni matrimoniali stabiliscano una diversa proporzione» ⁽²⁵⁹⁾.

Ciò premesso e chiarito, occorre intendersi subito sul significato e sulla portata di tale inderogabilità. In effetti, proprio la considerazione dei profili testé evidenziati deve indurre a ritenere che non vi siano dubbi sull'impossibilità per i coniugi di accordarsi, prima dell'instaurazione del regime, ovvero anche *manente comunione*, mercé una convenzione matrimoniale, sulla futura ripartizione non paritaria del patrimonio acquisito o acquisendo *ex art. 177, lett. a), c.c.* Così pure deve escludersi che uno di essi, una volta

comma era previsto la costituzione dell'usufrutto legale su parte dei beni spettanti all'altro coniuge, per far fronte alle necessità e all'affidamento della prole (v. art. 72 del Progetto Unificato predisposto dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia della Camera, approvato nella seduta del 1 dicembre 1971, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, II, cit., p. 422). Con il progetto Falcucci (art. 48) presentato al Senato, nel corso della V legislatura, invece, fu stabilita l'inderogabilità di legge della parità delle quote, la quale regola fu rafforzata dal divieto espresso di qualunque patto ad essa contrario; tuttavia era prevista una deroga relativa ai casi di scioglimento conseguente a separazione con affidamento dei figli a uno solo dei coniugi (v. art. 48 del disegno di legge Falcucci, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, II, cit., p. 477). Le finalità perseguite erano quelle di conciliare un'equa divisione del patrimonio con la necessità della tutela della prole, per realizzare in maniera soddisfacente e sicura il diritto al mantenimento spettante nei confronti del genitore affidatario (cfr. LEPRE, *Profili problematici dell'usufrutto giudiziale ex art. 194, comma 2*, in Nota a Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, p. 493; DE FUSCO, *Comunione dei beni. Scioglimento. Usufrutto giudiziale*, Nota a Trib. Min. Roma, 25 giugno 1984, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 260).

⁽²⁵⁴⁾ Così SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 448 s. Rileva ALAGNA, *Lo scioglimento della comunione legale*, cit., p. 516, una ripartizione non egualitaria non avrebbe assicurato la parità giuridica e morale dei coniugi. Cfr. inoltre DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 996 ss.; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 369.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 448 s.

⁽²⁵⁶⁾ Sul punto v. per tutti OBERTO, *Civil law e common law a confronto nell'ottica del giudice civile*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 620 ss.

⁽²⁵⁷⁾ In ordine al dibattito parlamentare cfr. DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 996 ss.; v. inoltre SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 448.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 448 s.; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 368 s.; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 639; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 416 s. In giurisprudenza v. Trib. Bergamo, 18 marzo 1983, cit.

⁽²⁵⁹⁾ Da notare che, come appena detto nel testo, un richiamo all'inderogabilità della ripartizione per quote uguali di cui all'art. 194 c.c. compare anche nell'art. 162, comma terzo, c.c. Secondo la dottrina trattasi di richiamo «di oscuro significato», che si spiega soltanto in considerazione del fatto che nel testo approvato dalla Camera dei deputati nella seduta del 18 ottobre 1972, l'art. 194 era molto più ricco, e prevedeva soluzioni differenziate a seconda della misura con cui l'uno e l'altro coniuge avessero contribuito alla creazione del patrimonio comune (così SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 26).

verificatosi uno degli eventi contemplati dall'art. 191 c.c., possa chiedere al giudice di riconoscergli su tale patrimonio una quota diversa ⁽²⁶⁰⁾.

Quanto sopra non impedisce però che, dopo lo scioglimento, instauratosi *inter partes* un regime di comunione ordinaria, i coniugi s'accordino per una divisione non rispettosa della regola di cui all'art. 194 c.c., ovvero addirittura procedano ad operare il trasferimento dall'uno all'altro, in tutto o in parte, della propria quota, per una qualsiasi causa legittima: ivi compresa, ovviamente, la donazione. La conclusione ⁽²⁶¹⁾ deve, invero, reputarsi un'estrinsecazione del principio della libera disponibilità della quota che caratterizza la comunione ordinaria, ai sensi dell'art. 1103 c.c. ⁽²⁶²⁾ ed appare oltre tutto in linea con i fondamentali criteri di libertà negoziale che caratterizzano oggidi l'agire dei coniugi ⁽²⁶³⁾.

L'incontestabile necessità che la divisione rispetti rigorosamente il principio di parità delle quote, a prescindere da ogni considerazione sull'apporto dato al *ménage* familiare, nonché all'acquisto dei singoli beni, non impedisce dunque che le parti s'accordino diversamente, una volta sciolta la comunione. Sul punto si è anche esattamente posto in luce che una interpretazione sistematica delle norme elaborate dal legislatore della riforma che guardi al complesso delle relazioni personali e patrimoniali dei coniugi, induce a ripensare al rapporto tra regola della parità delle quote ed esercizio dell'autonomia privata in una prospettiva scevra da condizionamenti ideologici e da una visione paternalistica delle relazioni affettive-familiari, e nel contempo attenta alle innovazioni legislative, alle aperture giurisprudenziali e alla prassi negoziale. Da questo angolo visuale lo studioso si accorge che i coniugi nella fase fisiologica del rapporto sono liberi di distribuire ed impiegare il patrimonio come meglio ritengono, anche per soddisfare in modo diseguale i loro bisogni ed interessi personali ⁽²⁶⁴⁾.

Nulla vieta che un coniuge arricchisca l'altro o effettui a suo vantaggio atti di liberalità: e sul punto è emblematica la sorte subita dall'art. 781 c.c. ⁽²⁶⁵⁾; ma è pure significativa la configurabilità del rifiuto del coacquisto o della rinuncia all'acquisto personale di un bene. Nella fase patologica, è pure possibile che i coniugi giungano ad una ripartizione della ricchezza sotto il profilo economico assolutamente non paritaria, ma tuttavia equa, perché espressione e riflesso del particolare modo in cui si è atteggiato il rapporto, nella storia di quella specifica unione affettiva. In questo quadro di riferimento, la tendenza degli interpreti (giuristi e giudici) ad ammettere gli accordi in vista della separazione e dell'invalidità del matrimonio e il dibattito che ruota attorno alle intese raggiunte in funzione del divorzio sono una ulteriore conferma dell'ammissibilità (e liceità) di una composizione negoziale degli interessi patrimoniali dei coniugi, tutte le volte che l'autonomia privata viene esercitata nel rispetto del principio fondamentale della libertà e consapevolezza del consenso degli autori dell'atto ⁽²⁶⁶⁾.

⁽²⁶⁰⁾ Per una chiara risposta in senso negativo al riguardo v. anche Cass., 24 luglio 2003, n. 11467, cit., che peraltro motiva la soluzione (certamente condivisibile) con il criticabile ricorso alla teoria dell'ultrattività del regime legale.

⁽²⁶¹⁾ Già presentata in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 298 ss.

⁽²⁶²⁾ Sostanzialmente nel medesimo senso si esprime PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451 s., secondo il quale l'art. 210, comma terzo, c.c. opera solo *manente comunione* e non una volta che, essendosi questa disciolta, si addivenga alla divisione dei beni comuni. Secondo tale Autore, invero, «deve osservarsi come la stessa eventualità della fase divisoria della comunione legale confligga con l'inderogabilità del principio di parità delle quote. In altri termini, se i coniugi possono legittimamente rinunciare, di comune accordo, all'imputazione nel patrimonio coniugale degli acquisti compiuti in vigenza del regime legale e decidere di mantenere la titolarità dei diritti di cui risultano intestatari, perché mai dovrebbe negarsi ai coniugi stessi il diritto di convenire, in sede di divisione, un criterio di ripartizione, che non conduca alla rigida parità di valore delle rispettive quote? Posto, infatti, che ciascun coniuge ha il diritto di pretendere una divisione paritaria dei beni in comunione, non si comprende quale principio generale possa ledere una divisione consensuale, in cui, riconoscendo il maggiore apporto economico dell'altro, uno dei coniugi accetti di ottenere in proprietà esclusiva una quota di beni inferiore alla metà del valore complessivo della massa. Le norme degli artt. 162, c. 3°, e 210, c. 3°, c.c., invero, non sanciscono affatto la nullità di siffatti accordi: prevedono semplicemente che, nel momento in cui i coniugi decidono di adottare il regime di comunione legale, non è possibile derogare al principio di parità delle quote – in modo che, all'atto dello scioglimento, ciascun coniuge possa pretendere la metà dei beni coniugali – ma non impongono l'irrinunciabilità di tale diritto nel momento in cui, perfezionatasi l'ipotesi di scioglimento, si proceda alla suddivisione dei valori patrimoniali. Pertanto, al pari di qualsivoglia altro comune diritto patrimoniale, il diritto ad ottenere la metà dei beni della comunione legale può essere oggetto di rinuncia, in sede di divisione, da parte del coniuge, senza che ciò infici, sotto alcun profilo, la validità del negozio divisorio».

⁽²⁶³⁾ Sul tema, che non può essere affrontato *ex professo* in tutta la sua ampiezza in questa sede, si fa rinvio, anche per gli ulteriori richiami, a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, citt.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 107 ss.

⁽²⁶⁴⁾ Per questi rilievi v. anche GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 521.

⁽²⁶⁵⁾ Per gli effetti sistematici di tale abrogazione cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 119. Pone in luce il rilievo di questo punto anche GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 521.

⁽²⁶⁶⁾ Nello stesso senso cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 521 s.

2.2. Sull'inderogabilità per via convenzionale dell'art. 194, primo comma, c.c. – Il richiamo alla figura della donazione tra coniugi ⁽²⁶⁷⁾ aiuta anche l'interprete ad affrontare una questione strettamente legata a quella appena discussa. Una volta dimostrata, infatti, la piena validità dell'intesa di ripartizione per quote non paritarie, verificatasi una causa di scioglimento, ci si potrebbe porre il problema della validità di una convenzione matrimoniale che, pur non investendo il principio della parità delle quote in comunione legale, in costanza di tale regime, predeterminasse «ora per allora» in misura diversa da quella paritaria il criterio da seguire al momento della futura divisione dell'instauranda comunione ordinaria, magari sul presupposto che «l'uguaglianza delle quote» cui fa richiamo l'art. 210, terzo comma, c.c. non allude alla comunione ordinaria, ma soltanto a quella legale. Ora, a parte il rilievo per cui la segnalata ambiguità non è contenuta, invece, nell'art. 162, terzo comma, c.c., resta il fatto che un impegno del genere di quello appena tratteggiato sarebbe nullo, nella versione obbligatoria, come promessa di donazione ⁽²⁶⁸⁾; nella versione ad effetti reali differiti esso sarebbe poi nullo come donazione di cosa futura, avente ad oggetto, per l'appunto, la futura quota in comunione ordinaria, che ancora non è acquisita al patrimonio del donante nel momento in cui egli pone in essere tale liberalità in costanza di regime legale.

Prima di chiudere sul punto andrà ancora ricordato che sottolineare l'inderogabilità (peraltro nei precisi limiti di cui sopra) della regola sulla parità delle quote non significa ancora, dal punto di vista della politica legislativa, sposare la tesi della sua opportunità.

La regola è radicalmente contraria a quanto succede in svariati altri sistemi d'Europa ⁽²⁶⁹⁾. Orbene, questo dato dovrebbe insegnare qualcosa circa il fatto che la possibilità della pattuizione d'un *partage inégal*, pur nata in un'epoca in cui la disparità tra i sessi rappresentava il principio-cardine della famiglia, è oggi del tutto compatibile con il canone d'uguaglianza, modernamente letto alla luce del canone di autoresponsabilità ed autonomia dei coniugi. Costoro, invero, sono senz'altro i migliori giudici dell'equità e della correttezza della ripartizione del futuro attivo, e anche tale profilo di negoziabilità va incoraggiato, per evitare che un atteggiamento arroccato sul «prendere o lasciare» (cioè: «prendere la regola dell'art. 194 c.c. o lasciare *tout court* la comunione») induca, puramente e semplicemente, all'accantonamento del regime legale.

3. L'art. 194 c.c. e la ripartizione del passivo. Sul «bilancio della comunione». – Come si diceva poc'anzi, l'art. 194, primo comma, stabilisce che «La divisione dei beni della comunione legale si effettua

⁽²⁶⁷⁾ Evidenzia, ai fini qui in discorso, il rilievo della possibilità della donazione della quota in comunione ordinaria anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 639: «Pur essendo le parti libere di decidere il se e il quando procedere alla divisione, l'art. 194, 1° comma pone un limite al come operare la stessa, prescrivendo la parità delle quote spettanti ai condividenti sull'attivo, regola cui conferisce carattere di inderogabilità l'art. 210, 3° comma. Ciò non esclude la possibilità di donazioni totali o parziali, dirette o indirette, che possono intervenire fra i coniugi, osservate le prescrizioni di forma, in occasione della divisione, così come prima di questa operazione, data l'attuale legittimità piena delle donazioni fra i coniugi dichiarata dalla sentenza 91/1973 della Corte Costituzionale. È invece proibito e nullo un patto col quale i coniugi in regime di comunione legale convengano di ripartirsi l'eventuale attivo che risulti al momento dello scioglimento in quote ineguali, perché questo patto urterebbe contro la norma imperativa di cui all'art. 210, 3° comma».

⁽²⁶⁸⁾ Naturalmente, ponendosi nell'ottica per cui la promessa di donazione è nulla, come sostenuto da quella tesi dottrinale (TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 243; *contra* v. però MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 21; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, 1993, cit., p. 268), cara ai giudici di legittimità (v. per es. Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702, con nota di DI LALLA; cfr. inoltre Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 935), secondo cui la coazione all'adempimento contrasterebbe con la spontaneità che deve caratterizzare la liberalità *ex* art. 769 c.c.

⁽²⁶⁹⁾ Sarà il caso di ricordare che, ad es., gli artt. da 1521 a 1525 del *Code Civil* francese prevedono la possibilità di stipulare una clausola di attribuzione di *parts inégales* tra i coniugi e analogamente dispongono gli artt. da 1461 a 1464 del codice belga, così come l'art. 1:100 del codice olandese: «De echtgenoten hebben een gelijk aandeel in ontbonden gemeenschap, tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met oog op de aanstaande ontbinding van gemeenschap anders dan door dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden» (I coniugi hanno diritto ad una quota uguale nella comunione disciolta, a meno che non sia diversamente stabilito dalla convenzione matrimoniale o da un contratto stipulato per iscritto dai coniugi in vista dell'imminente dissoluzione della comunione per un motivo diverso dalla morte di un coniuge o per effetto di convenzione matrimoniale). In senso contrario stabilisce invece l'art. 1730, primo comma, del codice portoghese che «Os cônjuges participam por metade no activo e no passivo da comunhão, sendo nula qualquer estipulação em sentido diverso». Per un approfondimento del tema delle clausole accessorie al regime di comunione in vista dello scioglimento del matrimonio nel diritto consuetudinario francese (*préciput, forfait de communauté, reprise de l'apport de la femme*) si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 87 ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, in *Foro it.*, 1999, c. 1314 ss.

ripartendo in parti uguali» non solo l'attivo, ma anche «il passivo». La dottrina pressoché unanime, dopo essersi posta il problema se la disposizione abbia o meno rilievo esterno, e cioè sia opponibile al terzo creditore, conclude senz'altro per la negativa ⁽²⁷⁰⁾.

Si rileva in proposito esattamente che, diversamente opinando, si opererebbe una modificazione dal lato passivo del rapporto obbligatorio, senza alcuna partecipazione del titolare del credito, in difformità dai principi generali ed in mancanza di una espressa disposizione legislativa che lo preveda chiaramente, come accade invece, per i debiti ereditari, con l'art. 754 c.c. ⁽²⁷¹⁾. Quanto sopra non autorizza peraltro a ritenere ⁽²⁷²⁾ che, per i debiti contratti fino al momento dello scioglimento, i coniugi continuino a rispondere secondo le regole degli artt. 186, 189 e 190 c.c. e che lo scioglimento della comunione legale non muti in alcun modo la disciplina della responsabilità verso i terzi.

Le regole che i creditori dovranno seguire *in executivis* verso i coniugi passati da un regime di comunione legale ad una situazione di comunione ordinaria sono quelle ordinarie, per cui «comuni» saranno i creditori che vantano un titolo verso entrambi i coniugi e «particolari» coloro che tale titolo vantano verso uno solo di essi, senza che le eventuali divergenze al riguardo disposte (con riguardo al solo profilo esecutivo) dagli articoli compresi tra il 186 ed il 190 c.c. possano più dispiegare effetto. Tutto ciò non vuol dire altro se non che l'usuale disciplina in tema di responsabilità patrimoniale del debitore coniugato in regime legale non subirà più le deroghe vevoli soltanto *manente comunione*. Ne consegue che, ad esempio, il coniuge che abbia contratto da solo un debito nell'interesse della famiglia, andrà ritenuto (a prescindere dal fatto che tale obbligazione sia stata assunta prima o dopo il verificarsi di una delle cause previste dall'art. 191 c.c.) responsabile con la totalità del proprio patrimonio (ivi compresa, ovviamente, la propria quota in comunione, ormai ordinaria) verso il creditore, che non potrà più ritenersi «creditore comune», non operando più la regola di cui all'art. 186, lett. c), c.c. Su questo sistema non dispiega dunque influenza il principio della ripartizione per quote uguali del passivo.

A ben diverse conclusioni perviene invece quella dottrina ⁽²⁷³⁾ che, spingendo alle estreme conseguenze il raffronto con la disciplina delle società commerciali, legge nella norma in esame la presenza di un'indicazione legislativa nel senso che oggetto della comunione e, conseguentemente, della divisione ai sensi dell'art. 194 c.c. sarebbe il solo attivo, una volta soddisfatti e liquidati i debiti comuni. Ciò comporterebbe, in presenza di debiti, la previa redazione di un vero e proprio «bilancio di liquidazione della comunione», analogo a quello occorrente per la liquidazione di un'eredità indivisa o di una società personale disciolta. Il bilancio dovrebbe comprendere i crediti della comunione, realizzati e da realizzare, e i debiti della stessa.

Andrebbero inoltre – sempre secondo il cennato avviso – inseriti nel bilancio i debiti e i crediti derivanti dalla gestione dei beni in comunione successivamente allo scioglimento della stessa. Regola fondamentale, comune a ogni procedimento liquidatorio, sarebbe quella per cui occorrerebbe prima accertare e soddisfare il passivo e poi procedere all'attribuzione dell'eventuale attivo residuo agli aventi diritto. L'accertamento dei debiti della comunione andrebbe effettuato dai coniugi di comune accordo, ma potrebbe anche essere affidato a mandatari o a un mandatario unico, nominato d'accordo tra le parti, mandatario che assumerebbe la veste di arbitratore. Se i coniugi concordassero sull'opportunità di questa nomina, ma non sul nome del mandatario unico, potrebbe applicarsi per analogia l'art. 2275, primo comma, c.c., mentre il secondo comma potrebbe applicarsi per la revoca. In linea di principio sarebbero così applicabili tutte le norme sulla liquidazione della società semplice. I debiti esigibili della comunione andrebbero pagati utilizzando anzi tutto i beni in comunione, dato il loro ruolo di garanzia primaria, poi altri beni. Per i debiti non scaduti occorrerebbe provvedere all'accantonamento delle relative somme, sia per i certi che per i condizionali. Per i debiti certi e liquidi, non ancora scaduti, potrebbe essere più conveniente, se in concreto attuabile, un pagamento anticipato con decurtazione degli interessi imputabili all'anticipazione. I coniugi dovrebbero poi dichiararsi reciprocamente l'inesistenza di debiti personali suscettibili di comportare l'aggressione esecutiva dei beni in comunione. Nel caso esistessero debiti di questo tipo dovrebbero essere prestate le garanzie necessarie a evitare l'espropriazione dei beni in comunione e l'esercizio di eventuali azioni revocatorie contro la successiva divisione ⁽²⁷⁴⁾.

In realtà, la comunione legale, cui non può in alcun modo attribuirsi la natura di persona giuridica, non costituisce, neppure indirettamente, uno strumento di attribuzione delle passività in capo ai suoi soggetti.

⁽²⁷⁰⁾ Cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1181; MASTROPAOLO e PITTEP, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417.

⁽²⁷¹⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTEP, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371 s.; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417.

⁽²⁷²⁾ Come invece sostengono MASTROPAOLO e PITTEP, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371 s.

⁽²⁷³⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 628, 635 s.

⁽²⁷⁴⁾ Su tutti questi aspetti cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 635 s.

A differenza del modello da cui deriva, la comunione italiana tende a ripartire tra i coniugi le ricchezze accumulate e non i debiti, che non possono in alcun modo formarne oggetto. Alla luce di questi rilievi si comprende anche l'assoluta improprietà del riferimento ad un «passivo» della comunione nell'ambito di una norma che ha espressamente tratto alla «divisione dei beni» (dei *beni*, si noti, e non già dei *rapporti giuridici*) della comunione legale.

Il significato della norma non potrà dunque che essere riferito al diritto interno di regresso che ogni coniuge vanta verso l'altro per il fatto di aver pagato con denaro proprio un debito comune (cioè di quelli rientranti nell'elenco *ex art.* 186 c.c.) in misura superiore alla metà: sotto questo profilo la disposizione si rivela sostanzialmente ripetitiva del contenuto dell'art. 192, terzo comma, c.c. Certo è che l'art. cit. non potrà in alcun modo determinare una nuova e diversa attribuzione di un debito verso i terzi, soprattutto in assenza di un'espressa adesione dei creditori interessati⁽²⁷⁵⁾.

In relazione a questo profilo non può neppure accogliersi l'avviso di chi afferma che ogni convenzione che, nei rapporti interni, ripartisse differentemente le passività (cioè in modo diverso rispetto al criterio paritario) sarebbe nulla, perché in contrasto con l'art. 210, comma terzo, c.c.⁽²⁷⁶⁾. Una convenzione matrimoniale di ripartizione interna delle passività (con esclusione *tout court* del diritto di regresso, nel caso di pagamento per intero di un debito comune da parte di un solo coniuge, o con la limitazione di esso ad una qualsiasi quota, ovvero ancora con l'accollo *in toto* o in una qualche misura prestabilita delle passività attinenti al *ménage* familiare, o ad altri debiti individuati dalle parti) dovrebbe infatti misurarsi non già con il principio in materia di comunione convenzionale, ma con quello della proporzionalità nella contribuzione, *ex art.* 143 c.c. Un'intesa rispettosa di tale regola dovrebbe ritenersi valida, anche se inserita in una convenzione matrimoniale. In ogni caso è certo che qualsiasi patto interno d'accoglienza sarebbe inopponibile ai creditori che non vi prestassero volontaria adesione⁽²⁷⁷⁾.

4. La divisione contrattuale. Generalità. Questioni di forma. – Gli strumenti formali attraverso i quali i coniugi possono pervenire ad una situazione di titolarità esclusiva sui beni già costituenti oggetto di comunione legale, successivamente trasformatasi in ordinaria, sono rappresentati, in alternativa, dal contratto o dal processo, esattamente come avviene per la comunione ordinaria o per quella ereditaria. Se le parti decideranno di svolgere le operazioni divisionali in via pattizia, il negozio di divisione dovrà rivestire la forma richiesta dalla natura dei beni compresi nella massa da dividere⁽²⁷⁸⁾, mentre non avrà più luogo l'applicazione dell'art. 162 c.c. in quanto i coniugi si trovano già in comunione ordinaria⁽²⁷⁹⁾ e l'intesa non incide in alcun modo su uno dei regimi patrimoniali della famiglia.

Con particolare riguardo a questo profilo, andrà notato come il tema s'inserisca nel quadro di quel fenomeno che lo scrivente ha in altra sede⁽²⁸⁰⁾ definito come la «progressiva erosione della sfera di applicabilità delle regole in tema di forma delle convenzioni matrimoniali»: un evento, questo, che si attua mercé un'interpretazione restrittiva proprio del concetto di convenzione matrimoniale.

Sul punto potrà pensarsi a quelle pronunce di legittimità che ne hanno (esattamente) negato l'applicabilità dell'art. 162 c.c. alla divisione amichevole operata dai coniugi sul patrimonio già in

⁽²⁷⁵⁾ Sembra intendere in maniera molto diversa la norma F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199, secondo cui la divisione in parti uguali del passivo determinerebbe la cessazione della solidarietà prima esistente in relazione ai debiti contratti da entrambi i coniugi.

⁽²⁷⁶⁾ Così MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371 s.

⁽²⁷⁷⁾ Cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1181; F. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371; RAGO, *La liquidazione della quota indivisa*, cit., p. 73; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451.

⁽²⁷⁸⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417. Anche per PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 450, la forma dell'accordo di divisione è quella necessaria in funzione dei beni che ne formano oggetto. Pure GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 517 osserva che il negozio con cui i coniugi definiscono da soli i loro rapporti patrimoniali decidendo insieme come ripartire i beni comuni «non ha la natura della convenzione matrimoniale e non soggiace ai requisiti di forma stabiliti dall'art. 162 cod. civ.; tuttavia, ove abbia ad oggetto beni immobili dovrà essere effettuato nel rispetto delle formalità prescritte dalle legge per tali beni». In giurisprudenza v. Cass. 28 novembre 1996, n. 10586, cit. Richiede l'atto pubblico Trib. Firenze, 7 febbraio 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 731, su cui peraltro v. i rilievi critici in OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 199 ss.

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417.

⁽²⁸⁰⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 171 ss.

comunione legale, una volta intervenuta una causa di scioglimento del regime ⁽²⁸¹⁾, ovvero all'accordo per scrittura privata con il quale un coniuge, successivamente alla stipula della convenzione di scioglimento della comunione, rinunziava ad ogni sua pretesa su un'azienda commerciale acquistata nel vigore del regime legale e, corrispettivamente, l'altro si obbligava a versargli una somma di denaro ⁽²⁸²⁾. Ancora successivamente la Corte Suprema, ponendosi su questa stessa linea, ha affermato che «Il progetto divisionale di un bene immobile predisposto e voluto dalle parti e dichiarato esecutivo con ordinanza dal giudice istruttore, all'esito di un subprocedimento nel corso di un giudizio di separazione, ha natura di negozio, alla cui validità non osta il fatto che il bene ricada in comunione legale tra i coniugi, essendo rimessi alla discrezionalità e comune volontà di questi gli atti dispositivi sui beni in comunione e l'esistenza della comunione stessa; tale atto divisionale, che non presuppone la stipula di una convenzione matrimoniale, costituisce titolo per la trascrizione, unico requisito previsto essendo la forma scritta ai sensi dell'articolo 1350 n. 11 cod. civ.» ⁽²⁸³⁾.

Il risultato pratico di questo filone giurisprudenziale consiste – come sarà apparso evidente – nella esclusione della necessità del rispetto della forma dell'atto pubblico notarile, richiesta per le convenzioni matrimoniali. Ne consegue, dunque, un ulteriore ampliamento della libertà negoziale sotto lo specifico profilo, questa volta, della libertà delle forme ⁽²⁸⁴⁾.

Rimanendo in tema di principi in qualche modo attinenti alla libertà negoziale dei coniugi, andrà notato che la dottrina maggioritaria concorda sul fatto che, quando essi si sono accordati sulle modalità di attribuzione delle rispettive quote, non è necessaria l'autorizzazione giudiziale ⁽²⁸⁵⁾, neppure in presenza di figli minori, non esistendo alcuna norma che limiti il loro diritto di procedere alla divisione ⁽²⁸⁶⁾. L'opinione minoritaria, che afferma tale necessità ⁽²⁸⁷⁾, pone in luce il fatto che il capoverso dell'art. 194 c.c. riserva all'autorità giudiziaria il potere di costituire l'usufrutto a favore di uno dei coniugi, in presenza di prole minorenni. Ma l'argomento può essere superato osservando che l'art. 38 disp. att. c.c. attribuisce, come si vedrà, la competenza per questo provvedimento al tribunale per i minorenni, laddove è sicuramente da escludere che quest'ultimo giudice sia competente per la divisione dei beni della comunione ⁽²⁸⁸⁾, così come per l'emanazione delle autorizzazioni per la gestione dei patrimoni della prole minorenni. Ne deriva che neppure l'affermazione dell'incondizionata necessità di una divisione giudiziale varrebbe ad assicurare la coincidenza del giudice della divisione e di quello competente ad emettere i provvedimenti sopra ricordati, né quindi a consentire l'esercizio officioso di poteri in tale materia. In altre parole, l'applicazione dell'art. 194 cpv. c.c. ⁽²⁸⁹⁾ presuppone pur sempre una richiesta apposita da parte del coniuge interessato al tribunale per i minorenni, e non è ostacolata da una divisione stragiudiziale, né favorita da una divisione giudiziale che si svolgerebbe comunque davanti ad un altro giudice ⁽²⁹⁰⁾.

5. La divisione convenzionale nell'ambito degli accordi di separazione consensuale.

5.1. Problemi di ammissibilità e d'efficacia. – Trattando in altre sedi dei contratti della crisi coniugale si è posto in luce che una delle diverse cause che possono sorreggere siffatto tipo di intese, e, in particolare, quelle che vedono l'assegnazione di diritti su determinati cespiti patrimoniali (mobili o immobili,

⁽²⁸¹⁾ Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1323, con nota di MONTECCHIARI; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2220; si noti che la stessa pronuncia risulta (erroneamente) edita anche come Cass., 28 novembre 1996, n. 10586, in *Foro it.*, 1997, I, c. 95; in *Riv. notar.*, 1997, II, p. 405, con nota di MIGLIORI.

⁽²⁸²⁾ Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, cit.

⁽²⁸³⁾ Cass., 15 novembre 2000, n. 14791, in *Riv. notar.*, 2001, II, p. 1193, con nota di TURIS; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2476.

⁽²⁸⁴⁾ Sarà appena il caso di aggiungere che la cennata progressiva erosione della sfera di applicabilità delle regole in tema di forma sembra ricevere conferma dallo stesso Legislatore. Significativo al riguardo è il fatto che l'art. 30, l. n. 218 del 1995, stabilendo – in deroga al principio generale secondo cui «I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali» – che «I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede», è venuto infatti a prevedere un *pactum de lege utenda* svincolato dal rispetto della forma notarile.

⁽²⁸⁵⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 517, nota 1; nello stesso senso GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 418.

⁽²⁸⁶⁾ Cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1183; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 517, nota 1.

⁽²⁸⁷⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 639.

⁽²⁸⁸⁾ V. *infra*, §§ 6 e 18.1, in questa Parte III.

⁽²⁸⁹⁾ Sulla quale v. *infra*, §§ 15 ss., in questa Parte III.

⁽²⁹⁰⁾ Così anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 60.

anche se i casi pratici attengono per lo più a questa seconda ipotesi) già facenti parte del regime di comunione legale, è costituita proprio dalla divisione ⁽²⁹¹⁾. Qui occorrerà dire subito che una parte della dottrina aveva espresso serie perplessità in ordine alla possibilità di consentire ai coniugi, in fase di udienza presidenziale *ex art. 711 c.p.c.*, di procedere alla divisione del patrimonio comune ⁽²⁹²⁾.

Ora, confutata altrove la tesi che, prendendo le mosse da un improbabile parallelismo tra separazione contenziosa e separazione consensuale, vorrebbe limitare l'oggetto delle intese *ex art. 711 c.p.c.* a quelle sole misure che il tribunale è chiamato ad emettere in caso di disaccordo dei coniugi ⁽²⁹³⁾, va ribadito che, per quanto attiene all'aspetto specifico della divisione, nessun utile richiamo può essere effettuato al procedimento *ex artt. 784 ss. c.p.c.*, posto che qui si discute invece di una divisione amichevole e non di una divisione contenziosa: le regole richiamate ben potrebbero essere disattese – senza sollevare alcuno scandalo – anche nel caso in cui, nel corso di un normale procedimento divisorio contenzioso, le parti decidessero di risolvere amichevolmente la controversia mercé un accordo ricevuto a verbale dal cancelliere ⁽²⁹⁴⁾.

Il principale problema che si profila per l'ammissibilità della effettuazione, in sede di accordi di separazione consensuale tra coniugi in comunione legale, di attribuzioni di tipo divisorio del genere di quelle qui in esame risiede nella già illustrata regola per cui la divisione (*rectius*: l'efficacia della medesima, come si vedrà) presuppone il verificarsi di una delle cause di scioglimento del regime indicate dall'art. 191 c.c., ciò che, in caso di separazione consensuale, significa attendere la definitività del decreto di omologazione ⁽²⁹⁵⁾.

Ciò non significa però ancora, che le parti siano necessariamente costrette a far precedere il relativo verbale d'udienza presidenziale da un mutamento convenzionale di regime, stipulato *ex artt. 162 s. c.c.* La questione appare invero legata a quella dell'individuazione del momento in cui le statuizioni contenute nel verbale d'udienza presidenziale prendono effetto. Ora, come si è avuto modo di vedere trattando in altra sede degli effetti dei negozi traslativi tra coniugi in crisi ⁽²⁹⁶⁾, tale momento può essere senz'altro fatto coincidere, per quanto attiene alle intese di carattere patrimoniale, con la conclusione dell'accordo dinanzi al presidente del tribunale, fatta salva peraltro la possibilità per i coniugi di sottoporre gli effetti del patto all'emanazione del decreto di omologazione: volontà, questa, che d'altronde ben può ritenersi implicita nel fatto di sottoporre questi accordi al vaglio del tribunale. Con queste precisazioni, dunque – e salvi gli ulteriori dettagli forniti pure in altra sede in merito agli aspetti formali, con speciale riguardo alla competenza del cancelliere a documentare un contratto di divisione e alla trascrivibilità del relativo verbale, *ex art. 2657 c.c.* ⁽²⁹⁷⁾ – potranno ammettersi i coniugi a porre in essere, in sede di udienza presidenziale di separazione, attribuzioni patrimoniali aventi contenuto divisorio di un compendio in comunione legale, purché risulti (ed è consigliabile che ciò avvenga *expressis verbis*) l'intenzione delle parti di subordinare l'efficacia dei trasferimenti all'emanazione del decreto di omologazione da parte del tribunale.

Sul punto esisteva, già prima dell'intervento della Cassazione nel 1997, di cui sarà conto tra breve, almeno un precedente nella giurisprudenza di merito, nel quale è dato leggere che il fatto che il trasferimento della proprietà avvenga solo al momento dell'omologazione non contrasta con l'art. 1376 c.c.; disposizione, questa, che «non impedisce che il trasferimento della proprietà della cosa possa essere sottoposto a condizione sospensiva (*facti o iuris*). E l'omologazione è (secondo la dottrina dominante) condizione di efficacia dell'accordo. Non vi è quindi nulla che contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento» ⁽²⁹⁸⁾. Successivamente, la Corte Suprema, affrontando un caso in cui si discuteva della validità di un atto traslativo coinvolgente un immobile in comunione legale (*rectius*: un immobile che, secondo una delle parti,

⁽²⁹¹⁾ Sull'argomento delle attribuzioni patrimoniali, in sede di separazione consensuale, conseguenti allo scioglimento della comunione legale cfr., in particolare, BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, cit., p. 1410; ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 947 ss.; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 162 s.; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, cit., p. 178 ss. Con particolare riguardo al profilo della causa divisoria cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 710 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 125 ss.

⁽²⁹²⁾ Cfr. ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, cit., p. 961; BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. notar.*, 1992, I, p. 612.

⁽²⁹³⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1260 ss.

⁽²⁹⁴⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 126.

⁽²⁹⁵⁾ V. *supra*, Parte II, § 2.2.

⁽²⁹⁶⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 258 ss., p. 1327 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 201 ss.

⁽²⁹⁷⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 167 ss., 195 ss.

⁽²⁹⁸⁾ Cfr. Trib. Bergamo, 15 novembre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 215; in *Riv. notar.*, 1985, II, p. 926; nello stesso senso v. anche App. Brescia, 4 dicembre 1984, in *Vita notar.*, 1984, p. 1595.

avrebbe formato oggetto della comunione), ha deciso che la questione concernente la possibilità di sottrarre un singolo bene al regime *ex art. 177 ss. c.c.* poteva essere accantonata proprio in considerazione del fatto che l'esclusione del bene dalla comunione, in quanto inserita nel verbale di separazione consensuale, avrebbe preso effetto solo a partire dall'omologazione, cioè dal momento in cui si attuava lo scioglimento del regime medesimo⁽²⁹⁹⁾.

Come si è visto, dunque, la giurisprudenza sembra percorrere senza esitazioni di sorta la via della *condicio juris*, laddove in dottrina si preferisce consigliare ai contraenti di ricorrere alla *condicio facti*⁽³⁰⁰⁾.

Contro le conclusioni di cui sopra⁽³⁰¹⁾ sono state mosse critiche da chi⁽³⁰²⁾ ha ritenuto di dover sottolineare il carattere indisponibile della quota in comunione legale, invocando al riguardo una decisione di legittimità⁽³⁰³⁾, secondo cui, in pendenza del procedimento di separazione personale, il diritto allo scioglimento della comunione legale dei beni non è ancora sorto, per non essersi compiutamente realizzata la correlativa vicenda costitutiva. Conseguentemente andrebbe asserita la nullità, *manente comunione*, del contratto qui in esame, con conseguente impossibilità del suo inserimento nel verbale di separazione consensuale tra coniugi (ancora) in regime legale, «per mancanza dell'oggetto del contratto (art. 1418, comma 2, c.c.)»⁽³⁰⁴⁾. Sembra invece a chi scrive che la quota di comunione ordinaria che subentrerà *ex lege* al regime legale all'atto dello scioglimento di quest'ultimo⁽³⁰⁵⁾ possa formare oggetto di atti di disposizione già sotto la vigenza della comunione legale, in forza del generale principio che vuole essenzialmente validi i negozi su cose future (art. 1348 c.c.⁽³⁰⁶⁾).

5.2. Problemi di forma. – Dovrà ancora tenersi conto del fatto che la divisione si può presentare come «pura», oppure come qualificata da una intenzione di natura transattiva, allorquando i coniugi, eliminando una lite sull'ammontare della quota, sulla valutazione di un bene, ecc., e sciogliendo la comunione mediante attribuzione a ciascuno di un valore proporzionale alla propria quota, addiventano al perfezionamento di due distinti atti negoziali (una transazione ed una divisione), ciascuno retto dalla disciplina sua propria. In quest'ultimo caso, dunque, la contestazione non nasce sulla proporzionalità tra porzioni e quote, ma su singole questioni che possono precedere, logicamente, il contratto di divisione⁽³⁰⁷⁾.

Un esempio di contratto di divisione puro sembra ravvisabile nella fattispecie risolta dalla Cassazione nel 1996⁽³⁰⁸⁾, in un caso in cui la convenzione divisoria dava atto della rinuncia del marito ad ogni suo diritto sull'azienda coniugale, in cambio del corrispettivo di lire cinquanta milioni. A commento della decisione si è osservato che, nonostante il ricorso, nell'accordo in questione, a termini che sembrerebbero integrare una fattispecie transattiva, la situazione non sembra realmente configurare una transazione, ma un contratto di divisione puro, mediante il quale il marito trasferisce alla moglie la propria

⁽²⁹⁹⁾ Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit. Nella medesima ottica si colloca la successiva Cass., 9 aprile 2008, n. 9174, che insiste in particolare sul profilo per cui gli accordi di separazione consensuale acquistano efficacia giuridica «solo in seguito al provvedimento di omologazione», con la conseguenza che, «in difetto di tale omologazione le pattuizioni convenute antecedentemente sono prive di efficacia giuridica, a meno che non si collochino in una posizione di autonomia in quanto non collegate al regime di separazione consensuale. (Principio affermato dalla S.C. con riguardo ad un accordo, avente ad oggetto la rinuncia alla proprietà immobiliare da parte di un coniuge a favore dell'altro, ritenuto parte di un progetto di separazione consensuale non andato a buon fine, essendo intervenuta tra i coniugi separazione giudiziale con addebito)».

⁽³⁰⁰⁾ Cfr. METTIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. notar.*, 1995, I, p. 1162 s.; nello stesso senso OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 173; sostiene l'opportunità di condizionare espressamente il regolamento patrimoniale della separazione consensuale all'efficacia del provvedimento di omologazione anche BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, p. 7.

⁽³⁰¹⁾ Già espone in OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 173; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 710 ss.

⁽³⁰²⁾ Cfr. DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi familiare*, relazione presentata all'incontro di studio sull'argomento: «Temi attuali del diritto di famiglia», organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e tenuto a Frascati dal 28 al 30 ottobre 1999, (testo dattiloscritto), p. 36 s.

⁽³⁰³⁾ Cass., 23 giugno 1998, n. 6234.

⁽³⁰⁴⁾ Così DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi familiare*, cit., p. 37, nota 82.

⁽³⁰⁵⁾ Sul punto v. per tutti SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 438 s.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 198 s.

⁽³⁰⁶⁾ Sulla disposizione citata cfr. per tutti SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 364 ss., secondo cui la norma si riferisce soprattutto ai contratti ad efficacia reale, i cui effetti si realizzeranno nel momento in cui la cosa viene ad esistenza.

⁽³⁰⁷⁾ Cfr. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 272 s.

⁽³⁰⁸⁾ Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, cit.

quota di contitolarità dell'azienda commerciale, che, a seguito della convenzione di separazione dei beni, è divenuta parte di una comunione ordinaria, e, quale corrispettivo della cessione, si attende il pagamento della somma pattuita ⁽³⁰⁹⁾.

Talora può accadere invece che la controversia sia consapevolmente risolta con l'attribuzione di determinati beni indipendentemente dalla proporzionalità tra porzioni e quote, dando così luogo ad un vero e proprio accordo transattivo che, realizzando lo scioglimento della comunione ordinaria tra i coniugi, è idoneo a tradursi, sul piano pratico, in una fattispecie traslativa ⁽³¹⁰⁾. Tale accordo, assumendo quindi la natura di vera e propria transazione postmatrimoniale ⁽³¹¹⁾, non sarà soggetto alle norme in tema di divisione.

Per quanto attiene alla forma della divisione amichevole di beni già in comunione legale si è posto nella pratica (una pratica ... assai dotata di fantasia, a quanto pare!) il problema dell'eventuale necessità del rispetto del requisito imposto dall'art. 162 c.c. per la validità delle convenzioni matrimoniali. Al riguardo sarà sufficiente ricordare come i tratti distintivi di siffatti negozi siano tali da non consentire in alcun modo di riscontrarne la presenza in alcuno dei possibili contratti della crisi coniugale. Meno che mai ciò sarà possibile di fronte ad un accordo divisorio che intervenga dopo lo scioglimento del regime legale, al solo scopo di spartire ciò che fu oggetto di comunione, senza alcun tipo di incidenza su uno dei possibili regimi patrimoniali della famiglia ⁽³¹²⁾.

Questa è la soluzione data al quesito da una (già citata) pronunzia di legittimità secondo la quale, «Una volta intervenuto lo scioglimento della comunione legale, tra i coniugi si viene a formare, relativamente ai beni dei quali essi siano comproprietari in virtù del precedente regime, una situazione di comunione ordinaria per lo scioglimento della quale non è necessario il rispetto dei requisiti formali richiesti dall'art. 162 c.c.; pertanto il negozio con il quale si perviene a tale risultato ha natura giuridica di divisione ordinaria, alla quale esclusivamente bisogna fare riferimento quanto ai requisiti di forma» ⁽³¹³⁾. Nella specie una coppia in regime legale aveva stipulato una regolare convenzione di passaggio al regime di separazione dei beni. All'incirca un mese dopo i medesimi coniugi avevano sottoscritto una scrittura privata con la quale moglie si era obbligata a pagare al marito entro due anni la somma di lire 50.000.000 e il marito corrispettivamente rinunciava ad ogni sua pretesa sull'azienda commerciale denominata acquistata nel vigore del regime di comunione. Nell'articolata motivazione la Corte, dopo aver esposto i motivi della ricorrente, affronta la questione circa la natura del secondo atto ed in particolare se il medesimo debba o meno ritenersi soggetto al disposto dell'art. 162 c.c.

Per risolvere il quesito centrale posto alla sua attenzione, la Cassazione viene così a trattare del concetto di scioglimento del regime legale, mostrando di aderire alle considerazioni della dottrina maggioritaria ⁽³¹⁴⁾, secondo cui con tale espressione si designa solo il venir meno del regime legale, seguito dalla instaurazione di una situazione di comunione ordinaria, cui potrà eventualmente seguire la divisione dei beni. Ciò premesso la Corte viene ad affrontare il quesito centrale, negando che l'accordo di cui alla ricordata scrittura privata abbia natura di convenzione matrimoniale, trattandosi invece dell'atto con cui viene materialmente attuata la divisione di un patrimonio ormai in comunione ordinaria ⁽³¹⁵⁾.

⁽³⁰⁹⁾ Così MONTECCHIARI, *In tema di forma e contenuto delle convenzioni matrimoniali modificative*, Nota a Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1341.

⁽³¹⁰⁾ Cfr. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 273 s.

⁽³¹¹⁾ Su cui cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 679 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 106 ss., 129 ss.

⁽³¹²⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 111 ss.

⁽³¹³⁾ Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, cit.

⁽³¹⁴⁾ Su cui v. per tutti CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, cit., p. 476; SMIROLDO, *Effetti dello scioglimento*, cit., p. 950 ss.; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, II, cit., p. 940 ss.; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 1336 s.

⁽³¹⁵⁾ «Tale non è, invece, e non può essere considerata, la convenzione in virtù della quale avviene il passaggio della situazione potenziale di divisibilità (conseguente al pregresso scioglimento) all'attualità (derivante dal compimento della divisione) dell'attribuzione a ciascuno dei coniugi della esclusiva titolarità di uno o più diritti o cespiti precedentemente comuni: la divisione infatti non incide su una situazione giuridica di comunione legale speciale alla quale soltanto è riferibile la disciplina degli artt. 162 e 163 c.c., situazione che più non esiste nel momento in cui viene posta in essere la divisione convenzionale, alla quale perciò torna applicabile la disciplina di forma e di sostanza che regola la divisione ordinaria in funzione della sua natura e dei beni che ne formano oggetto. E va ricordato, a questo proposito, che, con riferimento a qualsivoglia cespite, la sostituzione, nel patrimonio dei condividenti, del diritto esclusivo in luogo della situazione di contitolarità indivisa, ben può avvenire, secondo i principi generali, mediante l'attribuzione a uno di essi dell'intero bene e all'altro dell'equivalente pecuniario del valore della quota, se non anche mediante liquidazione del valore del cespite con alienazione a terzi, e conseguente distribuzione del ricavato *pro quota*: le quali ipotesi riguardano anche, ed anzi esemplarmente, la divisione di un'azienda commerciale normalmente non

A questo punto la Corte si pone l'ulteriore quesito correlato alla particolarità della fattispecie sottopostale; fattispecie nella quale uno dei beni oggetto del pregresso regime comunitario era rappresentato da un'azienda gestita da entrambi i coniugi e costituita dopo il matrimonio. Al riguardo viene dunque in considerazione l'art. 191 cpv. c.c. secondo cui nel caso di azienda gestita da entrambi i coniugi e costituita dopo il matrimonio, ai sensi dell'art. 177, primo comma, lett. d), c.c., lo scioglimento della comunione può essere deciso, per accordo dei coniugi, osservata la forma prevista dall'art. 162 c.c. In realtà, anche in questa ipotesi il concetto di scioglimento va inteso come distinto da quello di divisione, per cui una volta verificatasi una causa generale di cessazione del regime legale che abbia coinvolto indistintamente tutti i rapporti già in comunione legale, non vi è più spazio alcuno per l'applicazione dell'art. ult. cit.

6. La divisione giudiziale. Generalità. Norme sullo scioglimento della divisione ereditaria applicabili e non applicabili. Le fasi della divisione. – Nel caso i coniugi, o i rispettivi eredi, non riescano a raggiungere un accordo sulla divisione amichevole, non rimarrà alla parte interessata che promuovere la relativa azione giudiziale, di natura contenziosa⁽³¹⁶⁾, da esperirsi nelle forme del rito ordinario⁽³¹⁷⁾, integrate dalle disposizioni di cui agli articoli da 784 a 791 c.p.c., specificamente dettate per la materia dello «scioglimento di comunioni».

La dottrina ritiene che l'evidente somiglianza con la divisione dell'eredità, intesa come prototipo di divisione di un patrimonio e non di singoli beni⁽³¹⁸⁾, giustifichi – quanto meno in linea di massima – l'applicabilità della relativa disciplina⁽³¹⁹⁾. Ma, a prescindere dalle questioni connesse alla natura della comunione legale, che dal punto di vista strutturale costituisce null'altro che una contitolarità per quote, esattamente come la comunione ordinaria, va tenuto presente che il tipo di contitolarità cui ci si trova di fronte in sede di divisione è comunque rappresentato, ormai e per l'appunto, proprio da una comunione ordinaria. Risolutivo sul punto appare, in ogni caso, il rinvio operato dall'art. 1116 c.c. alle norme «sulla divisione dell'eredità, in quanto non siano in contrasto con quelle sopra stabilite» (cioè a quelle comprese tra gli artt. 1101 e 1115 c.c.). Le disposizioni così ulteriormente individuate sono quelle di cui agli artt. 713 ss. c.c.⁽³²⁰⁾, sebbene, ad es., gli artt. 713, secondo, terzo e quarto comma, e 715 c.c. non possano trovare applicazione, in quanto riferite a situazioni strutturalmente non riferibili alla comunione coniugale: come si è rilevato in dottrina⁽³²¹⁾, l'art. 713 c.c. contiene (ai commi appena citati) un eccezionale limite alla divisibilità giustificato da un ossequio alla volontà del defunto, che non trova riscontro nella situazione dei coniugi conviventi, mentre l'art. 715 c.c. prevede forme d'impedimento non concepibili nel caso in esame.

Ad analoga conclusione negativa si deve pervenire quanto all'applicabilità delle norme sulla divisione ereditaria che presuppongono l'esistenza di un testatore (artt. 733, 734, 735 c.c.) o di operazioni riferibili ai soli coeredi (artt. 715, 724, 725, 731, 732 c.c.); lo stesso vale per le disposizioni dei capi secondo e terzo (collazione e pagamento dei debiti) del titolo quarto del libro secondo del codice. Va qui tenuto presente che il rapporto fra i coniugi partecipanti alla comunione è ben diverso da quello fra i coeredi, che entrano in relazione, non per loro volontà, ma per il tramite della vocazione ricollegabile esclusivamente alla volontà del testatore o a quella della legge⁽³²²⁾. Solo nel caso di scioglimento della comunione per morte di uno dei coniugi la quota dell'attivo della comunione spettante al defunto verrà a far parte della sua eredità e,

suscettibile di divisione in natura se non a prezzo di dispersione della componente economica rappresentata dall'avviamento» (Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, cit.).

⁽³¹⁶⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 517.

⁽³¹⁷⁾ In ordine alla competenza e alla procedura da seguire v. per tutti GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 331 s. Da notare che per Cass., 5 novembre 1992, n. 12003, la domanda di scioglimento della comunione in caso di contestazione contiene in sé, quale presupposto necessario, la richiesta di accertamento della comunione stessa.

⁽³¹⁸⁾ Cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 448.

⁽³¹⁹⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 318; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 370; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 712; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 636 s.; VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279 s.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 450; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417. Da notare che il legislatore francese, all'art. 1476, primo comma, del *Code*, stabilisce espressamente il rinvio alle norme sulle divisione dei beni tra coeredi.

⁽³²⁰⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199.

⁽³²¹⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 636 s.

⁽³²²⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 636 s.

limitatamente ad essa, potranno eventualmente trovare applicazione sia i citati commi dell'art. 713 c.c., sia l'art. 715 c.c., sia le altre disposizioni appena menzionate ⁽³²³⁾.

Con particolare riguardo, poi, all'art. 732 c.c. sulla prelazione ereditaria e sul retratto successorio, andrà detto che la norma non può trovare applicazione in favore del coniuge convivente ⁽³²⁴⁾, posto che essa, pur essendo inserita nel capo relativo alla divisione, non possiede natura propriamente divisoria ⁽³²⁵⁾, tanto più se si considera che l'alienazione non rientra nelle operazioni di divisione, ma semmai le precede.

Venendo invece a trattare delle norme che debbono ritenersi interessate dal rinvio di cui all'art. 1116 c.c., oltre che idonee a superare il vaglio della compatibilità, va detto subito che tra queste spiccano in particolare gli artt. 718, 726-730 c.c., che permettono di procedere alla divisione in natura ⁽³²⁶⁾: concetto, questo, cui del resto fa espresso richiamo anche l'art. 1114 c.c. e che si attua attribuendo ai coniugi singoli cespiti di pari valore economico mediante formazione – secondo quanto previsto dall'art. 727 c.c. ⁽³²⁷⁾ – di due lotti distinti, che dovranno comprendere, per quanto possibile, beni mobili, immobili e crediti di uguale natura e qualità ⁽³²⁸⁾.

«Nei limiti della compatibilità», secondo quanto disposto dall'art. 1116 c.c., potranno poi trovare applicazione anche gli artt. 758-761 c.c. in materia di garanzia tra conviventi e di annullamento della divisione per violenza e dolo ⁽³²⁹⁾. Secondo un'opinione non sarebbe invece applicabile l'art. 763 c.c., poiché il verificarsi di una lesione a danno di uno dei coniugi sarebbe incompatibile con la regola della parità delle quote sancita dall'art. 194 c.c. ⁽³³⁰⁾. Ora, poiché la lesione di cui alla norma in tema di divisione consegue alla obiettiva esistenza – quale vizio dell'oggetto e non già quale difetto genetico della causa – di una disparità di valore «oltre il quarto» tra i beni assegnati e la quota pertoccante al convivente ⁽³³¹⁾, laddove l'art. 194 c.c. si limita a stabilire in astratto quale deve essere il valore della quota, non sembra possano sussistere dubbi sull'operatività dello speciale rimedio rescissorio nel contesto qui in esame.

I creditori e gli aventi causa potranno intervenire nella divisione ai sensi dell'art. 1113 c.c., con il diritto altresì di impugnarla nel caso di preventiva notifica (e trascrizione, nel caso di divisione immobiliare) di opposizione ai sensi del primo e del secondo comma dell'art. cit., salvo sempre il diritto di agire in revocatoria o in surrogatoria. L'intervento è obbligatorio in relazione ai creditori iscritti e a coloro che hanno acquistato diritti sull'immobile in virtù di atti soggetti a trascrizione e trascritti prima della trascrizione dell'atto di divisione o della trascrizione della domanda di divisione giudiziale (cfr. art. 1113, terzo comma, c.c.). Proprio l'esplicito riferimento della norma appena citata all'azione surrogatoria deve indurre a ritenere consentita la proposizione da parte dei creditori dell'azione di divisione, sussistendo i presupposti di cui all'art. 2900 c.c. ⁽³³²⁾, come del resto costantemente ammesso dalla giurisprudenza di legittimità ⁽³³³⁾.

⁽³²³⁾ In questo senso v. anche BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 636 s.

⁽³²⁴⁾ Diverso, ovviamente, è il discorso con riguardo ai beni che gli fossero pervenuti *mortis causa* dal coniuge deceduto.

⁽³²⁵⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417, nota 180.

⁽³²⁶⁾ Cfr. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 417. Ammettono la possibilità di una divisione in natura anche MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 369 s., i quali fanno derivare tale conseguenza dall'idea secondo cui oggetto della divisione sarebbe «l'attivo, e non i singoli beni atomisticamente considerati. Da tale affermazione si desume che la posizione giuridica del singolo coniuge rispetto alla comunione legale è anzitutto diritto su una quota di un patrimonio visto nella sua globalità e non è riconducibile ad una mera somma di diritti su singoli beni, o quanto meno non è riducibile soltanto a questo».

⁽³²⁷⁾ Sulla cui applicabilità alla divisione dei beni della comunione legale la dottrina è concorde: v., per tutti, SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 318; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451.

⁽³²⁸⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 711; DE MONTIS, *Divisione dei beni*, cit., p. 996; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 637; VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279 s.; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 527.

⁽³²⁹⁾ In questo senso v. anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 66.

⁽³³⁰⁾ Cfr. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279 s.

⁽³³¹⁾ Sul tema v. per tutti DE CESARE e GAETA, *La divisione ereditaria*, in AA. VV., *Successioni e donazioni*, a cura di Rescigno, II, Padova, 1994, p. 38 ss.

⁽³³²⁾ *Contra* BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 627, secondo cui «L'interesse alla divisione dei creditori particolari dei coniugi non sembra tuttavia sufficiente a giustificare la sostituzione della loro volontà a quella dei coniugi stessi, attraverso un'azione surrogatoria, almeno nei casi in cui, o per non incidenza della causa di scioglimento della comunione sul rapporto coniugale o per la presenza di figli minori comuni a entrambi i coniugi e a loro carico, può sussistere un interesse dei coniugi a conservare lo stato di indivisione».

⁽³³³⁾ Cfr. ad es. Cass., 22 luglio 1966, n. 1996, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1348; Cass., 17 luglio 1973, n. 2092, in *Foro pad.*, 1973, I, c. 344; in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1779; Cass., 12 giugno 1987, n. 5140; Cass., 18 novembre 1975, n. 3871.

Va poi tenuto presente che, qualora i coniugi siano comproprietari di alcuni beni in virtù del regime legale e di altri per effetto di comunione ordinaria, i progetti divisionali dovranno essere differenti «attesi i diversi titoli di provenienza delle due comunioni»⁽³³⁴⁾. Nulla impedisce peraltro che, nell'ambito del medesimo procedimento, possa chiedersi la divisione tanto dei beni in comunione legale, quanto di quelli in comunione ordinaria⁽³³⁵⁾.

Prima di passare all'esame di alcune specifiche questioni controverse attinenti a taluni passaggi della procedura divisoria, potrà riassumersi come segue la *consecutio* delle operazioni divisionali, articolate nelle fasi seguenti⁽³³⁶⁾:

- a) accertamento del diritto ad ottenere la divisione, se sul punto vi è controversia;
- b) identificazione dei beni e dei diritti di credito facenti parte della comunione immediata e dei rapporti dare-avere in base alle regole in tema di comunione *de residuo*, eventualmente dopo il prelevamento dei beni personali e l'accertamento del *quantum* a titolo di rimborsi e/o restituzioni;
- c) stima dei beni e formazione di un progetto di divisione in natura, se possibile;
- d) attribuzione, per il caso di impossibilità di riparto in natura, del bene indivisibile, per intero, nella porzione del dividendo che ne faccia richiesta⁽³³⁷⁾;
- e) in caso di indivisibilità in natura e in mancanza di attribuzione, vendita dei beni all'incanto;
- f) calcolo, nei casi *sub* c) e d), degli eventuali conguagli e ripartizione, nel caso *sub* e), del ricavato della vendita.

E' evidente che le risposte agli interrogativi che si pongono *sub* a), b) e c) coinvolgeranno i temi attinenti alle cause di scioglimento del regime legale, dell'identificazione dell'oggetto della comunione immediata, della comunione *de residuo*, del prelevamento dei beni personali, dei rimborsi e delle restituzioni. Le altre fasi sopra individuate comportano invece una serie di problemi peculiari, che verranno qui di seguito illustrati.

7. La stima dei beni. – Per ciò che attiene alla stima dei beni appartenenti al patrimonio coniugale, costituenti la massa attiva da dividere, è stato rilevato⁽³³⁸⁾ che tale identificazione dei cespiti si risolve nella redazione d'un inventario di questi ultimi. Con la precisazione, peraltro, che il termine «inventario» è qui usato in un senso assolutamente tecnico, solo per la sua chiarezza e per ragioni di semplicità. In realtà, nella divisione dei beni della comunione legale – che, come più volte ricordato, non costituisce né una forma di società, né un'entità dotata di personalità giuridica – manca la nomina di organi liquidatori, ai quali possa essere demandata la formazione di un inventario in senso proprio; perciò, con questa espressione si vuole soltanto indicare il complesso di attività attraverso le quali si perviene all'identificazione di tutte le attività comprese nella massa da dividere. Nel caso di accordo tra le parti, tale attività si svolge con la massima semplicità ad opera dei coniugi stessi, attraverso la ricognizione – per la quale non è prescritta alcuna forma – di tutti i beni compresi nella comunione. In caso, invece, di divisione giudiziale, alla indicazione analitica dei beni, contenuta negli scritti difensivi depositati da una parte nel giudizio di divisione, seguirà l'onere per l'altra parte di una contestazione specifica dei singoli beni, o l'indicazione del pari specifica dei beni eventualmente omessi, mentre le eventuali controversie sul punto dovranno essere decise con sentenza, prima che si possa predisporre un progetto di divisione⁽³³⁹⁾.

L'inventario – nel senso sopra detto – deve comprendere tutti i beni indicati nell'art. 177 e nell'art. 178, c.c., sebbene, con riguardo alla comunione *de residuo*, tale lista non sia prodromica ad una divisione in senso tecnico, ma soltanto ad una determinazione contabile del saldo dei rispettivi valori. Nel caso di contestazioni sulla natura comune o personale di uno o più beni sarà necessario procedere ai sensi dell'art. 785 c.p.c., risolvendole con sentenza. Qualora per ipotesi siano ancora pendenti distinti procedimenti d'accertamento relativi a tali questioni la divisione andrà sospesa *ex art.* 295 c.p.c.⁽³⁴⁰⁾.

⁽³³⁴⁾ Sul punto cfr. GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 312 s., 316, ove si segnala il diverso orientamento di Trib. Milano, 20 luglio 1989, cit.

⁽³³⁵⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 518.

⁽³³⁶⁾ Sul punto v. anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 51.

⁽³³⁷⁾ Sul punto v. *infra*, § 8, in questa Parte III.

⁽³³⁸⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 53.

⁽³³⁹⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 53.

⁽³⁴⁰⁾ L'unico precedente di legittimità in qualche modo riferibile alla questione sembra costituito da Cass., 15 gennaio 1976, n. 131, che ha escluso la presenza di un rapporto di pregiudizialità tra due processi di divisione pendenti tra le stesse parti ma riguardanti masse oggettivamente diverse ed autonome, relative a comunioni fondate su situazioni giuridiche distinte.

La stima va effettuata avuto riguardo al valore attuale dei beni determinato al momento della divisione ⁽³⁴¹⁾, secondo quanto ricavabile dall'art. 192, ult. cpv., c.c. ⁽³⁴²⁾, non potendo trovare qui applicazione i criteri fissati dagli artt. 747 e 748 c.c. per la collazione per imputazione ⁽³⁴³⁾: fenomeno, quest'ultimo, del tutto estraneo alla comunione coniugale. Come si vedrà oltre, l'esatto momento di riferimento è quello dell'approvazione del progetto divisionale ⁽³⁴⁴⁾. Per quanto riguarda, in particolare, gli immobili ed i mobili registrati, si è esattamente rilevato ⁽³⁴⁵⁾ che, ove possibile, a ciascuno dei coniugi andranno assegnati i beni dei quali figuri intestatario esclusivo, sebbene questa non sia una regola indefettibile ⁽³⁴⁶⁾. Ovviamente, dovrà trovare applicazione anche l'art. 736 c.c., sulla consegna ai dividendi dei documenti relativi ai beni e ai diritti particolarmente loro assegnati ⁽³⁴⁷⁾.

Nel concetto di «beni» di cui agli artt. 718 ss. c.c. devono ritenersi compresi anche i crediti. Questi, secondo la tesi preferibile, cadono in comunione e pertanto vengono a far parte dell'attivo ai sensi dell'art. 194 c.c. ⁽³⁴⁸⁾ e andranno inseriti nelle porzioni, come del resto previsto dall'art. 727 c.c., sebbene l'opponibilità ai terzi del relativo accordo divisorio sia subordinata alla notifica o all'accettazione del terzo ⁽³⁴⁹⁾. In ogni caso i crediti sono assegnati *pro solvendo*: in caso di inadempimento, il coniuge assegnatario avrà azione di regresso nei confronti dell'altro, nei limiti della metà, onde ripartire in modo uguale la perdita, la quale ha sostanzialmente ridotto la massa attiva, sopravvalutata al momento della formazione delle porzioni ⁽³⁵⁰⁾.

8. Divisione degli immobili non comodamente divisibili e delle aziende. – Una menzione a parte merita poi l'art. 720 c.c., a mente del quale «Se nell'eredità vi sono immobili non comodamente divisibili, o il cui frazionamento recherebbe pregiudizio alle ragioni della pubblica economia o dell'igiene, e la divisione dell'intera sostanza non può effettuarsi senza il loro frazionamento, essi devono preferibilmente essere compresi per intero, con addebito dell'eccedenza, nella porzione di uno dei coeredi aventi diritto alla quota maggiore, o anche nelle porzioni di più coeredi, se questi ne richiedono congiuntamente l'attribuzione. Se nessuno dei coeredi è a ciò disposto, si fa luogo alla vendita all'incanto» ⁽³⁵¹⁾.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451; nello stesso senso v. anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 60.

⁽³⁴²⁾ Cfr. FORCHIELLI, *Con quale criterio estimativo temporale, sciolta la comunione coniugale, vanno «imputati» i beni che la comunione stessa abbia perso o acquistato per fatto di un coniuge?*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, cit., p. 363 ss.

⁽³⁴³⁾ Nello stesso senso cfr. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279 s. Anche a BARBIERA, *La comunione legale*, 1982, cit., p. 521, sembra preferibile che la stima venga effettuata con riferimento al momento della redazione del bilancio, in cui ogni coniuge vede quantificato il proprio diritto ad una parte dei beni.

⁽³⁴⁴⁾ V. *infra*, § 9, in questa Parte III.

⁽³⁴⁵⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p., 199, nota 108.

⁽³⁴⁶⁾ Come ritenuto, invece, data la loro impostazione, da MAZZOLA e RE, *Proposta di un diverso modo di intendere la comunione di beni tra coniugi*, cit., p. 762.

⁽³⁴⁷⁾ Così VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 279 s.

⁽³⁴⁸⁾ Favorevole a questa soluzione si dice anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 31 s., 51, il quale peraltro ritiene che tali rapporti non cadano in comunione legale. Secondo BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 637, «Dato che né lo scioglimento, né la divisione possono comportare mutamento della titolarità dei crediti, questi, nel caso che fosse necessario attribuirne in tutto o in parte il valore al coniuge diverso dal titolare, dovranno essere ceduti a costui (se cedibili), con obbligo di conguaglio se l'attribuzione del valore sia solo parziale».

⁽³⁴⁹⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 371; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 451.

⁽³⁵⁰⁾ Così A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 62.

⁽³⁵¹⁾ Sul punto v. da ultimo in giurisprudenza Cass., 22 gennaio 2008, n. 12119: «Nel giudizio di divisione, la richiesta di attribuzione, proponibile solo in caso d'indivisibilità del bene, ex art. 720 cod. civ., costituisce una modalità attuativa della divisione che ne paralizza la vendita anche se precedentemente disposta dal giudice, trattandosi di una mera specificazione della domanda di scioglimento della comunione, formulabile anche in appello. (Nella fattispecie, la Corte ha cassato la pronuncia di secondo grado che aveva ritenuto passata in giudicato la sentenza parziale di primo grado contenente l'accertamento dell'indivisibilità del bene anche per la statuizione relativa alla vendita, nonostante nel giudizio relativo alle operazioni divisionali una della parti avesse chiesto ed ottenuto l'attribuzione del bene indivisibile)». Per la giurisprudenza di merito v. App. Palermo, 12 gennaio 2009, in *Guida dir.*, 2009, n. 14, p. 64, secondo cui «In materia di divisione, il giudice, nell'esercizio del potere di attribuzione dell'immobile non ritenuto comodamente divisibile, non trova alcun limite nel disposto normativo di cui all'articolo 720 del Cc, dal quale, al contrario, gli deriva un potere prettamente discrezionale nella scelta del dividendo cui assegnare il bene in oggetto. Siffatto potere trova esclusivo temperamento nell'obbligo di indicare i motivi legittimanti la scelta operata, il quale si risolve in un tipico apprezzamento di fatto, sottratto, in quanto tale, al sindacato di legittimità e oggetto di controllo solo in ordine alla logicità intrinseca e alla sufficienza del ragionamento operato dal giudice di merito. (Nella specie il

La dottrina ⁽³⁵²⁾ ed una decisione di legittimità del 2000 ⁽³⁵³⁾ ritengono applicabile la disposizione anche alla divisione di beni facenti parte di una disciolta comunione legale tra coniugi. In particolare, la sentenza citata ha annullato la decisione impugnata nella parte in cui quest'ultima aveva disposto la vendita all'incanto dell'appartamento, già formante parte della comunione legale, disattendendo la domanda dell'ex marito, che ne aveva chiesto l'assegnazione. La Cassazione rinvia sul punto ad un proprio orientamento consolidato, in base al quale l'art. 720 c.c. configura la vendita all'incanto degli immobili non divisibili come rimedio residuale, cui ricorrere quando nessuno dei conviventi possa o voglia beneficiare della facoltà di vedersi assegnare l'intero, con i necessari conguagli ⁽³⁵⁴⁾. Da tale premessa consegue che, quando la relativa domanda venga formulata da uno solo dei conviventi, l'assegnazione dovrà disporsi a favore di questi, a prescindere da qualsivoglia indagine sull'entità della sua quota rispetto a quella degli altri ⁽³⁵⁵⁾.

In presenza di un bene non comodamente divisibile dovrà pertanto procedersi all'assegnazione al coniuge che ne faccia richiesta, con l'obbligo di corrispondere all'altro la metà del valore, come da stima. Il fatto che qui non soccorra il criterio della quota maggiore non impedisce l'applicazione della norma ⁽³⁵⁶⁾, sempre che non vi sia opposizione dell'altra parte, la quale chieda identico provvedimento a proprio favore. Se invece quest'ultima si limitasse ad opporsi, chiedendo la vendita del bene indivisibile, non si ravviserebbe a suo favore alcun interesse meritevole di tutela: se l'opposizione nascesse dalla contestazione della stima, la questione andrebbe preliminarmente risolta ⁽³⁵⁷⁾. La vendita deve invece aver luogo in caso nessuno dei coniugi faccia richiesta di assegnazione.

Più complesso è il caso che si verifica quando entrambi i coniugi chiedano in loro favore l'assegnazione. Ai sensi dell'art. 720 c.c., infatti, ove si presenti un conflitto di questo tipo, l'assegnazione dovrebbe essere disposta a favore del comproprietario titolare di quota maggiore; questa situazione peraltro non può verificarsi quando la comunione ordinaria faccia seguito ad una pregressa comunione legale tra coniugi, per i motivi in precedenza esaminati, stante la già ricordata uguaglianza delle quote. Ne consegue che il cespite dovrà essere necessariamente venduto all'incanto, con ripartizione del ricavato tra i conviventi ⁽³⁵⁸⁾. Posto, dunque, che sorga un simile conflitto, è da escludere nel giudice ogni potere discrezionale di dirimerlo: l'eventuale interesse della prole può essere tutelato con strumenti diversi, tra i quali va annoverato lo stesso art. 194 cpv. c.c. La soluzione del sorteggio, per analogia con l'assegnazione delle porzioni uguali (art. 729 c.c.), è priva di base normativa, ed appare proponibile soltanto in presenza dell'accordo delle parti. In difetto di questa intesa, l'esito più rigoroso è dunque quello della vendita del bene indivisibile ⁽³⁵⁹⁾, sebbene non facciano difetto decisioni di merito le quali sembrano (almeno teoricamente e a livello di *obiter*) aprire uno spiraglio per una soluzione diversa, favorevole all'attribuzione al coniuge cui l'immobile fosse stato eventualmente assegnato ai sensi dell'art. 155-*quater* c.c. ⁽³⁶⁰⁾.

giudice di prime cure procedeva all'assegnazione del bene non comodamente divisibile a favore del convivente il quale, mediante l'utilizzazione dell'immobile, aveva impresso al medesimo una particolare destinazione, tra l'altro apportandovi delle modificazioni che, qualora il bene fosse stato assegnato ad altri, sarebbero certamente risultate inutili e prive di un qualsivoglia valore economico)».

⁽³⁵²⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 527; v. inoltre FIGONE, *Sulla divisione dei beni coniugali non facilmente divisibili*, Nota a Cass., 9 febbraio 2000, n. 1423, in *Fam. dir.*, 2000, p. 459.

⁽³⁵³⁾ Cass., 9 febbraio 2000, in *Fam. dir.*, 2000, p. 458, con nota di FIGONE.

⁽³⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 18 agosto 1981, n. 4938; Cass. 21 giugno 1987, n. 3717; Cass. 10 aprile 1990, n. 2990.

⁽³⁵⁵⁾ Cfr. Cass. 4 maggio 1994, n. 4270; Cass. 1° marzo 1995, n. 2335.

⁽³⁵⁶⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 61; in giurisprudenza v. Cass. 28 luglio 1965, n. 1795.

⁽³⁵⁷⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 61.

⁽³⁵⁸⁾ Cfr. FIGONE, *Sulla divisione dei beni coniugali non facilmente divisibili*, cit., p. 459.

⁽³⁵⁹⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 61.

⁽³⁶⁰⁾ Cfr. Trib. Trani, 10 ottobre 2008, in *DirittoeGiustizi@*, 26 novembre 2008: «A norma dell'art. 720 cc, la divisione dell'immobile precedentemente adibito a casa familiare avviene attraverso la vendita e la distribuzione del ricavato (in caso di indivisibilità in natura) a cui è preferita l'attribuzione dell'intero cespite – con addebito dell'eccedenza – in favore del convivente avente diritto alla quota maggiore, se questi non ne manifesta l'indisponibilità, tenendo presente che il Tribunale non è vincolato nella scelta del “maggior quotista”, potendo decidere di valorizzare altri elementi di opportunità, quali ad esempio, l'occupazione del bene. Da ciò, consegue che ove non esista un “maggior quotista”, ed in assenza di elementi che rendano più opportuna l'assegnazione dell'immobile ad uno piuttosto che all'altro dei conviventi, se la stessa conformazione del cespite – nella specie costituito da un appartamento privo di ingressi autonomi ed abbisognevole di costosi lavori di adeguamento – rende all'evidenza, anche senza una specifica valutazione da parte del Ctu, antieconomica la soluzione della divisione in natura, residua la modalità della divisione attraverso la vendita del bene immobile a mezzo di un professionista delegato, per addivenire al riparto del ricavato tra i conviventi». Sul punto evidenziato nel testo si legge in motivazione quanto segue: «è pur vero che il Tribunale non è vincolato nella scelta dal “maggior quotista” potendo valorizzare altri elementi di opportunità,

I principi di cui all'art. 720 c.c. andranno applicati anche nel caso di azienda, insuscettibile, in quanto universalità di beni, di essere frazionata nelle sue singole componenti ⁽³⁶¹⁾, tanto più che, in generale, la giurisprudenza di legittimità reputa applicabile analogicamente all'azienda la disposizione relativa agli immobili non comodamente divisibili «ove il frazionamento determini il vanificarsi dell'avviamento commerciale, atteso che la comoda divisibilità di cui alla norma citata presuppone, fra l'altro, che la divisione non importi un pregiudizio al valore economico delle porzioni rispetto all'intero» ⁽³⁶²⁾.

