

GIACOMO OBERTO

L'AUTONOMIA IN MATERIA
PATRIMONIALE NEI RAPPORTI FAMILIARI



Isbn 9788828838364

Estratto al volume:

**MATERIALI
PER UNA REVISIONE
DEL CODICE CIVILE**

Volume I

a cura di
Vincenzo Cuffaro e Aurelio Gentili

2021

Giacomo Oberto

L'AUTONOMIA IN MATERIA PATRIMONIALE NEI RAPPORTI FAMILIARI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Autonomia negoziale 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. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della negoziabilità tra coniugi. — 6. Gli interventi normativi e giurisprudenziali nel secondo decennio del terzo millennio in tema di autonomia negoziale dei coniugi. — 7. La natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali. — 8. Le regole in tema di simulazione e di capacità delle parti quali ulteriori conferme della natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali. — 9. Convenzioni matrimoniali, contratto di matrimonio e regimi patrimoniali. — 10. Il problema del *trust* familiare. Il dibattito sull'ammissibilità di un *trust* « interno ». — 11. Alcune specifiche questioni relative al *trust* familiare. *Trust*, vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* e convenzione matrimoniale. — 12. Convenzioni matrimoniali, matrimonio e crisi coniugale. — 13. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. L'ammissibilità di regimi patrimoniali atipici. — 14. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. La progressiva erosione della sfera di applicabilità delle regole in tema di forma. — 15. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. Modifica delle convenzioni e mutamento di regime. — 16. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. I limiti (relativi alla parte generale). — 17. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Oggetto della comunione e rifiuto del coacquisto *ex lege*. — 18. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Le regole in tema di amministrazione. — 19. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Regime transitorio. — 20. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione convenzionale. I limiti di cui all'art. 210 c.c. — 21. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione convenzionale. Gli ampliamenti e le riduzioni dell'oggetto. — 22. Autonomia negoziale dei coniugi e separazione dei beni. — 23. Autonomia negoziale dei coniugi, fondo patrimoniale e impresa familiare. — 24. L'autonomia privata di fronte all'art. 2645-ter c.c. nell'intreccio delle relazioni familiari. I rapporti con il fondo patrimoniale. — 25. *Segue*. Sulla possibile « coesistenza » del vincolo di destinazione con il fondo patrimoniale, anche in relazione alla famiglia fondata sul matrimonio. — 26. Vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e convenzioni matrimoniali. — 27. Vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e regimi patrimoniali della famiglia. Forma dell'atto costitutivo e norme applicabili. — 28. La costituzione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* su beni in comunione legale o convenzionale, ovvero su beni costituiti in fondo patrimoniale. — 29. Vincoli di destinazione e famiglia di fatto. Generalità. Differenze rispetto al fondo patrimoniale. — 30. Il problema dell'individuazione dei beneficiari del vincolo di destinazione a favore della famiglia di fatto. — 31. Incapaci e semi-incapaci quali beneficiari del vincolo. Esclusione della necessità di autorizzazione giudiziale.

1. Introduzione. Autonomia negoziale e famiglia.

Autonomia negoziale e famiglia: un accostamento che sino a non moltissimi anni fa poteva ancora apparire ardito, sulla base di perduranti echi della concezione istituzionale della famiglia, enfaticamente in questa materia

gli aspetti d'ordine pubblico, le regole inderogabili e la tutela del soggetto «debole»; profili, questi, che non solo si presentavano con andamento ciclico nella dottrina (1), ma che sembravano ricevere conforto da alcuni (peraltro, con l'andar del tempo, sempre più ristretti) filoni nella stessa giurisprudenza di legittimità. Filoni che, almeno in parte, sopravvivono ancora ad oggi. Potranno citarsi, a titolo d'esempio, le persistenti «chiusure» della Cassazione in materia di disponibilità del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio, che, criticate in altra sede (2), dovrebbero però oggi, presumibilmente, ritenersi superate, o, quanto meno, agevolmente superabili, anche alla luce del recente *revirement* sul concreto contenuto della c.d. «solidarietà postconiugale», con la radicale revisione delle modalità di determinazione dell'assegno divorzile (3). Per non parlare poi di svariate, perduranti, rigidità in materia di comunione legale tra coniugi: si pensi al requisito (immotivatamente e *contra legem*) richiesto della partecipazione del coniuge non acquirente ai sensi dell'art. 179 cpv. c.c. (4), o alla vicenda del rifiuto del coacquisto *ex lege* (5). Ancora, si potrà porre mente alle sin troppo note pronunzie in materia di (in) validità degli accordi preventivi in vista del divorzio (6).

(1) 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. 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.; E. 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.).

(2) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 242 ss.

(3) Sul tema e sull'impatto della sentenza n. 11504/2017 della Cassazione, v. *ex multis* E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 885 ss.; DANОВI, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 51 ss. Per una recente presa di posizione favorevole alla tesi dello scrivente sulla disponibilità dell'assegno di divorzio cfr. DANОВI, *Inammissibilità del giuramento decisorio per la determinazione dell'assegno di mantenimento (o di divorzio)*, Nota a Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 454 ss.

(4) Cfr. per tutti OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, I, p. 1058 ss.

(5) Cfr. per tutti OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.

(6) Sul tema v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 483 ss.; Id., *«Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei*

Rimanendo per il momento su di un piano generale e terminologico, va considerata 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'istante, 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 » (7), 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 (8) — della natura del matrimonio (9), ma non potrà farsi a meno di constatare come comunque, anche da noi, pure in presenza del

diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 251 ss.; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2016, p. 135 ss.; ID., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in corso di stampa, *passim*.

(7) 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.

(8) 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 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 ».

(9) 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.

dato positivo testé posto in luce, la concezione « istituzionale » del matrimonio abbia ceduto ormai il passo a quella negoziale (10).

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 » (11). 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 » (12). 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 (13) — permette di scoprire che il testo del codice contiene il termine « convenzione » (sia al singolare che al plurale) in ben quarantotto distinti articoli, sparsi un po' in tutti i sei libri, ma sempre e soltanto nell'accezione di « accordo su questioni di carattere patrimoniale » (14). La « vitalità » del termine in discorso, nella sua valenza semantica qui indicata, è ribadita dalla riforma del 2016 sulle unioni civili, in cui

(10) 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.

(11) V. sul punto RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 7.

(12) 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 » acquisita 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.

(13) Cfr. per esempio il sito *web* seguente: <http://www.infoleges.it/service1/scheda.aspx?id=32807&service=1&ordinal=&fulltext=& sommario=true>.

(14) 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, 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.

viene presentata (15) l'espressione «convenzioni patrimoniali», per altro assolutamente equivalente a quella «convenzioni matrimoniali».

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 (16), 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» (17). Elemento, questo, rafforzato dalla considerazione, pure sviluppata altrove, secondo cui, storicamente, il principio della più ampia libertà contrattuale venne sempre rispettato proprio in tema di convenzioni matrimoniali (18).

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 qualificata come giusfamiliare può contenere norme che disciplinano contratti (19). Le considerazioni sin qui svolte mostrano il carattere prettamente linguistico della diatriba, laddove ciò che assume rilievo in questo contesto è semmai il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia (20), 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 (21).

(15) Per le ragioni prettamente ideologiche illustrate altrove: cfr. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in BLASI, CAMPIONE, FIGONE, MECENATE e OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, p. 39 ss.

(16) Cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.

(17) Cfr. D., 2. 14. 1. Secondo BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam ff. Veteris partem*, Venetiis, 1580, f. 79, «Nomen conventionis inest in qualibet specie pacti et in quolibet individuo sui».

(18) Cfr. Oberto, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.

(19) Il richiamo legislativo, ad avviso dello scrivente, deve intendersi effettuato tanto alle convenzioni matrimoniali, quanto ai contratti della crisi coniugale che, come dimostrato in altra sede, rinvergono il loro fondamento causale in specifiche disposizioni giusfamiliari.

(20) Su cui cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 60 s.

(21) 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.

Per negoziabilità si intende (22) 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 » (23) — può ormai vantare, anche nell'accezione qui indicata, illustri precedenti, se è vero che già diversi anni fa la nostra Corte Suprema (24) constatava che « in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negoziabilità nel diritto di famiglia » (25). 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 » (26). D'altro canto, nel campo patrimoniale, la negoziabilità viene a collimare con quella « autonomia

(22) OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 38 s.

(23) Cfr. per es. DEVOTO e OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Edizione per CD-ROM, Firenze, 1992.

(24) 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.

(25) 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 « negoziabilità » 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.

(26) 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.

(o libertà) contrattuale», cui fa riferimento la rubrica dell'art. 1322 c.c. (27). 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 un'apposita opera, consacrata a quelli che lo scrivente ha definito i «contratti della crisi coniugale» (28): 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 negozialità nell'ambito della famiglia ha inizio — per lo meno nei tempi a noi più recenti (29) — con il tramonto della «concezione istituzionale», autorevolmente propugnata in Italia dal Cicu agli inizi del secolo scorso (30); 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.

(27) 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.

(28) Per una esposizione dei dati di tipo sociologico sulla negozialità relativa al fenomeno della crisi coniugale cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 38 ss.

(29) Per riferimenti storici alla negozialità 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.

(30) 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.

Il passaggio dalla « concezione istituzionale » a quella « costituzionale » della famiglia (31), 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* (32). 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 (33).

È 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 » (34). 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.

Il superamento della « concezione istituzionale » della famiglia e l'affermazione della teoria del negozio giuridico familiare sono dovute del resto

(31) 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.

(32) 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.

(33) 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 negozialità tra coniugi, come dimostrato nel testo.

(34) 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.).

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» (35).

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 (36), «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 inidoneo 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

(35) 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.

(36) 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.

presenti nella rappresentazione delle parti) con i quali l'ordinamento integra il rapporto» (37).

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 (38), 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. 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» (39). 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» (40). Sebbene queste premesse potessero indurre a ritenere il

(37) 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 allorché 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.

(38) 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.

(39) 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.

(40) SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 496.

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.)» (41).

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

(41) 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.

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.) (42), 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» (43).

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 (44). Per quanto attiene alle decisioni della

(42) 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.

(43) 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 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.

(44) 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,

Consulta basti ricordare, *in primis*, l'impatto, sul piano sistematico, dell'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi (45). 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» (46).

A questa storica decisione della Corte costituzionale potranno poi anche affiancarsi quelle tendenti a ricondurre le convenzioni matrimoniali al campo contrattuale (47) e ad estendere alla separazione consensuale alcune disposizioni dettate con riguardo alla separazione giudiziale (48).

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 (49). Inoltre, la possibilità della cessazione degli effetti ci-

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.

(45) 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 ANGELO, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 215.

(46) 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.

(47) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.

(48) 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.

(49) «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).

vili 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 (50). Quanto sopra ha poi ricevuto ulteriore conferma dall'introduzione nel 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 (51).

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 (52), sulla base di precedenti storici comuni un po' a tutte le principali esperienze europee (53) — 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. (54) venne espressamente basato «auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit» (55), 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 «ungebührlichen 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» (56).

(50) Così DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., p. 70.

(51) Sul tema v. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 233 ss.

(52) 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*, cit., p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 251 ss.

(53) 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.

(54) «Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern».

(55) 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.

(56) Cfr. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, IV, Goldbach (rist. dell'ediz. di Berlino, 1899), 2004, p. 796.

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» (57), 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 meno remoti (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* (58). 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 bisecolare 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 pacés* (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 rinunziare 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) la stipula di una «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.

(57) THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, 1993, p. 69, che riprende sul punto una definizione di Gérard Cornu.

(58) 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» (59).

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» (60): 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» (61).

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 (62). Proprio in

(59) HAUSER e HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 30.

(60) 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*.

(61) «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>).

(62) 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*

questa regola la dottrina coglie un segno della «privatizzazione» del diritto di famiglia (63) 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» (64).

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 cosciente autonomia» (65), 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 (66).

vent'anni dalla riforma, cit., p. 33 ss.; E. RUSSO, *Negozi familiari e procedimenti giudiziali attributivi di efficacia*, Nota a Trib. Prato, 25 ottobre 1996, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1056 ss.

(63) 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., *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)*, cit., p. 1081; ID., *Negozi familiari e procedimenti giudiziali 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.

(64) 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.

(65) TRABUCCHI, *Matrimonio (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, Torino, 1983, p. 1189.

(66) 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).

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. (67), 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» (68), fissando una regola fondamentale, imperniata su un «regime consensuale permanente» (69) 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 (70). 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 emergeva già diversi anni fa da un'indagine ISTAT, tre persone su quattro tra quelle che vivono

(67) 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 FURGUELE, *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 144 sulla fissazione della residenza costituisce negozio giuridico familiare cfr. Trib. Vallo della Lucania, 30 giugno 1989, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 728.

(68) Così RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 117.

(69) Così FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 614.

(70) 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.

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 (71).

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 (72).

Per ciò che riguarda, poi, lo sterminato campo dei rapporti patrimoniali nella famiglia fondata sul matrimonio, basterà richiamare in questa sede la 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 in relazione a questo stesso accordo la Cassazione era un tempo 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. (73).

Sul versante della crisi coniugale sarà sufficiente citare l'accordo alla base della corresponsione *una tantum* dell'assegno (74), 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 (75). A quest'evoluzione giurisprudenziale, compiutasi non senza contraddizioni (basti ricordare ancora una volta le persistenti reticenze sul

(71) Cfr. l'articolo dal titolo *Grandi spese? La scelta si fa in coppia*, in *La Stampa*, 10 aprile 2003, p. 18.

(72) 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.

(73) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 187 ss.

(74) Cfr. per esempio BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, cit., p. 18.

(75) 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).

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» (76), 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 «paleso 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» (77).

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» (78). Lo stesso principio veniva contemporaneamente enunciato addirittura in una delle più autorevoli opere istituzionali (79). 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

(76) JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, 1957, riportato in AA.VV., «Verso la terra dei figli», Milano, 1994, p. 69.

(77) JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 530.

(78) SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 493 s.

(79) 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».

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 (80).

5. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della negozialità tra coniugi.

Nel corso degli ultimi decenni 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'» (81). 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 c.c. 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 (82),

(80) ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981.

(81) RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*, 10; per analoghe considerazioni cfr. 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)*, 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 XIV^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.

(82) 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.

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 (83), già a cominciare da quel *leading case* risalente al 1972 (84), che pure all'epoca aveva suscitato le (ingiustificatamente) preoccupate reazioni di parte della dottrina (85); 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 (86); 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 (87).

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 dall'art. 1322 c.c., ritenuto senza riserve applicabile al caso

(83) 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.

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

(85) Cfr. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 475 ss.

(86) 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).

(87) 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.

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 (88).

Ancora, per quanto attiene, più specificamente, alle intese costituenti il «contenuto eventuale» (89) 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, allorquando gli stessi (come per lo più accade) abbiano ad oggetto prestazioni di carattere patrimoniale (90). 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 (91) 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» (92). 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

(88) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, p. 236 ss.

(89) Su questo concetto cfr. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 215 ss.

(90) 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.

(91) Sul punto cfr., anche per i rinvii, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 215 ss.

(92) Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787; in *Corr. giur.*, 1991, p. 891, con nota di CAVALLO.

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)» (93). 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. (94), o dell'art. 1371 c.c. ad una «convenzione accessoria alla sentenza di divorzio» (95), 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 (96), ovvero per un accordo prodromico ad una consensuale non concretizzata, ritenuto perfettamente valido ed efficace (97), ovvero ancora per le stesse intese di separazione consensuale (98), nonché l'impugnabi-

(93) 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.

(94) Cfr. Cass., 29 aprile 1983, n. 2948, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1233.

(95) Cass., 14 luglio 2003, n. 10978.

(96) Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189.

(97) 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 costituisse condizione esplicita o implicita della scrittura privata.