In particolare si fa qui riferimento alle aziende in comunione immediata, ai sensi dell'art. 177, lett. d), nonché alla comunione degli utili e degli incrementi aziendali, *ex art. 177 cpv. c.c.* Sebbene molto si sia discusso sulla natura giuridica della impresa coniugale, sui rapporti tra la sua disciplina e quella delle società, sulla compatibilità tra queste ultime e la comunione legale, e sui molteplici aspetti di questi problemi per quel che concerne la responsabilità nei confronti dei creditori e l'amministrazione dell'azienda, non sembra che tutto ciò condizioni significativamente le operazioni divisionali ⁽³⁶³⁾. Aderendosi alla tesi prevalente, secondo la quale l'impresa coniugale non è una forma speciale di società, ma una forma di comunione nell'esercizio dell'impresa, deve escludersi che la divisione dei beni della comunione legale implichi scioglimento della società e quindi liquidazione dell'impresa. Quest'ultima, o – a seconda dei casi – i suoi utili ed incrementi, dovrebbero invece essere valutati sulla base della situazione patrimoniale al momento della divisione, secondo la regola generale valevole per ogni stima in sede divisoria ⁽³⁶⁴⁾. L'azienda costituita dopo il matrimonio andrà quindi inserita in una delle due porzioni come bene indivisibile in natura, mentre gli utili e gli incrementi (per il loro valore) potrebbero essere anche divisi.

quali ad es. l'occupazione del bene, tuttavia, nel caso presente i detti elementi non sono stati rappresentati da alcuna delle parti. In particolare, la stessa sentenza di separazione, in ordine alla casa coniugale (oggi oggetto di divisione) ha osservato che «l'assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti impedisce un provvedimento di assegnazione che, a norma dell'art. 155 cod. civ., risponde esclusivamente all'esigenza di garantire il medesimo habitat domestico, laddove i figli non abbiano la concreta opportunità di trovare adeguata sistemazione in altra dimora» ed ha concluso per l'assenza di una assegnazione della casa, la cui sorte è rimessa al mero diritto dominicale. In altri termini, non esistono elementi che rendano più opportuna l'assegnazione dell'intero ad uno piuttosto che all'altro dei conviventi, sicché deve essere valutata la possibilità di una divisione in natura». E' quindi evidente che, ad avviso del tribunale, l'assegnazione in godimento (nella specie insussistente) in favore di un coniuge avrebbe consentito l'assegnazione in proprietà, su sua richiesta, a quest'ultimo».

⁽³⁶¹⁾ Nello stesso senso v. anche GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 526 s., secondo cui l'azienda, in quanto bene indivisibile, potrà essere assegnata ad uno solo di essi, preferibilmente colui o colei che svolge l'attività di impresa. Suggerisce invece di procedere alla liquidazione di una somma di denaro corrispondente al suo valore, in analogia a quanto avviene per la liquidazione delle quote del socio uscente ai sensi dell'art. 2289 c.c., A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 8. Secondo GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 338, ove l'azienda sia costituita da più rami autonomi dal punto di vista strutturale ed economico, potrà procedersi a una sua divisione. Se, al contrario, l'azienda è un tutto unico, questa andrà assegnata per intero ad uno dei coniugi e, ove altri beni non siano sufficienti ad eguagliare il suo valore, l'assegnatario dovrà corrispondere l'equivalente somma di denaro.

Ancora diversa è l'opinione di GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 211. Questi Autori, dopo aver presentato la propria tesi sulla caduta in contitolarità effettiva, al momento della cessazione del regime legale, del saldo attivo del patrimonio aziendale, o degli incrementi di quest'ultimo, rilevano che la non coincidenza tra titolarità del diritto di impresa e titolarità dei beni aziendali, cui dà luogo l'efficacia reale della comunione *de residuo* prevista dall'art. 178 c.c., «costituisce una situazione giuridica soltanto provvisoria, perché: o si procederà alla divisione dei beni comuni, e allora l'azienda, che è un bene indivisibile, potrà essere assegnata ad un solo dei coniugi, e verosimilmente a quello tra essi che, essendo già imprenditore, ha un titolo preferenziale *de facto*; ovvero il coniuge beneficiario della caduta in comunione tollererà che l'altro continui a gestire l'impresa da solo e allora, dopo il decorso di un certo periodo di tempo, sorgerà tra i due una società di fatto; o, ancora, il coniuge beneficiario potrà dare in affitto all'altro la propria quota di comproprietà dell'azienda ovvero accordarsi con il medesimo per partecipare alla gestione della impresa, acquistando così, in quest'ultimo caso, anche la qualità di imprenditore; o, infine, gli sposi potranno eventualmente concludere tra loro un contratto di associazione in partecipazione ai sensi degli artt. 2549 e segg. c.c.».

⁽³⁶²⁾ Cass., 26 aprile 1983, n. 2861, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1957; nel medesimo senso v. anche la precedente Cass., 12 ottobre 1973, n. 2574, *ivi*, 1974, I, p. 226 (entrambe le decisioni sono relative alla divisione di comunioni ereditarie). Il concetto di comoda divisibilità è stato definito sotto l'aspetto strutturale ed economico-funzionale in un'altra sentenza, in cui si sottolinea come la divisione non deve incidere sull'originaria destinazione del bene o comportare un sensibile deprezzamento del valore delle quote, rapportate proporzionalmente al valore dell'intero e tenuto conto della normale utilizzazione del cespite: v. Cass., 11 agosto 1990, n. 8201.

⁽³⁶³⁾ In questo senso v. anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 58.

⁽³⁶⁴⁾ *Contra* A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 58, secondo cui tale valutazione andrebbe compiuta alla data in cui è cessata la gestione comune.

Per quanto attiene invece alle aziende e agli incrementi aziendali *ex art. 178 c.c.*, dovendosi esprimere adesione all'indirizzo che le esclude dalla caduta in contitolarità «reale» al momento dello scioglimento del regime, secondo il principio valevole per la realizzazione di ogni ipotesi di comunione residuale, occorrerà pure escludere il ricorso al procedimento divisorio così come sopra descritto, dovendosi invece procedere al conteggio dei rapporti dare-avere che caratterizza la liquidazione, per l'appunto, della comunione *de residuo*, con determinazione della somma che, all'esito di tali conteggi, sarà dovuto dall'uno all'altro dei coniugi ⁽³⁶⁵⁾.

9. Rendiconto e approvazione del progetto di divisione. Gli eventuali conguagli. – Come posto in luce dalla dottrina ⁽³⁶⁶⁾, le norme sui rimborsi e le restituzioni esauriscono la disciplina dei rapporti di credito e debito dei coniugi in relazione al regime della comunione legale, sicché – considerato il fatto che l'amministrazione dei beni comuni è affidata ad entrambi i coniugi – non sussiste obbligo reciproco di rendimento del conto ⁽³⁶⁷⁾. Peraltro, rilevato che assai sovente, tra scioglimento e divisione della comunione, si colloca un certo intervallo temporale, durante il quale la comunione legale si trasforma in una comunione ordinaria, ben può accadere che in questo periodo la gestione dei beni comuni dia luogo a rapporti di credito-debito tra le parti per frutti percepiti, spese sostenute, migliorie apportate, ecc. Ciò giustifica la redazione di un rendiconto, secondo il procedimento regolato dagli artt. 263 ss. c.p.c. ⁽³⁶⁸⁾. La medesima dottrina ha peraltro posto in luce come non sia necessario che i conteggi derivanti dalla gestione dei beni comuni si attuino sempre e necessariamente attraverso il complesso procedimento di rendiconto regolato dal codice di rito. Se tali rapporti si esauriscono in poche voci di credito-debito, esposte dall'uno o dall'altro dividendo, e nessuno chieda formalmente un rendiconto, l'eventuale controversia potrebbe limitarsi, con economia del processo, all'accertamento di queste poste.

Il progetto divisionale predisposto dal giudice direttamente, o tramite un consulente tecnico, ovvero dal notaio, viene presentato alle parti, discusso, approvato e dichiarato esecutivo secondo la procedura descritta dagli artt. 789, 790 e 791 c.p.c. Esclusa la necessità di una divisione giudiziale, anche nel caso che vi siano figli minori ⁽³⁶⁹⁾, le parti sono libere di accordarsi stragiudizialmente, salva la necessità di procurarsi un titolo per la trascrizione, se vi sono dei beni immobili da dividere (ciò significa che l'eventuale scrittura privata dovrebbe essere, a questi fini, autenticata). In caso di divisione giudiziale, nessun sindacato officioso può essere esercitato dal giudice: non essendo prevista alcuna omologazione della divisione, il mero silenzio serbato dalle parti in ordine al progetto depositato in cancelleria, all'udienza fissata a tale scopo, comporta l'approvazione automatica del progetto (art. 789, c.p.c.), che il giudice deve limitarsi ad accertare e dichiarare con ordinanza ⁽³⁷⁰⁾.

All'approvazione del progetto fa seguito, di regola, l'estrazione a sorte dei lotti da assegnare alle parti, da parte del giudice o del notaio (artt. 729 s. c.c.). L'applicazione di questa regola può essere esclusa dalla volontà dei dividendi, i quali si accordino sulle porzioni da assegnare a ciascuno ⁽³⁷¹⁾.

Il progetto così approvato può prevedere la corresponsione di un conguaglio a carico di una parte ed a vantaggio dell'altro, per compensare l'eventuale «ineguaglianza in natura nelle quote» (art. 728 c.c.). Non può d'altro canto escludersi che tra i coniugi vi siano altri rapporti di credito-debito, del tutto indipendenti da ogni riferimento a beni comuni. Sul punto si è portato l'esempio di un mutuo concesso dall'uno all'altro o di mensilità arretrate di assegni per il mantenimento del coniuge stesso o della prole ⁽³⁷²⁾, ma si può anche pensare al prezzo di una vendita, o a un credito a titolo risarcitorio. Sul punto deve senz'altro convenirsi con l'avviso per cui, in presenza delle condizioni di liquidità ed esigibilità, tali eventuali crediti possano essere

⁽³⁶⁵⁾ *Contra*, per la descrizione delle modalità divisorie della comunione *de residuo*, secondo le della comunione immediata, cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 58 ss.

⁽³⁶⁶⁾ A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 63.

⁽³⁶⁷⁾ Nel senso che «Vigendo, tra i coniugi, il regime della comunione degli utili e degli acquisti (nella specie: in forza di convenzione stipulata il 23 marzo 1920, sotto il vigore del c.c. del 1865), venuta a morte la moglie, non sussiste, a carico del marito, né *ex art. 216* (testo originario), né *ex art. 184 e 192* (testo vigente) cc., l'obbligo di rendere il conto all'erede della defunta degli atti di amministrazione, anche straordinaria, compiuti in via esclusiva in costanza di vita matrimoniale», cfr. Trib. Catania, 29 marzo 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2159.

⁽³⁶⁸⁾ Così A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 63 s., il quale sottolinea come l'art. 723, c.c., che prevede appunto un tale rendiconto, sia applicabile solo per la fase successiva allo scioglimento della comunione legale: per la fase anteriore, in cui la comunione aveva il suo fondamento nella convivenza e, normalmente, nel compossesso, nessun rendiconto è invece dovuto.

⁽³⁶⁹⁾ V. *supra*, n. 4, in questa Parte III

⁽³⁷⁰⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 65.

⁽³⁷¹⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 65.

⁽³⁷²⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 63.

compensati con i conguagli eventualmente dovuti, dai quali restano proprio per questo rigorosamente distinti sul piano giuridico ⁽³⁷³⁾.

L'importanza di questa distinzione emerge chiaramente, tra l'altro, a proposito delle garanzie. A garanzia del pagamento dei conguagli, la legge prevede infatti l'ipoteca legale a favore del convivente, creditore del conguaglio, sopra gli immobili assegnati al convivente al quale tale obbligo incombe: cfr. art. 2817, n. 2), c.c. Ora, per conguaglio dovrà intendersi, in senso proprio, solo quello che nasce dalla divisione. Posto, infatti, che l'ipoteca legale, analogamente al privilegio, costituisce una preferenza accordata dal legislatore in considerazione della qualità del credito e, nel caso della divisione, in considerazione del fatto che si tratta di crediti che rendono possibile la divisione in natura, tale *ratio* non ricorre se non per i conguagli che correggono disparità tra porzioni in natura e quote spettanti. Ne deriva che l'ipoteca legale non dovrebbe estendersi ai diversi crediti sopra indicati (a titolo di mutuo, di mensilità arretrate, di prezzo di vendita o di risarcimento danni, ecc.), anche se essi (pur essendo, a rigore, del tutto estranei all'oggetto della divisione) venissero conteggiati in sede di divisione e sommati al credito per conguaglio ⁽³⁷⁴⁾.

In quanto elemento della porzione e attribuzione vicaria dell'assegnazione in natura, il conguaglio esprime certamente un valore. Ciò vuole dire che esso va determinato avuto riguardo al valore dei beni che costituiscono le rispettive porzioni, mentre l'adeguamento, pendente il processo divisorio, non è ai mutamenti del valore della moneta in generale, ma a quelli del mercato dei beni oggetto della divisione. Così, ad esempio, se il patrimonio è costituito da un unico bene, ad esempio dalla casa di abitazione della famiglia, l'adeguamento deve tener conto dell'andamento del mercato immobiliare, e potrebbe discostarsi, nei casi particolari anche in modo considerevole, dall'andamento generale del valore della moneta. Peraltro, una volta approvato il progetto, la liquidazione del conguaglio, in esso contenuta, pone fine, come in ogni altro caso, all'incertezza sull'ammontare della prestazione pecuniaria, che da quel momento obbedisce al principio nominalistico. Ne deriva che, all'atto dell'approvazione del progetto, il conguaglio, determinato sulla base della stima dei beni a quel momento, assume la natura di debito di valuta, su cui sono dovuti gli interessi legali e, in caso di mora, l'eventuale maggior danno contemplato dall'art. 1224 cpv. c.c. ⁽³⁷⁵⁾.

10. Effetti dichiarativi della divisione: profili fiscali e rapporti con i terzi. – Il principale problema in tema di effetti della divisione della comunione coniugale attiene all'accertamento della natura di questi, vale a dire se essi siano di carattere dichiarativo, ovvero costitutivo. Ad avviso, infatti, di una parte della dottrina ⁽³⁷⁶⁾, l'effetto della divisione della comunione ordinaria costituitasi a seguito dello scioglimento di una comunione legale non sarebbe quello dichiarativo, peculiare invece della divisione della comunione ereditaria. Situazione, questa, in virtù della quale ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari (art. 757 c.c.) ⁽³⁷⁷⁾. La divisione della comunione (già) legale, secondo la citata opinione, potrebbe condurre al trasferimento in favore di un coniuge del diritto su beni in precedenza acquistati ed intestati esclusivamente all'altro coniuge o su beni che, in quanto facenti parte della c.d. *communio de residuo*, si trovavano, prima dello scioglimento della comunione, nell'esclusiva titolarità e disponibilità dell'altro coniuge. La divisione del patrimonio coniugale, pertanto, allorché determini un mutamento nella titolarità dei diritti facenti parte della massa, presenterebbe, *in parte qua*, natura traslativa di attribuzione del diritto ⁽³⁷⁸⁾.

La premessa di cui sopra, sempre secondo la tesi esposta, determinerebbe peculiari conseguenze sul piano possessorio, così come su quello fiscale, posto che, quanto al primo profilo, al coniuge, subentrante, in seguito alla divisione della comunione coniugale, nel possesso di un bene posseduto in precedenza soltanto dall'altro coniuge, non si applicherebbe l'istituto della successione nel possesso, bensì quello dell'accessione del possesso (art. 1146, secondo comma, c.c.); quanto al secondo, alla divisione dei beni della comunione legale dovrebbe applicarsi l'imposta di registro in base alla tariffa propria degli atti traslativi ⁽³⁷⁹⁾.

In realtà, non vi è motivo per ritenere che le conclusioni circa il carattere dichiarativo della divisione, consacrate da quell'art. 757 c.c. cui l'art. 1116 c.c. fa rinvio, siano contraddette da speciali regole della

⁽³⁷³⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 63.

⁽³⁷⁴⁾ Cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 64.

⁽³⁷⁵⁾ Così sempre A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 64 s.

⁽³⁷⁶⁾ Cfr. PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 438; SCALETTA, *Lo scioglimento della comunione legale dei coniugi*, cit., p. 676.

⁽³⁷⁷⁾ Sul punto, cfr. GUARINO, voce *Comunione (Dir. civ.)*, cit., p. 263 e, in giurisprudenza, Cass. 5 marzo 1987, n. 2320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, p. 456.

⁽³⁷⁸⁾ Cfr. PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 438.

⁽³⁷⁹⁾ Cfr. PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 438.

comunione legale. Invero, quanto ai beni in comunione immediata, ancorché formalmente intestati ad un coniuge, la loro caduta in comunione non è sicuramente determinata dal verificarsi di una causa di scioglimento, bensì, *manente comunione*, dal disposto dell'art. 177, lett. a), c.c., per cui anche tali diritti vengono a far parte della comunione ordinaria, al momento del verificarsi di una causa di scioglimento, per la semplice ragione che essi già erano in comunione legale, sin dal momento dell'acquisto. Quanto poi ai beni comuni *de residuo*, va ricordato, che, secondo l'opinione preferibile, la caduta in comunione all'atto della cessazione del regime denota la semplice nascita di un credito alla metà del relativo valore, per cui, se di effetto costitutivo si può parlare, ciò va fatto non già in reazione alla creazione di un diritto reale su determinati beni, ma semplicemente con riguardo alla nascita di un'obbligazione di carattere pecuniario ⁽³⁸⁰⁾.

Le considerazioni appena illustrate sono state fatte proprie da una decisione di legittimità del 2006, la quale ha stabilito che, atteso il carattere dichiarativo della divisione del patrimonio già in comunione legale, l'eventuale conguaglio posto a carico di uno dei coniugi conviventi inerisce alle operazioni divisionali e non costituisce un capo autonomo della sentenza dichiarativa della divisione. Di conseguenza, l'importo del conguaglio diventa definitivo soltanto con il passaggio in giudicato della sentenza e, pertanto, qualora quello fra i coniugi che ne sia onerato ne offra il pagamento all'altro e questi lo rifiuti, si devono ritenere insussistenti i presupposti di un'offerta valida agli effetti dell'art. 1206 c.c., in quanto difetta la certezza della somma dovuta ⁽³⁸¹⁾.

Dall'affermazione della natura dichiarativa della divisione derivano logiche conseguenze sul piano del trattamento fiscale ⁽³⁸²⁾. Sul punto dovrà rilevarsi che il legislatore del T.U. sulla imposta di registro (d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131), regolando la divisione di comunioni all'art. 34, non ha tenuto conto del caso della comunione legale, con il risultato che tale disposizione risulta qui inapplicabile, sia nella parte relativa al trattamento speciale riservato alla comunione ereditaria, che in quella concernente la disciplina ordinaria stabilita per le altre comunioni formate da beni risultanti «da un precedente atto che abbia scontato l'imposta propria sui trasferimenti». Nonostante ciò non sembrano esservi dubbi sul fatto che i beni in comunione debbano essere considerati «massa unica» ⁽³⁸³⁾; il relativo atto di divisione, in virtù dell'art. 20 dello stesso T.U. – per cui l'imposta va applicata in base alla intrinseca natura degli effetti giuridici prodotti dall'atto – ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della Tariffa, All. A, che, per tutti gli atti di natura dichiarativa ⁽³⁸⁴⁾, fissa la aliquota proporzionale nella misura dell'1 % ⁽³⁸⁵⁾.

E' da notare però che, nel caso in cui la divisione abbia luogo nell'ambito dello stesso procedimento di separazione o divorzio, deve operare il regime di esenzione tributaria fissato dall'art. 19, 1. n. 74/87. Attesa la già illustrata impossibilità di cumulo tra la domanda divisoria e quella di uno dei procedimenti attinenti alla crisi coniugale (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio, modifica delle condizioni della separazione o del divorzio) ⁽³⁸⁶⁾, la fattispecie in esame potrà prodursi solo nei casi di divisione amichevole operata nel verbale di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta, ovvero di un

⁽³⁸⁰⁾ In favore della tesi del carattere dichiarativo della divisione della comunione instauratasi a seguito dello scioglimento del regime legale si esprimono anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 68; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 712; GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 340; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 519. Per una ricostruzione delle differenti posizioni dottrinali cfr. inoltre DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 990 ss., la quale esamina anche la posizione degli studiosi che ricorrono al concetto di surrogazione reale, e quella volta ad assegnare una natura costitutiva o dichiarativa a seconda che si tratti di divisione ereditaria ovvero di divisione contrattuale o giudiziale.

⁽³⁸¹⁾ Cfr. Cass., 31 maggio 2006, n. 13009. Sulla base di tale principio la Suprema Corte ha cassato la sentenza d'appello che, confermando quella di primo grado, aveva ritenuto valida l'offerta di cui al testo – nella specie eseguita in forma reale – ed ha deciso nel merito rigettando la domanda di convalida dell'offerta stessa.

⁽³⁸²⁾ In generale sugli effetti tributari dello scioglimento della comunione per separazione o divorzio cfr. TARIGO, *Profili tributari della separazione e del divorzio*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, I, p. 263 ss., spec. 268 ss.

⁽³⁸³⁾ Nel senso del testo si esprime la dottrina concorde: cfr. ad es. FORESTIERI e SIMONI, *La divisione dei beni della comunione legale nella imposta di registro*, in *Riv. notar.*, 1987, I, p. 515; FORMICA, voce *Divisione nel diritto tributario*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 94.

⁽³⁸⁴⁾ Non vi sono ormai più dubbi sul fatto che la divisione, fiscalmente, abbia natura dichiarativa: cfr. FORMICA, *op. cit.*, p. 89 e, in giurisprudenza, Cass., 17 dicembre 1994, n. 10857, in *Boll. trib.*, 1995, p. 1529.

⁽³⁸⁵⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 418; nello stesso senso v. anche A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 68, nonché DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 712, secondo cui il principio dell'efficacia dichiarativa della divisione si estende anche alla divisione della comunione legale, con la conseguenza che la tariffa relativa agli atti traslativi si applica solo per gli eventuali conguagli in denaro.

⁽³⁸⁶⁾ Sul punto v. *supra*, Parte II, §§ 3 s.

accordo richiamato da una sentenza di divorzio in una procedura contenziosa, in cui si sia però inserita una richiesta congiunta delle parti in tal senso ⁽³⁸⁷⁾.

Per quanto attiene, infine, all'opponibilità della divisione a terzi, va rilevato che qui soccorrono le norme sulla trascrizione (per i beni immobili e i mobili registrati), per cui la divisione andrà trascritta ai sensi degli artt. 2646 e 2685 c.c. contro i condividenti e a favore dell'assegnatario ⁽³⁸⁸⁾. Nel caso che uno dei beni immobili o mobili registrati incluso in comunione legale sia oggetto anche di una comunione ordinaria con terzi che abbiano trascritto il titolo di acquisto prima della trascrizione dell'atto di divisione o della domanda di divisione giudiziale, i terzi devono essere chiamati a intervenire nella divisione; in caso contrario, quest'ultima sarà loro inopponibile, secondo la corrente interpretazione dell'art. 1113, terzo comma, c.c. ⁽³⁸⁹⁾. Per quanto attiene ai crediti, andranno invece rispettate, come già detto, le disposizioni in tema di notifica della cessione ai debitori ⁽³⁹⁰⁾. Per i rimanenti mobili varranno le regole in tema di possesso (art. 1153 c.c., 1158 ss., sull'usucapione ordinaria e abbreviata) ⁽³⁹¹⁾.

11. Sulla divisione della casa coniugale assegnata in sede di crisi coniugale ad un coniuge. Impostazione del problema. La giurisprudenza più risalente. – Si è già avuto modo di porre in evidenza che la divisione può in concreto effettuarsi mediante la ripartizione dei beni in natura ⁽³⁹²⁾ e che, al riguardo, in presenza di beni immobili non comodamente divisibili, rilievo decisivo assume l'art. 720 c.c. In questo quadro si tratta di vedere quali effetti possa dispiegare la circostanza che l'immobile in questione abbia formato oggetto, nel quadro della separazione personale dei coniugi (o del divorzio), di assegnazione in godimento ai sensi dell'art. 155-*quater* c.c.

⁽³⁸⁷⁾ La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di stabilire in proposito che «Le agevolazioni di cui all'articolo 19 della legge n. 74 del 1987 operano con riferimento a tutti gli atti e convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare, sotto il controllo del giudice, i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, ivi compresi gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge (in applicazione dell'esposto principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto esente da INVIM il conguaglio in denaro a fronte di un trasferimento immobiliare attribuito a uno dei coniugi in sede di conciliazione giudiziale sulla scioglimento della comunione dei beni, nell'ambito del giudizio di divorzio, il relativo verbale costituendo parte integrante del medesimo)» (cfr. Cass., 17 febbraio 2001, n. 2347, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3674; nello stesso senso v. anche Cass., 5 marzo 2001, n. 3184). In senso contrario sono però andate altre decisioni della stessa Corte. Così è stato stabilito che «Le agevolazioni di cui all'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, come interpretato e modificato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 154 del 1999, operano – quanto agli atti ed accordi finalizzati allo scioglimento della comunione tra i coniugi conseguente alla separazione – limitatamente all'effetto naturale della separazione, costituito dallo scioglimento automatico della comunione legale, e non competono con riferimento ad atti – solo occasionalmente generati dalla separazione – di scioglimento della comunione ordinaria tra gli stessi coniugi, che ben potrebbe persistere nonostante la separazione» (cfr. Cass., 3 dicembre 2001, n. 15231, in *Fisco*, 2002, p. 1525; in *Giur. it.*, 2002, p. 1528; in *Notariato*, 2003, p. 273, con nota di GIUNCHI). In epoca successiva alle decisioni da ultimo citate la Cassazione sembra però essere ritornata verso una posizione favorevole all'inclusione degli atti in esame nel novero di quelli di cui all'art. 19 cit. Così è stato deciso che «Le agevolazioni di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987 operano con riferimento a tutti gli atti e convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare sotto il controllo del giudice i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio o alla separazione personale, ivi compresi gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge. Tale agevolazione si estende ad ogni tipo di “tassazione”, indipendentemente dalla natura di imposta o di tassa in senso proprio del tributo concretamente in discussione» (Cass., 22 maggio 2002, n. 7493; nello stesso senso v. anche Cass., 28 ottobre 2003, n. 16171). Queste ultime decisioni precisano chiaramente, in motivazione, che l'esenzione opera se gli atti e gli accordi in oggetto sono «finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione». Si esclude invece che l'esenzione fiscale operi «quando si tratti di atti ed accordi che (...) siano soltanto occasionalmente generati dalla separazione stessa (Cass. 15231/2001)», richiedendosi altresì la presenza di un «rapporto di “causalità necessaria” tra atti asseritamente esenti e separazione personale». Per una diversa e più ampia lettura della norma in oggetto e per ulteriori rinvii v. però OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 283 ss., 299 ss.; ID., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, Nota a Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 64 ss., spec. 75.

⁽³⁸⁸⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 370; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 637; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 518.

⁽³⁸⁹⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 637. In giurisprudenza v. Cass., 28 giugno 1986, n. 4330.

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 370; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 637.

⁽³⁹¹⁾ Cfr. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 518.

⁽³⁹²⁾ V. *supra*, § 6, in questa Parte III.

E' noto che, in forza di tale disposizione (cfr. la prima parte del relativo primo comma) «Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà». Nella prassi del diritto vivente, sviluppatasi a seguito della riforma che ha introdotto il principio dell'affidamento condiviso, la criptica affermazione normativa è stata interpretata come riferibile al fatto che, per usare le parole della Consulta, «il giudice deve avere presente (...) in via prioritaria nell'assegnazione della casa coniugale [quel valore, di rango costituzionale (art. 30, primo comma, della Costituzione),] che è stato determinante per la individuazione dell'ascendente affidatario, o collocatario, della prole (se di minore età) o con cui il figlio maggiorenne non autosufficiente abbia liberamente scelto di coabitare»⁽³⁹³⁾. In altre parole, appare evidente che, mentre un tempo l'art. 155, quarto comma, c.c. (nella versione vigente anteriormente alla riforma di cui alla l. n. 54 del 2006), imponeva, quanto meno di regola, l'assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole minorenni, oggi l'assegnazione va effettuata (sempre, quanto meno, di regola) a vantaggio del coniuge affidatario (in caso di affidamento esclusivo), di quello collocatario esclusivo o principale della prole minorenni (in caso di affidamento condiviso), ovvero ancora del genitore presso il quale la prole maggiorenne e non autosufficiente ha liberamente scelto di coabitare in modo esclusivo o prevalente. In ogni caso è principio assolutamente fermo in giurisprudenza che l'assegnazione della casa familiare in sede di crisi coniugale, pur avendo risvolti patrimoniali, non può essere mai considerato, anche nel caso di comproprietà fra gli ex coniugi, come una «componente in natura» dell'obbligo di mantenimento di quello più debole, essendo invece intimamente legato alla posizione della prole minorenni⁽³⁹⁴⁾.

Ora, proprio in relazione alla casa coniugale si pone il problema dell'attribuzione (per intero) dell'immobile in fase di divisione, quando tale richiesta provenga dal coniuge che non sia quello collocatario (esclusivo o prevalente), affidatario, ovvero il genitore presso cui la prole maggiorenne ma non autosufficiente abbia liberamente scelto di coabitare (in via esclusiva o prevalente). Lo stesso problema si presenta in relazione alla vendita, nell'ambito della procedura divisoria, dell'unità immobiliare, che porterà, evidentemente, a far sì che la stessa divenga proprietà di un estraneo.

Tanto per iniziare, potrà tenersi presente un *obiter* in cui la Cassazione, ormai diversi anni or sono⁽³⁹⁵⁾, si è posta d'ufficio l'interrogativo se per caso lo scioglimento del regime legale conseguente alla separazione personale dei coniugi, con la successiva divisione della massa comune, potesse costituire un ostacolo all'assegnazione della casa familiare (intesa come comprensiva anche del relativo arredo). Il dubbio è stato superato sulla base dell'esatta considerazione per cui «la disciplina dell'assegnazione prescinde dall'appartenenza dei beni alla comunione; talché appare evidente che i due istituti operano su piani diversi».

Se ciò è vero, la considerazione dovrebbe allora valere anche nell'ipotesi reciproca: in altri termini, l'intervenuta assegnazione in favore di un coniuge non dovrebbe essere d'ostacolo (non solo, come è ovvio, all'operatività di una causa di scioglimento del regime legale, *ex art.* 191 c.c., ma anche) alla divisione dell'alloggio comune, cioè già in comunione legale (o convenzionale) e ora in comunione ordinaria, secondo quanto del resto stabilito da una remota (e poco nota) decisione di legittimità⁽³⁹⁶⁾.

⁽³⁹³⁾ Cfr. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1661, con nota di QUADRI. Sul tema dell'assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso v. per tutti FISSORE, *Le domande aventi contenuto economico: il contributo al mantenimento dei figli minorenni e maggiorenni e del coniuge. L'assegnazione della casa coniugale*, in FACCHINI, FISSORE, NAGGAR, OBERTO e RONFANI, *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso – Le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati – Commenti, formulari e documenti*, a cura di Giacomo OBERTO, Padova, 2007, p. 218 ss.; AL MUREDEN, *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*, Nota a Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1274 ss.; LENA, *La rilevanza esterna del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile concesso da un terzo in comodato: la Cassazione ritorna sui suoi passi?*, Nota a Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, in *Fam. dir.*, 2007, p. 689 ss.; TODOROVA, *Assegnazione della casa familiare concessa in comodato. Il vincolo di destinazione del bene e il diritto di recesso ad nutum del comodante*, Nota a Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1409 ss.; FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008, p. 143 ss.; MIGLIARDI, *Il tertium genus di comodato elaborato dalla S.C. Considerazioni sull'atipicità della clausola di necessità*, Nota a Cass., 12 marzo 2008, n. 6678, in *Notariato*, 2008, p. 495 ss.; QUADRI, *Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli*, Nota a Corte cost., 30 luglio 2008, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1663 ss.; per una rassegna giurisprudenziale v. il sito www.affidamentocondiviso.it.

⁽³⁹⁴⁾ Da ultimo cfr. Cass., 28 gennaio 2009, n. 2184, con ulteriori rinvii.

⁽³⁹⁵⁾ Cass., 9 dicembre 1983, n. 7303.

⁽³⁹⁶⁾ Cfr. Cass., 24 maggio 1963, n. 1360, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1360. La decisione chiarisce che assegnazione della casa familiare e divisione della comproprietà sulla medesima sono due aspetti fra loro indipendenti e non suscettibili di reciproche interferenze. Il provvedimento presidenziale di assegnazione e le sue eventuali modificazioni «riguardano esclusivamente il regime temporaneo e provvisorio relativo alla convivenza dei coniugi sotto il medesimo tetto e il godimento pure temporaneo e provvisorio della casa coniugale. Essi quindi non possono avere niuna influenza

La giurisprudenza di merito si era peraltro orientata, nelle sue decisioni più risalenti, in senso diametralmente opposto.

La ragione veniva il più delle volte individuata in una sorta di *pactum de non petendo* implicito nell'attribuzione convenzionale del diritto d'abitazione, in forza del quale il coniuge non assegnatario si impegnerebbe implicitamente a non compiere alcun atto limitativo del godimento assegnato all'altro. Ora, la richiesta di divisione in natura tenderebbe ad alterare, ridurre o comunque pregiudicare il diritto di godimento abitativo dell'assegnatario; d'altro canto, la domanda di divisione mediante alienazione del bene e ripartizione del ricavato potrebbe portare alla perdita della detenzione dell'immobile, «poiché il vincolo di destinazione, avente natura obbligatoria, non è pubblicizzato mediante trascrizione o annotazione, e non sarebbe per ciò opponibile ai terzi acquirenti»⁽³⁹⁷⁾. Molte domande giudiziali di divisione sono così state dichiarate inammissibili⁽³⁹⁸⁾, mentre in un caso si è concessa una dilazione della divisione per un quinquennio⁽³⁹⁹⁾.

12. Segue. Il revirement operato dalla successiva giurisprudenza. – Le perplessità espresse dai giudici di merito nelle pronunce citate al § prec. non sembrano condivisibili. In primo luogo, infatti, occorre dire che la possibilità di una divisione in natura di un immobile è normalmente assai remota: per lo più la divisione si attuerà materialmente mediante assegnazione all'uno o all'altro, ovvero a mezzo vendita all'incanto del bene (artt. 1111 ss., 713 ss., 720 c.c., 788 ss. c.p.c.).

Ma anche in quest'ultimo caso l'opponibilità del diritto di abitazione, garantita alle condizioni in altra sede illustrate in ogni ipotesi di assegnazione, vuoi convenzionale, vuoi giudiziale⁽⁴⁰⁰⁾, dovrebbe fugare i timori espressi dalla giurisprudenza: in fin dei conti il meccanismo previsto dall'ultima parte del primo comma dell'art. 155-*quater* c.c. dovrebbe sicuramente applicarsi all'acquisto intervenuto a seguito di divisione (arg. ex artt. 2644 e 2646 c.c., la cui riferibilità al caso di specie appare desumibile dall'onnicomprendività del richiamo effettuato dalla norma giusfamiliare all'art. 2643 c.c., che non può non ritenersi operativo in relazione all'intero sistema di pubblicità immobiliare dichiarativa)⁽⁴⁰¹⁾. D'altro canto è assolutamente pacifico che l'esistenza di un'assegnazione in capo al coniuge non proprietario non impedisce al proprietario di disporre del proprio diritto, procedendo, per esempio, all'alienazione del bene (se così non fosse, infatti, non avrebbe neppure avuto motivo di porsi il problema dell'opponibilità del diritto di abitazione nei confronti dei terzi aventi causa dal proprietario non assegnatario in godimento). A maggior

sulla determinazione definitiva della titolarità dell'immobile che potrà spettare all'uno o all'altro dei coniugi o ad entrambi in comunione, senza che perciò possa esserne intaccato quel regime che si ispira ad altri e diversi criteri, quali la possibilità o meno che entrambi i coniugi rimangano sotto lo stesso tetto durante il giudizio di separazione, la possibilità per essi di trovare altrove alloggio, l'affidamento temporaneo della prole e la necessità che questa rimanga nella stessa casa insieme al genitore cui è stata affidata. Il che nulla ha a che vedere in ordine alla proprietà dell'immobile medesimo. Onde esattamente il giudice del merito ha ritenuto che ben poteva essere richiesto lo scioglimento della comunione, cioè ben poteva decidersi sulla titolarità e proprietà della cosa, senza che ciò di per sé significasse revoca dei provvedimenti provvisori».

⁽³⁹⁷⁾ Cfr. Trib. Roma, 4 aprile 1985, in *Temi rom.*, 1985, p. 963, con nota di STORACE; in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 629; analogamente cfr. Trib. Milano, 25 maggio 1986, in *C.E.D. – Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 880105; Trib. Genova, 19 settembre 1986, in *C.E.D. – Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 870011, secondo cui l'assegnazione imprimerebbe all'immobile una peculiare «destinazione d'uso», tale da impedirne la divisione, ex art. 1112 c.c.; Trib. Monza, 21 aprile 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2199; Trib. Monza, 24 ottobre 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 539, con nota di M. FINOCCHIARO. In senso critico su tale giurisprudenza cfr. M. FINOCCHIARO, *Assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi e diritto dell'altro di chiedere la divisione: o della pretesa indissolubilità della comunione incidentale*, nota a Trib. Monza, 24 ottobre 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 540 ss.; TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 113 ss. Per una panoramica cfr. anche TAFURO, *Ammissibilità dell'azione di divisione della casa coniugale*, nota a Trib. Bologna, 21 gennaio 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 704 ss.

⁽³⁹⁸⁾ Cfr. Trib. Roma, 4 aprile 1985, cit.; Trib. Genova, 19 settembre 1986, cit.; Tribunale Monza, 21 aprile 1989; Trib. Monza, 24 ottobre 1991, cit.

⁽³⁹⁹⁾ Trib. Milano, 25 maggio 1986, cit.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 893 ss., 900 ss., 919 ss.

⁽⁴⁰¹⁾ Sulla *vexata quaestio* dell'opponibilità dell'assegnazione prima e dopo la riforma di cui alla l. 8 febbraio 2006, n. 54, in tema di affidamento condiviso, si fa rinvio, anche per gli ulteriori e necessari richiami, a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 290 ss.

ragione, dunque, non potrà ritenersi il coniuge comproprietario inibito nell'esercizio del suo diritto potestativo *ex art. 1111 c.c.* ⁽⁴⁰²⁾.

Sarà appena il caso di aggiungere che, quanto meno in linea di massima e salve le precisazioni che si porteranno in seguito, il regime dell'opponibilità del diritto di abitazione deve condurre ad escludere l'esistenza di quel «pregiudizio», ovvero il rischio di quella «cessazione dell'uso» cui la cosa è destinata, idonei a determinare, rispettivamente, una dilazione della divisione *ex art. 1111*, primo comma, u. p., c.c., o addirittura l'inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 1112 c.c.

In effetti, a partire dai primi anni Novanta dello scorso secolo, proprio in conseguenza dell'affermarsi della tesi favorevole all'opponibilità dell'assegnazione ai terzi aventi causa dal genitore non assegnatario ⁽⁴⁰³⁾, la giurisprudenza di merito ha mutato indirizzo, approdando alla tesi dell'ammissibilità della domanda di divisione ⁽⁴⁰⁴⁾, motivata vuoi sulla base del rilievo che la destinazione dell'immobile adibito a residenza familiare non muta, giacché è prevista nell'esclusivo interesse della prole e dà luogo ad un diritto di godimento opponibile ai terzi ⁽⁴⁰⁵⁾; vuoi sulla constatazione che il diritto allo scioglimento della

⁽⁴⁰²⁾ Per analoghe considerazioni cfr. M. FINOCCHIARO, *Assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi e diritto dell'altro di chiedere la divisione: o della pretesa indissolubilità della comunione incidentale*, cit., p. 544; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., p. 295.

⁽⁴⁰³⁾ «Fattore scatenante», che ha mutato in modo repentino e definitivo l'opinione della giurisprudenza, può ritenersi l'intervento della Consulta (cfr. Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Giur. cost.*, 1989, p. 2075), che, equiparando la disciplina della separazione personale a quella del divorzio (così come innovata dalla legge n. 74/1987), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 155 c.c., nel testo in allora vigente, nella parte in cui non prevedeva, ai fini dell'opponibilità ai terzi, la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione dell'abitazione nella casa familiare al coniuge assegnatario della prole. Ad ogni caso, come osservano ANSALDO, *L'assegnazione della casa familiare*, in AA. VV., *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, II, Torino, 2003, p. 886; NERI, *Del rapporto tra giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa e il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*, cit., p. 827; TAFURO, *Ammissibilità dell'azione di divisione della casa coniugale*, cit., p. 705 ss., le argomentazioni della citata pronuncia del Giudice delle leggi circa l'opponibilità dell'assegnazione della casa familiare in sede di separazione personale, si sono rivelate decisive per lo sviluppo della giurisprudenza sul punto dell'ammissibilità della domanda di divisione dell'immobile promossa da coniuge non assegnatario in ipotesi comproprietà.

⁽⁴⁰⁴⁾ Cfr. App. Milano, 2 febbraio 1990, inedita, ma citata in GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 532, nota 4; App. Firenze, 6 novembre 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 158; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1141; Trib. Bologna, 21 gennaio 1993, cit.; Trib. Roma, 29 maggio 2000 e Trib. Roma, 4 luglio 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 819, con nota di NERI; Trib. Torino, 12 ottobre 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 1187; Trib. Milano, 17 gennaio 2003, in *Immobil&Diritto*, giugno 2005, p. 64, con nota di SACCOMANI; Trib. Monza, 3 marzo 2008, in *Guida al diritto*, 2008, n. 38, p. 85: «La *ratio* che sottende all'assegnazione della casa coniugale al coniuge affidatario o collocatario di figli minori permane anche nell'ipotesi di figli maggiorenni, ma non economicamente autosufficienti. Anche in una tale evenienza, qualora l'immobile sia oggetto di comunione legale tra i genitori, l'interesse dei figli a conservare l'*habitat* domestico prevale sull'interesse di uno dei coniugi allo scioglimento della comunione e alla vendita dell'immobile a terzi. La domanda di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi è ammissibile anche in presenza di un provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare ad uno di essi non trascritto, perchè anche in questo caso il diritto di abitazione del coniuge assegnatario è opponibile ai terzi, ai sensi dell'art. 1599, comma 3, c.c., nei limiti del novennio dalla sua costituzione e, pertanto, non subisce pregiudizi dalla divisione».

⁽⁴⁰⁵⁾ Cfr. Trib. Bologna, 21 gennaio 1993, cit. Anche Trib. Milano, 17 gennaio 2003, cit., osserva che «il diritto di abitazione nella casa coniugale non subisce pregiudizi dalla divisione dei beni in comunione tra i coniugi, in qualunque modo essa venga concretamente realizzata. Infatti, l'intervenuta trascrizione, come nella specie (v. doc. 31 convenuta), del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, rende tale diritto opponibile ai terzi. Ne consegue che l'assegnazione di una quota della casa coniugale a un coniuge e di una quota all'altro coniuge o l'attribuzione dell'intero appartamento a uno solo, con l'obbligo di corrispondere all'altro la metà del valore qualora l'immobile non sia comodamente divisibile, lasciano inalterato il diritto del coniuge assegnatario di continuare a godere dell'intero immobile sino a quando cessano le condizioni per l'assegnazione (per es. con il raggiungimento della maggiore età o dell'indipendenza economica di tutti i figli un tempo minori). Non diversamente, nell'ipotesi di vendita all'asta dell'appartamento, il diritto dell'assegnatario non subisce pregiudizio, poiché l'acquirente della casa familiare viene a trovarsi rispetto all'immobile nella medesima situazione in cui in precedenza si trovava il coniuge non affidatario. Pertanto, posto il carattere del giudizio di divisione, diretto a trasformare il diritto *pro quota* sull'intero di un diritto di proprietà esclusiva su porzione determinata e concreta della cosa, ovvero su una somma di denaro che ne ripeta il valore senza alterare in alcun modo la destinazione impressa alla casa familiare e il diritto di abitazione del coniuge assegnatario, la divisione dei beni in comunione deve essere ottenuta da un coniuge anche in presenza di un provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare dell'altro coniuge. Tali considerazioni, possono poi ribadirsi per respingere anche la richiesta di congrua dilazione dello scioglimento della comunione sulla casa familiare, richiesta dalla convenuta ai sensi dell'art. 1111 cod. civ. e infatti, il potere discrezionale attribuito al Giudice dalla predetta norma presuppone che il pregiudizio riguardi non le singole posizioni dei comunisti, ma l'interesse obiettivo della comunione».

comunione, quale estrinsecazione del diritto di proprietà, non può subire limitazioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge, posto che l'assegnazione della casa coniugale, rappresentando un diritto di godimento atipico, dovrebbe cedere di fronte al diritto dominicale del (com)proprietario ⁽⁴⁰⁶⁾.

L'indirizzo può dirsi recepito ormai anche dalla Corte di legittimità. Quest'ultima, nel 2001, ha avuto modo di affermare implicitamente il diritto del coniuge di chiedere la divisione, pur in presenza di una pregressa assegnazione in godimento nell'ambito della crisi coniugale. E' bene però chiarire subito che qui si trattava – esattamente come in un caso di vent'anni prima, pure riportato in nota – di decisioni nelle quali l'assegnazione in proprietà era stata disposta proprio a vantaggio del coniuge già titolare dell'assegnazione in godimento e per il quale non poteva quindi profilarsi alcun tipo di pregiudizio conseguente al mutato assetto proprietario ⁽⁴⁰⁷⁾.

La vera svolta è però venuta nel 2005, nell'ambito di una decisione in cui la Cassazione ha chiaramente dichiarato che l'assegnazione della casa familiare da parte del giudice della separazione personale dei coniugi o del giudice del divorzio, in quanto provvedimento accessorio alla pronuncia di separazione personale o a quella di scioglimento del vincolo matrimoniale, non dispiega «alcun riflesso sulla proprietà del bene», tanto più che essa non è idonea «a costituire un diritto reale di uso o di abitazione a favore dell'assegnatario, ma solo un diritto di natura personale». Da tali considerazioni si è quindi ulteriormente dedotto che l'oggetto del giudizio del giudizio divisorio su di un immobile che era stato utilizzato in regime di convivenza come casa coniugale, è «del tutto autonomo rispetto sia al giudizio di separazione personale dei coniugi che al giudizio di divorzio»: la constatazione ha così costituito il supporto per la conferma della decisione di merito che aveva assegnato in proprietà l'immobile al marito (con obbligo di corrispondere alla moglie la metà del valore del bene), pur in presenza di un provvedimento di assegnazione, da parte del giudice della separazione, del godimento della casa alla moglie ⁽⁴⁰⁸⁾.

13. Le posizioni della dottrina. Conclusioni sulla possibilità di procedere all'assegnazione (tanto in sede contenziosa che consensuale) del godimento della casa familiare in comunione. – Il segnalato *revirement* giurisprudenziale, sull'ammissibilità della divisione della casa familiare gravata dal diritto di godimento assegnato in sede di giudizio della crisi coniugale, ha senz'altro riscosso l'approvazione della dottrina ⁽⁴⁰⁹⁾, la quale non ha mancato di notare come, a ben vedere, la soluzione favorevole alla divisibilità

⁽⁴⁰⁶⁾ Cfr. App. Milano, 2 febbraio 1990, cit.

⁽⁴⁰⁷⁾ Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 55, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Giur. it.*, 2002, p. 1147, con nota di L. COSTANTINO, che ammette implicitamente il diritto di chiedere la divisione, peraltro da parte del coniuge assegnatario in godimento *ex art. 155 c.c.*, in quanto affidatario della prole minorenni. Al riguardo la Corte ha stabilito che «La assegnazione della casa familiare, di cui i coniugi siano comproprietari, al coniuge affidatario dei figli non ha più ragion d'essere e, quindi, il diritto di abitazione, che ne scaturisce, viene meno nel momento in cui il coniuge, cui la casa sia stata assegnata, ne chiede, nel corso del giudizio per lo scioglimento della comunione conseguente (nel caso di specie) a divorzio, l'assegnazione in proprietà, acquisendo così, attraverso detta assegnazione, anche la quota dell'altro coniuge. In tal caso, il diritto di abitazione (che è un atipico diritto personale di godimento e non un diritto reale) non può essere preso in considerazione, al fine di determinare il valore di mercato dell'immobile, sia perché è un diritto che l'art. 155, comma quarto, c.c. prevede nell'esclusivo interesse dei figli e non nell'interesse del coniuge affidatario degli stessi, sia perché, intervenuto lo scioglimento della comunione a seguito di separazione personale o di divorzio, non può più darsi rilievo, per la valutazione dell'immobile, ad un diritto, che, con l'assegnazione della casa familiare in proprietà esclusiva al coniuge affidatario dei figli, non ha più ragione di esistere». Per la giurisprudenza precedente v. Cass., 18 agosto 1981, n. 4938, che, in una fattispecie in cui il coniuge comproprietario aveva richiesto la divisione dell'alloggio, assegnato giudizialmente all'altro in via esclusiva, ha ritenuto corretta la stabilità del cespite e l'ha assegnato, a norma dell'art. 720 c.c., al coniuge assegnatario, privilegiando le sue condizioni economiche, deteriori, rispetto a quelle dell'altro comproprietario. Sul punto la Cassazione ha osservato quanto segue: «La facoltà di attribuire per intero il cespite praticamente indivisibile ad uno dei conviventi non pone al giudice una direttiva rigida, ma segna solo un indirizzo generale nel quadro della valutazione degli interessi comuni dei conviventi, che gli attribuisce il potere-dovere della scelta quando le quote siano uguali prima ancora che quando non lo siano, trovando limite solo nella logica e nell'indicazione dei motivi che hanno determinato l'attribuzione. (Nella specie, in applicazione del principio di cui alla massima, è stata ritenuta corretta la decisione del giudice del merito che, richiesto della divisione di un immobile in comproprietà di due coniugi giudizialmente separati, ha attribuito l'intero immobile indivisibile alla moglie, alla quale l'immobile era stato assegnato in sede di separazione a titolo di parziale mantenimento suo e della figlia, in considerazione delle condizioni economiche della moglie stessa ritenute deteriori rispetto a quelle del marito)».

⁽⁴⁰⁸⁾ Cass., 28 settembre 2005, n. 18883.

⁽⁴⁰⁹⁾ Nel senso di cui al testo cfr. M. FINOCCHIARO, *Assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi e diritto dell'altro di chiedere la divisione: o della pretesa indissolubilità della comunione incidentale*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 543; TAFURO, *Ammissibilità dell'azione di divisione della casa coniugale*, cit., p. 700; BARBIERA, *La comunione legale*,

prescinda da ragioni attinenti ai profili dell'opponibilità ai terzi ⁽⁴¹⁰⁾, poiché la funzione pubblicitaria in tanto rende immutabile la destinazione dell'immobile, in quanto ne sussistano i presupposti, il cui mutamento semmai richiederà un adeguamento dello stato di diritto risultante dai registri, ma non potrà giustificare un diniego di scioglimento ⁽⁴¹¹⁾.

La soluzione sul punto non sembra, d'altro canto, poter mutare in relazione alla risposta circa la natura personale o reale del diritto di godimento riconosciuto al coniuge assegnatario di figli sulla casa di abitazione, se è vero che il giudice nell'assegnare la casa familiare ad un coniuge, o nel recepire ed omologare l'accordo dei coniugi in tal senso, prescinde dal preesistente titolo giuridico sull'immobile che consentiva al nucleo familiare di abitarvi (proprietà intera o *pro quota*, locazione, comodato) ⁽⁴¹²⁾. Da qui l'affermazione secondo cui, posto che si riconosce al giudizio di divisione carattere meramente dichiarativo, e che esso realizza, unicamente, la trasformazione del diritto *pro quota* sull'intero in un diritto di proprietà esclusivo su una porzione determinata e concreta della cosa, ovvero su una somma determinata che ne ripeta il valore, senza alterarne in alcun modo la destinazione impressa alla casa familiare e il diritto di abitazione del coniuge assegnatario, la divisione del bene in comunione legale deve essere ottenuta da un coniuge anche in presenza di un provvedimento giudiziale di assegnazione ⁽⁴¹³⁾.

All'esercizio di tale diritto si frappongono, in astratto, quali uniche eccezioni consentite dalla legge, quelle previste dagli artt. 1111 e 1112 c.c.: fattispecie, queste, la cui presenza si tende a ravvisare, con una interpretazione restrittiva, solo qualora si accerti che lo scioglimento possa incidere sull'oggettiva consistenza del bene comune ⁽⁴¹⁴⁾. Non sembra peraltro potersi affermare che nel pregiudizio agli «interessi degli altri» rientri anche l'assegnazione in proprietà esclusiva ad uno dei coniugi già comproprietari, se è vero che il titolo contenente l'assegnazione in godimento della casa familiare, in quanto già costituito *ab origine* contro il coniuge comproprietario e non assegnatario in godimento, non può non valere nei riguardi della medesima persona, una volta che questa sia divenuta (con effetto, oltre tutto, dichiarativo e dunque retroattivo) titolare esclusiva. E ciò, naturalmente, a prescindere dall'effettuazione di qualsivoglia formalità pubblicitaria.

Diverso potrebbe essere il discorso relativamente al caso della vendita dell'immobile ad un terzo, ma solo nell'ipotesi in cui a questi il diritto non dovesse risultare per una qualche ragione opponibile ⁽⁴¹⁵⁾. In siffatta situazione, gli stessi criteri di tutela che conducono all'assegnazione potrebbero forse, in via

1996, cit., p. 638; DI NARDO, *L'assegnazione della "casa familiare": evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 342; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1017 ss.; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 531 s.; TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 113; CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 237 ss.; SACCOMANI, *E' possibile dividere la casa familiare affidata a uno dei due coniugi?*, Nota a Trib. Milano, 17 gennaio 2003, in *Immobili&Diritto*, giugno 2005, p. 60 ss. Non manca peraltro in dottrina chi manifesta perplessità con riferimento ai casi in cui nessuno dei coniugi faccia richiesta di attribuzione della casa, suggerendo in simili situazioni di sospendere la divisione in applicazione degli artt. 717 e 1111, comma primo, c.c., piuttosto che procedere alla vendita all'incanto (così GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 337).

⁽⁴¹⁰⁾ Cfr. TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, loc. ult. cit.; CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴¹¹⁾ Cfr. CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴¹²⁾ Così CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.; v. inoltre TAFURO, *Ammissibilità dell'azione di divisione della casa coniugale*, cit., p. 704.

⁽⁴¹³⁾ Così CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.; cfr. inoltre NERI, *Del rapporto tra giudizio di divisione dei beni in comunione legale tra i coniugi, lo scioglimento della comunione stessa e il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*, cit., p. 828.

⁽⁴¹⁴⁾ Cfr. ad es. l'avviso di A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 53, secondo cui «la disposizione dell'art. 1111 c.c. che consente al giudice di concedere una dilazione della divisione deve essere interpretata nel senso che gli interessi dei dividendi che vengono in considerazione sono quelli inerenti alla migliore utilizzazione del bene considerato nella sua oggettività economica, e non mai in relazione all'uso che ne possa fare l'uno o l'altro. Così, l'assegnazione della casa familiare non integrerebbe mai un interesse tutelabile mediante questo potere attribuito al giudice (posto che essa, d'altra parte, non è di regola pregiudicata dalla divisione, essendo opponibile anche ai terzi). Al contrario, una sfavorevole congiuntura del mercato giustificerebbe la dilazione in parola, qualora – non potendosi procedere ad una divisione in natura – si rendesse necessario provvedere alla vendita del bene».

⁽⁴¹⁵⁾ Si noti che, a differenza di quanto poteva argomentarsi sulla base della legislazione anteriore alla riforma del 2006 sull'affidamento condiviso, il provvedimento *ex art. 155-quater* c.c. può oggi essere opposto al terzo, a prescindere dalla sua durata, esclusivamente se trascritto (sul tema v. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 294 s.).

eccezionale, consentire l'accoglimento di una domanda di dilazione, al fine di allontanare nel tempo quell'ulteriore pregiudizio che deriverebbe da uno scioglimento, in particolare ove questo dovesse effettuarsi mediante vendita a terzi del bene ⁽⁴¹⁶⁾. Ma in tal caso è evidente che non potrebbero non venire in considerazione ragioni attinenti al caso concreto, con particolare riguardo all'eventuale impossibilità, attese le condizioni economiche delle parti, di ipotizzare come concretamente prospettabili idonee soluzioni abitative alternative, magari tramite un congruo incremento del contributo finanziario a carico del coniuge non collocatario o non affidatario, se non addirittura mercé la messa a disposizione da parte di quest'ultimo di altra unità abitativa ugualmente in grado di soddisfare quelle esigenze in considerazione delle quali l'assegnazione era stata originariamente disposta. Ricorrendo, dunque, una di queste situazioni, dovrebbe respingersi la domanda di dilazione e dovrebbe darsi luogo all'immediata divisione, pur in una situazione di inopponibilità al terzo del diritto di godimento sulla casa familiare.

Inaccettabile appare invece l'idea ⁽⁴¹⁷⁾ di chi propone di ravvisare la presenza di un «pregiudizio», fonte di possibile dilazione della divisione ai sensi dell'art. 1111 c.c., nella diminuzione di valore determinata dal diritto di abitazione stabilito in sede di crisi coniugale in favore di uno dei coniugi. Innanzi tutto, come si avrà modo di vedere oltre ⁽⁴¹⁸⁾, siffatta diminuzione di valore ha luogo nei soli casi di assegnazione del bene al coniuge non titolare del diritto di godimento, ovvero di vendita a terzi: non può quindi dirsi che la divisione «pregiudichi gli interessi degli altri» (art. 1111 c.c.), visto che la falciatura colpisce in pari modo entrambe le parti. Nell'unico caso, poi, in cui la predetta diminuzione di valore non opera, vale a dire allorché è il coniuge titolare del diritto di godimento *ex art. 155-*quater* c.c.* ad ottenere l'assegnazione, l'altro coniuge (lungi dall'essere «pregiudicato») risulta addirittura avvantaggiato dalla divisione, atteso che egli avrà diritto ad ottenere la metà di un valore che, per essere determinato senza il peso costituito dall'assegnazione in godimento, sarà ben maggiore di quello che si realizzerebbe nel caso di vendita del bene a terzi. Comunque, risolutivo appare il rilievo per cui il pregiudizio non deriva dalla divisione, ma dalla preesistente assegnazione in godimento.

Quanto sopra dimostra, dunque, che la dilazione non potrà essere invocata, né dall'uno né dall'altro coniuge, sulla base del solo fatto che l'immobile è stato assegnato in godimento ai sensi dell'art. 155-*quater* c.c.

Non sembrano poi sussistere ragioni per dare al quesito una soluzione differente a seconda che l'assegnazione della casa di abitazione sia intervenuta per opera del giudice o sia dovuta ad accordo tra le parti ⁽⁴¹⁹⁾. In quest'ultimo caso, solamente uno specifico ed espresso *pactum de non petendo* potrebbe impedire il compimento ad opera di uno dei soggetti coinvolti nella vicenda di assegnazione di un atto quale la richiesta di divisione dell'immobile, che possa limitare il godimento dell'immobile.

L'accordo di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta potrebbe dunque contenere un'espressa rinuncia da parte del non assegnatario al diritto potestativo previsto dall'art. 1111 c.c. o, diversamente, un'espressa riserva di esercizio del medesimo in ogni momento ⁽⁴²⁰⁾. Il problema è che il primo di tali patti, pur se contenente un impegno di carattere unilaterale, viene inevitabilmente a ricadere al di sotto della previsione di cui al capoverso dell'art. 1111 c.c. ⁽⁴²¹⁾: ne consegue che, se stipulato per un periodo superiore al decennio ⁽⁴²²⁾, esso sarà *ex lege* ridotto a dieci anni, salva un'eventuale proroga scaduto il decennio ⁽⁴²³⁾.

⁽⁴¹⁶⁾ Così CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴¹⁷⁾ Suggesta da TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 116 ss.; v. inoltre nello stesso senso CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴¹⁸⁾ V. *infra*, § 14, in questa Parte III.

⁽⁴¹⁹⁾ Precisa Cass., 15 novembre 2000, n. 14791, in *Riv. notar.*, 2001, p. 1193, con nota di TURIS; in *Fam. dir.*, 2001, p. 212; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2476, che il progetto divisionale di un immobile, predisposto con una delle parti e dichiarato esecutivo con ordinanza del giudice istruttore, all'esito del giudizio di separazione, riveste la natura di negozio giuridico, alla cui validità non osta che il bene ricada nella comunione legale tra i coniugi. Ne consegue anche, che, venuta meno la situazione che giustificava la temporanea compressione di un diritto di comproprietà di uno dei coniugi a seguito di assegnazione, questi non può per ciò solo vantare alcun diritto di godimento esclusivo, ma deve, in mancanza di accordo, proporre domanda di scioglimento della divisione; v. anche Cass., 23 febbraio 2000, n. 2070. Per queste conclusioni v. già OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1017 ss.

⁽⁴²⁰⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1029.

⁽⁴²¹⁾ Sull'ammissibilità di un patto d'indivisione vincolante per taluni soltanto dei comunisti cfr. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 351 s.; BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici. Art. 1100-1139*, cit., p. 282 s.

⁽⁴²²⁾ Ovvero senza determinazione di tempo: cfr. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 353; BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici. Art. 1100-1139*, cit., p. 282.

⁽⁴²³⁾ Cfr. FEDELE, *La comunione*, cit., p. 353; BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici. Art. 1100-1139*, cit., p. 282.

Il patto andrà comunque redatto per iscritto, avendo ad oggetto un bene immobile e trascritto, ai fini dell'eventuale opponibilità ai terzi che vantino diritti in base ad atti soggetti a trascrizione. Qualora i contraenti dovessero invece optare per la seconda ipotesi (espressa riserva di esercizio del diritto *ex art. 1111 c.c.* sin tanto che perduri il diritto di abitazione), sarebbe opportuno disciplinare le conseguenze di un'eventuale situazione di non opponibilità nei riguardi di terzi, prevedendo, per esempio, un aumento dell'assegno di mantenimento o comunque l'erogazione di una determinata somma (periodica o *una tantum*) destinata a coprire le spese derivanti dalla conduzione di un altro alloggio (⁴²⁴).

14. Il rilievo dell'assegnazione in godimento sul valore dell'immobile in sede di divisione. – Si è già avuto modo di vedere (⁴²⁵) quali criteri vadano seguiti *ex art. 720 c.c.* per la divisione di immobili che, come sovente accade per la casa coniugale, non risultino comodamente divisibili, con la conseguente necessità di determinarne esattamente il valore (⁴²⁶). Si tratta quindi di vedere se e in quale misura, nel calcolo di tale entità economica, influisca l'assegnazione operata in sede di crisi coniugale ai sensi dell'*art. 155-quater c.c.* a vantaggio di uno dei conviventi.

Sul punto la Corte di legittimità, seguendo un'indicazione già emersa nella giurisprudenza di merito (⁴²⁷), ha stabilito, nel 2001 (⁴²⁸), che «il diritto di abitazione (che è un atipico diritto personale di godimento e non un diritto reale) non può essere preso in considerazione, al fine di determinare il valore di mercato dell'immobile»: ciò in quanto tale diritto è previsto dalla legge (⁴²⁹) «nell'esclusivo interesse dei figli e non nell'interesse del coniuge affidatario degli stessi», ed inoltre perché, «intervento lo scioglimento della comunione a seguito di separazione personale o di divorzio, non può più darsi rilievo, per la valutazione dell'immobile, ad un diritto, che, con l'assegnazione della casa familiare in proprietà esclusiva al coniuge affidatario dei figli, non ha più ragione di esistere». Invero, secondo la citata decisione, «La assegnazione della casa familiare, di cui i coniugi siano comproprietari, al coniuge affidatario dei figli non ha più ragion d'essere e, quindi, il diritto di abitazione, che ne scaturisce, viene meno nel momento in cui il coniuge, cui la casa sia stata assegnata, ne chiede, nel corso del giudizio per lo scioglimento della comunione conseguente

⁴²⁴ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1029.

⁴²⁵ V. *supra*, § 8, in questa Parte III.

⁴²⁶ Sul tema specifico v. anche M. FINOCCHIARO, *Divisione della "casa familiare" assegnata in sede di divorzio al coniuge affidatario dei figli minori e (pretesa) inidoneità del provvedimento di assegnazione a incidere sul valore commerciale dell'immobile*, Nota a Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 60; TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 113 ss.; CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁴²⁷ Cfr. Trib. Bologna 21 gennaio 1993, cit.: «in sede di divisione giudiziale di un alloggio in comproprietà fra coniugi, ma assegnato ad uno di essi in quanto genitore affidatario della prole, qualora l'immobile indivisibile venga attribuito allo stesso coniuge assegnatario dell'alloggio, l'immobile stesso, ai fini dell'assegnazione, deve considerarsi libero da vincoli, per cui il coniuge beneficiario deve corrispondere il conguaglio sul valore intero del bene, non decurtato a causa dell'incidenza del peso imposto per le ragioni di tutela della prole».

⁴²⁸ Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, cit. Sulla decisione v. anche DE MARZO, *Modifica delle decisioni in tema di assegnazione della casa coniugale e «cancellazione della trascrizione»*, Nota a Trib. Padova, 6 giugno 2003, in *Fam. dir.*, 2004, p. 64. L'Autore, in particolare, rileva che il mancato consenso di un coniuge alla cancellazione della trascrizione dell'assegnazione della casa familiare «può accompagnarsi alla speranza che in sede di scioglimento della comunione il bene si deprezzi, per via della persistente trascrizione del provvedimento di assegnazione, in tal modo consentendo manovre speculative. Al riguardo, va precisato che il rischio è solo in parte scongiurato dalla consapevolezza che l'assegnazione della casa familiare, di cui i coniugi siano comproprietari, al coniuge affidatario dei figli non ha più ragion d'essere (e, quindi, il diritto di abitazione, che ne scaturisce, viene meno) nel momento in cui il coniuge, cui la casa sia stata assegnata, ne chiede, nel corso del giudizio per lo scioglimento della comunione conseguente (nel caso di specie) a divorzio, l'assegnazione in proprietà, acquisendo così, attraverso detta assegnazione, anche la quota dell'altro coniuge, con la conseguenza che il valore da corrispondere all'altro coniuge va commisurato al valore venale pieno e non a quello ridotto per effetto del peso gravante sul bene in virtù dell'assegnazione. In effetti, fuori di tale ipotesi (ossia nel caso che il coniuge assegnatario o non più assegnatario, ma in assenza di annotazione dell'avvenuta modifica del provvedimento o dell'accordo, intenda conseguire, in sede di divisione l'assegnazione per l'intero del bene), e quindi nel caso in cui interessato all'acquisto sia un terzo (eventualmente anche un prestanome del coniuge assegnatario, effettivo o apparente), il valore del bene viene senz'altro ridotto sul mercato. E ciò conferma che, anche sul piano sostanziale, diviene imprescindibile confrontarsi, in un quadro normativo lacunoso, con la disciplina generale della pubblicità immobiliare, al fine di individuare la regola applicabile al caso concreto».

⁴²⁹ In relazione al caso risolto dal S.C. va precisato che la norma che veniva in considerazione era ancora l'*art. 155*, quarto comma, *c.c.*, nella versione anteriore alla riforma del 2006 sull'affidamento condiviso, ma il discorso non muta con riferimento all'odierno *art. 155-quater c.c.*

(nel caso di specie) a divorzio, l'assegnazione in proprietà, acquisendo così, attraverso detta assegnazione, anche la quota dell'altro coniuge».

Parte della dottrina ha criticato tale decisione; in particolare si è posto in luce come non possa non tenersi conto di un diritto che incide sul valore di un immobile, deprimendolo, atteso che l'acquirente di questo non potrà entrare nella piena disponibilità dello stesso, finché i figli degli ex comproprietari non avranno raggiunto la maggiore età e la piena indipendenza economica ⁽⁴³⁰⁾.

Peraltro l'obiezione avrebbe un fondamento soltanto ove si volesse estendere il *decisum* della Cassazione all'ipotesi della vendita del bene ad un terzo, ovvero all'assegnazione a vantaggio del coniuge non assegnatario del godimento; mentre, a ben vedere, la sentenza citata attiene alla sola ipotesi di assegnazione in sede divisionale al coniuge affidatario della prole. D'altro canto, se è vero che, stando al criterio seguito dalla pronuncia, sussiste il rischio che il coniuge assegnatario in godimento si accordi con un terzo, facendo acquistare da quest'ultimo il bene al valore (inferiore) determinato tenuto conto del diritto *ex art. 155-quater c.c.* (ed evitando così di corrispondere all'altro coniuge la metà del valore più alto, calcolato senza il diritto di godimento), è altrettanto vero che il diritto di abitazione qui in discorso, quale ne sia la natura, non può – logicamente e giuridicamente (*nemini res sua servit: né a titolo reale, né a titolo obbligatorio*) – sussistere in capo al proprietario del bene. Ne deriva quindi, inevitabilmente, una valutazione differenziata del valore dell'unità immobiliare, a seconda che la medesima sia: (a) assegnata in proprietà al coniuge che (per essere collocatario esclusivo o prevalente, o affidatario della prole), ha su di essa il diritto di cui all'*art. 155-quater c.c.*, ovvero, in alternativa, (b) sia trasferita in proprietà all'altro coniuge, o sia venduta ad un terzo, posto che, in questi ultimi due casi, il diritto di godimento continua a sussistere.

A nulla rileva considerare che il vantaggio che ne deriva al coniuge beneficiario dell'intero al prezzo ridotto (cioè al coniuge già assegnatario in godimento) non è un *quid novi* creato dalla divisione, ma riflette un «valore aggiuntivo», che esisteva nella sua sfera giuridica già in precedenza: valore da identificare nel fatto che l'assegnazione della casa familiare, negando il godimento del coniuge concorrente, gli consentiva di godere del bene in misura superiore e più intensa rispetto alle facoltà ordinariamente comprese nel diritto di comproprietà ⁽⁴³¹⁾. Tale vantaggio, invero, non può più continuare a ritenersi giuridicamente esistente, nel momento in cui, proprio per effetto dell'assegnazione in proprietà, il coniuge già assegnatario in godimento viene a godere in modo pieno ed esclusivo del bene, per un titolo che rende l'assegnazione in godimento *in re* (ormai non più) *aliena* logicamente e giuridicamente incompatibile con la nuova situazione.

Infine, nessun argomento sembra ricavabile dal raffronto con il diritto di abitazione *ex art. 540 c.c.* a favore del coniuge superstite. Sul punto si è ritenuto di poter trarre indicazioni in favore della necessità di tenere conto del valore del diritto di godimento anche a beneficio del coniuge titolare di tale diritto (così detraendolo dalla stima del bene, con il risultato pratico di ridurre l'importo, pari alla metà di tale stima, che questo coniuge deve all'altro, nel caso di assegnazione in proprietà dell'immobile al genitore affidatario) sulla base del fatto che, nel caso di attribuzione in sede divisoria, al coniuge superstite dell'immobile gravato dal diritto di abitazione e di uso sui beni che l'arredano, il valore economico della posizione soggettiva contemplata dall'*art. 540 c.c.* deve essere computata, in aggiunta alla quota in piena proprietà spettante al predetto coniuge superstite ⁽⁴³²⁾.

Ora, a ben vedere, tale ultima conclusione deriva dalla espressa e speciale disposizione legislativa successoria, in forza della quale il legislatore, stabilendo che il peso in oggetto gravi «sulla porzione disponibile» (cfr. *art. 540 cit.*), manifesta chiaramente l'intento di trattare l'attribuzione alla stregua di un'attribuzione con dispensa da imputazione *ex art. 564, secondo comma, c.c.* Il legislatore delle successioni mostra così di voler non solo garantire il godimento di tali diritti, ma anche attribuire al coniuge superstite un utile economico destinato, almeno quando grava solo sulla disponibile, ad aggiungersi alla quota astratta di legittima ⁽⁴³³⁾. Inutile dire, allora, che, se questa è la ragione per la quale nella divisione ereditaria il diritto *ex*

⁽⁴³⁰⁾ Cfr. M. FINOCCHIARO, *Divisione della «casa familiare», assegnata in sede di divorzio al coniuge affidatario dei figli minori e (pretesa) inidoneità del provvedimento a incidere sul valore commerciale dell'immobile*, cit., p. 62.

⁽⁴³¹⁾ Così invece TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 116 ss. e, sulle sue orme, CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴³²⁾ In favore di questa argomentazione, criticata nel testo, v. invece TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 116 ss. e, sulle sue orme, CUBEDDU, *Provvedimento di assegnazione della casa familiare e divisione del bene*, loc. ult. cit.

⁽⁴³³⁾ Cfr. sul punto GABRIELLI, *Commento all'art. 540 c.c.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 834; L. FERRI, *Dei legittimari: art. 536-564*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 56; CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, I, 5, Torino, 1982, p. 400; *Contra* PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti d'abitazione e d'uso a favore del coniuge superstite*, in AA. VV., *Studi in onore di Grassetti*, III, Milano, 1980, p. 1410, secondo cui se il coniuge acquista la piena proprietà della casa o dei mobili, il fine

art. 540 c.c. va computato anche nel caso di attribuzione della proprietà esclusiva al coniuge superstite, tale ultima norma non può in alcun modo essere invocata nel ben diverso caso della divisione conseguente allo scioglimento del regime legale, per la quale nessuna disposizione consacra per un coniuge (al di fuori del distinto caso dell'usufrutto giudiziale) un diritto gravante sulla quota dell'altro.

Rimane quindi ulteriormente confermato *a contrariis* che, in caso di assegnazione del diritto di proprietà esclusiva in sede divisoria al coniuge già titolare del diritto di godimento attribuito in sede di crisi coniugale, costui dovrà corrispondere all'altro la metà del valore del bene «incrementato» dall'estinzione del diritto di godimento, come appare del resto intuitivo, non appena si ponga mente al fatto che, una volta ricevuta l'assegnazione in proprietà, il predetto coniuge ben potrebbe alienare immediatamente a terzi il bene come libero, così realizzandone il pieno valore di mercato.

Un'ipotesi ulteriormente distinta può attenersi al caso in cui il diritto di abitazione concesso in sede di crisi coniugale abbia ad oggetto un immobile in comunione non già tra i coniugi da cui deriva la prole in considerazione della quale il provvedimento *ex art. 155-quater* c.c. è stato emesso, ma tra uno di questi ed un terzo. Si può immaginare in proposito il caso del coniuge A che, separato dal coniuge B, sia nominato affidatario, ovvero collocatario, della relativa prole, nonché assegnatario della casa familiare, in comproprietà con C (che può essere un terzo estraneo, ma anche, in ipotesi, un precedente coniuge di A, in comunione – un tempo – legale proprio sull'alloggio in questione). Supponendo, dunque, che tale immobile sia stato, prima della crisi coniugale, utilizzato dalla coppia A – B come stabile residenza familiare, e che a seguito di separazione o divorzio il bene sia stato assegnato in godimento ad A, che si trova ad essere in comunione su quel bene con C, occorrerà vedere se e in che misura il diritto di godimento andrà computato in sede di divisione.

Ancora una volta occorre distinguere a seconda che l'assegnazione in proprietà avvenga in favore del coniuge assegnatario in godimento o del terzo. Nella prima ipotesi non sembra sussistano ragioni per discostarsi dalla soluzione sopra delineata: il diritto di godimento si estingue, per cui non appare logico che se ne debba tener conto ed il coniuge A (nell'esempio di cui sopra) dovrà all'ex coniuge C la metà del valore «intero» del bene. Nel caso di assegnazione a C, ovvero di vendita ad un terzo, invece, si tratterà di vedere se il diritto di godimento sia o meno opponibile a tali soggetti; solo nel primo caso andrà operata la riduzione del valore di mercato per effetto del diritto di godimento (⁴³⁴). Nel secondo, quando, ad esempio, il godimento era avvenuto prima della crisi coniugale *sine titulo* o per tolleranza del proprietario, il bene va considerato per qualsiasi effetto libero, non potendosi ragionevolmente sostenere che il giudice della famiglia possa limitare anche la posizione dei terzi comproprietari. Ne deriva che costoro, se la cosa sia stata loro assegnata *pro parte* o per l'intero a seguito della divisione, possono ottenerne il rilascio dal coniuge titolare del diritto di abitazione come se la cosa fosse ancora occupata dal solo ex comproprietario (⁴³⁵). Di conseguenza, l'assegnazione in godimento operata dal giudice della crisi coniugale non potrà essere valutata e scomputata dal valore da assegnarsi all'immobile in questione.

della norma, che è quello di assicurargli il godimento di tali beni, sarebbe già raggiunto e non vi sarebbe quindi alcun motivo per attribuirgli un ulteriore vantaggio.

(⁴³⁴) Sul tema, che non può essere affrontato in questa sede, dell'opponibilità al terzo proprietario comodante dell'assegnazione in godimento della casa familiare compiuta dal giudice della separazione o del divorzio a vantaggio del coniuge non originario comodatario v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 959 ss.; R. RUSSO, *Lo statuto della casa coniugale tra ragioni proprietarie e familiari: il comodato nuziale*, in *Famiglia*, 2005, p. 231 ss. Per gli sviluppi successivi, specie dopo l'approvazione della riforma sull'affidamento condiviso, v. per tutti AL MUREDEN, *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*, loc. ult. cit.; LENA, *La rilevanza esterna del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile concesso da un terzo in comodato: la Cassazione ritorna sui suoi passi?*, loc. ult. cit.; TODOROVA, *Assegnazione della casa familiare concessa in comodato. Il vincolo di destinazione del bene e il diritto di recesso ad nutum del comodante*, loc. ult. cit.; FREZZA, *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 185 ss.; MIGLIARDI, *Il tertium genus di comodato elaborato dalla S.C. Considerazioni sull'atipicità della clausola di necessità*, loc. ult. cit.

(⁴³⁵) Per quest'ultima conclusione v. anche TEDESCO, *Divisione della casa coniugale di proprietà comune e provvedimento di assegnazione del bene ad uno solo dei coniugi separati o divorziati*, cit., p. 119.

Sezione II *L'usufrutto giudiziale*

SOMMARIO: 15. L'usufrutto giudiziale. Generalità e *ratio*. – 16. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla presenza di prole minorenni e di una situazione di crisi coniugale. – 17. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla necessità (da escludersi) che sia intervenuta la divisione. – 18. Il procedimento per la costituzione dell'usufrutto giudiziale. – 18.1. Competenza, legittimazione, rito e provvedimento. – 18.2. Art. 194 cpv. c.c., procedure della crisi coniugale e giudizio divisorio. – 19. La natura del diritto d'usufrutto previsto dall'art. 194 c.c. e la sua cessazione.

15. L'usufrutto giudiziale. Generalità e *ratio*. – Il capoverso dell'art. 194 c.c. prevede che «Il giudice, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge»⁽⁴³⁶⁾. La norma, che contempla l'unica eccezione del sistema al principio di parità di quote in sede di divisione, in deroga alla regola stabilita dall'art. 210, terzo comma, c.c.⁽⁴³⁷⁾, nonché l'unico caso di creazione *iussu iudicis* di un diritto d'usufrutto⁽⁴³⁸⁾, costituisce una disposizione sicuramente originale e priva di precedenti nel panorama legislativo anteriore alla riforma del 1975.

Ciò detto, andrà però subito aggiunto che non possono negarsi analogie, da un lato, con l'usufrutto legale di cui agli artt. 324 ss. c.c.⁽⁴³⁹⁾, nonché, dall'altro, con la previsione del terzo comma dell'art. 171 c.c., in materia di fondo patrimoniale, a mente del quale, anche in presenza di una causa di cessazione del fondo, «Considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli ed ogni altra circostanza, il giudice può altresì attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo»⁽⁴⁴⁰⁾. D'altronde, la

⁽⁴³⁶⁾ Sulla «dubbia collocazione topografica» della disposizione cfr. BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, Nota a Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, in *Fam. dir.*, 1994, p. 409.

⁽⁴³⁷⁾ Così PENNISI, *Il c.d. usufrutto giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 689. Sull'usufrutto giudiziale in generale, v. anche, oltre agli Autori citati alle successive note, ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 996; CIAN, *Introduzione sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, cit., p. 60; SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 449; BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1979, p. 52, nota 58, e 96; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199 ss.; GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 179 ss.; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 319; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1183; DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 998 ss.; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 372 ss.; BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, loc. ult. cit.; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 532 ss.

⁽⁴³⁸⁾ Rileva BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 411, che allo stato, questa è la sola ipotesi in cui, quale fonte del diritto di usufrutto, si pone una pronunzia giudiziale, se, correttamente, si escluda la pronunzia che costituisca il diritto *ex art. 2932 c.c.*, data la diversità della fattispecie in presenza della quale detta norma può applicarsi; fattispecie, che trova forza, comunque, in un atto della volontà, seppure non adempiuto.

⁽⁴³⁹⁾ Sul tema v. *infra*, §§ 18.1 e 19, in questa Parte III.

⁽⁴⁴⁰⁾ Anche questa disposizione non ha mancato di sollevare perplessità. Al riguardo, una parte della dottrina ha affermato che essa costituirebbe un gravissimo attentato all'autonomia privata, contemplando un'ipotesi di vera e propria espropriazione per motivi di interesse particolare, e dunque in contrasto con l'art. 42 Cost.: cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 841 ss.; secondo F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 1994, 107 ss., che pure condivide le predette perplessità, la norma va vista come una possibilità di eliminazione del vincolo prima del raggiungimento della maggiore età, così consentendo l'immediata cessazione del fondo, ma assicurando altresì ai figli i vantaggi che deriverebbero dal suo permanere; cfr., per questa lettura dell'art. 171 c.c., anche AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 368 ss.; ritengono superabili le perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della disposizione GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 290. Ad avviso di alcuni, poi, la norma non troverebbe applicazione nei riguardi dei figli minori, i cui interessi sarebbero già tutelati dal fatto che il fondo permane sino al raggiungimento della maggiore età e dal fatto che, ai sensi del capoverso dell'art. 171 c.c., il giudice può dare provvedimenti sull'amministrazione: cfr. ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 957 ss.; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 151 ss. Secondo altri, invece, la disposizione troverebbe applicazione solo a beneficio dei figli maggiorenni ma economicamente non autosufficienti: CIAN e CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 835 ss. Rimane comunque il fatto che competente in ordine a tale intervento è il tribunale per i minorenni (*ex art. 38 disp. att. c.c.*), il che sembra fornire elementi in senso contrario alla tesi dell'applicabilità ai figli maggiorenni. D'altro canto la norma va letta «in parallelo» proprio con quanto disposto dall'art. 194 cpv. c.c. in relazione,

previsione si inquadra nella tendenza legislativa, emersa a partire dalla riforma del 1975, «di prevedere situazioni di diritto reale finalizzate al soddisfacimento di esigenze di natura familiare»⁽⁴⁴¹⁾. Il riferimento è all'art. 540, comma secondo, c.c., che riserva al coniuge superstite i diritti di abitazione e di uso sulla casa adibita a residenza familiare e sui mobili che la corredano, così come alle norme attributive di un diritto di godimento (peraltro avente carattere di diritto meramente personale) sulla casa familiare in sede di crisi coniugale.

Con particolare riguardo a queste ultime, va notato come l'art. 194 cpv. c.c. appaia «storicamente» collegato, mercé il richiamo all'affidamento della prole, all'art. 155, quarto comma, c.c., nella versione introdotta dalla riforma del diritto di famiglia, nonché all'art. 6, sesto comma, l.div., introdotto dalla l. 6 marzo 1987, n. 74. Esso non è stato però coordinato con l'abrogazione di tali ultime disposizioni⁽⁴⁴²⁾, né con l'introduzione, per effetto della l. 8 febbraio 2006, n. 54, dell'art. 155-*quater* c.c. Norma, questa, applicabile, tra l'altro, oltre che alla separazione legale, anche al divorzio ed alla crisi del rapporto tra genitori non coniugati, ai sensi dell'art. 4, cpv., l. 8 febbraio 2006, n. 54. Non sembra peraltro possano nutrirsi dubbi sulla riferibilità della disposizione circa l'usufrutto giudiziale non solo alla situazione del genitore affidatario, nell'ipotesi di affidamento esclusivo, ma anche a quella del genitore che, coaffidatario in forza della regola dell'affidamento condiviso, si trovi ad essere anche collocatario della prole, e che, proprio in considerazione di tale collocazione della prole, si veda riconoscere (per lo più in caso di collocazione esclusiva o prevalente presso quest'ultimo, ma, a rigore, anche a prescindere dal carattere prevalente o meno di tale collocazione) la corresponsione di un assegno periodico a carico dell'altro, vuoi per effetto delle intese di separazione consensuale (o di divorzio su domanda congiunta), vuoi in forza di provvedimento emesso dal giudice ai sensi dell'art. 155, quarto comma, c.c.⁽⁴⁴³⁾.

La norma appare comunque dotata di una propria specificità rispetto alla disciplina attinente alla crisi coniugale: specificità che si colloca nella «relazione fra il godimento di uno o più beni determinati ed il soddisfacimento di bisogni, morali o materiali, del minore, realizzabili soltanto attraverso la conservazione di quel godimento», come hanno affermato i giudici di legittimità nell'unica pronuncia che si è occupata specificamente dell'istituto⁽⁴⁴⁴⁾. Tale affermazione appare dunque illuminante circa la *ratio* della disposizione, che appare così essere quella di fornire una garanzia per il soddisfacimento – non già del dovere di contribuzione o delle prestazioni postmatrimoniali *inter coniuges*⁽⁴⁴⁵⁾, ma – dei bisogni connessi al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione della prole. La previsione viene pertanto ad affiancarsi agli strumenti tradizionali di tutela delle prestazioni patrimoniali per la prole⁽⁴⁴⁶⁾. Questi ultimi sono

pacificamente (cfr. il riferimento all'«affidamento della prole»), alla tutela degli interessi dei figli minorenni (per l'inapplicabilità dell'art. 171, comma terzo, c.c. ai figli maggiorenni è anche AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, cit., p. 366).

⁽⁴⁴¹⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 367.

⁽⁴⁴²⁾ Abrogazione espressa nel primo caso, tacita nel secondo: sul tema cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 295. *Contra*, per la non abrogazione dell'art. 6, comma sesto, l. div., si esprime PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 329 ss., spec. 334.

⁽⁴⁴³⁾ Del resto, già sotto il vigore delle disposizioni anteriori alla riforma del 2006, rilevava BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640, che «potrebbe difettare l'affidamento disgiunto, senza che per questo vengano meno le esigenze di tutela degli interessi dei figli minori che hanno indotto il legislatore a formulare la norma».

⁽⁴⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, in *Fam. dir.*, 1994, p. 403, con nota di BONILINI; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 626, con nota di ODDI; in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, p. 482, con nota di LEPRE; in *Foro it.*, 1995, I, c. 1938; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1827; in *Riv. notar.*, 1995, II, p. 624.

⁽⁴⁴⁵⁾ Nel senso di cui al testo v. anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199, secondo cui l'usufrutto si pone «in funzione di assicurare l'adempimento non tanto dell'obbligo di contribuzione, quanto dell'obbligo di mantenimento della prole».

⁽⁴⁴⁶⁾ E' da notare, per la precisione, che la precitata decisione di legittimità, subito prima di presentare la considerazione riportata nel testo, e dopo aver chiaramente ristretto alla sola prole minorenni la sfera di applicabilità dell'istituto, afferma che questo non sarebbe «volto ad assicurare, a realizzare, a garantire l'adempimento dell'obbligo di mantenimento dei figli da parte del genitore non affidatario, dal momento che altri sono gli strumenti di tutela giurisdizionale idonei a tale scopo». In realtà, la già ricordata *ratio* relativa all'assicurazione della persistenza di una «relazione fra godimento di uno o più beni determinati ed il soddisfacimento di bisogni, morali o materiali, del minore, realizzabili soltanto attraverso la conservazione di quel godimento» altro non fa se non riportarsi proprio all'intento legislativo di garantire che i doveri *ex art.* 147 c.c. continuino ad essere soddisfatti, nonostante l'esistenza di una situazione di crisi coniugale. Per questa ragione la dottrina coglie esattamente una contraddizione nella posizione della citata pronuncia, tra il fatto di riportare l'operatività dell'istituto in esame ai casi di scioglimento della comunione dei beni tra i coniugi ed in presenza di affidamento dei figli, se poi si afferma la sua estraneità alla realizzazione concreta all'obbligo di mantenimento gravante sul coniuge non affidatario (per tali critiche cfr. ODDI, *Durata dell'usufrutto*

rappresentati, come noto, da istituti quali il sequestro *ex artt.* 156 c.c. e 8, l. div., il sequestro *ex art.* 146, terzo comma, c.c., l'ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c., l'ordine di pagamento diretto *ex art.* 148 c.c., l'ordine di pagamento diretto *ex art.* 156, sesto comma, c.c., la distrazione dei redditi *ex art.* 8, commi terzo, quarto, quinto e sesto, l. div., l'ordine di pagamento diretto *ex art.* 342-ter c.c., l'obbligo di prestare idonea garanzia, gli interventi *ex art.* 709-ter c.p.c. Sul punto andranno però menzionate anche le «nuove» forme di garanzia delle prestazioni postmatrimoniali: dalle clausole penali, al *trust*, al vincolo di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c. ⁽⁴⁴⁷⁾. A questo proposito dovrà dirsi che nulla sembra escludere la possibilità che, nel caso di accordo tra le parti, i coniugi (o *ex tali*) provvedano direttamente alla costituzione di un usufrutto di fonte negoziale (così eliminando in radice la necessità di un intervento giudiziale) dal contenuto analogo a quello previsto dall'art. 194 cpv. c.c. ⁽⁴⁴⁸⁾, anche se a tale istituto andranno poi applicate le norme di cui agli artt. 978 ss. c.c. ⁽⁴⁴⁹⁾.

Quanto ai casi concreti d'applicazione potrà ricordarsi la decisione, ormai risalente, del tribunale per i minorenni di Roma di costituire, a «garanzia» del diritto di abitazione concesso sulla casa familiare (di proprietà comune dei coniugi) alla moglie affidataria del figlio minore, usufrutto in favore di quest'ultima *ex art.* 194 cpv. c.c., sulla quota spettante al marito, dopo che questi aveva manifestato l'intenzione di alienare l'immobile (nella specie – dopo che era stata convenuta, in sede di separazione personale consensuale dei coniugi, l'assegnazione dell'alloggio coniugale, in comproprietà tra gli stessi alla moglie, perché vi viva con il figlio minore – il marito aveva manifestato il predetto intento proponendo la permuta dell'alloggio, esuberante rispetto alle necessità del minore e dell'altro genitore, con due appartamenti più piccoli, da attribuire, in proprietà esclusiva, uno a ciascun coniuge) ⁽⁴⁵⁰⁾. Il provvedimento appare peraltro «datato», in quanto riferibile a quel periodo in cui la mancata previsione della pubblicità dell'assegnazione della casa familiare esponeva il coniuge assegnatario al rischio della perdita del proprio diritto in caso di trasferimento della titolarità del bene a terzi. Il già illustrato mutamento dello scenario normativo e

giudiziale e interesse della prole, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 625; LEPRE, *Profili problematici dell'usufrutto giudiziale ex art. 194, comma 2*, cit., p. 492).

⁽⁴⁴⁷⁾ Cfr. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 77 ss. Sulla *ratio* dell'art. 194 c.c. v. anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 200, ad avviso del quale l'usufrutto giudiziale viene in sostanza a costituire un ulteriore strumento a disposizione del giudice per assicurare l'adempimento dell'obbligo di mantenimento della prole nei casi di separazione personale, divorzio o annullamento del matrimonio; strumento da coordinare con quelli che già le norme particolari ai tre istituti prevedono. Anche secondo BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 410, l'istituto in esame si presenta come un modo d'essere dell'obbligo di mantenimento, che, nonostante la quiescenza, o lo scioglimento, del rapporto matrimoniale, permane in capo ai coniugi in quanto genitori.

⁽⁴⁴⁸⁾ Sembrano invece escludere tale eventualità GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 221, ad avviso dei quali «L'interesse del coniuge affidatario alla costituzione dell'usufrutto di cui si tratta può essere soddisfatto solo in forza di un provvedimento giudiziale, la cui intermediazione è prevista per consentire la sottesa valutazione in ordine alla convenienza della costituzione stessa al fine di sopperire alle necessità della prole».

⁽⁴⁴⁹⁾ Sulla riferibilità di tali disposizioni all'usufrutto giudiziale v. *infra*, § 19, in questa Parte III.

⁽⁴⁵⁰⁾ Cfr. Trib. Min. Roma, 25 giugno 1984, in *Riv. notar.*, 1986, p. 723; in *Giur. merito*, 1985, p. 1082, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 328, con nota di Gius. AMATO; in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2648; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 256, con nota di DE FUSCO; in *Dir. fam. pers.*, 1984, I, p. 1051; in *Nuovo dir.*, 1985, II, p. 41, con nota di LOTITO: «La norma contenuta nell'art. 194 cod. civ., che faculta il giudice a costituire, in favore di un coniuge, l'usufrutto sui beni dello altro coniuge, non ha carattere eccezionale, essendo applicabile tutte le volte in cui si renda necessario per assicurare alla prole minorenni le migliori condizioni materiali e morali di vita, in modo da garantire alla stessa una adeguata assistenza da parte dei genitori, affinché essa riceva il minor danno possibile dalla disgregazione del nucleo familiare. Può essere accolta la domanda della madre separata, affidataria dei figli minori, e comproprietaria insieme col marito dell'appartamento nel quale vive con la prole, di costituzione in proprio favore, ai sensi dell'art. 194 cod. civ., dell'usufrutto sulla quota di tale bene appartenente al coniuge, qualora ciò si riveli necessario per garantire alla prole il diritto di vivere in modo indisturbato in un'abitazione idonea a favorirne la crescita equilibrata, considerando che tale diritto non potrebbe esserle adeguatamente assicurato per mezzo dell'ospitalità offerta dai nonni materni, dato che in tal caso i minori non avrebbero la sicurezza e la garanzia di vivere stabilmente nella propria abitazione». Nella fattispecie è stato costituito l'usufrutto a favore della madre affidataria sulla quota dell'appartamento di cui era proprietario il marito, ravvisando una precisa necessità del minore di poter «vivere, assieme alla madre affidataria, in un'abitazione che, per essere prossima al suo posto di lavoro, sottrae meno tempo alla donna (che ha, così, più tempo da dedicare al figlio) e che, per la vicinanza a quella dei nonni e degli altri parenti del minore, garantisce a quest'ultimo maggiori attenzioni e cure». Da notare che un accenno in merito all'utilizzazione in questo senso dell'istituto *ex art.* 194 c.c. appariva del resto rinvenibile già in uno dei primi commenti alla Riforma: cfr. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 449, ad avviso del quale «Il cpv. dell'art. 194 c. c. (...) ammette la costituzione di un usufrutto non soltanto per provvedere all'abitazione della prole, ma anche per qualsiasi altra "necessità" (si può, ad es., pensare all'usufrutto su di un bene fruttifero per far beneficiare i figli delle relative rendite)».

giurisprudenziale renderebbe oggi superfluo un provvedimento del genere di quello appena illustrato, per lo meno se sorretto da quella sola *ratio decidendi*.

Una successiva pronunzia di merito ⁽⁴⁵¹⁾ ha avuto modo di affermare che l'istituto in oggetto non ha carattere eccezionale ⁽⁴⁵²⁾, essendo applicabile ogni qual volta si renda necessario per assicurare alla prole minorenni (ed al coniuge affidatario) migliori condizioni materiali, morali e psicologiche di vita, al precipuo scopo di attenuare il più possibile il danno incombente sui figli per la disgregazione del nucleo domestico d'appartenenza. Sulla base di queste premesse, il giudice minorile ha accolto la richiesta della moglie separata, affidataria della prole e comproprietaria con il marito di una casa di villeggiatura, di istituire su tale immobile, in favore proprio ed ai sensi dell'art. 194 cit., un diritto di usufrutto sulla quota dominicale (indivisa) spettante al marito, anche tenuto conto del fatto che, nella specie, quest'ultimo aveva contratto, in seno alle clausole di separazione, l'obbligo di donare alla moglie il quarto della proprietà comune; obbligo, quest'ultimo, rimasto inadempito.

Se è vero che la *ratio* della disposizione è quella di fornire una garanzia per il soddisfacimento dei bisogni connessi al mantenimento, all'istruzione ed all'educazione della prole, va però aggiunto che tale profilo deve essere necessariamente bilanciato, secondo la già ricordata decisione di legittimità, con «l'indispensabile considerazione anche del diritto di proprietà del bene, di cui è titolare il coniuge onerato» ⁽⁴⁵³⁾. Contemperamento, questo, che si attua sia sul piano oggettivo, che su quello temporale. Per quanto attiene al primo profilo, invero, il legislatore ha limitato la previsione solo ad «una parte dei beni spettanti all'altro coniuge», il cui godimento sia strettamente legato al soddisfacimento dei bisogni della prole minorenni. Il che significa che l'usufrutto può avere ad oggetto uno o più beni determinati quando, in ogni caso, non esauriscano la quota complessivamente riservata al coniuge onerato ⁽⁴⁵⁴⁾. Sul piano temporale, poi, l'art. 194 cpv. c.c. va interpretato nel senso di limitare la durata del diritto al periodo strettamente necessario e comunque non oltre la maggiore età dei figli: argomento, questo, su cui si avrà modo di tornare in seguito ⁽⁴⁵⁵⁾.

16. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla presenza di prole minorenni e di una situazione di crisi coniugale. – Venendo ora a trattare dei presupposti di applicazione della norma, va sottolineato come il primo sia senz'altro costituito dalla presenza di prole minorenni. Si è già detto in proposito che la disposizione ha di mira la tutela non già dei doveri tra coniugi, ma di quelli verso la prole. Un richiamo a tale ultima appare espresso dallo stesso art. 194 c.c., il quale peraltro non contiene alcuna aggettivazione che induca ad escluderne, in via di principio, la riferibilità anche ai figli maggiorenni, ma non autosufficienti. Questi ultimi, come noto, secondo la consolidata lettura dell'art. 147 c.c., sono titolari del diritto al mantenimento, all'istruzione e all'educazione anche oltre (talora ben oltre!) il compimento del diciottesimo anno d'età, fino al raggiungimento della completa autonomia economica ⁽⁴⁵⁶⁾.

E' da notare che un riferimento alla necessaria presenza del requisito della minore età apparirebbe comunque, almeno a tutta prima, desumibile dal richiamo all'istituto dell'affidamento, non concepibile se non con riguardo proprio ai figli minori. La Cassazione ha tuttavia giustificato la necessaria presenza del requisito della minore età della prole sulla base della considerazione che «il sistema di tutela giurisdizionale

⁽⁴⁵¹⁾ Trib. min. Catania, 29 giugno 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 741.

⁽⁴⁵²⁾ *Contra*, per il carattere eccezionale dell'usufrutto giudiziale, v. Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit. La diatriba (sicuramente affascinante per i cultori dell'astrattismo giuridico) non ha peraltro alcun significato concreto, almeno sin tanto che non si individuino con precisione quali siano gli istituti con riferimento ai quali si predichi l'estensibilità in via analogica delle relative disposizioni. Così, ad esempio, all'«eccezionalità» derivante dall'unicità della previsione di un istituto costituito *iussu iudicis* ed importante gravi restrizioni al diritto di proprietà, fa riscontro un'idea di «generalità» collegata al principio di tutela delle prestazioni relative al mantenimento della prole. Come si vedrà (cfr. *infra*, § 16, in questa Parte III), il carattere eccezionale dell'istituto viene affermato dalla Cassazione al fine di escluderne l'applicazione alla prole maggiorenne.

⁽⁴⁵³⁾ Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.

⁽⁴⁵⁴⁾ In questo senso v. anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 418, nota 186.

⁽⁴⁵⁵⁾ V. *infra*, § 19, in questa Parte III.

⁽⁴⁵⁶⁾ Sul tema v. per tutti GIACOBBE e FREZZA, *Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio*, in AA. Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, II, cit., p. 1301 ss. In giurisprudenza v. ad es. Cass., 24 settembre 2008, n. 24018, in *Fam. dir.*, 2009, p. 188 (ove ulteriori rinvii alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti), secondo cui «L'obbligo dei genitori di concorrere al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa *ipso facto* con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio abbia raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipenda da un atteggiamento di inerzia o di rifiuto ingiustificato dello stesso»; v. poi anche Cass., 18 febbraio 2009, n. 3908.

del soggetto più debole predisposto dal legislatore è potenzialmente completo»⁽⁴⁵⁷⁾, anche senza la misura prevista dall'art. 194, secondo comma, c.c. e che quindi tale misura dovrebbe presentare carattere eccezionale e, come tale, non riferibile ai figli maggiorenni. La maggior parte degli Autori⁽⁴⁵⁸⁾ è orientata nella medesima direzione presa dai giudici di legittimità, anche se non sono mancate voci contrarie⁽⁴⁵⁹⁾. Ora, la tesi maggioritaria appare senz'altro preferibile, non tanto per il già ricordato richiamo normativo al concetto di «affidamento» – posto che quest'ultimo, come si è già ricordato e come si ripeterà tra breve, non fotografa oggi se non una parte della realtà della crisi coniugale coinvolgente la prole – bensì per via dell'evocazione processuale della competenza del tribunale per i minorenni da parte dell'art. 38 disp. att. c.c. Proprio questa norma manifesta, dunque, chiaramente l'intento legislativo di predisporre uno strumento a tutela dei soli figli minori⁽⁴⁶⁰⁾.

Il richiamo all'istituto dell'affidamento potrebbe indurre altresì a ritenere necessaria la presenza di una situazione di crisi coniugale, come del resto affermato dall'opinione assolutamente dominante, che limita l'applicabilità dell'usufrutto giudiziale ai casi di scioglimento della comunione per separazione, divorzio o annullamento del matrimonio⁽⁴⁶¹⁾. Ma il punto dal quale occorre prendere le mosse è che l'usufrutto

⁽⁴⁵⁷⁾ Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.

⁽⁴⁵⁸⁾ Cfr. BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 410; LEPRE, *Profili problematici dell'usufrutto giudiziale ex art. 194, comma 2*, cit., p. 483; PENNISI, *Il c.d. usufrutto giudiziale*, cit., p. 689; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 456; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 421.

⁽⁴⁵⁹⁾ Cfr. ODDI, *Durata dell'usufrutto giudiziale e interesse della prole*, Nota a 9 aprile 1994, n. 3350, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 625; secondo MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376, l'usufrutto costituito in presenza di prole minorenni non verrebbe meno nel caso di raggiungimento della maggiore età da parte di quest'ultima (sul tema v. *infra*, § 19, in questa Parte III).

⁽⁴⁶⁰⁾ Anche la Cassazione (Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.) è d'avviso che «l'argomento determinante è quello sistematico, fondato sull'attribuzione della competenza a costituire l'usufrutto giudiziale al tribunale per i minorenni ex art. 38 comma 1 disp. att. cod. civ. (...). Se, dunque, la competenza in materia di costituzione dell'usufrutto giudiziale è “espressamente stabilita” (art. 38 comma 1) in favore del tribunale per i minorenni, in tanto siffatta attribuzione può dirsi razionalmente giustificata, in quanto l'attribuzione medesima sia connessa alla particolare specializzazione del giudice minorile. E dal momento che, ormai, costituisce, principio generale dell'ordinamento quello secondo cui tra varie possibili interpretazioni, occorre scegliere quella conforme al dettato costituzionale, ne discende che intanto l'attribuzione di competenza al tribunale per i minorenni nella materia *de qua* sfugge a dubbi di illegittimità costituzionale, in quanto il provvedimento da adottare coinvolga interessi di cui siano portatori figli minorenni e fintanto che perduri tale loro *status*. Ove si ammettesse che il provvedimento di costituzione d'usufrutto giudiziale conservi efficacia oltre il compimento della maggiore età della prole, fondando la permanenza degli effetti sulla persistenza delle sue “necessità”, dovrebbe necessariamente ammettersi che giudice della eventuale, relativa controversia non potrebbe essere se non il tribunale per i minorenni, senza che, però, sussista, in tale ipotesi, alcuna connessione fra specializzazione del giudice (giustificativa dell'attribuzione di competenza) ed interessi coinvolti nel giudizio (di cui sono, ormai, portatori soggetti maggiorenni)».

⁽⁴⁶¹⁾ Come rilevato da GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 223, «presupposto per la costruzione dell'usufrutto è l'affidamento della prole ad uno dei coniugi e quindi la causa di scioglimento della comunione legale deve contemporaneamente comportare anche la cessazione del rapporto coniugale o almeno un mutamento dello stesso, tale da impedire la prosecuzione della convivenza tra gli sposi e far sorgere, di conseguenza, la necessità dell'affidamento dei figli: a queste caratteristiche rispondono soltanto l'annullamento ed il divorzio, nonché la separazione personale». In questo medesimo senso v. anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199; GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 181; DE FUSCO, *Comunione dei beni. Scioglimento. Usufrutto giudiziale*, cit., p. 260; Gius. AMATO, *Usufrutto giudiziale e scioglimento della comunione legale dei beni*, Nota a Trib. Min. Roma, 25 giugno 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 329; SELVAGGI, *La comunione legale tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 62; DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 998; MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 375; VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 282; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 535. In senso contrario, per un'applicazione della norma anche ad ipotesi diverse di scioglimento della comunione legale, non necessariamente legate alla crisi coniugale, cfr. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 714; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 454. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 320, manifesta perplessità in merito all'applicabilità della disposizione alle ipotesi di fallimento e di mutamento convenzionale del regime patrimoniale. Ad avviso di BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640 «Non è giustificabile, invece, la restrizione della misura, sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina, per una sopravvalutazione del dato testuale, ai casi di scioglimento per separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio, nei quali il venir meno della convivenza dei coniugi comporta la possibilità dell'affidamento disgiunto dei figli minori. Va tenuto presente che anche in questi casi potrebbe difettare l'affidamento disgiunto, senza che per questo vengano meno le esigenze di tutela degli interessi dei figli minori che hanno indotto il legislatore a formulare la norma. Sulla base del confermato collegamento finalistico fra la misura e il mantenimento della prole è anzi possibile estendere la misura ai casi di scioglimento di una comunione ordinaria».

giudiziale è contemplato dalle disposizioni in tema di cessazione del regime legale: cessazione che può aver luogo anche per cause che con la crisi coniugale nulla hanno a che vedere. Se a ciò aggiungiamo che l'affidamento non risulta menzionato in modo chiaro alla stregua di un requisito di applicabilità, ma che ad esso viene fatto un richiamo piuttosto «obliquo» («in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa») nel contesto della disposizione, e se teniamo ulteriormente conto della già ricordata necessaria svalutazione che tale elemento è venuto a subire per effetto della riforma del 2006 in tema di affidamento condiviso, ne deriva che non sembra aver torto quella dottrina minoritaria⁽⁴⁶²⁾ la quale tende ad ampliare le ipotesi di applicabilità dell'art. 194 cpv. c.c. anche al di là dei casi di crisi coniugale.

Al riguardo si è rilevato⁽⁴⁶³⁾ che, ad esempio, almeno per i casi di morte, anche presunta, o di assenza, non viene a cessare l'obbligo di provvedere alla prole per il coniuge superstite. A questa tesi potrebbe però replicarsi che, siccome l'obbligo di mantenimento cessa con la morte dell'obbligato, si deve ritenere che la norma in oggetto non trovi applicazione nelle ipotesi, per l'appunto, di scioglimento della comunione per (scioglimento del matrimonio per) morte di uno dei coniugi, tanto più che a favore dei figli subentrano le regole successorie ed analoga soluzione non può non seguire alla dichiarazione di morte presunta e anche alla dichiarazione di assenza (cfr. art. 50)⁽⁴⁶⁴⁾.

Ciò detto, va però subito aggiunto che possono esservi ipotesi di scioglimento della comunione, pur nella persistenza del rapporto matrimoniale ed in assenza di crisi coniugale, in cui evidentemente il dovere *ex art. 147 c.c.* continua in capo ad entrambi i coniugi: si pensi ai casi di mutamento convenzionale di regime, di fallimento e di separazione giudiziale dei beni.

In tutte queste situazioni l'assenza di un coniuge affidatario non può, per le ragioni appena addotte, ritenersi, quanto meno in linea di principio, ostativa all'adozione della misura in esame, tanto più che la norma, riferendosi alla possibilità di costituire a favore «di uno dei coniugi» l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge, non individua in maniera assolutamente inequivocabile nel genitore affidatario il soggetto destinato a divenire titolare del costituendo *jus in re aliena*. A ben vedere, infatti, il fulcro della disposizione va rinvenuto nel concetto di «necessità della prole»: necessità che prescindono, come appare ovvio, dalla presenza di una procedura di separazione, di divorzio o di annullamento del matrimonio.

Così, ben può ipotizzarsi il caso di uno scioglimento del regime legale conseguente ad una convenzione di separazione dei beni in relazione ad una situazione di separazione di fatto nel contesto della quale i coniugi abbiano raggiunto alcune determinazioni sulla collocazione della prole e sul contributo al relativo mantenimento da parte dell'altro⁽⁴⁶⁵⁾. Né sembra possibile obiettare qui che, poiché il mutamento convenzionale non varia la posizione dei genitori nei confronti dei figli, «non si capirebbe a quale coniuge riconoscere la legittimazione ad agire»⁽⁴⁶⁶⁾. Il rimedio potrebbe essere, invero, invocato da quel genitore che, di fatto, o sulla base di un accordo di separazione (di fatto)⁽⁴⁶⁷⁾ si occupa di fornire direttamente le prestazioni di cui all'art. 147 c.c. Lo stesso vale in riferimento ai casi di eventuale scioglimento *ex art. 193 c.c.*⁽⁴⁶⁸⁾, ovvero per fallimento di un coniuge, con la precisazione, peraltro, che, in quest'ultimo caso, l'usufrutto potrebbe esser costituito unicamente sui beni assegnati al coniuge non fallito⁽⁴⁶⁹⁾.

17. I presupposti di applicazione della norma. In particolare sulla necessità (da escludersi) che sia intervenuta la divisione. – L'elemento che appare comunque imprescindibile – secondo quanto si è già

⁽⁴⁶²⁾ A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 92.

⁽⁴⁶³⁾ A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 92.

⁽⁴⁶⁴⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 199 s. Anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419 s. osserva che l'apertura della successione (ovvero l'immissione nel possesso dei beni) senz'altro è in grado di fornire ai figli, in qualità di eredi, garanzie patrimoniali ben più ampie di quelle assicurate dall'usufrutto. In disaccordo BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640, per il quale la possibilità che ai figli vengano attribuiti beni, pure considerevoli, ma improduttivi di reddito e difficilmente liquidabili lascerebbe aperto il problema: «La morte estingue l'obbligo. Tuttavia, qualora persista lo stato di bisogno di figli, la semplice riserva di quota dell'eredità può non essere sufficiente a soddisfare l'interesse dei figli, sia in relazione a una possibile preterizione degli stessi nel testamento, sia in relazione alla pur possibile attribuzione ai figli di beni di valore anche considerevole, ma improduttivi di reddito immediato e non facilmente alienabili». Altre obiezioni vengono avanzate da A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 92.

⁽⁴⁶⁵⁾ Favorevole in questo caso all'applicazione della norma è R. DOGLIOTTI, *Lo scioglimento della comunione dei beni: presupposti e caratteri*, cit., p. 278.

⁽⁴⁶⁶⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419, nota 192.

⁽⁴⁶⁷⁾ Sul rilievo di tali intese v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1425 ss.

⁽⁴⁶⁸⁾ Per l'ammissibilità della costituzione del diritto anche in caso di scioglimento della comunione a seguito di separazione giudiziale dei beni *ex art. 193 c.c.* v. anche DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 999.

⁽⁴⁶⁹⁾ Per quest'ultima limitazione v. anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 200, nota 112.

sottolineato – è che la domanda *ex art.* 194 cpv. c.c. venga proposta in una fase successiva allo scioglimento del regime: la collocazione «topografica» della norma non lascia adito a dubbi sul punto ⁽⁴⁷⁰⁾.

Assai più complessa appare invece la questione relativa alla necessità (o meno) che sia già intervenuta la divisione del patrimonio già facente parte della massa in comunione legale, successivamente trasformatasi in comunione ordinaria.

A tal proposito, infatti, sono riscontrabili in dottrina tre distinti orientamenti. Secondo un primo gruppo d'Autori, il fatto che l'usufrutto venga costituito su parte dei beni di uno dei coniugi presupporrebbe la divisione già avvenuta ⁽⁴⁷¹⁾; il procedimento di cui all'art. 194 cpv. c.c. sarebbe quindi pienamente autonomo dalla divisione (consensuale o giudiziale). Ciò spiegherebbe, tra l'altro, pur non giustificandolo, il riparto di competenza tra giudici diversi (tribunale ordinario, per la divisione; tribunale per i minorenni, per la costituzione dell'usufrutto). Gli stessi sostenitori di questa soluzione ne rilevano comunque la problematicità, soprattutto quando la domanda di usufrutto giudiziale non dovesse seguire immediatamente la divisione ⁽⁴⁷²⁾.

Proprio in considerazione di questa obiezione, una seconda dottrina ⁽⁴⁷³⁾ afferma che la domanda *ex art.* 194 cpv. c.c. è necessariamente condizionata dal fatto che la divisione non sia ancora conclusa. E', questo, il parere della Corte Suprema, che, nella già più volte ricordata decisione, afferma espressamente che la proponibilità dell'azione dovrebbe ritenersi condizionata della «“pendenza” di un procedimento di divisione, convenzionale o giudiziale». In tal senso parlerebbero, in primo luogo, l'uso, da parte del legislatore, dell'espressione «beni spettanti», e non già – come presupporrebbe l'esaurimento del procedimento divisionale – beni «assegnati» o «attribuiti» (cfr. artt. 729 c.c. e 195 disp. att. c.p.c.); in secondo luogo, la considerazione che, diversamente opinando, si renderebbe giuridicamente impossibile chiedere la costituzione di usufrutto giudiziale su beni indivisibili, posto che, nelle ipotesi di contrasto insanabile fra i dividendi od in quelle in cui risultassero inapplicabili i criteri previsti dall'art. 720 c.c., l'esaurimento del procedimento giurisdizionale di divisione ad essi relativo implicherebbe, mediante la vendita, la perdita della proprietà del bene. Infine, si rileva che la costituzione giudiziale dell'usufrutto presuppone, per dir così, naturalmente, che il bene gravato non sia ancora stato trasferito nella disponibilità esclusiva del coniuge onerato ⁽⁴⁷⁴⁾.

Tali posizioni sono tuttavia criticate dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale «nulla impedisce che, prima ed indipendentemente dalla divisione, il coniuge che sia tenuto a provvedere alle necessità della prole, possa ottenere la costituzione di un diritto di usufrutto a suo esclusivo vantaggio su una parte dei beni comuni» ⁽⁴⁷⁵⁾.

⁽⁴⁷⁰⁾ In questo senso v. anche Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit., secondo cui «L'inserimento della norma nell'articolo relativo alla “divisione dei beni della comunione” (eguale dei beni fra i coniugi) fa ritenere che l'azione di costituzione d'usufrutto giudiziale possa essere proposta soltanto quando sia già intervenuta una causa, definitiva o allo stato irreversibile, di scioglimento della comunione legale dei beni dei coniugi, che sia altresì compatibile con la costituzione dell'usufrutto». Analoghi rilievi in BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 409.

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 200; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1184; DE FUSCO, *Comunione dei beni. Scioglimento. Usufrutto giudiziale*, cit., p. 261; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 93. Anche per GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 341, la domanda di costituzione di usufrutto dovrebbe essere proposta necessariamente dopo che si è esaurito il giudizio di divisione, poiché soltanto in quel momento si è accertato in maniera definitiva quali beni della comunione sono entrati nelle porzioni da assegnare ai dividendi. Se si anticipasse la possibilità di ottenere la costituzione dell'usufrutto si correrebbe il rischio che esso venga a gravare su beni poi attribuiti allo stesso coniuge per il cui vantaggio questo diritto è sorto (ma è chiaro che in questo caso il diritto di fonte giudiziale si estinguerebbe e il coniuge sarebbe con ogni probabilità legittimato a chiedere la costituzione sui beni assegnati all'altro).

⁽⁴⁷²⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 200.

⁽⁴⁷³⁾ Cfr. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 455.

⁽⁴⁷⁴⁾ Cfr. Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit. Condivide tale ragionamento PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 456.

⁽⁴⁷⁵⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 420. Nello stesso senso v. anche MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376 s., i quali notano che la divisione «può richiedere tempi lunghi, potrebbe persino non essere richiesta da nessuno dei coniugi, e non sembra ammissibile che ciò possa tornare di danno agli interessi dei figli. Nulla perciò dovrebbe poter impedire una richiesta di applicazione della disposizione in esame prima ed indipendentemente dalla divisione del patrimonio comune – ma sempre che si sia verificata una causa di scioglimento – mercé la costituzione di un usufrutto su parte dei beni comuni a vantaggio esclusivo del coniuge che debba provvedere alle necessità della prole»; analogamente cfr. GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 221; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 534. Rileva autorevolmente SCHLESINGER, *Della comunione legale*, 1977, cit., p. 449: «La norma sembra presupporre che la divisione abbia già avuto luogo, in quanto dovrebbero essere già stati individuati i “beni spettanti all'altro coniuge”: mi sembra, però, che nulla dovrebbe impedire una richiesta di

Quest'ultimo indirizzo appare sicuramente preferibile. In primo luogo basti pensare al fatto che la cennata «pendenza» di una procedura divisoria non solo non è richiesta dalla norma, ma addirittura sarebbe impossibile da accertare in relazione alla divisione amichevole. Con riguardo a quest'ultima, invero (e contrariamente a quanto affermato dalla Cassazione), tenuto conto del relativo carattere contrattuale, una situazione di «pendenza» non può mai porsi, potendosi solo discutere se l'intesa si sia o meno perfezionata; e, una volta che il contratto sia stato stipulato, è chiaro che il titolare dei diritti ivi riconosciutigli può immediatamente disporre a suo piacimento, così frustrando ogni possibilità per il giudice di intervenire a tutela della prole, secondo quanto disposto invece dalla norma qui in esame.

D'altro canto, si è esattamente rilevato in dottrina ⁽⁴⁷⁶⁾ che sarebbe irragionevole subordinare l'applicabilità di una regola posta nell'interesse del figlio al fatto che i genitori decidano o meno di procedere alla divisione dei beni rimasti in contitolarità dopo lo scioglimento della comunione. Inoltre, il fatto che per il giudizio di divisione sia, ovviamente, competente il tribunale ordinario e non quello dei minori, fa cadere pure quegli ipotetici vantaggi che sarebbero potuti derivare da un coordinamento tra i due giudizi in questione. In conclusione, qualora se ne manifesti l'esigenza, nulla impedisce che, prima ed indipendentemente dalla divisione, il coniuge che sia tenuto a provvedere alla necessità della prole possa ottenere la costituzione di un diritto di usufrutto a suo esclusivo vantaggio, vuoi sulla quota astratta dell'altro coniuge, vuoi su parte di essa ⁽⁴⁷⁷⁾.

Un Autore ha poi posto in luce come non sarebbe dato comprendere appieno il motivo per cui i figli non possano godere del medesimo strumento di tutela quando i genitori divorziati, separati o il cui matrimonio sia stato annullato, avessero adottato il regime di separazione dei beni, anziché quello legale; e ciò vieppiù quando si aderisca all'idea che l'usufrutto non vada letto in peculiare connessione con il procedimento di divisione ⁽⁴⁷⁸⁾. Ora, non vi è dubbio che, dal punto di vista della politica legislativa, sarebbe stato conveniente configurare legislativamente l'istituto in termini generali, come modalità attuativa dell'obbligo di mantenimento della prole, ma è altrettanto sicuro che i segni normativi vigenti depongono per la limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 194 cpv. c.c. Ciò tanto più ove si tenga conto dei pesantissimi limiti alla circolazione dei beni che, di fatto (per il forte affievolimento dell'interesse dei potenziali acquirenti), la presenza di un usufrutto può porre, specie laddove – come può accadere, in presenza, per esempio, di figli in particolarmente tenera età – esso si prospetti come di lunga durata ⁽⁴⁷⁹⁾. Per questa ragione, *de iure condito*, non sembra possibile procedere ad un'estensione analogica al campo dei coniugi *séparés de biens* ⁽⁴⁸⁰⁾.

E' altresì ben possibile che l'usufrutto possa essere chiesto e concesso dopo che il procedimento divisorio abbia avuto svolgimento, con l'attribuzione definitiva dei beni all'uno e all'altro coniuge, sempre, beninteso, a condizione che esso abbia ad oggetto cespiti già facenti parte della disciolta comunione legale ⁽⁴⁸¹⁾.

Per concludere sul punto potrà aggiungersi che tra i requisiti di proponibilità della domanda diretta alla costituzione dell'usufrutto giudiziale non rientra la necessaria presenza dell'inadempimento di un coniuge all'obbligo di mantenimento. Questa interpretazione restrittiva della norma la degraderebbe infatti a

applicazione della disposizione in esame prima ed indipendentemente dalla divisione del patrimonio comune, mercé la costituzione di un usufrutto su parte dei beni comuni, a vantaggio esclusivo del coniuge che debba provvedere alle necessità della prole». Anche per BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640: «La misura può essere adottata sia contestualmente alla divisione, sia in vista di una futura divisione».

⁽⁴⁷⁶⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 420.

⁽⁴⁷⁷⁾ Osservano GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 221 che l'usufrutto di quota è perfettamente ammissibile, come risulta testualmente dal primo comma dell'art. 1010 c.c.

⁽⁴⁷⁸⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 420.

⁽⁴⁷⁹⁾ Cfr. BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 411.

⁽⁴⁸⁰⁾ Sul tema delle provvidenze a favore della casa coniugale previste in altri ordinamenti a prescindere dal regime prescelto dai coniugi cfr. cfr. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, cit., p. 14 ss.

⁽⁴⁸¹⁾ In questo senso v. anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 200, il quale critica la soluzione dal punto di vista dell'opportunità, rilevando che la costituzione dell'usufrutto «a distanza dalla divisione e magari dopo una divisione convenzionale» porterebbe a sconvolgere equilibri (spesso faticosamente) raggiunti. La conclusione si spiega tenendo presente che il capoverso dell'art. 194 c.c. costituisce un relitto della originaria formulazione di questo, la quale prevedeva, come già accennato, la possibilità di una divisione in parti non uguali, in considerazione del diverso contributo eventualmente dato dai coniugi alla creazione del patrimonio comune. In questo «dosaggio» la possibilità di costituire l'usufrutto in oggetto si inseriva ovviamente in modo meno traumatico.

rango meramente cautelare, come osservato dalla dottrina prevalente ⁽⁴⁸²⁾ ed in ogni caso non sussistono elementi di sorta, a livello normativo, tali da indurre a ritenere richiesto tale elemento.

18. Il procedimento per la costituzione dell'usufrutto giudiziale.

18.1. Competenza, legittimazione, rito e provvedimento. – L'usufrutto giudiziale *ex art.* 194 c.p.v. c.c. si costituisce, per l'appunto, per il tramite di un procedimento mirante all'emanazione di una sentenza di carattere costitutivo. Competente è, come si è già detto, il tribunale per i minorenni *ex art.* 38 disp. att. c.c.

Il citato art. 38 richiama, come noto, il rito camerale. Tale dato normativo aveva fatto propendere parte della dottrina per una qualificazione in termini di giurisdizione volontaria del procedimento ⁽⁴⁸³⁾, ma la Cassazione ne ha correttamente affermato il carattere contenzioso, nonostante che nella specie si fosse seguito il rito dei procedimenti in camera di consiglio e che il provvedimento impugnato avesse la veste formale di decreto ⁽⁴⁸⁴⁾. Conseguentemente, una volta esperito il reclamo dinanzi alla corte d'appello, ha ritenuto la decisione ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost. La soluzione va senz'altro approvata, dato che la costituzione dell'usufrutto determina la compressione del diritto di proprietà di uno dei coniugi a vantaggio dell'altro: l'oggetto del procedimento attiene dunque a situazioni inerenti a diritti soggettivi e potestà (proprietà, usufrutto, diritti dei figli, doveri nei loro confronti). Il provvedimento conclusivo della procedura, al di là della veste formale di decreto, ha quindi valore di sentenza costitutiva *ex art.* 2908 c.c. e il rito natura contenziosa: l'unica che consente il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti ⁽⁴⁸⁵⁾. Del resto, il richiamo dell'art. 38 disp. att. c.c. può essere correttamente riferito ai soli casi in cui l'intervento del giudice si risolva in un'attività di giurisdizione volontaria, cioè in un'attività non consistente nella decisione su diritti o su *status*, ma estrinsecantesi in una sostanziale «amministrazione» di interessi privati.

Quanto alla legittimazione attiva, questa compete sicuramente al coniuge affidatario della prole minorenni ⁽⁴⁸⁶⁾, così come a quello collocatario della stessa in caso di affidamento congiunto, qualora a tale statuizione sia stato collegato l'obbligo di corresponsione, in capo all'altro, di un assegno periodico.

Per le ragioni sopra illustrate dovrà ammettersi all'esperimento dell'azione anche il coniuge che, di fatto, provveda con propri esborsi al mantenimento dei figli minori, anche in assenza di un provvedimento emesso nell'ambito di una delle classiche procedure della crisi coniugale (separazione, divorzio, annullamento del matrimonio), purché si sia verificata una delle cause di cessazione del regime prevista dall'art. 191 c.c.

Deve invece escludersi – di fronte al silenzio della legge, nonché al fatto che il diritto di usufrutto vede quale titolare del costituendo rapporto giuridico il solo coniuge – la presenza di un autonomo potere di iniziativa in capo ai figli o, addirittura, al pubblico ministero ⁽⁴⁸⁷⁾. Se è vero, infatti, che l'istituto in esame presenta analogie con quello descritto dagli artt. 324 ss. c.c. ⁽⁴⁸⁸⁾, è altrettanto innegabile – a prescindere dall'opinabilità della conclusione secondo cui tale accostamento giustificerebbe di per sé l'estensione della legittimazione attiva ai figli e/o al p.m. – che tale ultimo tipo di usufrutto è, per l'appunto, di fonte legale e

⁽⁴⁸²⁾ Cfr. BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640. Per alcune critiche a questa connotazione cautelare cfr. BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 410.

⁽⁴⁸³⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 374.

⁽⁴⁸⁴⁾ Cfr. Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.

⁽⁴⁸⁵⁾ Propendono per la natura contenziosa del procedimento in funzione di una maggiore protezione del diritto di difesa A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1185; DE FUSCO, *Comunione dei beni. Scioglimento. Usufrutto giudiziale*, cit., p. 260; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 713; MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, p. 583; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 67; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 536.

⁽⁴⁸⁶⁾ Così GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419.

⁽⁴⁸⁷⁾ Cfr. per tutti MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 374.

⁽⁴⁸⁸⁾ Questa è la ragione per la quale GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 223 estendono la legittimazione al figlio e al pubblico ministero. Per un parallelo con l'usufrutto legale v. anche BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 411 s., il quale rileva che «come in quest'ultimo, il titolare del diritto conosce un vincolo: la destinazione dei frutti ai bisogni di determinati soggetti. Nell'usufrutto legale, detti bisogni non sono già solo quelli del minore-nudo proprietario, ma dell'intera famiglia, e di questo usufrutto il giudice deve tener conto nel provvedimento di affidamento della prole (...): nell'usufrutto giudiziale, d'essi sono portatori i figli affidati al coniuge-genitore usufruttuario. Riprendendo una felice sintesi, l'usufrutto legale non ha tanto natura di diritto individuale di godimento, bensì «di funzione familiare e più in generale di ufficio di diritto familiare»»; tale ultimo richiamo è a BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, cit., p. 52, nota 58, e 96. Sul tema dei rapporti con l'istituto *ex art.* 324 ss. c.c. cfr. anche GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 180 ss. Sull'usufrutto legale cfr. PELOSI, voce *Usufrutto legale dei genitori*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, VII, Torino, 1987, p. 1047 ss.; DE CUPIS, voce *Usufrutto (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 1111 ss.

che la legge prevede un vincolo di destinazione dei frutti «al mantenimento della famiglia e all'istruzione ed educazione dei figli» (cfr. art. 324 cpv. c.c.). D'altro canto, rimane da capire come il figlio potrebbe agire per l'attribuzione di un diritto che, comunque, non farebbe capo a lui, bensì al genitore che ne è esclusivo titolare⁽⁴⁸⁹⁾.

Per le stesse ragioni deve escludersi la possibilità per il tribunale dei minorenni di disporre d'ufficio la costituzione dell'usufrutto⁽⁴⁹⁰⁾.

18.2. Art. 194 cpv. c.c., procedure della crisi coniugale e giudizio divisorio. – La soluzione di affidare la procedura ex art. 194 cpv. c.c. al giudice minorile è stata, dal punto di vista dell'opportunità, esattamente criticata per l'irrazionale *splitting* di competenze che essa viene ad attuare rispetto al tribunale ordinario, competente per le procedure relative alla crisi coniugale⁽⁴⁹¹⁾, nonché per l'eventuale divisione giudiziale. Il risultato di tale difetto di coordinamento è che il ricorso al giudice minorile potrebbe essere utilizzato in funzione di «rivalsa» rispetto a provvedimenti non (sufficientemente) favorevoli emessi (o, addirittura, negati) dal giudice ordinario. D'altro canto, la valutazione circa le esigenze della prole compiuta da un tribunale potrebbe essere completamente difforme da quella effettuata dall'altro e dunque si potrebbe arrivare ad un usufrutto giudiziale costituito dal tribunale per i minorenni su quella casa coniugale che il tribunale ordinario, per varie ragioni, non ha ritenuto di dover assegnare al coniuge affidatario o collocatario della prole minorenni.

Si tenga poi presente che la costituzione dell'usufrutto sull'immobile adibito a casa familiare ed assegnato al coniuge affidatario o collocatario, potrebbe consentire a quest'ultimo di evitare l'uso diretto dello stesso da parte del coniuge e della prole, locando l'immobile a terzi. Ora, se è vero che tale comportamento sembrerebbe una vanificazione dei provvedimenti del giudice della separazione (o del divorzio), non sembra possa arriversi a dire che questi ultimi dovrebbero sempre e comunque avere la prevalenza su quelli relativi all'art. 194, cpv. c.c.⁽⁴⁹²⁾. In realtà, l'assegnazione della casa familiare è un provvedimento che consente al coniuge affidatario o collocatario di continuare a mantenere la prole nell'ambiente (nel «nido») in cui questa si trovava prima del sopraggiungere della crisi coniugale. Nulla impedisce che costui (o magari entrambi i genitori, di comune intesa), per le ragioni che possono essere le più varie, decida di spostare la propria residenza altrove, in un luogo che per i figli potrebbe rivelarsi, per mille ragioni (casa più spaziosa, dotata di migliori servizi, più vicina alla scuola, più vicina alla residenza dell'altro genitore, ecc.), addirittura più idoneo a soddisfare le esigenze dei minori.

In quest'ottica, va aggiunto che non appaiono condivisibili le tesi di chi ritiene che il diritto d'usufrutto, in quanto modo d'essere del mantenimento dei figli affidati, vincolerebbe il coniuge usufruttuario di un immobile ad utilizzarlo necessariamente «a fini abitativi, in concorso con la prole»⁽⁴⁹³⁾. Se, invero, è incontestabile che il titolare del diritto di usufrutto trovi un vincolo di destinazione a favore del mantenimento della prole, questo non significa che per ciò solo egli sia espropriato della possibilità di decidere (nel rispetto, ovviamente, della destinazione economica del bene, nonché del canone fondamentale dell'interesse della prole) se adibire la casa a propria (e, naturalmente, della prole) abitazione principale, ovvero ad abitazione secondaria, ovvero ancora se locarla a terzi, destinando i frutti civili al fine di sopperire alle necessità – di educazione, di istruzione, di mantenimento – dei figli.

Sempre per restare in tema di (tentativo di) coordinamento tra i due interventi giurisdizionali (vale a dire quello che si attua nell'alveo di una delle procedure della crisi coniugale, da un lato, e la costituzione dell'usufrutto giudiziale, dall'altro), non vi è dubbio che, come rilevato in dottrina⁽⁴⁹⁴⁾, ancorché i divisati

⁽⁴⁸⁹⁾ La replica è di GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419.

⁽⁴⁹⁰⁾ In questo senso v. invece BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 639, per il quale, oltre tutto, «A questa premessa consegue che se vi sono figli minori una divisione stragiudiziale di beni fra coniugi deve essere preventivamente autorizzata dal giudice, a pena di annullabilità per difetto di capacità legale». In realtà il procedimento divisorio, così come l'eventuale usufrutto giudiziale, tocca beni e rapporti di esclusiva proprietà dei coniugi, per cui ogni intervento autorizzativo sulla base della disciplina attinente ai patrimoni dei figli minorenni sarebbe fuori luogo. Sul tema, in giurisprudenza, v. Trib. Lecce, 24 marzo 1986, in *Foro pad.*, 1986, c. 396, secondo cui «La divisione dei beni oggetto della cessata comunione legale tra coniugi non è soggetta ad autorizzazione del giudice».

⁽⁴⁹¹⁾ Nel senso di cui al testo v. le osservazioni di SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia, Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 320; AMATO, *Usufrutto giudiziale e scioglimento della comunione legale dei beni*, cit., p. 329.

⁽⁴⁹²⁾ Così invece BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 640.

⁽⁴⁹³⁾ Nel senso qui criticato v. invece BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 411.

⁽⁴⁹⁴⁾ Cfr. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419; v. inoltre GABRIELLI e CUBEDDU, *op. cit.*, p. 223

strumenti conservino un loro margine di complementarietà⁽⁴⁹⁵⁾, non si può non tenere conto dell'aggravio determinato a carico della posizione patrimoniale del coniuge non affidatario in caso di costituzione di usufrutto; onde deve riconoscersi allo stesso il potere, successivamente all'imposizione del diritto di godimento su parte dei suoi beni, di chiedere ed ottenere la revisione delle altre prescrizioni eventualmente già gravanti su di lui, mercé il ricorso alle procedure di cui agli artt. 709 c.p.c. o 9, l.div. Eventuale revisione, questa, che, peraltro, non deve indurre a ritenere la presenza di alcuna incompatibilità tra i due tipi di intervento⁽⁴⁹⁶⁾, proprio atteso l'appena evidenziato criterio di complementarietà.

Per ciò che attiene, poi, ai rapporti con il giudizio divisorio, non appare condivisibile la tesi secondo cui, qualora l'istanza di costituzione di usufrutto giudiziale dovesse venire avanzata dinanzi al tribunale ordinario in sede di divisione, questo dovrebbe «sospendere la pronuncia definitiva sulla divisione e trasmettere agli atti al competente tribunale dei minorenni»⁽⁴⁹⁷⁾. In realtà, di fronte ad una domanda riservata alla competenza funzionale di altro giudice, il giudice della procedura divisoria altro non potrebbe fare se non dichiarare l'improponibilità di tale *petitum*. Neppure la dimostrata, contemporanea, pendenza di una procedura ai sensi dell'art. 194 cpv. c.c. potrebbe indurre il tribunale ordinario a sospendere il giudizio divisorio, posto che, come si è detto⁽⁴⁹⁸⁾, l'usufrutto ben può essere costituito prima della divisione, sulla quota di pertinenza di un coniuge, mentre l'eventuale assegnazione di un bene (*pro quota* gravato da tale diritto) al coniuge usufruttuario determinerebbe l'estinzione del diritto *in re aliena*, ma ben potrebbe fondare un'istanza da parte sua circa la costituzione *ex novo* di analogo diritto su di un bene assegnato all'altro convivente.

19. La natura del diritto d'usufrutto previsto dall'art. 194 c.c. e la sua cessazione. – Il diritto che nasce dalla decisione del giudice viene espressamente qualificato dal legislatore come diritto di usufrutto. Una parte della dottrina⁽⁴⁹⁹⁾ ha però contestato tale qualificazione, sulla base dell'assunto per cui rapporto in oggetto non può ritenersi cedibile (a differenza di quanto stabilito dall'art. 980 c.c.), mentre deve reputarsi estinto in caso di raggiungimento della maggiore età (o di morte in età minore) dei figli. Ci troveremo così di fronte ad un richiamo ad una figura tipica per designare un istituto diverso, inteso essenzialmente a svolgere una funzione di garanzia dell'adempimento di un obbligo⁽⁵⁰⁰⁾.

L'opinione prevalente ravvisa, per converso, nella figura in esame gli estremi dell'usufrutto di cui al libro terzo del codice civile⁽⁵⁰¹⁾, pur sottolineando che all'istituto in commento, per le sue particolarità, non si applicano alcune norme. Tra queste si potranno menzionare: (a) l'art. 978 c.c. (costituzione), poiché l'usufrutto giudiziale nasce, per l'appunto, per decisione dell'autorità giudiziaria; (b) 979 c.c., poiché esso, come si dirà tra breve, cessa al venir meno dei bisogni della prole e comunque al raggiungimento della maggior età; (c) 980 c.c. (cessione), poiché la *ratio* e il vincolo ai bisogni della prole gravanti sull'usufrutto giudiziale lo rendono necessariamente incredibile⁽⁵⁰²⁾, come del resto stabilito dall'art. 326 c.c. per l'usufrutto legale spettante ai genitori sui beni dei figli: figura, questa, rispetto alla quale quella qui in esame sembra presentare alcuni tratti in comune, pur non identificandosi con essa⁽⁵⁰³⁾. Per tali motivi può forse ritenersi estensibile all'usufrutto giudiziale la dispensa dall'obbligo di prestare garanzia prevista per

⁽⁴⁹⁵⁾ Secondo MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376, «il provvedimento di costituzione dell'usufrutto mantiene una sua autonomia rispetto a quelli relativi alla separazione legale e al divorzio, in particolare all'assegnazione della casa familiare: essi non sono fungibili e possono, invece, essere complementari».

⁽⁴⁹⁶⁾ In questo senso v. invece GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 181 s, il quale osserva che «l'usufrutto coattivo non può essere cumulato con gli altri strumenti giuridici menzionati, essendo tutti predisposti allo stesso fine di garantire il soddisfacimento delle necessità della prole», e perciò, a seguito della sua costituzione «il giudice competente in tema di separazione, annullamento o divorzio dovrà, su istanza di parte, disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti a suo tempo adottati».

⁽⁴⁹⁷⁾ Nel senso criticato nel testo v. invece BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 641 s.

⁽⁴⁹⁸⁾ V. *supra*, § 17, in questa Parte III.

⁽⁴⁹⁹⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 201.

⁽⁵⁰⁰⁾ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 201.

⁽⁵⁰¹⁾ V. *ex multis* A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit., p. 94; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 537.

⁽⁵⁰²⁾ Così, DE MONTIS, *Divisione dei beni*, cit., p. 1000; MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 456. *Contra*, VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 283; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 537.

⁽⁵⁰³⁾ Ravvisa similitudini tra l'usufrutto giudiziale e l'usufrutto legale *ex art.* 324 ss. c.c. (pur in presenza di «notevoli differenze») anche F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 201; cfr. inoltre BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 411.

l'usufrutto legale dall'art. 1002, terzo comma, c.c. ⁽⁵⁰⁴⁾. L'inceditività del diritto ne comporta anche l'irrinunciabilità, senza un provvedimento del giudice ⁽⁵⁰⁵⁾.

Tra le norme che si reputano invece compatibili con le finalità proprie dell'istituto in esame sono quelle sull'usufrutto ordinario relative ai diritti e obblighi dell'usufruttuario, in particolare quella sul rispetto della destinazione economica del bene ⁽⁵⁰⁶⁾. Il riferimento al «classico» istituto dell'usufrutto deve poi anche indurre a ritenere applicabili le disposizioni sulla pubblicità immobiliare e mobiliare (art. 2643, n. 14 e 2684, n. 6 c.c.), al fine di consentire l'opponibilità di tale *jus in re aliena* ai terzi, aventi causa o creditori, che vantano diritti in base ad atti soggetti a trascrizione ⁽⁵⁰⁷⁾.

Quanto alla durata del rapporto, si deve ritenere che il raggiungimento della maggiore età del figlio (o dell'ultimo dei figli, in caso di presenza di una pluralità di questi) determini l'automatica estinzione del diritto ⁽⁵⁰⁸⁾. Quest'ultima affermazione è stata messa in dubbio da una parte della dottrina, la quale ha ricordato che il compimento del diciottesimo anno non comporta sempre il venire meno degli obblighi di mantenimento: condizione, questa, che dilaterrebbe la durata dell'usufrutto fino a quando i figli non siano in grado di mantenersi autonomamente ⁽⁵⁰⁹⁾. Peraltro, come si è già avuto modo di illustrare, l'istituto in esame non può trovare applicazione se non con riferimento alla prole minorenni, ciò che appare anche dimostrato dal fatto che il provvedimento costitutivo è riservato al tribunale per i minori ⁽⁵¹⁰⁾.

Ora, come rilevato dalla Corte di legittimità, «ove si ammettesse che il provvedimento di costituzione d'usufrutto giudiziale conservi efficacia oltre il compimento della maggiore età della prole, fondando la permanenza degli effetti sulla persistenza delle sue “necessità”, dovrebbe necessariamente ammettersi che giudice della eventuale, relativa controversia non potrebbe essere se non il tribunale per i minorenni, senza che, però, sussista, in tale ipotesi, alcuna connessione fra specializzazione del giudice (giustificativa dell'attribuzione di competenza) ed interessi coinvolti nel giudizio (di cui sono, ormai, portatori soggetti maggiorenni)» ⁽⁵¹¹⁾. La conclusione può del resto argomentarsi dal già illustrato accostamento all'usufrutto legale, il quale, come istituto relativo alla potestà genitoriale (art. 324, primo comma, c.c.: «I genitori esercenti la potestà hanno in comune l'usufrutto dei beni del figlio»), si estingue al compimento della maggiore età dei figli, ovvero al momento in cui i medesimi divengono, per matrimonio, emancipati (arti. 84 e 390 c.c.) ⁽⁵¹²⁾.

⁽⁵⁰⁴⁾ A favore dell'estensione della dispensa si esprime GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 182; *contra* BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 641, ad avviso del quale la disposizione dettata in tema di usufrutto legale dei genitori possiede carattere eccezionale.

⁽⁵⁰⁵⁾ Per analoghe conclusioni cfr. MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376; BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 412.

⁽⁵⁰⁶⁾ Cfr. VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 283.

⁽⁵⁰⁷⁾ Nello stesso senso v. anche A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1184; MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 374; DE FUSCO, *Comunione dei beni. Scioglimento. Usufrutto giudiziale*, cit., p. 260; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 456; GRASSELLI, *La divisione dei beni nella comunione legale tra i coniugi*, cit., p. 344; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 419; GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 536.

⁽⁵⁰⁸⁾ Concordi ATTARDI, *Aspetti processuali del nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 997; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., p. 1184; DE MONTIS, *Divisione dei beni della comunione*, cit., p. 1000; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, cit., p. 714; VENDITTI, *La comunione legale tra coniugi: lo scioglimento*, cit., p. 283 s.; GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 421. Nello stesso senso si esprime anche Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.

⁽⁵⁰⁹⁾ Così MASTROPAOLO e PITTEr, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 641 (il quale, tuttavia, esclude che l'usufrutto possa essere costituito direttamente nell'interesse del maggiorenne). Del medesimo avviso è anche PALAZZOLO, *La tutela del coniuge putativo inter vivos e mortis causa*, loc. ult. cit., secondo il quale, poiché nell'usufrutto previsto dall'art. 194 cpv. c.c. la cessazione rimarrebbe incerta fino a quando i figli non abbiano raggiunto la piena autosufficienza patrimoniale e quindi anche oltre la maggiore età, la presenza dei figli avrebbe «il potere di attenuare gli effetti della nullità sulla comunione legale, stante che la casa coniugale, qualunque sia la provenienza dell'acquisto, sarà assegnata al coniuge putativo in buona fede unitamente all'affido dei minori, e ciò in conseguenza della malafede del coniuge che ha dato corso alla nullità matrimoniale, da cui derivano le assegnazioni mantenitorie in ogni forma, sia per l'effetto risarcitorio previsto dall'art. 129 *bis*, in esclusivo favore del coniuge affidato, che per il mantenimento successivo ai tre anni necessari a configurare l'aspetto risarcitorio anzidetto del coniuge con i figli conviventi».

⁽⁵¹⁰⁾ In questo senso v. anche GENNARI, *Lo scioglimento della comunione*, cit., p. 421.

⁽⁵¹¹⁾ Cass., 9 aprile 1994, n. 3350, cit.

⁽⁵¹²⁾ Ritiene invece inutilizzabile tale argomento BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 412.

Oltre che dal decesso del minore (o di tutti i minori) in considerazione del quale (o dei quali) il diritto era stato creato ⁽⁵¹³⁾, l'usufrutto si estingue poi anche, ai sensi dell'art. 979 c.c., per effetto della morte del coniuge usufruttuario, tanto più che, a questo punto, a favore della prole minorenni si aprirà la successione sulla massa comprendente anche i beni su cui il diritto *in re aliena* era stato costituito ⁽⁵¹⁴⁾.

Ulteriore possibile causa di estinzione del diritto è costituita dal venir meno, in qualsiasi tempo, prima del raggiungimento della maggiore età, delle necessità del figlio ⁽⁵¹⁵⁾; ad esempio, perché questi ha ricevuto una donazione, o perché comunque ne sono diminuiti i bisogni (ad esempio il figlio è guarito da una malattia che richiedeva cure e spese estremamente gravose), o ancora perché sono mutate *in pejus* le condizioni economiche del coniuge gravato dall'usufrutto, nel qual caso, dovrebbe potersi procedere alla revisione delle disposizioni date nel provvedimento costitutivo del diritto ⁽⁵¹⁶⁾.

In siffatte ipotesi la cessazione non è automatica, ma forma oggetto di una pronuncia di revoca da parte del giudice, su ricorso di uno dei coniugi ⁽⁵¹⁷⁾. La conclusione pare oggi avvalorata dal raffronto con le disposizioni di cui all'art. 155-*quater* c.c. che, come noto, pur disciplinando ipotesi di cessazione del (diverso) diritto al godimento della casa familiare ⁽⁵¹⁸⁾, prevede l'emanazione di un provvedimento di revoca di siffatta assegnazione.