(98) Cfr. Cass., 1° ottobre 2012, n. 16664, sull'utilizzo dei criteri *ex artt.* 1362 ss. c.c. per l'interpretazione di una clausola dell'accordo di separazione consensuale. Nella specie, la S.C. ha affermato che debbono ritenersi spese prevedibili e ordinarie, e, quindi, comprese nell'assegno di mantenimento la spesa per l'acquisto libri scolastici e di farmaci «da banco», nonché la spesa per l'acquisto di occhiali (non riconducibile neppure a spesa medica, a fronte della mancata produzione della correlata certificazione specialistica, la sola in grado di rivelarne la natura medica e straordinaria). Per spese straordinarie devono intendersi tutte le spese non ragionevolmente prevedibili e preventivabili. Nel caso di specie il Tribunale di Massa aveva revocato il decreto ingiuntivo con quale era stato ordinato al marito di rimborsare alla moglie separata la somma di _ 397, 05 quale quota pari al 50% delle spese straordinarie da questa sostenute per la figlia. La domanda di rimborso fatta dalla moglie si basava sulla clausola della separazione consensuale omologata secondo la quale «il padre dovrà contribuire alle spese straordinarie, scolastiche e mediche per la figlia, previa comunicazione da parte della madre, nella misura del 50%». La signora aveva interpretato tale clausola nel senso che il rimborso comprendesse tutte le spese straordinarie, oltre quelle mediche e sco-

lità del negozio di separazione consensuale per simulazione (99) e per vizi del consenso (100).

lastiche. Di avviso contrario invece, era stato il giudice di merito, il quale aveva qualificato «spese straordinarie» solo quelle di natura medica e scolastica, non includendo anche i vari esborsi che erano di esiguo importo e che non erano dettati da eventi eccezionali, ma che rientravano nell'ordinaria vita della figlia. La Suprema Corte ha confermato la decisione di merito, ritenendo che per spese straordinarie debbano intendersi tutte quelle spese che non rientrano nelle ordinarie esigenze di vita della prole e che non possono considerarsi di importo esiguo in relazione al tenore di vita della famiglia e alle capacità economiche dei genitori. Facendo applicazione dei citati criteri ermeneutici, la Cassazione ha così ritenuto che «l'interpretazione della clausola offerta dal giudice *a quo* si rivela immune da vizi giuridici o logici e sorretta da motivazione adeguata e coerente con il suo tenore, sicché resiste alla censure mosse dalla ricorrente, la quale inammissibilmente contrappone proprie alternative interpretazioni della medesima clausola, peraltro non altrettanto plausibili. Anche alla luce dell'attuata ed ineccepibile ripartizione in ordinarie e straordinarie delle spese di mantenimento in questione, la conclusione del giudice di merito circa la limitazione dell'apporto paterno al 50% delle sole spese straordinarie d'indole medica e scolastica di pertinenza della figlia, appare, infatti, piana, scevra da forzature, aderente al testo della clausola, non solo privo di aggettivazioni totalizzanti che giustifichino la prospettata estensione dell'obbligo di contribuzione pro quota assunto dal ..., a qualsiasi tipologia di spese straordinarie, in aggiunta alle spese ordinarie e straordinarie di natura scolastica e medica, ma anche inidoneo a consentire l'interpretazione, invocata in via alternativa e subordinata dalla medesima ..., dell'estensione del medesimo obbligo a tutte le spese mediche e scolastiche, da intendersi, peraltro apoditticamente ed illogicamente, ricondotte dalle stesse parti all'ambito di quelle straordinarie, pure se prive di tale connotato. L'interpretazione doppiamente limitativa seguita dal tribunale si rivela, invece, del tutto plausibile in rapporto alla prevista progressiva integrazione del genere (spese straordinarie) con la specie (spese mediche e scolastiche), confortata dall'apposta punteggiatura e non superflua ma finalizzata a delimitare l'ambito delle spese straordinarie ripartibili, con espunzione delle possibili altre di analogo ambito. L'esposta conclusione assorbe l'esame delle residue censure involte dai medesimi tre motivi di ricorso. Anche il terzo ed il quinto motivo di ricorso devono essere disattesi».

(99) Cass., 5 marzo 2001, n. 3149, cit. Sul tema cfr. *amplius* 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 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. Il *decisum* in questione è stato acriticamente ripreso dalla successiva Cass., 12 settembre 2014, n. 19319, secondo cui «L'accordo di separazione dei coniugi omologato non è impugnabile per simulazione poiché l'iniziativa processuale diretta ad acquisire l'omologazione, e quindi la condizione formale di coniugi separati, è volta ad assicurare efficacia alla separazione, così da superare il precedente accordo simulatorio, rispetto al quale si pone in antitesi dato che è logicamente insostenibile che i coniugi possano "disvolere" con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso "volere" l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a tale condizione». A tale ultima decisione è peraltro sfuggito che la stessa Corte, non molti anni prima, aveva (pur se in *obiter* per quanto attiene alla simulazione, atteso che il caso concreto aveva invece ad oggetto un vizio del consenso), affermato (con dichiarazione richiamata anche nella massima ufficiale) che la natura negoziale dell'accordo di separazione consensuale «rende applicabili le norme generali che disciplinano la materia dei vizi della volontà e della

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» (101). 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 (102). In contraddizione, peraltro, rispetto a simili aperture nei confronti della negozialità dei coniugi si colloca quel già ricordato pro-

simulazione, i quali, tuttavia, non sono deducibili attraverso il giudizio camerale *ex artt.* 710-711 cod. proc. civ.; infatti, costituisce presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che la denuncia degli ipotetici vizi dell'accordo di separazione, ovvero della sua simulazione, resta rimessa al giudizio ordinario» (cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7450).

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., *È davvero rilevante (e inattaccabile) 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.

(100) 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, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1117, con nota di ARCERI. È 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.

(101) 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.

(102) Sui timori di un ritorno «dal contratto allo *status*» v. anche OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 265 ss.

cesso 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 (103).

6. Gli interventi normativi e giurisprudenziali nel secondo decennio del terzo millennio in tema di autonomia negoziale dei coniugi.

Ulteriori mutamenti assai rilevanti e repentini appaiono oggi in atto.

Basti dire che le tesi dello scrivente hanno ricevuto un poderoso avallo da una importante decisione di legittimità del 2014 (104), che, riprendendo « passo a passo » numerosi rilievi del sottoscritto, ha proclamato *apertis verbis* che « Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure in caso di precisazioni comuni che concludano e trasformino il procedimento contenzioso di separazione e divorzio, si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale (tra le altre, Cass. n. 17607 del 2003), che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto. Non rileva che, in sede di divorzio, esso sia recepito, fatto proprio dalla sentenza: all'evidenza tale sentenza è necessaria per la pronuncia sul vincolo matrimoniale, ma, quanto all'accordo, si tratta di un controllo esterno del giudice, analogo a quello di separazione consensuale ».

Più oltre, la decisione continua rilevando che « Tradizionalmente gli accordi “negoziali” in materia familiare, erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti, e l'elemento patrimoniale, ancorché presente, era strettamente collegato e subordinato a quello personale. Oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, là dove essa non contrasti con l'esigenza di protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli, si afferma con maggior convinzione ».

Ancora oltre si rimarca che « Come si è detto, l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora da vita ad un vero e proprio contratto. Ma, anche se esso non si configurasse come contratto, all'accordo stesso sarebbero si-

(103) V. *supra*, § 1.

(104) Cfr. Cass., 20 agosto 2014, n. 18066.

curamente applicabili alcuni principi generali dell'ordinamento come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici (ad es. relativi ai vizi di volontà, del resto richiamati da varie norme codicistiche in materia familiare dalla celebrazione del matrimonio al riconoscimento dei figli nati fuori di esso) (al riguardo, ancora, Cass. n. 17607 del 2003). (...). Ove l'accordo (o il contratto) sia nullo, tale nullità potrebbe essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e dunque anche da chi abbia dato causa a tale nullità. Ed esso potrebbe essere oggetto di annullamento da parte del soggetto incapace o la cui volontà risulti viziata (ad es. da un errore pure sulla sussistenza dell'interesse del minore, ma si dovrebbe ricordare che se nell'accordo sia preminente una causa transattiva, non rileverebbe ai sensi dell'art. 1969 c.c., errore di diritto). Ma nullità o annullamento non potrebbero costituire motivo di impugnazione dei soggetti dell'accordo da cui essi sono vincolati, ma dovrebbero essere fatti valere in un autonomo giudizio di cognizione (In termini generali n. 17607 del 2003)».

Altro relevantissimo *endorsement* della tesi che si pone alla base della teoria sui contratti della crisi coniugale è senz'altro venuta, sempre nel corso del citato anno 2014, dalla riforma che ha introdotto la c.d. «negoziante assistita» (cfr. gli artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162). La novella si caratterizza per una sua carica «desacralizzante» dell'intervento giurisdizionale (in buona sostanza, puramente e semplicemente messo da parte nella maggior parte delle ipotesi). Dato, questo, cui vanno aggiunti, da un lato, l'approvazione del c.d. divorzio breve (cfr. l. 6 maggio 2015, n. 55), con la sostanziale *deminutio* del ruolo concreto delle procedure separatizie nel contesto della crisi coniugale, e, dall'altro, la riforma sulle unioni civili, le convivenze di fatto e, soprattutto, i contratti di convivenza (cfr. l. 26 maggio 2016, n. 76): novità, queste, idonee a sensibilizzare l'opinione pubblica circa la necessità (o, comunque, l'opportunità) di ricorrere sempre più spesso ad una previa definizione per via negoziale delle questioni patrimoniali potenzialmente connesse all'eventuale crisi dei legami affettivi.

Queste nuove regole, pur se introdotte da interventi caratterizzati da una tecnica normativa spesso scadente, sono destinate a rivoluzionare il panorama dei rapporti tra autonomia negoziale e diritto di famiglia. Esse, del resto, erano state precedute da intensi dibattiti dottrinali che negli anni immediatamente precedenti avevano 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» (105) o tra autonomia privata e

(105) 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.

potere di disposizione nei rapporti familiari in genere (106), oppure sui «contratti della crisi coniugale» (107), ovvero attraverso studi settoriali, quali quelli sulle convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio (108), sulla disponibilità dell'assegno *ex art. 5 l.div.* (109), sui trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio (110), sulla rilevanza del consenso nella separazione consensuale ed in quella di fatto (111), su taluni aspetti dei rapporti tra separazione consensuale e i possibili contratti tra coniugi (112), e così via (113).

(106) ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit.

(107) OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 43 ss.

(108) COMPORTI, *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.).

(109) 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.).

(110) 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.

(111) SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, cit.

(112) G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit.

(113) 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.

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*

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 lanciare 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 (114), anche sulla scia delle innovazioni apportate dallo stesso legislatore mediante l'introduzione del patto di famiglia (115).

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.

(114) 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 LEVA, *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.

(115) 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 <http://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 <http://www.altalex.com/>; CACCAVALE, *Di-*

7. La natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali.

Volgendo ora lo sguardo al precipuo tema dell'autonomia negoziale dei coniugi nel contesto dei loro rapporti patrimoniali nella fase, per così dire, fisiologica del legame, va subito constatato che il discorso viene inevitabilmente a cadere sul tema dei regimi patrimoniali della famiglia, disciplinati agli artt. da 159 a 230-ter c.c., così come su quello delle convenzioni matrimoniali (116).

vieto 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 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 <http://www.judicium.it/>; ID., *Competitività e dannosità della successione necessaria*, in <http://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).

(116) Sarà bene chiarire sul punto che, nelle pagine seguenti, non si fornirà certo una trattazione completa di tutte le questioni che si pongono in questa sterminata materia, ma si cercherà di cogliere, in relazione ai suoi vari aspetti, quei soli spunti che meglio evi-

Iniziando, dunque, da queste ultime, occorrerà prendere le mosse dalla definizione dell'istituto, posto che proprio da essa potranno ricavarsi utili indicazioni circa gli spazi di autonomia che l'ordinamento concede alle parti nella regolamentazione dei profili patrimoniali dell'unione coniugale. Al riguardo va subito constatato che invano si ricercerebbe nel codice una chiara definizione, assente non solo nella legislazione vigente, bensì anche in quelle che l'hanno preceduta (cfr. artt. 159 ss. c.c. 1942; 1378 ss., 1384 c.c. 1865; 1508 ss., 1515 c.c. alb.). Una precisa indicazione al riguardo è stata però fornita con l'introduzione, ad opera della riforma del 1975, dell'attuale versione dell'art. 159 c.c., secondo cui «Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo». Dunque, la convenzione matrimoniale viene qui indirettamente definita come la fonte di regimi patrimoniali diversi da quello legale (117).

Le considerazioni di cui sopra, sebbene di un certo rilievo per le conseguenze che — come si vedrà in prosieguo — se ne potranno trarre, non forniscono però ancora una spiegazione esaustiva sulla natura delle convenzioni matrimoniali, né sui rapporti tra tale figura ed il paradigma contrattuale. Invero, la nozione di convenzione richiama immediatamente quella di accordo e questa, vertendosi in materia di rapporti giuridici patrimoniali, quella di contratto (art. 1321 c.c.). Il dibattito dottrinale sulla natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali vede senz'altro prevalere la tesi affermativa (118), pur non facendo difetto, nelle posizioni degli autori, svariate

denzino i rapporti con l'autonomia negoziale dei coniugi nella fase «fisiologica» del loro rapporto.

(117) Rimane così superata l'impostazione — per così dire, più «largheggiante» — consentita dalla formulazione precedente della disposizione testé citata («I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalle convenzioni delle parti e dalla legge»), che induceva la dottrina a qualificare alla stregua di convenzione matrimoniale ogni accordo contenuto in un contratto di matrimonio, in connessione diretta con la relativa situazione patrimoniale, e non altrimenti disciplinato dalla legge (cfr. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 514; v. inoltre TEDESCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1950, p. 469 ss.). Per la definizione del concetto di convenzione matrimoniale dopo la riforma del 1975 cfr. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 596 ss.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, p. 436 ss., 442 ss.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, 2002, p. 27 ss., nonché gli autori citati alle note seguenti.

(118) Cfr., tra gli altri, MESSINEO, voce *Convenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 512, secondo cui l'uso del termine «convenzione» è qui improprio; SANTOSUSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile* a cura di magistrati e docenti, Torino, 1983, p. 55; CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, p. 52; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 597; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, p. 185.

nuances. Così il richiamo — anche sul piano terminologico — al concetto di «convenzione» consentirebbe, secondo taluno, di ravvisare, quale categoria di riferimento, quella di negozi idonei a incidere su valori che «certamente trascendono le dimensioni dell'individuo», pur collocandosi comunque nel più ampio ambito contrattuale. La conseguenza sarebbe dunque data dal fatto che a tali figure si applicherebbero «regole speciali, deroganti alle corrispondenti norme generali, e solo in via sussidiaria a queste ultime» (119).

Sotto un altro profilo, si è sottolineata la differenza che, rispetto al contratto, sarebbe data dal carattere «programmatico» tipico della convenzione (120), carattere che peraltro non contraddistingue necessariamente ogni aspetto dell'istituto (121) e che comunque non appare incompatibile con il paradigma contrattuale (122). Qualcuno, poi, ha ritenuto dover riscontrare un elemento di diversità rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 1321 c.c. in considerazione del particolare oggetto dell'intesa che, nelle convenzioni matrimoniali, sarebbe dato non già da «un rapporto giuridico patrimoniale», bensì «dalla complessa situazione giuridica, che compete normativamente ai coniugi nel campo delle relazioni patrimoniali con i terzi» (123), quasi che la complessità di una data situazione e le sue ricadute nei confronti dei terzi potessero in qualche modo compromettere il carattere intimamente giuridico (oltre che patrimoniale) degli svariati rapporti che la compongono.

Dell'irrelevanza dell'utilizzo del termine «convenzione» (anziché «contratto») nella materia in esame s'è già detto (124). Sarà appena il caso di ag-

(119) MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, in *La comunione legale*, a cura di C.M. Bianca, II, Milano, 1989, p. 1004 ss., p. 1007.

(120) RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 155 s.; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1989, p. 182, 185; GALASSO e TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, t. I, in *Commentario Scialoja-Branca*, I, Bologna-Roma, 1999, p. 54. Anche GABRIELLI, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili e mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita not.*, 1984, p. 658 rileva che le convenzioni sono negozi regolatori in astratto del regime patrimoniale e non già dispositivi, in concreto, di singoli beni determinati.

(121) Si pensi per esempio alla convenzione costitutiva di un fondo patrimoniale o a quella avente ad oggetto una comunione convenzionale comprendente beni di cui uno dei coniugi o entrambi siano già titolari: sul punto cfr. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 597; in senso conforme v., anche per ulteriori rinvii, BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 444 ss.

(122) Tanto per fare un esempio, come si è dimostrato in altra sede (cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 262 ss.), i contratti di convivenza ben possono programmaticamente prevedere la caduta in comunione (ordinaria) di determinati diritti al momento dell'acquisto dei medesimi da parte dell'uno o dell'altro dei *partners*.

(123) DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano 1995, p. 44 s.

(124) V. *supra*, § 1.

giungere che nessun argomento in senso contrario alla tesi qui sostenuta può essere ricavato dalla collocazione della materia in esame, operata dal codice del 1942, in seno al libro primo, in luogo del libro dedicato alle obbligazioni e ai contratti. Come è stato esattamente rimarcato in dottrina, da tale nuova collocazione delle convenzioni matrimoniali — legata al solo fatto che esse «in vista della famiglia (...) vengono a formarsi» (125) — non è derivata una rinnovata configurazione della materia, che viceversa ha continuato a svolgersi secondo la tradizionale impostazione, con poche novità non significative (126). Ogni dubbio in proposito sembra ora comunque dissipato dal già ricordato (127) dato normativo proveniente dal recepimento della normativa comunitaria in tema di commercio elettronico: è innegabile, infatti, che l'art. 11 del d. legis. 9 aprile 2003, n. 70, stabilendo l'inapplicabilità della relativa regolamentazione ai «contratti disciplinati dal diritto di famiglia», faccia chiara allusione alle convenzioni matrimoniali (oltre che ai contratti della crisi coniugale che, come si è già accennato, rinvengono il loro fondamento causale in specifiche disposizioni giusfamiliari).

La dottrina sottolinea comunque giustamente il carattere personalissimo del negozio, attesa la sua stretta correlazione con il matrimonio, ciò che dovrebbe impedirne la conclusione a mezzo di rappresentante (128), consentendo, quale unica forma di sostituzione personale, quella del *nuncius* (129). La citata natura personale sembrerebbe del resto confermata dall'art. 165 c.c., che concede al minore la capacità di concludere tutte le relative convenzioni matrimoniali nelle forme di assistenza (e non già di rappresentanza) ivi previste. La disposizione potrebbe allora forse considerarsi espressione del principio generale secondo cui non è ammessa la stipulazione di negozi di diritto familiare a contenuto patrimoniale senza la partecipazione diretta dei soggetti che devono risentirne gli effetti (130). Peraltro, riflessioni più recenti ed approfondite consentono di contestare siffatti risultati e di perve-

(125) Cfr. la *Relazione della Commissione parlamentare*, p. 761; analogamente la *Relazione del Guardasigilli al progetto definitivo*, p. 169.

(126) Così BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 433.

(127) V. *supra*, § 1.