Revoca che potrebbe anche essere parziale, e dunque assumere la forma di un provvedimento riduttivo dei beni su cui l'usufrutto è costituito. In relazione a questo caso va vista l'ipotesi delle possibili eccedenze reddituali, vale a dire della destinazione di quanto rimanga, soddisfatte le esigenze della prole, del reddito percepito in conseguenza del godimento, concesso ad altri, del bene oggetto di usufrutto ⁽⁵¹⁹⁾. Verosimilmente, nella maggior parte dei casi, il problema di un'eccedenza reddituale non si porrà; ma non è del tutto remota l'eventualità che il bene sul quale è costituito l'usufrutto inizialmente dia un reddito bastevole alle necessità della prole, e, successivamente, un reddito superiore – ad esempio, per le variate condizioni di mercato – tale da determinare un'eccedenza. Ancora una volta, deve potersi riconoscere, che, anche a questo riguardo, permane, in capo al genitore-nudo proprietario, la legittimazione a chiedere la revisione della misura costitutiva dell'usufrutto ⁽⁵²⁰⁾.

Atteso il carattere di sentenza da riconoscersi al provvedimento di costituzione dell'usufrutto, a prescindere dalla relativa forma ⁽⁵²¹⁾, appare consigliabile seguire, per la revoca del medesimo, non già la procedura descritta dall'art. 742 c.p.c., ma quella contenziosa ordinaria, destinata a sfociare in una sentenza dichiarativa, che accerti, in caso di cessazione automatica (si pensi alla morte del minore o al raggiungimento della maggiore età), l'intervenuto venir meno delle ragioni che sorreggevano la misura, ovvero in una pronuncia costitutiva, nel caso l'estinzione o la riduzione dell'usufrutto presupponga una valutazione di

⁽⁵¹³⁾ Rileva sul punto BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 412, che «nel caso siano più i figli in relazione alle esigenze dei quali è stato costituito l'usufrutto, esso si estingue con il compimento della maggiore età dell'ultimo nato», come appare in qualche modo deducibile dall'art. 171 cpv. c.c., in tema di fondo patrimoniale. «Non si può trascurare di considerare – prosegue l'Autore – che, se l'usufrutto può essere stato valutato adeguato a fronte di più figli minori affidati, può divenire sproporzionato mano a mano che gli stessi raggiungano la maggiore età, rimanendo in vita rispetto alle esigenze di un minor numero di soggetti. Problema, che, intuitivamente, si scioglie, ove si ammetta che il provvedimento di costituzione del diritto può essere volta a volta oggetto di revisione da parte del giudice».

⁽⁵¹⁴⁾ Sulla possibilità (da escludersi) che il diritto sia costituibile in caso di scioglimento per morte di uno dei coniugi v. *supra*, § 16, in questa Parte III.

⁽⁵¹⁵⁾ Cfr. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 182; MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376; BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 412.

⁽⁵¹⁶⁾ Così BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p., 412; BARBIERA, *La comunione legale*, 1996, cit., p. 641. Rileva PLAIA, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Digesto discip. priv.*, Sez. civile, XIX, Torino, 1999, p. 583, che se l'usufrutto diviene «sproporzionato, via via che i figli raggiungono la maggiore età (...) il provvedimento costitutivo andrebbe, in tale eventualità, rivisto da parte del giudice». In tale prospettiva si colloca la sentenza di quel giudice di merito che ha escluso la possibilità di costituire l'usufrutto giudiziale sulla quota di immobile in comunione spettante all'altro coniuge, genitore non affidatario, al solo scopo di consentire alla minore di usufruire di quell'immobile per la villeggiatura: cfr. App. Napoli, 27 febbraio 2003, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 288; la decisione è anche citata da CENCIOTTI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in AA. VV., *Proprietà e diritti reali*, a cura di Pacilio, Milano, 2008, p. 277.

⁽⁵¹⁷⁾ Cfr. MASTROPAOLO e PITTER, *Commento agli artt. 191-197*, cit., p. 376; PALADINI, *Lo scioglimento della comunione legale e la divisione dei beni*, cit., p. 456.

⁽⁵¹⁸⁾ Su cui v. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308.

⁽⁵¹⁹⁾ Problema, come è noto, che viene in parte risolto, dall'art. 328 c.c., con riguardo all'usufrutto legale: cfr. PELOSI, voce *Usufrutto legale dei genitori*, cit., p. 1049; BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 413.

⁽⁵²⁰⁾ Così BONILINI, *L'usufrutto giudiziale del genitore affidatario*, cit., p. 413.

⁽⁵²¹⁾ V. *supra*, § 18.1, in questa Parte III.

merito sulla persistenza dei presupposti medesimi non legata a fenomeni determinanti l'estinzione *ipso iure* del diritto (si pensi ad un mutamento nelle condizioni patrimoniali delle parti o del figlio stesso).

PARTE IV

GLI ACCORDI PATRIMONIALI TRA CONIUGI IN SEDE DI SEPARAZIONE O DIVORZIO TRA CONTRATTO E GIURISDIZIONE: IL CASO DELLE INTESE TRASLATIVE

SOMMARIO: SEZIONE I – DIRITTO DI FAMIGLIA, CRISI CONIUGALE E AUTONOMIA PRIVATA – 1. Introduzione. Contratto e famiglia. – 2. Il superamento della «concezione istituzionale» della famiglia e la teoria del negozio giuridico familiare. – 3. Tutela dell'individuo e principio dell'accordo nella Costituzione e nella legislazione ordinaria. – 4. Tutela dell'individuo e principio dell'accordo nella riforma del 1975. – 5. La più recente evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della negoziabilità tra coniugi in crisi. – SEZIONE II – I TRASFERIMENTI PATRIMONIALI TRA I CONIUGI – 6. Ammissibilità di contratti della crisi coniugale relativi al trasferimento di diritti in sede di separazione e divorzio. L'esclusione della causa liberale. – 7. Causa, cause e motivi dei trasferimenti attuati nel contesto di un contratto della crisi coniugale. – 8. Tipologia dei negozi in oggetto. – 9. Soggetti e oggetto dei trasferimenti. Rinvio. – 10. Profili formali e pubblicitari. – 11. Gli accordi di carattere obbligatorio. Generalità. La natura dell'impegno a trasferire. – 12. *Segue*. La natura dell'atto di trasferimento. – 13. Gli effetti del trasferimento. Sulla possibilità di sottoporre l'accordo traslativo alla condizione sospensiva dell'omologazione, ad altra condizione, o a termine, o comunque di determinare liberamente il momento di decorrenza degli effetti del trasferimento. – 13.1. Generalità. «Condizioni» ed «effetti» della separazione. – 13.2. Il collegamento tra atti traslativi (o comunque dispositivi) tra coniugi in crisi e omologazione della separazione consensuale, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità. – 13.3. La necessaria distinzione tra effetti (della separazione) destinati a perdurare nel tempo ed effetti destinati a prodursi in modo istantaneo. Argomenti ricavabili dalla considerazione del rilievo della separazione di fatto. Possibilità per i coniugi di far decorrere gli effetti degli atti traslativi da un momento diverso da quello dell'omologazione. – 14. Gli effetti del trasferimento in relazione all'azione revocatoria ordinaria ed alla revocatoria fallimentare. SEZIONE III – I TRASFERIMENTI PATRIMONIALI IN FAVORE DELLA PROLE – 15. I trasferimenti in favore della prole. Il problema dell'ammissibilità dell'erogazione del mantenimento della prole mediante prestazione *una tantum*. – 16. Le posizioni della giurisprudenza di merito sul tema dei trasferimenti in favore della prole. – 17. Le posizioni della giurisprudenza di legittimità sul tema dei trasferimenti in favore della prole e la natura contrattuale delle obbligazioni in discorso. – 18. I trasferimenti in favore della prole come contratti a favore di terzi. – 19. Questioni in tema di rappresentanza legale del minore. – 20. I trasferimenti in favore della prole e i rapporti con la donazione. – 21. I trasferimenti in favore della prole naturale nell'ambito della crisi della famiglia di fatto. – 22. Profili fiscali dei trasferimenti in favore della prole (legittima e naturale).

SEZIONE I

DIRITTO DI FAMIGLIA, CRISI CONIUGALE E AUTONOMIA PRIVATA

1. Introduzione. Contratto e famiglia.

Contratto e famiglia: un accostamento che può ancora apparire ardito, per lo meno per chi ancora si collochi nell'ottica «tradizionale» che, sulla base di perduranti echi della concezione istituzionale della famiglia, enfatizza in questa materia gli aspetti d'ordine pubblico, le regole inderogabili e la tutela del soggetto «debole»; profili, questi, che non solo affiorano con andamento ciclico nella dottrina⁽⁵²²⁾, ma che sembrano ricevere conforto da alcuni (peraltro sempre più ristretti) filoni nella giurisprudenza di legittimità, nonché da un certo numero di dati desumibili dalla stessa legislazione in materia di famiglia. Potranno citarsi a titolo d'esempio, per quanto attiene ai primi, le persistenti «chiusure» della Cassazione in materia di disponibilità del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio, alimentate del resto – e qui veniamo alla normativa – da alcuni dati desumibili dalle modifiche introdotte alla legislazione in materia di crisi coniugale dalla l. 74/1987, quali l'esaltazione del carattere assistenziale dell'assegno *ex art. 5 l.div.*, o l'espresso riconoscimento della figura del «coniuge debole» nel successivo art. 6, comma sesto (così come sostituito dall'art. 11, l. 74/1987): disposizione, quest'ultima, che peraltro deve ritenersi implicitamente abrogata dal rinvio agli artt. 155 ss. c.c. (e *in parte qua* all'art. 155-*quater* c.c.) disposto dall'art. 4, l. 8 febbraio 2006, n. 54 («Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli»). Modifiche, queste, che, come si è detto in altra sede⁽⁵²³⁾, hanno sicuramente giocato un ruolo determinante in quel processo involutivo che ha portato buona parte della dottrina, unitamente alla giurisprudenza di legittimità, ad immolare sull'altare della «solidarietà postconiugale» le aperture maturate in precedenza sul tema della disponibilità dell'assegno divorzile.

Il tema è stato affrontato in altri lavori⁽⁵²⁴⁾. Qui, avuto particolare riferimento al tema dei trasferimenti patrimoniali in sede di crisi familiare, potrà solo porsi in luce, rimanendo su di un piano generale e terminologico, la propensione dello stesso codice ad evitare il più possibile l'uso della parola «contratto» in materia di rapporti tra coniugi. Questo termine, invero, compare nel solo art. 162, comma quarto, nonché nell'art. 166, all'interno della locuzione «contratto di matrimonio», al punto da fornire l'impressione che l'impiego dell'espressione in discorso sia quasi il frutto di una «svista» del legislatore. Così non è, di certo; e le pagine che seguono vogliono fornire una smentita di una simile, quanto mai affrettata, conclusione: in questa introduzione potrà ricordarsi, per l'intanto, che in svariati ordinamenti vicini al nostro non si ha difficoltà a definire alla stregua di un contratto lo stesso istituto matrimoniale. Così l'art. 1055 del codice di diritto canonico parla di *matrimonialis contractus*, mentre la dottrina francese, se sembra convergere sulla nozione di *acte juridique*, si divide poi tra la tesi «contrattualistica» e quella «istituzionale»⁽⁵²⁵⁾, laddove in Italia è solo l'elemento della patrimonialità, introdotto dall'art. 1321 c.c., ad impedire di ricondurre il matrimonio all'archetipo contrattuale. Non è certo questa la sede per trattare della questione – dal sapore forse più storico che attuale⁽⁵²⁶⁾ – della natura del matrimonio⁽⁵²⁷⁾, ma non potrà

⁽⁵²²⁾ Per i richiami e le relative critiche si rinvia ad OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 129 ss. Per successive prese di posizione in senso contrario (o comunque cariche di perplessità) rispetto alla piena esplicazione dell'autonomia contrattuale dei coniugi cfr. ad es. 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.; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 43 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, Artt. 159-166-bis*, in *Il codice civile*, commentario diretto da Schlesinger, Milano, 2004, p. 31 s., 95 ss., 288 ss., 324 ss.; ID., *Gli «effetti inderogabili del matrimonio» (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 569 ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, p. 1 ss., 14 ss. (per ragguagli sulle posizioni di tali Autori e per le relative, ulteriori, critiche cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA. Vv., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 127 ss., 147 ss., 242 ss.).

⁽⁵²³⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 242 ss.

⁽⁵²⁴⁾ Per una disamina dell'argomento della disponibilità del diritto al contributo per il mantenimento del coniuge separato e all'assegno di divorzio cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 388 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, p. 3 ss.

⁽⁵²⁵⁾ Sul punto cfr. per tutti H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, 2, Paris, 1967, p. 49 s.; HAUSER e HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, Paris, 1993, p. 13 s.; BENABENT, *Droit civil, La famille*, Paris, 1994, p. 53; GAUDEMET, *Le mariage, un contrat ?*, in *Rev. sc. mor. et pol.*, 1995, p. 161 ss.

⁽⁵²⁶⁾ Rilevava già il VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, Torino, 1933, p. 557: «Si discute tra gli scrittori se il matrimonio sia un contratto. Non pare che la questione sia seria: se si ha riguardo al concetto del contratto qual è presupposto e disciplinato nel codice, solo la concezione più materialista del matrimonio può indurre a considerarlo alla stessa stregua di una compra-vendita o di una locazione; se invece si ha riguardo a un concetto più vasto del contratto, comprendente qualsiasi atto formato col consenso di due persone, allora può anche dirsi che il matrimonio sia un

farsi a meno di constatare come comunque, anche da noi, pure in presenza del dato positivo testé posto in luce, la concezione «istituzionale» del matrimonio abbia ceduto ormai il passo a quella negoziale⁽⁵²⁸⁾.

Sempre restando sul piano terminologico, andrà notato che il codice sembra manifestare una preferenza, anche in materia di rapporti patrimoniali, per termini quali «convenzione» o «patto»⁽⁵²⁹⁾. Ora, non vi è dubbio che molte delle perplessità di cui si è dato conto siano state generate dalla terminologia impiegata dal Legislatore, anche in considerazione di un diffuso (e autorevolmente avallato) luogo comune, secondo cui il concetto di «convenzione», nel nostro ordinamento, s'attaglierebbe a quei soli istituti negoziali che, «avendo ad oggetto rapporti non patrimoniali, devono espungersi dalla cerchia del contratto»⁽⁵³⁰⁾. In realtà, una semplice ricerca compiuta a mezzo di strumenti informatici – si pensi ad un'analisi per parole testuali sul testo del codice civile su di una banca dati legislativa *off line* (su *CD-ROM* o *DVD*), ovvero all'interno di un sito *Internet* che consenta tale tipo di interrogazione⁽⁵³¹⁾ – permette di scoprire che il testo del codice contiene il termine «convenzione» (sia al singolare che al plurale) in ben quarantanove distinti articoli, sparsi un po' in tutti i sei libri, ma sempre e soltanto nell'accezione di «accordo su questioni di carattere patrimoniale»⁽⁵³²⁾. A puntuale conferma di quanto sopra giungono le conclusioni in tema di natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, su cui si è detto in altri lavori⁽⁵³³⁾, nonché il dato storico, a mente del quale, tradizionalmente, «*conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt*»⁽⁵³⁴⁾. Elemento, questo, rafforzato dalla considerazione, pure sviluppata altrove, secondo cui, storicamente, il principio della più ampia libertà contrattuale venne sempre rispettato in tema di convenzioni matrimoniali⁽⁵³⁵⁾.

Con un salto, poi, di diversi secoli, troviamo – ad ulteriore conferma delle conclusioni di cui sopra, circa l'assoluta compatibilità tra i concetti di contratto e di famiglia – il dato normativo proveniente dal recepimento della normativa comunitaria in tema di commercio elettronico, laddove l'art. 11 d.lgs. 70/2003, stabilisce l'inapplicabilità della relativa regolamentazione ai «contratti disciplinati dal diritto di famiglia». Può ben dirsi, dunque, che ora è lo stesso legislatore ad ammettere che la normativa tradizionalmente

contratto. Ma, intesa in tal senso, l'affermazione che il matrimonio è un contratto ha scarsa, se non nulla, importanza giuridica». Cfr. anche BENABENT, *Droit civil, La famille*, cit., p. 53, secondo cui «Le mariage apparaît ainsi comme un accord de volontés en vue d'adhérer à un modèle légal. Un débat s'est alors instauré sur sa nature juridique, contrat ou institution : un peu vain, ce débat est resté en suspens, bien que la récente admission du divorce par consentement mutuel ait rapproché le mariage du contrat. En réalité, tout comme le mariage catholique est indivisiblement contrat et sacrement, le mariage civil participe à la fois du contrat et de l'institution».

⁽⁵²⁷⁾ Sul punto cfr. per tutti JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1950, p. 35 ss.; GANGI, *Il matrimonio*, Torino, 1969, p. 27 ss. Per un richiamo ai precedenti storici del dibattito in Francia e in Germania cfr. OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996, p. 185 ss.

⁽⁵²⁸⁾ Per tutti si veda FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, p. 175 ss.; EAD., *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, I, Milano, 2002, p. 161 ss.

⁽⁵²⁹⁾ V. sul punto RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 7.

⁽⁵³⁰⁾ Cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 30; ID., *Convenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 510 ss.; v. inoltre CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 490; PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Revisione e aggiornamento di Falzea, Milano, 1996, p. 138 s.; tutti questi Autori avvertono peraltro che l'impiego del termine «convenzione» in relazione alle convenzioni matrimoniali andrebbe inteso in senso «improprio» o «non tecnico». Nel senso che il termine «convenzione» acquista all'interno della materia del diritto di famiglia una precisa accentuazione di ordine patrimoniale e si contrappone a quello di «accordo», privilegiato dalla legge in tutti i casi in cui i riflessi d'indole patrimoniale (ad es. a seguito della fissazione dell'indirizzo della vita familiare) non sono apparsi al Legislatore suscettibili di tradursi in essenziale connotazione dell'accordo cfr. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, cit., p. 7; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 285 ss.

⁽⁵³¹⁾ Cfr. per esempio il sito *web* seguente:

<http://www.infoleges.it/service1/scheda.aspx?id=32807&service=1&ordinal=&fulltext=&sommario=true>

⁽⁵³²⁾ Più esattamente si tratta degli artt. 90, 159, 162, 163, 164, 165, 166-bis, 193, 210, 211, 388, 458, 534, 792, 886, 1049, 1123, 1138, 1182, 1273, 1283, 1469-ter, 1522, 1658, 1740, 1774, 1826, 1838, 1865, 2102, 2143, 2146, 2147, 2151, 2152, 2153, 2163, 2164, 2172, 2178, 2184, 2187, 2240, 2352, 2647, 2655, 2745, 2820, 2873 c.c.

⁽⁵³³⁾ Cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.

⁽⁵³⁴⁾ Cfr. D., 2. 14. 1. Secondo BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam ff. Veteris partem*, Venetiis, 1580, f. 79, «*Nomen conventionis inest in quolibet specie pacti et in quolibet individuo sui*».

⁽⁵³⁵⁾ Cfr. OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.

qualificata come giusfamiliare può contenere norme che disciplinano contratti ⁽⁵³⁶⁾. Le considerazioni sin qui svolte mostrano il carattere prettamente linguistico della diatriba, laddove ciò che assume rilievo in questo capitolo è semmai il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia ⁽⁵³⁷⁾, nonché l'evoluzione che, a livello concettuale e degli istituti, ha portato all'irruzione della negozialità in tutti i campi riferibili ai rapporti patrimoniali all'interno del nucleo familiare ⁽⁵³⁸⁾.

Per negozialità si intende ⁽⁵³⁹⁾ la «possibilità per determinati soggetti di concludere tra di loro negozi giuridici» e segnatamente, per quanto attiene ai coniugi, di disciplinare a mezzo di negozi determinati aspetti (personali e/o patrimoniali) della vita coniugale. Il termine, non ignoto ai principali dizionari della lingua italiana – per lo meno nelle due accezioni di «natura di negozio giuridico (di determinati atti)» e di «possibilità di condurre trattative (politiche, sindacali, ecc.) con buone probabilità di successo» ⁽⁵⁴⁰⁾ – può ormai vantare, anche nell'accezione qui indicata, illustri precedenti, se è vero che già diversi anni fa la nostra Corte Suprema ⁽⁵⁴¹⁾ constatava che «in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia» ⁽⁵⁴²⁾. Il concetto viene dunque sostanzialmente a coincidere con quello di «autonomia (o libertà) privata», intesa appunto come indicativa del potere, attribuito all'ordinamento ai soggetti «di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati» ⁽⁵⁴³⁾. D'altro canto, nel campo patrimoniale, la negozialità viene a collimare con quella «autonomia (o libertà) contrattuale», cui fa riferimento la rubrica dell'art. 1322 c.c. ⁽⁵⁴⁴⁾. Il termine «negozialità», peraltro – forse perché non ancora logorato dall'uso – sembra più indicato degli altri, appena citati, ad esprimere l'irrompere del principio generale dell'autonomia privata nello specifico settore dei rapporti tra i coniugi.

Ma ora è giunto veramente il momento di lasciare da parte le notazioni di tipo più stilistico che concettuale, osservando ancora una volta come in favore di un'opera ricostruttiva della normativa vigente diretta ad esaltare i momenti di negozialità tra coniugi in crisi parlino considerazioni di tipo normativo, certo, ma anche storico, sociologico, comparatistico e sistematico. Ad esse si è fatto dettagliato riferimento in

⁽⁵³⁶⁾ Il richiamo legislativo, ad avviso dello scrivente, deve intendersi effettuato tanto alle convenzioni matrimoniali, quanto ai contratti della crisi coniugale che, come si vedrà anche oltre (cfr. *infra*, § 7), rinvencono il loro fondamento causale in specifiche disposizioni giusfamiliari.

⁽⁵³⁷⁾ Su cui cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 60 s.

⁽⁵³⁸⁾ Nel senso che, a fronte di accordi stipulati in occasione della crisi familiare, della separazione, del divorzio, il termine contratto possa ritenersi «congruo e conveniente, per situazioni in cui si regolano rapporti di carattere patrimoniale, per modificarli o estinguerli o costituirli» cfr. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 112.

⁽⁵³⁹⁾ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 38 s.

⁽⁵⁴⁰⁾ Cfr. per es. DEVOTO e OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Edizione per CD-ROM, Firenze, 1992.

⁽⁵⁴¹⁾ Cass., 4 febbraio 1993, n. 2270; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657. Successivamente v. anche Cass. 20 novembre 2003, n. 7607, che espressamente richiama i due precedenti; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, p. 150, con nota di OBERTO. Per le citazioni degli estremi di pubblicazione e altri richiami cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 236 ss.

⁽⁵⁴²⁾ Il riferimento è a ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 3, Torino, 1982, p. 125 s., da cui l'estensore della motivazione delle due sentenze citate ha tratto la frase testé riportata; v. inoltre, per un impiego del termine «negozialità» nel senso qui indicato, ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, Padova, 1983, p. 382; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 491; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, ad vocem, p. 28; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 3, Torino, 1996, p. 135, 137, 138, nota 12; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 38 s.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 434.

⁽⁵⁴³⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1950, p. 38 ss., 41; sull'autonomia privata v. inoltre, tra i tanti, Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 14 ss.; PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, p. 267 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, p. 27 ss.; CARRESI, *Il contratto*, I, 1987, p. 97 ss., 321 ss.; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1987, p. 517 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 43 ss.; BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 487 ss.; sul carattere non «proprio» degli interessi qui in gioco cfr. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, Milano, 1997, p. 7 e la relativa critica in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 129 ss.

⁽⁵⁴⁴⁾ Per l'equivalenza tra le espressioni «autonomia privata» e «autonomia contrattuale» v. già la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice [n. 603], che parla di «autonomia privata» proprio con riferimento all'art. 1322; per una distinzione, dal sapore però meramente terminologico, tra «libertà» e «autonomia» contrattuale v. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 98.

un'apposita opera, consacrata a quelli che lo scrivente ha definito i «contratti della crisi coniugale»⁽⁵⁴⁵⁾: qui ci si limiterà ad una sintesi dei soli dati più significativi.

2. Il superamento della «concezione istituzionale» della famiglia e la teoria del negozio giuridico familiare.

Lo sviluppo della negoziabilità nell'ambito della famiglia ha inizio – per lo meno nei tempi a noi più recenti⁽⁵⁴⁶⁾ – con il tramonto della «concezione istituzionale», autorevolmente propugnata in Italia dal Cicu agli inizi del secolo scorso⁽⁵⁴⁷⁾; idea, questa, quanto mai remota da quella della libertà contrattuale, dal momento che vedeva l'istituzione familiare come organizzata gerarchicamente e sottoposta al potere del capo, ciò che appare incompatibile con la figura del contratto, che, per definizione, presuppone la presenza di soggetti posti su di un piano di parità.

Il passaggio dalla «concezione istituzionale» a quella «costituzionale» della famiglia⁽⁵⁴⁸⁾, operatosi dopo la caduta del regime fascista, vede quale significativa tappa un importante articolo di Francesco Santoro-Passarelli, pubblicato per la prima volta nel 1945, dal titolo *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*⁽⁵⁴⁹⁾. In tale contributo l'insigne civilista, oltre a ricondurre alla categoria generale del negozio giuridico singoli istituti familiari, contraddistinti dalla presenza di manifestazioni di volontà, teorizzava la configurabilità di un istituto di carattere unitario, il negozio giuridico familiare, come vero e proprio atto di autonomia privata, ancorché caratterizzato da un livello di libertà ridotto rispetto a quello usualmente presente in materia contrattuale⁽⁵⁵⁰⁾.

E' sicuro che, nella formulazione proposta da Santoro-Passarelli, il negozio giuridico familiare risentiva ancora fortemente degli influssi della dottrina dallo stesso Autore contrastata, al punto che in essa vi si trova ancora il richiamo alla «funzione d'interesse superiore che debbono genericamente adempiere i vari negozi del diritto di famiglia»; né la constatazione deve stupire più di tanto, se si considera che stiamo qui parlando del medesimo giurista secondo cui «la famiglia, come qualunque altro organismo, e più di ogni altro, per la sua particolare struttura, non vive senza un capo»⁽⁵⁵¹⁾. Sta però di fatto che, al di là di questo tributo pagato all'autorevolezza della dottrina del Cicu, nella tesi testé esposta erano presenti *in nuce* tutte le premesse per un pieno sviluppo della autonomia privata anche nel campo familiare (ed in quello matrimoniale in particolare), come verrà tra breve detto.

⁽⁵⁴⁵⁾ Per una esposizione dei dati di tipo sociologico sulla negoziabilità relativa al fenomeno della crisi coniugale cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 38 ss.

⁽⁵⁴⁶⁾ Per riferimenti storici alla negoziabilità tra coniugi in crisi nel diritto romano e intermedio cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 66 ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, Nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 ss.

⁽⁵⁴⁷⁾ Su tale concezione v., anche per gli ulteriori rinvii, SESTA, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Lettura di Michele Sesta, *Momenti del pensiero giuridico moderno. Testi scelti a cura di Pietro Rescigno. Redattore Enrico Marmocchi*, Sala Bolognese, 1978, p. 1 ss., 47 ss.; cfr. inoltre, per ulteriori richiami alle opere del Cicu e agli Autori intervenuti nel dibattito sulla «concezione istituzionale» della famiglia, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 103 ss.

⁽⁵⁴⁸⁾ Sul tema cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 116 ss. Ora v. anche BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 437 ss.

⁽⁵⁴⁹⁾ SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss. (già in *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss.). Per un'illustrazione del pensiero di tale Autore cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 113 ss.; per una successiva riscoperta dello scritto di Santoro-Passarelli cfr. anche ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 213 ss.

⁽⁵⁵⁰⁾ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 381 ss. Tenta invece di sminuire l'importanza e l'innovatività del contributo di Santoro-Passarelli E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 31 s., il quale asserisce che la proposta applicazione ai negozi giuridici familiari delle disposizioni codicistiche di cui alla parte generale del contratto non implicherebbe un superamento delle posizioni di Cicu, ma si limiterebbe ad indicare l'«adozione di una nozione più ampia di negozio giuridico». Peraltro, per confutare tali osservazioni, sarà sufficiente pensare al carattere sicuramente rivoluzionario della (da Santoro-Passarelli) proposta tendenziale applicazione al negozio giuridico familiare della disciplina generale del contratto. E tanto basta per segnare un decisivo «salto di qualità», una netta rottura rispetto al passato, che avrebbe generato negli anni a seguire una sterminata messe di frutti nel campo della negoziabilità tra coniugi, come dimostrato nel testo.

⁽⁵⁵¹⁾ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, cit., p. 400 (lo scritto in questione venne per la prima volta pubblicato in *Iustitia*, 1953, p. 377 ss.).

Il superamento della «concezione istituzionale» della famiglia e l'affermazione della teoria del negozio giuridico familiare sono dovute del resto anche ai mutamenti che la stessa nozione di negozio giuridico in generale ha conosciuto.

Non è certo questa la sede per prendere posizione sulla configurabilità in generale della categoria del negozio giuridico, né tanto meno sulla questione dell'idoneità della medesima ad assicurare ai privati una vera sfera di autonomia. Basti solo citare al riguardo l'autorevole ammonimento di Kelsen, secondo il quale non esisterebbe nel diritto privato «una completa autonomia», atteso che è pur sempre il diritto oggettivo a stabilire che il contratto «produce diritto, così che la determinazione giuridica proviene in ultimo termine da questo diritto oggettivo, non già dai soggetti giuridici che vi sono sottoposti»⁽⁵⁵²⁾.

Del resto la sopravvivenza della figura del negozio giuridico a constatazioni, pur corrosive, quali quella sopra ricordata di Kelsen, si spiega alla luce della capacità di adattamento della stessa alle idee dei tempi moderni. Come esattamente osservato⁽⁵⁵³⁾, «nella nostra cultura l'idea della disponibilità degli effetti e della loro commisurazione al contenuto della volontà è andata perdendo progressivamente di importanza, essendo ormai adusi, nel più profondo livello culturale, alla eterointegrazione, ad opera della legge, degli effetti previsti dalle parti, o alla non disponibilità degli stessi effetti. L'elemento costituito dalla (totale) disponibilità degli effetti può essere considerato inadatto per la costruzione del concetto di negozio, perché troppe sono ormai le deroghe che nell'ordinamento un tale elemento subisce; ed inoltre sempre più numerosi sono gli effetti (non voluti, o comunque non presenti nella rappresentazione delle parti) con i quali l'ordinamento integra il rapporto»⁽⁵⁵⁴⁾.

Quanto detto vale poi, in particolare, per il negozio giuridico familiare, figura che, ritagliata sotto il vigore del c.c. 1865 su alcuni (pochi) negozi evidentemente caratterizzati dall'assenza della patrimonialità: matrimonio, adozione, legittimazione, emancipazione⁽⁵⁵⁵⁾, ha finito con l'assumere una valenza ben più ampia.

Bisogna tenere presente, al riguardo, che la codificazione del 1942 era venuta a fondare la distinzione tra il contratto e gli altri negozi giuridici bilaterali proprio sul carattere patrimoniale dei primi.

⁽⁵⁵²⁾ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Traduzione di Treves, s.l., 1956, p. 57. Si deve però registrare al riguardo la persistenza di una larga convergenza dottrinale e giurisprudenziale sull'ammissibilità di tale figura: cfr. – tra i contributi comparsi, o ricomparsi, più di recente – oltre agli Autori che verranno citati in questo §, G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 74 ss., duramente critico nei confronti della «moda» che «alla fine degli anni '70» negava con «spensierata sicurezza» la valenza ricostruttiva della categoria concettuale del negozio giuridico; PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, cit., p. 55 ss. Per una sintesi in chiave critica delle varie posizioni cfr. GALGANO, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 1 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 8 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 27 ss.; per un'eco della disputa tra le varie concezioni in materia, con i suoi risvolti sulle voci in tema di negozio giuridico dell'*Enciclopedia del diritto*, v. anche LIPARI, *Presentazione del volume di Giuseppe Mirabelli «L'atto non negoziale nel diritto privato italiano»*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 595 s.; per ulteriori richiami v. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 23 s.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra ordinamento e autonomia*, in AA. VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Bari, 2001, p. 25 ss.

⁽⁵⁵³⁾ E. RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 1084.

⁽⁵⁵⁴⁾ Si noti poi ancora che la figura in esame – e sia consentito qui ribadirlo (cfr. OBERTO, *Le cause in materia di obbligazioni*, Milano, 1994, p. 215) – è stata presa espressamente in considerazione anche dal nostro Legislatore. Non ci si intende qui riferire, ovviamente, al richiamo di cui all'art. 1324 c.c., richiamo implicito, e per questo contestato, sebbene inequivocabile (cfr. per esempio la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice, n. 602). Si vuole invece ricordare l'esplicita menzione del negozio giuridico contenuta nell'art. 17, l. 52/1985, ai sensi del quale «ciascuna nota [di trascrizione, iscrizione o annotazione] non può riguardare più di un negozio giuridico o convenzione oggetto dell'atto di cui si chiede la trascrizione, l'iscrizione o l'annotazione». A ciò s'aggiungano, come pure rilevato in dottrina (v. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 24, nota 88), gli artt. 1, comma quinto e 12, comma primo, d.l. 8/1991 (convertito con modifiche nella l. 82/1991, *Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione*) e l'art. 7, comma primo, l. 310/1993 (*Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali*), ove si discorre, rispettivamente, di «negozi giuridici» e di «atto negoziale». Certo, nulla di paragonabile a quel *Dritter Abschnitt* che il primo libro del *BGB* consacra integralmente ai *Rechtsgeschäfte*. Ma allorquando il Legislatore cita per nome e cognome una figura su cui tanto inchiostro s'è versato, attribuendovi, per giunta, determinati effetti, sembra a chi scrive che di riconoscimento a livello legislativo dell'istituto non possa più farsi a meno di parlare.

⁽⁵⁵⁵⁾ Cfr. per es. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività e teoria generale delle persone, cose e atti giuridici*, Padova, 1937, p. 403; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1946, p. 270; DE RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1965, p. 100; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 181 s.

Quest'operazione si collocava nel solco di un'antica tradizione, che ravvisava «nel contratto la fonte tipica e principale delle obbligazioni o, secondo una più evoluta qualificazione, dei rapporti (effetti) giuridici che si definiscono patrimoniali»⁽⁵⁵⁶⁾. Peraltro, è anche vero che l'innovazione introdotta dal 1942 poteva essere vista pure come un «mero espediente per lasciar fuori della categoria contrattuale i grandi negozi o procedimenti bilaterali che operano nel campo della famiglia»⁽⁵⁵⁷⁾. Sebbene queste premesse potessero indurre a ritenere il futuro del negozio familiare come inesorabilmente tracciato su di un percorso alternativo rispetto a quello contrattuale, le successive vicende dottrinali e giurisprudenziali hanno evidenziato un'evoluzione ben diversa, nel corso della quale il richiamo alla figura in esame è servito proprio al fine di introdurre nel campo familiare, con sempre maggiore ampiezza, gli istituti del diritto contrattuale.

Già la Relazione ministeriale sul testo definitivo del codice civile (n. 602) lasciava chiaramente aperta la porta ad un'applicazione – ancorché non diretta – ai negozi familiari delle disposizioni in materia di contratto, prospettando un'interpretazione tesa ad attribuire una «portata espansiva» alle norme stabilite per i contratti facente perno sull'art. 1324 c.c. Negli anni successivi, poi, si sono moltiplicate le voci, anche autorevoli, nel senso dell'estensibilità della disciplina contrattuale al di fuori del diritto patrimoniale, nonostante la limitazione desumibile dall'art. 1324 c.c.

Tra queste voci si colloca, appunto, quella di Santoro-Passarelli nel suo già citato scritto in materia di autonomia privata nel campo familiare, il quale rilevava testualmente quanto segue: «Il codice civile non contiene una disciplina generale del negozio giuridico, la quale può però ricavarsi dalle sue norme, essendo evidente che le norme sui contratti, 'in quanto compatibili', siano suscettibili di applicazione non solo agli 'atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale' (art. 1324), ma al negozio giuridico anche fuori del diritto patrimoniale. A ciò è da aggiungere che la figura del negozio giuridico nel diritto familiare è *supposta* dal codice (e la sua utilizzazione s'impone perciò all'interprete), poiché in esso si fa richiamo a nozioni *caratteristiche* del negozio, come i vizi della volontà (articoli 122, 265), le modalità, quali il termine e la condizione (articoli 108, 257), l'irrevocabilità o la revocabilità dell'atto (articoli 256, 298²), la sua invalidità (artt. 117 segg., 263 segg.)»⁽⁵⁵⁸⁾.

3. Tutela dell'individuo e principio dell'accordo nella Costituzione e nella legislazione ordinaria.

La concezione del negozio giuridico familiare come strumento di ampliamento dell'autonomia dei coniugi, nata – come si è visto – alla fine dell'ultima guerra, venne ben presto ad inquadrarsi nei principi accolti dalla Costituzione repubblicana, che gettò le basi per un totale sovvertimento dell'ottica in cui si collocava la «concezione istituzionale» della famiglia. In questo già ricordato passaggio da una «concezione istituzionale» ad una «concezione costituzionale» della famiglia, l'istituto familiare veniva ora fondato sui principi d'uguaglianza e di pari dignità dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost.)⁽⁵⁵⁹⁾, mentre la posizione del singolo in seno alla comunità familiare veniva tutelata dalla regola della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo anche all'interno di quelle formazioni sociali in cui esso, secondo quanto stabilito dall'art. 2 Cost., «svolge la sua personalità»⁽⁵⁶⁰⁾.

⁽⁵⁵⁶⁾ Così SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 16 s.; *contra* GANGI, *Il matrimonio*, cit., p. 29 ss., che riconduce i negozi giuridici familiari ad «un concetto più ampio e generale di contratto, conforme al concetto tradizionale», da cui sarebbe assente il requisito della patrimonialità.

⁽⁵⁵⁷⁾ SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 496.

⁽⁵⁵⁸⁾ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., p. 382 s.; v. inoltre GANGI, *Il matrimonio*, cit., p. 28 s.; *contra* SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 16 s.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 182; per l'applicabilità, di volta in volta, ai negozi giuridici familiari dei principi contrattuali «congrui con l'atto di autonomia familiare posto in essere» v. BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 18.

⁽⁵⁵⁹⁾ Fondamentale al riguardo per i particolari profili dei rapporti patrimoniali tra coniugi lo studio di BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, Torino, 1971. L'argomento è stato sviluppato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 121 ss. ed è ripreso anche da BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 432 ss.

⁽⁵⁶⁰⁾ Sulla funzione della famiglia nel quadro istituzionale v. per tutti RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, 1966, p. 3 ss.; BESSONE, *Rapporti etico-sociali (artt. 29-31)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 1 ss.; con specifico riguardo ai rapporti patrimoniali tra coniugi cfr. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, cit., p. 318 ss.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 140 ss.; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 150 ss.; PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 168 ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 153 ss.; per i riflessi in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto e per ulteriori richiami cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 53 ss.; per una panoramica più recente circa l'evoluzione dei principi

Questa accentuata attenzione per la tutela del singolo e – conseguentemente – dell'autonomia dei privati all'interno della comunità familiare trovò quindi i suoi ulteriori sviluppi sul piano della legislazione ordinaria, attraverso alcuni interventi della Corte costituzionale, l'introduzione del divorzio e la riforma del 1975 ⁽⁵⁶¹⁾. Per quanto attiene alle decisioni della Consulta basti ricordare, *in primis*, l'impatto, sul piano sistematico, dell'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi ⁽⁵⁶²⁾. Come rilevato in dottrina «L'abrogazione del divieto è ricca di implicazioni perché rende 'automaticamente' legittima ogni attività negoziale tra coniugi. Anzi, proprio perché l'attività negoziale tra coniugi si presume fondata sugli affetti familiari, essa viene ora in qualche misura agevolata e protetta. Il *mutuo amore* o la riconoscenza o, comunque, l'affetto (in sintesi: le situazioni esistenziali) se nel diritto romano doveva soggiacere alle 'istanze' patrimoniali, ora invece diviene la privilegiata ragione giustificatrice degli atti di attribuzione patrimoniale; e ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona» ⁽⁵⁶³⁾.

A questa storica decisione della Corte costituzionale potranno poi anche affiancarsi quelle tendenti a ricondurre le convenzioni matrimoniali al campo contrattuale ⁽⁵⁶⁴⁾ e ad estendere alla separazione consensuale alcune disposizioni dettate con riguardo alla separazione giudiziale ⁽⁵⁶⁵⁾.

Gli effetti sul piano sistematico, poi, dell'introduzione del divorzio sono più che evidenti. Basti ricordare l'insistenza con la quale la concezione istituzionale della famiglia aveva fatto richiamo alla regola dell'indissolubilità, per dimostrare l'impossibilità di ricondurre il matrimonio (oltre che gli altri istituti familiari) al concetto di atto di manifestazione di volontà sulla falsariga del paradigma contrattuale ⁽⁵⁶⁶⁾. Inoltre, la possibilità della cessazione degli effetti civili del matrimonio, impone di ripensare la materia in una diversa prospettiva: è infatti concepibile la successione di differenti famiglie nel tempo, facenti capo agli stessi individui. L'intreccio dei rapporti è dunque tale che non è possibile, nemmeno logicamente, far luogo ad una completa regolazione imperativa di legge, e conseguentemente aumenta lo spazio lasciato all'autoregolamento dei privati ⁽⁵⁶⁷⁾. Quanto sopra ha poi ricevuto ulteriore conferma dall'introduzione nel

fondamentali del diritto di famiglia cfr. BONILINI, *Il matrimonio - La nozione*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 63 ss.; CATTANEO, *Introduzione*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, cit., p. 8 ss., 16 ss.; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 1998, p. 28 s.

⁽⁵⁶¹⁾ Sottolinea il rilievo che la l.div. ha avuto in relazione al tramonto della concezione istituzionale del matrimonio anche LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996, p. 8; per un'illustrazione dell'evoluzione che ha portato l'autonomia negoziale a divenire un «criterio determinante nell'ambito della famiglia» cfr. RESCIGNO, *I rapporti personali fra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996, p. 25 ss., 34 ss.; sul tema cfr. anche QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229 ss.; per i richiami alla dottrina che, sia prima che dopo la riforma ha espressamente aderito all'orientamento che nega l'esistenza di un interesse superiore della famiglia, esaltando il ruolo dell'autonomia dei coniugi v. per tutti SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1037, nota 18; per una persuasiva confutazione della tesi della soggettività giuridica della famiglia e dell'esistenza in questa di interessi «superindividuali» cfr. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 782 ss.; *contra*, per una riaffermazione dell'esistenza di un interesse, nella famiglia, trascendente quello dei singoli componenti e dunque – in buona sostanza – «superiore», DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 7 ss., secondo cui persino l'uso dell'espressione «autonomia privata» sarebbe inaccettabile nel campo familiare.

⁽⁵⁶²⁾ Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91. L'argomento è giustamente enfatizzato anche da DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 12, 182 s., nonché da ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 215.

⁽⁵⁶³⁾ DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 182 s. Prima ancora v. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 334.

⁽⁵⁶⁴⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.

⁽⁵⁶⁵⁾ Cfr. in particolare Corte cost., 31 maggio 1983, n. 144; Corte cost., 19 gennaio 1987, n. 5; Corte cost., 18 febbraio 1988, n. 186; Corte cost., 6 luglio 1994, n. 278.

⁽⁵⁶⁶⁾ «Io non vedo come possa parlarsi di un'autonomia della volontà riconosciuta dalla legge nel matrimonio, di fronte al principio dell'indissolubilità che con quell'autonomia e con l'interesse individuale degli sposi è assolutamente inconciliabile» (CICU, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965, p. 165; ID., *Matrimonium seminarium rei publicae, Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Bologna, tenutavi il giorno 6 dicembre 1919*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, cit., p. 201).

⁽⁵⁶⁷⁾ Così DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 70.

1987 del divorzio su domanda congiunta, del cui carattere prettamente negoziale (per lo meno per ciò attiene alla regolamentazione delle relative condizioni e degli effetti) non pare lecito dubitare ⁽⁵⁶⁸⁾.

L'evoluzione della legislazione italiana trova un corrispondente nello sviluppo di ordinamenti stranieri. Così – a parte le considerazioni svolte in altra sede sull'ammissibilità di contratti prematrimoniali tesi a disciplinare, addirittura, le conseguenze di un eventuale futuro divorzio ⁽⁵⁶⁹⁾, sulla base di precedenti storici comuni un po' a tutte le principali esperienze europee ⁽⁵⁷⁰⁾ – potrà rilevarsi come, ad esempio, in Germania la piena consapevolezza della necessità di salvaguardare la più ampia libertà contrattuale dei coniugi in relazione ad ogni aspetto della determinazione dei rispettivi rapporti patrimoniali sia sempre stata ben presente, addirittura già in sede di lavori preparatori del *BGB*, ove il § 1408, c. 1. ⁽⁵⁷¹⁾ venne espressamente basato «auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit» ⁽⁵⁷²⁾, facendosi altresì rimarcare – contro le obiezioni, di cui pure i *Materialien* danno conto, fondate sulla necessità di protezione della donna contro il rischio di una «ungebürlichen und missbräulichen Beeinflussung» da parte dell'uomo – che i coniugi erano nella situazione «ihre Angelegenheiten selbständig und frei zu ordnen», per cui non sarebbe sembrato opportuno «dieselben in diesem einzelnen Punkte zu bevormunden» ⁽⁵⁷³⁾.

Anche nella vicina Francia si è assistito, nel corso degli ultimi decenni, ad un processo che ha progressivamente portato all'emergere del consenso e della negozialità nella famiglia, nel corso di quella che è stata definita come una «révolution tranquille, qui remet en cause la cohérence antérieure en matière de gouvernement de la famille» ⁽⁵⁷⁴⁾, passando attraverso le riforme della tutela (1964), dei regimi matrimoniali (1965), dell'adozione (1966), degli incapaci maggiorenni (1968), della potestà dei genitori (1970), della filiazione (1972) e del divorzio (1975), cui ben può aggiungersi, per i tempi più recenti (1999), la regolamentazione della convivenza *more uxorio* e l'introduzione del «patto civile di solidarietà», nonché (2005) un'ulteriore riforma del divorzio, che ha semplificato notevolmente l'iter procedurale dello scioglimento del vincolo nel caso di *requête conjointe* ⁽⁵⁷⁵⁾. In tempi ulteriormente più recenti, poi, la legge n° 2006-728 del 23 giugno 2006, in vigore dal 1° gennaio 2007, è venuta a sconvolgere il biscolare assetto «napoleonico» della materia delle *successions* e delle *libéralités*, abrogando o modificando all'incirca duecento articoli del *Code Civil*. Tale riforma ha previsto, tra l'altro: (a) un rafforzamento dei diritti dei *concubins pacsés* (più esattamente: l'annotazione d'ufficio del *Pacs* a margine dell'atto di nascita; l'obbligazione «d'entraide et d'assistance» dei conviventi; un *droit temporaire de jouissance d'un an sur le logement commun* e il beneficio dell'attribuzione preferenziale del *droit au logement* per il *partner* superstite); (b) la creazione di un «pacte successoral» in forza del quale un soggetto viene autorizzato a rinunciare in tutto o in parte ad una futura eredità per effetto di un *pacte* firmato con suo futuro *de cuius*, a beneficio di determinati parenti (interessante al riguardo la previsione che impone l'intervento di due notai, di cui uno scelto dalle parti e l'altro dalla *chambre des notaires*); (c) permettere la «donation partage trans-générationnelle» in favore dei nipoti *ex filio*, con l'accordo dei figli (cioè dei genitori dei destinatari) in tal modo pretermessi, con atto compiuto *inter vivos* dal nonno.

⁽⁵⁶⁸⁾ Sul tema v. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 233 ss.

⁽⁵⁶⁹⁾ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 483 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss. ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 251 ss.

⁽⁵⁷⁰⁾ OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1306 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, cit., p. 535 ss.

⁽⁵⁷¹⁾ «Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern».

⁽⁵⁷²⁾ Cfr. PLANCK, *Entwurf eines Familienrechts für das deutsche Reich*, Berlin, 1880, in AA. VV., *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zu Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, a cura di Schubert, IV/1, Berlin-New York, 1983, p. 449 s., 746.

⁽⁵⁷³⁾ Cfr. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, IV, Goldbach (rist. dell'ediz. di Berlino, 1899), 2004, p. 796.

⁽⁵⁷⁴⁾ THERY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993, p. 69, che riprende sul punto una definizione di Gérard Cornu.

⁽⁵⁷⁵⁾ La legge n° 2004-439 del 26 maggio 2004, in vigore dal 1° gennaio 2005, pur mantenendo i quattro casi di divorzio precedentemente conosciuti, ne ha alterato sostanzialmente la natura, semplificando notevolmente l'iter del divorzio *sur requête conjointe* (già divorzio per *consentement mutuel*), trasformando il *divorce sur demande acceptée* in *divorce pour acceptation de la rupture du mariage* (quando le parti concordano sul divorzio, ma non sulle relative conseguenze), mantenendo – malgrado le numerose perplessità sollevate e il vastissimo dibattito protrattosi per alcuni anni – l'ipotesi *pour faute*, di cui ha però attenuato le conseguenze e infine trasformando il *divorce pour rupture de la vie commune* in *divorce pour altération définitive du lien conjugal*, fondato su una separazione di fatto di almeno due anni.

La conclusione è dunque che anche Oltralpe «l'irruption de la volonté dans le droit de la famille est un fait peu discutable»⁽⁵⁷⁶⁾.

Tutt'altro che «tranquilla», come si sa, è invece stata la rivoluzione che, nel volgere di pochi mesi, ha portato il diritto spagnolo ad estendere il matrimonio alle unioni omosessuali e a riconoscere all'accordo dei coniugi sullo scioglimento del vincolo l'effetto di determinare un vero e proprio «divorzio lampo»⁽⁵⁷⁷⁾: piuttosto significativo è il fatto che, nella relativa *exposición de motivos*, si legga, tra l'altro, che «esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges (...) pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos»⁽⁵⁷⁸⁾.

4. Tutela dell'individuo e principio dell'accordo nella riforma del 1975.

Per quanto attiene alla riforma italiana del 1975, uno dei pochi punti che hanno visto concordi gli interpreti è costituito dalla constatazione dell'incrementato rilievo che la negozialità è venuta ad assumere nel campo familiare, tanto che, per constatazione unanime, l'accordo è ormai lo strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti familiari⁽⁵⁷⁹⁾. Proprio in questa regola la dottrina coglie un segno della «privatizzazione» del diritto di famiglia⁽⁵⁸⁰⁾ ed il superamento della concezione pubblicistica che, come si è visto, voleva le posizioni individuali dei singoli orientate al raggiungimento di interessi superiori o «pubblici»⁽⁵⁸¹⁾.

Il dispiegamento dell'autonomia privata nel campo matrimoniale si estende ormai ad abbracciare un campo che va dalla celebrazione delle nozze sino allo scioglimento del vincolo.

Sotto il primo aspetto si rileva il rinnovato ruolo, dopo la riforma del diritto di famiglia, dell'autonomia privata nel matrimonio, «come affermazione della dignità dell'istituto che deve essere riconosciuto in tutta la sua importanza solo quando l'atto costitutivo risponda alle caratteristiche di una

⁽⁵⁷⁶⁾ HAUSER e HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 30.

⁽⁵⁷⁷⁾ Cfr. la riforma di cui alla *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*.

⁽⁵⁷⁸⁾ «Esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. (...) No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio. En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos» (testo disponibile al sito web seguente: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/familia/L15-05.htm>).

⁽⁵⁷⁹⁾ Così, tra i tanti, CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 47 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, p. 221 ss.; ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, cit., p. 382; E. RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 221 ss.; D'ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, Nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. notar.*, 1984, II, p. 595; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1988, 602 ss.; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 28; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, p. 35 ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 7; RESCIGNO, *I rapporti personali fra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., p. 33 ss.; E. RUSSO, *Negozi familiari e procedimenti giudiziari attributivi di efficacia*, Nota a Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1056 ss.

⁽⁵⁸⁰⁾ Così E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 45 ss.; ID., *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., p. 1081; ID., *Negozi familiari e procedimenti giudiziari attributivi di efficacia*, cit., p. 1056; nota la «tendenza ad una maggiore valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi» anche BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, p. 2 (anche in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, cit., p. 33 ss.); sul tema della «privatizzazione del diritto di famiglia» cfr. anche QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 229 ss.; ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, p. 9 ss., 28 ss.

⁽⁵⁸¹⁾ ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 505 s.

cosciente autonomia»⁽⁵⁸²⁾, rimarcandosi d'altro canto come lo stesso ampliamento del tema delle azioni di impugnativa matrimoniale confermi il deciso riconoscimento dell'idea del matrimonio come atto di autonomia privata⁽⁵⁸³⁾.

Per ciò che attiene, poi, ai rapporti tra coniugi nella fase non patologica della loro unione basterà qui citare la novità, rispetto al sistema previgente, costituita dall'introduzione della regola dell'accordo circa la determinazione dell'indirizzo concordato, di cui all'art. 144 c.c.⁽⁵⁸⁴⁾, rispetto alla quale, come si è autorevolmente rimarcato, il legislatore ha aperto alla regola del consenso e dunque alla sfera dell'autodeterminazione dei coniugi, interi «territori dove regnavano il potere autoritario e la sottomissione»⁽⁵⁸⁵⁾, fissando una regola fondamentale, imperniata su un «regime consensuale permanente»⁽⁵⁸⁶⁾ che costituisce, in sostanza, la fonte di legittimazione di ogni manifestazione negoziale dei coniugi: l'accordo dei coniugi pone così le regole del *ménage* e, per ciò stesso, determina e concretizza il contenuto degli obblighi inderogabili incidendo, quindi, su di essi⁽⁵⁸⁷⁾. Sul punto sarà il caso di aggiungere che tale principio sembra ormai avere impiantato nella odierna realtà italiana solide radici, se è vero che, come emerge da un'indagine ISTAT, tre persone su quattro tra quelle che vivono in coppia dichiarano di condividere con il *partner* le decisioni relative a spese importanti (acquisto di una casa, ristrutturazioni, acquisto di beni ad alta tecnologia) e le scelte di gestione del denaro in famiglia⁽⁵⁸⁸⁾.

Anche per quanto attiene al dovere di contribuzione *ex art.* 143, comma terzo, c.c., occorre constatare che, pur restando ferma l'inderogabilità sancita dall'art. 160 c.c. – con conseguente invalidità tanto del patto con cui uno dei coniugi venga esonerato del tutto dall'obbligo di concorrere al sostentamento della famiglia e della prole, quanto di quello che deroghi al criterio di proporzionalità fissato dalla legge – non si hanno difficoltà ad ammettere accordi che traducano, ad esempio, l'astratta regola della proporzionalità alle sostanze e alla capacità di lavoro in una determinazione che, valutata la situazione concreta dei due coniugi, fissi una ripartizione dei doveri secondo percentuali prestabilite⁽⁵⁸⁹⁾.

⁽⁵⁸²⁾ TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, Torino, 1983, p. 1189.

⁽⁵⁸³⁾ Cfr. BIANCA, *Commento all'art. 117*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 106; sul punto v. anche PIETROBON, *Note introduttive agli artt. 17 e 18 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, cit., p. 138, il quale osserva come si sia assistito «all'attribuzione di una maggiore, o più chiara, valutazione del consenso (fatto individuale) rispetto alla celebrazione (fatto sociale): basti ricordare la più ampia portata attribuita all'errore, alla rilevanza del timore e alla simulazione» (nello stesso ordine di idee v. anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 217, cui si fa rinvio – cfr. 214 ss. – anche per un puntiglioso catalogo dei dati normativi che depongono nel senso dell'operatività dell'autonomia privata anche in ambito familiare).

⁽⁵⁸⁴⁾ Sul carattere negoziale di tale intesa cfr. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Note introduttive agli articoli 24-28 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 241; ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, cit., p. 380; PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 177 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 491; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 28; DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, Nota a Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 563; ID., *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 76; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, 1996, cit., p. 32 ss., 80 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 217, 311 ss.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 443 ss. Contrario alla configurazione dell'accordo come negozio è CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, cit., p. 48, in base alla considerazione che «non sempre e non necessariamente le parti avranno l'intento di perseguire la produzione di effetti giuridici, ma, più genericamente e ampiamente, l'impostazione della propria vita coniugale»; contro la natura negoziale di tale accordo si esprimono anche FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 142, PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1977, p. 92 e VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, cit., p. 337 ss., mentre a COSTANZA, *Il governo della famiglia nella legge di riforma*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 1890 «l'accordo appare un istituto di diritto familiare che sfugge all'inquadramento entro un rigido schema». In giurisprudenza, nel senso che l'accordo *ex art.* 144 sulla fissazione della residenza costituisce negozio giuridico familiare cfr. Trib. Vallo della Lucania, 30 giugno 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 728.

⁽⁵⁸⁵⁾ Così RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 117.

⁽⁵⁸⁶⁾ Così FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 614.

⁽⁵⁸⁷⁾ DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 76 ss.; cfr. anche F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 464; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit., p. 1105.

⁽⁵⁸⁸⁾ Cfr. l'articolo dal titolo *Grandi spese? La scelta si fa in coppia*, in *La Stampa*, 10 aprile 2003, p. 18.

⁽⁵⁸⁹⁾ Cfr. per tutti MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in generale*, in AA. VV., *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Padova, 1989, p. 1012 s.; sul tema v. anche FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., 609 ss., p. 614 ss.

Per ciò che riguarda, poi, lo sterminato campo dei rapporti patrimoniali nella famiglia legittima, basterà richiamare in questa sede la già ricordata natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, così come il principio secondo cui l'amministrazione dei beni sottoposti al regime legale è rimessa, per gli atti più rilevanti, all'accordo dei coniugi (cfr. art. 180 c.c.) e che a questo stesso accordo la Cassazione è giunta a riconoscere, per esempio (peraltro successivamente tornando sui propri passi), il potere di impedire la caduta in comunione, anche al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 179 c.c. ⁽⁵⁹⁰⁾.

Sul versante della crisi coniugale sarà sufficiente citare l'accordo alla base della corresponsione *una tantum* dell'assegno ⁽⁵⁹¹⁾, cui può senz'altro aggiungersi, oltre al negozio di separazione personale consensuale, l'intesa posta a fondamento del ricorso su domanda congiunta. La stessa Corte di cassazione non esita ormai a richiamare sempre più spesso *expressis verbis* la regola dell'autonomia negoziale nelle materie legate ai rapporti tra coniugi in crisi ⁽⁵⁹²⁾. A quest'evoluzione giurisprudenziale, compiutasi – come si vedrà – non senza contraddizioni (basti ricordare ancora una volta le persistenti reticenze sul fronte del tema della disponibilità degli assegni di separazione e divorzio e degli accordi conclusi in sede di separazione ma in vista del futuro divorzio) ha fatto da *pendant* un'evoluzione altrettanto tormentata e complessa dal punto di vista dottrinale.

Così, già nel 1967, vigente il regime di indissolubilità del vincolo, quella stessa autorevole dottrina che solo dieci anni prima aveva definito la famiglia come «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» ⁽⁵⁹³⁾, valutando un accordo diretto alla predeterminazione delle conseguenze dell'annullamento del matrimonio, individuava proprio nel principio della autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) il fondamento di una siffatta pattuizione, rilevando come in questo caso sia «palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche» ⁽⁵⁹⁴⁾.

Neanche un decennio più tardi una delle più celebri monografie in materia di contratto affermava che «Necessità pratiche e progresso civile esigono che, *de iure condendo*, e, per quanto possibile, *de iure interpretando*, si rivalutino questi patti regolatori di rapporti di famiglia, o associativi, e così via», aggiungendo che «guardando lontano, si potrebbero immaginare scelte pattizie della regola sulla dissoluzione del matrimonio, sul governo della famiglia, sul cognome dei coniugi» ⁽⁵⁹⁵⁾. Lo stesso principio veniva contemporaneamente enunciato addirittura in una delle più autorevoli opere istituzionali ⁽⁵⁹⁶⁾. A parte queste voci – tutto sommato isolate, ancorché di rilievo – l'interesse della dottrina fino a non molto tempo addietro è stato sovente attratto, tutto all'opposto rispetto all'autonomia negoziale, dalle questioni attinenti all'intervento dell'autorità giudiziaria nella vita della famiglia: basti citare, per tutte, una celebre monografia consacrata al tema (beninteso, pur esso fondamentale, specie se si ha riguardo al tema dei diritti indisponibili attinenti ai rapporti con la prole) dell'intervento del giudice nel conflitto coniugale ⁽⁵⁹⁷⁾.

5. La più recente evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della negozialità tra coniugi in crisi.

⁽⁵⁹⁰⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 187 ss.

⁽⁵⁹¹⁾ Cfr. per esempio BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, cit., p. 18.

⁽⁵⁹²⁾ A titolo d'esempio potranno qui ricordarsi un paio di decisioni (Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, su cui cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 236 ss.), nelle quali la Corte Suprema rende omaggio al principio in esame, riconoscendone espressamente il peso nella materia dei rapporti tra coniugi in crisi (nella stessa ottica cfr. anche, ad es., la motivazione di Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, p. 774).

⁽⁵⁹³⁾ JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in AA. VV., «Verso la terra dei figli», Milano, 1994, p. 69.

⁽⁵⁹⁴⁾ JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 530.

⁽⁵⁹⁵⁾ SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 493 s.

⁽⁵⁹⁶⁾ RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 274: «Ma negozi atipici sembrano ammissibili anche nell'area degli interessi non patrimoniali, se pensiamo ai patti che possono accompagnare il divorzio o la separazione (per quest'ultima come negozi autonomi, o incorporati nell'accordo che viene omologato dal tribunale in sede di separazione consensuale): ad esempio, patti relativi all'educazione dei figli, o alle modalità di visita o di soggiorno col genitore che non li ha in affidamento, o all'uso del nome maritale (v. gli artt. 155, c. 7, per la separazione giudiziale, e 158, secondo comma per la separazione consensuale, e quanto al nome, arg. dall'art. 156 *bis*). Patti del genere sono possibili anche all'inizio del matrimonio e durante la piena persistenza del vincolo. Nel nostro ambiente sociale sono un fenomeno raro, mentre sono noti ed usati con risultati positivi in paesi dove le differenze di religione o di costume consigliano agli sposi di affidare allo strumento contrattuale la definizione di futuri problemi o di conflitti già insorti circa l'educazione dei figli o su altre materie di comune interesse».

⁽⁵⁹⁷⁾ ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981.

Nel corso degli ultimi anni il richiamo alle regole in tema di autonomia contrattuale è andato via via infittendosi, specie sull'onda dell'autorevole constatazione per cui, anche nel campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi (in crisi), «ove tra le parti si convenga l'attribuzione di diritti e l'assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non parrebbe contraddire alla definizione dell'art. 1321 c.c. la qualificazione di 'contratto'»⁽⁵⁹⁸⁾. Lo stesso può dirsi per la giurisprudenza, particolarmente per quella di legittimità.

Così, per esempio, troviamo che un espresso rimando al principio della libertà contrattuale consacrato dall'art. 1322 compare per ben due volte in una nota decisione sulla validità degli accordi preventivi tra coniugi in materia di conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio⁽⁵⁹⁹⁾, mentre espliciti o impliciti riferimenti all'autonomia contrattuale punteggiano tutta o quasi la complessa vicenda in tema di trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale tra coniugi⁽⁶⁰⁰⁾, già a cominciare da quel *leading case* risalente al 1972⁽⁶⁰¹⁾, che pure all'epoca aveva suscitato le (ingiustificatamente) preoccupate reazioni di parte della dottrina⁽⁶⁰²⁾; per continuare con il caso in cui i supremi giudici invocarono proprio il principio in esame, al fine di ammettere la validità dell'impegno con il quale uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, aveva promesso di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile, anche se tale sistemazione dei rapporti patrimoniali era avvenuta al di fuori di qualsiasi controllo giudiziale in sede di omologa⁽⁶⁰³⁾; per culminare con la decisione con cui la Corte Suprema, accogliendo la tesi avanzata dallo scrivente, ha ribadito la legittimità di trasferimenti operati con efficacia reale nello stesso accordo di separazione, riconoscendo al relativo verbale la natura di atto pubblico idoneo alla trascrizione sui pubblici registri immobiliari⁽⁶⁰⁴⁾.

Per non dire poi dell'evoluzione più recente in materia di accordi non omologati modificativi di precedenti intese (ovvero delle condizioni dettate dal giudice), ove la Cassazione riconosce effetto, ormai da alcuni anni a questa parte, al pieno dispiegarsi della negozialità dei coniugi, in forza del principio sancito

⁽⁵⁹⁸⁾ RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*, 10; per analoghe considerazioni cfr. E. RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., p. 1092; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, Nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, Torino, 1991, p. 1160 ss.; BUSNELLI e GIUSTI, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in AA. VV., *Rapports nationaux italiens au XV^e Congrès International de Droit Comparé*, Milano, 1994, p. 93 s.; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 378 ss., 406 ss.; EAD., *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, p. 89 ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 56 ss., 63 ss.; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit., p. 1106 ss. Per la dottrina contraria, pervicacemente aggrappata all'idea (contraria tanto al testo quanto allo spirito delle norme vigenti) di una sorta di immanenza del ruolo del giudice nei rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi, si fa rinvio agli Autori citati nell'analisi critica svolta in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 103 ss., 129 ss., 411 ss.

⁽⁵⁹⁹⁾ Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822 con nota di LOMBARDI; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670 con nota di CASOLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; in *Vita notar.*, 1994, p. 91, con nota di CURTI; in *Contratti*, 1993, p. 140, con nota di MORETTI.

⁽⁶⁰⁰⁾ Sul punto v. *infra*, §§ 6 ss.; per constatazioni analoghe a quelle di cui al testo v. anche G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., p. 378 s.; LONGO, *Trasferimenti immobiliari a scopo di mantenimento del figlio nel verbale di separazione: causa, qualificazione, problematiche*, Nota a App. Genova, 27 maggio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 576.

⁽⁶⁰¹⁾ Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1973, I, 221; *ivi*, 1974, I, 173, con nota di BERGAMINI.

⁽⁶⁰²⁾ Cfr. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 475 ss.

⁽⁶⁰³⁾ Cfr. Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 922. I giudici di legittimità approfittano dell'occasione per soffermarsi sul problema della validità dell'accordo sotto il profilo della «meritevolezza degli interessi alla cui realizzazione il negozio era preordinato». Individuata la causa di quest'ultimo nell'«attuazione [di] un'obbligazione di mantenimento avente causa lecita», la meritevolezza di tutela, *ex art.* 1322, viene affermata sulla base della constatazione che l'accordo opera «una equiparazione fra l'interesse perseguito dalle parti e quello che, nell'ambito dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio, è previsto e tutelato espressamente dal Legislatore con apposite norme dirette a proteggere la posizione del coniuge meno abbiente (...) essendo inconcepibile sul piano logico-giuridico che lo stesso interesse riceva protezione quando sia previsto dal Legislatore e non anche quando sia ricollegato all'autonomia privata» (per successiva decisione di merito fondata sulla medesima *ratio decidendi* cfr. App. Genova, 27 maggio 1997, in *Dir. fam.*, 1998, p. 572, con nota di LONGO).

⁽⁶⁰⁴⁾ Cfr. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 155 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 85 ss.

dall'art. 1322 c.c., ritenuto senza riserve applicabile al caso di specie, addirittura anche per quanto concerne le pattuizioni concernenti la prole minorenni; conclusione, quest'ultima, che conferma l'espansione dell'operatività della sfera dell'autonomia privata anche nel settore di quei negozi del diritto di famiglia non caratterizzati dalla patrimonialità⁽⁶⁰⁵⁾. Ancora, per quanto attiene, più specificamente, alle intese costituenti il «contenuto eventuale»⁽⁶⁰⁶⁾ dell'accordo di separazione consensuale, non sembra ormai potervi essere dubbio sulla natura non solo negoziale di questi atti, bensì addirittura sul relativo carattere contrattuale, allorché gli stessi (come per lo più accade) abbiano ad oggetto prestazioni di carattere patrimoniale⁽⁶⁰⁷⁾. Anche qui l'art. 1322 c.c. ha ricevuto concreta applicazione in un'innumerabile serie di casi, che hanno portato il «diritto vivente» a determinare, in nome del principio dell'autonomia contrattuale (sovente espressamente menzionato nelle motivazioni delle decisioni), una vera e propria dilatazione dell'usuale contenuto dell'accordo di separazione, ben al di là di quegli angusti limiti in cui parte della dottrina⁽⁶⁰⁸⁾ lo avrebbe voluto inquadrare.

Si è così deciso, per esempio, in relazione ad una complessa pattuizione transattiva di tutti i rapporti nati dal vincolo coniugale, che l'accordo dei coniugi sottoposto all'omologazione del tribunale ben può contenere rapporti patrimoniali anche «non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti ed agli obblighi derivanti dal matrimonio»⁽⁶⁰⁹⁾. Sempre in materia di transazione la Corte ha stabilito, in epoca ancora più recente, che «Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 cod. civ., la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti)»⁽⁶¹⁰⁾. L'estensione della disciplina contrattuale ai negozi familiari ha poi portato la giurisprudenza ad affermare, per esempio, l'applicabilità all'accordo di riconciliazione dei principi in tema di formazione del consenso contenuti agli artt. 1326-1328 c.c.⁽⁶¹¹⁾, o dell'art. 1371 c.c. ad una «convenzione accessoria alla sentenza di divorzio»⁽⁶¹²⁾, o, più in generale degli artt. 1362 ss. c.c. in tema di interpretazione del contratto ad una pattuizione *a latere* rispetto all'accordo di separazione omologato⁽⁶¹³⁾, ovvero ancora per un accordo prodromico ad una consensuale non concretizzata, ritenuto perfettamente valido ed efficace⁽⁶¹⁴⁾, nonché l'impugnabilità del negozio di separazione consensuale per simulazione⁽⁶¹⁵⁾ e per vizi del consenso⁽⁶¹⁶⁾.

⁽⁶⁰⁵⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, p. 236 ss.

⁽⁶⁰⁶⁾ Su questo concetto cfr. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 215 ss.

⁽⁶⁰⁷⁾ Nello stesso senso cfr. anche BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 147 s.; A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1659 s.; ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, cit., p. 505 s.; METTIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. notar.*, 1995, I, p. 1177; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., p. 407; FIGONE, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale*, Nota a App. Milano, 18 febbraio 1997, in *Fam. dir.*, 1997, p. 441.

⁽⁶⁰⁸⁾ Sul punto cfr., anche per i rinvii, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 215 ss.

⁽⁶⁰⁹⁾ Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; in *Corr. giur.*, 1991, p. 891, con nota di CAVALLO.

⁽⁶¹⁰⁾ Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. dir.*, 1994, p. 660, con nota di CEI; in *Vita notar.*, 1994, p. 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 202; in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 882, con nota di BUZZELLI; in *Riv. notar.*, 1995, II, p. 953.

⁽⁶¹¹⁾ Cfr. Cass., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233.

⁽⁶¹²⁾ Cass., 14 luglio 2003, n. 10978.

⁽⁶¹³⁾ Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189.

⁽⁶¹⁴⁾ Cfr. Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997. Nella specie la Corte ha rilevato che lo scopo dell'accordo era quello di regolare i rapporti economici più importanti della coppia, prima di rivolgersi al giudice della separazione, eliminando così le controversie su questioni non strettamente attinenti alla fine dell'unione, ivi compresa la definizione dei rapporti economici con i figli maggiorenni. La Corte, in breve, ha escluso che la separazione consensuale costituisca condizione esplicita o implicita della scrittura privata (il tema sarà approfondito *infra*, § 13.1).

⁽⁶¹⁵⁾ Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, cit. Sul tema cfr. ampliamente OBERTO, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale (con qualche accenno storico ad altri ordinamenti europei)*, Nota a Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, in *Famiglia*, 2001, p. 774 ss. Per una successiva vicenda in cui la Corte Suprema, dopo avere ribadito con dovizia di particolari in motivazione la

Non stupisce dunque che, da alcuni anni a questa parte, accada sempre più di frequente all'osservatore della giurisprudenza di legittimità di imbattersi in affermazioni del genere di quella secondo cui «i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata»⁽⁶¹⁷⁾. In altri termini, pur con le dovute cautele, sembra potersi dire che anche nel diritto patrimoniale della famiglia deve darsi atto di una progressiva evoluzione «dagli *status* al contratto». La nota massima elaborata da Maine oltre un secolo fa, sebbene abusata e sottoposta a critiche, sembra ancora adatta ad esprimere il lungo e travagliato percorso compiuto dalla negozialità anche in questo settore del diritto privato⁽⁶¹⁸⁾. In contraddizione, peraltro, rispetto a simili aperture nei confronti della negozialità dei coniugi si colloca quel già ricordato processo involutivo che la giurisprudenza – in particolare quella di legittimità – ha subito relativamente a due settori ben individuati: ci si intende riferire alle questioni relative al carattere disponibile del contributo al mantenimento del coniuge separato o dell'assegno di divorzio, nonché alla materia degli accordi preventivi in vista di un futuro ed eventuale divorzio⁽⁶¹⁹⁾.

Sul versante dottrinale, gli anni più recenti hanno visto una ripresa d'attenzione da parte degli Autori favorevoli all'espansione della negozialità, mediante approfondimenti di temi di carattere generale, quali, per esempio, quello dei rapporti tra autonomia privata e «causa familiare»⁽⁶²⁰⁾ o tra autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari in genere⁽⁶²¹⁾, oppure sui «contratti della crisi coniugale»⁽⁶²²⁾, ovvero attraverso studi settoriali, quali quelli sulle convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio⁽⁶²³⁾, sulla disponibilità dell'assegno *ex art. 5 l.div.*⁽⁶²⁴⁾, sui trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio⁽⁶²⁵⁾, sulla rilevanza del consenso nella

tesi della negozialità della separazione consensuale, con un finale «a sorpresa» ha negato l'impugnabilità del relativo accordo stessa per simulazione cfr. Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. giur.*, 2004, p. 307. Per la critica cfr. OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Corr. giur.*, 2004, p. 309 ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 290 ss. Per alcuni accenni al tema v. inoltre DANOVÌ, *La separazione simulata e i suoi rimedi*, Nota a App. Bologna, 7 maggio 2000, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 284 ss.; ID., *E' davvero rilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?*, Nota a Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, in *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 462 ss. Per la rilevanza del fenomeno simulatorio nelle intese concernenti la crisi del matrimonio è anche BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 333.

⁽⁶¹⁶⁾ Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, p. 508, con nota di PAGNI; Cass., 29 marzo 2005, n. 6625; Cass., 10 gennaio 2007, n. 235; Cass., 27 novembre 2007, n. 24321; Cass., 20 marzo 2008, n. 7450; Cass., 30 aprile 2008, n. 10932. E' da notare che, in pratica, in tutti i casi risolti dalle sentenze appena citate (ad eccezione di quello di cui alla pronunzia del 2004), la domanda di annullamento non ha ricevuto accoglimento. Ciò peraltro per via del fatto che essa era stata proposta con il mezzo processuale del ricorso *ex art. 710 c.p.c.*, il quale serve però soltanto a far valere la sopravvenienza rispetto all'intesa di separazione e non certo a denunciare la presenza di un difetto originario dell'accordo, per il quale occorre – come ripetuto in tutte le decisioni appena citate – l'instaurazione di un procedimento contenzioso ordinario. Sul tema della rilevanza dei vizi del consenso negli accordi di separazione v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 234 ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, in *Fam. dir.*, 2000, p. 88 ss.; BASINI, *L'annullabilità della separazione consensuale omologata per vizi del consenso*, Nota a Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Famiglia*, 2005, II, p. 382 ss.

⁽⁶¹⁷⁾ Così Cass., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459. Sul tema v. inoltre OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 242 ss.

⁽⁶¹⁸⁾ Sui timori di un ritorno «dal contratto allo *status*» v. anche OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 265 ss.

⁽⁶¹⁹⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 236 ss.

⁽⁶²⁰⁾ DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit.; cfr. anche PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, *passim*, p. 30 ss.

⁽⁶²¹⁾ ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit.

⁽⁶²²⁾ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 43 ss.

⁽⁶²³⁾ COMPORTELLI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 105 ss. (e sul tema v. anche gli Autori citati in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 251 ss.).

⁽⁶²⁴⁾ V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, Nota a Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. dir.*, 1994, p. 141 ss. (e sul tema v. anche gli Autori citati in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 242 ss.).

⁽⁶²⁵⁾ OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 155 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001 (e sul tema v. anche gli Autori citati *infra*, §§ 6 ss.).

separazione consensuale ed in quella di fatto⁽⁶²⁶⁾, su taluni aspetti dei rapporti tra separazione consensuale e i possibili contratti tra coniugi⁽⁶²⁷⁾, e così via⁽⁶²⁸⁾. Si noti, tanto per portare un altro caso concreto, che le esigenze di determinazione e predeterminazione della sorte dei rapporti patrimoniali all'interno delle famiglie giungono a linciare fremiti d'agitazione persino in un settore del diritto civile tradizionalmente ritenuto «tranquillo», quale quello delle successioni per causa di morte, alimentando un rilevante movimento d'opinione – a livello sia di teoria che di prassi – in senso favorevole all'abolizione del divieto dei patti successori⁽⁶²⁹⁾, anche sulla scia delle innovazioni apportate dallo stesso legislatore mediante l'introduzione del patto di famiglia⁽⁶³⁰⁾.

⁽⁶²⁶⁾ SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit.

⁽⁶²⁷⁾ G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit.

⁽⁶²⁸⁾ Ovviamente le indicazioni testé effettuate hanno carattere assolutamente parziale e vanno integrate con i rinvii contenuti nella monografia più volte citata dello scrivente su *I contratti della crisi coniugale*, nonché, per i lavori successivi, con le citazioni relative agli specifici aspetti trattati nei vari capitoli in cui si articola il presente lavoro. In questa sede potranno segnalarsi, a livello bibliografico, in vario senso, sul tema specifico dell'autonomia dei coniugi nella fase della crisi coniugale, i seguenti contributi (oltre a quelli già citati): per il periodo anteriore alla riforma del 1975 L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 285 ss.; BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, cit., p. 782 ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 189 ss.; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, cit., p. 474 ss.; per il periodo successivo alla riforma cfr. D'ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, cit., p. 593 ss.; PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 182 ss.; A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, cit., p. 1659 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 487 ss.; POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. giur.*, 1988, p. 107 ss.; ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, cit., p. 505 s.; ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in AA. VV., *Studi in onore di Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 19 ss.; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, cit., p. 277 ss.

⁽⁶²⁸⁾ TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, cit., p. 510 ss.; MARTI, *Accordi non omologati tra coniugi separati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 71; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., p. 1319 ss.; L. GIORGIANNI, *Sui patti aggiunti alla separazione consensuale e sulla famiglia di fatto*, Nota a Trib. Genova, 2 giugno 1990, in *Giur. mer.*, 1992, p. 60 ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 104 ss.; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 9 ss.; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, p. 12 ss.; SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 363 ss.; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, p. 1 ss. (anche in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, cit., p. 33 ss.); DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 5 ss.; FEDERICO, *Accordi di divorzio nel procedimento a domanda congiunta*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, cit., p. 91 ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., p. 83 ss.; ID., *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229 ss.

⁽⁶²⁹⁾ cfr. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.; per un interessante studio in quest'ottica, nonché per gli ulteriori richiami, si fa rinvio a CACCAVALE e TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 74; sul tema v. inoltre IEVA, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto d'impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. notar.*, 1997, p. 1371 ss.; DOGLIOTTI, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e patti successori*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 293 ss. Giudica «inevitabile alla luce del quadro europeo» l'abolizione del divieto dei patti successori anche S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 312.

⁽⁶³⁰⁾ Sul patto di famiglia v., *ex multis*, AMADIO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, Fondazione italiana per il Notariato (a cura di), Milano, 2006; ID., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. notar.*, 2006; ANDRINI, *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, in www.filodiritto.com; ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2007; BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, p. 461 ss.; BARALIS, *L'attribuzione ai legittimari non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; BOLANO, *I patti successori e l'impresa alla luce di una recente proposta di legge*, in *Contratti*, 2006; BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006; ID., *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2006; ID., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2007; BUSANI e LUCCHINI GUASTALLA, *Imprese di famiglia: dal 16 marzo più facili i passaggi generazionali*, in *Guida al dir.*, n. 13 del 1 aprile 2006; BUSANI e LUCCHINI GUASTALLA, *La portata degli effetti del patto di famiglia inducono a ritenere che l'atto vada inquadrate tra quelli di straordinaria amministrazione e che sia necessaria l'autorizzazione per gli incapaci*, in *Guida al dir.*, 2006, n. 13 del 1 aprile 2006; BUFFONE, *Patto di famiglia: le modifiche al codice civile*, in www.altalex.com; CACCAVALE, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; ID., *Il patto di famiglia*, in *Contratto e successioni*, in AA. VV., *Trattato del contratto*, a cura di Vincenzo Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, 2006; CALÒ, *Patto di famiglia e norme di*

SEZIONE II I TRASFERIMENTI PATRIMONIALI TRA I CONIUGI

6. Ammissibilità di contratti della crisi coniugale relativi al trasferimento di diritti in sede di separazione e divorzio. L'esclusione della causa liberale.

Di notevole interesse ed attualità, nell'ambito della ricca e variopinta costellazione delle intese raggiungibili dai coniugi in crisi, appaiono le questioni legate ai trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede o in vista della separazione e del divorzio⁽⁶³¹⁾. Con riferimento a queste, il primo punto da affrontare attiene all'individuazione dell'*ubi consistam* normativo di atti che – anche per le evidenti agevolazioni d'ordine fiscale, di cui si avrà modo di dire a suo tempo⁽⁶³²⁾ – costituiscono ormai pratica corrente nella regolamentazione concordata dei profili patrimoniali della crisi della famiglia.

Come già rilevato in un'apposita monografia sul tema⁽⁶³³⁾, una sola disposizione del nostro vigente ordinamento consente espressamente ai coniugi in crisi di corrispondere «in unica soluzione» una prestazione postmatrimoniale (di carattere pecuniario) tradizionalmente prevista come periodica⁽⁶³⁴⁾; una

conflitto, in *Fam. pers. succ.*, 2006; CASU, *I patti successori*, in AA. VV., *Testamento e patti successori*, Torino, 2006; DE MARZO, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria*, in *Fam. e dir.*, 2007; DE NOVA, DELFINI, RAMPOLLA e VENDITTI, *Il patto di famiglia: legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Milano, 2006; DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. notar.*, 2006; DELFINI, *Il patto di famiglia introdotto dalla legge n. 55/2006*, in *Contratti*, 2006; DI SAPIO, *Osservazioni sul patto di famiglia (brogliaccio per una lettura disincantata)*, in *Dir. fam. pers.*, 2006; ID., *Costruzione, decostruzione e ricostruzione del patto di famiglia dalla prospettiva notarile*, in *Vita notar.*, 2008, p. 1633 ss.; FIETTA, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in www.judicium.it; ID., *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in www.judicium.it; INZITARI, *Il patto di famiglia: negoziabilità del diritto successorio con la L. 14 febbraio 2006 n. 55*, Torino, 2006; LIVINI, *Mai più liti sulle dinastie aziendali. Il provvedimento bipartisan facilita i passaggi generazionali nelle imprese italiane, consentendo in anticipo di designare il successore*, in <http://www.repubblica.it/2006/b/sezioni/economia/dinastie/dinastie/dinastie.html>; LUPETTI, *Patti di famiglia: note a prima lettura*, in *CNN notizie. Notiziario di informazione del Consiglio Nazionale del Notariato*, febbraio 2006; LUPOI, *L'atto istitutivo di trust*, Milano, 2006; MANES, *Prime considerazioni nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contratto e impresa*, 2006; MASCHERONI, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; MERLO, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; OBERTO, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006; ID., *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2007; OPPO, *Patto di famiglia e «diritti della famiglia»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006; PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. notar.*, 2006; SALOMONE, *I patti di famiglia*, in *Il quotidiano giuridico, Ipsa.it*, marzo 2006; SALVATORE, *Il trapasso generazionale nell'impresa tra patto di famiglia e trust*, in *Notariato*, 2007; TASSINARI, *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali*, in AA. VV., *I patti di famiglia per l'impresa*, cit.; TOMASELLI, *Il patto di famiglia quale strumento per la gestione del rapporto famiglia-impresa*, Milano, 2006; VITUCCI, *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006; ZOPPINI, *Il patto di famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future)*, in *Riv. dir. priv.*, 1998; ID., *Profili sistematici della successione anticipata (note sul patto di famiglia)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giorgio Cian* (in corso di pubblicazione).

⁽⁶³¹⁾ Sul tema cfr. per tutti OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 155 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1211 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 3 ss.; ID., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 181 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 323 ss.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notar.*, 2005, p. 622 ss.

⁽⁶³²⁾ V. *infra*, § 22, per quanto attiene ai trasferimenti in favore della prole. Più in generale cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 283 ss.

⁽⁶³³⁾ OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 3 ss.; sul tema v. in precedenza ID., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 155 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1211 ss.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001.

⁽⁶³⁴⁾ Cfr. art. 5, comma ottavo, l. 898/1970, introdotto dall'art. 10, l. 74/1987; cfr. inoltre, in relazione all'eventuale assegno periodico a carico dell'eredità, quanto disposto dall'art. 9-bis cpv., l.div., aggiunto dall'art. 3, l. 436/1978.

sola (controversa) disposizione ammette(va) esplicitamente la possibilità di inserire nei procedimenti di separazione e divorzio «attribuzioni di beni patrimoniali»⁽⁶³⁵⁾. La prima delle due norme concerne però il solo procedimento di divorzio contenzioso e, come tale, non appare trasferibile alla procedura di divorzio su domanda congiunta e tanto meno a quella di separazione consensuale⁽⁶³⁶⁾; la disposizione non sembra del resto neppure (quanto meno direttamente) riferibile a «dazioni» diverse da quelle aventi ad oggetto somme di denaro. La seconda normativa – dai contorni e dai contenuti quanto mai incerti – risulta oggi, se non implicitamente abrogata, quanto meno di fatto inapplicabile per effetto di una nota decisione della Consulta⁽⁶³⁷⁾.

In realtà, il fondamento del potere dei coniugi (o ex tali) di liquidare *una tantum* il contributo al mantenimento del separato, o dell'assegno di divorzio, così come di porre in essere, in occasione della crisi coniugale, negozi traslativi di diritti su uno o più beni determinati, va ricercato non già nelle norme ricordate, bensì in due fondamentali principi del nostro ordinamento. Ci si intende riferire, da un lato, al principio della

⁽⁶³⁵⁾ Cfr. art. 8, lett. f, della tariffa allegata al d.p.r. 131/1986 (approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro).

⁽⁶³⁶⁾ Occorre riflettere sul fatto che il carattere «a parte» del procedimento di divorzio su domanda congiunta (su cui v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 306 ss.) dovrebbe dissuadere l'interprete dall'estendervi la disciplina dettata in relazione al divorzio contenzioso, specie laddove, come nel caso di specie, nessun riferimento, neppure per implicito, possa ritenersi compiuto, nel tessuto normativo di cui all'art. 4, tredicesimo comma, l.div., ad un istituto disciplinato in una distinta parte della legge sullo scioglimento e sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio. D'altro canto, nel caso di divorzio contenzioso, ancorché pronunziato su una o più conclusioni conformi delle parti, la struttura stessa del procedimento, non presentando alcuna delle caratteristiche proprie del rito camerale, non consente di affermare che la decisione del tribunale si limiti a svolgere una mera efficacia omologativa dell'accordo delle parti. In questo caso, infatti, la sentenza – diversamente da quanto accade con riguardo alla procedura su domanda congiunta – conserva tutto il valore determinativo e costitutivo che le è proprio, anche in relazione alle clausole economiche. Ora, l'inserimento di un «elemento spurio», di un aspetto di negozialità, come l'accordo sulla corresponsione *una tantum* nel quadro di una determinazione complessivamente giudiziale, non poteva attuarsi senza pagare un prezzo; un prezzo che tenesse conto, tra l'altro, del fatto che, in sede contenziosa, il tribunale è chiamato ad emettere una serie talora complessa di statuizioni su pretese patrimoniali che non coinvolgono solo l'assegno, ma che possono estendersi anche ad altri campi, dalla divisione della comunione legale, a richieste di restituzioni *ex mutuo*, a domande risarcitorie e (*last but not least*) a questioni concernenti il contributo per il mantenimento della prole. Dunque, il giudizio di equità di cui all'art. 5, ottavo comma, l.div. sembra giustificarsi proprio in ordine alla necessità di valutare la correttezza della determinazione operata dai coniugi alla luce del più vasto quadro costituito dal complesso delle statuizioni d'ordine patrimoniale che il tribunale effettuerà in sentenza (o comunque delle altre intese eventualmente raggiunte nel frattempo dai coniugi stessi su altri aspetti d'ordine patrimoniale) e di inserirla, recependola, in un assetto di rapporti che trova la propria fonte nella determinazione del giudice, anziché nella volontà delle parti. Ciò spiega perché, nel momento in cui il legislatore ha deciso di imporre il giudizio di equità (come «prezzo della giurisdizionalizzazione» dell'intesa dei coniugi) si è visto poi anche costretto a prevedere *expressis verbis* un effetto preclusivo in ordine alla esperibilità di azioni *ex art. 9, l.div.*, proprio al fine di evitare che la determinazione della somma, fatta propria dalla autorità giudiziaria, privando l'intesa del suo carattere (inizialmente) contrattuale, conferisse a quest'ultima quella caratteristica che è tipica delle determinazioni giudiziali in materia di condizioni della separazione e del divorzio, vale a dire la modificabilità in ogni tempo per il sopravvenire di giustificati motivi, ciò che avrebbe indubbiamente frustrato l'intento delle parti (che nell'ipotesi in esame è sempre volto ad una regolamentazione definitiva) e dunque reso, in buona sostanza, priva di utilità pratica la previsione legislativa. Ciò spiega anche perché una norma analoga a quella in esame non sia stata inserita nell'ambito delle disposizioni in materia di divorzio su domanda congiunta, fattispecie in cui l'autonomia privata – qui pienamente riconosciuta dal legislatore – è già di per sé sola sufficiente a raggiungere non solo l'effetto della corresponsione dell'assegno in unica soluzione, bensì anche quello dell'irretrattabilità della relativa pattuizione (cfr. sul punto OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 52 ss.).

⁽⁶³⁷⁾ Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154, in *Guida al diritto*, 1999, n. 20, p. 28, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Fam. dir.*, 1999, p. 539, con nota di CARAVAGLIOS; in *Fisco*, 1999, p. 9076; in *Foro it.*, 1999, I, c. 2168; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1930; in *Cons. stato*, 1999, II, p. 691; in *Boll. trib.*, 1999, p. 1319, con nota di CERNIGLIARO DINI. Sugli effetti delle sentenze d'accoglimento della Corte costituzionale cfr. in generale G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, p. 165 ss., secondo cui la «cessazione di efficacia» *ex art. 136 Cost.* è assimilabile «ad una irrimediabile abrogazione della legge». Il caso presentato dalla pronunzia in esame è più complesso, non avendo formato l'art. 8, lett. f, cit., oggetto di declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte; la relativa disposizione risulta però sicuramente incompatibile con l'applicazione alla separazione legale dell'art. 19 l.div. disposta dalla sentenza «additiva» in oggetto (per una pronunzia di legittimità che non esita a dichiarare implicitamente abrogata una norma, quale conseguenza di una pronunzia «additiva» della Consulta avente ad oggetto una norma diversa, con conseguente incompatibilità tra tale effetto, per l'appunto, «additivo» e il disposto della distinta norma non – formalmente – investita dalla decisione d'accoglimento, cfr. Cass., 16 novembre 1973, n. 3056).

libertà contrattuale, canone che gioca un ruolo decisivo all'interno dei contratti della crisi coniugale e, dall'altro, al carattere eminentemente disponibile dei diritti in gioco ⁽⁶³⁸⁾.

Strettamente legati a tali considerazioni sono i rilievi che si possono svolgere in merito all'individuazione del supporto causale delle attribuzioni in oggetto e, più in generale, dei contratti della crisi coniugale. In questa sede sarà sufficiente ricordare che fondamentale al riguardo è il rilievo – già mosso in dottrina di fronte ad una delle prime pronunce della Cassazione al riguardo ⁽⁶³⁹⁾ – secondo cui l'equiparazione dell'autonomia concessa ai coniugi a quella generalmente riconosciuta ai privati non può certo portare ad attribuire ai primi «maggiore libertà di determinazione di quanta l'ordinamento ne riconosca in generale a tutti i privati nei loro reciproci rapporti» ⁽⁶⁴⁰⁾. Se è vero quindi che – come autorevolmente sottolineato ⁽⁶⁴¹⁾ – alla causa, quale elemento essenziale del contratto in generale, spetta il compito di «giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro», è proprio alla presenza di tale requisito che, anche nella materia in esame, deve ritenersi condizionata la validità di qualsiasi attribuzione patrimoniale, reale od obbligatoria, in sede di crisi coniugale. In materia di atti traslativi, poi, l'ordinamento non s'accontenta della mera *esistenza* del requisito causale. Esso sembra infatti pretendere che tale elemento *risulti* anche, in maniera esplicita o implicita, dal negozio in questione ⁽⁶⁴²⁾.

Poste queste premesse, occorre constatare che risulta assai più agevole definire «in negativo», che non «in positivo», il supporto causale delle attribuzioni qui in discussione e, più in generale, di quelli che lo scrivente ha in altra sede definito «contratti della crisi coniugale». Invero, se vi è un punto che sembra trovare concordi la giurisprudenza – tanto di legittimità che di merito – e la dottrina, questo è costituito dalla corale negazione (quanto meno in linea tendenziale) del carattere liberale delle attribuzioni effettuate *ex uno latere* in occasione di separazione o divorzio, in quanto configuranti atti in cui non sono ravvisabili non solo l'*animus donandi*, ma neppure il titolo gratuito.

Per ciò che attiene alla giurisprudenza, va detto che, nei casi più risalenti, la materia del contendere era sovente determinata dal desiderio di un coniuge di recuperare l'attribuzione effettuata (o dal rifiuto di darvi esecuzione), allegando la nullità della medesima per violazione della norma che vietava le donazioni tra coniugi (art. 781 c.c.). Nelle decisioni più recenti, venuta meno tale ragione d'impugnazione, l'argomento della nullità è presentato invece – allorché si tratta di meri impegni a trasferire diritti – sotto il profilo della nullità della promessa di donazione, facendo dunque valere quella tesi dottrinale ⁽⁶⁴³⁾, cara ai giudici di legittimità ⁽⁶⁴⁴⁾, secondo cui la coazione all'adempimento contrasterebbe con la spontaneità che deve caratterizzare la liberalità *ex art. 769 c.c.* Nelle ipotesi di donazione definitiva, poi, si lamenta per lo più il mancato rispetto della forma solenne prescritta dagli artt. 782 c.c. e 48, l. notar.

L'esposizione dei precedenti giurisprudenziali al riguardo si trova nelle trattazioni specifiche della materia, cui si fa rinvio: in questa sede basti ricordare che l'esclusione della natura non solo di donazione, bensì anche *lato sensu* liberale (ancorché non donativa) dei contratti in discorso è assolutamente pacifica, pur non potendosi escludere l'ammissibilità, in taluni casi isolati, di donazioni definibili come «postmatrimoniali», cioè caratterizzate dalla presenza di un motivo da individuarsi nell'intenzione delle parti di considerare la medesima alla stregua di una delle «condizioni» della separazione e del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale.

⁽⁶³⁸⁾ Sul tema si fa rinvio a OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 3 ss.

⁽⁶³⁹⁾ Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, cit.

⁽⁶⁴⁰⁾ Cfr. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 483 s.; nello stesso ordine di idee v. anche MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 409 ss. e, successivamente, DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 5 ss.; DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, cit., p. 19 s.

⁽⁶⁴¹⁾ Cfr. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 573.

⁽⁶⁴²⁾ Si vedano al riguardo, a titolo d'esempio, le due seguenti decisioni: Cass., 21 giugno 1965, n. 1299, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 214 con nota di BONDONI; in *Foro pad.*, 1966, I, c. 18; in *Foro it.*, 1966, I, c. 504; in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 1412; in *Giust. civ.*, 1965, I, p. 2021; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506, con nota di CARINGELLA; in *Corr. giur.*, 1993, p. 174, con nota di V. MARICONDA; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2759, con nota di BATTAGLIA; in dottrina v., anche per i richiami ulteriori, SACCO, *Il contratto*, cit., p. 581; BOZZI, *Note preliminari sull'ammissibilità del trasferimento astratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 214 ss.

⁽⁶⁴³⁾ TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 243; *contra* v. però MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 21; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 1993, p. 268.

⁽⁶⁴⁴⁾ Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702, con nota di DI LALLA; cfr. inoltre Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 935; Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726.

7. Causa, cause e motivi dei trasferimenti attuati nel contesto di un contratto della crisi coniugale.

L'esclusione, in linea di massima, di ogni intento di liberalità in capo alle parti di un contratto della crisi coniugale potrebbe indurre a ricercare, sul versante opposto, la giustificazione causale delle attribuzioni in oggetto nella necessità di adempiere all'obbligo legale di mantenimento previsto dagli artt. 156 c.c. e 5, c. 6, l.div. ⁽⁶⁴⁵⁾. Peraltro la tesi della *causa solutionis* va incontro ad alcuni rilievi di cui non è certo agevole sbarazzarsi.

In primo luogo, infatti, appare difficilmente contestabile quanto osservato in dottrina sul fatto che, in pratica, assai raramente, nei contratti di cui qui si discute, le parti fanno espresso richiamo alla *causa praeterita* (o causa esterna) – intesa, appunto, nel senso del (preesistente) obbligo legale di mantenimento – delle attribuzioni effettuate o previste, cosa che invece appare necessaria al fine di evitare la nullità di un negozio che, altrimenti, risulta privo di ogni giustificazione ⁽⁶⁴⁶⁾. Ma, anche a volere ammettere che le parti menzionino sempre *expressis verbis* il proprio intento di adempiere, con le prestazioni previste, alle obbligazioni *ex artt. 156 o 5 l.div.*, resta il fatto che l'affermata funzione solutoria non esisterebbe, con conseguente nullità dell'attribuzione compiuta, qualora quest'ultima fosse attuata in favore del coniuge cui tali diritti non dovessero competere ⁽⁶⁴⁷⁾. Al *tradens* sarebbe dunque concesso, nei limiti della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitto, riottenere il bene trasferito dimostrando che l'*accipiens* non versava nelle condizioni descritte dalle norme citate, salva restando la prova (veramente... diabolica) da parte di quest'ultimo dell'esistenza di un'altra idonea causa.

E' chiaro, poi, che, a prescindere dal richiamo operato alla precedente obbligazione, tale vincolo dovrebbe comunque imprescindibilmente esistere e, come tale, esso dovrebbe essere sempre stato previamente determinato nel suo preciso ammontare, vuoi da una decisione giudiziale, vuoi da un'intesa delle parti. E proprio questo elemento è quello che, il più delle volte, fa difetto nel caso di specie ⁽⁶⁴⁸⁾.

⁽⁶⁴⁵⁾ Del resto, proprio ad una «funzione solutoria» riconnessa all'adempimento dell'obbligo legale di mantenimento fanno richiamo alcune pronunzie della Cassazione. Tra queste, Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. fam.*, 1993, p. 70 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808, con nota di SINESIO menziona a proprio sostegno quattro precedenti, di cui veramente in termini sono esclusivamente due (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, p. 922 e Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, su cui v. *infra*, § 17).

⁽⁶⁴⁶⁾ DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 279 s.

⁽⁶⁴⁷⁾ A identiche conclusioni giunge BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a Cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 344, 359, facendo però applicazione della disciplina della novazione – art. 1234 c.c. – con riguardo alla liquidazione *una tantum* dell'assegno di divorzio.

⁽⁶⁴⁸⁾ In stretto collegamento con la teoria del negozio solutorio e delle possibili obiezioni a questo va vista la tesi di chi ha proposto di ricorrere ad un'apposita categoria negoziale, costituita dai «negozi determinativi del contenuto di obblighi legali». Con tali atti, in particolare, le parti dovrebbero: (a) verificare ed accertare situazioni di fatto e circostanze considerate rilevanti nel diritto; (b) prendere atto che le predette circostanze danno luogo al concretizzarsi di obblighi legali puntualizzati verso le loro persone; (c) determinare il contenuto di tali obblighi legali, assumendo la posizione del debitore e del creditore e specificando il contenuto della prestazione (RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam.*, 1989, p. 1088 s.). La tesi non sembra però trovare un chiaro fondamento nelle norme di diritto positivo; essa inoltre – come ammesso dalla stessa dottrina che l'ha propugnata – appare strettamente collegata a quella, piuttosto controversa, del negozio d'accertamento. Ora, a parte tale constatazione, resta comunque da dire che l'effetto limitatamente preclusivo che, a detta della stessa opinione qui esposta, sarebbe normalmente riconnesso alle attribuzioni in esame – «ritrattabili» non già sulla base della discrepanza tra la valutazione operata dalle parti e quella prevista dalla legge, ma solo per effetto di circostanze sopravvenute – sembra poco conciliabile proprio con quel carattere meramente dichiarativo che, secondo l'impostazione tradizionale, avallata da una certa giurisprudenza, soprattutto in materia di diritti reali, dovrebbe caratterizzare il negozio d'accertamento. Né le cose cambierebbero se si volesse riconoscere che talora anche il negozio d'accertamento può sortire effetti dispositivi, tanto più in una materia come quella della determinazione di un obbligo di fonte, sì, legale, ma dalla legge ancorato a parametri di assai difficile valutazione. L'adozione di tale ipotesi ricostruttiva comporta poi il serio rischio che le posizioni piuttosto rigide assunte al riguardo da una parte della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto di quella più recente, inducano ad assumere un atteggiamento, se non pregiudizialmente contrario, comunque tale da sconsigliare, in pratica, la conclusione di siffatti negozi di trasferimento. Il riferimento è qui, tanto per essere chiari, alla tesi che vedrebbe questi atti – pure ritenuti in linea di massima come ammissibili – sottoposti alla possibilità di una revisione in ogni tempo non solo (si badi) alla luce dei principi in tema di clausola *rebus sic stantibus*, ma addirittura anche per effetto di una «motivata denuncia dei motivi di illegalità (per violazione degli inderogabili principi di solidarietà e parità sanciti nella costituzione) che,

Un altro argomento, strettamente legato a quello della disponibilità dei diritti in questione, concerne la transazione, negozio cui si è istintivamente portati a pensare, laddove si ponga mente al fatto che le particolari circostanze in cui matura solitamente la decisione di addivenire ad un contratto della crisi coniugale inducono a ritenere la presenza di una *res litigiosa*, piuttosto che di una *res dubia* ⁽⁶⁴⁹⁾. Il richiamo alla transazione, per il vero, appare più ricorrente ed insistente in giurisprudenza che non in dottrina ⁽⁶⁵⁰⁾. In realtà, l'obiezione fondamentale, per effetto della quale occorre concludere che, almeno di regola, i negozi traslativi e, più in generale, i contratti della crisi coniugale si sottraggono alla causa transattiva, deriva dall'impossibilità (quanto meno in linea di massima) di riscontrare, negli accordi in oggetto, la presenza di concessioni reciproche ⁽⁶⁵¹⁾. Ciò si verifica, in maniera più che evidente, in tutti gli accordi nei quali si prevede l'unilaterale trasferimento di diritti su uno o più beni mobili o immobili; la stessa osservazione vale però anche con riguardo a tutte quelle pattuizioni che si limitano a stabilire l'erogazione d'un assegno da una parte all'altra, senza che la struttura stessa del negozio manifesti (come si è messo in evidenza poco sopra) la

sebbene non rilevati, inficiavano gli accordi già al tempo della separazione» (LISERRE, *op. cit.*, p. 490; per considerazioni *lato sensu* analoghe, in ordine però alla somma costituente la capitalizzazione *una tantum* dell'assegno di divorzio, con conseguente possibilità, concessa al tribunale, di negare rilievo all'accordo assunto dai coniugi *ex art. 5, ottavo comma, l.div.* cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, p. 217 s.). Con il che è evidente che una siffatta possibilità di revisione annullerebbe – in maniera sicuramente più devastante della clausola *rebus sic stantibus* – uno dei vantaggi che i contraenti si ripromettono di ottenere, vale a dire quello di definire una volta per tutte le «pendenze» in atto al momento della crisi coniugale.

Naturalmente, nulla esclude che, in presenza dei requisiti sopra illustrati, anche tra coniugi in fase di crisi coniugale il contratto postmatrimoniale acquisti una valenza solutoria di determinate obbligazioni preesistenti e predeterminate, come avverrebbe, per esempio, nel caso in cui un coniuge, obbligato per sentenza di separazione a corrispondere un certo assegno all'altro, s'accordasse con quest'ultimo per la consegna mensile di beni di valore corrispondente alle prestazioni pecuniarie: ben si potrà parlare dunque, in questa ipotesi, di negozio solutorio (o di contratto con funzione solutoria, o di *datio in solutum*, a seconda dei casi) postmatrimoniale, ovvero di negozio solutorio caratterizzato da un «motivo postmatrimoniale» (per approfondimenti sui temi accennati nella presente nota si rinvia a OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 160; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 667 ss.).

⁽⁶⁴⁹⁾ Nel senso che sulla presenza della *res dubia* ovvero della *res litigiosa* si dovrebbe fondare la distinzione tra negozio d'accertamento e transazione cfr., anche per ulteriori riferimenti, COSTANZA, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Cendon, IV, 2, Torino, 1991, p. 1791.

⁽⁶⁵⁰⁾ In una pronuncia di legittimità emessa nel 1991 l'oggetto della decisione concerneva un accordo traslativo inserito dai coniugi separandi in un insieme di pattuizioni (definite, complessivamente, come transazione) relative ad un procedimento di separazione personale e ad altri procedimenti giudiziari connessi. A tale negozio viene attribuita la natura di «modalità del più ampio accordo transattivo raggiunto tra i coniugi nell'ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione» (Cfr. Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787; in *Corr. giur.*, 1991, 891, con nota di CAVALLO). La relativa massima risulta dunque confezionata nei seguenti termini: «L'accordo con il quale i coniugi pongono consensualmente termine alla convivenza può anche riguardare rapporti non immediatamente riferibili, né collegati in relazione causale al regime di separazione o ai diritti ed agli obblighi del perdurante matrimonio (cosiddette convenzioni familiari caratterizzate da un sostanziale parallelismo di volontà ed interessi) e pertanto può anche consistere in una transazione, ove ne rispecchi i requisiti di forma e di sostanza, sempre che non comporti una lesione di diritti inderogabili». In tempi meno remoti la medesima Corte (Cass., 12 aprile 1994, n. 4647) ha ribadito il principio secondo cui «Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 cod. civ., la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti)».

⁽⁶⁵¹⁾ OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 160; per un approfondimento del concetto di «concessioni reciproche» si rinvia per tutti a D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 192 ss.; PALAZZO, *La Transazione*, in *Tratt. Rescigno*, 13, Torino, 1985, p. 303 ss.; VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1986, p. 216 ss.; DEL PRATO, *La transazione*, Milano, 1992, 26 ss.; in giurisprudenza v. da ultimo Cass., 19 marzo 1999, n. 2526, in *Contratti*, 1999, p. 1113, con nota di ROMEO.

presenza di un contrasto attuale su contrapposti interessi delle parti e che sia risolto con la tecnica dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*⁽⁶⁵²⁾.

Una volta scartate le ipotesi prospettate, potrebbe immaginarsi – aderendo a stimoli provenienti da autorevole e ormai risalente dottrina⁽⁶⁵³⁾, nonché da una parte della giurisprudenza⁽⁶⁵⁴⁾ – di puntare sulla tesi del contratto atipico. Ma, se si tiene conto del carattere di *negoziazione globale* che la coppia in crisi attribuisce al momento della «liquidazione» del rapporto coniugale, di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la convivenza protratta per anni genera, v'è da chiedersi se, in luogo di una miriade di possibili accordi innominati, non sia possibile tentare di intraprendere un'opera ricostruttiva che faccia perno sull'individuazione di una vera e propria causa tipica del negozio patrimoniale della crisi coniugale, di un vero e proprio contratto, cioè, di definizione della crisi coniugale o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali. Tale negozio dovrebbe abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali compiuti, con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale, ancorché non necessariamente in seno ad una separazione consensuale, ben potendo intervenire, oltre che nei casi di separazione legale, annullamento, scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche in relazione ad una separazione di fatto, oppure ancora in vista di una possibile crisi coniugale, addirittura prima della celebrazione delle nozze.

L'ipotesi sembra avvalorata dalla stessa terminologia impiegata dal legislatore, laddove esso si riferisce alle «condizioni della separazione consensuale» (art. 711 c.p.c.), e alle «condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici» in sede di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, c. 13, l.div.). Ora, una lettura coordinata delle predette disposizioni, alla luce di quella giurisprudenza ormai costante del S. C. a mente della quale ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali⁽⁶⁵⁵⁾, consente di attribuire a quel complemento di specificazione («della separazione») valore non più solo soggettivo, bensì anche oggettivo. In altri termini, «condizioni della separazione» non sono soltanto quelle «regole di condotta» destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale; e tra queste ultime non può non rientrare l'assetto, il più possibile definitivo, dei propri rapporti economici, con la liquidazione di tutte le «pendenze» ancora eventualmente in atto).

Ad avviso di chi scrive, dunque, dal momento che l'intento principe delle parti è quello di sistemare *definitivamente e in considerazione della crisi coniugale* le «pendenze» che un più o meno lungo periodo di vita comune ha determinato, sembra più appropriato parlare di una *causa tipica di definizione della crisi coniugale* o, se si vuole essere più corretti, ancorché meno efficaci sotto il profilo espressivo, di una *causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale*. Ad un siffatto negozio tipico – tipico, appunto, in quanto previsto e disciplinato da apposite disposizioni (i già citati artt. 711 c.p.c. e 4, c. 13, l.div.) – potrebbe attribuirsi anche il nome di *contratto tipico della crisi coniugale* o di *contratto postmatrimoniale*. Di tale contratto i negozi traslativi di cui qui discorriamo costituiscono una peculiare tipologia.

Avuto riguardo, dunque, al profilo causale e secondo quanto già chiarito in altra sede⁽⁶⁵⁶⁾ *i contratti della crisi coniugale – e, per ciò che attiene al tema specifico della presente ricerca, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi – sono quelli che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale, o contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo «postmatrimoniale», rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle «condizioni» della separazione o*

⁽⁶⁵²⁾ Quanto sopra esposto non impedisce che in concreto, caso per caso, un contratto concluso in occasione della crisi coniugale possa rivelare la presenza della causa *transactionis*, come ammesso dalla stessa dottrina che pure nega la possibilità di ravvisare in linea di massima la presenza di una siffatta ragione giustificatrice nei negozi traslativi di diritti in sede di separazione o di divorzio (così DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 270), purché gli estremi della figura negoziale disciplinata dagli artt. 1965 ss. siano riconoscibili (per approfondimenti sul tema cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 106 ss.).

⁽⁶⁵³⁾ JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 530.

⁽⁶⁵⁴⁾ Per i richiami cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 696 ss.

⁽⁶⁵⁵⁾ Cfr. per esempio Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, cit.; Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, cit.; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam.*, 1994, p. 563; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Dir. fam.*, 1994, p. 868.

⁽⁶⁵⁶⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 709 s.

del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale ⁽⁶⁵⁷⁾.

L'impostazione, proposta alcuni anni or sono per la prima volta dallo scrivente, sembra essere stata recepita da una sentenza del 2004 della Corte di legittimità, la quale ha stabilito che «Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'actio revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale" (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo in quanto tale da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di "donazione" vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto quello della separazione personale caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua "tipicità" propria la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza o meno nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale» ⁽⁶⁵⁸⁾.

Va però riconosciuto che, successivamente all'arresto appena citato, la Corte Suprema ha preferito tornare alla figura del contratto atipico ⁽⁶⁵⁹⁾. Dovrà però ancora aggiungersi che, in senso contrario alla configurabilità di una causa tipica per i contratti della crisi coniugale non sembra possa addursi l'argomento secondo cui la legge non detterebbe «una sia pur minima disciplina della fattispecie» ⁽⁶⁶⁰⁾. Sul punto si potrà rilevare come per gli accordi in oggetto, costituenti a tutti gli effetti (e come più volte ribadito) condizioni della separazione o del divorzio, saranno applicabili tutte le regole per queste ultime dettate dal codice civile, così come da quello di rito (e, in misura ben maggiore, quelle elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza). Ne consegue che, ad esempio, per siffatto tipo di intese varrà, sul piano degli effetti, il principio della sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus*, peraltro derogabile, ad avviso dello scrivente, sulla base dell'accordo delle parti ⁽⁶⁶¹⁾; tali contratti, poi, dovranno intendersi come efficaci *ex art.* 158 c.c. (salvo patto contrario) al momento dell'omologa della separazione (o della pronuncia della sentenza di divorzio). Ancora, sul piano della forma, varrà il principio per cui questi accordi, costituendo oggetto del contenuto eventuale dell'intesa di separazione, potranno essere inseriti a verbale d'udienza di separazione consensuale (art. 158 c.c. e 708 c.p.c.) o di divorzio su domanda congiunta (art. 4, sedicesimo comma, l.div.), che costituisce atto pubblico a tutti gli effetti (art. 2699 c.c.), con tutte le relative conseguenze previste dalle disposizioni in tema di pubblicità mobiliare ed immobiliare (art. 2657 c.c.) e dalla normativa fiscale (art. 19, l. 74/1987) ⁽⁶⁶²⁾.

8. Tipologia dei negozi in oggetto.

Per ciò che riguarda la tipologia degli atti in oggetto, il trasferimento può concretamente avvenire in due sedi distinte, ciascuna delle quali dà luogo a problemi suoi propri: quella giudiziale e quella stragiudiziale. Atto traslativo in sede giudiziale è quello che i coniugi pongono in essere dinanzi al giudice, nel verbale di separazione giudiziale redatto nel corso dell'udienza *ex art.* 711 c.p.c., oppure in quello di

⁽⁶⁵⁷⁾ Si noti che aderire alla tesi della causa tipica (giusfamiliare) comporta, tra l'altro, che i contratti della crisi coniugale vadano ascritti al novero di quelli che, *ex art.* 11, d.lgs. 70/2003, sono sottratti alla disciplina che ha recepito la normativa comunitaria in tema di commercio elettronico, dal momento che l'art. cit. richiama espressamente i «contratti disciplinati dal diritto di famiglia».

⁽⁶⁵⁸⁾ Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1026.

⁽⁶⁵⁹⁾ Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189; Cass., 24 aprile 2007, n. 9863.

⁽⁶⁶⁰⁾ Così invece P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 627.

⁽⁶⁶¹⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 473 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 45 ss., 203 ss.

⁽⁶⁶²⁾ Profili, questi, su cui v. per tutti OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 163 ss., 166 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1267 ss., 1327 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 167 ss., 195 ss., 283 ss.; ID., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, p. 181 ss. e ora anche P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 622 ss.

comparizione dinanzi al collegio nella procedura su domanda congiunta, ai sensi dell'art. 4, c. 16, l.div. L'atto traslativo in sede stragiudiziale si compie invece al di fuori di questo contesto, sovente in adempimento di un impegno a trasferire assunto nella fase giudiziale ⁽⁶⁶³⁾.

In un apposito lavoro sull'argomento si è avuto modo di esaminare in dettaglio l'evoluzione giurisprudenziale sul tema ⁽⁶⁶⁴⁾. In questa sede potrà solo riassuntivamente rammentarsi che l'ammissibilità dei trasferimenti *in sede* (e non solo *in occasione*) di separazione e divorzio era stata riconosciuta ⁽⁶⁶⁵⁾ non soltanto in relazione a negozi aventi efficacia meramente *obbligatoria*, bensì anche a casi di atti *immediatamente traslativi*, a cominciare da una decisione di legittimità ⁽⁶⁶⁶⁾ che, già nel 1941, aveva ammesso la possibilità di inserire una donazione nel verbale di separazione consensuale, per passare a Cass., 12 giugno 1963, n. 1594 ⁽⁶⁶⁷⁾, che aveva consentito (quanto meno in astratto) la creazione di un diritto reale d'abitazione in un verbale di separazione (redatto, addirittura, nel 1920), per continuare con la successiva Cass., 7 giugno 1966, n. 1495 ⁽⁶⁶⁸⁾, che si era venuta a collocare nel medesimo ordine d'idee. Diversi anni più tardi, Cass., 11 novembre 1992, n. 12110 ⁽⁶⁶⁹⁾ aveva poi avallato l'interpretazione, alla stregua di un vero e proprio negozio traslativo, della dichiarazione contenuta nel verbale di separazione personale consensuale con la quale era stata a suo tempo riconosciuta al marito la proprietà esclusiva di un appartamento, confermando la valutazione dei giudici di secondo grado, secondo cui «tale riconoscimento, lungi dall'esprimere, come ritenuto dal Tribunale, una mera dichiarazione di scienza (...), configurava invece una volontà negoziale attributiva di tal bene al [marito] nel quadro di un complessivo regolamento di interessi che fra l'altro prevedeva ad esclusivo carico di costui il pagamento del prezzo (ancora in larga parte da versare) dell'appartamento».

Si noti che in quello stesso anno la Cassazione – tornando sul problema della distinzione degli atti in oggetto rispetto alla donazione – riconobbe anche validità agli accordi traslativi, anche se rivolti a disciplinare una mera separazione di fatto, in quanto «causalizzati dalla funzione solutoria (causa soggettiva o concreta) (...) ancorché strutturati in modo da non incorporare, attesa la unilateralità dell'attribuzione (...), la propria causa funzionale (causa oggettiva)» ⁽⁶⁷⁰⁾.

Ma è nel 1997 che la Corte di cassazione, occupandosi di un accordo concernente il diritto di proprietà su di un immobile, inserito in un verbale di separazione consensuale, affronta anche *ex professo* i profili concernenti, più specificamente, la natura di atto pubblico del verbale e la sua idoneità a costituire titolo per la trascrizione ⁽⁶⁷¹⁾, affermando che «Sono pienamente valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento. Il suddetto accordo di separazione, in quanto inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ., e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo l'omologazione che lo rende efficace, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 cod. civ., senza che la validità di trasferimenti siffatti sia esclusa dal fatto che i relativi beni ricadono nella comunione legale tra

⁽⁶⁶³⁾ Naturalmente il termine «giudiziale» è qui inteso non nel senso in cui la separazione giudiziale viene contrapposta a quella consensuale, ma unicamente per denotare il particolare tipo di occasione in cui l'atto traslativo si opera, caratterizzata dalla presenza del giudice (sul carattere comunque giurisdizionale dell'attività di volontaria giurisdizione, tema che non può essere qui sviluppato, si fa rinvio per tutti a PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.), fermo restando che non è il provvedimento giurisdizionale, bensì la volontà delle parti ad operare gli effetti traslativi dalle stesse perseguiti. Si noti poi che, anche con riguardo ai trasferimenti non effettuati di fronte al giudice può porsi una successiva fase giudiziale (e questa volta l'aggettivo «giudiziale» denota veramente la presenza di un procedimento contenzioso!), allorquando l'obbligato si rifiuti di adempiere all'impegno traslativo in precedenza assunto.

⁽⁶⁶⁴⁾ OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 69 ss.

⁽⁶⁶⁵⁾ Contrariamente a quanto asserito da ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 391.

⁽⁶⁶⁶⁾ Cass., 4 febbraio 1941, n. 345.

⁽⁶⁶⁷⁾ Cass., 12 giugno 1963, n. 1594.

⁽⁶⁶⁸⁾ Cass., 7 giugno 1966, n. 1495.

⁽⁶⁶⁹⁾ Cass., 11 novembre 1992, n. 12110.

⁽⁶⁷⁰⁾ La massima della pronunzia recita pertanto: «Il patto fra coniugi con il quale si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento non integra donazione stante la predetta funzione solutoria; tale patto peraltro deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordi di separazione di fatto alla stregua della liceità di tali accordi pur se non idonei a produrre gli effetti della separazione legale» (Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, cit.).

⁽⁶⁷¹⁾ Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, p. 417, con nota di CARAVAGLIOS; in *Riv. notar.*, 1998, II, p. 171, con nota di GAMMONE.

coniugi»⁽⁶⁷²⁾. L'importanza di tale *leading case* è stata adeguatamente illustrata in altra sede⁽⁶⁷³⁾; qui preme solo ricordare che esso è stato sempre seguito dalla giurisprudenza successiva di legittimità⁽⁶⁷⁴⁾.

Potranno così menzionarsi quelle numerose decisioni rese in materia fiscale che, discettando dell'applicabilità dell'art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74, hanno sempre dato per scontata la piena validità degli atti traslativi in oggetto⁽⁶⁷⁵⁾. Ad esse dovranno aggiungersi quelle pronunzie che, di volta in volta, hanno affermato la trasmissibilità in capo agli eredi dell'ex coniuge defunto dell'obbligazione di procedere al trasferimento, in capo all'altro ex coniuge, del diritto di proprietà sull'immobile oggetto dell'intesa di divorzio⁽⁶⁷⁶⁾, ovvero riconosciuto carattere tipico negli accordi traslativi di cui si discute⁽⁶⁷⁷⁾, ovvero ancora ribadito l'ammissibilità di un trasferimento in favore della prole⁽⁶⁷⁸⁾, estendendo anche a tale ultimo tipo di negozio le esenzioni fiscali di cui al citato art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74⁽⁶⁷⁹⁾.

9. Soggetti e oggetto dei trasferimenti. Rinvio.

Venendo ora a dire brevemente dei soggetti dei trasferimenti patrimoniali in discorso potrà notarsi come tali attribuzioni vengano normalmente effettuate da un coniuge nei riguardi dell'altro. Peraltro non è affatto raro il caso in cui un genitore compia (o prometta) un trasferimento in favore di uno o più figli.

⁽⁶⁷²⁾ La lettura della motivazione per esteso evidenzia che i temi affrontati dalla Corte Suprema vanno ben al di là di ciò che la massima ufficiale lascia trasparire. Sintetizzando per sommi i capi i molteplici punti trattati, può dirsi che la Cassazione, oltre ad affermare la natura di atto pubblico del verbale di separazione consensuale anche ai fini della trascrizione in merito agli atti di trasferimento di diritti immobiliari in esso eventualmente contenuti, ribadisce i seguenti principi di diritto: (a) Carattere negoziale della separazione consensuale, intesa come «negozio di diritto familiare»; (b) Distinzione tra contenuto necessario e contenuto eventuale dell'accordo di separazione; (c) Individuazione della causa delle intese in oggetto nella finalità di «regolare l'assetto economico dei rapporti tra coniugi in conseguenza della separazione»; (d) Possibilità di inserire nel verbale redatto dinanzi al presidente del tribunale ogni intesa ritenuta dai coniugi stessi necessaria in relazione all'accordo di separazione; (e) Idoneità del verbale di separazione consensuale a recepire non solo negozi traslativi a titolo oneroso, ma anche «trasferimenti gratuiti», con un'apertura, dunque, alla possibilità di inserimento di donazioni; (f) Possibilità che, in sede di scioglimento della comunione legale, i coniugi pattuiscono esclusioni di beni dalla comunione medesima, a condizione che ciò avvenga con effetto a decorrere dal momento in cui la comunione avrà cessato d'esistere; (g) Automatica sottoposizione dell'accordo di separazione, anche nella parte contenente trasferimenti immobiliari, all'omologazione, con la conseguenza che in esso i coniugi ben possono disporre di diritti su beni della comunione, posto che gli atti traslativi prendono effetto nel momento in cui la comunione cessa d'esistere; (h) Presentazione di un dubbio (anche se a livello di mero *obiter*, dubbio comunque superato oggi dalla sentenza 10 maggio 1999, n. 154 della Corte costituzionale) circa l'effettiva sottoponibilità degli atti in oggetto al regime fiscale favorevole di cui all'art. 8, lett. f) d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131.

⁽⁶⁷³⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 85 ss.

⁽⁶⁷⁴⁾ Cfr. Cass., 30 agosto 1999, n. 9117: «E' valida ed efficace la clausola di accordo di separazione sia che riconosca a uno o a entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di singoli beni mobili o immobili, sia che ne operi il trasferimento in favore di uno di loro al fine di assicurarne il mantenimento, e sia, ancora, che impegni uno dei coniugi a compiere quel trasferimento al fine di provvedere al mantenimento della prole. (Nel caso di specie la moglie aveva chiesto la divisione di un immobile la cui quota di comproprietà essa si era però in precedenza, in sede di verbale di separazione consensuale, impegnata a trasferire alla figlia, maggiorenne, ma non autosufficiente. La C.S. conferma le decisioni di merito che avevano rigettato la domanda dell'attrice, trasferendo *ex art.* 2932 c.c. in capo alla figlia, volontariamente intervenuta nel giudizio tra i genitori, la quota di comproprietà della madre)». «Appare congruamente motivata la decisione della corte di merito che, in forza della interpretazione dell'accordo di separazione, fondata su una applicazione delle regole ermeneutiche dei contratti, applicabili in via di principio anche agli altri negozi (art. 1324 c.c.), e con argomentazione coerente sul piano logico, escluda che l'impegno assunto dalla moglie in sede di separazione consensuale di trasferire una quota di comproprietà ad un figlio maggiorenne ma non autosufficiente sia riconducibile alla donazione, afferendo invece tale impegno, per suo stesso oggetto e sede di assunzione, alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, finalizzato specificamente all'adempimento dell'obbligo proprio della moglie al mantenimento della prole, cui si correlava quello omologo del marito» (massime non ufficiali).

⁽⁶⁷⁵⁾ Cfr. ad es. Cass., 12 maggio 1999, n. 4716; Cass., 12 maggio 2000, n. 6065; in *Fam. dir.*, 2000, p. 437; Cass., 17 febbraio 2001, n. 2347; Cass., 3 dicembre 2001, n. 15231; Cass., 22 maggio 2002, n. 7493; Cass., 14 maggio 2003, n. 7437.

⁽⁶⁷⁶⁾ Cfr. Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Dir. fam.*, 2004, p. 66.

⁽⁶⁷⁷⁾ Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, cit.

⁽⁶⁷⁸⁾ Cfr. Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, su cui v. § 17.

⁽⁶⁷⁹⁾ Cfr. Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, su cui v. § 17.

Questo peculiare tema merita un'attenzione particolare, per cui ad esso verranno dedicati alcuni appositi §§ del presente lavoro, cui si fa pertanto rinvio ⁽⁶⁸⁰⁾.

Sempre restando in tema di possibili soggetti dei trasferimenti, non è neppure da escludersi che se, seguendo l'indirizzo che pare oggi profilarsi come prevalente, si ammette la possibilità di estendere l'usuale contenuto degli accordi di separazione e divorzio anche ad accordi non direttamente rivolti a regolare gli aspetti più tipici della «vita da separati» o «da divorziati», purché ascrivibili alla categoria delle «condizioni della separazione», si possa arrivare ad ipotizzare, ad esempio, un trasferimento di alcuni beni mobili attuato in via transattiva da parte di un coniuge a favore dei creditori dell'altro, magari in cambio di una reciproca concessione da parte del coniuge debitore all'autore del trasferimento.

Per ciò che attiene, invece, all'oggetto dei trasferimenti andrà detto che rilevano, sotto questo profilo, non soltanto gli atti traslativi della proprietà o di altri diritti reali, ovvero di quote di comunione su tali diritti, relativi a qualsiasi tipo di beni (immobili, mobili registrati e non, universalità di mobili ⁽⁶⁸¹⁾, titoli di credito, ecc.), ma anche quelli aventi ad oggetto la costituzione di *iura in re aliena*; negozi, questi ultimi, che la giurisprudenza tende a parificare agli atti traslativi. Potrà citarsi, proprio con riguardo alla costituzione di diritti reali minori, la vicenda relativa al problema dell'applicabilità agli atti costitutivi di servitù prediali delle disposizioni in tema di compravendita, risolta in senso affermativo dalla giurisprudenza ⁽⁶⁸²⁾. Tra gli *iura in re aliena* che potranno essere costituiti attraverso un contratto della crisi coniugale andranno menzionati i diritti di usufrutto, uso abitazione, mentre non è neppure da escludersi, almeno in teoria, che anche altri diritti reali minori possano venire presi in considerazione nell'ambito di un regolamento pattizio della crisi coniugale: si pensi ad un pegno o ad un'ipoteca concessi a garanzia dell'adempimento di obbligazioni assunte proprio in quella sede. Né infine potrà escludersi, quanto meno in astratto, che il trasferimento abbia ad oggetto situazioni non connotate dalla realtà: si pensi, ad esempio, alla cessione di un credito.

Accennando ora brevemente alla sede dei negozi familiari in oggetto, andrà subito sottolineato come i trasferimenti dei quali fino ad ora ci siamo occupati non trovino la loro collocazione necessaria nel procedimento di separazione o di divorzio. Essi, invero, ancorché conclusi *in occasione* della crisi coniugale, non per ciò solo *debbono* anche essere consacrati *in sede* di procedimento di separazione personale o di divorzio, vale a dire nel relativo verbale d'udienza di comparizione dinanzi al presidente o al collegio. Ciò corrisponde, del resto, al principio più generale secondo il quale, come si è avuto modo di vedere in altra sede, i contratti della crisi coniugale ben possono essere stipulati anche al di fuori di quelle procedure i cui effetti essi sono in qualche modo destinati a disciplinare ⁽⁶⁸³⁾.

La tesi dominante e preferibile conclude peraltro nel senso che «rientra (...) pertinentemente nel contenuto eventuale dell'accordo di separazione ogni statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni, il cui nuovo assetto sia ritenuto dai coniugi stessi necessario in relazione all'accordo di separazione e che il Tribunale – con l'omologazione – non abbia considerato in contrasto con interessi familiari prevalenti rispetto a quelli disponibili di ciascuno di essi» ⁽⁶⁸⁴⁾.

10. Profili formali e pubblicitari.

Venendo ora ai profili di carattere più squisitamente formale vanno ricordate le obiezioni che una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito hanno sollevato circa l'idoneità delle dichiarazioni emesse dalle parti in sede processuale a dispiegare effetti immediatamente traslativi di diritti ⁽⁶⁸⁵⁾. Ora, a parte

⁽⁶⁸⁰⁾ Il tema è stato sviluppato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1143 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 149 ss.

⁽⁶⁸¹⁾ Sul punto cfr. Trib. Bolzano, 15 dicembre 1967, in *Rep. Giur. it.*, 1968, voce «Separazione dei coniugi», 46, in tema di cessione di un'azienda, da parte del marito alla moglie, all'atto della separazione consensuale.

⁽⁶⁸²⁾ Così, in particolare, una prima pronuncia di legittimità (Cass., 29 marzo 1956, n. 915, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1272) ha fatto applicazione diretta alla fattispecie degli artt. 1476, n. 2 e 1478 c.c., mentre una seconda (Cass., 13 gennaio 1977, n. 160, in *Rass. giur. Enel*, 1977, p. 585), pur prendendo le mosse dalla constatazione secondo cui la vendita ha per oggetto il *trasferimento* e non la *costituzione* di un diritto, ha ritenuto analogicamente applicabili gli artt. 1483 e 1485 c.c. (Sul punto cfr. per tutti OBERTO, *Vendita «di cose» e vendita «di diritti» nell'art. 1470*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 532 ss.; ID., *L'oggetto della vendita in generale*, in AA. Vv., *La vendita*, a cura di Bin, I, 2, *La formazione del contratto. Oggetto ed effetti in generale*, Padova, 1999, p. 735 ss., 744 ss.).

⁽⁶⁸³⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 321 ss., II, cit., p. 1407 ss.

⁽⁶⁸⁴⁾ Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit.

⁽⁶⁸⁵⁾ In particolare, dagli artt. 1350, 1376 e 2932 c.c. discenderebbe che con tali atti i soggetti potrebbero soltanto obbligarsi a trasferire la proprietà di beni, mentre l'effetto reale potrebbe prodursi o a seguito della stipula di apposito

il fatto che la previsione, da parte del legislatore, di determinati requisiti o determinati effetti in relazione all'istituto del contratto non esclude certo *a priori* la possibilità che requisiti ed effetti analoghi siano eventualmente richiesti e prodotti con riguardo ad altri tipi di atti negoziali, rimane la constatazione che i negozi di cui qui si discute hanno, precisamente, natura contrattuale. Rilievo, quest'ultimo, che vale anche a confutare la tesi di chi, riferendo gli effetti traslativi al decreto d'omologazione, anziché al consenso delle parti ⁽⁶⁸⁶⁾, vorrebbe trarre argomenti dal carattere tassativo delle norme che attribuiscono effetti costitutivi alle sentenze (art. 2908 c.c.), rilevando come il provvedimento d'omologa non sia ascrivibile a tale novero, in quanto avente appunto la veste di mero decreto, per giunta non dichiarato espressamente idoneo dalla legge a produrre effetti costitutivi.

Nessuna norma, d'altro canto, consente di ritenere che le dichiarazioni negoziali siano limitate (anzi, perfino inibite) nei propri effetti traslativi sol perché emesse in sede processuale o che, addirittura, l'ambito della giurisdizione, ivi compresa quella c.d. volontaria, non potrebbe estendersi anche all'attività di ricevimento di atti negoziali ⁽⁶⁸⁷⁾. Invero, le stesse disposizioni in materia di separazione consensuale evidenziano in maniera clamorosa l'esistenza di (almeno) un caso di ricevimento, da parte di organi giurisdizionali, quali il presidente e il cancelliere, di un atto negoziale, quale sicuramente è l'accordo dei coniugi di vivere separati (così come le relative e conseguenti intese d'ordine personale). Passando, poi, a considerare l'attività contenziosa, basterà citare il caso del verbale di conciliazione giudiziale (artt. 185 c.p.c., 88 disp. att. c.p.c.), il quale ben può contenere, per esempio, una transazione con cui si disponga l'immediato trasferimento di diritti su di uno o più beni, e che, come atto (pubblico) immediatamente traslativo, ben può costituire titolo per la trascrizione ⁽⁶⁸⁸⁾.

Uno degli argomenti con maggiore frequenza addotti dai sostenitori dell'impossibilità di attuare immediate attribuzioni patrimoniali in sede di separazione consensuale investe il problema dell'individuazione della categoria di documento cui ascrivere il relativo verbale d'udienza. Verbale che, come ripetuto più volte, si forma nel corso dell'udienza presidenziale, e che, *ex art. 711, c. 3, c.p.c.*, deve dare atto «del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole» ⁽⁶⁸⁹⁾.

Ora, la norma fondamentale in tema di processo verbale d'udienza è costituita dall'art. 130 c.p.c., che individua nel cancelliere il soggetto cui compete redigere tale documento, ancorché «sotto la direzione del giudice». Ulteriori dati normativi al riguardo sono forniti:

(a) dall'art. 57, c. 1, c.p.c., a mente del quale «il cancelliere documenta a tutti gli effetti, nei casi e nei modi previsti dalla legge, le attività proprie e quelle degli organi giudiziari e delle parti»;

(b) dall'art. 44, disp. att. c.p.c., secondo cui «oltre che nei casi specificamente indicati dalla legge, il cancelliere deve compilare processo verbale di tutti gli atti che compie con l'intervento di terzi interessati. Nel processo verbale fa risultare le attività da lui compiute, quelle delle persone intervenute nell'atto e le dichiarazioni da esse rese»;

(c) dall'art. 126 c. 2 c.p.c., in forza del quale il cancelliere, tra l'altro, deve sottoscrivere il processo verbale, il cui contenuto – ai sensi del primo comma del medesimo articolo – deve comprendere anche «le dichiarazioni ricevute».

negozio traslativo, in ottemperanza alle obbligazioni assunte, ovvero mediante sentenza costitutiva, a norma dell'art. 2932 c.c. Proprio sulla base di tale assunto un giudice di merito ha ritenuto di dover respingere l'istanza di omologazione della separazione consensuale dei coniugi contenente trasferimenti di diritti reali immobiliari (cfr. Trib. Bergamo, 19 ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 216; in *Riv. notar.*, 1985, II, p. 926; nel senso che l'accordo concluso tra i coniugi dinanzi al presidente del tribunale o al collegio potrebbe avere esclusivamente effetto obbligatorio, impegnando i contraenti alla successiva stipula di un atto pubblico definitivo cfr. anche Trib. Firenze, 29 settembre 1989, in *Riv. notar.*, 1992, II, p. 595, con nota di BRIENZA).

⁽⁶⁸⁶⁾ Cfr. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. notar.*, 1990, I, p. 1412; ID., *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. notar.*, 1992, I, p. 604; cfr. inoltre VAGLIO, *Imposta di registro: un caso di evasione di imposta legalizzata*, in *Riv. dir. tribut.*, 1993, p. 436 s.; ID., *Atto giudiziario di assegnazione della casa familiare al coniuge separato o divorziato e imposta di registro*, in *Fisco*, 1994, p. 1933.

⁽⁶⁸⁷⁾ Per la critica cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 167 ss.

⁽⁶⁸⁸⁾ In questo senso cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1966, p. 80; TONDO, *Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3134; per il carattere di atto pubblico e di titolo esecutivo di un verbale di conciliazione giudiziale tra coniugi v. Trib. Firenze, 26 agosto 1987, in *Giur. mer.*, 1988, p. 756, con nota di PAZIENZA.

⁽⁶⁸⁹⁾ Per quanto attiene alle peculiarità del verbale dell'udienza collegiale di divorzio cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 232 ss.

Ve n'è abbastanza, dunque, per indurre la dottrina processualistica più autorevole a ricondurre al cancelliere la «paternità» del verbale d'udienza⁽⁶⁹⁰⁾, relegando la funzione del giudice allo svolgimento di una mera attività di «cooperazione»⁽⁶⁹¹⁾. E' assolutamente incontestabile che, in base alle norme sopra indicate, avuto riguardo alla circostanza che al cancelliere (esattamente come al giudice) compete indubitabilmente la qualifica di pubblico ufficiale, e che lo svolgimento delle formalità relative all'udienza, ivi compresa la stesura del verbale, rientra nell'esercizio di una pubblica funzione (cfr. art. 357 c.p.), vadano riconosciute al verbale le caratteristiche di cui all'art. 2699 c.c., come confermato – con statuizioni di carattere assolutamente generale – dalla giurisprudenza di legittimità, così come dalla dottrina, costanti nel ribadire che gli atti redatti dal cancelliere, o formati con il concorso del cancelliere, nell'ambito delle funzioni a questi attribuite e con l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, costituiscono atti pubblici ai sensi dell'art. ult. cit.⁽⁶⁹²⁾.

Una volta superata anche l'artificiosa distinzione tra «atto pubblico negoziale» e «atto pubblico non negoziale»⁽⁶⁹³⁾ dovrà concludersi che gli accordi tra coniugi aventi effetto traslativo (ovvero costitutivo, modificativo o estintivo) di diritti reali immobiliari sono soggetti a trascrizione *ex art.* 2643 c.c. Per quanto attiene, in particolare, agli accordi conclusi in sede di udienza di separazione consensuale andrà ricordato che il relativo verbale, in quanto atto pubblico a tutti gli effetti (anche con riguardo alle eventuali clausole che dispongano trasferimenti immediati di diritti reali immobiliari), potrà costituire idoneo titolo per l'esecuzione delle formalità pubblicitarie, *ex art.* 2657 c.c.⁽⁶⁹⁴⁾.

Se si ammette – come si è visto – la possibilità che l'intesa traslativa operi in favore della prole e se si riconduce tale ipotesi allo schema negoziale disegnato dagli artt. 1411 ss. c.c.⁽⁶⁹⁵⁾, il verbale di separazione o di divorzio su domanda congiunta dei genitori costituirà titolo idoneo anche con riguardo ad un eventuale trasferimento a favore di uno o più figli. Le serie obiezioni prospettate, da un punto di vista generale, circa la sottoponibilità a pubblicità immobiliare del contratto a favore di terzi⁽⁶⁹⁶⁾ sembrano invero superabili (ma l'argomento non può certo essere adeguatamente sviluppato nella presente sede) ove si ponga mente alla sicura riconducibilità della fattispecie in questione al disposto dell'art. 2643 c.c., riconducibilità che discende dalla citata premessa circa l'idoneità del contratto a favore di terzi a trasferire, modificare o costituire diritti reali (quelli, per l'appunto, cui si riferiscono i nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. cit.) e che determina, quale automatica ed inevitabile conseguenza, l'obbligo⁽⁶⁹⁷⁾ di procedere all'esecuzione della prescritta formalità, senza che gli

⁽⁶⁹⁰⁾ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 216 s.; cfr. inoltre, con specifico riferimento al caso del verbale d'udienza presidenziale in sede di separazione consensuale, ID., *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 343; *contra* GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Artt. 2643-2645-bis, c.c., Milano, 1998, p. 688, secondo cui il cancelliere «non è di certo il pubblico ufficiale che riceve l'atto, sol perché lo scrive sotto dettatura»: ma l'opinione sembra risentire della confusione – stigmatizzata in altre sedi da chi scrive (cfr. OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991, IV, c. 320; ID., *Les éléments de fait réunis par le juge : l'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1998, p. 801) – tra direzione, secondo quanto stabilito *ex art.* 130 c.p.c. e dettatura, secondo una prassi che, sebbene invalsa per effetto della ben nota e sciagurata penuria di mezzi che affligge la giustizia civile, si pone manifestamente *contra legem*.

⁽⁶⁹¹⁾ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 343.

⁽⁶⁹²⁾ Cass., 25 maggio 1966, n. 1344, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 385; in *Foro it.*, 1967, I, c. 803; in *Foro pad.*, 1966, I, c. 1102; in *Riv. notar.*, 1966, II, p. 840: «L'art. 57 cod. proc. civ. attribuisce ai cancellieri funzioni giurisdizionali di documentazione in relazione alle attività proprie degli organi giudiziari e delle parti. Pertanto gli atti redatti dai cancellieri, o formati con il loro concorso, nell'ambito delle funzioni attribuite e con l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, costituiscono atti pubblici, la cui falsificazione deve essere fatta valere mediante querela di falso (nella specie, si trattava del verbale e del registro di udienza e del frontespizio del fascicolo d'ufficio)»; v. inoltre Cass., 7 aprile 1981, n. 1971, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 391 e in *Prev. sociale*, 1981, p. 1421; Cass., 9 marzo 1984, n. 1639; Cass., 8 marzo 1988, n. 2349; Cass., 19 dicembre 1991, n. 13671; in dottrina cfr. CRISCI, *Atto pubblico (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 268 s.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 343; CANDIAN, *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 583; COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 19, I, Torino, 1985, p. 258, nota 16.

⁽⁶⁹³⁾ Su cui v. per una critica OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 181 ss.

⁽⁶⁹⁴⁾ Per i richiami dottrinali e giurisprudenziali cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 195 ss.

⁽⁶⁹⁵⁾ Su cui v. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 154 ss.

⁽⁶⁹⁶⁾ SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 966.

⁽⁶⁹⁷⁾ «Si devono rendere pubblici...», così esordisce la norma citata.

inconvenienti pratici, pur gravi, legati all'eventuale revoca della stipulazione ⁽⁶⁹⁸⁾ possano dispiegare effetto al riguardo ⁽⁶⁹⁹⁾.

Inutile dire che quanto sopra illustrato è riferibile, *mutatis mutandis*, anche alla materia degli accordi in tema di divorzio ⁽⁷⁰⁰⁾. Qui, avuto riguardo al carattere negoziale dell'accordo di divorzio su domanda congiunta ⁽⁷⁰¹⁾, andrà ribadito che gli effetti d'ordine patrimoniale derivano direttamente dal contratto di divorzio concluso dai coniugi, rispetto al quale la pronuncia del tribunale assume il mero carattere di omologa emessa all'esito di un procedimento di controllo sul rispetto delle norme inderogabili del vigente ordinamento. Il tribunale, dunque, di fronte alla pattuizione di un trasferimento in sede di accordi *ex art. 4, c. 16, l.div.* – pattuizione recepita dal verbale dell'udienza collegiale, sicuramente atto pubblico, secondo quanto sopra ampiamente chiarito – si dovrà limitare a «dare atto» dell'intesa intervenuta tra i coniugi, sia in relazione agli impegni di carattere obbligatorio ⁽⁷⁰²⁾, che per quanto concerne gli eventuali trasferimenti direttamente posti in essere in sede di verbale ⁽⁷⁰³⁾, come appare del resto confermato dalla circostanza che il riconoscimento di effetti traslativi (ma il discorso vale anche per i «semplici» effetti costitutivi di rapporti obbligatori) a questo tipo di pronuncia si porrebbe in contrasto con la regola generale espressa dall'art. 2908 c.c. ⁽⁷⁰⁴⁾.

11. Gli accordi di carattere obbligatorio. Generalità. La natura dell'impegno a trasferire.

Si è già accennato al fatto che i trasferimenti di diritti su beni di proprietà dei coniugi possono intervenire, nel corso della crisi coniugale, tanto in sede giudiziale che stragiudiziale. *Possano*, si è detto: sarà infatti opportuno ribadire subito, a scanso d'equivoci, che i contratti traslativi, in quanto poggiati sulla causa di definizione della crisi coniugale, ovvero su di una delle altre cause cui si è fatto cenno ⁽⁷⁰⁵⁾, *non debbono necessariamente* inserirsi in un ambito processuale, tanto più avuto riguardo alla perfetta liceità di intese *a latere* rispetto alle procedure di separazione e di divorzio, per non parlare degli accordi diretti a disciplinare la separazione di fatto. Ricordato al riguardo che nel nostro ordinamento il requisito causale è soddisfatto anche quando un atto traslativo, pur non contenendo tale elemento in sé, si pone quale attuazione di un'intesa causale, che funge quindi, rispetto ad una siffatta attribuzione, quale causa esterna o *praeterita* ⁽⁷⁰⁶⁾, deve senz'altro consentirsi ai coniugi, in sede di udienza presidenziale di separazione consensuale o di udienza collegiale di divorzio su domanda congiunta, di limitarsi a pattuire un impegno a trasferire, mercé un successivo e distinto atto, un determinato diritto reale su uno o più beni, mobili o immobili. Lo stesso è a

⁽⁶⁹⁸⁾ Su cui v. approfonditamente, anche per gli ulteriori richiami, SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, cit., p. 967 ss.

⁽⁶⁹⁹⁾ Per ciò che attiene ai soggetti tenuti ad effettuare la trascrizione *ex artt. 2671*, ma anche *ex artt. 6, d.lgs. 347/1990 e 1176* (notaio, cancelliere ed eventualmente avvocato) si fa rinvio a OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 196 ss.

⁽⁷⁰⁰⁾ Per una trattazione dettagliata della questione cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 225 ss.

⁽⁷⁰¹⁾ Su cui v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 303 ss.

⁽⁷⁰²⁾ In questo senso cfr. Trib. Roma, 18 dicembre 1977, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1305.

⁽⁷⁰³⁾ Per questa soluzione cfr. Trib. Mantova, 26 gennaio 1988, in ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Padova, 1999, p. 1938 ss.; la pronuncia è stata però riformata *in parte qua* da App. Brescia, 30 giugno 1988, *ivi*, p. 1918, secondo cui, qualora le parti abbiano direttamente operato, nel ricorso congiunto, il trasferimento di un diritto reale immobiliare (peraltro chiedendo, nelle conclusioni, di operare con sentenza il trasferimento), il giudice può dichiarare l'autenticità delle sottoscrizioni apposte dai coniugi sul ricorso medesimo.

⁽⁷⁰⁴⁾ Per una disamina di ulteriori profili circa gli inconvenienti ed i rischi cui possono andare incontro i trasferimenti «fai da te», quali la c.d. «funzione di adeguamento» e l'eventuale responsabilità per il mancato conseguimento dell'effetto traslativo, l'identificazione dei soggetti e dell'oggetto del trasferimento, gli incumbenti imposti dalla disciplina urbanistica (quelli relativi alla disciplina fiscale sono invece stati eliminati dalla l. 29 luglio 2003, n. 229), l'eventuale «pubblicità sanante», i timori di strumentalizzazione dei trasferimenti in questione ai fini di frode alla legge, frode ai creditori o elusione fiscale, nonché sul paventato «conflitto di competenza» tra magistratura e notariato, cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 239 ss.