(128) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, p. 276; MAZZOCCA, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1977, p. 37; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 597; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 46 s.

(129) SANTARCANGELO, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, IV, Milano, 1989, p. 29; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 34 s.

(130) GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglia in generale*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, III, Torino, 1982, p. 384; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, p. 281; CANNIZZO, *Le convenzioni matrimoniali e gli incapaci*, in *Vita not.*, 1993, p. 1007.

nire così alla conclusione favorevole alla stipula per mezzo di rappresentante (sia volontario che legale) anche di siffatto tipo di negozi (131).

Per il resto non sembrano comunque sussistere ostacoli alla tendenziale applicazione delle disposizioni codicistiche della parte generale del contratto: dalla causa, alla condizione (132), agli elementi accidentali, all'interpretazione, alle cause di nullità e di annullabilità (133).

8. Le regole in tema di simulazione e di capacità delle parti quali ulteriori conferme della natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali.

All'esaltazione del carattere contrattuale delle convenzioni matrimoniali aveva già contribuito (134), prima ancora del riformatore del 1975, la Corte costituzionale che, in un suo intervento risalente al 1970 (135), aveva dichiarato in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. l'art. 164, primo comma, c.c. per la parte in cui — in deroga alle regole comuni in materia di simulazione — non consentiva la prova della simulazione ai terzi, in tal modo stigmatizzando, nella maniera più evidente, «la disparità di trattamento istituita tra i contratti in genere e le convenzioni matrimoniali in specie» e consentendo all'interprete di ritenere che «anche in futuro le regole specifiche, destinate alle convenzioni patrimoniali tra coniugi, e divergenti dalle regole comuni sui contratti, potranno subire più o meno penetranti sindacati di costituzionalità» (136).

La formulazione odierna dell'art. 164 (137), se da un lato risolve ogni dubbio (peraltro non più ammesso dopo la citata sentenza) circa la legittimazione dei terzi a far valere la nullità per simulazione delle convenzioni

(131) Cfr., anche per i necessari rinvii, OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli. *Della Famiglia*, a cura di Alessio Zaccaria, artt. 74-176, 2° Edizione, in corso di stampa, § 7.

(132) Su cui v. però *infra*, § 12.

(133) In questo senso v. DE PAOLA, *op. cit.*, p. 45, che giunge però a tale conclusione non in forza di applicazione diretta delle regole codicistiche, ma invocando l'analogia; sullo specifico aspetto dell'applicabilità degli artt. 1339 e 1419 c.c. cfr. DONISI, *Convenzioni modificative del regime della comunione legale tra coniugi e nullità parziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 515 ss.

(134) Come rilevato da SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 316 s.

(135) Corte cost., 16 dicembre 1970, n. 188 in *Giur. it.*, 1971, I, 1, c. 801.

(136) Così SACCO, *op. loc. ultt. citt.*

(137) «È consentita ai terzi la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali. Le contraddichiarazioni scritte possono aver effetto nei confronti di coloro tra i quali sono

matrimoniali, solleva d'altro canto un grave problema in ordine ai mezzi con i quali ai terzi è consentito fornire tale prova. Il secondo comma, infatti, potrebbe essere inteso come l'espressione dell'intenzione del legislatore di consentire la prova della simulazione solo a mezzo di « controdichiarazioni scritte », per lo meno nel caso in cui il processo vertesse tra un terzo ed un partecipe della convenzione (138). La conclusione viene però scartata dalla dottrina, che sottolinea come i terzi — intendendosi per tali sia i creditori che gli aventi causa a titolo particolare — possano dimostrare la simulazione con ogni mezzo, ivi compresa la prova per testi o presunzioni, esattamente come disposto dall'art. 1417 c.c. in materia contrattuale (139). La disposizione di cui al capoverso dispiega dunque effetto nei soli rapporti tra le parti, nel senso che la controdichiarazione scritta (la cui esistenza i terzi potrebbero provare con ogni mezzo) avrà valore tra di esse unicamente se fatta con la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parte delle convenzioni matrimoniali (140).

La legge parla di controdichiarazioni scritte, senza richiedere la forma dell'atto pubblico. Rimane dunque il problema di sapere se attribuire rilevanza (sempre e solo, beninteso, tra le parti) alle controdichiarazioni per scrittura privata all'esclusivo fine di disapplicare le convenzioni simulate, ovvero anche applicare le nuove e diverse convenzioni che eventualmente risultassero dissimulate, con il rischio di attribuire valore di convenzioni a stipulazioni non contratte per atto pubblico (141). È dubbio, infine, se all'ipotesi

intervenute, solo se fatte con la presenza ed il simultaneo consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni matrimoniali ».

(138) Sulla questione v., tra gli altri, PEREGO, *I terzi e la simulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Giur. it.*, 1981, IV, c. 11 s.; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, p. 54.

(139) CORSI, *op. cit.*, II, p. 54 ss.; GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglia in generale*, cit., p. 388; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 203 ss.; posizione più articolata, ma sostanzialmente coincidente con quella illustrata è espressa da MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1027; per la giurisprudenza anteriore alla riforma cfr. Cass., 15 gennaio 1973, n. 135; Cass., 11 gennaio 1974, n. 96.

(140) MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1026, secondo cui La disposizione si giustifica in base alla constatazione della prevalente rilevanza degli interessi del gruppo familiare rispetto a quelli individuali dei singoli contraenti.

(141) Favorevole a questa seconda possibilità è, tra gli altri, RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 207 s.; perplesso appare invece CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 55 s.; sull'argomento, in relazione però all'art. 164 previgente, cfr. anche Cass., 11 dicembre 1971, n. 3605, secondo cui « Le controdichiarazioni relative alle convenzioni matrimoniali (...) per raggiungere gli effetti che sono loro propri, non richiedono la forma dell'atto pubblico, necessaria invece per il mutamento dei patti matrimoniali. Le controdichiarazioni, infatti, hanno una obbiettività giuridica diversa dalle mutazioni dei patti, giacché, mentre queste ultime implicano un nuovo accordo, modificativo del precedente, realmente voluto e concluso, ed esigono pertanto, *ad substantiam*, l'atto pub-

della domanda di accertamento della simulazione proposta da una delle parti si applichi la deroga alla limitazione dei mezzi di prova sancita dalla norma generale in materia di contratti (art. 1417 c.c.) per il caso di simulazione illecita (142).

Ulteriore conferma della natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali è desumibile dalla disciplina dell'incapacità.

Al riguardo il codice contiene due distinti articoli. Il primo di essi (art. 165 c.c.) si occupa della posizione del minore, prevedendo il già ricordato principio che trova riflesso nel noto brocardo secondo cui *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (143). Il minore ammesso a contrarre matrimonio, ancorché non emancipato, manifesta qui personalmente la propria volontà, con l'assistenza (e non già a mezzo della rappresentanza) dei genitori esercenti la potestà, ovvero del tutore o del curatore speciale (144), senza necessità di autorizzazione giudiziale (145). La regola vale anche per la scelta del regime di separazione compiuta nell'atto di matrimonio (146), posto che tale scelta altro non è se non una convenzione matrimoniale (147). Il *favor* nei confronti della conclusione di convenzioni matrimoniali non potrebbe dunque essere più evidente, implicando a tali fini una vera e propria anticipazione dell'emancipazione (148). Dopo la celebrazione delle nozze il

blico al pari dell'atto modificato, le controdiichiarazioni rappresentano invece il documento atto a constatare e a dare la prova della simulazione di un patto, e sono, quindi, destinate a rimanere segrete tra le parti».

(142) La dottrina sembra propendere per la negativa, facendo prevalere la disposizione speciale del capoverso dell'articolo in commento, anche in considerazione della già citata rispondenza dell'art. 164 «ad un interesse sovraordinato rispetto agli interessi individuali dei contraenti» (MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1027 s.).

(143) Sul tema cfr. per tutti BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 439, 455 ss.

(144) SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 341; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 783. Cfr. anche OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 605 s.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 43 ss.

(145) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 13.

(146) Così SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107.

(147) Sul punto cfr. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 608.

(148) Si argomenta altresì *a contrariis* dalla disposizione citata l'impossibilità per il minore non autorizzato *ex art. 84 c.c.* di stipulare convenzioni matrimoniali, neppure con l'osservanza delle forme abilitative disposte dalla legge per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione: sussisterebbe, in altri termini, al riguardo una vera e propria inidoneità assoluta del minore a divenire titolare dei rapporti giuridici in questione (CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1008). Del resto trattasi di atti personalissimi, che, di conseguenza, non potrebbero essere compiuti né dal genitore, né dal tutore (DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali nel nuovo diritto di famiglia*, in *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 1294; SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 341; GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglie in gene-*

minore si trova ad essere di diritto emancipato (art. 390 c.c.). Questa situazione gli consente di stipulare direttamente e personalmente convenzioni matrimoniali, sia pure con l'assistenza del curatore (149). Non è però richiesta alcuna autorizzazione giudiziale, avendo il minore, già per effetto dell'ammissione al matrimonio, acquisito la speciale capacità di stipulare convenzioni matrimoniali (150). Del resto, non vi è dubbio che se qui si richiedesse l'autorizzazione si darebbe luogo ad una disparità di trattamento del tutto ingiustificata rispetto alla situazione del minore che non abbia ancora contratto matrimonio (151).

L'articolo 166 c.c. si occupa invece della situazione dell'inabilitato, nonché di quella del soggetto contro cui sia stata proposta domanda di inabilitazione. In relazione all'inabilitato la disposizione risulta sostanzialmente ripetitiva di quanto già previsto in linea generale dalla normativa in materia di semi-incapaci, così confermando, ancora una volta, la collocazione della fattispecie nell'ambito della materia contrattuale. Peraltro, sulla base del raffronto con il principio desumibile per il minore dall'art. 165 c.c. occorre concordare con quella dottrina che ritiene non necessaria l'autorizzazione giudiziale (152).

Per quanto concerne invece l'interdetto per infermità mentale si ritiene che il silenzio della legge al riguardo denoti una conferma da parte del legislatore del principio secondo cui, in relazione ai negozi di carattere personale, non è ammessa alcuna forma di sostituzione, né in vista di un futuro matrimonio, da celebrarsi dopo la revoca dell'interdizione, né dopo le nozze, per passare da uno all'altro regime patrimoniale (153). La soluzione può darsi per sicura in relazione al caso di stipula che si vorrebbe compiere *ante nuptias*. Perplessità sono invece state espresse per il caso di convenzioni da stipularsi in costanza di matrimonio (154), specie avuto riguardo al fatto

rare, cit., p. 384; MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1008; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 81).

(149) Peraltro, nel caso di specie, si tratterà per lo più di un curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 394, quarto comma, c.c., trovandosi il coniuge — curatore ordinario ex art. 392 c.c. — in evidente conflitto d'interessi.

(150) DE PAOLA, *op. cit.*, p. 86.

(151) Così CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1008.

(152) BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 525. Per quanto riguarda la stipula di convenzioni successivamente alla celebrazione delle nozze, è evidente che, nell'ipotesi in cui curatore dell'inabilitato sia il coniuge, il giudice istruttore o, in difetto, il presidente del tribunale, provvederà alla nomina di un curatore speciale; in caso di rifiuto del consenso l'inabilitato potrà ricorrere per la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 395 c.c., come previsto per l'emancipato (DE PAOLA, *op. cit.*, p. 87 s.).

(153) GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglie in generale*, cit., p. 385; SANTO-SUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 109; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 786; ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4; JANNUZZI, *op. cit.*, p. 286; CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1009.

che la sentenza di interdizione legittima a domandare la separazione giudiziale dei beni (art. 193 c.c.): non si comprende pertanto per quale motivo dovrebbe pervenirsi a tale risultato unicamente per via contenziosa (155). Per quanto attiene poi all'interdicendo, relativamente alla fase di pendenza del giudizio anteriormente alla eventuale nomina di un tutore provvisorio, si discute se sia analogicamente applicabile la regola dettata dalla norma in commento (156). In senso negativo sembra comunque valere il rilievo che le disposizioni in tema di incapacità di agire hanno natura eccezionale (157).

Dubbi sussistono altresì in relazione alla posizione dell'interdetto legale. Secondo una prima serie di autori tale soggetto, potendo liberamente contrarre matrimonio, sarebbe ammesso alla stipula di convenzioni matrimoniali, che dovrebbero però essere per lui concluse dal suo legale rappresentante (158). D'altro canto, negare a questo soggetto la possibilità di contrarre convenzioni matrimoniali significherebbe applicargli un effetto sanzionatorio che non può desumersi da alcuna norma precettiva (159), mentre la situazione contraria appare sicuramente più consona al clima che ha ispirato l'eliminazione della sanzione della perdita della capacità di testare per il condannato all'ergastolo (art. 119, l. 24 novembre 1981, n. 689) (160). Peraltro, proprio in considerazione del carattere personale dell'atto e sulla base del presupposto fondamentale e imprescindibile della capacità dell'interdetto legale a contrarre matrimonio egli può stipulare convenzioni matrimoniali senza dover ricorrere ad alcuna forma di rappresentanza o di assistenza (161). Ancora una volta, dunque, la negozialità tra coniugi risulta incoraggiata dal legislatore.

(154) Cfr. CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 15.

(155) GABRIELLI, *Infermità mentale e rapporti patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 529.

(156) Sull'argomento cfr. GABRIELLI, *Infermità mentale e rapporti patrimoniali familiari*, cit., p. 531 e, in relazione alle donazioni, TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 322.

(157) CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1010 s.

(158) SANTOSUOSSO, *op. loc. ultt. citt.*; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 15; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 787.

(159) CANNIZZO, *op. cit.*, p. 1011.

(160) Cfr. SANTOSUOSSO, *op. loc. ultt. citt.*; CORSI, *op. loc. ultt. citt.*

(161) CANNIZZO, *op. loc. ultt. citt.*; secondo DE PAOLA, *op. cit.*, p. 96 s. sarebbe preclusa la stipula di convenzioni dispositive — vale a dire di quelle che incidono su di un regime mediante apporto o esclusione di determinati beni — mentre sarebbe ammessa quella di convenzioni programmatiche, che non rientrerebbero nel disposto dell'art. 32 c.p. e che al pari degli altri atti di natura personale e familiare l'interdetto legale potrebbe stipulare di persona.

9. Convenzioni matrimoniali, contratto di matrimonio e regimi patrimoniali.

Rimanendo per un momento sul piano terminologico, notiamo che il legislatore continua ad impiegare, ancorché non nell'art. 159 c.c., l'espressione «contratto di matrimonio» (cfr. artt. 166, 774, primo comma, c.c., 48, l. not.). La dottrina, già prima della riforma del 1975, si era divisa sull'interpretazione di tale concetto. Oggi sembra pacifica l'idea secondo cui il contratto di matrimonio è lo strumento formale, il documento negoziale che contiene le pattuizioni fatte in occasione o in previsione di un determinato matrimonio, ivi comprese le convenzioni matrimoniali, intese a loro volta come atti diretti a regolare il regime patrimoniale della famiglia, oltre ad altre eventuali stipulazioni contestualmente contratte (162), concezione che del resto sembra corrispondere a quella in voga già sotto l'*Ancien Régime*, come attestato da Pothier, che definiva il *contrat de mariage* come *l'acte qui contient les conventions de mariage* (163), conformemente del resto al dettato di alcune *coutumes*, tra le quali quella d'Orléans, città del celebre giurista francese (164), anche se oggi il termine «convenzione matrimoniale» esprime — come già visto — solo quell'atto che si pone quale fonte di un regime diverso da quello legale (165).

(162) Cfr. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 512 s.; D'ANTONIO, *Convenzioni matrimoniali, donazioni e capacità del minore nel disposto dell'art. 165 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 658, nota 2; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 48.

(163) POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage*, in POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence françoise*, Paris-Orléans, 1781, p. 145 s.; nel medesimo senso, già prima di lui, v. [DU PERRAY], *Traité des contrats de mariage*, Paris, 1741, p. 117; per DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, I, Paris, 1763, p. 591, il *contrat de mariage* è l'«acte qui régle les conditions de la société qui se forme entre les futurs époux»; per de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, Paris, 1769, p. 369 si tratta dell'«acte ou contrat qui précède la bénédiction nuptiale, et qui contient les clauses et conventions faites par rapport au mariage»; per POUILLAIN du PARC, *Principes du droit françois, suivant les maximes de Bretagne*, V, Rennes, 1769, p. 5, si tratta del «traité par lequel sont réglées toutes les conventions concernant les droits respectifs des futurs époux».

(164) Cfr. art. 202: «En traité de mariage, et avant la foy baillée, et benediction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles conditions, douâires, donations, et autres conventions, que bon leur semblera».

(165) GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglia in generale*, cit., p. 378; SANTO-SUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 55 ss.; SPINELLI e PARENTE, *Le convenzioni matrimoniali*, in *I rapporti patrimoniali della famiglia - Saggi dai corsi di lezioni di diritto civile* tenute dai proff. Spinelli e Panza, Bari, 1987, p. 43 ss.; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, cit., p. 185; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, p. 7; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 29 ss.; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 597 s.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 447 s.