⁽⁷⁰⁵⁾ V. *supra*, § 7.

⁽⁷⁰⁶⁾ Sull'ammissibilità di negozi traslativi a causa esterna, cui perviene da tempo la più autorevole dottrina (cfr. GIORGIANNI, *Causa*, cit., p. 564 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967, p. 42 ss.; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 200 ss.), cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 266 ss.

dirsi in relazione ad un impegno obbligatorio avente ad oggetto la futura costituzione di uno *ius in re aliena* ⁽⁷⁰⁷⁾.

Una volta chiarito che le parti possono limitarsi a pattuire in sede giudiziale (ma il discorso vale sicuramente anche per gli accordi *a latere*, così come per quelli modificativi o, ancora, per quelli conclusi a corredo di una separazione di fatto) un semplice impegno ad effettuare un distinto e successivo atto di trasferimento, si tratta ora di vedere:

- (a) quale sia la struttura dell'impegno a trasferire;
- (b) quale sia la struttura del successivo atto di trasferimento.

Prima di passare ad un esame più dettagliato di questi due distinti interrogativi, occorre innanzi tutto sgombrare il campo da quelle figure negoziali tipiche usualmente utilizzate dalla prassi notarile, preoccupata di evitare le incertezze che, sul piano fiscale, oltre che su quello civilistico (con conseguenti risvolti per il notaio di responsabilità civile e disciplinare), il mancato espresso riconoscimento legislativo della categoria generale del negozio di trasferimento *solvendi causa* comporta ⁽⁷⁰⁸⁾. Il riferimento è qui in primo luogo alla donazione, per l'evidente incompatibilità tra *animus donandi* e intento di adempiere un'obbligazione ⁽⁷⁰⁹⁾. Più che chiare sono le conseguenze sul piano giuridico di tale premessa: «oltre alla libertà della forma scritta (atto pubblico o scrittura privata), rimangono fuori: la revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli (si pensi a giovani coniugi senza figli al momento della separazione o divorzio), l'obbligo della collazione, l'azione di riduzione per lesione di legittima, l'obbligo alimentare del donatario verso il donante e, per quanto riguarda l'imposta di successione il coacervo, se il donatario diventerà anche erede del donante. Inoltre, vanno ricordate le diverse condizioni richieste dalla legge (art. 2901 c.c.) per esercitare l'azione revocatoria quando l'atto di disposizione è a titolo gratuito» ⁽⁷¹⁰⁾.

Escluso dunque il ricorso alla donazione, vi è subito da aggiungere che le parti non potrebbero neppure appoggiarsi allo schema della compravendita. Qui, infatti, a parte il rilievo che, per assecondare l'intento dei contraenti, essa dovrebbe essere necessariamente simulata (e, trattandosi di simulazione «manifesta», il notaio ne dovrebbe rifiutare la stipulazione), resta comunque il fatto che una simulazione assoluta non consentirebbe ai paciscenti di conseguire lo scopo prefigurato, mentre una simulazione relativa lascerebbe aperto il problema dell'individuazione del negozio dissimulato, che – per le ragioni testé esposte – non potrebbe essere rappresentato da una donazione ⁽⁷¹¹⁾.

L'obbligazione assunta dinanzi al giudice di operare un trasferimento mobiliare o immobiliare può dunque trovare esecuzione solo attraverso un apposito atto di attuazione dell'obbligazione di trasferire. Si tratta però di vedere quale struttura concreta lo stesso atto possa assumere e, in particolare, se esso debba ricevere quella di un atto bilaterale (con la necessità, quindi, di una manifestazione di volontà anche da parte del destinatario dell'attribuzione), ovvero quella di un atto traslativo unilaterale (ciò che prescinderebbe dall'accettazione dell'*accipiens*), ovvero ancora quella di una proposta *ex art. 1333 c.c.* (con la conseguenza che l'accettazione non sarebbe necessaria, ma il contratto dovrebbe ritenersi concluso solo in mancanza di un rifiuto del destinatario «nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi»).

Proprio l'ultima di quelle appena indicate è la soluzione additata dalla Cassazione in una nota pronunzia ⁽⁷¹²⁾ la quale, di fronte alle incognite del binomio: impegno a trasferire – atto di trasferimento,

⁽⁷⁰⁷⁾ Si pensi ai diritti di usufrutto, uso o abitazione. Naturalmente, l'accertamento della conclusione dell'uno o dell'altro tipo di negozio (immediatamente traslativo, cioè, oppure meramente obbligatorio) costituisce una *quaestio facti*, da valutarsi caso per caso alla luce degli usuali criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., applicabili agli accordi di cui qui si discute, dotati di natura contrattuale, per quanto attiene agli aspetti patrimoniali.

⁽⁷⁰⁸⁾ Cfr. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 246 ss.; ID., *Obbligazioni di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 48 ss.

⁽⁷⁰⁹⁾ Cfr. V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 736 s.; CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, cit., p. 244; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 132; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 165 s.

⁽⁷¹⁰⁾ Cfr. METTIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 1166.

⁽⁷¹¹⁾ Cfr. CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, cit., p. 244; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 166.

⁽⁷¹²⁾ Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, su cui v. *infra*, § 17: «Allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta».

suggerisce le seguenti soluzioni: preliminare di contratto *ex art.* 1333 c.c. – contratto definitivo *ex art.* 1333 c.c. Concentrando l'attenzione sull'impegno a trasferire notiamo subito che la dottrina ha esattamente criticato, nella decisione appena ricordata, l'individuazione di un contratto preliminare nell'impegno del padre di trasferire l'immobile, sostenendo che è invece nel primo negozio (quello, appunto, stipulato in sede di separazione) che va ravvisato l'atto di autonomia, laddove nel secondo va riscontrato un mero atto solutorio ⁽⁷¹³⁾.

12. Segue. La natura dell'atto di trasferimento.

Passando al secondo dei termini del binomio in cui s'articola l'effetto traslativo voluto dalle parti, sarà opportuno dire a questo punto che, una volta scartate la via della donazione e quella della compravendita ⁽⁷¹⁴⁾, rimangono a disposizione tre possibilità. Esse consistono, più esattamente, nel ricorso al contratto, *ex art.* 1333 c.c., al negozio traslativo unilaterale (o pagamento traslativo) e al negozio traslativo bilaterale.

Per la prima soluzione si è già espressa la Corte di cassazione ⁽⁷¹⁵⁾, oltre ad una parte (minoritaria) della dottrina ⁽⁷¹⁶⁾. La conclusione si scontra però con la lettera della disposizione in esame – che parla di sole «obbligazioni», senza fare cenno agli effetti reali – oltre che con i risultati cui perviene quella dottrina che, sulla base del dato testuale della norma, confortato da riflessioni comparatistiche, nega l'idoneità della proposta diretta a concludere un contratto «con effetto reale a carico del solo proponente» a porre in opera il meccanismo formativo del contratto descritto dall'art. 1333 c.c. ⁽⁷¹⁷⁾. L'osservazione è stata criticata da chi ha ritenuto di poter proporre un'estensione analogica della norma in questione ⁽⁷¹⁸⁾: operazione ermeneutica, questa, inaccettabile a fronte del carattere eccezionale dell'art. 1333 c.c. Carattere eccezionale che non può certo essere disconosciuto tramite l'accostamento ⁽⁷¹⁹⁾ a fattispecie quali quelle di cui agli artt. 649, 1236, 1411, connotate da evidenti differenze strutturali rispetto al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.

In realtà, l'art. 649 c.c. è chiaro nell'attribuire al legato l'effetto traslativo immediato, al momento dell'apertura della successione, laddove l'art. 1333 c.c. collega, testualmente, la conclusione del contratto – e dunque il momento di produzione degli effetti – alla «mancanza del rifiuto»; rifiuto che deve oltre tutto

⁽⁷¹³⁾ CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, cit., p. 238: «Il padre si obbliga verso il coniuge a trasferire un bene alla figlia, per adempire l'obbligo legale del suo mantenimento; questo sarebbe un preliminare a favore del terzo. Ma preliminare di che cosa? Risponde la Corte: è preliminare non di donazione, né di vendita, ma di un negozio traslativo *solvendi causa*. Ovvero: il negozio in cui vi è l'assunzione di un'obbligazione è il preliminare dell'atto di adempimento di quella obbligazione. In realtà nel verbale di separazione non vi è alcun preliminare ma una dichiarazione negoziale con cui il genitore si obbliga a compiere un atto traslativo *solvendi causa*. Secondo la Corte, il negozio in cui si esplica l'autonomia contrattuale è il secondo, che opera il trasferimento; e così il negozio che obbliga a trasferire viene inquadrato nell'area dei negozi preparatori. L'argomentazione va invece capovolta: l'atto di autonomia è il primo, con cui il genitore si obbliga a dare; il secondo negozio è un atto meramente solutorio, il cui compimento è coercibile in forma specifica *ex art.* 2932». Per un commento alla pronuncia in esame cfr. anche COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1241 ss.; V. MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, nota a Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 146 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 735 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 525 ss.; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, I, 1991, p. 2895; MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, in *Riv. notar.*, 1994, I, p. 1319 ss.; DI MAJO, *Causa e imputazione negli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 781 ss.

⁽⁷¹⁴⁾ OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 267 ss.

⁽⁷¹⁵⁾ Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, su cui v. *infra*, § 17.

⁽⁷¹⁶⁾ In questo senso cfr. V. MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, cit., p. 149 ss.; ID., *Il pagamento traslativo*, cit., p. 758 s.; CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 595 ss.; cfr. anche DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 11, in senso dubitativo e con specifico riferimento all'ipotesi dei trasferimenti in favore dei figli.

⁽⁷¹⁷⁾ SACCO, *Il contratto*, cit., p. 44 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 264; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 75 ss.; cfr. anche RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1995, p. 288 s.; SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, cit., p. 956; MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 665 ss.

⁽⁷¹⁸⁾ Cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., p. 535 ss., cui si fa rinvio per gli ulteriori richiami dottrinali.

⁽⁷¹⁹⁾ Proposto da V. MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, cit., p. 151; ID., *Il pagamento traslativo*, cit., p. 764.

essere espresso «nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi», con conseguente incertezza nella determinazione del momento nel quale il diritto si trasferisce in capo all'acquirente, ciò che appare inconciliabile con il regime della circolazione dei beni immobili e con il sistema di pubblicità che lo accompagna. Questa incertezza è invece totalmente assente nella citata fattispecie successoria, e lo stesso discorso vale per gli artt. 1236 c.c. (sulla cui pertinenza alla materia degli effetti reali si potrebbe, tra l'altro, discutere) e 1411 c.c., così come per l'art. 785 c.c. Con riguardo a quest'ultima disposizione, andrà subito detto che, anche a voler ammettere la possibilità di estendere gli effetti del contratto concluso *ex art.* 1333 c.c. al di là di quelli meramente obbligatori (ciò che peraltro, per le ragioni sopra esposte, appare inaccettabile), rimane comunque il fatto che lo schema in esame appare difficilmente compatibile con la forma dell'atto pubblico⁽⁷²⁰⁾. Il «non rifiuto» – si è osservato – è un evento che comunque sfugge all'attività notarile, con conseguente impossibilità di una documentazione dello stesso presupposto della costituzione del diritto in capo all'oblato⁽⁷²¹⁾.

Se dunque la via indicata dalla Cassazione non sembra percorribile, non appare neppure consigliabile la strada del negozio unilaterale traslativo astratto *solutionis causa*, o pagamento traslativo, atto unilaterale riconducibile alla categoria più generale *ex artt.* 1176 ss. c.c. e svincolato da ogni forma di accettazione o di mancato rifiuto da parte del destinatario⁽⁷²²⁾. Ciò non solo per via delle persistenti incertezze sull'ammissibilità nel nostro ordinamento di un trasferimento di proprietà mediante atti a struttura unilaterale⁽⁷²³⁾, ma anche per poter comunque offrire al destinatario il potere di impedire l'effettuazione del trasferimento allorché egli abbia interesse a farlo: si pensi al caso in cui il creditore abbia perso interesse all'atto, oppure il medesimo si prospetti addirittura come fonte di possibili danni. Scartata la via dell'atto unilaterale la conclusione preferibile appare dunque quella di far assumere all'atto traslativo una struttura bilaterale⁽⁷²⁴⁾ nella quale risulti appunto – oltre, ovviamente, alla specificazione della causa *praeterita* del negozio – anche il consenso del destinatario dell'attribuzione.

Venendo ad accennare brevemente alla tutela giudiziale dell'obbligazione di trasferire, dottrina e giurisprudenza appaiono concordi, in caso di rifiuto dell'obbligato ad operare il trasferimento, a concedere al creditore l'azione *ex art.* 2932 c.c.⁽⁷²⁵⁾. La soluzione è sicuramente da condividersi, né costituisce ostacolo al

⁽⁷²⁰⁾ L'obiezione vale anche, ad avviso di chi scrive, a contrastare l'opinione secondo la quale il ricorso all'art. 1333 c.c. in relazione agli effetti reali sarebbe ammesso «quando il consenso all'acquisto è espresso in sede di programmazione dell'acquisto medesimo, mediante un contratto che lo prevede quale effetto di un futuro atto di trasferimento, a sua volta previsto come dovuto, e che nella stessa sede si provvede a giustificare sul piano della causa» (così CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, cit., p. 596), dal momento che in tal caso verrebbe meno l'ostacolo che si frappone all'utilizzo della procedura semplificata per l'acquisto dei diritti reali, costituito dal fatto che l'acquisizione di un diritto su di un bene può accompagnarsi ad oneri e rischi in capo al titolare (CAMARDI, *op. loc. ultt. citt.*). Il problema, invero, non è costituito tanto dalla possibilità che l'acquisto si dimostri oneroso, quanto dall'assoluta impossibilità di documentare (e, prima ancora, di costituire) con la certezza dello scritto (e il discorso vale, ovviamente, tanto per la scrittura privata che per l'atto pubblico) l'*an* e il *quando* dell'acquisto stesso.

⁽⁷²¹⁾ COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, cit., p. 1242 s.; MACCARONE, *Obbligazione di dare e adempimento traslativo*, cit., p. 1329.

⁽⁷²²⁾ SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, cit., p. 525 ss., 544 ss.; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, cit., p. 2900; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 238, nota 242, il quale non esclude peraltro neppure la via contrattuale; GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. notar.*, 1997, p. 42 ss., che trae argomenti dal termine *atto* impiegato dall'art. 2645-bis, c. 2 e 3, c.c.; per una rassegna delle varieghe opinioni in tema di atto traslativo *solutionis causa* si rinvia a V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit., p. 740 ss.; sui rapporti tra pagamento traslativo e *condictio indebiti* cfr. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1996, p. 124 ss.

⁽⁷²³⁾ In senso contrario cfr. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 393 ss.; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 46 ss.; MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, cit., p. 660 ss.; favorevoli invece alla struttura unilaterale dell'atto traslativo *solvendi causa* appaiono L. FERRI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 80 s.; BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 480 ss.; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 200; GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, cit., p. 2900; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., p. 80 s. (peraltro a condizione che sussista «un interesse precostituito e tipico dell'oblato all'appropriazione»); GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, cit., p. 19 ss., 41 ss.

⁽⁷²⁴⁾ In questo senso cfr. A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 132; OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 166.

⁽⁷²⁵⁾ CHIANALE, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, cit., p. 238; A. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, cit., p. 132; RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, cit., p. 291; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 11; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 211; per la giurisprudenza v., ancorché in *obiter*, Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in

suo accoglimento l'aver negato la natura «preliminare» dell'impegno a trasferire concluso in sede di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta. Se è vero, infatti, che, stando alla lettera della legge, l'art. 2932 c.c. postula la presenza di un obbligo a «concludere un contratto» (e non di un «obbligo a trasferire»), ponendo a disposizione del creditore un rimedio consistente nell'emanazione di una sentenza che produce gli effetti «del contratto non concluso» (e non di un «trasferimento non attuato»), è altrettanto vero che, *ex art. 1324 c.c.*, la disciplina contrattuale è applicabile agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. Non sembra quindi azzardato proporre un'estensione della sentenza costitutiva anche in funzione sostitutiva degli effetti che sarebbero dovuti scaturire dall'atto traslativo della proprietà, alla cui effettuazione un coniuge si era obbligato in sede di stipula del contratto di definizione della crisi coniugale. La soluzione testé prospettata riceve del resto ulteriore conforto dalla considerazione di quanto disposto dall'art. 1706 cpv. c.c., che estende il rimedio *ex art. 2932 c.c.* ad un'obbligazione di dare in senso tecnico (generata dal mandato senza rappresentanza ad acquistare), ossia di trasferire la proprietà del bene a mezzo di un atto in cui si suole identificare un negozio traslativo di esecuzione non astratto, ma causale, che si appoggia, cioè, al mandato e alla sua causa⁽⁷²⁶⁾.

13. Gli effetti del trasferimento. Sulla possibilità di sottoporre l'accordo traslativo alla condizione sospensiva dell'omologazione, ad altra condizione, o a termine, o comunque di determinare liberamente il momento di decorrenza degli effetti del trasferimento.

13.1. Generalità. «Condizioni» ed «effetti» della separazione.

La considerazione della natura contrattuale delle intese delle quali qui si discorre, siano esse di carattere reale, ovvero meramente obbligatorio, induce a ritenere che ad esse si applichi anche la disciplina della condizione. Quest'ultima – avuto riguardo ad una procedura di separazione consensuale – può essere liberamente apposta e individuata in relazione al momento in cui il decreto di omologazione diviene definitivo, come avvenimento futuro ed incerto; trattasi, in questo caso, di condizione potestativa ordinaria, perché dipende dalla volontà e dalla richiesta delle parti, ma non solo da questa, dovendo il tribunale accertare che l'accordo non sia contrario a legge, ordine pubblico e buon costume⁽⁷²⁷⁾. Ci si può però chiedere, a questo punto, quale ruolo dispieghi in proposito l'art. 158, primo comma, c.c., a mente del quale «La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice»⁽⁷²⁸⁾. In particolare, ci si deve domandare se tale elemento giochi quale *condicio iuris*, e, in caso positivo, se debba ritenersi che la citata disposizione eventualmente impedisca alle parti di prevedere autonomamente una data di produzione degli effetti del vincolo negoziale assunto, sia questa coincidente con quella di cui alla norma riferita, ovvero da essa, in ipotesi, divergente.

Sarà opportuno precisare che sul punto esisteva, già prima dell'intervento della Cassazione risalente al 1997, di cui si è già detto e sul quale si tornerà tra breve, almeno un precedente nella giurisprudenza di merito, nel quale è dato leggere che il fatto che il trasferimento della proprietà avvenga solo al momento dell'omologazione non contrasta con l'art. 1376 c.c.; disposizione, questa, che «non impedisce che il trasferimento della proprietà della cosa possa essere sottoposto a condizione sospensiva (*facti* o *iuris*). E l'omologazione è (secondo la dottrina dominante) condizione di efficacia dell'accordo. Non vi è quindi nulla

relazione all'impegno assunto dal marito a costituire un diritto d'usufrutto in favore della moglie separata su di un alloggio.

⁽⁷²⁶⁾ Sul tema si fa rinvio a OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 277 ss., anche per i necessari approfondimenti in tema di esecuzione in via coattiva dell'impegno a trasferire in favore della prole.

⁽⁷²⁷⁾ Sulla funzione dell'omologazione e sui suoi rapporti con l'intesa di separazione consensuale cfr. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 258 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 227 ss. Per alcuni rilievi di carattere storico sul tema cfr. ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 90 ss., 246 ss.; cfr. inoltre ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1317 ss.

⁽⁷²⁸⁾ Nel senso che «In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato fra i coniugi ed avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione» v. da ultimo Cass., 9 aprile 2008, n. 9174. Sul tema dei rapporti tra omologazione e volontà delle parti v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 179 ss., 246 ss., 267; ID., *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 771 ss.

che contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento»⁽⁷²⁹⁾. Successivamente, la Corte Suprema, affrontando un caso in cui si discuteva della validità di un atto traslativo coinvolgente un immobile in comunione legale (*rectius*: di un immobile che, secondo una delle parti, avrebbe formato oggetto della comunione), ha deciso che la questione concernente la possibilità di sottrarre – mediante accordo di separazione consensuale – un singolo bene al regime *ex art. 177 ss. c.c.* poteva essere risolta in senso positivo proprio in considerazione del fatto che l'esclusione del bene dalla comunione, in quanto inserita nel verbale di separazione consensuale, avrebbe preso effetto solo a partire dall'omologazione, cioè dal momento in cui si attuava lo scioglimento del regime medesimo⁽⁷³⁰⁾.

Come si è visto, dunque, la giurisprudenza sembra percorrere senza esitazioni di sorta la via della *condicio iuris*, laddove in dottrina si preferisce consigliare ai contraenti di ricorrere alla *condicio facti*⁽⁷³¹⁾.

Andrà aggiunto a questo punto che le conclusioni di cui sopra⁽⁷³²⁾ sono state criticate da chi⁽⁷³³⁾ ha ritenuto di dover sottolineare il carattere indisponibile della quota in comunione legale, invocando al riguardo una decisione di legittimità⁽⁷³⁴⁾, secondo cui, in pendenza del procedimento di separazione personale, il diritto allo scioglimento della comunione legale dei beni non è ancora sorto, per non essersi compiutamente realizzata la correlativa vicenda costitutiva. Conseguentemente andrebbe asserita la nullità, *manente comunione*, del contratto qui in esame, con conseguente impossibilità del suo inserimento nel verbale di separazione consensuale tra coniugi (ancora) in regime legale, «per mancanza dell'oggetto del contratto (art. 1418, comma secondo, c.c.)»⁽⁷³⁵⁾. Sembra invece a chi scrive che la quota di comunione ordinaria che subentrerà *ex lege* al regime legale all'atto dello scioglimento di quest'ultimo⁽⁷³⁶⁾ possa formare oggetto di atti di disposizione già sotto la vigenza della comunione legale, in forza del generale principio che vuole essenzialmente validi i negozi su cose future (art. 1348 c.c.)⁽⁷³⁷⁾.

Altro possibile dubbio è quello secondo cui il fatto di stabilire un'equazione tra i concetti di «trasferimento patrimoniale in sede di separazione» e di «effetto della separazione *ex art. 158 c.c.*» sembra legare l'operazione alla regola della *condicio iuris* di cui alla citata disposizione dell'art. 158 c.c. Vi è dunque da chiedersi se, nel caso in cui i coniugi non intendessero attendere l'omologazione e volessero

⁽⁷²⁹⁾ Trib. Bergamo, 15 novembre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 215; in *Riv. notar.*, 1985, II, p. 926; nel senso dell'ammissibilità di un immediato scioglimento della comunione in sede di udienza presidenziale di separazione cfr. App. Brescia, 4 dicembre 1984, in *Vita notar.*, 1984, p. 1595. Sull'omologazione come mero elemento integrativo dell'efficacia dell'accordo di separazione consensuale si fa rinvio per tutti a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 258 ss.

⁽⁷³⁰⁾ Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit.

⁽⁷³¹⁾ METTIERI, *op. cit.*, p. 1162 s.; nello stesso senso OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 173; sostiene l'opportunità di condizionare espressamente il regolamento patrimoniale della separazione consensuale all'efficacia del provvedimento di omologazione anche BRIGANTI, *op. cit.*, p. 7.

⁽⁷³²⁾ Già esposte in OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 173; IDEM, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 710 ss.

⁽⁷³³⁾ DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi familiare*, relazione presentata all'incontro di studio sull'argomento: «Temi attuali del diritto di famiglia», organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e tenuto a Frascati dal 28 al 30 ottobre 1999, (testo dattiloscritto), p. 36 s.

⁽⁷³⁴⁾ Cass., 23 giugno 1998, n. 6234; in dottrina sul carattere indisponibile della quota in regime di comunione legale v. per tutti CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, I, 1, Milano, 1979, p. 121 s., 126 che però ammette la donazione della quota in favore dell'altro coniuge; il problema, che non può certo essere sviluppato in questa sede, appare strettamente connesso a quello delle rinunzie preventive al coacquisto e degli atti di estromissione di singoli beni dalla comunione (su cui v. per tutti GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, , p. 341 ss., 356 ss., nonché, successivamente, SURDI, *Sull'estromissione di singoli beni dalla comunione legale tra coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1454 ss.): se è vero, infatti, che l'indisponibilità della quota – non espressamente sancita da alcuna norma del vigente ordinamento – può desumersi dalla constatazione secondo cui la ammissibilità di un negozio dispositivo di tal fatta verrebbe a configurare un'ipotesi non prevista dall'art. 191 c.c. di scioglimento del regime legale, che non può sussistere se non tra i coniugi, è altrettanto vero che l'obiezione non vale più nei rapporti tra coniugi, i quali in ogni momento possono – ovviamente, se d'accordo – optare per il regime di separazione dei beni (per analoghe considerazioni cfr. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 358 s.).

⁽⁷³⁵⁾ Così DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi familiare*, cit., p. 37, nota 82.

⁽⁷³⁶⁾ Sul punto v. per tutti SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 438 s.; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, 1, cit., p. 198 s.

⁽⁷³⁷⁾ Sulla disposizione citata cfr. per tutti SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 364 ss., secondo cui la norma si riferisce soprattutto ai contratti ad efficacia reale, i cui effetti si realizzeranno nel momento in cui la cosa viene ad esistenza.

operare un effetto patrimoniale traslativo prima di tale evento, l'intesa non sarebbe contraria a norma imperativa (l'art. 158 cit., appunto).

L'interrogativo discende, come si appena detto, dal postulato secondo cui il trasferimento patrimoniale sarebbe uno degli «effetti della separazione» cui fa richiamo l'art. 158 c.c. Ma è proprio questo assioma che va messo in discussione. La verifica di siffatta proposizione utilizza quale «cartina di tornasole» il richiamo agli effetti della riconciliazione, *ex art. 157 c.c.*: norma, questa, che pure ha tratto agli «effetti della separazione» (contenziosa o consensuale che sia). Appare dunque lecito porsi l'interrogativo circa la sorte del trasferimento patrimoniale operato in sede di separazione, una volta che tra i coniugi sia intervenuta la riconciliazione. Logica vorrebbe, infatti, che, se veramente le attribuzioni di cui qui si discute fossero da annoverare tra gli «effetti della separazione», nel senso sopra indicato, la riconciliazione delle parti dovrebbe determinarne la ripetizione.

La questione era già stata posta parecchi anni or sono all'attenzione della Suprema Corte, che aveva avuto modo di stabilire quanto segue: «Qualora tra i coniugi si convenga, con pattuizione facente parte dell'accordo di separazione consensuale, che l'obbligazione di mantenimento sia adempiuta, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, con l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili, o di capitali in danaro, l'esecuzione di tale attribuzione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione. (...) A tale efficacia estintiva non ostano né il rilievo che lo stato di separazione ha carattere essenzialmente non permanente, né il rilievo che a carico del coniuge può sorgere successivamente l'obbligazione di alimenti. La riconciliazione, infatti, ha come effetto suo proprio la cessazione dello stato di separazione, e non altro. La cessazione dell'efficacia delle pattuizioni patrimoniali stipulate all'atto della separazione non è effetto necessario della riconciliazione, come sembra ritenere il ricorrente, ma può derivare soltanto da un nuovo assetto delle posizioni patrimoniali dei coniugi, che potrà essere raggiunto o convenzionalmente o giudizialmente con riferimento alla situazione successiva alla riconciliazione, ma non è diretta conseguenza di questa. L'obbligo degli alimenti, qualora ne vengano a sussistere i presupposti, è del tutto estraneo all'obbligo di mantenimento e sorge indipendentemente dall'esistenza di questo; ed invero, l'adempimento all'obbligo di alimenti non estingue l'obbligo di mantenimento, se esistente, e correlativamente l'insorgenza dell'obbligazione di alimenti non genera alcun effetto sull'obbligazione di mantenimento, se insussistente od estinta. Deve essere confermato, quindi, che l'obbligazione di mantenimento può validamente essere estinta, all'atto della separazione consensuale tra coniugi, con un'attribuzione definitiva di beni e che tale attribuzione non può, quindi, essere considerata priva di causa»⁽⁷³⁸⁾.

Sul tema è ritornata successivamente una pronuncia di merito, che pure è pervenuta alle medesime conclusioni: «Deve ritenersi (...) che alla riconciliazione consegua, sotto il profilo del regime patrimoniale della famiglia, la ricostituzione automatica della comunione legale, la quale opera peraltro non con efficacia retroattiva ma solo dal momento della riconciliazione effettiva (salvo verifica della opponibilità ai terzi) e quindi per il futuro. E' da escludere, invece, che costituiscano, a differenza di quelli fin qui enumerati, effetti della sentenza di separazione (o del decreto di omologazione della separazione consensuale) i negozi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti; i medesimi infatti, benché stipulati in occasione della separazione e per dare definizione ad ogni questione insorgente in ordine alla stessa, non costituiscono contenuto necessario del verbale di separazione ma possono dar luogo ad accordi stragiudiziali e gli effetti propri del negozio non sono, anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia inserito nel verbale, in alcun modo condizionati dall'omologazione. Conseguono che la riconciliazione non fa venire meno gli effetti dei contratti di trasferimento di beni (così come del resto non fa venir meno gli effetti della divisione dei beni in comunione legale – divisione che può costituire causa delle attribuzioni di beni in sede di separazione – posto che la ricostituzione della comunione opera solo per il futuro)»⁽⁷³⁹⁾.

A quanto sopra può aggiungersi – come già rilevato in altra sede dallo scrivente⁽⁷⁴⁰⁾ – che l'art. 157 c.c., nel disciplinare le conseguenze della riconciliazione, si limita a prevedere la cessazione «degli effetti della separazione», cui non possono certo ricondursi quelle «condizioni» alla vigenza delle quali i coniugi avevano a loro tempo condizionato il proprio assenso ad una definizione amichevole del conflitto

⁽⁷³⁸⁾ Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, cit.

⁽⁷³⁹⁾ Trib. Pistoia, 1° febbraio 1996, in *Riv. notar.*, 1997, II, p. 1421, con nota di GIVRI (erroneamente indicato quale GIURI). Nello stesso senso cfr. anche Trib. Genova, 19 giugno 1980, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 810059: «L'esecuzione dell'obbligazione di mantenimento fra coniugi, mediante attribuzione definitiva di bene immobile estingue, totalmente o definitivamente, l'obbligazione stessa. Si tratta, invero, di un assetto d'interessi che rimane nell'ambito della discrezione ed autonomia determinazione dei coniugi stessi, i quali assumono – entrambi – a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendono l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso. Tale efficacia estintiva non coinvolge, peraltro, il diritto-dovere inerente alla prestazione alimentare, che può essere sempre richiesta dal coniuge 'bisognoso' all'altro che abbia capacità di adempiere».

⁽⁷⁴⁰⁾ OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 165.

coniugale, condizioni tra le quali rientra, in primo luogo, l'eventuale effettuazione di prestazioni in unica soluzione (ivi compreso, ovviamente, l'eventuale compimento di negozi traslativi) ⁽⁷⁴¹⁾. Resta, naturalmente, salva la possibilità che le parti espressamente (e, ovviamente, con il rispetto delle regole sostanziali e formali ⁽⁷⁴²⁾) definiscano in modo diverso, nell'accordo di riconciliazione, anche gli aspetti di eventuali restituzioni di attribuzioni effettuate in sede di negozio di separazione. Tale sorta di definizione potrebbe addirittura essere effettuata in anticipo, cioè al momento della separazione e in considerazione di una possibile riconciliazione ⁽⁷⁴³⁾.

Da quanto illustrato deriva, dunque, che si può porre, in primo luogo, una distinzione tra «effetti» della separazione e «condizioni» della separazione (cioè condizioni alla presenza delle quali le parti decidono di separarsi consensualmente e non in modo contenzioso). Non tutte le «condizioni» della separazione sono riconducibili a quegli «effetti» cui risultano applicabili gli artt. 157 e 158 c.c.

13.2. Il collegamento tra atti traslativi (o comunque dispositivi) tra coniugi in crisi e omologazione della separazione consensuale, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità.

La riprova di quanto appena detto è rinvenibile proprio nella soluzione del recente e già citato caso affrontato da Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997. Nella specie la Corte ha rilevato che lo scopo di un accordo transattivo ⁽⁷⁴⁴⁾ concluso dai coniugi in vista di una separazione consensuale, poi non perfezionatasi, essendosi invece i coniugi separati giudizialmente, era quello di regolare i rapporti economici più importanti della coppia, prima di rivolgersi al giudice della separazione, eliminando così le controversie su questioni non strettamente attinenti alla fine dell'unione, ivi compresa la definizione dei rapporti economici con i figli

⁽⁷⁴¹⁾ Un'opinione assai simile è espressa da DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 20: «Vi è un termine di efficacia per gli accordi extragiudiziali? Le clausole del verbale presidenziale vengono meno con la riconciliazione (...), che fa cessare ogni effetto della separazione; così il divorzio detta una nuova regolamentazione. E da ritenere che anche gli accordi esterni al verbale seguano tale sorte, essendo stati conclusi in vista della separazione, salvo che le parti intendessero (ma la loro volontà dovrebbe essere accertata con particolare rigore) la permanenza della regolamentazione al di là delle vicende del rapporto coniugale. In maniera differente vanno invece considerati gli accordi relativi ad atti traslativi, con attribuzioni reciproche da un coniuge all'altro, dal genitore al figlio, ecc. (...). In tal caso il contenuto stesso e gli effetti dell'accordo fanno presumere che le parti abbiano inteso procedere ad una regolamentazione definitiva. Un diverso intendimento (limitazione dell'efficacia al permanere delle medesime condizioni di fatto, cessazione con la riconciliazione od il divorzio, ecc.) dovrebbe emergere con chiarezza (e ancora una volta l'eventuale accertamento dovrebbe essere molto rigoroso)»; sostanzialmente nello stesso senso BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, 1970, cit., p. 11 (il quale fa al riguardo l'esempio della donazione conclusa in favore dei figli contestualmente all'accordo di separazione, che resta in vita anche dopo la fine dello stato di separazione conseguente alla riconciliazione); ALPA e FERRANDO, *op. cit.*, p. 509 s.; v. inoltre DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 340 ss. (secondo cui «la riconciliazione, anche per il suo carattere 'informale', opera sul piano personale e non sui rapporti patrimoniali tra i coniugi»; il medesimo autore rileva inoltre che gli accordi traslativi rimangono «pienamente efficaci perché il presupposto di efficacia (separazione personale) da cui sono (possono essere) 'dipendenti' si è verificato» ed inoltre perché tali negozi «in quanto connessi ai noti principi della certezza del traffico giuridico e della tutela dei terzi, hanno (debbono avere) un carattere di stabilità che non può essere condizionato alla (potestativa) volontà di riconciliazione tra i coniugi»). *Contra*, ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, 1982, cit., p. 128 nota 18, secondo cui nel caso di specie occorrerebbe «pensare ad atti di restituzione».

⁽⁷⁴²⁾ Nel senso che l'accordo di riconciliazione è una convenzione di diritto familiare, cui sono applicabili le norme in tema di contratto, cfr. Cass., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233.

⁽⁷⁴³⁾ Nello stesso senso cfr. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 10 «Ma sarebbero valide clausole di trasferimento che limitassero la loro efficacia alla permanenza immutata delle condizioni economiche delle parti o magari al perdurare dello stato di separazione, senza che sopraggiungesse una riconciliazione o, sul versante opposto, un divorzio? Anche in tal caso non si potrebbe escludere, in linea di massima, la loro validità: si tratterebbe di contratti, o comunque di patti sottoposti a condizione; ma tale condizione dovrebbe essere espressa ben chiaramente o quanto meno ricavarsi con sicurezza, magari secondo i criteri dell'ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1362 ss. c.c. In ogni altra ipotesi, gli effetti dovrebbero ritenersi permanenti». E' evidente che, con queste considerazioni, si viene a toccare la materia degli accordi preventivi in vista del divorzio, che non può essere sviluppata in questa sede (per approfondimenti al riguardo e per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 483 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 171 ss.).

⁽⁷⁴⁴⁾ Da notare che, dalla motivazione della sentenza di legittimità, emerge che il contenuto di tale pattuizione – così definita: «scrittura privata allo scopo di regolare i loro [i.e.: dei coniugi] rapporti economici» – aveva ad oggetto il riconoscimento, in favore della moglie, della proprietà di un immobile, oltre all'impegno del marito di corrispondere a quest'ultima la somma di £. 30.000.000, concordato per la cessione onerosa del 50% delle quote di proprietà di un'imbarcazione. Dalla predetta motivazione si apprende poi anche che la scrittura era volta a definire (non si sa, però, in che modo) i rapporti patrimoniali con i figli maggiorenni (non si sa se economicamente autosufficienti o meno).

maggiorenni. Già la corte di merito, nella sentenza impugnata, aveva escluso che la separazione consensuale costituisse il fondamento causale di quella scrittura privata, rigettando l'impostazione del marito, che aveva chiesto la declaratoria di nullità dell'intesa per asserito difetto di causa, visto che la separazione consensuale non aveva poi avuto luogo, essendosi i coniugi separati giudizialmente. Essa aveva inoltre rigettato la domanda (dello stesso marito) volta alla declaratoria di inefficacia dell'intesa per effetto dell'applicazione della teoria della presupposizione, esattamente osservando che «non era emerso che la separazione consensuale fosse il presupposto comune, anche se non espresso, tenuto in considerazione dalle parti e perché la presupposizione ricorreva quando la circostanza intesa come presupposto comune era indipendente dalla volontà delle parti, mentre l'addivenire alla separazione consensuale dei coniugi dipendeva esclusivamente dalla loro volontà»⁽⁷⁴⁵⁾.

La Cassazione, confermando tale impostazione, rileva che la sentenza impugnata aveva «non solo (...) tenuto conto della scrittura di separazione dei coniugi (...), ma, con esauriente e idonea motivazione, (...) altresì ritenuto che la effettiva regolamentazione dei rapporti tra i coniugi stessi fosse contenuta nella scrittura del 22 settembre 1997 [cioè quella di cui il marito asseriva la nullità o l'inefficacia], escludendone la natura meramente riprodotiva degli accordi di separazione».

La decisione sembra avallare, dunque, l'idea che il nesso tra i trasferimenti operati *inter coniuges* in crisi (o comunque le intese patrimoniali in sede di crisi coniugale), da un lato, e il procedimento *ex art. 158 c.c.* debba essere in qualche modo esplicitato dai contraenti, per poter rilevare (nel senso che il mancato perfezionamento della procedura di separazione consensuale impedisca agli accordi patrimoniali di produrre effetto).

Ulteriore conferma del ragionamento sin qui svolto è desumibile dalla considerazione di un caso risolto dalla S.C. nel 2008⁽⁷⁴⁶⁾, in cui pure si discuteva dell'efficacia di una transazione conclusa tra i coniugi in vista di una separazione consensuale, poi non concretizzatasi; in forza di tale intesa un coniuge si era obbligato a trasferire all'altro la propria quota di proprietà di un compendio immobiliare, in cambio dell'assunzione di determinati impegni, da parte di quest'ultimo, relativi al mantenimento dei figli. Qui la Corte di legittimità, confermando le valutazioni compiute dai giudici di merito, è pervenuta a conclusioni opposte rispetto a quelle della successiva e già esaminata decisione del 2009, sottolineando l'inoperatività dell'accordo, in quanto strettamente legato (questa volta) alla procedura di separazione consensuale non andata a buon fine. Ed invero, la Cassazione rimarca, innanzi tutto, che il patto in discussione «recava una premessa, facente parte integrante di esso per espressa previsione, secondo il quale, essendo in corso fra di esse un giudizio di separazione ed essendo loro intendimento “procedere alla divisione dei beni comuni e definire le condizioni della separazione in corso”, si stipulavano determinate pattuizioni, aventi ad oggetto beni immobili, alla cui proprietà una parte (la moglie) rinunciava, obbligandosi a sua volta l'altra (il marito) a provvedere al mantenimento dei figli. Apposita clausola prevedeva che “nel giudizio di separazione verrà promossa comparizione presidenziale onde pervenire a separazione consensuale”».

Posta tale premessa, la Corte di legittimità osserva che la regola di cui all'art. 158 c.c., che sottopone l'efficacia dell'accordo di separazione all'omologazione, non trova applicazione qualora, «nell'ambito di un accordo destinato a disciplinare una separazione consensuale, sia inserita anche una convenzione avente una sua autonomia». Ove si prospetti tal caso, prosegue la Cassazione, deve compiersi una indagine ermeneutica, nel quadro dei principi di cui all'art. 1362 ss. c.c. diretta a stabilire se a quella convenzione possa essere riconosciuta autonomia validità ed efficacia. Nel caso di specie, però, «è proprio la mancanza di tale autonomia degli accordi economici in questione, inseriti in un progetto di separazione consensuale non andato a buon fine, che è stata accertata in sede di merito», con la conseguente inefficacia della transazione in discussione.

13.3. La necessaria distinzione tra effetti (della separazione) destinati a perdurare nel tempo ed effetti destinati a prodursi in modo istantaneo. Argomenti ricavabili dalla considerazione del rilievo della separazione di fatto. Possibilità per i coniugi di far decorrere gli effetti degli atti traslativi da un momento diverso da quello dell'omologazione.

⁽⁷⁴⁵⁾ Sul tema del rilievo della presupposizione con riferimento ad attribuzioni patrimoniali tra coniugi o conviventi e sulla impossibilità di ravvisare la sussistenza di una *Geschäftsgrundlage* in avvenimenti che dipendono dalla volontà delle parti (separazione, divorzio, rottura del *faux ménage*, o, al contrario, persistenza del vincolo matrimoniale o del rapporto di fatto, etc.) v. per tutti OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 139 ss.; ID., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, p. 83 ss.; ID., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, p. 372 ss.

⁽⁷⁴⁶⁾ Cfr. la già citata Cass., 9 aprile 2008, n. 9174.

Se anche non si dovessero condividere le argomentazioni sopra svolte e si dovesse ritenere che pure i trasferimenti patrimoniali tra coniugi in crisi costituiscono «effetti della separazione», ai sensi e per gli effetti degli artt. 157 e 158 c.c., appare comunque necessario tenere ben distinti gli effetti destinati a perdurare nel tempo, da un lato, da quelli destinati a prodursi in modo istantaneo, dall'altro. L'art. 157 c.c. si esprime, invero, nei termini seguenti: «far cessare gli effetti della sentenza di separazione». Ora, il verbo «cessare» rende evidente che la norma presuppone che gli «effetti della separazione» (destinati, per l'appunto, a «cessare») siano ancora in atto, nel momento in cui la riconciliazione interviene (non potendo, logicamente, «cessare», cioè venir meno, ciò che in atto più non è). Ne consegue che la disposizione non si applica ad atti che, come i negozi traslativi, hanno già pienamente ed integralmente dispiegato il loro effetto una volta per tutte; d'altro canto la norma in esame non prevede effetti restitutori di sorta, né, tanto meno, un'efficacia *ex tunc* della riconciliazione, per cui le prestazioni effettuate non possono che essere trattenute.

Le considerazioni di cui sopra traggono conferma dalla giurisprudenza in tema di modifica delle condizioni della separazione, *ex art. 710 c.p.c.* Così, la Corte Suprema ha stabilito, nel 2007 ⁽⁷⁴⁷⁾, che «In ragione della opponibilità al terzo – ancorché non trascritta – dell'assegnazione della casa familiare disposta in favore dell'altro coniuge in occasione della separazione, sia giudiziale che consensuale, o in sede di divorzio, la clausola della separazione consensuale istitutiva dell'impegno futuro di vendita dell'immobile adibito a casa coniugale, in quanto tale assegnata (in quella medesima sede) al coniuge affidatario del figlio minore, non è inscindibile rispetto alla pattuizione relativa all'assegnazione di detta abitazione, ma si configura come del tutto autonoma rispetto al regolamento concordato dai coniugi in ordine alla stessa assegnazione, riguardando un profilo compatibile con detta assegnazione in quanto sostanzialmente non lesivo della rispondenza di detta assegnazione all'interesse del figlio minore tutelato attraverso tale istituto; pertanto, detta pattuizione non è modificabile nelle forme e secondo la procedura di cui agli artt. 710 e 711 cod. proc. civ.».

A ciò s'aggiunga ancora che, nel medesimo anno, la Cassazione ha ritenuto la perfetta validità di un accordo di separazione consensuale che prevedeva l'impegno del marito, nel caso di vendita della casa coniugale di sua proprietà esclusiva, a corrispondere la metà del ricavato alla moglie, affermando che nella specie si trattava di condizione non meramente potestativa ed in tal modo contribuendo a consolidare l'opinione secondo cui gli accordi di separazione consensuale sono, in linea generale, senz'altro sottoponibili a condizione, esattamente come qualsiasi altro contratto ⁽⁷⁴⁸⁾.

Appare quindi chiaro che, anche per la Cassazione, esistono accordi modificabili ed accordi immutabili sulla base della regola della sopravvenienza e del principio della clausola *rebus sic stantibus*. In particolare, le intese rivolte a produrre un effetto «istantaneo» non saranno qualificabili alla stregua di «condizioni della separazione consensuale» cui fa riferimento l'art. 711 c.p.c. (dichiarandole modificabili, con rinvio all'art. 710 c.p.c., che parla di «provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione»).

Tornando alla considerazione dell'art. 158 c.c. potrà ricavarsi un ulteriore argomento in favore della tesi qui sostenuta (circa la generale possibilità per i coniugi di attribuire effetto all'atto traslativo a decorrere da un momento o da un evento scelto a loro piacimento) dal fatto che questa disposizione («La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice»), dà chiaramente ad intendere che il profilo che essa ha eminentemente ad oggetto è quello personale. In proposito vi è anche una precisa ragione storica, illustrata in altra sede ⁽⁷⁴⁹⁾: la separazione non poteva essere legata al capriccio delle parti, per non attentare alla sacralità dell'unione matrimoniale. Ma, una volta introdotto il principio della dissolubilità del vincolo e, soprattutto, quello dell'irrelevanza della colpa ai fini dell'ammissibilità della separazione (e del divorzio), il controllo esercitabile *ex art. 158 c.c.* non può essere se non quello circa la legittimità delle intese dei coniugi e la loro non contrarietà all'interesse degli eventuali minori. Ma ciò non vuol dire che effetti di carattere patrimoniale non possano essere legati ad uno stato di separazione non «benedetto» dal giudice.

Basti ricordare il rilievo che viene universalmente attribuito agli accordi diretti a disciplinare una separazione di fatto. Invero, già a partire dall'entrata in vigore del vigente codice, ed anzi da epoca precedente, la giurisprudenza si è mostrata assai incline ad attribuire rilievo a simili intese ⁽⁷⁵⁰⁾, sino a culminare in un *leading case* del 1992, in cui trova la sua più chiara espressione il riconoscimento della

⁽⁷⁴⁷⁾ Cass., 22 novembre 2007, n. 24321 in *Fam. dir.*, 2008, p. 446, con nota di CASABURI; in *Dir. fam. pers.*, 2008, I, p. 1147.

⁽⁷⁴⁸⁾ Cass., 29 marzo 2007, n. 7784.

⁽⁷⁴⁹⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 90 ss., 246 ss.; cfr. inoltre ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., p. 1317 ss.

⁽⁷⁵⁰⁾ Per i richiami cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1425 ss.

validità e rilevanza degli accordi di separazione di fatto: «Il patto fra i coniugi, con cui si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento, non integra donazione, in considerazione della suddetta funzione solutoria, e deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordo per la separazione di fatto dei coniugi medesimi, alla stregua della liceità di tale accordo, pure se inidoneo a produrre gli effetti della separazione legale»⁽⁷⁵¹⁾. Un autorevole riconoscimento della validità e dell'efficacia degli accordi tra coniugi diretti a disciplinare le conseguenze patrimoniali della separazione di fatto viene poi dalla celebre pronunzia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 6, c. 3, l. 392/1978, tra l'altro, «nella parte in cui non prevede la successione nella locazione relativa alla casa coniugale nell'ipotesi di separazione di fatto, se tra il conduttore ed il suo coniuge si sia così convenuto»⁽⁷⁵²⁾.

Le argomentazioni di cui sopra convergono dunque tutte verso la dimostrazione della possibilità per le parti di attribuire effetto alle intese traslative eventualmente raggiunte (così come ad ogni altro genere d'accordo patrimoniale) a decorrere vuoi dall'omologazione della separazione consensuale, vuoi a partire da un altro momento, concordemente ritenuto come maggiormente rispondente agli interessi dei coniugi. Questo significa concretamente che – in linea di principio – i soggetti potranno sottoporre l'accordo traslativo alla condizione sospensiva dell'omologazione, ad altra condizione, o a termine o comunque determinare liberamente il momento di decorrenza degli effetti del trasferimento.

Il tutto, naturalmente, fatto salvo il rispetto di eventuali distinti principi inderogabili, che dovessero risultare per una qualche ragione applicabili al caso di specie. Il caso più evidente è quello, di cui già si è detto, della divisione della comunione legale, che non può operarsi, neppure in via amichevole, se non dopo che sia intervenuta una causa di scioglimento del regime⁽⁷⁵³⁾. Sarà pertanto inevitabile che le attribuzioni patrimoniali operate in sede di verbale di separazione personale a titolo divisorio di un ancora vigente regime di comunione prendano effetto dal momento nel quale diviene operativa la separazione personale dei coniugi⁽⁷⁵⁴⁾, vale a dire quello in cui il decreto di omologazione della separazione stessa, quale (unico, nella specie) evento rilevante *ex art. 191 c.c.*, diviene definitivo⁽⁷⁵⁵⁾. A tal fine potrà suggerirsi (sul piano pratico, per evitare possibili contestazioni successive, anche se, come si è detto, la giurisprudenza riconosce qui la presenza di una *condicio iuris*, che rende *stricto iure* superfluo l'inserimento di apposite pattuizioni) di evidenziare tale punto nell'accordo, prevedendo espressamente la decorrenza degli effetti del trasferimento dal momento della definitività del decreto di omologazione della separazione consensuale.

14. Gli effetti del trasferimento in relazione all'azione revocatoria ordinaria ed alla revocatoria fallimentare.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di occuparsi in questi ultimi anni per almeno tre volte della possibilità, da parte dei creditori o del curatore fallimentare, di esperire azione revocatoria, rispettivamente, ordinaria e fallimentare nei riguardi di negozi traslativi di diritti in sede di crisi coniugale.

⁽⁷⁵¹⁾ Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, cit. Si noti poi che, successivamente, la Cassazione è ritornata sull'argomento, sostanzialmente confermando il principio espresso nel precedente del 1992: «L'atto interveniente tra i coniugi separati di fatto col quale, al fine di disciplinare i reciproci rapporti economici, un coniuge s'impegna a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, non configura una convenzione matrimoniale *ex art. 162 cod. civ.*, postulante lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione, ma un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se relativo a beni immobili, validamente stipulabile con scrittura privata senza necessità di atto pubblico» (Cass., 12 settembre 1997, n. 9034).

⁽⁷⁵²⁾ Cfr. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2515. Sarà il caso di ricordare ancora che, dopo l'intervento della Consulta, la Cassazione ha già avuto modo di stabilire che «A seguito della sentenza n. 404 del 1988 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 6 della legge 27.7.1978 n. 392 anche il coniuge separato soltanto di fatto ha diritto di succedere nel contratto di locazione al coniuge che ne sia conduttore, se tra i detti coniugi si sia così convenuto» (Cass., 1° giugno 1991, n. 6163). Sembra invece ignorare il *dictum* della Consulta Cass., 3 maggio 1999, n. 4370, secondo cui «La disciplina del secondo comma dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978 n. 392, concernente l'opponibilità al terzo della successione del coniuge separato, cui sia stato attribuito dal giudice il diritto di abitare nella casa familiare, non si applica nel caso di separazione di fatto».

⁽⁷⁵³⁾ Sul punto si fa rinvio per tutti a OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 127 ss.

⁽⁷⁵⁴⁾ Cfr. Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, cit.

⁽⁷⁵⁵⁾ Ai sensi dell'art. 741 c.p.c. il decreto d'omologazione acquista efficacia una volta decorsi i termini di cui agli artt. 739 e 740 c.p.c. (dieci giorni dalla comunicazione) senza che le parti legittimate abbiano interposto reclamo alla corte d'appello. Il decreto della corte d'appello non è impugnabile in Cassazione: cfr. Cass., 30 aprile 2008, n. 10932.

Il problema principale trattato da queste decisioni attiene al profilo del carattere solutorio o meno dell'atto traslativo. Essendo notoriamente sottratto a revocatoria l'atto di adempimento di un'obbligazione, è evidente che la qualificazione a tale stregua dei negozi in oggetto fornirebbe un insuperabile usbergo avverso le pretese dei creditori, in sede di azione individuale, così come concorsuale.

Con una prima sentenza del 2005 ⁽⁷⁵⁶⁾ la Corte Suprema, partendo dalla constatazione per cui l'art. 2740 c.c. dispone che il debitore risponda con tutti i suoi beni dell'adempimento delle proprie obbligazioni, a prescindere dalla loro fonte, e quindi anche se le stesse derivino dalla legge, come l'obbligo di mantenimento del coniuge e dei figli minori, ne ha tratto la conseguenza che sono soggetti all'azione revocatoria ordinaria «anche gli atti aventi un profondo valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere il proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli e del coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo, a seguito della separazione, la proprietà di un bene». Ciò tanto più avuto riguardo al fatto che l'art. 2901 c.c. «tutela il creditore, rispetto agli atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, senza alcun discrimine circa lo scopo ulteriore avuto di mira dal debitore nel compimento dell'atto dispositivo».

L'anno seguente la stessa Corte ⁽⁷⁵⁷⁾ ha dovuto affrontare identica questione sotto l'angolo visuale, però, della revocatoria fallimentare, ai sensi degli artt. 67, comma primo, n. 1, e 69 l. fall. Anche qui, partendo dalla premessa per cui l'atto traslativo ha carattere negoziale e non processuale e rilevando ulteriormente che il trasferimento immobiliare o la costituzione di un diritto reale minore, pur pattuiti «in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli», vengono in considerazione non già «in sé», ma sotto il profilo delle relative «concrete modalità di assolvimento» (di siffatti doveri), ha concluso per la revocabilità ai sensi delle norme citate dell'accordo con il quale il coniuge poi fallito – assegnatario della casa coniugale alla stregua delle condizioni della separazione consensuale omologata – a modifica di tali condizioni, aveva costituito a favore dell'altro coniuge, per tutta la durata della sua vita, il diritto di abitazione sulla predetta casa coniugale, ottenendo in cambio l'esonero dal versamento di una somma mensile, precedentemente pattuito a titolo di contributo alle spese per il reperimento di altro alloggio da parte del coniuge beneficiario.

Infine, nel 2008, la Cassazione si è trovata ad affrontare una questione assai spinosa, complicata dalla circostanza che il trasferimento, avvenuto nella versione, per così dire, «bifasica», si era perfezionato mercé un primo impegno assunto in sede di verbale di separazione consensuale, seguito da un rogito notarile traslativo. Il creditore aveva quindi impugnato *ex art.* 2901 c.c. soltanto il secondo atto, in tal modo esponendosi all'obiezione, puntualmente (quanto improvvidamente) accolta dalla Corte d'appello di Torino, secondo la quale il secondo atto, in quanto costituente un mero negozio d'adempimento, non avrebbe potuto formare oggetto di revocatoria, ai sensi del terzo comma del citato art. 2901 c.c. Ma la Corte di legittimità, ponendo rimedio alla sostanziale ingiustizia posta in essere dal formalismo manifestato dalla Corte subalpina, ha correttamente dichiarato ammissibile l'azione revocatoria ordinaria del trasferimento immobiliare, effettuato da un coniuge in favore dell'altro, in ottemperanza ai patti assunti in sede di separazione consensuale omologata. In tale azione, precisano i giudici di legittimità, la cognizione del giudice deve riguardare anche il contenuto obbligatorio degli accordi separativi, anche quando sia stato espressamente impugnato soltanto il contratto di cessione immobiliare. In altre parole, la domanda giudiziale che colpisca formalmente il solo rogito traslativo non può non ritenersi riferita anche al negozio obbligatorio che ne contiene e ne manifesta la causa, «senza che si prospetti la necessità di una specifica dichiarazione di volere espressamente impugnare anche la fase preliminare» ⁽⁷⁵⁸⁾.

SEZIONE III

I TRASFERIMENTI PATRIMONIALI IN FAVORE DELLA PROLE

15. I trasferimenti in favore della prole. Il problema dell'ammissibilità dell'erogazione del mantenimento della prole mediante prestazione *una tantum*.

⁽⁷⁵⁶⁾ Cfr. Cass., 26 luglio 2005, n. 15603.

⁽⁷⁵⁷⁾ Cfr. Cass., 12 aprile 2006, n. 8516.

⁽⁷⁵⁸⁾ Da notare che in questa pronuncia viene riproposto il parallelismo tra la sequenza «verbale di separazione – rogito notarile» e quella «contratto preliminare – contratto definitivo», che, per le ragioni a suo tempo esposte (v. *supra*, § 11) non può essere accolta; ma la conclusione non dispiega influenza sulla correttezza della soluzione proposta dalla Corte di cassazione in merito al tema della revocatoria.

Nel sempre più vasto ambito delle questioni relative ai trasferimenti patrimoniali effettuabili in occasione di separazione o di divorzio un capitolo di un certo rilievo è costituito dalle attribuzioni in favore della prole. Tra i vari interventi sul punto, di cui si darà atto a tempo debito, una decisione di merito del 2006⁽⁷⁵⁹⁾ si segnala per aver affrontato, in sede di reclamo *ex art. 2674-bis c.c. – 113-ter disp. att. c.c.* avverso trascrizione con riserva⁽⁷⁶⁰⁾, alcuni temi cruciali in questa materia: dalla natura e dalla causa di simili atti (a prescindere dalla terminologia usata dalle parti; nella specie: «donazione»), alla compatibilità degli stessi con la struttura del contratto a favore di terzo, al contenuto (necessario, così come quello non necessario) degli accordi di separazione, al carattere di atto pubblico del verbale di separazione consensuale e all' idoneità di quest'ultimo a fungere da titolo idoneo per la trascrizione⁽⁷⁶¹⁾. Una successiva pronuncia, sempre di merito, si è incaricata di tornare sui medesimi argomenti, ancorchè in sede più di *obiter dicta*, che di *rationes decidendi*, avendo essa principalmente ad oggetto la possibilità di vincolare *ex art. 2645-ter c.c.* nell'interesse della prole determinati cespiti immobiliari trasferiti da un coniuge (non già alla prole, ma) all'altro⁽⁷⁶²⁾.

I provvedimenti citati forniscono dunque lo spunto per una rivisitazione di alcuni profili attinenti al tema dei trasferimenti in favore della prole⁽⁷⁶³⁾. Meno dibattuta – ma certo di non minore rilevanza teorica e pratica – è la questione dell'ammissibilità e delle peculiarità proprie di un analogo tipo di negozio rivolto,

⁽⁷⁵⁹⁾ Cfr. [Trib. Salerno, 4 luglio 2006](http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/trasferimenti/figli/tribunale_salerno.htm), in *Fam. dir.*, 2007, p. 64, con nota di OBERTO, disponibile al sito *web* seguente: http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/trasferimenti/figli/tribunale_salerno.htm.

⁽⁷⁶⁰⁾ Sul tema della trascrizione con riserva v. per tutti OBERTO, *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della legge 27 febbraio 1985, n. 52*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 243 ss.; RIDELLA, *Trascrizione con riserva*, in *Vita notar.*, 1995, p. 552 ss.; SANTARSIERE, *Diritto di accettazione dell'eredità. Decreto di decadenza* inaudita altera parte. *Trascrizione con riserva*, in *Arch. civ.*, 2001, p. 346 ss.; LA VECCHIA, *Trascrizione con riserva di un accordo traslativo di bene immobile contenuto nel decreto di omologazione della separazione consensuale dei coniugi*, nota a Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, in *Arch. civ.*, 2002, p. 729 ss. In giurisprudenza v. Cass., 7 febbraio 1992, n. 1405, sulla non impugnabilità con il ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost. del provvedimento della corte di appello con il quale si conclude il procedimento sul reclamo proposto avverso la trascrizione o l'iscrizione con riserva.

⁽⁷⁶¹⁾ Rimane invece in ombra, nella testé citata decisione di merito (Trib. Salerno, 4 luglio 2006, cit.) un elemento che pure avrebbe potuto giocare un notevole ruolo nell'*iter* argomentativo dei giudici salernitani. Ci si intende qui riferire alla circostanza se la figlia destinataria dell'attribuzione dominicale fosse o meno maggiorenne. A favore della maggiore età depone la circostanza che la stessa abbia proposto il reclamo *ex artt. 2674-bis c.c. – 113-ter disp. att. c.c.* in proprio e non già a mezzo dei propri genitori (o di curatore speciale); tanto, almeno, sembra potersi arguire dalle prime righe della motivazione («visto il reclamo proposto da M.M. *ex art. 2674-bis c.c....*»), che non contengono alcun richiamo a situazioni di rappresentanza legale. Di contro sembrerebbero porsi, invece, i due espressi richiami, nella parte finale della motivazione, al concetto di «mantenimento» (cfr., nel penultimo capoverso della motivazione, il cenno al «trasferimento di un diritto reale al figlio per provvedere «una tantum» al suo mantenimento», nonché, nell'ultimo capoverso, alla «clausola dell'accordo di separazione che attribuisca ad un figlio la proprietà esclusiva di beni immobili, al fine evidentemente di assicurarne il mantenimento»), onde sembra lecito supporre che si trattasse, nella specie, di figlia magari maggiorenne, ma certamente non autosufficiente.

⁽⁷⁶²⁾ Cfr. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 616, con nota di GALLUZZO. Il Tribunale si è trovato a decidere su di un'istanza *ex art. 710 c.p.c.* di modifica delle condizioni di una separazione consensuale. In particolare i coniugi volevano sostituire il versamento d'un assegno mensile da parte del marito, pari ad €400,00, per il contributo al mantenimento dei figli, con il trasferimento della proprietà per intero o per quota di unità immobiliari del marito, non già ai figli, ma alla moglie, ancorchè a titolo di contributo al mantenimento dei figli. Nella specie è stato lo stesso collegio a suggerire ai coniugi la soluzione fondata sull'art. 2645-ter c.c. I coniugi hanno deciso quindi di seguire il suggerimento del collegio prevedendo, come clausola aggiuntiva rispetto a quella avente ad oggetto i trasferimenti immobiliari a vantaggio della moglie, quanto segue: «7) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra (B) si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto dal Gruppo (K) a carico degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti degli immobili per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli; 8) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra (B) si impegna, altresì, a non alienare gli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli». Sulla base dei predetti accordi il tribunale ha emesso il seguente dispositivo: «Il Tribunale accoglie l'istanza e modifica la condizione sub E) del verbale di separazione consensuale del 22/11/2005 (omologato in data 9/2/2006) conformemente alla domanda avanzata dei coniugi nel verbale dell'udienza del 22/3/2007». La motivazione del provvedimento s'intrattiene peraltro a lungo sul tema dell'ammissibilità dei trasferimenti in favore della prole operati in sede di crisi coniugale, mostrando di aderire alla tesi favorevole.

⁽⁷⁶³⁾ Sul tema v. anche OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 149 ss.; ID., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 196 ss.; ID., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, nota a Trib. Salerno, 4 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 64 ss.; GALLUZZO, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum art. 2645-ter c.c.*, Nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 619 ss.

questa volta, a vantaggio della prole naturale, magari nel contesto di un accordo destinato a sciogliere i nodi patrimoniali di una pregressa convivenza *more uxorio*. A questo particolare tema verrà dedicata una specifica parte del presente scritto ⁽⁷⁶⁴⁾.

Iniziando, dunque, dal campo dei trasferimenti in favore della prole legittima, nell'ambito di un contratto della crisi coniugale, va in primo luogo rilevato che, come noto, per quanto attiene alle modalità di adempimento dell'obbligo di contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli minorenni, i tribunali, prima della riforma dell'art. 155 c.c. disposta dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54 («Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli»), erano soliti imporre al genitore non affidatario l'obbligo di corrispondere all'altro una somma periodica di denaro ⁽⁷⁶⁵⁾.

La dottrina si era però interrogata sulla possibilità per il giudice di prevedere modalità divergenti da questa, spingendosi ad ammettere, per esempio, la «destinazione dei frutti di beni e capitali al mantenimento del minore» ⁽⁷⁶⁶⁾. A questa conclusione si era obiettato che qualche difficoltà sarebbe stata prospettabile, allorché si fosse trattato di determinare «un criterio di adeguamento automatico» in riferimento ai frutti di un capitale, criterio che il tribunale aveva l'obbligo di fissare – e di fissare in misura non inferiore agli indici di svalutazione monetaria – ai sensi dell'art. 6, undicesimo comma, l.div. ⁽⁷⁶⁷⁾, ora sostituito dall'art. 155, quinto comma, c.c. ⁽⁷⁶⁸⁾, applicabile anche al divorzio (oltre che ai procedimenti di nullità del matrimonio, nonché a quelli relativi ai figli di genitori non coniugati), ai sensi dell'art. 4 cpv., l. 8 febbraio 2006, n. 54. Ma a siffatta osservazione si sarebbe potuto replicare che, in concreto, il sistema così adottato avrebbe potuto anche assicurare un adeguamento superiore (e magari di gran lunga) a quello conseguente all'applicazione degli indici ISTAT.

Peraltro, oggi il quarto comma dell'art. 155 c.c. non sembra lasciare adito a dubbi sul fatto che la sola modalità di fonte giudiziale per la determinazione del contributo di uno dei genitori al mantenimento della prole sia costituita dalla previsione, «ove necessario», della «corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità». Ben diverso è il discorso per ciò che attiene alle intese delle parti: intese in relazione alle quali il giudice deve limitarsi ad una mera «presa d'atto», ove, beninteso, le medesime non appaiano in contrasto con l'inderogabile principio dell'interesse del minore.

Sotto questo profilo non sembra esservi dubbio sul fatto che i genitori ben potrebbero introdurre accorgimenti idonei a riconoscere, ad esempio, al genitore beneficiario della prestazione un «minimo garantito», predeterminato in modo da assicurare per il futuro non solo il mantenimento, in termini nominali, del medesimo livello delle prestazioni inizialmente erogate, ma anche la conservazione, in valore reale, del relativo potere d'acquisto.

Più delicato appare il problema dell'ammissibilità della corresponsione, sempre sulla base dell'accordo delle parti, del contributo in un'unica soluzione. In proposito si sono sollevate obiezioni fondate sul silenzio del legislatore, di fronte alla esplicita previsione, invece, della liquidabilità *una tantum* dell'assegno per l'ex coniuge ⁽⁷⁶⁹⁾.

Ora, come premessa di carattere generale sull'argomento, va subito detto che – in considerazione del carattere inderogabile del criterio di proporzionalità espresso dall'art. 148 c.c. ⁽⁷⁷⁰⁾, nonché del principio generale dell'interesse della prole – nessun effetto preclusivo potrebbe comunque collegarsi all'effettuazione di una prestazione *una tantum* ⁽⁷⁷¹⁾, neppure in caso di espressa clausola al riguardo; clausola che, ove

⁽⁷⁶⁴⁾ V. *infra*, § 21.

⁽⁷⁶⁵⁾ BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in AA. VV., *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di Bonilini e Tommaseo, in *Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1997, p. 638.

⁽⁷⁶⁶⁾ SCANNICCHIO, *Commento all'art. 11, l. 6 marzo 1987, n. 74*, AA. VV., *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 962.

⁽⁷⁶⁷⁾ BASINI, *op. cit.*, p. 638 s., nota 116.

⁽⁷⁶⁸⁾ Disposizione secondo la quale «L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice». Devesi peraltro ritenere che il diverso parametro, tenuto conto del principio fondamentale dell'interesse del minore, non possa essere tale da determinare in concreto una rivalutazione in misura inferiore rispetto a quella calcolata in base agli indici ISTAT.

⁽⁷⁶⁹⁾ BASINI, *op. cit.*, p. 643.

⁽⁷⁷⁰⁾ Si noti peraltro il nuovo comma quarto dell'art. 155 c.c., a mente del quale ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito «salvo accordi diversi, liberamente sottoscritti dalle parti». La derogabilità del criterio di proporzionalità scolpito nell'art. 148 c.c. potrebbe forse porre un problema di conformità all'art. 30 Cost.

⁽⁷⁷¹⁾ In questo senso v. anche BASINI, *op. cit.*, p. 643. Nel senso che circostanze sopravvenute legittimino il genitore, anche quando l'obbligo di mantenimento del minore sia stato soddisfatto con una attribuzione patrimoniale *una tantum*, ad agire nell'interesse del minore per una revisione delle condizioni di separazione relative alla misura e modalità di tale mantenimento, si veda App. Milano, 6 maggio 1994, in *Fam. dir.*, 1994, p. 667. Ritiene pacifico che, quando a seguito di circostanze sopravvenute l'attribuzione patrimoniale *una tantum* divenga insufficiente a garantire il

prevista, andrebbe sicuramente ritenuta *tamquam non esset*. Diversamente da quanto illustrato in altra sede in relazione alla possibilità di derogare – per ciò che attiene ai rapporti tra le parti – al diritto di chiedere una modifica delle condizioni della separazione o del divorzio ⁽⁷⁷²⁾, qui nessuna rinuncia (espressa o tacita) potrebbe escludere la facoltà per il genitore interessato (vale a dire l'affidatario, nel caso di affidamento disgiunto, ovvero quello che debba sopportare gli esborsi maggiori, in caso di affidamento condiviso), o per lo stesso figlio, divenuto maggiorenne, ma non ancora autosufficiente, di far valere le eventuali sopravvenienze per effetto delle quali la prestazione effettuata – vuoi periodicamente, vuoi *una tantum* – non dovesse più rispondere ai canoni *ex art. 148 c.c.*

16. Le posizioni della giurisprudenza di merito sul tema dei trasferimenti in favore della prole.

Il problema fondamentale è dunque quello di vedere se dalla prestazione del mantenimento in unica soluzione possa farsi derivare l'estinzione – anche se solo con efficacia *rebus sic stantibus* – dell'obbligo di cui qui si discute in capo al genitore che sarebbe altrimenti tenuto alla corresponsione di un assegno. La questione si pone, come è chiaro, in stretta correlazione con quella concernente l'ammissibilità del trasferimento e della costituzione, a titolo di contributo gravante sul genitore, di diritti (per lo più reali) in capo alla prole minorenni. La giurisprudenza di merito che ha avuto modo di occuparsi in maniera specifica del problema del trasferimento o della costituzione di diritti in favore della prole in sede di crisi coniugale ha assunto svariate posizioni, che possono così sommariamente riassumersi.

Una prima decisione ha negato *tout court* l'ammissibilità di tali accordi, partendo dal presupposto del carattere necessariamente pecuniario e periodico della prestazione, desumibile dal silenzio del legislatore sulla liquidabilità *una tantum* della prestazione gravante sul genitore non affidatario e sul carattere indisponibile dei diritti in questione ⁽⁷⁷³⁾.

Sarà interessante notare al riguardo che la pronuncia testé citata, dopo avere proclamato l'invalidità, per avere trattato di diritti indisponibili, della convenzione con cui il padre si era impegnato a «donare» ⁽⁷⁷⁴⁾ ai figli la proprietà di una casa, sembra voler imprimere una brusca «sterzata» alla motivazione verso la considerazione del carattere non preclusivo dell'accordo stesso in ordine a pretese future. La questione della validità del trasferimento operato viene così immediatamente messa da parte e vi è veramente da dubitare che fosse nell'intenzione del giudicante porre le premesse per una distinta azione di accertamento da parte del padre della nullità della «donazione», così consentendo a quest'ultimo di recuperare il bene già destinato al mantenimento della prole.

Alla sentenza testé riferita se ne contrappongono altre che, al contrario, ammettono la validità di accordi traslativi e/o costitutivi di diritti reali, dando per scontata la soluzione positiva. Così, per esempio, la Corte d'appello di Milano ⁽⁷⁷⁵⁾ ha affermato che è ammissibile l'adempimento in unica soluzione dell'obbligo

mantenimento del minore, il diritto all'attribuzione di un assegno periodico possa essere fatto valere successivamente, MORA, *La separazione consensuale*, in Trattato Bonilini e Cattaneo, continuato da Bonilini, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, p. 601 s., il quale rileva che anche il patto di rinuncia al diritto al mantenimento, da ritenersi valido vertendo su di un diritto disponibile, diversamente da quello di rinuncia agli alimenti, è soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*. Chi scrive è d'avviso che il diritto al mantenimento della prole sia del tutto indisponibile, per cui anche la clausola *rebus sic stantibus* dovrà reputarsi intangibile, a differenza di quanto vale nei rapporti *inter coniuges* (ovviamente per il mantenimento del coniuge separato e per l'assegno di divorzio, non certo per la prestazione alimentare).

⁽⁷⁷²⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 203 ss.

⁽⁷⁷³⁾ Cfr. Trib. Catania, 1° dicembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1010: «Poiché la legge sul divorzio non prevede la corresponsione in unica soluzione del contributo per il mantenimento della prole e poiché del diritto della prole minorenni al mantenimento da parte dei genitori, questi ultimi non possono disporre a loro piacimento, non è ammissibile l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, da parte del genitore non affidatario, mediante donazione di un cespite immobiliare; legittimamente pertanto il giudice può determinare, in virtù dei poteri d'ufficio che gli competono, la misura del contributo (periodico) dallo stesso genitore dovuto in favore della prole».

⁽⁷⁷⁴⁾ Ma... fu vera donazione? Cfr. sul tema cfr. quanto verrà illustrato *infra*, § 20.

⁽⁷⁷⁵⁾ App. Milano, 6 maggio 1994, in *Fam. dir.*, 1994, p. 667. Nella fattispecie il padre aveva attribuito alla madre, a titolo di contribuzione al mantenimento del figlio, la sua quota di usufrutto pari al 50% di un immobile, del quale aveva donato anche la nuda proprietà al figlio minore, immobile che apparteneva per l'altro 50%, in proprietà piena alla madre, la quale lamentava che, a seguito di un'azione intentata vittoriosamente dal conduttore per il riconoscimento dell'equo canone, il canone locatizio dell'immobile era stato ridotto rispetto a quello che era stato tenuto in conto al momento della separazione, con conseguente riduzione di quanto doveva ritenersi dal padre versato a titolo di contributo al mantenimento.

al mantenimento del figlio minore posto a carico del genitore in sede di separazione consensuale con la costituzione a favore dell'altro coniuge dell'usufrutto su di un immobile, trasferito, per la nuda proprietà, al figlio stesso. Peraltro, nessuno degli interrogativi presupposti da tale soluzione risulta essere stato preso in esame dalla motivazione.

Uno sforzo ermeneutico maggiore è dato rinvenire in altre decisioni di merito, che hanno inquadrato l'impegno a trasferire un immobile in favore della prole nello schema del contratto a favore di terzi. Così, per esempio, il Tribunale di Vercelli ⁽⁷⁷⁶⁾ ha stabilito che, costituendo un contratto a favore di terzi (e non promessa di donazione) l'accordo con il quale un coniuge, nell'ambito della regolamentazione dei rapporti patrimoniali posta in essere in sede di separazione personale, si obblighi nei confronti dell'altro, al trasferimento gratuito in favore della prole di un immobile (casa familiare) successivamente all'omologa degli accordi di separazione, spetta soltanto ai figli (e non anche allo stipulante) la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere l'attuazione coattiva della prestazione da parte del coniuge promittente inadempiente.

In precedenza la Corte d'appello di Torino ⁽⁷⁷⁷⁾ aveva negato valore di promessa di donazione ⁽⁷⁷⁸⁾ all'obbligazione assunta da un marito – in seno ad una «scrittura privata di transazione», redatta con la moglie in fase di separazione ed allegata al verbale presidenziale – di «donare» un immobile di sua proprietà ai figli con la concessione dell'usufrutto alla moglie. La corte subalpina ⁽⁷⁷⁹⁾, andando contro il tenore letterale delle espressioni usate dalle parti, ha ritenuto «logico (...) che il termine 'donazione' sia stato qui usato impropriamente, e che il promittente abbia voluto obbligarsi a trasferire la nuda proprietà della villetta (ai figli rappresentati dalla madre) ed a costituire l'usufrutto sulla medesima (in capo alla moglie) a titolo di soddisfacimento parziale della sua obbligazione di mantenere moglie e prole». Ne ha concluso quindi che, nella specie, difettava l'*animus donandi*, con conseguente validità del predetto impegno ed accoglimento della domanda diretta, *ex art. 2932 c.c.*, all'esecuzione coattiva del medesimo ⁽⁷⁸⁰⁾.

In tempi meno remoti un tribunale siciliano ⁽⁷⁸¹⁾ ha stabilito che l'accordo con cui venga pattuito il trasferimento di un diritto reale al figlio minore, per provvedere *una tantum* al suo mantenimento, si può configurare come un contratto a favore di terzi, *ex art. 1411 c.c.* realizzante una liberalità indiretta, con conseguente non applicabilità dell'art. 782 c.c.

⁽⁷⁷⁶⁾ Trib. Vercelli, 24 ottobre 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1259; la soluzione fornita da questa pronuncia al caso in esame mercé il ricorso alla figura del contratto a favore di terzi è approvata da SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 965.

⁽⁷⁷⁷⁾ App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 19.

⁽⁷⁷⁸⁾ Come tale nulla, per lo meno nel pensiero della giurisprudenza e di una parte della dottrina. Sull'inammissibilità di un preliminare di donazione v. per tutti TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 243; MIRABELLI, *Dei contratti in genere (artt. 1321-1469)*, nel *Commentario del codice civile*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1980, p. 212 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 438 ss. (*contra* v. però MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, p. 21; BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 1004 ss.; DI LALLA, *Incertezze in tema di promessa di donazione*, in *Foro it.*, 1981, I, 1, c. 1702 ss.; BERTUSI NANNI, *Note sul contratto preliminare di donazione*, in *Riv. notar.*, 1984, p. 123 ss.; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, I, Torino, 1993, p. 268). La ragione di questa inammissibilità viene reperita nel fatto che il carattere della spontaneità, implicito nella nozione legale della donazione (attraverso il riferimento allo spirito di liberalità: art. 769 c.c.), è incompatibile con l'adempimento e quindi con la natura di «atto dovuto», propria del definitivo. In giurisprudenza per questa soluzione cfr. Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1702; cfr. inoltre Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726.

⁽⁷⁷⁹⁾ App. Torino, 9 maggio 1980, cit.

⁽⁷⁸⁰⁾ Per una fattispecie analoga, nella quale, riconosciuta la figura di contratto a favore di terzo, il giudice ha però rigettato la domanda *ex art. 2932 c.c.*, perché proposta dalla madre a nome proprio, anziché dei figli minori ad essa affidati, cfr. Trib. Vercelli, 24 ottobre 1989, cit. Il ricorso alla donazione, con riguardo ad un trasferimento immobiliare in favore della prole, è stato rifiutato più di recente anche da App. Roma, 4 giugno 1997, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, 1997, n. 45, p. 107. Sul difetto dell'*animus donandi* si basa poi inoltre Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1326, mentre sulla presenza di una funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento (su cui v., per una disamina critica, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 657 ss.) si fonda la successiva Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 70; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808, con nota di SINESIO, secondo cui «Il patto fra coniugi con il quale si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento non integra donazione stante la predetta funzione solutoria; tale patto peraltro deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordi di separazione di fatto alla stregua della liceità di tali accordi pur se non idonei a produrre gli effetti della separazione legale».

⁽⁷⁸¹⁾ Cfr. Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, in *Arch. civ.*, 2002, p. 728, con nota di LA VECCHIA.

17. Le posizioni della giurisprudenza di legittimità sul tema dei trasferimenti in favore della prole e la natura contrattuale delle obbligazioni in discorso.

Venendo ora ad illustrare la posizione della giurisprudenza di legittimità, andrà subito notato come l'attenzione della medesima, tra i tanti profili coinvolti dalla problematica in esame, sia stata immediatamente attratta dal tema della riconducibilità o meno delle intese in discorso allo schema del contratto a favore di terzi. Al riguardo, una ormai remota pronuncia della Cassazione ebbe a negare l'applicazione della disciplina *ex artt.* 1411 ss. c.c., rifiutandosi di riconoscere nelle intese in oggetto la natura contrattuale, in relazione alla clausola inserita all'interno di un accordo di separazione consensuale tra coniugi, secondo la quale il marito si era obbligato a mettere a disposizione del figlio e della moglie, per tutta la durata della loro vita, un'abitazione, ad integrazione dell'assegno di mantenimento dovuto agli stessi ⁽⁷⁸²⁾.

Il principio venne però smentito nove anni dopo, proprio con riferimento ad una fattispecie per molti versi analoga, e in relazione alla quale la Corte ammise la possibilità che in un accordo di separazione consensuale l'impegno del marito di donare alla figlia un immobile, quale contributo al mantenimento della stessa fosse configurabile alla stregua di un contratto (preliminare) a favore di terzi ⁽⁷⁸³⁾.

Quest'ultima decisione ha ricevuto un successivo avallo – per ciò che attiene all'affermazione della natura contrattuale dell'impegno in questione – all'inizio degli anni Novanta, quando la Cassazione ha stabilito che «quei negozi che, pur trovando sede in occasione della separazione consensuale, non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti ed agli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio (...) non si configurano come convenzioni di famiglia, quali figure giuridiche distinte dai contratti e caratterizzate da un sostanziale parallelismo di interessi e volontà (v. in tal senso Cass. 4277/78), ma costituiscono espressioni di libera autonomia contrattuale» ⁽⁷⁸⁴⁾. Pur senza ripudiare, dunque, la tesi della configurabilità, in linea generale, di «accordi» (in senso stretto) ed anzi facendo intendere di ritenere tale costruzione applicabile al negozio di separazione consensuale (in senso stretto), la Cassazione finisce con l'ammettere, nell'ultima delle decisioni riportate, che le convenzioni che «non trovano causa» nella separazione possono avere natura contrattuale ⁽⁷⁸⁵⁾.

Poste queste premesse, deve dunque ritenersi rimosso il principale ostacolo alla astratta riconducibilità dei trasferimenti (e, più in generale, dei contratti della crisi coniugale) dispieganti effetti nei confronti della prole alla figura del contratto a favore di terzi, ostacolo risiedente nella (asserita) non riferibilità delle intese d'ordine patrimoniale in sede di crisi coniugale al paradigma contrattuale ⁽⁷⁸⁶⁾.

L'atteggiamento favorevole della giurisprudenza di legittimità circa l'ammissibilità di trasferimenti patrimoniali in favore della prole prosegue con alcune pronunzie degli ultimi anni. Così, nel 2004, la Suprema Corte ⁽⁷⁸⁷⁾ ha stabilito che è di per sé valida la clausola dell'accordo di separazione che contenga l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la piena proprietà di un bene immobile, «trattandosi di pattuizione che dà vita ad un contratto atipico,

⁽⁷⁸²⁾ Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, c. 718, con nota di JANNARELLI; in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 83.

⁽⁷⁸³⁾ Venne così stabilito che «Allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta»: Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233, con nota di CHIANALE; in *Riv. notar.*, 1989, II, p. 210; in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237, con nota di COSTANZA; in *Corr. giur.*, 1988, p. 146 ss. con nota di V. MARICONDA.

⁽⁷⁸⁴⁾ Il principio è stato così applicato al caso di una transazione in cui, a fronte dell'impegno della moglie a trasferire un'unità immobiliare al marito, quest'ultimo rinunciava alla richiesta di addebito a carico della moglie oltre a pretese d'ordine reale relativamente alla casa coniugale e ad un negozio: cfr. Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; in *Corr. giur.*, 1991, p. 891, con nota di CAVALLO.

⁽⁷⁸⁵⁾ Sulla natura contrattuale degli accordi di separazione, nella parte relativa alle intese d'ordine economico cfr., anche per gli ulteriori rinvii dottrinali e giurisprudenziali, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 28 ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (I)*, in *Fam. dir.*, 1999, p. 601 ss.; ID., *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili (II)*, *ivi*, p. 86 ss.

⁽⁷⁸⁶⁾ In senso favorevole alla possibilità di applicare alla fattispecie il disposto dell'art. 1411 c.c. v. anche LONGO, *Trasferimenti immobiliari a scopo di mantenimento del figlio nel verbale di separazione: causa, qualificazione, problematiche*, nota a App. Genova, 27 maggio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 578; per la giurisprudenza di merito cfr. App. Genova, 27 maggio 1997, cit.

⁽⁷⁸⁷⁾ Cfr. Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 415.

distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.».

La medesima decisione ha altresì fissato il principio secondo cui la pattuizione, intervenuta in sede di separazione consensuale, contenente l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in favore di quest'ultimo, la piena proprietà di un bene immobile, non è soggetta né alla risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1453 c.c., né all'eccezione d'inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., «non essendo ravvisabile, in un siffatto accordo solutorio sul mantenimento della prole, quel rapporto di sinallagmaticità tra prestazioni che è fondamento dell'una e dell'altra, atteso che il mantenimento della prole costituisce obbligo ineludibile di ciascun genitore, imposto dal legislatore e non derivante, con vincolo di corrispettività, dall'accordo di separazione tra i coniugi, tale accordo potendo, al più, regolare le concrete modalità di adempimento di quell'obbligo»⁽⁷⁸⁸⁾.

L'anno successivo la stessa Corte ha ribadito che l'obbligo di mantenimento nei confronti della prole può essere adempiuto con l'attribuzione definitiva di beni, o con l'impegno ad effettuare detta attribuzione, piuttosto che attraverso una prestazione patrimoniale periodica, sulla base di accordi costituenti espressione di autonomia contrattuale, con i quali vengono, peraltro, regolate solo le concrete modalità di adempimento di una prestazione comunque dovuta. Da tali premesse si è derivata la conseguenza secondo cui la pattuizione conclusa in sede di separazione personale dei coniugi non esime il giudice chiamato a pronunciare nel giudizio di divorzio dal verificare se essa abbia avuto ad oggetto la sola pretesa azionata nella causa di separazione, ovvero se sia stata conclusa a tacitazione di ogni pretesa successiva, e, in tale seconda ipotesi, dall'accertare se, nella sua concreta attuazione, essa abbia lasciato anche solo in parte inadempito l'obbligo di mantenimento nei confronti della prole, in caso affermativo emettendo i provvedimenti idonei ad assicurare detto mantenimento⁽⁷⁸⁹⁾.

18. I trasferimenti in favore della prole come contratti a favore di terzi.

Una volta accertata l'impossibilità di contestare il richiamo allo schema del contratto a favore di terzi negando natura contrattuale alle intese d'ordine patrimoniale in sede di crisi coniugale, la soluzione del problema non può dirsi ancora raggiunta, dal momento che altre difficoltà potrebbero prospettarsi.

Il primo problema è costituito dalla posizione di «terzo» in capo al figlio destinatario dell'attribuzione. Al riguardo, infatti, già nel 1978 la Cassazione aveva posto in dubbio in questo caso la possibilità di riconoscere al figlio la veste di terzo beneficiario *ex art. 1411 c.c.* degli effetti del contratto concluso tra i genitori, essendo costui – secondo i supremi giudici – parte del negozio⁽⁷⁹⁰⁾. La decisione è stata commentata favorevolmente in dottrina; in proposito si è osservato che «la prova più forte del fatto che il figlio non è parte dell'accordo» starebbe proprio nella considerazione che «l'azione del coniuge per ottenere dall'altro il mantenimento del figlio a lui affidato non richiede la rappresentanza del minore in quanto si tratta di un diritto esercitabile *iure proprio*»⁽⁷⁹¹⁾.

In realtà, il fatto che i genitori si accordino su diritti di cui essi stessi sono soggetti attivi e passivi non esclude ancora che le medesime parti attribuiscono direttamente ai figli posizioni giuridiche soggettive. Posizioni giuridiche che, proprio in quanto direttamente previste a vantaggio della prole – in adempimento, si badi, di obbligazioni che vedono (*ex artt. 30 Cost., 147 e 148 c.c.*) quali soggetti attivi i figli e soltanto essi – escludono (in tutto o in parte) quelle pretese che l'affidatario (o comunque, oggi, quello dei coniugi che affronta gli esborsi proporzionalmente maggiori, in caso di affido condiviso) vanta *iure proprio* a titolo, sostanzialmente, di rimborso per spese personalmente effettuate. Il tutto, ovviamente, a condizione che i criteri di proporzionalità espressi dall'art. 148 c.c.⁽⁷⁹²⁾ e di rispetto dell'interesse del minore siano pienamente osservati. Nulla sembra opporsi, dunque, a che il figlio, in quanto soggetto di diritto autonomo, sia dai genitori individuato quale titolare di uno o più diritti reali, trasferiti al medesimo, oppure costituiti *ad hoc* in capo allo stesso, con conseguente estinzione, totale o parziale, dell'obbligo di cui qui si discute.

⁽⁷⁸⁸⁾ Nella specie il padre, che aveva assunto tale impegno di trasferimento, convenuto in giudizio per l'esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., aveva chiesto la risoluzione della pattuizione, deducendo l'inadempimento della madre all'obbligazione, da costei assunta nel medesimo accordo di separazione tra coniugi, di consentire che la figlia vedesse e frequentasse esso genitore.

⁽⁷⁸⁹⁾ Cfr. Cass., 2 febbraio 2005, n. 2088. Da segnalare inoltre Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, in *Guida al diritto - Il Sole 24 ore*, 2005, n. 38, p. 52, con nota di GRISI.

⁽⁷⁹⁰⁾ Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, cit.

⁽⁷⁹¹⁾ JANNARELLI, *Nota* a Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, c. 719.

⁽⁷⁹²⁾ Ma sul tema della derogabilità del criterio di proporzionalità cfr. quanto illustrato *supra*, § 15.

Praticamente, poi, il trasferimento della proprietà direttamente in capo al minore di un immobile locato a terzi o di un pacchetto azionario, o di quote di fondi di investimento o di titoli di stato potrebbe, a conti fatti, risultare assai più conveniente della previsione d'un assegno mensile, magari parametrato in relazione ad un reddito «apparente» (e documentabile) modesto dell'obbligato, dotato invece di un cospicuo patrimonio «nascosto» ⁽⁷⁹³⁾.

19. Questioni in tema di rappresentanza legale del minore.

Il richiamo alla figura del contratto a favore di terzi consente di risolvere anche il problema, prospettato in dottrina ⁽⁷⁹⁴⁾, dell'eventuale necessità dell'autorizzazione *ex art. 320 c.c.* in ordine all'acquisto in capo al minore. L'acquisto, in effetti, si pone quale effetto immediato e diretto del contratto (art. 1411 cpv. c.c.), come rilevato da una pronuncia di legittimità, secondo cui «Nel contratto a favore di terzo, secondo la previsione dell'art. 1411 cod. civ., la validità ed operatività della convenzione medesima postula soltanto la ricorrenza di un interesse dello stipulante (art. 1411 citato, primo comma), senza che si richieda l'osservanza delle norme sulla rappresentanza dei minori, ove stipulato dal genitore a vantaggio del figlio minore» ⁽⁷⁹⁵⁾. Ne consegue che, non essendo richiesta alcuna dichiarazione d'accettazione da parte del terzo beneficiario, nessuna autorizzazione ai sensi dell'art. 320 c.c. dovrà ritenersi necessaria ⁽⁷⁹⁶⁾.

Al terzo beneficiario, d'altro canto, è attribuito il diritto di paralizzare l'eventuale revoca o modifica della stipulazione in suo favore mediante dichiarazione di voler profittare della medesima oppure, al contrario, il diritto di rinunciare a questa mediante «rifiuto di profittarne» (art. 1411 cpv. c.c.). A questi particolari atti dovrà riconoscersi il carattere di straordinaria amministrazione, come stabilito dalla Cassazione in un'altra vicenda, avente ad oggetto la rinuncia di un inabilitato, senza l'assistenza del curatore, alla stipulazione in suo favore ⁽⁷⁹⁷⁾.

L'autorizzazione ad emettere la dichiarazione di «voler profittare» della stipulazione in favore del minore è regolata dall'art. 320 c.c. e non potrà ritenersi «assorbita» dal controllo giudiziale in sede di omologazione ⁽⁷⁹⁸⁾, posto che nessuna deroga al riguardo è desumibile dall'ordinamento, né l'effettuazione di un identico tipo di controllo da parte di un distinto organo giudiziario costituisce di per sé motivo per fondare un'interpretazione abrogatrice di una precisa disposizione codicistica. Si noti poi – per rimanere ancora un istante su questo tema – che la sovrapposizione degli interventi in discorso non è perfetta, nel senso che mentre il controllo della convenienza della stipulazione in favore del minore e della rispondenza al canone

⁽⁷⁹³⁾ In dottrina, per la possibilità di soddisfare il mantenimento dei figli anche con l'attribuzione di beni in caso di separazione consensuale cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 406; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 11 s.; METTIERI, *La funzione notarile nei trasferimenti di beni tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 1167; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1997, I, p. 7 s. (lo scritto è stato pubblicato anche in AA. VV., *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, Milano, 1997, p. 33 ss.); MANTIA, *La rappresentanza dei minori nei trasferimenti in loro favore effettuati in adempimento di accordi di separazione consensuale dei coniugi*, nota a Pret. Trapani, 19 febbraio 1998, in *Notaro*, 1999, p. 122; *contra* DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, nota a Trib. Potenza, 14 marzo 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 225, secondo cui l'interesse che nella specie muove il genitore affidatario non sarebbe conforme a quello richiesto in capo allo stipulante dall'art. 1411 c.c., qualificabile non come interesse alla prestazione, ma come semplice «interesse a contrarre».

⁽⁷⁹⁴⁾ BRIGANTI, *op. cit.*, p. 7 s.

⁽⁷⁹⁵⁾ Cass., 5 gennaio 1985, n. 11, in *Arch. giur. circ. sin. str.*, 1985, p. 586. *Contra* Pret. Trapani, 19 febbraio 1998, in *Notaro*, 1999, p. 122, con nota di MANTIA, che ha disposto la nomina di un curatore speciale *ex art. 320, ult. cpv.*, c.c. per intervenire nell'atto pubblico di trasferimento in favore dei figli minori. La pronuncia ritiene presente un conflitto di interessi tra il genitore affidatario e la prole in ordine all'atto meramente traslativo posto in essere in adempimento del negozio di separazione, atto nel quale, peraltro, alle parti non è concesso alcun «margine di manovra», dovendo le medesime dare esecuzione ad un impegno assunto in altra sede. Approva la decisione del giudice trapanese MANTIA, *op. loc. ultt. citt.*

⁽⁷⁹⁶⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 155 s.

⁽⁷⁹⁷⁾ Cass., 14 dicembre 1978, n. 5975, in *Riv. notar.*, 1979, II, p. 554: «La rinuncia ad una prestazione contrattuale, espressa da persona inabilitata, quale beneficiaria di un contratto a favore di terzo, costituisce atto di straordinaria amministrazione, che, se compiuto senza l'osservanza delle prescritte formalità e senza l'assistenza del curatore, è annullabile ai sensi dell'art. 427, secondo comma, cod. civ. L'annullamento può essere pronunciato solo su istanza dell'inabilitato, o dei suoi eredi o aventi causa, con la conseguenza che, in difetto di tale istanza, la rinuncia, ancorché invalida, rimane efficace».

⁽⁷⁹⁸⁾ In senso dubitativo al riguardo cfr. BRIGANTI, *op. cit.*, p. 8, nota 23.

del suo esclusivo interesse è comune ad entrambi i giudizi, solo in quello *ex art. 158 c.c.* è consentito un sindacato sul rispetto del criterio di proporzionalità previsto dall'art. 148 c.c.

Alla luce di quanto sopra esposto non appare condivisibile quanto stabilito da una non remota decisione di merito che, pur riconducendo la situazione in esame allo schema del contratto a favore di terzo, ha poi negato che il trasferimento immobiliare a favore del figlio, previsto in un accordo di separazione tra coniugi, sia trascrivibile, in mancanza dell'adesione del terzo beneficiario; tale adesione costituirebbe, infatti, indefettibile *condicio iuris* sospensiva, fino al suo verificarsi, dell'acquisizione del diritto in modo irrevocabile. Dovrebbe pertanto ritenersi corretta la riserva apposta dal conservatore alla trascrizione dell'accordo traslativo di bene immobile, contenuto nell'intesa di separazione consensuale dei coniugi, a favore di un figlio minore, in caso di mancata previa manifestazione del consenso, in nome e per conto del minore, da parte del legale rappresentante nominato e autorizzato dal giudice tutelare *ex art. 320 c.c.* ⁽⁷⁹⁹⁾.

La conclusione non appare convincente. Se è infatti vero che, secondo alcune pronunzie di legittimità, l'adesione del terzo – nello schema *ex art. 1411 c.c.* – si configurerebbe alla stregua di una «*condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto (rilevabile *per facta concludentia*), restando la dichiarazione del terzo di voler profittare del contratto necessaria soltanto per renderlo irrevocabile ed immodificabile» ⁽⁸⁰⁰⁾, è altrettanto innegabile che, come pure rilevato in dottrina ⁽⁸⁰¹⁾, questa interpretazione forza il testo della norma citata, la quale non attribuisce al terzo la veste di parte, né in senso formale, né in senso sostanziale rispetto alla convenzione negoziale in suo favore. Ne consegue che, nel caso di specie, come già ricordato, l'accordo concluso tra i genitori non richiede l'osservanza delle norme sulla rappresentanza dei minori. Tale intesa sarà dunque trascrivibile a prescindere dall'eventuale adesione ⁽⁸⁰²⁾, che viene ad incidere non già sulla produzione degli effetti (reali od obbligatori che siano), ma solo sulla possibilità di revoca da parte dello stipulante o di rifiuto da parte del terzo, non più possibile dopo l'adesione ⁽⁸⁰³⁾.

Per quanto attiene, poi, al contenuto del diritto costituito o trasferito, sarà il caso di aggiungere che esso potrà concernere situazioni connotate dalla realtà (proprietà, usufrutto, uso, superficie, ecc.), non ostando all'uopo la riconduzione della fattispecie alla figura del contratto a favore di terzi. E' noto infatti che, secondo la tesi prevalente (e preferibile), l'istituto *ex art. 1411 c.c.* ben può avere ad oggetto effetti di carattere reale ⁽⁸⁰⁴⁾. Altre volte esso si riferirà ad una mera obbligazione di trasferire un diritto reale, magari espressa (erroneamente) tramite il ricorso ad una «promessa di donazione», secondo quanto si avrà modo di vedere più avanti ⁽⁸⁰⁵⁾.

⁽⁷⁹⁹⁾ Cfr. Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, cit.

⁽⁸⁰⁰⁾ Cfr. Cass., 4 febbraio 1988, n. 1136; Cass., 24 dicembre 1992, n. 13661, in *Vita notar.*, 1993, p. 769.

⁽⁸⁰¹⁾ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 927.

⁽⁸⁰²⁾ Andranno invece annotati l'eventuale revoca, così come l'eventuale rifiuto: cfr. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1998, p. 356.

⁽⁸⁰³⁾ In senso conforme v. anche LA VECCHIA, *op. cit.*, p. 731, la quale peraltro concorda con le conclusioni cui perviene Trib. Siracusa, 14 dicembre 2001, cit., sulla non trascrivibilità dell'intesa traslativa in assenza dell'assenso del destinatario dell'effetto reale, per via del carattere di *datio in solutum* che il negozio verrebbe ad acquisire (per una critica di siffatta impostazione cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 657 ss.).

⁽⁸⁰⁴⁾ Cfr. in giurisprudenza Cass., 9 luglio 1966, n. 1807; Cass., 16 gennaio 1973, n. 161, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1572; Cass., 7 gennaio 1974, n. 29; Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Riv. dir. comm.*, 1980, II, p. 339, con nota di GUARNIERI; Cass., 14 dicembre 1982, n. 6871, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1489; in dottrina v. in vario senso MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 129 ss.; GIRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, p. 140; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 286; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, I, cit., p. 79 s. (secondo cui «un prospero insegnamento dottrinale e una rigogliosa pratica consentono alla stipulazione a favore di terzi la creazione immediata della servitù»); CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 593 s.; contro la possibilità di costituire diritti reali si esprime invece BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 537. Per un'attenta e completa ricostruzione dei vari profili attinenti all'ammissibilità del contratto a favore di terzi con effetti reali si fa rinvio a SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento dei diritti reali*, cit., p. 953 ss.; l'Autore, dopo avere passato in rassegna e confutato i vari argomenti addotti dai sostenitori dell'inapplicabilità dell'istituto *ex art. 1411 c.c.* in caso di negozio traslativo di diritti reali, e dopo aver sottolineato la differenza tra l'art. 45 del progetto del libro delle obbligazioni (che faceva un espresso rinvio al concetto di «obbligazione») e la versione definitiva dell'art. 1411 c.c., rileva – tra l'altro – come l'uso del termine «prestazione» nella norma da ultimo citata «non appaia incompatibile con l'effetto reale, in quanto ricomprende la complessa condotta cui il promittente-alienante è tenuto, in analogia con quanto disposto, ad esempio, nell'art. 1476 c.c., che parla di obbligazioni del venditore». Perplessità vengono peraltro sollevate dall'Autore con riguardo ai trasferimenti aventi ad oggetto beni immobili, in considerazione del fatto che la fattispecie non è presa in esame dalle norme in tema di trascrizione.

⁽⁸⁰⁵⁾ Cfr. *infra*, § 20.

20. I trasferimenti in favore della prole e i rapporti con la donazione.

Si è già avuto modo di vedere che il richiamo delle parti alla donazione costituisce un *Leitmotiv* di molti trasferimenti a vantaggio della prole minorenni o maggiorenne e non autosufficiente ⁽⁸⁰⁶⁾.

Al riguardo si è proposta in dottrina una distinzione tra due ipotesi, a seconda che il trasferimento costituisca il corrispettivo del maggior onere assunto dall'affidatario (e oggi dovremmo dire: del genitore a favore del quale verrebbe previsto un assegno, pur in ipotesi di affidamento condiviso), ovvero che l'intento delle parti sia quello di evitare una eventuale comunione ereditaria con altri figli: la causa liberale andrebbe negata nel primo caso ed affermata nel secondo ⁽⁸⁰⁷⁾.

Altra dottrina ⁽⁸⁰⁸⁾ ha invece ritenuto di potere superare ogni difficoltà spostando il discorso sul piano delle posizioni dei genitori, tra i quali la causa liberale non potrebbe mai sussistere. L'opinione testé riferita si scontra però con l'ostacolo costituito dalla considerazione che destinatario della prestazione e titolare dei diritti così trasferiti o costituiti è pur sempre il figlio.

Ad avviso di chi scrive, la prestazione di cui si discute, proprio in quanto soddisfacente (in tutto o in parte) dell'obbligo di cui agli artt. 30 Cost., 147 e 148 c.c. nell'ambito di un negozio tipico della crisi coniugale, dotato, come tale, di una sua propria e ben precisa causa, sembra esulare dallo schema della donazione ⁽⁸⁰⁹⁾. In altri termini, il *prius*, di fronte alle norme citate, è costituito dall'obbligo dei genitori – di entrambi i genitori – di fornire direttamente al figlio i mezzi necessari per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione. Lo *ius proprium* di un genitore verso l'altro nasce solo in considerazione del fatto che è il genitore affidatario o prevalente «collocatario» a provvedere in prima persona all'attuazione degli obblighi anzidetti. Ove invece, conformemente all'interesse del minore, le parti reputino di consentire ad una di esse di soddisfare in tutto o in parte il dovere di contribuire al mantenimento della prole a mezzo del trasferimento o della costituzione di uno o più diritti in capo al figlio, nessun diritto (o un diritto dal contenuto più limitato) nascerà in capo ad un genitore (l'affidatario o il prevalente «collocatario») verso l'altro, non dovendo più (ovvero dovendo solo in parte) il primo «avanzare» quanto dovuto dall'altro genitore per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli.

D'altro canto l'impossibilità per il figlio – che non è «parte» nel processo di separazione – di comparire (anche a mezzo di un curatore speciale) all'udienza *ex art. 711 c.p.c. o 4, sedicesimo comma, l.div.*, non consente di perfezionare all'udienza stessa il trasferimento in capo al medesimo, quando tale *translatio* formi oggetto di un obbligo assunto da uno dei coniugi. Quindi, delle due l'una: o si ritiene il trasferimento già perfezionato per effetto dell'intesa tra i genitori ⁽⁸¹⁰⁾, oppure si attribuisce all'atto il valore di semplice obbligo a trasferire ⁽⁸¹¹⁾. In quest'ultima ipotesi si legittima allora il figlio (minorenne) ad agire, tramite l'altro genitore, *ex art. 2932 c.c.*, nel caso in cui il genitore obbligato si dovesse rifiutare di porre in essere l'atto traslativo ⁽⁸¹²⁾.

⁽⁸⁰⁶⁾ Cfr. *ex multis* Trib. Salerno, 4 luglio 2006, cit.

⁽⁸⁰⁷⁾ METTIERI, *op. cit.*, p. 1167.

⁽⁸⁰⁸⁾ A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, p. 494 s.

⁽⁸⁰⁹⁾ Il ricorso alla donazione è stato ripudiato anche da App. Roma, 4 giugno 1997, cit., nonché da App. Genova, 27 maggio 1997, cit.; quest'ultima decisione è stata confermata, proprio *in parte qua*, da Cass., 30 agosto 1999, n. 9117, cit. (nella specie la figlia destinataria del trasferimento era maggiorenne, ma non autosufficiente).

⁽⁸¹⁰⁾ In tal caso l'accettazione da parte del figlio non appare necessaria, secondo quanto illustrato *supra*, § 19.

⁽⁸¹¹⁾ Ancora una volta, la soluzione dipende dall'interpretazione da dare, caso per caso, all'intesa, così come essa viene concretamente concepita e formalizzata dalle parti.

⁽⁸¹²⁾ Sull'applicabilità del rimedio alle promesse di trasferimento concluse durante la crisi coniugale, sia nei rapporti tra i coniugi, che in favore della prole, cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 277 ss. In caso di irreperibilità del genitore affidatario potrebbe agire un curatore speciale: cfr. Cass., 29 ottobre 1963, n. 2896, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2515. Sulla struttura dell'atto traslativo cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 271 ss. Da notare che il rapporto tra l'obbligo a trasferire assunto in sede di contratto della crisi coniugale e atto di adempimento dello stesso non può essere qualificato alla stregua del rapporto tra contratto preliminare e definitivo, sebbene una recente sentenza della Cassazione sembri propendere per questa impostazione: cfr. Cass., 13 maggio 2008, n. 11914, secondo cui «a) È suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. il contratto con cui un coniuge trasferisca all'altro un immobile, al dichiarato fine di dare esecuzione agli obblighi assunti in sede di separazione consensuale omologata. La domanda di revoca del contratto di trasferimento sottopone alla cognizione del giudice anche l'esame degli accordi preliminari stipulati in sede di separazione, che abbiano dato causa al trasferimento, senza necessità che sia proposta specifica impugnazione contro gli stessi, sempre che siano stati dedotti in giudizio i presupposti di diritto e di fatto rilevanti ai fini della decisione. La valutazione relativa alla sussistenza dei requisiti per la revoca ai sensi dell'art. 2901 cod. civ. va compiuta con riferimento sia ai preliminari accordi di separazione, sia al contratto definitivo

Proprio sul problema dei rapporti con la donazione sarà utile richiamare anche una già citata decisione di merito, che nega valore di promessa, per l'appunto, di «donazione»⁽⁸¹³⁾ all'obbligazione assunta da un marito – in seno ad una «scrittura privata di transazione», redatta con la moglie in fase di separazione ed allegata al verbale presidenziale – di «donare» un immobile di sua proprietà ai figli con la concessione dell'usufrutto alla moglie. Come già ricordato, la corte subalpina⁽⁸¹⁴⁾ è andata contro il tenore letterale delle espressioni usate dalle parti, rilevando che, nel caso di specie, faceva difetto l'*animus donandi*, con conseguente validità del predetto impegno ed accoglimento della domanda diretta, *ex art. 2932 c.c.*, all'esecuzione coattiva del medesimo⁽⁸¹⁵⁾.

Le considerazioni di cui sopra sono estensibili al caso della prole maggiorenne ma non autosufficiente, con la sola precisazione che, nel caso di impegno avente carattere meramente obbligatorio, il figlio sarebbe legittimato ad agire in proprio (arg. *ex art. 155-quinquies c.c.*).

Diverso è il discorso per quanto attiene alla prole maggiorenne autosufficiente. Qui, in effetti, l'assenza di un obbligo di mantenimento fa sì che a tali figli non possano applicarsi le disposizioni di cui ai più volte citati artt. 711 c.p.c. e 4, sedicesimo comma, l.div., con la conseguenza che un atto traslativo in loro favore non potrà essere considerato se non quale estrinsecazione d'un intento liberale e pertanto alla stregua di una donazione. Peraltro, proprio le disposizioni da ultimo citate potrebbero tornare in considerazione, non più come concernenti le «condizioni inerenti alla prole» (che non può essere, nell'ottica delle norme citate, se non la prole minorenni o maggiorenne e non autosufficiente), ma sotto il profilo delle condizioni relative ai rapporti tra i coniugi stessi. In altre parole, la donazione, pur non avendo causa nella crisi coniugale, potrebbe trovare in essa un motivo, costituendo la medesima una delle condizioni in presenza delle quali (e nel contesto di una serie di più ampie intese sui reciproci rapporti di dare-avere) i coniugi decidono di addivenire ad una separazione consensuale (o ad un divorzio su domanda congiunta).

Ci si potrebbe così trovare di fronte ad una vera e propria donazione con motivo postmatrimoniale⁽⁸¹⁶⁾, che in questo caso presenterebbe la particolarità di non vedere quale beneficiario uno dei coniugi, bensì un terzo (il figlio, per l'appunto, maggiorenne ed autosufficiente). Quest'ultimo, peraltro, come soggetto estraneo al processo di separazione o di divorzio, non potrebbe intervenire nell'atto a manifestare l'accettazione. Né sarebbe comunque immaginabile qui il ricorso al meccanismo di cui all'art. 1411 c.c., posto che farebbe difetto in tale ipotesi quell'interesse dello stipulante che, nel caso di prole minorenni o maggiorenne ma non autosufficiente, è rappresentato dal contributo che l'attribuzione del promittente porta all'adempimento di un'obbligazione (quella, appunto, di mantenimento) che grava anche sullo stipulante medesimo e che lo stipulante sarebbe tenuto ad adempiere per intero, in caso di mancata (o insufficiente) contribuzione da parte del promittente.

di trasferimento immobiliare». In realtà, come si è detto (v. *supra*, § 11, *in fine*), nella sequela: impegno a trasferire-atto (rogito notarile) di trasferimento non è possibile riscontrare la successione preliminare-definitiva, posto che è invece nel primo negozio (quello, appunto, stipulato in sede di accordo di separazione o divorzio) che va ravvisato l'atto di autonomia, laddove nel secondo va riscontrato un mero atto solutorio.

⁽⁸¹³⁾ Come tale nulla, secondo l'opinione dominante (quanto meno in giurisprudenza): cfr. *supra*, § 6.

⁽⁸¹⁴⁾ App. Torino, 9 maggio 1980, cit.

⁽⁸¹⁵⁾ Decisione assai simile a quella testé illustrata è App. Genova, 27 maggio 1997, cit., che sul punto ha osservato quanto segue: «Nella specie, l'appellante afferma che nessun contratto, ancorché preliminare, è stato concluso, e che, a tutto concedere, l'impegno assunto non potrebbe che qualificarsi come promessa di donazione, come tale radicalmente nulla. E' da ritenersi che le clausole con cui i coniugi regolamentano i propri interessi in sede di separazione consensuale, soprattutto qualora diano luogo, come si è visto, a veri e propri contratti, siano soggette alle regole generali di ermeneutica contrattuale. In particolare, nel caso che ci occupa, vengono in considerazione i principi dell'interpretazione complessiva delle clausole (art. 1363 c.c.), per cui esse si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto, nonché della conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), per cui contratto e singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno. Sono poste, nel verbale di separazione, l'una accanto all'altra, la clausola con la quale il padre si impegna al mantenimento esclusivo della figlia, e quella con cui la madre si impegna a trasferire alla figlia stessa la propria quota di proprietà dell'immobile *de quo*: si tratta evidentemente dell'adempimento del suo obbligo di mantenimento della figlia, che ancora sussisteva, stante la non autosufficienza economica di questa. Nessun riferimento, al contrario, si rinviene ad una intenzione della convenuta di donare la sua quota (di un *animus donandi* non vi è alcuna traccia, ed esso, tra l'altro, apparirebbe contraddetto dal comportamento successivo della parte)».

⁽⁸¹⁶⁾ Su cui v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 653 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 99 ss.

A differenza, dunque, del caso di donazione con motivo postmatrimoniale *inter coniuges*, il cancelliere non potrà ricevere questo tipo di negozio, che andrà necessariamente rogato da notaio, in presenza di testimoni ⁽⁸¹⁷⁾.

21. I trasferimenti in favore della prole naturale nell'ambito della crisi della famiglia di fatto.

Le considerazioni di cui al paragrafo che precede introducono alla trattazione del tema dei trasferimenti in favore dei figli naturali nell'ambito della crisi della famiglia di fatto. Problematica, questa, strettamente legata all'argomento, piuttosto delicato, dei rapporti con un profilo strettamente personale, come quello della procreazione, nonché della gestione della potestà. Per quanto attiene al primo aspetto dovrà senz'altro affermarsi la nullità di ogni impegno che preveda l'esecuzione di prestazioni di carattere sessuale – in relazione al quale emergerebbe anche l'aspetto della contrarietà al buon costume (818) – o, ancora, l'assunzione di un determinato cognome ⁽⁸¹⁹⁾, la procreazione (eventualmente mediante il ricorso a metodi di fecondazione artificiale), o la non procreazione, per mezzo dell'imposizione dell'obbligo di far uso di sistemi contraccettivi ⁽⁸²⁰⁾.

Nella monografia sui regimi patrimoniali della famiglia di fatto lo scrivente aveva espresso l'opinione secondo cui sarebbe stato impossibile regolare sotto qualsiasi forma anche gli aspetti involgenti i rapporti di filiazione e l'esercizio della potestà dei genitori, che risultano già disciplinati da norme di carattere imperativo ⁽⁸²¹⁾. La conclusione va sicuramente ribadita per tutto quanto attiene al momento costitutivo del rapporto di filiazione (o comunque di un rapporto para-familiare). Pertanto, oltre alla già illustrata nullità di ogni promessa avente a oggetto la procreazione ovvero l'astensione dalla procreazione, va affermata l'invalidità dell'obbligo che i conviventi eventualmente assumessero di manifestare la propria

⁽⁸¹⁷⁾ Sulla forma della donazione postmatrimoniale *inter coniuges* e sulla possibilità che la stessa sia ricevuta da cancelliere nel contesto di un contratto della crisi coniugale cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 188 ss.

⁽⁸¹⁸⁾ Nello stesso senso v. KUNIGK, *Die Lebensgemeinschaft, Rechtliche Gestaltung von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben*, Stuttgart, 1978, p. 119 s.

⁽⁸¹⁹⁾ Si immagini l'impegno di uno o di entrambi i conviventi a esperire il ricorso al Ministero dell'interno per ottenere il cambiamento o la modifica del cognome ex artt. 84 ss. d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), al fine assumere un cognome identico. Contraria alla validità di un impegno del genere è anche la dottrina tedesca (cfr. STRÄTZ, *Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick*, in *FamRZ*, 1980, p. 306).

⁽⁸²⁰⁾ V. BGH, 17 April 1986, in *FamRZ*, 1986, p. 773. I conviventi avevano di comune accordo deciso di non avere figli e all'uopo la donna si era impegnata a fare uso della «pillola»; l'accordo non era però stato da quest'ultima rispettato, tanto che dalla relazione era nato un figlio, al mantenimento del quale il convivente, quale padre naturale, era stato condannato con sentenza passata in giudicato. L'uomo convenne quindi in giudizio la donna chiedendole il risarcimento danni per la violazione dell'accordo sull'uso dei mezzi contraccettivi. La Corte Suprema Federale respinse la domanda affermando la nullità di tale contratto per *Sittenwidrigkeit*, in quanto «lesivo della più intima sfera di libertà personale». Potrà essere interessante aggiungere che, svariati anni dopo, il Tribunale di Milano (cfr. Trib. Milano, 19 novembre 2001, in *Nuovo dir.*, 2002, II, p. 621) ha affermato lo stesso principio, in un caso esattamente identico, che si differenzia dal primo solo per la maggiore fantasia dell'avvocato italiano, che non solo aveva proposto l'azione di responsabilità *ex contractu*, ma aveva anche, in subordine, presentato una domanda di responsabilità aquiliana per violazione del principio del *neminem laedere*, sotto il profilo del (preteso) diritto soggettivo assoluto ad avere rapporti sessuali con una donna senza quelle... fastidiose conseguenze rappresentate dalla nascita di figli non desiderati.

Preoccupazioni analoghe a quelle sopra illustrate non paiono invece assolutamente sussistere nell'ambito della dottrina di *common law*, ove le considerazioni di *public policy* non sembrano porre alcun ostacolo alla pattuizione di clausole regolanti aspetti di carattere strettamente personale, quali:

a) obbligo di fissazione della residenza in comune (o di mutare l'attuale residenza comune); eventuale previsione di una «residenza alternata» per determinati periodi di tempo;

b) termini di durata del rapporto, identificati con una data ben precisa, ovvero con un certo avvenimento che funge, per così dire, da condizione risolutiva (per esempio: manterremo la nostra convivenza almeno sin tanto che mi sarò laureato in giurisprudenza, o finché i figli avranno terminato le scuole);

c) relazioni personali o interpersonali, dal cognome che ciascuno dei *partners* assumerà, alla fedeltà, all'«apertura» della coppia a terzi, all'uso di sistemi per il controllo delle nascite, all'impegno ad adottare uno o più figli;

d) fissazione degli scopi della relazione, aspirazioni dei conviventi, priorità di carriera, impegni di carattere sociale e a beneficio di determinate comunità, scelta della confessione religiosa da seguire e dell'insegnamento da impartire ai figli (cfr. WEITZMAN, *Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change*, in *California Law Review*, 62, 1974, p. 1250 ss.; l'unico impegno che l'Autore individua come contrario all'ordine pubblico, sulla base di alcuni precedenti giurisprudenziali, è quello dei conviventi di non sposarsi, tra di loro così come con terze persone).

⁽⁸²¹⁾ Cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 205 ss..

disponibilità all'affidamento familiare, o al compimento di un'eventuale adozione, nei limiti in cui, ovviamente, essa possa ritenersi consentita ai soggetti non coniugati. Lo stesso è a dirsi per l'impegno, da parte di uno o di entrambi, a effettuare, o ad astenersi dall'effettuare, il riconoscimento della prole generata dall'unione, o, ancora, a far precedere uno dei due riconoscimenti all'altro, strumento che altrimenti potrebbe servire (con le limitazioni, beninteso, fissate dall'art. 262 c.c.) a conseguire lo scopo di far assumere ai figli il cognome di uno piuttosto che dell'altro dei genitori.

Diverse appaiono invece le conclusioni per ciò che attiene agli aspetti attinenti all'esercizio della potestà sui figli comuni. Invero, come dimostrato in dottrina⁽⁸²²⁾, dall'art. 317-bis c.c. sembra potersi ricavare per implicito il riconoscimento da parte del legislatore della validità di intese dirette a regolare tale aspetto, sia in relazione alla coppia in situazione «fisiologica» (mercé il rinvio all'art. 316 c.c.), sia a quella in situazione «patologica» (in cui l'intervento del giudice è previsto in funzione meramente suppletiva). La giurisprudenza sembra del resto secondare questa interpretazione, ammettendo la validità di accordi aventi ad oggetto l'affidamento della prole naturale⁽⁸²³⁾. Nessun dubbio dovrebbe poi porsi sull'ammissibilità dell'eventuale regolamentazione pattizia della misura in cui ciascuno dei conviventi contribuirà al mantenimento dei figli (eventualmente anche non minorenni).

Questi risultati ricevono conferma dalle disposizioni della normativa in tema di affidamento condiviso, estensibili, come noto, anche alla famiglia di fatto, per effetto dell'art. 4, cpv., l. 8 febbraio 2006, n. 54. In forza di queste norme, invero, il giudice è obbligato a «Prende(re) atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori» (cfr. art. 155, comma secondo, c.c.). D'altro canto, i conviventi possono liberamente sottoscrivere accordi in merito al mantenimento dei figli (come stabilito dall'art. 155, comma quarto, c.c.), eventualmente anche in deroga al criterio di proporzionalità scolpito nell'art. 148 c.c. (e sempre che, come si è visto trattando della materia con riguardo alla crisi coniugale, tale facoltà di deroga non venga un giorno colpita da declaratoria di incostituzionalità, nel caso si dovesse ritenere il citato criterio munito di garanzia costituzionale, ex art. 30 Cost.).

Il vero problema è, semmai, quello di trovare un sistema che possa «inchiodare» le parti alle loro responsabilità, ed ottenere uno strumento che garantisca contro il rischio che una di esse cambi successivamente idea.

La mancanza di un siffatto meccanismo rende evidente la disparità di trattamento rispetto alla situazione della rottura della coppia coniugata: in quest'ultimo caso, infatti, si arriva a un atto (il verbale di separazione consensuale) munito di forza esecutiva; nel caso invece della famiglia di fatto l'intesa, sottoscritta dalle parti, è racchiusa in un documento che – ancorché vincolante per le parti – non può essere posto alla base di un'azione esecutiva. Ciò, ovviamente, a meno che il tribunale non intenda in qualche modo recepire l'accordo in un suo provvedimento o emanare una decisione che assuma i caratteri di una sorta di decreto di omologa analogo a quelli che il tribunale ordinario emana ai sensi dell'art. 158 c.c.

La questione pone un problema di legittimità costituzionale. La Consulta, a dire il vero, si è già occupata della materia, respingendo le questioni che le erano state proposte. Peraltro, come risulta evidente dalla lettura delle sentenze emesse al riguardo nel 1996 e nel 1997⁽⁸²⁴⁾, la questione non era stata presentata sotto questo angolo visuale. Ciò che si era chiesto alla Corte costituzionale era di decidere se rispondesse a criteri di razionalità il fatto che i figli legittimi sono, per così dire, «gestiti» dal tribunale ordinario, mentre quelli naturali lo sono (ma solo limitatamente ai profili personali) dal tribunale per i minorenni. E qui la Consulta ebbe buon gioco a dire che si tratta di un problema di discrezionalità del Legislatore, il quale può

⁽⁸²²⁾ Cfr. GIGLIOTTI, *Rottura della convivenza more uxorio e affidamento del figlio naturale: rilevanza dell'accordo parentale sulle condizioni della «separazione»*, Nota a Trib. Min. Reggio Calabria, 17 ottobre 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 611, con nota di GIGLIOTTI, p. 613 ss., 630; PALADINI, *La filiazione nella famiglia di fatto*, in *Famiglia*, 2002, p. 611 s. Sul tema v. ora anche OBERTO, *Contratti di convivenza e diritti del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 240 ss.

⁽⁸²³⁾ Cfr. Trib. Palermo, 18 febbraio 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 760; Trib. Monza, 22 giugno 1990, in *Foro pad.*, 1991, c. 531 (si noti che il richiamo ai «coniugi», di cui alla massima riportata sulla rivista citata, è frutto di errore: dalla motivazione si desume, infatti, che trattavasi di convivenza *more uxorio*); v. inoltre App. Milano, 4 dicembre 1995, in *Fam. dir.*, 1996, p. 247, con nota di MORETTI; Trib. Min. Perugia, 25 agosto 1997, in *Rass. giur. umbra*, 1998, p. 349; in precedenza v. Trib. Min. L'Aquila, 31 gennaio 1994, in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, p. 1039.

Un accenno in proposito sembra essere contenuto anche nella motivazione di una pronuncia di legittimità, secondo cui «l'art. 317-bis pone alcuni criteri attributivi dell'esercizio della potestà e prevede come meramente eventuale e successivo l'intervento del giudice, costruendolo come preordinato a correggere il cattivo funzionamento dei criteri predetti ed eventualmente a stabilire regole alternative, secondo un ampio spettro di ipotesi che arriva fino alla possibilità di escludere entrambi i genitori dall'esercizio della potestà» (cfr. Cass., sez. Un., 25 maggio 1993, n. 5847).

⁽⁸²⁴⁾ Cfr. Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 23, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 917; in *Foro it.*, 1997, I, c. 61, con nota di CIPRIANI; in *Dir. fam. pers.*, 1996, I, p. 1327, con nota di BORDONARO; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 451, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 913; in *Dir. fam. pers.*, 1998, I, p. 484, con nota di MORANI; in *Foro it.*, 1998, I, c. 1377, con nota di COSENTINO.

sbizzarrirsi ad individuare varie forme di competenza, attribuendole ora ad un giudice piuttosto che ad un altro. A ciò s'aggiunga che, nel caso dell'assegno per il minore naturale e dei relativi rapporti patrimoniali, l'azione è vista come azione tra genitori e non involge direttamente la posizione, come soggetto processuale, del minore: non deve dunque destare «scandalo» il fatto che ad occuparsene sia il tribunale ordinario, mentre per i profili personali è competente il tribunale per i minorenni.

A ben vedere, la questione potrebbe invece essere (ri)proposta sotto questo altro angolo visuale: un medesimo tipo di accordo, caratterizzato dalla vincolatività scaturente dall'art. 1372 c.c. (e poco importa se la norma sia espressamente dettata solo per i rapporti patrimoniali, atteso che, come si è visto, il principio è sicuramente estensibile anche ai negozi familiari non patrimoniali), può essere garantito dalla presenza di un titolo esecutivo (il verbale *ex art. 158 c.c.*), se concerne la prole legittima, laddove ciò non accade se quello stesso tipo d'intesa riguarda invece la prole naturale. Naturalmente si potrà obiettare che esistono dei rimedi, miranti a determinare la creazione di un titolo esecutivo: l'accordo sulla prole naturale può (almeno per ciò che concerne i profili patrimoniali) essere fatto valere in sede di procedimento contenzioso ordinario, ovvero essere posto alla base di una richiesta per decreto ingiuntivo. L'intesa potrebbe poi anche essere recepita da un atto notarile (o, secondo quanto disposto dalla l. 80/2005, essere racchiusa in una scrittura privata autenticata), così acquistando efficacia di titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.*, per le obbligazioni aventi ad oggetto pagamento di somme di denaro. Peraltro, tutti quelli appena indicati sono strumenti costosi, che presuppongono una parte ben assistita ed avvisata, e che comunque marcano una ingiustificata disparità di trattamento, fondata sul solo fatto di appartenere alla categoria dei figli legittimi, piuttosto che a quella dei figli naturali.

La soluzione pratica potrebbe essere reperita sfruttando addirittura alcune indicazioni date dalla stessa Corte costituzionale che, per almeno due volte, ha respinto domande dirette ad ottenere l'estensione – per via di pronunzie di accoglimento – ai figli naturali di rimedi concessi a tutela di quelli legittimi, affermando poi, in buona sostanza (cioè per via di decisioni interpretative di rigetto), l'applicabilità ai primi di norme dettate per i secondi ⁽⁸²⁵⁾. Una volta tracciata la via dell'«interpretazione adeguatrice» degli artt. 155 c.c. (ora art. 155-*quater*, direttamente applicabile, tra l'altro, alla famiglia di fatto *ex art. 4, cpv., l. 8 febbraio 2006, n. 54, cit.*), relativamente al diritto di abitazione nella casa familiare, e 156 c.c., sullo strumento del sequestro, non si vede perché non si potrebbe ipotizzare una ripetizione del medesimo ragionamento anche per la procedura di cui all'art. 158 c.c., riconoscendone la riferibilità anche alla «separazione» della famiglia di fatto ed in tal modo avallando una prassi che nei tribunali ha già preso piede.

A tutto ciò s'aggiunga, infine, che il già mentovato dovere del giudice (anche nel caso di procedure relative alla famiglia di fatto) di «prendere(re) atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori» (cfr. art. 155, secondo comma, c.c.) viene a munire di ulteriore, difficilmente discutibile, fondamento una siffatta operazione ermeneutica.

Ora, il problema sin qui esaminato attiene più che altro al profilo della pattuizione di obbligazioni aventi ad oggetto la corresponsione di somme di denaro a titolo di mantenimento. Nessun dubbio sembra peraltro potersi porre sulla possibilità di inserire, nell'ambito di questo tipo di negozi della crisi coniugale, anche trasferimenti immobiliari, *ad instar* di ciò che avviene, come si è visto, in seno alla crisi della famiglia fondata sul matrimonio. In proposito, poi, l'operatività immediata della *translatio dominii*, nel caso di accordi ad efficacia reale, dovrebbe addirittura consentire di superare le difficoltà sopra esaminate concernenti il difetto di un titolo esecutivo. Gli ostacoli sorgono invece con riguardo al profilo formale, posto che l'accordo in esame appare difficilmente inseribile in un verbale che, come tale, costituisca titolo idoneo per la pubblicità immobiliare, come invece avviene nella procedura *ex art. 158 c.c.*

Il richiamo ai principi generali sul verbale di conciliazione giudiziale potrebbe però forse presentare una via d'uscita.

Come dimostrato in altra sede ⁽⁸²⁶⁾, in un procedimento contenzioso ordinario questo verbale (artt. 185 c.p.c., 88 disp. att. c.p.c.) ben può contenere, per esempio, una transazione con cui si disponga l'immediato trasferimento di diritti su di uno o più beni: esso, come atto (pubblico) immediatamente traslativo, ben può costituire titolo per la trascrizione ⁽⁸²⁷⁾. Né in proposito si potrebbe obiettare che l'art. 185

⁽⁸²⁵⁾ Cfr. Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Guida dir.*, 1998, n. 21, p. 40, con nota di A. FINOCCHIARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 678, con nota di FERRANDO; in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 880, con nota di VELLUZZI (sull'attribuzione della casa familiare in sede di separazione giudiziale), e Corte cost., 18 aprile 1997, n. 99, in *Guida dir.*, 1997, n. 16, p. 24, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Dir. fam.*, 1997, I, p. 837; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2072 (in materia di sequestro *ex art. 156 c.c.*).

⁽⁸²⁶⁾ Cfr. OBERTO, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 174.

⁽⁸²⁷⁾ In questo senso cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1966, p. 80; TONDO, *Sull'idoneità dei verbali di conciliazione alle formalità pubblicitarie*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 3134; per il carattere di atto

c.p.c. sarebbe una norma concernente il solo procedimento contenzioso ordinario. La norma predetta, invero, trova collocazione nell'ambito delle disposizioni del libro secondo del codice di rito, di quelle norme, cioè, che, in quanto dettate per il processo di cognizione, devono ritenersi costituire, proprio per il loro carattere generale, il necessario punto di riferimento per porre rimedio alle smagliature e alle lacune del tessuto normativo – spesso troppo fragile – dei singoli procedimenti speciali. Le considerazioni di cui sopra dovrebbero valere a prescindere dal «contesto processuale» nel quale i trasferimenti si vengono ad attuare e, in particolare, dal fatto che il rito si svolga di fronte al tribunale ordinario, ovvero di fronte a quello per i minorenni ⁽⁸²⁸⁾.

pubblico e di titolo esecutivo di un verbale di conciliazione giudiziale tra coniugi v. Trib. Firenze, 26 agosto 1987, in *Giur. merito*, 1988, p. 756, con nota di PAZIENZA.

⁽⁸²⁸⁾ E' noto che Cass., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Famiglia e min.*, 2007, 5, p. 15; in *Fam., pers. e succ.*, 2007, p. 508; in *Foro it.*, 2007, I, c. 2049, ha stabilito quanto segue: «La legge 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317-bis cod. civ., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicché la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., "in parte qua" non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e segg. cod. civ., ha peraltro determinato – in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo – una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio».

Come rilevato in dottrina (cfr. PADALINO, Nota a Cass., 3 aprile 2007, n. 8362, in www.affidamentocondiviso.it), la Corte ha dunque dichiarato la competenza del tribunale per i minorenni, nell'ambito dei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati *ex art. 317-bis c.c.*, ad esprimere una «cognizione globale» sui figli naturali, nel senso esattamente che il giudice minorile potrà adottare non solo i provvedimenti relativi all'affidamento della prole naturale, ma – nella sola ipotesi di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella di affidamento – anche quelli relativi alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento dei figli. Ne discende che, al di fuori della connessione con domande di affidamento dei figli naturali, competente a conoscere in via autonoma, sia delle domande relative al mantenimento dei figli minori, sia della domanda relativa alla condanna del genitore naturale al rimborso delle spese sostenute per il suo mantenimento dall'altro genitore, è, secondo le regole generali, il Tribunale ordinario. Ne deriva ulteriormente che qualora la domanda di mantenimento sia proposta isolatamente sulla base di un accordo dei genitori naturali sull'affidamento oppure, per le ragioni più varie, in un tempo diverso, la competenza sarà sempre del giudice ordinario.

Tale precisazione ha rilevanza, in particolar modo, in tema di procedimento monitorio *ex art. 148 c.c.*, che rimarrà di esclusiva competenza del tribunale ordinario.

In relazione, poi, al tema del mantenimento e del rimborso delle spese, una questione interpretativa legata all'attrazione, in capo al giudice minorile, della competenza a provvedere, contestualmente all'affidamento, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento dei figli naturali è quella dell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a decidere sull'eventuale richiesta di rimborso *pro quota* delle spese di mantenimento, istruzione ed educazione della prole sostenute esclusivamente da uno dei genitori. Sul punto la dottrina (cfr. PADALINO, *op. loc. ultt. citt.*) ha richiamato, in chiave sistematica, il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione in tema di dichiarazione giudiziale di paternità dei figli minori, in base al quale il giudice minorile è stato ritenuto competente a decidere, in via consequenziale alla pronuncia sulla dichiarazione di paternità, oltre che sulla corresponsione dell'assegno di mantenimento a favore del minore, anche sul rimborso della quota di mantenimento al genitore che vi abbia provveduto sino alla declaratoria di paternità (si vedano, tra le altre, Cass. 22 dicembre 2006, n. 27488; Cass. 30 giugno 2005, n. 14029). Segnatamente, i giudici di legittimità hanno sostenuto che, al di fuori della connessione con la domanda di declaratoria di paternità e dell'operatività dell'art. 277 c.c. (a norma del quale «il giudice può anche dare i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui»), competente a conoscere in via autonoma della domanda relativa alla condanna del genitore naturale al rimborso delle spese sostenute per il suo mantenimento dall'altro è il tribunale ordinario (così Cass. n. 27488/2006, cit.: nella specie è stata dichiarata la competenza del tribunale ordinario sul rilievo che la madre aveva agito, ad intervenuta dichiarazione giudiziale di paternità naturale, per ripetere, a titolo di arricchimento senza causa, la parte dell'obbligazione che gravava sul padre inadempiente, trattandosi, quindi, di un procedimento contenzioso tra due persone maggiorenne, estraneo alla competenza del tribunale per i minorenni).

Applicando tale principio di diritto anche all'ipotesi della richiesta di rimborso delle spese sostenute da uno dei genitori nei confronti del figlio naturale ed argomentando dal disposto dell'art. 155, comma secondo, c.c. (a norma del quale il giudice fissa, altresì, la misura ed il modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli), può ritenersi che, anche nell'ambito dei procedimenti relativi ai figli di

Nulla esclude, poi, dal punto di vista pratico, che, per evitare ogni problema, le parti trasfondano il trasferimento verso la prole in un atto per scrittura privata autenticata, o in un atto pubblico o notarile,

Per quanto attiene poi al caso del trasferimento meramente promesso in sede giudiziale (o, se si preferisce, in sede di accordo para-giudiziale e *a latere*), non sembra potersi dubitare della possibilità di ricorrere anche in questo caso al rimedio *ex art. 2932 c.c.*, in caso di inadempimento del promittente.

22. Profili fiscali dei trasferimenti in favore della prole (legittima e naturale).

Secondo la giurisprudenza di legittimità ⁽⁸²⁹⁾, nell'ipotesi di trasferimento di immobili in adempimento di obbligazioni assunte in sede di separazione personale dei coniugi, l'art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74 ⁽⁸³⁰⁾ deve essere interpretato nel senso che l'esenzione «dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa» di «tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio» si estende «a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi», in modo da garantire l'adempimento delle obbligazioni che i coniugi separati hanno assunto per conferire un nuovo assetto ai loro interessi economici, anche con atti i cui effetti siano favorevoli ai figli.

La Cassazione ha così ritenuto applicabile, in una fattispecie riguardante il trasferimento gratuito da parte del padre separato alle figlie della propria quota di proprietà della casa di abitazione, in ottemperanza ad un'obbligazione assunta in sede di separazione consensuale, non la normativa generale sugli atti di trasferimento di beni immobili tra coniugi o tra parenti in linea retta, ma la normativa speciale sugli atti esecutivi di atti di separazione personale tra coniugi ⁽⁸³¹⁾.

Di diverso avviso risulta invece una risoluzione dell'Agenzia delle Entrate ⁽⁸³²⁾, che ha escluso dal beneficio di cui all'art. 19 cit. la cessione di una quota di un immobile al figlio della coppia all'interno di un procedimento di divorzio, perché tale cessione «non sembra trovare causa giuridica nella sistemazione dei rapporti patrimoniali fra i coniugi al momento dello scioglimento del matrimonio, bensì in un intento di liberalità nei confronti di un soggetto terzo (nella fattispecie uno dei figli), circostanza che non appare strettamente e funzionalmente collegata con lo scioglimento del matrimonio e che, peraltro, avrebbe potuto essere realizzata in qualunque momento».

Ad avviso dello scrivente, alla conclusione diametralmente opposta deve invece condurre il rilievo per cui il contenuto eventuale degli accordi di separazione e divorzio può essere costituito non solo da contratti caratterizzati dalla causa postmatrimoniale tipica, ma anche da un semplice «motivo

genitori non coniugati *ex art. 317-bis c.c.*, il tribunale per i minorenni è contestualmente competente a decidere, in via consequenziale alla pronuncia relativa all'affidamento dei figli naturali, oltre che sull'assegno di mantenimento a titolo di contributo per il mantenimento del minore, anche sul rimborso *pro quota* delle spese di mantenimento sostenute da uno dei genitori dalla nascita della prole sino alla pronuncia di affidamento della stessa (cfr. PADALINO, *op. loc. ultt. citt.*).

Viceversa, la domanda di mantenimento del figlio naturale, ovvero di rimborso delle spese sostenute da uno dei genitori, proposta indipendentemente da una richiesta di affidamento della prole rimarrà di competenza del tribunale ordinario, in quanto, anche a seguito della pronuncia dell'ordinanza in esame, il tribunale per i minorenni non ha una competenza generale in materia di figli naturali minorenni corrispondente a quella che ha il tribunale ordinario in materia di figli legittimi dopo la separazione e il divorzio (cfr. ARCERI, *L'affidamento condiviso, Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi*, Milano, 2007, p. 269; PADALINO, *op. loc. ultt. citt.*; FACCHINI, *Quale giudice e quale rito per i figli naturali?*, in FACCHINI, FISSORE, NAGGAR, OBERTO, RONFANI, *Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso – Le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati – Commenti, formulari e documenti*, a cura di Giacomo OBERTO, Padova, 2007, Parte III, Cap. I).

⁽⁸²⁹⁾ Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, cit.

⁽⁸³⁰⁾ Anche alla luce di quanto stabilito da Corte cost., 10 maggio 1999, n. 154, in *Fam. dir.*, 1999, p. 539, con nota di CARAVAGLIOS; in *Fisco*, 1999, p. 9076; in *Foro it.*, 1999, I, c. 2168; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1930; in *Cons. stato*, 1999, II, p. 691; in *Boll. trib.*, 1999, p. 1319, con nota di CERNIGLIARO DINI; cfr. inoltre la precedente Corte cost., 15 aprile 1992, n. 176, in *Foro it.*, 1994, I, c. 41; in *Dir. prat. trib.*, II, 1992, p. 1162, con nota di FUSARO; in *Riv. dir. fin.*, 1993, II, p. 6, con nota di FORMICA.

⁽⁸³¹⁾ Cfr. Cass., 30 maggio 2005, n. 11458, cit.

⁽⁸³²⁾ Cfr. la Risoluzione 151/E del 19 ottobre 2005 dell'Agenzia delle Entrate, il cui testo è disponibile all'indirizzo web seguente:

http://www.finanzaefisco.it/agenziaentrate/cir_ris_2005/ris151-05.htm

postmatrimoniale»⁽⁸³³⁾. E' pertanto incontestabile che pure siffatti tipi di negozi – anche se effettuati nei confronti di prole maggiorenne e autosufficiente, ma, ovviamente, *a fortiori* se compiuti nei riguardi di prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente e pertanto caratterizzati, in quest'ultima ipotesi, da causa non liberale, bensì postmatrimoniale tipica – vadano qualificati alla stregua di «atti relativi ai procedimenti» di separazione o di divorzio e che pertanto debbano beneficiare dell'esenzione fiscale in discorso⁽⁸³⁴⁾.

Per quanto attiene poi ai trasferimenti relativi ai figli naturali, andrà tenuto conto del fatto che la Consulta⁽⁸³⁵⁾ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, lettera b), della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), nella parte in cui non esenta dall'imposta ivi prevista i provvedimenti emessi in applicazione dell'art. 148 cod. civ. nell'ambito dei rapporti fra genitori e figli. Ora, occorre considerare che, per pervenire a tale risultato, la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole e non conforme all'art. 3 della Costituzione sotto il profilo dell'uguaglianza la mancata estensione ai provvedimenti citati – in tema di determinazione del contributo di mantenimento fissato a carico del genitore naturale obbligato ed a favore del genitore affidatario – dell'esenzione tributaria disposta in tema di atti recanti condanna al pagamento di somme in materia di procedimenti relativi ai giudizi di separazione e divorzio ed estesa anche ai provvedimenti relativi alla prole.

La Consulta ha altresì aggiunto che la mancanza del rapporto di coniugio fra le parti non può in alcun modo giustificare la diversità di disciplina tributaria del provvedimento di condanna, senza risolversi in un trattamento deteriore dei figli naturali rispetto a quelli legittimi, in contrasto anche con l'art. 30 della Costituzione.

Appare dunque evidente che siffatta *ratio decidendi* sia estensibile anche ai trasferimenti operati da un genitore naturale in favore del proprio figlio, a titolo di contributo al mantenimento di quest'ultimo. Altrimenti opinando, invero, si verrebbe a ricreare (per quel particolare aspetto) una del tutto ingiustificata disparità di trattamento, in contrasto con i cennati parametri costituzionali.

⁽⁸³³⁾ Cfr. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 161; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 699 ss., II, cit., p. 1255 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., p. 167 ss.

⁽⁸³⁴⁾ Si noti che, nel caso prospettato dalla citata risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, il figlio era minorenni, per cui l'atto traslativo era sicuramente caratterizzato, per le ragioni sopra esposte, dalla causa postmatrimoniale tipica desumibile dall'art. 711 c.p.c. e, come tale, ben avrebbe potuto e dovuto essere qualificato alla stregua di un «atto relativo al procedimento» di separazione dei genitori.

⁽⁸³⁵⁾ Cfr. Corte cost., 11 giugno 2003, n. 202, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 323; in *Giur. it.*, 2003, p. 2193. Questa la massima ufficiale: «Illegittimità costituzionale dell'art. 8, lettera b), della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, nella parte in cui non esenta dall'imposta ivi prevista i provvedimenti emessi in applicazione dell'art. 148 del codice civile nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli. È, infatti, irragionevole e non conforme all'art. 3 della Costituzione sotto il profilo dell'uguaglianza la mancata estensione ai provvedimenti adottati ai sensi del predetto articolo 148 del codice civile – in tema di determinazione del contributo di mantenimento fissato a carico del genitore naturale obbligato ed a favore del genitore affidatario – dell'esenzione tributaria disposta in tema di atti recanti condanna al pagamento di somme in materia di procedimenti relativi ai giudizi di separazione e divorzio ed estesa anche ai provvedimenti relativi alla prole: la mancanza del rapporto di coniugio fra le parti non può in alcun modo giustificare la diversità di disciplina tributaria del provvedimento di condanna, senza risolversi in un trattamento deteriore dei figli naturali rispetto a quelli legittimi, in contrasto anche con l'art. 30 della Costituzione.

- Per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 74 del 1987, nella parte in cui non estendeva l'esenzione ivi prevista a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi, citata la sentenza n. 154/1999.

- Per la dichiarazione di illegittimità costituzionale dello stesso art. 19 della legge n. 74 del 1987, nella parte in cui non comprendeva nell'esenzione dal tributo anche le iscrizioni di ipoteca effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel giudizio di separazione, richiamata la sentenza n. 176/1992.

- In tema di estensione di agevolazioni e benefici tributari, generalmente affidata alle scelte discrezionali del legislatore, ma consentita quando lo esiga la 'ratio' dei benefici stessi, menzionate le sentenze n. 431/1997 e n. 86/1985; nonché le ordinanze n. 27/2001 e n. 10/1999».

Questo è il dispositivo della decisione: «Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, lettera b), della Tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 (Approvazione delle disposizioni concernenti l'imposta di registro), nella parte in cui non esenta dall'imposta ivi prevista i provvedimenti emessi in applicazione dell'art. 148 cod. civ. nell'ambito dei rapporti fra genitori e figli. Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 3 giugno 2003».

PARTE V

GLI ACCORDI PREVENTIVI SULLA CRISI CONIUGALE

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni introduttive tra storia, comparazione e sociologia. - 2. La tesi della nullità (con particolare riguardo agli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio). - 3. la piena validità delle intese preventive sulla crisi coniugale. - 4. Validità degli accordi preventivi sulla crisi coniugale e intervento del giudice.

I. Alcune considerazioni introduttive tra storia, comparazione e sociologia.

Nella dottrina italiana il tema degli accordi stipulati al momento della celebrazione delle nozze in vista di un'eventuale rottura della loro unione si è sempre segnalato, per lo meno sino ad una decina d'anni or sono, per la quasi totale assenza di appositi contributi. Gli studi e le decisioni sulle intese di carattere preventivo, invero, apparivano – ed in buona parte continuano ad apparire ancora oggi – essenzialmente incentrati sul tema dei patti sul futuro divorzio tra coniugi separati ⁽⁸³⁶⁾: profilo, quest'ultimo, che al primo è sicuramente legato, ma che altrettanto indubitabilmente presenta alcune caratteristiche sue proprie. Sul punto, una volta dimostrata la piena disponibilità delle attribuzioni patrimoniali postmatrimoniali ⁽⁸³⁷⁾, va subito detto che il riconoscimento della possibilità per i nubenti di accordarsi in vista di un'eventuale crisi coniugale trova conforto, oltre che – come si vedrà – nella constatazione dell'assenza di ostacoli in seno alla legislazione vigente, anche in alcune riflessioni di carattere storico, sociologico e comparatistico, di cui si è ampiamente trattato in altre sedi, alle quali si fa pertanto rinvio ⁽⁸³⁸⁾. Nel contesto di questo lavoro sarà sufficiente rammentare, per sommi capi, per ciò che attiene ai profili storici, che già il diritto romano conosceva ed ammetteva una svariata serie di patti che accompagnavano la costituzione della dote e che ne disciplinavano la restituzione in caso di divorzio ⁽⁸³⁹⁾. *Pacta nuptialia* di questo genere si rinvengono poi anche con una certa frequenza durante tutta l'evoluzione del diritto comune, allorché la *separatio thori* aveva sostituito il divorzio come causa di restituzione dell'apporto dotale collegata alla crisi della famiglia ⁽⁸⁴⁰⁾.