Ma, a ben vedere, lo stretto legame esistente tra le figure della convenzione matrimoniale, da un lato, e dei regimi patrimoniali «eccezionali», dall'altro, non va esente da contraddizioni e perplessità. Se infatti è innegabile che la separazione dei beni trovi la sua origine in una apposita convenzione, va constatato che l'art. 228, primo comma, l. 19 maggio 1975, n. 151, ha consentito — in via transitoria — la nascita di tale regime in forza non già di una convenzione, bensì di un atto unilaterale. Discorso per certi versi analogo va compiuto in relazione al fondo patrimoniale, che può costituirsi anche per testamento e rappresenta anche per altre ragioni un regime, per così dire, anomalo, non riguardando categorie generali ed astratte di beni, bensì beni determinati e potendo il medesimo coesistere tanto con il regime comunitario che con quello separatista. D'altro canto (e per converso), si discute sul carattere autonomo del regime costituito in forza di convenzione di comunione *ex art. 210 ss. c.c.*, che secondo alcuni sarebbe una semplice variante del regime di comunione legale (166). Per concludere questa rapida carrellata delle ipotesi in contrasto con l'affermazione di fondo che lega la convenzione ai regimi patrimoniali «eccezionali», andrà osservato come lo stesso regime legale possa trovare applicazione anche in forza di convenzione, allorché una coppia decida di abbandonare il regime di separazione anteriormente prescelto.

Peraltro, con le precisazioni e le limitazioni testé apportate e in considerazione dell'interpretazione restrittiva del concetto di convenzione matrimoniale sopra indicata, è oggi certa la risposta negativa circa la riconducibilità a tale categoria delle donazioni obnuziali, così come di tutti quegli atti che, sebbene obnuziali, cioè compiuti in contemplazione causale di un determinato matrimonio (come potrebbero essere mandati o contratti sociali), non abbiano per oggetto la scelta di un regime patrimoniale della famiglia, ma si riferiscano a specifici beni o rapporti (167). Lo stesso deve valere per quegli atti con cui i coniugi decidono di immettere nella — o di estromettere dalla — comunione legale singoli beni determinati (168), cui va pertanto negata la natura di convenzione matrimoniale.

(166) Sul tema v. *infra*, §§ 21 s.

(167) Sul punto si rinvia ancora, a OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 598 s. In senso contrario BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 448, secondo cui sarebbero ascrivibili al novero delle convenzioni matrimoniali anche quegli accordi «che orientano le appartenenze e le destinazioni di singoli beni da acquisire o (che) incidono sullo statuto (titolarità e/o destinazione) di singoli beni attuali»; nello stesso ordine di idee cfr. PARENTE, *Il preteso rifiuto del coacquisto ex lege da parte di coniuge in comunione legale*, Nota a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it.*, 1990, I, c. 608 ss. (ma per una critica cfr. *infra*, § 17).

(168) Cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1153; 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. 347; ROPPO, voce *Coniugi I) Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 2.

Tutti questi negozi tra coniugi non costituenti convenzioni matrimoniali ben potranno essere inseriti nel « contratto di matrimonio », modificati e risolti in ogni tempo, secondo le regole proprie dei vari tipi di contratto. A quelli testé citati andranno aggiunte, ovviamente, le donazioni (non obnuziali), non più colpite — come noto — dal secolare divieto di liberalità tra coniugi, così come qualsiasi tipo di contratto a titolo gratuito o oneroso. Per quanto riguarda in particolare le liberalità si dovrà poi tenere conto della possibilità che determinate convenzioni possano contenere vere e proprie donazioni indirette, come verrà illustrato in seguito (169). Sempre in tema di contenuto delle convenzioni matrimoniali potranno ancora aggiungersi i patti relativi all'assunzione degli obblighi contributivi, sicuramente ammissibili alla luce del disposto dell'art. 144 c.c. (170).

10. Il problema del *trust* familiare. Il dibattito sull'ammissibilità di un *trust* « interno ».

Rimanendo nell'argomento della parte generale degli accordi *inter coniuges* diretti a regolamentare la contribuzione al *ménage* familiare è d'uopo effettuare un accenno al *trust* e al vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., tanto più che, proprio in virtù del principio di atipicità delle convenzioni matrimoniali, anche gli accordi tra coniugi (ed oggi anche tra persone civilmente unite) diretti alla costituzione di siffatti vincoli ben potrebbero rientrare nella nozione di convenzione matrimoniale, come verrà chiarito meglio in seguito.

Quanto al primo istituto (171), va subito detto che non è certo questa la sede in cui affrontare i persistenti, seri, dubbi circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento della creazione di un *trust* c.d. interno, sulla base della Convenzione internazionale dell'Aja del 1985 (172), ratificata dall'Italia con l. 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992) (173). Sono note, del

(169) Cfr. *infra*, § 21.

(170) Sul tema v., anche per gli ulteriori rinvii, BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 447 ss.

(171) Il secondo verrà meglio analizzato *infra*, §§ 24 ss.

(172) *Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance* (il relativo testo è disponibile in www.hcch.e-vision.nl).

(173) Su cui cfr., *ex multis*, PICCOLI, *L'avanprogetto di convenzione sul 'trust' nei lavori della Conferenza di diritto internazionale privato de L'Aja ed i riflessi di interesse notarile*, in *Riv. notariato*, 1984, p. 844 ss.; LUPOI, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, Diritto italiano*, Milano, 1994, in partic. p. 125 ss., 155 ss.; ID., *La sfida dei trusts in Italia*, in *Corriere giur.*, 1995, p. 1205 ss.; ID., *Trusts - D Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1995, p. 7; ID., *Trusts*, Milano, 2001, p. 491 ss.; ID., *La giurisprudenza italiana sui trust. Dal 1899 al 2005*, Milano, 2005; FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust ed il diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. comm. internaz.*, 1992, p. 533 ss.; AA.VV., *Convenzione relativa alla*

resto, le questioni poste dai rapporti dell'istituto in esame con il disposto dell'art. 2740 c.c., con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, con quello della tassatività delle ipotesi in cui è consentito creare enti dotati di autonomia patrimoniale, con quello della tassatività delle fattispecie soggette a trascrizione, o al profilo di un'eventuale antiteticità rispetto all'art. 2744 c.c., in relazione alla possibilità di costituire, tramite *trust*, nuovi meccanismi di garanzia, alla potenziale frizione con i principi del nostro sistema successorio, pur nell'ambito delle clausole c.d. di salvaguardia di cui agli artt. 15 ss. della Convenzione: si pensi, in particolare, al divieto dei patti successori (174) e di sostituzione fedecommissaria (175), all'inapponibilità di pesi e condizioni sulla legittimità e, più in generale, alle norme a tutela della successione necessaria (176).

Questi temi hanno scatenato, come ampiamente risaputo, furibondi dibattiti dottrinali, sui quali — attesa anche la sconfinata quantità di contributi al riguardo (177) — non è possibile qui soffermarsi (178). Basti solo

legge sui trusts ed al loro riconoscimento, in *Comm. Gambaro, Giardina, Ponzanelli*, in *Nuove leggi comm.*, 1993, p. 1211 ss.; BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in BENEVENTI (a cura di), *I trusts*, in *Italia oggi*, Milano, 1996, p. 11 ss.; POCAR, *La libertà di scelta della legge regolatrice del trust*, in BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 3 ss.; LUZZATTO, *'Legge applicabile e riconoscimento' di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts att. fid.*, 2000, p. 7 ss.; CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts att. fid.*, 2000, p. 145 ss.; CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; RENDA, *Ammissibilità del trust interno e questioni in materia di comunione legale*, nota a Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, p. 845 ss.; SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004; BARTOLI e MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, Torino, 2008. Cfr. inoltre i contributi più recenti citati nelle note seguenti.

(174) Sul rapporto tra *trusts* e patti successori, cfr. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, in *Vita notarile*, 1993, p. 1281; CALÒ, *Dal probate al family trust, riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, Milano, 1996, p. 101 ss.; MIRANDA, *Trust e patti successori: variazioni sul tema*, in *Vita notarile*, 1997, p. 1578 ss.; GAMBARO, *Trusts*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 459 ss.; PENE VIDARI, *Trust e divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 851 ss.; LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 663; BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 667 ss.

(175) Sul rapporto tra *trusts* e sostituzione fedecommissaria, cfr., fra gli altri, PALAZZO, *I trusts in materia successoria*, in *Vita notarile*, 1996, p. 671 ss.; LUPOI, *Trusts*, cit., p. 553 ss.; AMENTA, *Trusts a protezione di disabile*, in *Trusts att. fid.*, 2000, p. 618 ss.; BARTOLI e MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 177 ss.

(176) Sul tema cfr., anche per i richiami dottrinali e giurisprudenziali, DI LANDRO, *Trusts per disabili. Prospettive applicative*, in *Dir. famiglia*, 2003, p. 166 ss.; BARTOLI e MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit., p. 119 ss.; in giurisprudenza v. Trib. Udine, 18 agosto 2015, in *Trusts att. fid.*, 2016, p. 250.

(177) Rileva LUPOI, *Perché i trust in Italia*, in DOGLIOTTI e BRAUN (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, Milano, 2003, p. 19 che «La produzione della letteratura italiana al riguardo non ha l'eguale in alcun altro Paese di diritto civile, mentre il numero delle pronunce giurisprudenziali italiane in materia negli ultimi tre anni è probabilmente maggiore della somma delle sentenze emesse nel medesimo periodo in tutti gli altri paesi di tradizione civilistica del mondo».

(178) Sul tema cfr. *ex multis* LUPOI, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo*

dire, che, a ben vedere, la vera difficoltà sembra essere quella di estrapolare da norme tipicamente di conflitto, quali quelle di cui alla citata convenzione dell'Aja, una regola di diritto interno, applicabile ai casi in cui non siano prospettabili collisioni tra diversi ordinamenti (179). In proposito sarà sufficiente ricordare, a conferma dei dubbi sull'accettabilità della tesi che asserisce la validità dei *trusts* 'interni', che proprio quei lavori preparatori della Convenzione cui i fautori di tale opinione fanno richiamo (180) contengono, in realtà, il chiaro riferimento al potere del giudice di dichiarare la nullità di un *trust* «*parce qu'il estime qu'il s'agit d'une situation interne*» (181). Per giunta, proprio tali lavori preparatori rendono evidente come l'intenzione dei redat-

la convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985, in *Vita notarile*, 1992, p. 966 ss.; ID., *Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country - Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista*, in *Vita notarile*, 1998, p. 19 ss.; BROGGINI, *op. loc. ult. cit.*; MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la convenzione dell'Aja*, in *Vita notarile*, 1998, I, p. 754 ss.; MOJA, *Trusts 'interni' e società di capitali: un primo caso*, nota a Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, p. 764 ss.; CASTRONOVO, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 449 ss.; ID., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita notarile*, 1998, p. 1326 ss.; RAGAZZINI, *Trust 'interno' e ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. notariato*, 1999, p. 279 ss.; PALERMO, *Sulla riconducibilità del 'trust interno' alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 133 ss.; PASCUCCI, *Rifiuto di iscrizione nel registro delle imprese di atto istitutivo di trust interno*, nota a Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1 marzo 1999 — Trib. S.M. Capua Vetere, 14 luglio 1999, in *Riv. dir. impresa*, 2000, p. 121 ss.; GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista 'non vivente su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 11 ss.; ID., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi su trust e altre bagattelle)*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 1247 ss.; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. notariato*, 2002, p. 1107 ss.; LUPOI, *Lettera a un notaio conoscitore dei trust*, in *Riv. notariato*, 2001, p. 1159 ss.; GAMBARO, *Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss.; NUZZO, *E luce fu sul regime fiscale del trust*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, p. 245 ss.; BARBUTO, *La convenzione dell'Aja e il trust in Italia*, in *www.associazioneavvocati.it*; SANTORO, *op. cit.*, p. 49 ss. Cfr. inoltre i contributi più recenti citati nelle note seguenti.

(179) Il dubbio è posto e superato da CALVO, *La tutela dei beneficiari nel 'trust' interno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 51 ss., cui si fa rinvio anche per ulteriori richiami.

(180) Cfr. ad es. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1295, con nota di DI CIOMMO; in *Trusts att. fid.*, 2004, p. 67; in *Nuova giur. comm.*, 2004, I, p. 840, con nota di RENDA; per la dottrina cfr. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 520 ss.; CARBONE, *Trust interno e legge straniera*, in DOGLIOTTI e BRAUN (a cura di), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, cit., p. 28.

(181) Cfr. il *rapport explicatif* (cfr. VON OVERBECK, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, n. 123, a commento dell'art. 13; in *www.bccb.net*). Il passo cui fanno riferimento i sostenitori della validità del *trust* 'interno' è invece quello che, a commento dell'art. 6 (n. 65 e n. 66), dà atto del rigetto di una proposta tendente a legare la scelta della legge straniera all'esistenza di un «*lien [réel] avec la loi choisie*»; il rigetto di tale proposta s'accompagna però al rilievo secondo cui «*l'opinion a prévalu qu'il était préférable de réprimer les choix abusifs dans ce qui allait devenir l'article 13*»: appare dunque chiara l'intenzione di conside-

tori non sia mai stata quella di apprestare norme di diritto materiale unificanti per paesi che, come il nostro, non conoscevano l'istituto del *trust* (182).

A ciò s'aggiunga che nemmeno l'argomento (183) fondato sulla disparità di trattamento ingenerata dalla soluzione che non ammette il *trust* 'interno' rispetto alle situazioni caratterizzate da un obiettivo elemento di estra-

rare 'abusiva' la scelta del ricorso ad una legislazione straniera per dare vita ad un *trust* 'interno' in un Paese che non conosca tale istituto.

(182) Così alle obiezioni sollevabili da parte di quegli ordinamenti nei quali si potrebbe temere «que les principes de leur système juridique ne soient ébranlés par l'intrusion d'une institution étrangère quelque peu inquiétante» risponde esplicitamente il *rapport explicatif* lapidariamente chiarendo «qu'il n'a jamais été question d'introduire le trust dans les pays de civil law, mais simplement de fournir à leurs juges les instruments propres à appréhender cette figure juridique». Ed è proprio qui, continua il *rapport explicatif*, che risiede l'interesse della Convenzione per gli Stati che non conoscono il *trust*: «L'institution n'étant pas prévue par leur droit matériel, ils ne possèdent pas non plus de règles de droit international privé qui puissent la régir et ils en sont réduits à chercher laborieusement à faire entrer les éléments du trust dans leurs propres concepts. Au contraire, la Convention met à disposition des règles de conflit de lois relatives au trust; puis elle indique en quoi doit consister la reconnaissance du trust, mais aussi les limites de cette reconnaissance» (cfr., testualmente, VON OVERBECK, *Rapport explicatif sur la Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, cit., n. 14). Del resto, proprio dall'ambito del diritto internazionale privato, da cui la Convenzione dell'Aja proviene, sembra potersi estrapolare la regola generale che fa divieto ai privati di scegliere a loro arbitrio la legge che disciplinerà i loro rapporti, in assenza di un elemento di estraneità, che pertanto non può essere costituito dalla sola legge dalle stesse parti indicata. Come rilevato in dottrina, l'ambito di applicazione del diritto internazionale privato va circoscritto alle fattispecie che presentino elementi di internazionalità sulla base di un giudizio *ex ante*, soltanto a seguito del quale, accertata la ricorrenza del carattere internazionale della fattispecie, può applicarsi la normativa di diritto internazionale privato e, quindi la norma che legittima la facoltà di scelta di una legge straniera. Ritenere, invece, che la legge straniera scelta dalle parti possa da sola fungere da elemento di internazionalità che giustifica l'applicazione della normativa di diritto internazionale privato significa operare una inversione concettuale contraria ai principi della logica (così SANTORO, *op. cit.*, p. 54). Al riguardo va detto che, se è vero che la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali stabilisce, all'art. 3, che «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti», è altrettanto vero che l'art. 1 della citata Convenzione delimita espressamente il campo d'applicazione della medesima alle sole «obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi», mentre il 3° co. dell'art. 3 cit. impedisce espressamente alle parti di derogare alle disposizioni imperative dell'ordinamento cui «nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscono». La scelta non potrà dunque sortire l'effetto di eludere l'applicazione delle norme cogenti (si badi: quelle cogenti e non solo quelle di ordine pubblico) del Paese con cui il contratto è collegato in via esclusiva, proprio al fine di evitare che i soggetti di un rapporto giuridico privo di elementi di estraneità possano sfuggire all'applicazione delle norme imperative attraverso la designazione di una legge straniera.

(183) Su cui cfr. CALVO, *op. cit.*, p. 51 ss.; cfr. inoltre LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in BENEVENTI (a cura di), *I trusts in Italia oggi*, cit., p. 75; LUPOLI, *Legittimità dei trusts interni*, *ivi*, p. 41; CALÒ, *Dal probate al family trust, riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano*, cit., p. 99, nt. 86.

neità (nelle quali non vi è dubbio che la validità del *trust* debba essere riconosciuta) appare del tutto convincente. Sembra infatti a chi scrive che scopo delle norme di diritto internazionale privato sia (e si perdoni l'apparente paradosso) proprio quello di 'creare disparità di trattamento, al fine di adattare la soluzione alle peculiarità di una fattispecie obiettivamente caratterizzata da elementi di estraneità e dunque concretamente diversa da quella in cui tali elementi di estraneità sono assenti. In altre parole, è proprio l'eventuale presenza di elementi di estraneità 'oggettivi' (e dunque distinti dal mero capriccio delle parti) ad imporre (ai sensi del 28, anziché del 1° co., dell'art. 3 Cost.) un trattamento differenziato di situazioni obiettivamente diversificate. D'altro canto, sarà sufficiente riflettere sul fatto che l'argomento fondato sulla disparità di trattamento, ove spinto alle sue estreme conseguenze, porterebbe puramente e semplicemente all'inaccettabile risultato di una declaratoria di incostituzionalità di tutte le norme di diritto internazionale privato (184).

Ciò premesso, va dato comunque atto della circostanza che il 'diritto vivente' si sta comunque orientando verso un uso sempre più diffuso nel *trust* pure nell'ambito familiare (185), anche sulla scorta di talune pregevoli opere di orientamento delle prassi notarili verso la redazione di clausole che, pur se tratte da esperienze straniere, appaiano rispettose dell'«ambiente» normativo nel quale vengono trapiantate (186). Ulteriori argomenti in favore

(184) Ugualmente non persuasivo, a sommosso avviso dello scrivente, appare poi il tentativo di fondare sulla normativa del codice civile la possibilità di dar luogo a fenomeni di 'segregazione patrimoniale al di là dei casi normativamente previsti. Si sono citati al riguardo, per ricordare solo alcune fattispecie, i fenomeni previsti in relazione agli acquisti del mandatario senza rappresentanza, alla posizione del debitore che ha costituito in pegno uno o più beni, alla situazione che si viene a produrre nella c.d. 'fiducia statica' (che altro non è se non il mandato senza rappresentanza *fiduciae causa*) o nel sequestro convenzionale (i rilievi sono stati presentati da Lupoi nel corso del convegno dal titolo «Autonomia patrimoniale e segregazione patrimoniale nel *trust*», organizzato dall'Associazione Avvocati del Distretto di Torino e dall'Associazione «Il *trust* in Italia», svoltosi a Torino il 24 gennaio 2004; per un approccio riconducibile alla stessa *ratio* cfr. anche LUPOI, *Trusts*, cit., p. 551 ss.). In tutti questi casi (e fermo restando, naturalmente, che la questione meriterebbe ben altro approfondimento, impossibile nella presente sede), l'effetto 'segregativo', in deroga al disposto di cui all'art. 2740 c.c., sembra invero porsi quale esclusiva conseguenza di precise disposizioni di legge, in fattispecie che la legge stessa tassativamente descrive, ricollegandole a ben precise dichiarazioni negoziali (bilaterali, tra l'altro), inestensibili analogicamente. In altre parole, sembra a chi scrive che l'art. 2740 c.c. non possa subire deroghe se non nei casi tassativamente previsti dalla legge. Ciò sembra valere anche in relazione al tema (che non è possibile sviluppare nella presente sede) del contratto di affidamento fiduciario.

(185) Sul tema cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 201 ss., 310 ss.; ID., *Il trust familiare*, cit., §§ 15 ss.; v. inoltre DOGLIOTTI e PICCALUGA, *I trust nella crisi della famiglia*, in AA.VV., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, a cura di Dogliotti e Braun, Milano, 2003, p. 138 ss.

(186) Cfr. ad es. BARTOLI e MURITANO, *Le clausole dei trusts interni*, cit.; v. inoltre PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 161 ss.

della validità del *trust* interno sono stati portati dalla riforma del 2016 sul c.d. «dopo di noi» (l. 22 giugno 2016, n. 112), anche se tale normativa, curiosamente, pur dando per scontato che il *trust* sia, di per sé, ammissibile (ciò che, ovviamente, nessuno pone in contestazione), non sembra prendere posizione sul tema specifico del *trust* interno, ben guardandosi, oltre tutto, dal dettare principi idonei a consentire un'armonizzazione delle regole derivanti dall'applicazione del richiamato diritto straniero con quelle con esse difficilmente compatibili dettate dal diritto interno.

Certamente, nel senso della validità del *trust* interno vanno orientandosi, larga parte della dottrina e della giurisprudenza più recenti (187), sebbene proprio in talune delle decisioni di merito più vicine nel tempo debba registrarsi una vera e propria «ribellione» alla tesi che ormai va per la maggiore. Siffatta resistenza ha suscitato, nei fautori della tesi della validità, reazioni e toni di asprezza paragonabile solo a quella che era propria dei sostenitori della tesi contraria, allorché l'idea del «*trust* tricolore» era vista come una stravaganza (188). Inutile dire che la Cassazione, a ben vedere, non è si mai espressa *funditus* sul tema, dando invece per scontato la validità di siffatto tipo di *trust*, ma senza rispondere mai al fondamentale interrogativo sul perché mai una convenzione di diritto internazionale privato dovrebbe essere letta alla stregua di una convenzione di diritto materiale uniforme.

Così pure l'attenzione con cui la legislazione fiscale ha guardato al fenomeno (da ultimo cfr. le disposizioni di cui alla l. 22 giugno 2016, n. 112) non fornisce ancora base sufficiente all'ammissibilità civilistica dell'istituto. Lo stesso è a dirsi per il contratto c.d. di affidamento fiduciario, rispetto al quale, addirittura, nessuna norma del vigente ordinamento prevede l'effetto segregativo del patrimonio: effetto che, alla luce del disposto dell'art. 2740 c.c., solo un atto avente forza di legge (certo non l'autonomia contrattuale) può stabilire (189).

(187) Per alcuni recenti pregevoli studi sul tema cfr. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e "trust italiano"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 167 ss.; REALI, *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la convenzione dell'Aja. Parte prima: i principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 398 ss.; ID., *I trusts, gli atti di assegnazione di beni in trust e la convenzione dell'Aja. Parte seconda: le regole giuridiche operative, ibidem*, p. 608 ss. Per una recente pronuncia di legittimità in tema di *trust* cfr. Cass., 27 gennaio 2017, n. 2043, in *Corr. giur.*, 2017, p. 781, con nota di LUPOLI. Per una rassegna di giurisprudenza sul tema cfr. FANTICINI, *Relazione generale sullo sviluppo della giurisprudenza civile italiana*, in *Trusts att. fid.*, 2015, p. 455 ss., 546 ss.

(188) Cfr. ad es. le sentenze di merito colpite dagli strali polemici di LUPOLI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e il trust interno*, in *Trusts att. fid.*, 2016, p. 113 ss. e di TONELLI, *I nuovi negazionisti, ivi*, 2016, p. 250 ss.

(189) Sul contratto di affidamento fiduciario v. per tutti LUPOLI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, *passim*; MAZZONE, *La funzionalità del contratto di affidamento fiduciario*, in *Trusts att. fid.*, 2016, p. 351 ss.

In ogni caso, è chiaro che le disposizioni della Convenzione trovano sicura applicazione da noi in relazione alle fattispecie di *trusts* caratterizzati dall'effettiva presenza di un elemento di estraneità; situazioni, queste ultime, di cui la giurisprudenza ha già avuto modo di occuparsi (190).

Siffatto innesto non è peraltro senza conseguenze, avuto riguardo alla necessità, espressa dallo stesso art. 15 della Convenzione, di rispettare le norme inderogabili dell'ordinamento designato dalle regole di conflitto del foro, con la conseguenza che, in tutte le situazioni «interne», in cui la legge italiana appare applicabile ai sensi dell'art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218, il *trust* familiare dovrà comunque rispettare il disposto degli artt. da 160 a 166-*bis* c.c., oltre, proprio in materia di comunione, all'art. 210, 3° co., c.c., in cui il legislatore menziona espressamente il carattere inderogabile di determinate disposizioni in materia di regime legale.

11. Alcune specifiche questioni relative al *trust* familiare. *Trust*, vincolo ex art. 2645-*ter* c.c. e convenzione matrimoniale.

Rinviando ad altre sedi la trattazione dei profili generali sopra indicati (191), va detto che, nello specifico settore dei rapporti personali e patrimoniali tra coniugi (e con la prole), l'art. 15 della citata Convenzione stabilisce che «La Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de la loi désigné e par les règles de conflit du for lorsqu'il ne peut être dérogé à ces dispositions par une manifestation de volonté, notamment dans les matières suivantes: a) la protection des mineurs et des incapables; b) les effets personnels et patrimoniaux du mariage». Ai sensi di questa disposizione, la legge del *trust* cede non alla legge del foro (protetta dagli artt. 16 e 18), ma alle disposizioni della legge, straniera o meno, indicata dalle regole di conflitto del foro. Orbene, nel caso di specie, le regole di conflitto italiane, in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, designano in primo luogo, quale legge applicabile, quella «nazionale comune» (cfr. art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218, che rinvia *in parte qua* all'art. 29), ponendo poi una complessa serie di regole destinate ad entrare in vigore in presenza di un elemento di estraneità.

(190) Per un significativo caso in proposito v. Trib. Milano, 21 novembre 2002, in *Trusts att. fid.*, 2003, p. 265; il caso trattato dalla sentenza di merito è stato definitivamente risolto a livello di legittimità da Cass., 13 giugno 2008, n. 16022, in *Corriere giur.*, 2009, p. 215, con nota di GALLUZZO; in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, p. 78, con commento di MARTONE.

(191) Cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit.; ID., *Il trust familiare*, cit.; ID., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, cit., p. 183 ss.

Partendo dunque dal presupposto che la coppia coniugata sia composta da due cittadini italiani, è alle norme imperative dettate dal codice civile italiano in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi che andrà fatto riferimento. Al riguardo il nostro ordinamento prevede limiti all'autonomia negoziale nelle disposizioni di carattere generale contenute agli artt. 160, 161, 162 e 166-*bis* c.c. A tali ostacoli vanno ancora aggiunti quelli stabiliti in relazione a ciascuno dei tipi di convenzione: il caso più evidente è quello contemplato dall'art. 210, 3° co., c.c., in cui il legislatore menziona espressamente il carattere inderogabile di determinate disposizioni in materia di comunione legale.

Tra i limiti in esame all'autonomia negoziale dei coniugi occorre menzionare in primo luogo quello che pone il divieto di costituzione, sotto ogni forma, di beni in dote (art. 166-*bis* c.c.), con riguardo al quale la dottrina concorda nell'affermare che la regola in oggetto pone uno specifico limite all'autonomia negoziale dei coniugi in sede di pattuizione delle convenzioni matrimoniali diretto ad impedire, attraverso il collegamento con gli artt. 1344 e 1418 c.c., che l'effetto proprio della dote venga realizzato attraverso un contratto in frode alla legge.

Una volta definita la dote come quella convenzione che attribuisce ad un coniuge — indipendentemente dal fatto che sia il marito o la moglie — una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare e gestire beni nei confronti dei quali egli non vanti alcun diritto reale, appare piuttosto evidente come, mercé la stipula di un *trust*, si potrebbe dar luogo ad apporti patrimoniali di provenienza di un coniuge (o della sua famiglia), nella veste di costituente, in favore dell'altro (nella veste di *trustee*), con conferimento di potere di amministrazione esclusivo in capo a quest'ultimo, con vincolo di utilizzo e destinazione *ad onera matrimonii ferenda*, con divieto di alienazione dei cespiti 'segregati' ed obbligo di restituzione per il caso di separazione legale o scioglimento del vincolo matrimoniale. In questa fattispecie appare difficilmente contestabile l'operatività, anche in relazione ad un ipotetico *trust* 'interno', della norma codicistica citata, proprio per effetto del rinvio di cui all'art. 15, lett. *b*), della Convenzione dell'Aja alle disposizioni inderogabili relative agli «effets personnels et patrimoniaux du mariage», disposizioni inderogabili, tra le quali dovrebbe sicuramente rientrare anche l'art. 166-*bis* c.c. nel caso in cui, come si è detto, entrambi i coniugi siano cittadini italiani, ovvero ogniqualvolta, per effetto dell'art. 30, l. n. 218/1995, debba applicarsi la legge italiana.

Trattando di altri possibili limiti va detto che il principio posto dall'art. 160 c.c. vale a rendere inderogabili i doveri di contribuzione *ex* art. 143, 3° co., c.c. e di mantenimento dei figli, *ex* artt. 147, 148 c.c. D'altro canto non vi è dubbio che, nelle ipotesi e nei limiti in cui si ammetta la costituzione in Italia di un *trust*, quest'ultimo ben potrebbe essere impiegato per adempiere ai doveri testé citati. Nel caso di applicabilità del

diritto italiano per effetto del disposto dell'art. 30, l. n. 218/1995, dovrebbero però ritenersi nulle tutte le clausole che dovessero eventualmente derogare ai criteri di proporzionalità («in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo») scolpiti negli articoli del codice cui si è fatto riferimento. Per ciò che attiene all'art. 161 c.c. va anticipato che, come si vedrà, l'art. 161 c.c. vieta una mera *relatio* a norme straniere o consuetudinarie, ma non impedisce che le parti si limitino a tradurre dalla lingua straniera la regolamentazione di un certo istituto e ad inserirla tale e quale nelle loro pattuizioni. D'altro canto il principio deve essere coordinato con il disposto dell'art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218: ne consegue che, in presenza di uno o più degli elementi di estraneità di cui alla citata norma, la possibilità ivi concessa di concludere un *pactum de lege utenda* verrà a consentire ai coniugi di effettuare nelle convenzioni matrimoniali richiami, eventualmente anche solo *per relationem*, al sistema di un paese straniero, con la naturale conseguenza che l'art. 161 c.c. trova oggi applicazione solo quando i rapporti patrimoniali tra coniugi sono sottoposti alla legge italiana.

La constatazione sembra così confortare ulteriormente la conclusione secondo cui il rinvio ad una legge straniera che conosce i *trusts* è ammissibile solo in presenza di un oggettivo elemento di estraneità. In ogni caso andrà aggiunto che, anche volendo ammettere in generale la possibilità di costituire *trusts* 'interni', nella specifica ipotesi di costituzione tra coniugi cittadini italiani, ovvero nel caso in cui comunque le regole di conflitto dovessero 'puntare verso la legge italiana, occorrerebbe (per evitare di incorrere negli strali dell'art. 161 c.c.) quanto meno riportare per esteso nell'atto costitutivo del *trust* le disposizioni della legge straniera richiamata.

Venendo ora a dire dei limiti *ex artt.* 162-166 c.c. all'autonomia negoziale dei coniugi, potrà dirsi che, esclusi i *trusts* costituiti in relazione alla crisi coniugale ed i c.d. *trusts* 'autodichiarati' (cioè costituiti sulla base di una unilaterale dichiarazione del costituente), sembra possibile riconoscere nel *trust* gli estremi di una convenzione matrimoniale, come tale sottoposta alle inderogabili norme di cui agli artt. 162 ss. c.c., allorquando esso venga a costituire un vero e proprio regime patrimoniale della famiglia.

È noto infatti che (192) la libertà negoziale dei coniugi può spingersi a creare regimi patrimoniali atipici. Ora, se è vero che per regime patrimoniale deve intendersi non solo l'insieme delle regole che precostituiscono la sorte di una serie indeterminata d'acquisti (determinabili unicamente *ex post*), compiuti dai coniugi, bensì anche l'insieme di quelle regole che precostituiscono (e qui il fondo patrimoniale *docet*) l'eventuale separazione patrimoniale di una certa massa determinata di beni apportati *ad onera matri-*

(192) Come si è visto: v. *infra* § 13.

monii ferenda, oltre che le norme per la loro amministrazione ed alienazione, si può agevolmente comprendere come anche il *trust*, ancorché avente ad oggetto una massa determinata di beni, possa ricadere in tale categoria. In conclusione sul punto dovrà dunque dirsi che, nell'ipotesi appena delineata (di «segregazione», cioè, di beni di uno o dell'altro dei coniugi, destinati a sostenere gli oneri del matrimonio e ad essere amministrati dal trustee secondo regole predeterminate dal *settlor* nell'interesse della famiglia), l'atto costitutivo del *trust* andrà considerato alla stregua di una convenzione matrimoniale, con tutto ciò che ne consegue in tema di forma, pubblicità, simulazione, capacità e quant'altro disposto dagli artt. da 162 a 166 c.c. Analoghe conclusioni possono svilupparsi relativamente al vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* (193).

12. Convenzioni matrimoniali, matrimonio e crisi coniugale.

Neppure l'evidente legame che sussiste tra la convenzione matrimoniale ed il matrimonio, inteso sia come atto che come rapporto, appare idoneo a scalfire la natura contrattuale della prima. Per approfondire questo aspetto andrà tenuto presente, in primo luogo, che le convenzioni matrimoniali poggiano sull'evidente presupposizione della celebrazione delle nozze e/o della persistenza del vincolo matrimoniale. Per quanto attiene al primo profilo (rapporti tra convenzioni matrimoniali e matrimonio inteso come negozio giuridico), andrà detto che le convenzioni possono stipularsi sia prima che dopo la celebrazione delle nozze. Le prime (convenzioni prenuziali o *ante nuptias*) presuppongono pur sempre la contemplazione di un matrimonio determinato, nel senso che debbono essere note, al momento della loro conclusione, le persone dei nubendi: è nulla quindi la convenzione in vista del futuro ed eventuale matrimonio di un infante (194). Contestabile sembra invece l'affermazione secondo cui la stipula di una convenzione matrimoniale presupporrebbe sempre l'intervenuto scambio della promessa di matrimonio (195). Se infatti l'analisi storica dimostra che un tempo la menzione

(193) Sul tema v. *infra*, §§ 24 ss.; cfr. inoltre, anche per gli ulteriori necessari richiami, OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto impr./Europa*, 2007, p. 351 ss.; ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 202 ss.; ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in CALVO e CIATTI (a cura di), *Trattato dei contratti*, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, Torino, 2014, p. 140 ss.; ID., *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 239 ss. Per un recente pregevole studio sull'art. 2645-ter c.c. cfr. GALLUZZO, *Gli atti di disposizione e di amministrazione dei beni destinati*, in *Contratto impr.*, 2016, p. 205 ss.

(194) App. Catania, 16 aprile 1981, in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 1056.