Dal punto di vista comparatistico, poi, è sin troppo noto il successo che negli Stati Uniti riscuotono ormai da svariati anni i *prenuptial agreements in contemplation of divorce*, al termine di un'evoluzione

⁽⁸³⁶⁾ Al riguardo v. per esempio COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 105 ss. 113; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 ss.

⁽⁸³⁷⁾ Il tema, che non può essere trattato in questa sede, è sviluppato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 387 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. dir.*, 2003, p. 389 ss., 495 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in AA. Vv., *Trattato del contratto*, a cura di Vincenzo Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, Milano, 2006, p. 242 ss.; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 990 ss. A questi lavori si fa rinvio anche per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽⁸³⁸⁾ Per gli approfondimenti cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 493 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss. Per la dottrina successiva v. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, Commento a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109 - Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1023 ss.; ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 1136 ss.; 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.; DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Notariato*, 2001, p. 17 ss.; DELLACASA, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Contratti*, 2001, p. 46; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, p. 245; PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita notarile*, 2001, p. 1017; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, p. 116 ss.; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, cit., p. 1014 ss.; BUSACCA, *Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio*, in *Diritto & Formazione*, 2002, p. 57 ss.; CATANOSI, *Accordi in vista del divorzio e «ottica di genere». Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 169 ss.; MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 95 ss.; COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Art. 149, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 643 ss.; COPPOLA, *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 54 ss.; AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 543 ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, p. 6 ss.

⁽⁸³⁹⁾ Per approfondimenti cfr. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1306 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss. Sul tema v. anche ampiamente MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, Padova, 2002, *passim*.

⁽⁸⁴⁰⁾ Cfr. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1319.

storica⁽⁸⁴¹⁾, sicuramente non esente da contraddizioni, nella quale ha giocato un ruolo determinante il passaggio dal sistema dello scioglimento del matrimonio basato fondamentalmente sulla colpa alla regola del *no fault divorce*. Gli echi di quella giurisprudenza e di quell'atteggiamento, anche culturale, nei confronti dei vantaggi connessi alla definizione in via preventiva di una possibile crisi coniugale⁽⁸⁴²⁾ sono giunti – in questo mondo globalizzato – persino nel nostro per molti versi arretrato Paese, anche se da noi ciò ha fatto premio è stata piuttosto l'attenzione legata alle vicende di personaggi dello spettacolo o comunque notori⁽⁸⁴³⁾.

Al di là dei confini degli *States*, analoga evoluzione in senso favorevole alla validità delle intese in discorso s'è manifestata in svariati altri ordinamenti di *common law*. Così in Gran Bretagna – ove peraltro già nei primi anni del XIX secolo una celebre monografia dedicata ai rapporti tra coniugi⁽⁸⁴⁴⁾ non esitava a dichiarare *sustainable* e suscettibile di riconoscimento *in our courts of justice* ogni «agreement entered into in contemplation of a future separation» – sembrano ormai definitivamente superate le difficoltà emerse nel corso del XX secolo, collegate all'idea che tali contratti, in quanto diretti in qualche modo a favorire il divorzio, fossero «against public policy and void»⁽⁸⁴⁵⁾, anche alla luce della considerazione secondo cui i giudici d'oltre Manica sembrano oggi assai più restii d'un tempo a procedere ad una allocazione e divisione del patrimonio accumulato durante la convivenza o alla previsione di assegni o attribuzioni patrimoniali d'altro genere in presenza di precisi accordi, i quali vengono intesi come «evidence of the parties intentions», di cui la corte non può non tenere conto⁽⁸⁴⁶⁾.

Per quanto attiene poi all'Australia, vi è da notare che il tema degli accordi preventivi è affrontato e positivamente risolto dalla legislazione da oltre un ventennio con riguardo alla posizione dei conviventi *more uxorio*. Già nel 1984 il *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud aveva stabilito (art. 44) che un accordo di convivenza potesse essere «made in contemplation of the termination of a domestic relationship». Proprio tale disposizione (ora inserita nel *Property (Relationships) Act*) ha, in tempi più recenti, contribuito a determinare l'introduzione per via legislativa dell'ammissibilità della stipula di *prenuptial agreements*,

⁽⁸⁴¹⁾ Su cui cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 494 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 180 ss. V. inoltre GIAIMO, *I contratti paramatrimoniali in Common Law*, Palermo, 1997, p. 31 ss.; AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 543 ss.

⁽⁸⁴²⁾ Basterà al riguardo effettuare una ricerca tramite *Google* sulla rete, oppure digitare l'espressione *prenuptial agreement* all'indirizzo www.wikipedia.org.

⁽⁸⁴³⁾ Per un elenco di svariati casi di questo genere si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 494 ss. Per ulteriori matrimoni tra c.d. «v.i.p.», in cui il tenore del contratto prematrimoniale ha attirato un'attenzione di gran lunga superiore rispetto all'interesse che un tempo destavano foggia e fattura dell'abito da sposa, cfr., a mero titolo d'esempio, ORIGHI, *Il «patto dei soldi» tra Felipe e Letizia*, in *La Stampa*, 13 aprile 2004, p. 14; PELLAGRO, *Kidman, il segreto delle nozze con Urban*, *ivi*, 23 giugno 2006, p. 26. Si pensi che non molti anni or sono un luminare dell'economia stipulò un accordo prematrimoniale nel quale dispose, con sette anni d'anticipo, la spartizione con la moglie di un eventuale ... premio Nobel, poi effettivamente attribuitogli pochi giorni prima della scadenza della relativa clausola (si tratta dell'economista americano Robert Lucas, premio Nobel per l'economia 1995: cfr. l'articolo di SORIA, *L'ex moglie scippa il Nobel*, in *La Stampa*, 23 ottobre 1995, p. 13; per un curioso «bestiario» in proposito si veda anche WALLMAN e MCDONNELL, *Cupid, Couples & Contracts. A Guide to Living Together, Prenuptial Agreements, and Divorce*, New York, 1994, p. 18, 23, sui c.d. «lifestyle» *prenups*). Anche qui, peraltro, *nihil sub sole novi*, posto che, a quanto pare, lo stesso Albert Einstein si impegnò a corrispondere alla moglie Mileva quanto egli avrebbe potuto ricavare dall'eventuale attribuzione del Nobel per la fisica, in cambio dell'impegno della consorte ad accedere alla richiesta di divorzio (cfr. ISAACSON, *The Intimate Life of Einstein*, in *Time*, July 24, 2006, p. 47). Da notare, poi, che ormai, a fare notizia, non è solo il contenuto il contenuto dell'accordo, ma addirittura il semplice fatto che la «coppia celebre» annunzi di non avere intenzione di stipulare un patto prenuziale: cfr. al riguardo l'articolo redazionale dal titolo *Carlo: di Camilla ho piena fiducia*, in *La Stampa*, 29 marzo 2005, p. 15, che riporta l'informazione (a dire il vero, assai poco credibile) secondo cui l'erede al trono d'Inghilterra e relativa (seconda) consorte si sarebbero rifiutati di stipulare un accordo prematrimoniale in occasione della celebrazione delle loro tanto attese nozze.

⁽⁸⁴⁴⁾ CLANCY, *A Treatise of the Rights, Duties, and Liabilities of Husband and Wife, at Law and in Equity*, First American, from the Third London Edition, New York, 1828, p. 421 ss.

⁽⁸⁴⁵⁾ Cfr. ad esempio DAVIDSON, *Pre-nuptial agreements, in Recent Developments in English Family Law*, Updated August 2004, già disponibile al sito web seguente: <http://www.cr-law.co.uk>.

⁽⁸⁴⁶⁾ Cfr. i *cases* di cui riferisce DAVIDSON, *op. loc. ultt. citt.*; v. inoltre LEECH, «*With All My Worldly Goods I Thee Endow*»? *The Status of Pre-Nuptial Agreements in England and Wales*, in *Fam. L.Q.*, 34, 2000, p. 193 ss. Sul tema v. anche PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, in *Familia*, 2002, p. 156. Una riprova di quanto detto nel testo sta nel fatto che anche oltre Manica abbondano (come negli Stati Uniti) formulari offerti *online* per la stipula di *prenuptial o premarital agreements* (cfr., a mero titolo d'esempio, i siti seguenti: <http://www.divorce-lawfirm.co.uk/Family-Law-Advice/prenuptial-agreement.aspx>; <http://www.clickdocs.co.uk/prenuptial-agreement.htm> http://www.divorce-online.co.uk/services/financial_agreement/prenuptial_agreement.asp).

conclusi anche eventualmente *in contemplation of divorce*, per effetto della riforma di cui al *Family Law Amendment Act 2000* in vigore in Australia dal 1° gennaio 2001⁽⁸⁴⁷⁾. Si è, invero, constatato al riguardo che «it seemed 'illogical' that parties to a *de facto* relationship may have contractual rights or entitlements enforceable by a court, whereas agreements by parties who intend to marry will generally after marriage not be recognised as binding or enforceable by the Family Court»⁽⁸⁴⁸⁾.

Non potrà poi tacersi che un atteggiamento favorevole verso la validità di intese preventive sulle conseguenze del divorzio è riscontrabile ormai pure in numerosi sistemi dell'Europa continentale. Il caso più significativo è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza, sulla scorta di una radicata tradizione storica⁽⁸⁴⁹⁾, da sempre avallano⁽⁸⁵⁰⁾ la costante pratica dei coniugi (o meglio, dei notai) di predeterminare, in sede di stipula degli *Eheverträge*, gran parte degli effetti di un possibile divorzio tra le parti, vuoi dettando i criteri per la determinazione del *nachehelicher Unterhalt* (vale a dire dell'assegno divorzile), vuoi rinunziandovi *in toto*, vuoi ancora escludendo ogni forma di *Versorgungsausgleich* (cioè della liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguente allo scioglimento del regime legale della *Zugewinnngemeinschaft*), così come l'eventuale ricorso delle parti a quella *Abänderungsklage* che, ai sensi del § 323 *ZPO*, consentirebbe (conformemente a quanto da noi previsto dagli artt. 710 c.p.c. o dall'art. 9 l.div.) la modifica giudiziale di un'eventuale prestazione di mantenimento, per effetto di successive variazioni della situazione economica delle parti in considerazione della quale la prestazione era stata prevista⁽⁸⁵¹⁾.

Interessante risulta poi anche il raffronto con altre esperienze geograficamente e culturalmente piuttosto vicine alla nostra: dal *Codi de familia* catalano, che disciplinando il contenuto dei *capítols matrimonials* (art. 15), espressamente stabilisce che in essi «hom pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenientes, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial»⁽⁸⁵²⁾, ad una storica decisione del Tribunale Supremo Federale elvetico, che ha espressamente escluso che per i contratti di matrimonio sia richiesta una «nachträgliche Genehmigung im Scheidungsverfahren»⁽⁸⁵³⁾, all'opinione comunemente

⁽⁸⁴⁷⁾ Su cui v. per tutti PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, cit., p. 149 ss., 153 ss.

⁽⁸⁴⁸⁾ Cfr. la relazione sul *Bills Digest No. 88 1999-2000, Family Law Amendment Bill 1999*, preparato nel 1999 dal *Department of the Parliamentary Library del Parliament of Australia*, consultabile all'indirizzo web seguente: <http://www.aph.gov.au/library/pubs/bd/1999-2000/2000bd088.htm#Passage>.

⁽⁸⁴⁹⁾ Significativi al riguardo i dati emergenti dall'analisi storica condotta da ROBDEUTSCHER, *Privatautonomie im Scheidungsrecht*, Frankfurt am Main, 1995, in partic. p. 20 ss., 63 ss. Con ogni probabilità il tradizionale favore da sempre mostrato in Germania per tale tipo di accordi trova le sue origini, da un lato, nella concezione protestante del matrimonio e nell'introduzione del divorzio da epoca assai più remota che non da noi e, dall'altro, nell'influsso del diritto romano, nel quale, come si è dimostrato (cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 66 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, cit., p. 535 ss.), i patti dotati in vista del divorzio erano ampiamente conosciuti e praticati (per i richiami alla giurisprudenza tedesca che nel XIX secolo proprio sulle fonti romane fondava le decisioni in materia v. ROBDEUTSCHER, *Privatautonomie im Scheidungsrecht*, cit., p. 3 ss.). In un simile contesto non desta stupore che lo stesso Hegel (cfr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Leipzig, 1930, p. 147), definisse lo scopo degli *Ehepakten* come proprio quello «gegen den Fall der Trennung der Ehe durch natürlichen Tod, Scheidung u. dergl. gerichtet und Sicherungsversuche zu sein, wodurch den unterschiedenen Gliedern auf solchen Fall ihr Anteil an dem Gemeinsamen erhalten wird».

⁽⁸⁵⁰⁾ Peraltro con le precisazioni che si rendono necessarie dopo due sentenze pronunziate alcuni anni or sono e di cui verrà dato conto oltre: cfr. *infra*, § 4.

⁽⁸⁵¹⁾ Sul punto non si può che rinviare all'analisi offerta in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 529 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., p. 189 ss.

⁽⁸⁵²⁾ Cfr. inoltre l'art. 3 della legge aragonese n. 2/2003, del 12 febbraio 2003 (*de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*), la quale stabilisce che «Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio "standum est chartae"», con una previsione comunemente interpretata come ammissiva degli accordi in vista del divorzio Cfr. MARTÍN CASALS e RIBOT, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, p. 1436. Sul tema v. anche FERRER I RIBA, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in AA. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, Bielefeld, 2005, p. 271 ss. Significativo è il fatto che la legislazione catalana è l'unica in Europa che, analogamente a quanto accade, secondo quanto già segnalato, in Australia, espressamente ammette la validità di intese preventive anche nel contesto degli accordi tra conviventi (sul tema cfr. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, p. 70).

⁽⁸⁵³⁾ Cfr. *BG* 4 dicembre 2003, in *BGE* 5C.114/2003 (E. 3.2.2.), citata da HAUSHEER, *Vertragsfreiheit im Familienrecht in der Schweiz*, in AA. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., p. 83. La pronunzia è disponibile al sito web seguente:

condivisa dalla dottrina austriaca, sulla base del disposto del § 80 *EheG* ⁽⁸⁵⁴⁾, secondo cui gli accordi sulla *Unterhaltspflicht* in caso di divorzio non debbono necessariamente essere stipulati in sede di procedura di scioglimento dell'unione, ma ben possono essere conclusi «sogar schon vor der Eingehung der Ehe» ⁽⁸⁵⁵⁾.

Si noti infine che, come già posto in luce in altra sede, alcuni segnali d'apertura in questo senso si vanno profilando da tempo anche in un sistema che, come quello francese, appare da sempre piuttosto chiuso alla possibilità di predeterminare tramite accordi conclusi in via preventiva *an e quantum* di prestazioni postdivorzili, stante anche il dato costituito dall'art. 232 del *Code Civil*, che consente al giudice di negare l'omologazione dell'accordo di divorzio nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi «di uno dei coniugi» ⁽⁸⁵⁶⁾. Non andrà peraltro trascurato che quello stesso ordinamento permette ai coniugi, sul versante dei regimi patrimoniali, un'ampia gamma di intese tramite le quali costoro possono, tra l'altro, *aménager* il regime legale di comunione in contemplazione di un possibile divorzio ⁽⁸⁵⁷⁾, prevedendo, in base ad una tradizione risalente al *droit coutumier* ⁽⁸⁵⁸⁾, l'inserimento di clausole che vanno dalla attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al coniuge superstite ⁽⁸⁵⁹⁾, all'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata ⁽⁸⁶⁰⁾, o alla facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito ⁽⁸⁶¹⁾, o, ancora, alla possibilità di prestabilire la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali ⁽⁸⁶²⁾, o, infine, all'attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario ⁽⁸⁶³⁾.

Venendo al significato che i sopra evidenziati elementi comparativi potrebbero assumere per l'esperienza italiana, va tenuto conto del fatto che, se si eccettua la citata disposizione catalana, nessuno degli ordinamenti continentali, nei quali si ammette la validità di intese preventive sulle conseguenze della crisi

<http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm>

⁽⁸⁵⁴⁾ «Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, dass sie den guten Sitten widerspricht».

⁽⁸⁵⁵⁾ Cfr. Susanne FERRARI, *Die Bedeutung der Privatautonomie im österreichischen Familienrecht*, in in AA. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., p. 97 ss., 109.

⁽⁸⁵⁶⁾ Sull'argomento cfr. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 545 ss.

⁽⁸⁵⁷⁾ Espressamente in questo senso v. App. Colmar, 16 maggio 1990, in *Rép. Defrénois*, 1990, p. 1361, con nota di CHAMPENOIS; in *JCP*, 1991, éd. N., II, 17, con nota di SIMLER: «Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef». Per una valutazione positiva al riguardo cfr. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, p. 206, 694 s. Anche la stampa di informazione sembra avvertire la chiara correlazione tra la possibilità di stipulare le clausole di cui si dirà tra breve nel proprio *contrat de mariage* e prevenirsi contro le conseguenze negative di un possibile divorzio: cfr. Guinot, *Prévoir son divorce pour réussir son mariage*, in *Le Figaro*, 30 avril 2007, disponibile al sito web seguente: http://www.lefigaro.fr/pratique-patrimoine/20070430.WWW000000414_prevoir_son_divorce_pour_reussir_son_mariage.html.

⁽⁸⁵⁸⁾ Per un approfondimento del tema delle clausole accessorie al regime di comunione in vista dello scioglimento del matrimonio nel diritto consuetudinario francese (*préciput, forfait de communauté, reprise de l'apport de la femme*) si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 87 ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, cit., c. 1314 ss.

⁽⁸⁵⁹⁾ La clausola, impropriamente definita *clause commerciale*, costituisce eccezione al divieto dei patti successori: cfr. artt. 1390 s. *Code Civil* (cfr. TERRE e SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1994, p. 534 ss.).

⁽⁸⁶⁰⁾ Si tratta della clausola conosciuta in Francia come di *prélèvement moyennant indemnité* (art. 1497 *Code Civil*), su cui v. TERRÉ e SIMLER, *op. cit.*, p. 542 ss.

⁽⁸⁶¹⁾ Si tratta della clausola detta di *préciput* (art. 1497 *Code Civil*) su cui cfr. TERRÉ e SIMLER, *op. cit.*, p. 546 ss., i quali osservano che essa «rompt l'égalité dans le partage». Il termine *préciput* può essere tradotto come «prelievo», anche se la dottrina sotto il c.c. 1865 si esprimeva in termini di «precapienza» (cfr. FINOCCHIARO-SARTORIO, *La comunione dei beni tra coniugi nella storia del diritto italiano*, Milano-Palermo -Napoli, 1902, p. 238).

⁽⁸⁶²⁾ Si tratta delle clausole dette di *stipulation de parts inégales* e di *attribution de la totalité de la communauté au survivant* (cfr. art. 1497 *Code Civil*) su cui v. TERRE e SIMLER, *op. cit.*, p. 549 ss.

⁽⁸⁶³⁾ La clausola, detta di *forfait de communauté*, ammessa espressamente dal *Code* prima della riforma del 1965 (sulla scorta, come si è detto, della tradizione del *droit coutumier*), è ritenuta valida ancora oggi: cfr. TERRÉ e SIMLER, *op. cit.*, p. 541; CORNU, *op. cit.*, p. 715.

coniugale, contiene disposizioni *ad hoc*, mentre la conclusione favorevole viene desunta⁽⁸⁶⁴⁾, in buona sostanza, da regole non molto dissimili dalle nostre, con particolare riguardo al principio di libertà negoziale. Per ciò che attiene, poi, all'esperienza dei sistemi di *common law*, neppure l'argomento del superamento del principio del divorzio per colpa dovrebbe lasciare indifferenti gli interpreti italiani, anche se si tratta di un tema che da noi – a differenza che negli Stati Uniti – non sembra essere stato preso in grande considerazione. In effetti, il possibile contrasto tra la regola della colpa e la predeterminazione delle condizioni di un'eventuale futura crisi coniugale risulta avvertito solo da una parte assai ridotta (e, oltre tutto, molto risalente) della dottrina continentale⁽⁸⁶⁵⁾. L'abbandono da quasi un quarto di secolo, anche nel nostro Paese, della regola che voleva, quale necessario presupposto della separazione legale, la sussistenza della colpa di uno dei coniugi s'accompagna dal 1987 alla corale affermazione del carattere eminentemente (se non addirittura esclusivamente) assistenziale dell'assegno di divorzio, con conseguente perdita di ogni rilievo di un'eventuale responsabilità del naufragio dell'unione. Una volta spezzata (quasi) ogni forma di collegamento tra «colpa» e conseguenze economiche della crisi coniugale⁽⁸⁶⁶⁾ può dirsi che anche da noi, esattamente come negli Stati Uniti, non è più consentito negare rilievo ad un'intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations* e di *buy himself out of the marriage*.

A quanto sopra illustrato s'aggiunga ancora che un uso dello strumento della convenzione matrimoniale in *contemplation of divorce*, piaccia o non piaccia, ha già fatto in qualche modo ingresso nel costume degli Italiani. Ci si intende qui riferire al vertiginoso aumento del numero delle coppie che optano per il regime di separazione dei beni⁽⁸⁶⁷⁾. Il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (e, in molti casi, assai presto) ad una crisi, e nel timore di dover venire un giorno a «fare i conti» con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale. Estremamente significativo al riguardo è il fatto che, come dimostrato dai dati statistici⁽⁸⁶⁸⁾, l'incremento delle opzioni per il regime di separazione vada di pari passo, per aree geografiche, con quello dei tassi di «separazionalità» e «divorzialità» del nostro Paese⁽⁸⁶⁹⁾.

⁽⁸⁶⁴⁾ Come già posto in evidenza nel dettaglio in relazione al caso tedesco: cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 529 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., p. 189 ss.

⁽⁸⁶⁵⁾ Potrà citarsi in proposito l'opinione di uno dei primi commentatori del *Code Napoléon*, il quale affermava l'immoralità della clausola con cui il coniuge, nel contratto di matrimonio, avesse rinunciato al diritto di revocare, in caso di divorzio, le donazioni effettuate all'altro, invocando al riguardo (peraltro a torto: cfr. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, loc. cit.) l'autorità delle fonti romane: «Serait-il permis aux époux qui font au profit l'un de l'autre des donations par contrat de mariage, de renoncer à la révocation de ces libéralités, dans le cas du divorce? Le mariage est destiné à être perpétuel dans sa durée ; la prévoyance du divorce, consignée dans le traité nuptial même, serait une chose indécente. Promettre d'avance l'impunité à l'époux qui se rendrait coupable par la suite ; lui assurer une partie de la fortune de l'autre, pour prix de ses infidélités ; abolir la peine prononcée par la loi, pour encourager aux délits qu'elle réprime, ce serait essentiellement blesser la morale : une pareille clause serait donc absolument nulle (1133, 1172). Chez les Romains, cette clause était reprouvée comme immorale, quoiqu'ils permissent de faire des donations pour cause de divorce même, dans l'acte de séparation des époux : *quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant* (L. 12, ff. de donation. inter vir. et uxor., lib. 24, tit. I)» (cfr. PROUDHON, *Cours du droit français*, I, Paris, 1810, p. 324).

⁽⁸⁶⁶⁾ Permane, è vero, ancora la separazione con addebito, il cui rilievo sta però scemando, anche nella pratica.

⁽⁸⁶⁷⁾ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 558 ss.; per analoghe considerazioni v. anche SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, p. 871 ss.; cfr. inoltre OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, Artt. 215-219, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, p. 9 ss.

⁽⁸⁶⁸⁾ «Il secondo fattore è l'aumento del numero delle separazioni legali e dei divorzi, che ha fatto nascere, in un numero crescente di coppie, il timore che anche il loro matrimonio possa finire nell'aula di un tribunale. Così, è la paura di dover cedere metà del patrimonio familiare ad un coniuge con cui ci si è accorti in ritardo di non riuscire a vivere che spinge molti sposi a preferire il regime della separazione dei beni e molti dei loro genitori a consigliarli in questo senso (...). E' significativo, da questo punto di vista, che gli strati della popolazione che sono alla testa del mutamento del regime patrimoniale sono anche quelli che corrono più rischi di rompere il matrimonio con un divorzio: i più secolarizzati, i più ricchi e i più istruiti delle regioni settentrionali» (cfr. BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto: mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna, 1988, p. 105 s.). Le considerazioni di cui sopra sono pienamente confermate dai dati ISTAT relativi all'anno 2003, su cui v. la nota seguente.

⁽⁸⁶⁹⁾ Si noti in proposito che le rilevazioni ISTAT concernenti l'anno 2003 dimostrano in modo irrefutabile l'avvenuto «sorpasso», a livello nazionale, dell'opzione per il regime di separazione rispetto alla comunione, posto che per i matrimoni celebrati in quell'anno, il regime di comunione è stato scelto solo dal 44,7% delle unioni (con punte minime del 24,9% in Valle d'Aosta e del 29,4% in Piemonte): cfr. ISTAT, *Matrimoni, separazioni e divorzi 2003*, Roma,

Conchiudendo questa panoramica introduttiva non potrà farsi a meno di notare come l' «impatto» dei nostri principi con accordi del genere di quelli qui in esame è comunque destinato ad aumentare, in considerazione, da un lato, dell'incremento dei matrimoni con cittadini stranieri (o, in ogni caso, delle unioni caratterizzate dalla presenza di un elemento di estraneità), nonché, dall'altro, del principio, introdotto dall'art. 30, l. 218/1995, secondo cui i coniugi possono, a mezzo di una convenzione scritta, derogare al criterio fissato per l'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti personali. Inoltre, non si dovrà trascurare che gli artt. 37 e 38 della proposta di regolamento UE in materia di obbligazioni alimentari⁽⁸⁷⁰⁾ equiparano gli accordi tra le parti alle sentenze, mentre a tali intese viene riconosciuta «la stessa esecutività delle decisioni». Questo significa che i contratti prematrimoniali catalani, austriaci, tedeschi o inglesi ben potranno essere eseguiti in Italia, non comportando il profilo dell'ordine pubblico internazionale, come si avrà modo di vedere tra un attimo, alcun tipo di ostacolo. A quanto sopra s'aggiunga poi ancora che la proposta di regolamento n. 399 del 17 luglio 2006⁽⁸⁷¹⁾, in tema di competenza giurisdizionale e legge applicabile alle cause transnazionali di separazione e divorzio, nel modificare le regole (del Regolamento detto «Bruxelles II bis») che contribuiscono oggi ad individuare la competenza giurisdizionale per le cause di separazione e divorzio, prevede l'attribuzione di un ruolo senza precedenti all'accordo delle parti. Un accordo la cui limitazione temporale viene individuata «al più tardi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale»⁽⁸⁷²⁾. Ora, proprio la mancata fissazione di un *dies a quo* per il raggiungimento di siffatta intesa (di cui, invece, come si è appena detto, viene con precisione specificato il momento sino al quale la stessa può essere conclusa), autorizza a ritenere che tali accordi possano essere stipulati già al momento della celebrazione delle nozze⁽⁸⁷³⁾.

2. La tesi della nullità (con particolare riguardo agli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio).

2006, p. 9, 50, 86 (tavole 1.1, 2.10, 2.11, 2.20); il documento è altresì disponibile alla pagina web seguente: http://www.istat.it/dati/catalogo/20070119_00/ann0616matrimoni_separazioni_divorzi03.pdf.

⁽⁸⁷⁰⁾ Cfr. la proposta di regolamento COM 2005 649 del 15 dicembre 2005; il relativo testo è disponibile *online* al sito *web* seguente: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2005/com2005_0649it01.pdf. La Corte di giustizia delle Comunità Europee ha dato del concetto di «obbligazioni alimentari» (già presente nella convenzione di Bruxelles del 1968) un'interpretazione assai ampia, riferendo tale espressione senz'altro anche all'assegno di divorzio, ed addirittura alla decisione che, nel contesto di una procedura divorzile, condanni al pagamento di una somma forfettaria o disponga il trasferimento di un diritto reale su di un immobile (cfr. la decisione 27 febbraio 1997, n. 220/95, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 308; in *Fam. dir.*, 1997, p. 205; il testo è anche disponibile ai seguenti indirizzi web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0220:IT:HTML>;

<http://xoomer.alice.it/goberto/testiregolamentiue/cortecce220-95.htm>). Dello stesso avviso sembra essere anche la nostra Cassazione, la quale non ha avuto difficoltà ad applicare le norme della convenzione di Bruxelles del 1968 (nella specie: l'art. 6, n. 1, secondo il quale, in caso di pluralità di convenuti, il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi) al caso di una domanda di revisione delle disposizioni contenute nella sentenza di divorzio (*ex art.* 9, l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 13, l. n. 74 del 1987) con riferimento all'obbligo di mantenimento per il figlio maggiorenne, proposta nei confronti sia dell'ex coniuge che del figlio, soltanto uno dei quali domiciliato in Italia (riconoscendo la giurisdizione del giudice italiano: cfr. Cass., 24 luglio 2003, n. 11526). E' poi ancora da ricordare che la Corte di giustizia delle Comunità europee, nelle sue sentenze del 27 marzo 1979 (in causa 143/78, *de Cavel c. de Cavel*, in *Raccolta*, 1979, p. 1055) e del 31 marzo 1982 (in causa 25/81 *C.H.W. c. G.J.H.*, in *Raccolta*, 1982, p. 1189) ha chiarito che la nozione di «regime patrimoniale tra i coniugi» di cui all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles (e, ora, del Regolamento n. 44/2001, nel senso che, per l'appunto le relative disposizioni non trovano applicazione con riguardo, tra l'altro, agli argomenti seguenti: «lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni») comprende non solo il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali, ma anche tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di esso. Tali rapporti – ad eccezione di quelli alimentari e comunque attinenti al profilo degli assegni relativi alla crisi coniugale – rimangono pertanto al di fuori dell'ambito di operatività del regolamento n. 44/2001. Essi, non essendo del resto coperti (almeno per il momento) da alcun regolamento comunitario, saranno pertanto disciplinati, in tutte le questioni che presentino un elemento di estraneità, dal diritto internazionale privato dei vari Paesi. Sarà peraltro il caso di menzionare sul punto l'esistenza di una Convenzione internazionale dell'Aja sulla legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi (14 marzo 1978), ratificata peraltro solo da Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

⁽⁸⁷¹⁾ Disponibile *online* al sito *web* seguente: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006PC0399:IT:HTML>.

⁽⁸⁷²⁾ Cfr. Gli artt. 3 *bis* e 20 *bis*, che andrebbero inseriti nel regolamento 2201 del 2003.

⁽⁸⁷³⁾ In questo senso cfr. anche C. RIMINI, *Arrivano i patti prematrimoniali*, in *La Stampa*, 23 novembre 2006, p. 25.

La nostra giurisprudenza non ha ancora avuto modo, a quanto risulta, di esprimersi circa la validità di accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali in vista di un'eventuale crisi coniugale, se si eccettua una pronunzia di legittimità che ha affermato la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, *ex art. 31 prel.* (cfr. ora art. 16, l. 218/1995), di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e diretto a regolamentare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio. Si trattava, per la precisione, di quello che in America si definirebbe *postnuptial agreement*, in quanto concluso *in contemplation of divorce*, ma in costanza di matrimonio⁽⁸⁷⁴⁾. L'esame della motivazione della decisione non evidenzia elementi ulteriori rispetto alla affermazione contenuta nella massima. La compatibilità con le regole dell'ordine pubblico internazionale forma oggetto di una dichiarazione piuttosto apodittica, che lascia deluso l'interprete ansioso di conoscere perché mai principi così solenni come, per esempio, quello della indisponibilità degli *status*, su cui la soluzione negativa nel diritto interno viene fondata, non sarebbero annoverabili tra quelli assolutamente irrinunciabili del nostro ordinamento, quando lo stesso si viene a trovare in situazione «di collisione» rispetto a sistemi stranieri. Si rafforza dunque il sospetto che, in realtà, neppure la Corte Suprema sia poi così convinta (o per lo meno lo fosse, quella volta) della bontà della tesi negativa.

Come si è già rimarcato, la giurisprudenza italiana ha invece avuto più volte occasione di pronunziarsi circa la validità delle intese che, in sede di separazione consensuale, le parti raggiungono sull'assetto patrimoniale da dare ad un eventuale (ma, a questo punto, probabile) futuro divorzio. Anche in questo caso – come per quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio – si assiste ad una significativa evoluzione del pensiero dei giudici di legittimità, da concezioni più «liberiste» (o, quanto meno, più «possibiliste») a posizioni di assai più rigida chiusura. Invero, dopo una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo⁽⁸⁷⁵⁾, a partire da una decisione del 1981 la Corte di legittimità comincia ad enucleare specifici profili di illegittimità degli accordi in questione, tali da sconsigliarne l'adozione anche a chi volesse attestarsi sulla tesi della validità delle rinunzie (successive) ai diritti patrimoniali insorgenti dallo scioglimento del vincolo matrimoniale.

La prima sentenza di tale «nuovo corso» concerne il caso di un accordo che prevedeva il diritto per il marito separato di mantenere fermo per un certo periodo l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie per il mantenimento di quest'ultima e dei figli, a prescindere da un eventuale divorzio. Qui la Corte, dopo aver negato la disponibilità dell'assegno divorzile per quanto si riferisce alla sua componente assistenziale (come espressione del perdurare, pur dopo lo scioglimento del vincolo, di un rapporto di solidarietà economica, nel quale viene trasferito ciò che rimane del reciproco soccorso della vita matrimoniale), stabilisce che, se conclusi prima della sentenza, gli accordi sull'assegno di divorzio sono comunque nulli, anche se riferiti alle sole componenti risarcitoria e compensativa⁽⁸⁷⁶⁾. E a questo punto la Cassazione presenta per la prima volta l'argomento destinato a diventare negli anni a seguire il suo vero e proprio «cavallo di battaglia» in questa materia: la tesi, cioè, che si basa sull'asserito condizionamento del comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e sull'asserito commercio dello *status* di coniuge⁽⁸⁷⁷⁾.

Quattro anni più tardi, pronunziandosi su una rinunzia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno di divorzio, contenuta nell'atto di transazione stipulato tra i coniugi separati, la Corte ribadisce che l'inoperatività di tale negozio deve ricollegarsi alla più radicale ragione della sua nullità per illiceità della causa, secondo quanto posto in luce dalla precedente decisione, in considerazione del fatto che «gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunziato hanno sempre lo

⁽⁸⁷⁴⁾ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 521: «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».

⁽⁸⁷⁵⁾ Per una analisi cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 562 ss.

⁽⁸⁷⁶⁾ Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, c. 184; in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1553 con nota di TRABUCCHI; in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 1025; in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 724.

⁽⁸⁷⁷⁾ Allo stesso anno del *leading case* testè riportato risale Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461, secondo cui «l'accordo stipulato fra i coniugi anteriormente alla instaurazione del giudizio di divorzio (nella specie in sede di separazione consensuale) per l'assegnazione del godimento della casa di abitazione ad uno di essi, non è vincolante per il giudice che pronuncia lo scioglimento del matrimonio».

scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno status, limitandone la libertà di difesa»⁽⁸⁷⁸⁾. E' chiaro dunque che, in questa particolare ottica, gli accordi conclusi in sede di separazione consensuale possono assumere, al massimo, rispetto alla successiva procedura di divorzio, il valore di mero elemento indiziario⁽⁸⁷⁹⁾, fornendo parametri sussidiari nella determinazione dell'assegno relativo⁽⁸⁸⁰⁾, laddove un'eventuale rinuncia all'assegno di separazione non potrebbe comportare, automaticamente, una rinuncia anche all'assegno di divorzio⁽⁸⁸¹⁾.

I precedenti appena illustrati trovano ulteriore sviluppo nel corso dei primi anni Novanta, durante i quali si ribadisce la nullità, per illiceità della causa, dell'accordo tramite il quale i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono, per il periodo successivo al divorzio, a favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro⁽⁸⁸²⁾, o escludono la facoltà di chiedere la revisione dell'assegno di mantenimento, qualora sopravvengano giustificati motivi⁽⁸⁸³⁾. Ancora, vengono dichiarati invalidi quegli accordi preventivi nei quali si prevede, sempre in caso di divorzio, la concessione in godimento alla moglie di beni mobili ed immobili del marito⁽⁸⁸⁴⁾, ancorché si tratti dell'assegnazione della casa familiare⁽⁸⁸⁵⁾, oppure viene fissata in anticipo la spettanza e l'entità dell'assegno di divorzio⁽⁸⁸⁶⁾, o, infine, viene decisa la vendita di un immobile che le parti ritengono in comproprietà, con conseguente divisione del ricavato⁽⁸⁸⁷⁾. L'indirizzo più rigoroso continua quindi nel corso degli anni Novanta sino ad oggi, definitivamente consolidandosi con altre pronunce ispirate ai medesimi principi⁽⁸⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁸⁾ Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1456, con nota di DI LORETO; in *Dir. fam.pers.*, 1985, p. 876; in *Foro it.*, 1986, I, p. 747, con nota di QUADRI; in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 188.

⁽⁸⁷⁹⁾ Così infatti App. Genova, 10 novembre 1987, in *C.E.D. – Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 880049; UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 19 s.

⁽⁸⁸⁰⁾ Cass., 25 maggio 1983, n. 3597; sul fatto che il giudice del divorzio non è vincolato, in tema di assegno, da quanto stabilito nel giudizio di separazione, poiché l'assegno di divorzio ha contenuti, presupposti e modalità diverse, v. inoltre Cass., 21 maggio 1983, n. 3520, in *Foro it.*, 1984, I, c. 229; Cass., 12 gennaio 1984, n. 246, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 477; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6312, in *Dir. fam.pers.*, 1987, p. 135; in *Foro it.*, 1987, I, c. 467, con nota di QUADRI; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1406.

⁽⁸⁸¹⁾ Trib. Messina, 15 giugno 1985, in *C.E.D. – Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 850440.

⁽⁸⁸²⁾ Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 156; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 156, con nota di CECCONI.

⁽⁸⁸³⁾ Cass., 2 luglio 1990, n. 6773.

⁽⁸⁸⁴⁾ Cass., 1 marzo 1991, n. 2180.

⁽⁸⁸⁵⁾ Ovvero della corresponsione di emolumenti ulteriori rispetto a quelli giustificati da bisogni alimentari: Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1078, con nota di E. CAROSONE; in *Dir. fam.pers.*, 1992, p. 562.

⁽⁸⁸⁶⁾ Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, cit.

⁽⁸⁸⁷⁾ Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863, con nota di V. CARBONE; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 340, con nota di DALMOTTO.

⁽⁸⁸⁸⁾ Cfr. Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495, con nota di DE MARE; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. dir.*, 1995, p. 14 con nota di UDA; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam.pers.*, 1996, p. 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218, con nota di ERMINI; in *Vita not.*, 1997, p. 848; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. giur.*, 1998, p. 513 (segnalazione di V. CARBONE). Cfr. inoltre, per le pronunzie più recenti, Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344. V. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, secondo cui «Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto *una tantum*, con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti, non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno *una tantum*, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi)». In quest'ultima decisione si ammette, dunque, che è sufficiente un richiamo da parte dei coniugi (purché effettuato chiaramente ed in sede di procedura di divorzio) ad una pregressa attribuzione *una tantum*, intesa come esaustiva delle pretese *ex divortio*, perché si produca l'effetto preclusivo di successive domande ai sensi dell'art. 9 l.div. Il che significa, in buona sostanza, ancora una volta ammettere – di fatto e a dispetto delle declamazioni di principio più volte illustrate – la disponibilità dell'assegno divorzile.

Tra gli interventi meno remoti, ha destato una certa eco una decisione del 2000⁽⁸⁸⁹⁾ che, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha nella specie riconosciuto validità ad una di queste, così pervenendo al risultato paradossale di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. Ad ulteriore riprova degli sbandamenti cui può andare incontro la giurisprudenza quando, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, non esita a violare i più elementari principi dell'ordinamento giuridico, una successiva (e assai meno nota) decisione del medesimo anno⁽⁸⁹⁰⁾ si è spinta ad affermare che tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronuncia), così surrettiziamente introducendo una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione, questa volta, non solamente del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello *ex art. 1422 c.c.*

Gli argomenti impiegati dalla Cassazione per fondare il suo indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi in vista del divorzio hanno trovato il conforto di una parte della dottrina, la quale ha rilevato, per esempio, che «permettendo [ai coniugi] di determinare la somma da pagare si favorirebbe, indirettamente un loro accordo preventivo sulla conduzione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda»⁽⁸⁹¹⁾. Altri studiosi hanno invece espresso punti di vista assai divergenti da quelli della Cassazione. Come esattamente rilevato⁽⁸⁹²⁾, le posizioni così fortemente restrittive della giurisprudenza hanno completamente disatteso le aspirazioni di quella parte della dottrina che invece vedeva, alla luce della nuova normativa, un superamento del «principio dell'ordinamento italiano circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio»⁽⁸⁹³⁾. A ciò potrà aggiungersi l'esatto rilievo secondo cui risulta veramente peculiare l'ostinarsi a considerare un valore irrinunciabile la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, cioè una libertà connessa ad un potere che non esiste, nel senso che l'opposizione al divorzio, come si è rimarcato, «costituisce una causa persa in partenza, perché la posizione di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge è una posizione di *soggezione* non di diritto alla persistenza e vincolo», quasi che lo scioglimento del matrimonio fosse una concessione operata dai giudici, non dipendente dalla volontà delle parti, ma connessa alla attuazione di un interesse pubblico superiore⁽⁸⁹⁴⁾.

Su di un diverso piano, poi, chi scrive non esita a qualificare la giurisprudenza dominante come altamente «diseducativa», posto che questa finisce con il promuovere il principio secondo cui proprio tra coniugi, cioè tra soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento nel rispetto della parola data, in realtà, *pacta... non sunt servanda*. E dunque l'accordo di separazione, faticosamente raggiunto dopo mesi (o anni) di trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione sbagliata, potrà essere accettato da una delle parti con la «riserva mentale» di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio, così spingendo, tra l'altro, la prassi a rinvenire soluzioni al limite del lecito e comunque inutili o facilmente frustrabili, quali, ad esempio, il rilascio di garanzie, o la stipula di simulati contratti di mutuo, risolubili solo all'atto della conclusione *en souplesse* della futura procedura di scioglimento del vincolo, e così via. Ciò che dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto pernicioso sia l'influenza nella materia di influssi paternalistici, legati ad un concetto di persistenza del vincolo che, se non può più essere concepita in termini di indissolubilità matrimoniale,

⁽⁸⁸⁹⁾ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. dir.* 2000, p. 429; in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021, con nota di BALESTRA; in *Riv. notar.*, 2000, II, p. 1221, con nota di ZANNI; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2217, con nota di GIACALONE; in *Giur. it.*, 2000, p. 2229, con nota di BARBIERA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 704, con nota di BARGELLI; in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318, con note di E. RUSSO e di G. CECCHERINI; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 457, con nota di GUARINI; in *Familia*, 2001, p. 243, con nota di FERRANDO.

⁽⁸⁹⁰⁾ Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1592.

⁽⁸⁹¹⁾ Così VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio* a cura di Rescigno, Milano, 1980, p. 340 ss., in partic. 344, nota 45; si noti che, peraltro, l'Autrice riconosce, per altro verso, la sostanziale disponibilità dell'assegno.

⁽⁸⁹²⁾ Cfr. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, Nota a Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, I, 1992, p. 1243.

⁽⁸⁹³⁾ Cfr. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 73; nello stesso senso, più di recente, v. anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 427 ss.

⁽⁸⁹⁴⁾ Così E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, Artt. 159-166-bis, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 425.

dovrebbe ancora intendersi nel senso di «indissolubilità patrimoniale»⁽⁸⁹⁵⁾. Più in generale – e sul piano delle intese raggiunte addirittura in una fase prenuziale, o comunque remota rispetto all’eventualità di una definitiva rottura – deve approvarsi, poi, il rilievo di chi, riprendendo le osservazioni dello scrivente, rimarca come la conclusione di intese preventive lenisce lo smarrimento psicologico che può derivare ai coniugi dal timore, fondato o solo paventato, di una situazione conflittuale, e, dall’altro sottrae al controllo giurisdizionale una materia che la coscienza sociale avverte, istintivamente, come inerente la sfera privata delle persone: il tutto, senza minare ulteriormente l’istituto matrimoniale, più di quanto non abbia già fatto l’introduzione del divorzio, evitando altresì di trattare i coniugi alla stregua di soggetti incapaci⁽⁸⁹⁶⁾.

3. la piena validità delle intese preventive sulla crisi coniugale.

Lasciando la *pars destruens* del ragionamento che si è tentato sin qui di portare avanti e rinviando alle apposite sedi per un compiuto esame delle varie questioni, anche per quanto attiene alle svariate contraddizioni in cui cade la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità⁽⁸⁹⁷⁾, varrà la pena rammentare che gli accordi preventivi circa le conseguenze della separazione e/o del divorzio non vedono normalmente (né lo potrebbero), quale loro oggetto diretto, lo *status* coniugale, come avverrebbe se, per esempio, le parti stipulassero impegni in termini quali «mi obbligo a non divorziare», «mi impegno a non chiedere la separazione», «prometto di non far valere alcuna eventuale causa di invalidità del nostro matrimonio», ecc.⁽⁸⁹⁸⁾. La contrarietà di un siffatto patto ai principi dell’ordine pubblico non può oggi essere revocata in dubbio⁽⁸⁹⁹⁾. Ma ciò che l’opinione dominante si preoccupa di impedire è che le determinazioni dei coniugi

⁽⁸⁹⁵⁾ Non per nulla sottolinea il carattere di maggiore «laicità» proprio della via contrattuale nella soluzione delle questioni patrimoniali familiari MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., p. 116.

⁽⁸⁹⁶⁾ COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, cit., p. 644.

⁽⁸⁹⁷⁾ La quale ha in altre occasioni riconosciuto la validità – per esempio – di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest’ultima), prometteva di trasferire all’altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice... purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti» (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam.pers.*, 1984, p. 922). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si è ammessa la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti (Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. dir.*, 1994, p. 660, con nota di CEI; in *Vita not.*, 1994, p. 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 202; in *Dir. fam.pers.*, 1995, p. 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 882, con nota di BUZZELLI; in *Riv. notar.*, 1995, II, p. 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., p. 12) evidenziando l’ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per il suo carattere di situazione «aperta», rispetto alla seconda. E’ infatti pacifico che anche la separazione dà vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle in quanto dirette a «fare mercimonio» di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi *in contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione. Per non dire poi della giurisprudenza di legittimità favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronunzia di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822 con nota di LOMBARDI; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670 con nota di CASOLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; in *Vita notar.*, 1994, p. 91, con nota di CURTI; in *Contratti*, 1993, p. 140, con nota di MORETTI).

⁽⁸⁹⁸⁾ Per un caso di questo genere cfr. Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; sull’irrinunciabilità del diritto a chiedere la separazione v. anche Cass., 6 marzo 1969, n. 714; per osservazioni analoghe a quelle qui svolte cfr. COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110; FREZZA, *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, Nota a Corte cost., 17 marzo 1995, n. 87, in *Dir. fam.pers.*, 1996, p. 31; per la necessità di distinguere tra accordi aventi ad oggetto il condizionamento del comportamento delle parti in un giudizio sullo *status*, nulli per illiceità della causa, ed accordi diretti solo a concordare in prevenzione l’assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, in cui il condizionamento del comportamento processuale rileva, semmai, alla stregua di un semplice motivo, v. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell’orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., p. 700 s. (che pure si dichiara contrario alla validità degli accordi preventivi, per violazione dell’art. 160 c.c.).

⁽⁸⁹⁹⁾ V., già sotto il vigore del codice abrogato, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1907, p. 102; cfr. inoltre Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., p. 110.

circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati. Tale preoccupazione non ha però ragione di sussistere, ogni qual volta le parti si limitano a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale.

Una prima osservazione, a conforto di questa tesi, proviene da quella dottrina che ha instaurato in proposito un interessante parallelo con la situazione «antagonista» rispetto a quella qui in esame, vale a dire la celebrazione delle nozze. Proprio con riguardo alla «purezza» della volontà matrimoniale, che non potrebbe subire alcuna compressione, essendo salvaguardata la assoluta libertà del soggetto in ordine alla celebrazione del matrimonio, si è osservato che l'ordinamento consente che il soggetto si «induca» al matrimonio attraverso motivazioni di ordine patrimoniale le quali, pur non essendo determinanti del consenso, indubbiamente lo orientano e lo sorreggono. Anzi, l'ordinamento sembra addirittura volere che il soggetto all'atto del matrimonio «costruisca» le sue prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita ⁽⁹⁰⁰⁾.

L'argomentazione testé riferita costituisce il primo passo di un'analisi il cui punto cruciale appare quello di vedere se e in che misura l'ordinamento tuteli la libertà delle parti nelle loro determinazioni concernenti gli *status* o comunque gli aspetti indisponibili dei rapporti umani in quanto attinenti alla sfera delle relazioni personali e sessuali, con riferimento ai condizionamenti d'ordine economico che esse possono subire nelle proprie decisioni. E' noto che la tutela della libertà delle determinazioni dei soggetti nella sfera personale e sessuale è rimessa dall'ordinamento alla sanzione della nullità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume ⁽⁹⁰¹⁾. Peraltro la nullità consegue sempre al fatto che l'aspetto personale sia portato dai soggetti a costituire parte integrante della causa («io mi impegno a darti cento e tu ti impegni, in cambio, a disconoscere la paternità di tuo figlio»): esso deve essere, cioè, preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo che queste (errando, ovviamente) vorrebbero come giuridicamente vincolante e quindi processualmente azionabile ⁽⁹⁰²⁾.

Ma la dottrina più autorevole ammette – e da tempo – che un comportamento umano non deducibile in obbligazione possa essere dedotto in condizione ⁽⁹⁰³⁾ e che tra siffatti comportamenti umani ben possa rientrare anche la volontà di assumere uno *status* ⁽⁹⁰⁴⁾. Ciò in particolare si verifica quando le parti non intendono con il loro negozio porre un vincolo, giuridicamente rilevante a tenere o a non tenere quel certo comportamento, ma si limitano a prefigurare le conseguenze di quest'ultimo, condizionandovi l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale. In questo modo può essere fatto sì che il comportamento di carattere personale non formi oggetto di vincolo, ma venga – di volta in volta – incoraggiato o scoraggiato a seconda che la promessa di carattere patrimoniale agisca, in alternativa, quale «deterrente» o «premio» per il fatto d'aver tenuto o meno quella certa condotta ⁽⁹⁰⁵⁾.

Rovesciando ora per un momento la prospettiva in cui ci si è sino a questo punto collocati e pensando alle pattuizioni dirette a costituire non già un deterrente, bensì un incoraggiamento per la tenuta di un determinato comportamento, occorrerà tenere presente quella clausola, in altre sedi definita «premiabile» ⁽⁹⁰⁶⁾, consistente nell'accordo con cui – all'interno di un contratto di convivenza – uno dei due *partners*

⁽⁹⁰⁰⁾ DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 178, nota 230; le conclusioni tratte al riguardo dall'Autore sono limitate alla materia degli atti traslativi; esse peraltro ben possono essere estese, più in generale, ad ogni tipo di contratto concluso in occasione – o anche solo in vista – della crisi coniugale.

⁽⁹⁰¹⁾ Per analoghe considerazioni relative ai contratti di convivenza si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 193 ss.

⁽⁹⁰²⁾ Sui rapporti tra *vinculum iuris* ed azionabilità in via processuale della relativa pretesa cfr. per tutti OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996, p. 37 s. e nota 5.

⁽⁹⁰³⁾ SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 497 s., il quale porta l'esempio della promessa di una somma di denaro da un soggetto all'altro a condizione che quest'ultimo scriva un'opera letteraria.

⁽⁹⁰⁴⁾ JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, p. 54, secondo cui la volontà di assumere uno *status* è «susceptibile di essere eretta a condizione di altro negozio giuridico», anche se inidonea a «formare a sé oggetto di negozio».

⁽⁹⁰⁵⁾ Qui il pensiero corre subito alla clausola penale, e alla disposizione, riflettente un principio di carattere certamente più generale, racchiusa nell'art. 79 c.c. Ma la clausola penale, proprio perché strumento di garanzia per l'adempimento di un'obbligazione, presuppone appunto l'esistenza di un impegno giuridicamente vincolante a tenere quel certo comportamento (positivo o negativo). La sussistenza di tale impegno – ancorché non formalmente enunciato dai contraenti – potrebbe proprio essere dedotta dal carattere «eccessivo» (secondo una valutazione da farsi, ovviamente, caso per caso) della prestazione patrimoniale promessa sotto la condizione che quel determinato evento si verifichi (o meno).

⁽⁹⁰⁶⁾ OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 197 s.; ID., *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, in *FamRZ*, 1993, p. 7.

dell'unione libera promette all'altro l'adempimento di una prestazione patrimoniale subordinata all'esecuzione di una prestazione non patrimoniale dell'altra⁽⁹⁰⁷⁾, oppure ancora nella promessa, effettuata da un fidanzato (o da un terzo) all'altro di corrispondere a quest'ultimo una somma di denaro nel caso di celebrazione delle nozze⁽⁹⁰⁸⁾. Lo stesso dovrebbe valere nel caso di donazione di una somma di denaro o di un certo bene sospensivamente condizionata alla circostanza che il matrimonio superi «indenne» un certo lasso di tempo. Reciprocamente, per chi vede il divorzio come un'eventualità positiva, di fronte ad una possibile crisi coniugale, dovrebbe avere un senso promettere la corresponsione di una determinata utilità economica al (futuro) ex coniuge «debole» al fine di invogliarlo, con l'assicurazione di un vantaggio economico, a porre più volentieri fine all'unione («se, nel caso di crisi coniugale, accederai senza porre condizioni alla mia richiesta di presentazione di ricorso per divorzio su domanda congiunta mi obbligo sin d'ora a corrisponderti...»)⁽⁹⁰⁹⁾.

Proprio con riguardo alle clausole «premiali» legate ad un comportamento personale di una delle parti, potrà aggiungersi che un'ulteriore conferma viene dallo stesso codice civile, che espressamente configura (cfr. art. 785 c.c.) il matrimonio (e dunque un fatto, per definizione, strettamente attinente alla vita personale oltre che costitutivo di uno *status familiae*) alla stregua di una condizione sospensiva delle attribuzioni patrimoniali gratuite effettuate (si badi: anche l'un l'altro dai promessi sposi) in vista della celebrazione delle nozze.

Neppure appare trascurabile il sistematico rifiuto, da parte della giurisprudenza di legittimità, di estendere al di là dei suoi angusti limiti quella disposizione (art. 636 c.c.) che, in materia di disposizioni *mortis causa*, fulmina di nullità – proprio in quanto attinente ad un aspetto personalissimo – la condizione «che impedisce le prime nozze o le ulteriori», al punto da affermare la validità della clausola che subordina le attribuzioni testamentarie alla condizione (generica) di contrarre matrimonio⁽⁹¹⁰⁾, o di contrarlo con «persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituto»⁽⁹¹¹⁾, ovvero ancora di non contrarlo con persona determinata⁽⁹¹²⁾. Il favore nei confronti di una clausola del genere di quella sopra definita come «premiale», intesa nel senso testé chiarito, emerge con evidenza anche in una decisione del 1992, che ha affermato la piena validità della condizione *ex* art. 636 c.c., quando questa «non sia dettata dal fine di impedire le nozze ma preveda per l'istituto un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituto, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio»⁽⁹¹³⁾.

⁽⁹⁰⁷⁾ Per es.: «ti prometto che ti darò cento se mi sarai fedele, se tra dieci anni coabiterai ancora con me, se tra cinque anni mi avrai dato un figlio».

⁽⁹⁰⁸⁾ OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, cit. p. 99; per un caso del genere cfr. in giurisprudenza App. Catanzaro, 31 gennaio 1936, in *Calabria giud.*, 1936, p. 75.

⁽⁹⁰⁹⁾ Siffatte clausole non sembrano in grado di suscitare obiezioni, posto che con esse l'esecuzione della prestazione di carattere personale (la prosecuzione della convivenza *more uxorio* oltre un certo limite temporale, la celebrazione delle nozze, la prosecuzione della convivenza matrimoniale, la prestazione del consenso per il divorzio su domanda congiunta, ecc.) non viene «garantita» dalla presenza di una forma di coazione giuridica o dalla assicurazione del pagamento di una penale da parte del soggetto eventualmente inadempiente, ma viene piuttosto incoraggiata mediante la promessa di un premio da parte di colui che ha interesse a che il beneficiario tenga quel certo comportamento, secondo una regola che non sembra sconosciuta neppure al diritto romano: «Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae viduam est, ducat: conditio non remittetur; et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, Praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari» (D. 35, 1, 71, 1). La tesi qui esposta, proposta anche all'attenzione della dottrina tedesca (cfr. OBERTO, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, cit., p. 7), sembra avere riscosso consenso presso quest'ultima (cfr. GRZIWOTZ, *Partnerschaftsvertrag, für die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München, 1994, p. 31; per una valutazione di tale impostazione «in termini problematici» in Italia, v. FRANZONI, *I contratti tra conviventi more uxorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 749 s.).

⁽⁹¹⁰⁾ Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, in *Foro it.*, 1985, I, c. 701; in *Riv. notar.*, 1985, II, p. 483.

⁽⁹¹¹⁾ Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, in *Foro it.*, 1986, I, c. 936; in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1009, con nota di G. AZZARITI; in *Riv. notar.*, 1986, II, p. 945; in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 188, con nota di SCHERMI; in *Giust. civ.*, 1987, I, 1, p. 1484, con nota di DE CUPIS; nello stesso senso in dottrina RESCIGNO, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 793; G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, p. 527.

⁽⁹¹²⁾ Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, cit.

⁽⁹¹³⁾ Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2120; in *Giust. civ.*, 1992, I, c. 1753, con nota di DI MAURO; in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 989; in *Riv. notar.*, 1992, II, p. 198, con nota di SERINO; riconducibile allo stesso *rationale* appare la precedente Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 836; in *Foro it.*, 1966, I, c. 414; in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1354, con nota di CASSISA.

In conclusione, nemmeno l'art. 1354 c.c. può costituire un ostacolo in ordine alla configurazione del regolamento preventivo dei rapporti nascenti da un eventuale divorzio alla stregua di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, posto che la semplice predeterminazione delle conseguenze patrimoniali di un futuro ed eventuale divorzio non sembra poter dispiegare, di per sé, alcun effetto sulla spontaneità del comportamento attinente allo *status*.

4. Validità degli accordi preventivi sulla crisi coniugale e intervento del giudice.

A confutazione della tesi della validità delle intese preventive sulla crisi coniugale non sembrano convincenti le critiche mosse da parte della dottrina alla proposta dello scrivente, imperniate sul rilievo secondo cui l'avvicinamento del diritto di famiglia al diritto comune e dei contratti (ma forse sarebbe più corretto parlare di una vera e propria «irruzione» del diritto dei contratti nel campo giusfamiliare) dovrebbe accompagnarsi «ad una sempre maggiore penetrazione di forti spinte solidaristiche ed equitative nella disciplina generale dei rapporti contrattuali e di mercato»⁽⁹¹⁴⁾. L'auspicio è sicuramente apprezzabile *de iure condendo*, pur se con il rispetto di ben precisi limiti che garantiscano appieno l'affidamento dei contraenti nel rispetto della «parola data», quale potrebbe essere, ad esempio, l'introduzione – sulla scorta dei modelli australiano o statunitense – dell'obbligo delle parti di previamente munirsi di un *independent legal counsel*⁽⁹¹⁵⁾. Esso peraltro si scontra oggi inevitabilmente con i dati che *de iure condito* si sono illustrati.

Basti dire che, di fronte alla disciplina in tema di divorzio su domanda congiunta, la quale impone alle parti di presentarsi al giudice solo dopo che le stesse abbiano già raggiunto un'intesa sulle condizioni relative ai loro rapporti economici, parlare di un divorzio che le parti «hanno già deciso di conseguire e, quindi, non semplicemente prefigurato»⁽⁹¹⁶⁾ significa ricorrere ad una pura finzione, atteso che (come l'esperienza pratica dimostra quotidianamente) il consenso alla procedura su domanda congiunta ben può essere barattato, fino all'ultimo istante prima della firma dell'istanza, con più o meno estese concessioni della controparte, in assenza delle quali lo scioglimento del matrimonio rischia di arrivare, anziché subito, con diversi anni di ritardo. Il che evidenzia che, se il Legislatore avesse veramente voluto rendere la scelta sul divorzio del tutto avulsa da quella sulle relative condizioni economiche, non avrebbe consentito alle parti di discutere queste ultime se non dopo il passaggio in giudicato della decisione sullo scioglimento del vincolo.

Né alla asseritamente necessaria attesa del «momento giurisdizionale» sembra potersi assegnare il significato di una tappa indispensabile verso un controllo giudiziale sul merito delle intese⁽⁹¹⁷⁾. Se è vero che, come altrove dimostrato⁽⁹¹⁸⁾, nel divorzio su domanda congiunta gli effetti d'ordine patrimoniale derivano direttamente dal contratto di divorzio concluso dai coniugi, rispetto al quale la pronuncia del tribunale assume il mero carattere di omologa, e se è vero che, come pure dimostrato⁽⁹¹⁹⁾, anche i contratti *a latere* rispetto alle procedure di divorzio hanno piena validità ed efficacia, non si vede per quale ragione si debbano costringere le parti ad attendere il momento in cui il tribunale non potrà far altro che ratificare le intese raggiunte⁽⁹²⁰⁾.

⁽⁹¹⁴⁾ Così QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., p. 9.

⁽⁹¹⁵⁾ Sul punto v. MARSTON, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, in *Stanford Law Review*, vol. 49, 1997, p. 887 ss. Sul requisito dell'*independent legal or financial advice* v. inoltre PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, loc. ultt. citt.

⁽⁹¹⁶⁾ Così QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., p. 14, sulla scorta di Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495 e Cass., 11 giugno 1997, n. 5244.

⁽⁹¹⁷⁾ Ciò sembra voler adombrare QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., p. 14, che parla di assoggettamento degli accordi ad un controllo giudiziale effettuato «alla luce degli assetti economici familiari concretamente esistenti in tale momento (*scil.*: al momento del divorzio)». Esplicitamente per un controllo giudiziale del merito delle intese di divorzio su domanda congiunta si pronuncia COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., p. 659 s.; EAD., *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, cit., p. 55 ss.

⁽⁹¹⁸⁾ Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 233 ss.

⁽⁹¹⁹⁾ Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 372 ss.

⁽⁹²⁰⁾ Almeno fin tanto che non verrà adottato anche da noi un regime analogo a quello descritto dall'art. 232 del *Code Civil* francese, che consente al giudice di negare l'omologazione dell'accordo di divorzio anche nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi «di uno dei coniugi». E ciò a differenza di quanto disposto dalla norma italiana in tema di divorzio su domanda congiunta, che tale intervento non solo non prevede, ma esclude, come appare ricavabile dal raffronto con quanto stabilito con riguardo alle condizioni relative alla prole minorenni. Quanto

Neppure appare possibile spostare il discorso sul piano dell'intervento successivo del giudice, quanto meno (ancora una volta!) *de iure condito*. Qui, esclusa, per evidenti ragioni, la possibilità per la magistratura di *civil law* di procedere ad una riallocazione delle risorse acquisite da ciascuno durante la convivenza sulla base di criteri di ragionevolezza ed equità, *ad instar* di quanto avviene invece nei sistemi di matrice anglosassone⁽⁹²¹⁾, magari tramite il ricorso – sovente praticato al di là della Manica, tanto per le coppie coniugate quanto per quelle conviventi – all'istituto del *trust*⁽⁹²²⁾, si potrebbe a prima vista ipotizzare un impiego delle clausole generali (in special modo ordine pubblico e buona fede), al fine di «correggere» il contenuto di accordi preventivi che dovessero manifestarsi come eccessivamente «squilibrati» in danno di uno dei coniugi.

La proposta, avanzata anche nella dottrina italiana⁽⁹²³⁾, prende lo spunto da un paio di decisioni rese in Germania dal *Bundesverfassungsgericht* e dal *Bundesgerichtshof*, a parziale modifica di una giurisprudenza che, come detto, da sempre ammetteva l'assoluta validità delle intese prenuziali sulla sorte dell'assegno di divorzio. Ora, le due decisioni in questione⁽⁹²⁴⁾, facendo leva sul concetto di *Sittenwidrigkeit* (§ 138 *BGB*) – già richiamato da alcuni Autori e da una parte della giurisprudenza in relazione ai casi in cui, ad esempio, un coniuge avesse sfruttato l'inesperienza o un'eventuale situazione di particolare labilità psichica dell'altro, ovvero avesse approfittato delle condizioni economiche particolarmente svantaggiate di quest'ultimo, ovvero ancora in cui la rinuncia a vantaggi economici si fosse posta quale «merce di scambio» per l'affidamento dei figli⁽⁹²⁵⁾ – e recependo le istanze di una parte della dottrina volte ad invocare una penetrante *Inhaltskontrolle* sul contenuto degli *Eheverträge*⁽⁹²⁶⁾, hanno affermato la possibilità per il giudice di ritenere nullo il contratto matrimoniale nel quale sia contenuta una distribuzione degli oneri unilaterale e palesemente a svantaggio della donna, se concluso prima del matrimonio, contestualmente alla presenza di uno stato di gravidanza della donna medesima⁽⁹²⁷⁾, ovvero di pervenire alle medesime conseguenze «wo die vereinbarte Lastenverteilung der individuellen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse in keiner Weise mehr gerecht wird, weil sie evident einseitig ist und für den belasteten Ehegatten bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint»⁽⁹²⁸⁾.

L'avvicinamento, in questo caso, dei giudici tedeschi al modo di ragionare dei loro colleghi di *common law* è reso evidente dal ricorso all'idea del patto *evident einseitig*, che, anche per assonanza linguistica, richiama quell'«essere *so one-sided*», che costituisce oltre Oceano proprio il criterio per valutare se un *prenuptial agreement in contemplation of divorce* sia da ritenersi *unconscionable*, anche alla luce di

mai significativo appare, in questo contesto, che la riforma dell'art. 4 l.div. di cui alla l. 80/2005 abbia riproposto *telle quelle* la disposizione in esame, contenuta nel c. 13, ora 16, dell'art. cit.

⁽⁹²¹⁾ Sul tema cfr. per tutti RONCHESE, *Regno Unito: una nuova regola sulla divisione dei beni dopo il divorzio*, in *Famiglia*, 2002, p. 843 ss.

⁽⁹²²⁾ Sul tema v. per tutti OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, cit., p. 183 ss.

⁽⁹²³⁾ Cfr. ad esempio BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 326 ss.

⁽⁹²⁴⁾ Cfr. *BverfG*, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, p. 343, con nota di SCHWAB; in *MDR*, 2001, p. 392, con nota di GRZIWOTZ; la decisione è edita in italiano in *Famiglia*, 2002, p. 201, con nota di GEURTS; per un commento cfr. anche BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte Costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 57 ss.; *BGH*, 11 febbraio 2004, in *FamRZ*, 2004, p. 601, con nota di BORTH; in *NJW*, 2004, p. 930; per un commento a questa seconda decisione v. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004)*, in *Famiglia*, 2005, p. 134 ss.

⁽⁹²⁵⁾ Sul tema v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 531 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 191 ss. e successivamente anche BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 329 s.

⁽⁹²⁶⁾ Cfr. ad esempio SCHWENZER, *Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht*, in *AcP*, 1996, p. 11 ss.; HESS, *Nachehelicher Unterhalt zwischen Vertragsfreiheit und sozialrechtlichem Allegemeinvorbehalt*, in *FamRZ*, 1996, p. 981 ss, spec. 986 ss. Posizioni, queste, cui fa eco nel diritto nordamericano la valutazione del contratto alla luce dei principi di *unconscionability*, *fairness*, *reasonableness*, *frustration*, ecc. su cui v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 501 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 184 ss. e, successivamente, anche BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., p. 329; AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 549 ss. Per un accostamento tra il rationale della decisione della Corte costituzionale tedesca ed i principi dell'*unconscionability* v. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., p. 103 ss.

⁽⁹²⁷⁾ Cfr. *BverfG*, 6 febbraio 2001, cit.

⁽⁹²⁸⁾ Cfr. *BGH*, 11 febbraio 2004, cit.

quanto disposto dall' *Uniform Premarital Agreement Act*, ora adottato da svariati Stati dell'Unione (⁹²⁹). Ma l'introduzione in Germania di un siffatto controllo sul contenuto delle intese non ha mancato di sollevare gravi e motivate perplessità, incentrate, da un lato, sul *deficit* di certezza nei rapporti giuridici dei soggetti coniugati che il (parziale) *revirement* in atto è venuto inopinatamente a portare e, dall'altro, sui timori per l'abbandono dei tradizionali e radicatissimi principi di libertà contrattuale, sostituiti da una nuova forma di incapacità di protezione: una vera e propria *schützende Bevormundung*, che rischierebbe di riportare il diritto di famiglia tedesco, in un percorso a ritroso rispetto a quello preconizzato dalla celebre frase di Maine, «*from contract to status – wobei status in diesem Fall nicht den Familienstatus, sondern den Schutzstatus kennzeichnet*» (⁹³⁰).

Queste perplessità sembrano trovare conferma nella considerazione dell'inidoneità dello strumento giudiziale, nei sistemi di *civil law*, ad incidere sul contenuto dei rapporti negoziali con strumenti di tipo equitativo, non potendosi passare sotto silenzio – tra l'altro – che i diversi poteri di cui il giudice di *common law* dispone, rispetto a quello della tradizione continentale, sono strettamente connessi ad una ben diversa forma di legittimazione del primo, che, per profonde ragioni storiche e culturali, non appare estensibile al secondo (⁹³¹). A ciò s'aggiunga che, pur non disconoscendosi la crescente tendenza ad attribuire anche da noi al giudice il potere di intervenire, grazie all'impiego delle clausole generali, sul contenuto delle pattuizioni dei privati (⁹³²), rimane il fatto che, quanto meno a sommo avviso dello scrivente, la materia dell'*Einseitigkeit*, cioè dell'«unilateralità» dell'accordo nel senso sopra precisato, forma nel nostro ordinamento precipuo oggetto dell'istituto della rescissione. Ne deriva che il semplice elemento della obiettiva sproporzione tra le prestazioni non può, di per sé solo, e in difetto di puntuali interventi normativi (⁹³³), essere invocato, neppure in un contratto della crisi coniugale, per ottenere una modifica giudiziale degli accordi tra le parti, pena la completa vanificazione di quanto disposto dagli artt. 1447 ss.

In definitiva, e rinviando ancora una volta alle più volte citate specifiche trattazioni per una completa disamina delle varie argomentazioni sul tema, nessun serio ostacolo sembra frapporsi sulla strada della liceità, già *de iure condito*, delle intese prematrimoniali sulle conseguenze patrimoniali di un'eventuale crisi coniugale.

(⁹²⁹) Cfr. BROD, *Premarital Agreements and Gender Justice*, in *Yale Law Review*, 1994, vol. 6, p. 229, 276 ss.; MARSTON, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, cit., p. 887 ss., 899 ss. Sul concetto di *unconscionability* e sull'*Uniform Premarital Agreement Act* v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 501 ss., 509 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, cit., p. 184 ss. e ora anche AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p. 547 ss.

(⁹³⁰) Così HOFER, *Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten*, in AA. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., p. 16. Analoghe critiche in COESTER-WALTIJEN, *Liebe-Freiheit-gute Sitten. Grenzen autonomer Gestaltung der Ehe und ihrer Folgen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in AA. Vv., *Festgabe aus der Wissenschaft, 50 Jahre Bundesgerichtshof*, München, 2000, p. 1001; cfr. inoltre KOCH, in *NotBZ*, 2004, p. 147 ss.; LANGENFELD, *Zur gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen*, in *DNotZ*, 2001, p. 279, che, di fronte alle avvisaglie di un mutamento di giurisprudenza in senso restrittivo verso la libertà dei coniugi, paventava una situazione di «Entmündigung und Fremdbestimmung durch den Richter» (situazione che – come si è detto in altra sede: cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 120 s. – si porrebbe anche in chiaro contrasto con l'intenzione dei redattori del *BGB*). A questi rilievi fanno poi eco le osservazioni di un altro celebre studioso della materia (e notaio), che sembrano smentire in maniera netta l'atteggiamento paternalistico delle Corti (e, verrebbe da aggiungere, di una certa parte della dottrina italiana!): «Ich beobachte im Beratungsgespräch eher eine „strukturelle Überlegenheit“ junger Frauen, die ihre berechtigten Interessen durchzusetzen wissen. Die *Margarete* unserer Zeit ist ohne weiteres in der Lage, die tradierten Vorstellungen eines Unternehmersohns, dessen Eltern auf Abschluss eines Ehevertrages mit Gütertrennung und Unterhaltsverzicht bestehen (wie sie ihn selbst geschlossen haben), eine entschiedene und deutliche Absage zu erteilen, um zu sachgerechten vertraglichen Vereinbarungen zu gelangen (z.B. Herausnahme der Unternehmensbeteiligung aus dem Zugewinnausgleich)» (cfr. BRAMBRING, *Die Ehevertragsfreiheit und ihre Grenzen*, in AA. Vv., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, cit., p. 34, che conclude affermando: «Ehevertragsfreiheit ist unverzichtbar, der „faire“ Ehevertrag beansprucht Rechtssicherheit»).

(⁹³¹) Sul tema si rinvia a OBERTO, *Civil law e common law a confronto nell'ottica del giudice civile*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 620 ss.

(⁹³²) Cfr. ad esempio Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081; Cass., 24 settembre 1999, n. 1055, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2929; per i necessari rinvii sul tema, che non è sviluppabile in questa sede, v. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 21 ss.; MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 25 ss.

(⁹³³) Sulla scorta di quanto, ad esempio, stabilito dagli artt. 1469-bis ss. c.c.