(195) In questo senso cfr. invece App. Catania, 16 aprile 1981, cit.; in dottrina sem-

dell'intervenuto scambio della reciproca promessa di matrimonio compariva immancabilmente, a mo' di preambolo, nei contratti di matrimonio (scritte nuziali, capitoli matrimoniali, costituzioni dotali (196)), oggi può forse dirsi, rovesciando l'impostazione precedente, che l'interprete è autorizzato a desumere l'esistenza di una situazione rilevante *ex artt.* 79 ss. c.c. sulla base del fatto che i contraenti si siano rivolti al notaio per la stipula di una convenzione matrimoniale, manifestando così nella maniera più inequivocabile l'esistenza di un reciproco impegno di contrarre le nozze. La conclusione dovrebbe, ovviamente, mutare qualora i contraenti facessero ricorso ad espressioni tali da indurre a ritenere che essi non hanno ancora inteso assumere un impegno al riguardo (neppure ai limitati effetti disciplinati dalle norme in tema di promessa di matrimonio), ma che hanno semplicemente voluto — con una sorta di « contratto normativo », se ci si passa l'espressione — disciplinare il regime patrimoniale di una loro futura eventuale unione coniugale.

L'efficacia della convenzione prenuziale è naturalmente subordinata alla celebrazione delle nozze (*arg. ex art.* 785 c.c.), che ne viene così a costituire una *condicio iuris* (197), ma alla quale non può applicarsi il disposto dell'art. 1359 c.c., allorché uno dei nubendi, senza giusto motivo, rifiuti di ottemperare alla promessa di matrimonio, per il riconoscimento che si deve alla libertà matrimoniale (198). La dottrina ammette pure l'apponibilità di condizioni sospensive e di termini iniziali, anche in considerazione della regola generale, adottata dalla riforma del 1975, della mutabilità delle convenzioni (199), nonché, se la convenzione contiene una liberalità, la previsione di un modo (200). Sembra però evidente la necessità di accertare, caso per caso, che la prefissione di un termine o di una condizione non venga a porsi in contrasto con principi inderogabili: così non sarebbe possibile la previsione di un termine iniziale o di una condizione sospensiva tali da rendere una convenzione prenuziale efficace prima della celebrazione del matrimonio. Secondo parte della dottrina andrebbe comunque esclusa la apponi-

bra orientato in tale senso anche F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, artt. 79-83, nel *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1971, p. 147.

(196) Cfr., con riferimento alla prassi notarile nell'Italia preunitaria, UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni « giacobine » al Codice civile del 1942*, Bologna, 1970, Appendici, p. 211 ss., 217, 277, 281, 309, 311.

(197) BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 516.

(198) DE PAOLA, *op. cit.*, p. 185 s.

(199) V. per tutti DE PAOLA, *op. cit.*, p. 187 ss.; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 20; dubbi sono invece espressi da CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 23. Per la dottrina anteriore alla riforma cfr. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 474.

(200) DE PAOLA, *op. cit.*, p. 187 ss.; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 20.

bilità di un termine finale e di una condizione risolutiva, in quanto si violerebbe in tal modo la regola della tassatività delle cause di scioglimento delle convenzioni (201). Ma, tale presunta tassatività — indiscutibile nel campo del regime legale, in relazione all'art. 191 c.c. (202) — rimane ancora tutta da dimostrare con riguardo ai regimi convenzionali, specie di fronte alla regola della atipicità che, come si vedrà, governa la materia in esame. D'altro canto, altro è norma tassativa (con ciò volendosi esprimere un vincolo per l'interprete), altro è norma inderogabile (con ciò volendosi esprimere un vincolo alla libertà negoziale dei paciscenti). E così anche questo ulteriore profilo di contrattualità viene ad inserirsi nel panorama degli elementi che caratterizzano l'autonomia negoziale dei coniugi.

Prima della riforma del 1975 si riteneva che la validità delle convenzioni fosse collegata strettamente a quella del matrimonio, e si invocava al riguardo l'argomento tratto dall'art. 785 c.c. (203). Oggi esiste però una regolamentazione speciale nel campo dei regimi patrimoniali della famiglia: gli artt. 191 c.c., in relazione alla comunione legale e 171 c.c., con riguardo al fondo patrimoniale, stabiliscono infatti che l'annullamento del matrimonio determina la cessazione del regime, con efficacia *ex nunc* (204). Lo scioglimento del vincolo matrimoniale provoca la perdita d'efficacia delle convenzioni (205), ad eccezione di quanto stabilito per il fondo patrimoniale dall'art. 171 c.c., in presenza di figli minori. Per quanto attiene alla separazione personale, invece, andrà distinto tra fondo patrimoniale (di cui tale evento non determina lo scioglimento: arg. *ex art.* 171 c.c.) e comunione convenzionale, cui andrà applicata la regola posta dall'art. 191 c.c. (206). Anche questo peculiare aspetto denota dunque che le convenzioni matrimoniali vivono, per così dire, una vita per molti aspetti «autonoma» rispetto a quella del rapporto matrimoniale, ciò che contribuisce inevitabilmente ad esaltare la natura contrattuale degli istituti in discorso.

Passando dalla considerazione dei rapporti tra convenzioni ed atto matrimoniale a quella delle relazioni tra convenzioni e rapporto matrimoniale, va detto che la giurisprudenza di legittimità ha delimitato i confini dell'istituto in esame escludendo da tale novero quegli accordi, dall'efficacia tanto reale che obbligatoria, conclusi in occasione di separazione consensuale, negozi configurati come contratti atipici, meritevoli di tutela da parte dell'ordi-

(201) DE PAOLA, *op. loc. ultt. citt.*

(202) Cfr. per tutti OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 224.

(203) TEDESCHI, *op. cit.*, p. 471 s.

(204) RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 217 s.; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 21 s.

(205) CORSI, *op. loc. ultt. citt.*

(206) Così CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 22 s.

namento giuridico, *ex art.* 1322 c.c., non in contrasto con l'ordine pubblico e caratterizzati da una causa loro propria, ben distinta da quella propria delle convenzioni matrimoniali, le quali postulano «il normale svolgimento della convivenza coniugale» ed hanno «riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione» e non l'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati (207). Anche per i giudici pare dunque assodato che i contratti della crisi coniugale (208), ed in particolare i negozi traslativi di diritti tra coniugi, rimangono estranei alla tipologia delle convenzioni matrimoniali (209), ancorché le *rationes decidendi* s'incentrino talvolta su di un'esaltazione della contrapposizione tra «fase fisiologica» e «fase patologica» del regime legale (210), talvolta sul carattere «programmatico» delle convenzioni matrimoniali, di contro a quello attributivo del contratto postmatrimoniale.

In realtà, a ben vedere, anche una convenzione matrimoniale può inserirsi in un più ampio accordo teso a disciplinare gli aspetti patrimoniali della crisi coniugale: si pensi, per esempio, al caso in cui una coppia in regime di comunione legale decida di separarsi di fatto prevedendo un certo assetto dei relativi rapporti e optando per il regime di separazione dei beni; oppure si ipotizzi la costituzione di un fondo patrimoniale tra separati nell'interesse di figli economicamente non autosufficienti (211). D'altro canto, nulla esclude che il contenuto di un accordo postmatrimoniale abbia anche (o, al limite, esclusivamente, sebbene trattisi di ipotesi quasi di scuola) un contenuto programmatico. Si pensi all'ipotesi in cui i coniugi, separandosi, si impegnino — a definitiva regolamentazione dei propri rapporti — a trasferirsi

(207) Cass., 11 maggio 1984, n. 2887; Cass., 11 novembre 1992, n. 12110; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034; per la giurisprudenza di merito v. App. Bologna, 29 gennaio 1980, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 820052; per l'esclusione del carattere di convenzione matrimoniale in relazione ai trasferimenti di diritti tra coniugi in sede di separazione e divorzio v. anche 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. 1321.

(208) Su questo concetto v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999, *passim*.

(209) Condivide la conclusione (già prospettata ed argomentata in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 683 ss.) IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 30.

(210) Questa è anche l'opinione di MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, p. 61.

(211) La conclusione sembra potersi argomentare *a contrariis* dal primo comma dell'art 171 c.c. e *a fortiori* dal capoverso del medesimo articolo; nel senso che l'utilità del fondo permane anche in presenza di una crisi coniugale v. anche AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 337 s.; *contra* OPPO, *Tizio e Mevia, che hanno costituito, all'atto del loro matrimonio, un fondo patrimoniale in «comproprietà», attendono un figlio quando Tizio fallisce nell'esercizio di impresa commerciale iniziata dopo il matrimonio. Quale la sorte del fondo?*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, p. 126.

determinati diritti su certi beni che potrebbero diventare di loro proprietà (es.: Ti darò la metà degli incassi realizzati dal mio negozio nei prossimi x anni; ti trasferirò la quota del ...% della proprietà degli alloggi che acquisterò nel periodo compreso tra il... e il... nella città di ...; ecc.). Ciò che, in definitiva, sembra porre un'insormontabile linea di confine tra convenzioni matrimoniali e contratti della crisi coniugale sembra costituito — come si è già detto — dall'inidoneità di questi ultimi a porsi quale fonte di uno dei regimi patrimoniali della famiglia disciplinati agli artt. 159 ss. c.c. (212).

13. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. L'ammissibilità di regimi patrimoniali atipici.

Discorrendo della considerazione del rilievo che assume la negozialità nel campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi ci si imbatte inevitabilmente nel problema del carattere tipico o meno dei regimi patrimoniali apprestati dal legislatore, discutendosi al riguardo circa l'esistenza o meno di un *numerus clausus* di convenzioni e, conseguentemente, di regimi matrimoniali. In proposito si erano già pronunziati variamente gli autori in epoca anteriore alla riforma del 1975 (213), mentre la tesi dell'atipicità era stata accolta dalla giurisprudenza (214).

(212) Sul tema delle convenzioni matrimoniali con «motivo postmatrimoniale» si fa rinvio, per ulteriori approfondimenti, a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1037 ss.

(213) Sul tema v., in senso favorevole alla regola dell'atipicità, GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, p. 317 ss.; BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 514; *contra* FERRARA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941, p. 297; TEDESCHI, *op. cit.*, p. 477 s.; sostiene che, prima della riforma, «era opinione diffusa che la libertà convenzionale potesse solo scegliere tra i regimi tipici adottati dalla legge» BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 436 s. Per la dottrina sul c.c. 1865 cfr. E. BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1907, p. 30 ss. (secondo cui il contratto di matrimonio «si ispira al concetto della più sconfinata libertà (...). La libertà è la regola, il divieto è l'eccezione»); *contra* STOLFI, *Diritto civile*, V, *Diritto di famiglia*, Torino, 1921, p. 285 (secondo cui nelle convenzioni matrimoniali «l'autonomia individuale ha un campo non molto esteso»).

(214) Cfr. Cass., 16 settembre 1969, n. 3111, in *Foro it.*, 1970, I, c. 900, con nota di SPALLAROSSA (le cui massime ufficiali stabiliscono che «Gli sposi, come possono liberamente scegliere fra gli istituti previsti dalla legge circa il regime patrimoniale della famiglia, così possono apportare deroghe ai tipi del codice, purché le modificazioni o variazioni non contrastino con la natura del regime adottato o con norme cogenti, o con i principi generali sull'ordinamento della famiglia. La disposizione del primo comma dell'art 173 cod. civ. può essere derogata dalla volontà delle parti, nel senso che i beni di proprietà della moglie, costituiti in patrimonio familiare, possono essere amministrati dal marito. Non esiste una norma né un principio generale, che vietino l'adozione di due dei regimi patrimoniali previsti dal codice, opportunamente coordinati, per uno stesso nucleo familiare»); Cass., 9 agosto 1973, n. 2309 («Nel regime patrimoniale del matrimonio, in mancanza di convenzioni di-

La dottrina successiva alla riforma ha, innanzi tutto, posto in luce come il legislatore del 1975 non abbia accolto la proposta di modifica dell'art. 160 c.c. avanzata dal progetto della sen. Falcucci (art. 36), secondo cui «gli sposi non possono disporre dei diritti loro attribuiti dalla legge all'infuori dei casi previsti dalle norme seguenti» (215) ed abbia anzi respinto un emendamento (proposto dall'on. Morvidi) del seguente tenore letterale: «ogni convenzione matrimoniale diversa da quelle espressamente previste dal presente capo è nulla» (216), anche se non sono mancate voci nel senso della tipicità (217).

verse, la regola generale è quella della separazione dei beni, di guisa che tra i coniugi possono avvenire tutti i negozi possibili, ad eccezione di quelli espressamente vietati»).

(215) Cfr. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 325, nota 6.

(216) Cfr. il resoconto della seduta in data 6 luglio 1971, della IV Commissione, c. 777; in dottrina v. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 325, nota 6; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 196 s.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 105 s.

(217) In questo senso cfr. PINO, *Diritto di famiglia*, Padova, 1975, p. 99 s.; TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo di famiglia italiano*, Torino, 1976, p. 210 s.; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 154 ss.; MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, VI, Torino, 1986, p. 472 ss.; DE RUBERTIS, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Riv. notar.*, 1989, p. 42 ss.; MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1103; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 726 s.; ZATTI e COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Padova, 2001, p. 876 s. *Contra*, per la atipicità, v. IRTI, *della comunione convenzionale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 459 ss.; DE PAOLA e MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 219 ss.; GRASSO, *La comunione convenzionale*, in *Trattato Rescigno*, III, Torino, 1982, p. 535 s.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 329 ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 105 s.; ID., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 16 ss.; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 604 s.; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 235 ss.; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 453; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 947 ss.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 291 ss. Sul tema cfr. inoltre, in vario senso, MARTI, *Il problema delle convenzioni atipiche nel diritto di famiglia*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 53, Milano, 1983, p. 89 ss.; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 9 ss., 36 ss.; FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, p. 21 ss.; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, p. 5 ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, p. 156 s.; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 18 ss.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XVI, Torino, 1997, p. 382 ss.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 236 s.; 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. 1333; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 96. Per una rassegna delle diverse posizioni PEPE, *Convenzioni matrimoniali — Comunione convenzionale — Separazione dei beni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, p. 233.

Proprio con riguardo all'argomento tratto dai lavori preparatori si è voluto in dottrina proporre un dubbio da parte di chi — giustamente preoccupato della necessità di evitare «indebite trasposizioni di diversi piani concettuali» — si è chiesto se «alla atipicità della *fattispecie* possa o no corrispondere la atipicità del *rapporto* a questa relativo» (218). Ma l'interrogativo, a sommosso avviso dello scrivente, non ha motivo di porsi nel caso di specie, atteso che l'art. 159 c.c. scolpisce nella maniera più chiara lo strettissimo legame esistente, nel nostro ordinamento, tra convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali (219).

È dunque evidente che l'art. 159 c.c., ponendo — come già più volte ricordato — uno stretto rapporto tra convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali della famiglia, non stabilisce in alcun modo che le convenzioni debbano essere solo quelle regolate dalla legge. La possibilità di liberamente conformare il contenuto di queste ultime discende inoltre dal fondamentale principio scolpito nell'art. 1322 c.c., applicabile anche alla materia in esame per effetto del già illustrato carattere contrattuale delle convenzioni e, più in generale, dell'appartenenza della materia in esame al campo del diritto privato (220), in cui il principio della autonomia negoziale rappresenta la regola e non già l'eccezione. Ed anzi, proprio il fatto che il legislatore sia intervenuto, nel campo delle convenzioni, dichiarando di volta in volta nullo questo o quel patto (si pensi per esempio al divieto *ex art. 166-bis* c.c.) consente di desumere *a contrariis* la regola della generale libertà, quanto al contenuto, delle medesime (221). Le conclusioni di cui sopra sembrano ricevere del resto conferma anche sul piano di un'indagine estesa ai principi costituzionali, laddove il richiamo all'art. 1322 c.c. trova il proprio riconoscimento nel fondamentale principio di cui all'art. 29 Cost. (222) e sono sicuramente confortate dall'indagine storica (223), così come da quella comparatistica (224).

(218) DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in AA.Vv., *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Milano, 1997, p. 17.

(219) OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 146 s.; riprende ora di peso tale conclusione (insieme ad interi passi dell'opera...) VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, Torino, 2003, p. 39.

(220) Sulla questione cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 103 ss.

(221) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, p. 274; per considerazioni analoghe cfr. DORIA, *op. cit.*, p. 183 s.

(222) Sul punto v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 121 ss. e da ultimo anche BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 432, 440; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 292, nota 18.

(223) 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.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.* (in corso di stampa).

(224) Per la comparazione con il sistema tedesco e con quello francese contemporanei, nei quali vige il principio della libertà contrattuale ed è ritenuta come preferibile la re-

Sul punto rileva poi anche, per il diritto italiano, l'abrogazione del divieto di donazioni tra coniugi. Come si è rilevato, l'art. 781 c.c. sanciva semplicemente il carattere inderogabile delle regole legali e convenzionali sulle relazioni patrimoniali tra coniugi: la sua abrogazione impedisce oramai di farlo rivivere desumendolo dall'insieme delle norme sul regime patrimoniale della famiglia (225).

Accanto alle convenzioni nominate (fondo patrimoniale, comunione convenzionale, separazione dei beni) ne andranno pertanto ammesse di atipiche, disciplinate dagli accordi tra le parti (226), con il rispetto dei limiti posti dalle norme inderogabili e in particolare di quelli fissati dagli artt. 160, 161, 162, terzo comma, 166-*bis*, 210, terzo comma, c.c. (227). Dal punto di

gola della atipicità dei regimi patrimoniali cfr. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 297 s.

(225) SACCO, *Se tra i coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia dedicate a Trabucchi*, Padova, 1989, p. 91.

(226) BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 514; in questo senso cfr. inoltre CATTANEO, *Note introduttive agli artt. 82-88 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 396 s.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 12, 18; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 8 ss.; GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 349; SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 17 s.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 105 s.; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 604 s.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 270 s.; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 19; CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in *Il diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, Torino, 1997, p. 297; MONTECCHIARI, *op. cit.*, p. 1333; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., pp. 8 ss., 294 s.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 436 ss., spec. p. 443 ss.; VALIGNANI, *I limiti dell'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, p. 381 ss., 384; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 218; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 291 ss. Una parte della dottrina individua peraltro una possibile atipicità di contenuto all'interno degli schemi prefigurati dal legislatore (in argomento, tra gli altri, RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 154 ss.; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 36 ss.; BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 110), mentre altri preferiscono indicare un limite per ogni possibile regime atipico nel principio di «non contraddittorietà legato all'esigenza cioè di coerenza tra le regole volte nel loro complesso a realizzare il programma (obbligato) di equilibrio degli interessi in gioco» (MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107). Sull'ampiezza dei margini di autonomia lasciati dal legislatore dei '75 v. infine la riflessione di DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 259 ss.

(227) Sui limiti all'autonomia privata nelle convenzioni matrimoniali v. anche RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita notar.*, 1982,

vista pratico, però, andrà ancora detto che la scelta di fondo sembra ridursi all'alternativa tra comunione e separazione; e poiché è difficile ipotizzare una qualche modifica del regime di separazione che non ne alteri irrimediabilmente i connotati, è solo sul regime comunitario che si può esercitare la libertà di scelta dei coniugi (228). La dottrina ha, invero, giustamente rilevato che, in realtà, i modelli legali finiscono con l'imporsi nella prassi, quasi a prescindere da più o meno esplicite comminatorie di inderogabilità, con conseguente scarso rilievo pratico della questione qui discussa (229). Sul tema si avrà ancora modo di tornare con qualche concreto esempio nella parte del presente lavoro dedicata ai profili di negoziabilità dei singoli regimi convenzionali (230).

14. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. La progressiva erosione della sfera di applicabilità delle regole in tema di forma.

Una questione che, nel «diritto vivente», sembra assumere un rilievo pratico assai più pregnante di quella appena illustrata, ponendosi nel contempo quale dimostrazione dell'estensione che il principio della libertà contrattuale va assumendo in *subiecta materia*, concerne la progressiva erosione — sancita, a partire dalla riforma del diritto di famiglia, da svariate pro-

p. 488 ss.; MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, cit., p. 469 ss.; per uno studio comparatistico sull'autonomia privata nelle convenzioni matrimoniali in Italia e in Francia cfr. DASSIO, *Autonomia privata e convenzioni matrimoniali: l'esperienza francese a confronto con quella italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 837 ss., il quale giunge alle non condivisibili conclusioni — cfr. in partic. p. 875 ss. — secondo cui i coniugi italiani fruirebbero, rispetto ai loro omologhi francesi, di un assai minore grado d'autonomia, trascurando peraltro di attribuire il giusto rilievo, da un lato, al carattere essenzialmente atipico delle convenzioni in diritto italiano e, dall'altro, alla persistenza di gravi limitazioni alla modifica delle convenzioni matrimoniali nel diritto transalpino: cfr. artt. 1396 s. *Code Civil*; nel senso che la possibilità di stipula e modifica in ogni tempo delle convenzioni costituisce un aspetto dell'autonomia dei coniugi cfr. anche CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 19.

(228) RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, cit., p. 166; CORSI, *op. cit.*, II, cit., 9; CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 19; per quanto concerne l'autonomia privata nella convenzione costitutiva del regime di comunione convenzionale (con particolare riguardo ai limiti fissati dall'art. 210 c.c.) cfr. anche LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. notar.*, 1991, p. 1229 ss.

(229) QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., c. 235 s., il quale parla al riguardo di una «libertà virtuale» di creazione di nuovi tipi di convenzione matrimoniale, consentita dal legislatore «proprio in considerazione di un simile prevalente e spontaneo adeguamento degli interessati».

(230) V. *infra*, §§ 20-23.

nunzie di legittimità — della sfera di applicabilità delle regole formali previste per le convenzioni matrimoniali dall'art. 162 c.c. (231).

Si potrà qui citare, in primo luogo, il rifiuto di riconoscere natura di convenzione matrimoniale all'accordo con il quale i coniugi in regime legale attribuiscono ad un bene da acquistarsi natura personale a prescindere dalla sussistenza di uno dei requisiti *ex art. 179 c.c.* (232), ovvero al costante disconoscimento del carattere di convenzione all'intesa diretta a trasferire da un coniuge separando all'altro uno o più cespiti immobiliari o mobiliari (233). A ciò s'aggiunga ancora, con riguardo ad un precedente non troppo remoto, il caso in cui la Cassazione ha negato che l'accordo intercorso, prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, tra coniugi in regime di separazione dei beni, con il quale questi si obbligavano a versare in un unico conto corrente i proventi delle rispettive attività professionali costituissero convenzione matrimoniale da stipularsi con atto pubblico a pena di nullità, ammettendo la prova di tale intesa a mezzo di testimoni (234).

Altro esempio di interpretazione (correttamente) restrittiva del concetto di convenzione matrimoniale, con conseguente esclusione dell'art. 162 c.c. è poi fornito da quelle pronunce che ne hanno (esattamente) negato l'applicabilità alla divisione amichevole operata dai coniugi sul patrimonio già in comunione legale, una volta intervenuta una causa di scioglimento di quest'ultima (235), ovvero all'accordo per scrittura privata con il quale un coniuge, successivamente alla stipula della convenzione di scioglimento del regime legale, rinunciava ad ogni sua pretesa su un'azienda commerciale acquistata

(231) Su cui v. per tutti OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 608 ss.; per una rassegna di giurisprudenza al riguardo v. anche PEPE, *op. cit.*, p. 237 ss. In senso contrario rispetto al segnalato *trend* giurisprudenziale si pongono i rilievi di quella dottrina che mira a proporre o ad estendere tecniche di controllo legate all'irrigidimento formale della fattispecie (cfr. BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 449 ss. e, per una critica a tale posizione, ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., p. 230).

(232) V. *infra*, § 17.

(233) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1199 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, *passim*. Per una successiva, sintetica, analisi del tema, cfr. anche T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001.

(234) Cass., 18 agosto 1993, n. 8758: «L'accordo intercorso, prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, tra coniugi in regime di separazione dei beni, con il quale questi si obbligavano a versare in un unico conto corrente i proventi delle rispettive attività professionali, costituendo esercizio della privata autonomia, è soggetto alle norme ordinarie e non costituisce convenzione matrimoniale da stipularsi con atto pubblico a pena di nullità, con la conseguenza che tale accordo può essere provato anche a mezzo di testimoni».

(235) Cass., 11 novembre 1996, n. 9846, cit, con nota di MONTECCHIARI; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2220; la stessa pronuncia risulta peraltro pubblicata anche come Cass., 28 novembre 1996, n. 10586, in *Foro it.*, 1997, I, c. 95; in *Riv. notar.*, 1997, p. 405, con nota di MIGLIORI.

nel vigore del regime di comunione e, corrispettivamente, l'altro si obbligava a versargli una somma di denaro (236). Ancora più di recente 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.» (237).

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 (238). Ne consegue, in pratica, un ulteriore ampliamento della libertà negoziale sotto lo specifico profilo, questa volta, della libertà delle forme. Sarà appena il caso di aggiungere in chiusura di tale argomento, che la cenata progressiva erosione della sfera di applicabilità delle regole in tema di forma sembra ricevere conferma dallo stesso legislatore. Così, l'art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218, 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.

15. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. Modifica delle convenzioni e mutamento di regime.

Un'altra prova del rilievo che l'autonomia negoziale è andata assumendo nel corso degli ultimi anni è costituita dall'evoluzione in tema di modifica delle convenzioni e di mutamento dei regimi matrimoniali, laddove oggi il terzo comma dell'art. 162 c.c. e l'art. 163 segnano il definitivo superamento della tradizionale regola dell'immutabilità dei patti nuziali (cfr. artt. 1384 c.c. 1865; 162 cpv. c.c. 1942). Principio, quest'ultimo, che, come

(236) Cass., 11 novembre 1996, cit.

(237) Cass., 15 novembre 2000, n. 14791.

(238) Sul punto, che non può essere approfondito in questa sede, si fa rinvio per tutti a OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 608 ss.

si è già rilevato in altre sedi (239), era a sua volta storicamente collegato al divieto di donazioni tra coniugi e, con questo, funzionalmente ordinato a quella trasmissione «patrilinare indivisibile» dei patrimoni cui facevano anticamente da contorno anche gli istituti del fedecommesso e del maggiorascato, nonché l'esclusione del coniuge dal novero degli eredi (240).

Con le innovazioni introdotte dalla legislazione rivoluzionaria e dal codice Napoleone (in particolare: divieto dei patti successori, abolizione dei fedecommessi e dei maggiorascati) cominciò a venir meno anche la *ratio* giustificatrice degli altri istituti finalizzati ad evitare una «frammentazione in linea orizzontale» dei patrimoni. Peraltro la regola dell'immodificabilità delle convenzioni e dei regimi ha resistito più a lungo, forse perché essa continuò ad essere vista da molti anche come il riflesso «del carattere di stabilità che deve avere, pur nella sfera patrimoniale, la società coniugale», riverberandosi su di essa «quella nota tutta propria del matrimonio, che è data dalla perpetuità e dalla indissolubilità del vincolo» (241). Una volta caduta la regola dell'indissolubilità del vincolo non aveva dunque più ragione alcuna di sussistere neppure il principio dell'immutabilità delle convenzioni e dei regimi.

Come si è appena visto, modifica delle convenzioni e mutamento di regime sono disciplinati da due disposizioni distinte (artt. 162, terzo comma, 163 c.c.). Più esattamente, quest'ultimo fenomeno designa il passaggio di una certa coppia da un tipo di regime ad un altro e conserva un limitato rilievo in relazione a quanto disposto in via transitoria dalla l. 10 aprile 1981,

(239) OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 169 ss.; ID., *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*, cit., c. 1306 ss. Per un accenno al riguardo cfr. anche BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 438; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 435; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 305 s.

(240) Per alcune considerazioni al riguardo e per un'illustrazione del collegamento tra la regola dell'immodificabilità dei patti nuziali e il divieto di donazioni tra coniugi cfr. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 24 s. Questo collegamento del resto era molto chiaro già agli autori dell'epoca anteriore alle moderne codificazioni: cfr. per esempio PREVÔT DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française*, II, Paris, 1770, p. 26, il quale rilevava che «si ces changemens étoient permis, ils troubleroient la paix des mariages, le repos des familles qui prennent leur assurance sur les contrats de mariage, et ouvriroient la porte aux avantages indirects, si contraires à la conservation des biens dans les familles»; il medesimo collegamento era posto in luce con estrema chiarezza anche dai primi commentatori del *Code Napoléon* (cfr. per tutti le illuminanti pagine di TOULLIER, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, ed. italiana, VI, Palermo, 1855, p. 185 ss.; sui rapporti tra il divieto delle donazioni tra coniugi, immutabilità dei regimi patrimoniali e donazioni tra concubini v. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 169 ss.).

(241) DE RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1965, p. 317.

n. 142 (242). Tale risultato — il mutamento, cioè, di regime — può essere l'effetto della stipula *ex novo* di una convenzione, mai intercorsa tra le parti, sottoposte al regime legale, ovvero essere prodotto dall'abrogazione o dalla radicale modifica di una convenzione matrimoniale. D'altro canto, possono darsi modifiche di convenzioni le quali non determinano in alcun modo il mutamento del regime previgente: si pensi ad una convenzione di comunione *ex art.* 210 c.c. il cui contenuto venga variato durante il rapporto coniugale (243).

In relazione, dunque, alla modifica delle convenzioni, stabilisce l'art. 163 c.c. che dette modifiche «non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi». Nella sua versione anteriore alla riforma del 1975 l'art. cit. prevedeva come necessari anche la *presenza* e il *simultaneo* consenso di tutti i partecipanti: l'eliminazione di tali requisiti induce a ritenere che tale consenso possa essere espresso anche separatamente, in tempi diversi (244). Un'altra differenza rispetto al regime previgente è costituita dal fatto che l'art. 163 c.c. 1942 non faceva riferimento all'ipotesi del decesso di uno dei partecipanti; la soluzione oggi prevista dalla legge era però già stata indicata dalla dottrina (245). Si è peraltro rimarcato che la norma si riferisce al caso della morte di uno dei partecipanti diversi dai coniugi, atteso che, di regola, il decesso di uno di questi ultimi determina lo scioglimento del regime convenzionale (con l'eccezione del fondo patrimoniale in presenza di figli minori: cfr. art. 171 c.c.).

Quanto al contenuto dell'accordo, esso soffre di alcuni limiti obiettivi costituiti dal fatto che il regime posto in essere dalla convenzione con la morte di uno dei coniugi viene, di regola, a cessare: così si potranno ipotizzare modifiche destinate ad operare retroattivamente (si pensi all'inclusione in comunione convenzionale di un bene che originariamente non ne faceva parte), od ancora alle eventuali modifiche di un fondo patrimoniale in presenza di figli minori (246).

(242) Su cui v. *infra*, in questo §.

(243) Sul rapporto tra questi due fenomeni e sui possibili tipi di modifica, rilevante *ex art.* 163 c.c. cfr. MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, cit., p. 486; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 177.

(244) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 27.

(245) BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 519; CORSI, *op. loc. ultt. citt.*

(246) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 37. L'omologazione prevista dall'art. 163 c.c. dovrebbe servire a tutelare gli interessi degli eredi del coniuge defunto, vincolati dalla sua proposta (CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 34.); conseguentemente si afferma il carattere contenzioso del relativo procedimento e la necessaria partecipazione al medesimo degli eredi del coniuge defunto, che potrebbero essere i maggiormente interessati ad eventualmente contrastare la progettata modifica (CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 37). Di contro, la dottrina prevalente richiama il procedimento camerale *ex artt.* 737 ss. c.p.c. (cfr. per tutti A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 776; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 182 s.). In effetti, anche a volere procedere dal presupposto secondo cui il giudice dovrebbe qui tutelare la posizione degli eredi, occorrerebbe pur sem-

Venendo al mutamento vero e proprio di regime va rilevato che, ai sensi del già citato art. 162, terzo comma, c.c., oggi rimane, quale unico limite, il richiamo all'inderogabilità dell'art. 194 c.c., nella parte in cui prevede la divisione in parti uguali dei beni già in comunione legale. 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 c.c. 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 (247). Prima della modifica apportata con l. 10 aprile 1981, n. 142, la disposizione in esame stabiliva che «Le convenzioni possono essere formulate in ogni tempo, ferme restando le disposizioni dell'articolo 194. Dopo la celebrazione del matrimonio possono essere mutate soltanto previa autorizzazione del giudice». Dopo alcune iniziali incertezze l'opinione dominante, quanto meno in giurisprudenza, si era assestata sulla tesi che riteneva necessaria l'autorizzazione soltanto nel caso di passaggio da un regime convenzionale a quello legale, non essendovi, nella situazione opposta, alcuna convenzione da modificare (248). Qui è interessante notare come l'opinione prevalente, alla vigilia della modifica del terzo comma dell'art. 162 c.c., fosse nel senso di una (apprezzabilissima) lettura restrittiva dei poteri di intervento attribuiti all'autorità giudiziaria, sia con riguardo al controllo sulla eventuale violazione dell'art. 160 c.c., sia con riferimento all'indagine sul pregiudizio economico che il nuovo regolamento avrebbe potuto arrecare ad uno dei coniugi, indagine — quest'ultima — che si riteneva assolutamente esclusa (249).

La correttezza dell'interpretazione restrittiva cui si è fatto cenno è stata poi definitivamente confermata dall'ulteriore riduzione dei casi di intervento dell'autorità giudiziaria in ordine alle modifiche delle convenzioni matrimoniali operata dalla già citata l. 10 aprile 1981, n. 142, che ha circoscritto tale

pre riconoscere che, non venendo in gioco un contrasto su diritti (né, tanto meno, su *status*), bensì mere valutazioni di interessi rimesse alla discrezionale valutazione del tribunale, sarebbe più logico inquadrare il procedimento tra quelli di volontaria giurisdizione. Ma il legislatore fornisce un elemento ulteriore, espressamente qualificando la procedura come di «omologazione», concetto che notoriamente (si pensi alla separazione consensuale o a quella che era un tempo l'omologazione degli atti societari) induce a pensare ad un controllo preventivo di mera legalità sul contenuto di un accordo negoziale. Il tribunale dovrà pertanto vegliare a che le parti non violino alcune delle disposizioni inderogabili fissate dal legislatore, sia in relazione alla disciplina generale dei contratti, che con riguardo a quella specifica delle convenzioni matrimoniali (artt. 160, 161, 162, comma terzo, 166-bis c.c.).

(247) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 26.

(248) Per i richiami si fa rinvio a OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 610 ss.

(249) Sul punto cfr. PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 574 ss.

intervento ad alcune situazioni di diritto transitorio (250). Ancora una volta, pertanto, il legislatore sembra essersi mosso nel senso dell'esaltazione dell'autonomia privata in questo settore del diritto civile (251).

Se dunque il nuovo testo dell'art. 162 terzo comma c.c. risolve il problema di cui sopra, una serie di interrogativi si pone, sotto il profilo del diritto transitorio, in relazione a quanto disposto dall'art. 2, l. 10 aprile 1981, n. 142, secondo cui «L'autorizzazione del giudice è prevista soltanto per il mutamento, dopo la celebrazione del matrimonio, di convenzioni matrimoniali stipulate per atto pubblico prima dell'entrata in vigore della presente legge». Al riguardo v'è da chiedersi innanzi tutto se l'autorizzazione sia richiesta nel caso di modifica del regime di separazione instauratosi a seguito della scelta operata nel vigore del regime transitorio ai sensi dell'art. 228 comma primo, l. 19 maggio 1975, n. 151, posto che qui non ci si trova di fronte, come s'è detto, ad una convenzione, bensì ad un negozio giuridico unilaterale. La dottrina sembra peraltro propensa a richiedere l'autorizzazione anche in questo caso, sulla base del rilievo secondo cui tale atto avrebbe comunque la forma della convenzione matrimoniale e ne determinerebbe in ogni caso gli effetti (252).

Convenzione è invece sicuramente la scelta del regime di separazione risultante dalla dichiarazione effettuata dai coniugi nell'atto di matrimonio ai sensi del capoverso dell'art. 162 c.c., con conseguente necessità di autorizzazione per il passaggio al regime legale (sempre, ovviamente, a condizione che la celebrazione risalga ad epoca ricompresa tra l'entrata in vigore della riforma del 1975 e quella della disposizione transitoria della legge del 1981). Così pure non dovrebbero sussistere dubbi sulla necessità dell'autorizzazione in relazione alla modifica di un regime comunitario instauratosi non già *ex lege*, bensì in forza di convenzione stipulata prima dell'entrata in vigore della legge del 1981, come per esempio nel caso in cui i coniugi si fossero avvalsi della facoltà loro concessa dal capoverso del citato articolo 228 di assoggettare alla comunione i beni da ciascuno di essi acquistati prima dell'entrata in vigore della riforma del 1975 (253).

(250) Più esattamente, per la modifica delle convenzioni stipulate per atto pubblico prima dell'entrata in vigore della legge citata cfr. art. 2, l. n. 142/81; sul punto v. BOERO, *La nuova disciplina sulla stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 121 ss.; per una rassegna di giurisprudenza cfr. anche PEPE, *op. cit.*, p. 239 ss.

(251) Legge tale riforma nel senso di un'esaltazione del campo di azione dell'autonomia privata anche VALIGNANI, *op. cit.*, p. 381.

(252) Cfr. BOERO, *op. cit.*, c. 126; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 742; nello stesso senso v. anche, in giurisprudenza, Trib. Udine, 22 maggio 1986, in *Riv. notar.*, 1987, p. 136. Sul tema cfr. inoltre OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 611 s.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 37 s.

(253) Così Trib. Torino, 16 settembre 1993, inedita; *contra* Trib. Roma, 10 marzo 1986, in *Riv. notar.*, 1986, II, 458, con nota critica di MARMOCCHI.

Per quanto attiene al procedimento da seguire in merito all'autorizzazione non vi è dubbio che esso abbia natura di volontaria giurisdizione e debba conformarsi alle regole del rito camerale *ex artt. 737 ss. c.p.c.* (cfr. art. 38, terzo comma, disp. att. c.c.) (254).

Passando all'esame dell'aspetto dei criteri di cui il giudice deve servirsi per valutare la fondatezza o meno dell'istanza occorre constatare che sull'argomento regna la più assoluta incertezza, di fronte al silenzio della norma in commento. Con riguardo alla situazione preesistente alla modifica del 1981 alcune voci dottrinali e giurisprudenziali si erano spinte ad invocare un controllo, da parte del giudice, del merito dell'accordo, con conseguente rigetto dell'istanza nell'ipotesi in cui la parte richiedente non avesse fornito la prova che il divisato mutamento del regime patrimoniale della famiglia sarebbe stato vantaggioso per il coniuge economicamente più debole (255). Preferibile appare dunque la tesi seguita dalla dottrina minoritaria (256) e dalla prevalente

(254) Il ricorso potrà essere presentato dai coniugi personalmente se si accede alla tesi secondo cui le procedure camerali di volontaria giurisdizione non costituiscono «giudizio» ai sensi dell'art. 82 c.p.c. (sull'argomento si fa rinvio per tutti a OBERTO, *Rifiuto di trascrizione e trascrizione con riserva nel sistema della l. 27 febbraio 1985, n. 52*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 261 s. ID., *Sulla necessità del patrocinio legale nella presentazione dei ricorsi congiunti per separazione e divorzio (Note in margine ad una pagina web del sito Internet del Ministero della Giustizia)*, in *Famiglia e diritto*, 2001, p. 336 ss.). Lo *ius postulandi* del notaio incaricato di rogare la convenzione andrà riconosciuto in base all'art. 1, l. not., posto che qui è innegabile l'esistenza di un collegamento immediato e diretto tra il provvedimento richiesto e l'atto che il notaio dovrà ricevere (sul punto sia consentito rinviare nuovamente a OBERTO, *op. loc. ultt. citt.*). In punto competenza per materia il provvedimento andrà richiesto al tribunale ordinario, *ex art. 38 cpv. disp. att. c.c.* Nessuna disposizione specifica regola invece la competenza per territorio; essa potrà però essere individuata mediante applicazione analogica dell'art. 41 disp. att. c.c. con riguardo al luogo in cui è stabilita la residenza familiare o, se questa manchi, in quello di domicilio di uno dei coniugi (cfr. anche METTIERI, *Nuovo diritto di famiglia: l'intervento del giudice nell'ambito di alcuni rapporti patrimoniali familiari*, in *Riv. not.*, 1976, p. 151). La partecipazione del p.m. al procedimento è prevista come necessaria dal già citato terzo comma dell'art. 38 disp. att. c.c. Il tribunale provvede con decreto (art. 737 c.p.c.), soggetto a reclamo *ex artt. 739 s. c.p.c.*, a revoca ai sensi dell'art. 742 c.p.c., nonché — secondo quanto sostenuto in dottrina e in giurisprudenza in generale in merito ai provvedimenti camerali — a *querela nullitatis* (su questo istituto v. per tutti i richiami in JANNUZZI, *op. cit.*, p. 775 ss.).

(255) Trib. Arezzo, 13 marzo 1979, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 882; in dottrina, sostanzialmente nello stesso senso cfr. DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali in generale*, in *Vita not.*, 1975, p. 965 e GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglie in generale*, cit., p. 381 s.; richiedono invece un accertamento, da parte del giudice, dell'inesistenza di «costrizioni morali e psicologiche idonee a limitare la libertà del coniuge nella valutazione degli interessi individuali e familiari» PACCIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, cit., p. 571 e GABRIELLI, *Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 44 s., mentre TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977, p. 811 afferma il dovere per il giudice di controllare che non vengano pregiudicati gli interessi della famiglia; analogamente si esprime MAZZACANE, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1980, p. 117; pone invece l'accento sull'interesse della prole SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 76 s.

(256) A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 752.

giurisprudenza (257), secondo cui l'autorizzazione in oggetto non può essere negata, se non allorquando la convenzione risulti contraria a disposizioni inderogabili di legge (e, in particolare, agli artt. 160, 161, 162, terzo comma, 166-*bis* e 210 c.c.). La conclusione è del resto strettamente legata, ancora una volta, alla natura contrattuale delle intese in questione, con conseguente esclusione di ogni possibilità di un intervento dell'autorità giudiziaria sul momento formativo dell'accordo e sulla conformazione delle intese delle parti, che, spingendosi al di là di un mero controllo di legalità, miri ad alterare le intese stesse mercé l'inserimento di valutazioni di convenienza, le quali vanno invece interamente rimesse alla libera *voluntas contrahentium*.

Per quanto attiene, infine, agli effetti di una convenzione che, benché stipulata con il rispetto della forma prescritta, non sia autorizzata ai sensi della disposizione transitoria in discorso, non sembra qui potersi applicare la regola generale vigente nel campo dell'attività negoziale degli incapaci, che vuole annullabile tale atto (cfr. artt. 322, 377, 427 s.). L'azione d'annullamento è sempre concessa a tutela di una parte del contratto (art. 1441 c.c.), mentre qui entrambi i coniugi sono in difetto e la legge non indica chi sia legittimato ad agire (258). Secondo parte della dottrina ci si troverebbe di fronte ad una pseudo-autorizzazione, avente in realtà natura di omologazione, con conseguente inefficacia dell'atto concluso in sua assenza (259). In alternativa sarebbe forse ipotizzabile la nullità della convenzione per violazione di norma imperativa (260). In ogni caso, riallacciandoci alle riflessioni sopra svolte, sembra di dover concludere nel senso che proprio il livello d'autonomia concesso oggi ai coniugi induce ad escludere che agli stessi possano essere estese norme dettate a tutela dei soggetti incapaci o semi-incapaci.

16. Convenzioni matrimoniali e autonomia negoziale. I limiti (relativi alla parte generale).

Venendo a trattare ora dei limiti imposti all'autonomia negoziale va rilevato che il codice ne prevede alcuni di carattere generale agli artt. 160, 161, 162 terzo comma e 166-*bis*. A tali ostacoli vanno ancora aggiunti quelli stabiliti in relazione a ciascuno dei tipi di convenzione: il caso più evidente è quello contemplato dall'art. 210, terzo comma, c.c., in cui il legislatore men-

(257) Cfr. per esempio App. Firenze, 15 ottobre 1977, in *Riv. notar.*, 1978, 204; Trib. Prato, 19 maggio 1976, in *Riv. notar.*, 1976, 581; Trib. Catania, 31 gennaio 1977, in *Vita not.*, 1977, 922; Trib. Cosenza, 10 marzo 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1556; Trib. Bergamo, 20 settembre 1979, in *Giur. merito*, 1979, 1101; Trib. Torino, 13 luglio 1990, inedita.

(258) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 33.

(259) CORSI, *op. loc. ultt. citt.*

(260) Così DE PAOLA, *op. cit.*, 175.

zione espressamente il carattere inderogabile di determinate disposizioni in materia di comunione legale. Oggetto del presente § sono soltanto i limiti d'ordine generale, laddove quelli attinenti alle specifiche convenzioni verranno illustrati oltre (261).

Il primo, dunque di tali limiti, è quello fissato dall'art. 160 c.c., secondo cui « Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio ». Nel tentativo di attribuire un contenuto concreto alla disposizione, la dottrina ha innanzitutto osservato come i diritti e i doveri cui la norma fa riferimento non possano essere quelli di carattere personale. Già dalla natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, invero, discende che in esse non è consentito disporre di rapporti diversi da quelli patrimoniali (262). Nell'ambito di questi ultimi, si è poi fatto richiamo, in modo particolare, ai doveri di contribuzione *ex art.* 143, terzo comma, c.c. (263) e di mantenimento dei figli, *ex artt.* 147, 148 c.c. (264).

Secondo alcuni autori l'art. 160 c.c. varrebbe anche ad escludere la derogabilità della presunzione di comunione (ordinaria) dei beni sancita dall'art. 219 c.c. cpv. (265), ma sembra lecito dubitare del fatto che la disposi-

(261) V. *infra*, §§ 21-23.

(262) Cfr. art. 1321 c.c.: sul punto v. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 16 ss.; cfr. inoltre PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime legale*, cit., p. 573; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 44; MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1010 ss.; FUSARO, *op. cit.*, p. 21 ss.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 457.

Riferisce invece (anche) ai doveri personali l'art. 160 c.c. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 442. Per una pronuncia di legittimità che ammette la derogabilità del dovere di coabitazione tra coniugi, senza neppure citare l'art. 160 c.c. cfr. Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, p. 2235, con nota di MASSAFRA (nella motivazione della decisione si legge che i Supremi Giudici hanno ritenuto congruamente motivata *in parte qua* la decisione di merito che aveva « posto in chiara luce che l'obbligo di coabitazione aveva trovato pacifica deroga tra le parti, le quali convenzionalmente, quanto meno di fatto, si erano adeguate ad una situazione imposta loro da scelte professionali, qui insindacabili »).

(263) CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, cit., p. 58; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 51; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 600 s.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 457; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale « atipico »?*, cit., p. 947 s.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 285 ss.; VALIGNANI, *op. cit.*, p. 382; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 33.

(264) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 16 ss.; MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (disposizioni generali)*, cit., p. 463; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 52; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 600 s.; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale « atipico »?*, cit., p. 947 s.; VALIGNANI, *op. cit.*, p. 382; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 285 ss.

(265) A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 723; MAIORCA, voce *Separazione dei beni tra coniugi*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, VII, Torino, 1987, p. 116.

zione possa trovare applicazione nel campo dei regimi patrimoniali della famiglia: il concetto «diritti e doveri che nascono dal matrimonio» è scolpito nella rubrica del capo IV, come ben distinto da quello (capo VI) in cui viene disciplinato il regime patrimoniale della famiglia. Del resto — come si è incisivamente rilevato (266) — l'articolo in commento non può intendersi alla stregua di un'interdizione dei patti non previsti dalle leggi: il legislatore, quando intende mettere all'indice questo o quello specifico regime patrimoniale, questa o quella clausola, ha cura di dirlo. Così vieta espressamente la costituzione della dote (nuovo art. 166-*bis*); così vieta espressamente le convenzioni contenenti generici rinvii ad usi o leggi (art. 161 c.c.); così fissa espressamente limiti alle modifiche del regime legale (art. 210 c.c.).

L'osservazione vale a confutare pure un'altra opinione, secondo cui la disposizione servirebbe a colpire di nullità assoluta tutti quegli accordi e quei patti con i quali le parti mirassero ad introdurre, surrettiziamente, modifiche alle norme che impongono limiti inderogabili all'autonomia privata nell'assetto del regime patrimoniale della famiglia (267). Qui, del resto, delle due l'una: o il patto è in violazione diretta di una norma inderogabile, ed allora è nullo già in base a quanto disposto dall'art. 1418 c.c.; oppure perviene al risultato vietato dalla legge mediante un procedimento lecito: ed allora l'intesa è nulla perché in frode alla legge. In altri termini la norma in commento non pone un ulteriore divieto alla stipula di clausole già per altro verso vietate (se così fosse, la disposizione sarebbe, tra l'altro, inutile), ma fissa la regola secondo cui quei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, che costituiscono il c.d. «regime primario della famiglia» (artt. 143, terzo comma, 147 e 148 c.c.), non sono oggetto di negoziazione. L'art. 160 viene poi sovente utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di affermare il carattere indisponibile del diritto al mantenimento dovuto al coniuge separato, così come dell'assegno di divorzio. Il tema è stato sviluppato in altra sede dallo scrivente (268).

Stabilisce il successivo art. 161 c.c. che «Gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto od in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti». La *ratio* della norma va ricercata storicamente nel fatto che il legislatore francese del 1804 temeva che i cittadini optassero in massa per quei regimi del diritto consuetudinario da cui essi erano stati, in

(266) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 17.

(267) DE PAOLA, *op. cit.*, p. 53.

(268) Cfr. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 601 s.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 377 ss., 452 ss.

vaste zone del paese, sino ad allora governati (269). La disposizione conserva peraltro una sua utilità, consistente nel fatto di evitare tre inconvenienti: innanzitutto, quello che i paciscenti si sottraggano al rigoroso formalismo dell'art. 162 adottando *per relationem* norme e regole di cui il notaio non potrebbe dar loro lettura. Secondariamente, viene risparmiata al giudice una troppo penosa ricerca sul diritto straniero o, peggio, sugli usi. Infine, si evita ai terzi di veder frustrato il meccanismo della pubblicità mediante rinvii ad indici che in ipotesi potrebbero essere difficilmente reperibili, o disagiati da tradurre e da interpretare (270). Sotto il primo profilo, dunque, la *ratio* è identica a quella delle norme che impongono, per determinati negozi, l'obbligatorietà della forma pubblica *ad substantiam*, e cioè l'esigenza di garantire al massimo la certezza e la legalità della volontà espressa dalle parti (271).

Il divieto della *relatio* concerne solo il richiamo a norme straniere o consuetudinarie. Restano pertanto ammissibili altri tipi di rinvio, per esempio a convenzioni in precedenza stipulate tra le parti. L'ostacolo posto dall'art. 161 c.c. è di natura puramente formale, nel senso che nulla impedisce che le parti si limitino a tradurre dalla lingua straniera la regolamentazione di un certo istituto e ad inserirla tale e quale nelle loro pattuizioni (272). Proprio per questo motivo si è rilevato come la disposizione finisca con il fornire un argomento alla tesi della libera stipulabilità di convenzioni atipiche, osservandosi in proposito che «La norma (...) non stabilisce quali regimi si possono o non si possono adottare, ma presuppone che gli sposi siano liberi di adottare regimi patrimoniali diversi da quello legale tipico con i soli limiti sanciti dalla disciplina della comunione convenzionale ed afferenti alla inderogabilità delle norme relative all'amministrazione e all'eguaglianza di quote per i beni oggetto della comunione legale, e quindi anche di uniformare il regime liberamente prescelto ad un modello disegnato da un ordinamento straniero o da una consuetudine, anch'essa eventualmente straniera» (273).

(269) Cfr. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 20.

(270) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 20.

(271) DE PAOLA, *op. cit.*, p. 55 s.

(272) Cfr. *ex multis* OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 603; conforme BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 443.

(273) MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1017; analoghe considerazioni erano già state espresse in precedenza da SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 324. Cfr. inoltre nello stesso senso ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, cit., p. 3; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1993, p. 112; AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 114 s.; CARNEVALI, *Il diritto di famiglia*, II, *Il regime patrimoniale della*

La norma va ora coordinata con il disposto dell'art. 30, l. 31 maggio 1995, n. 218: sulla questione ci si è intrattenuti in altra sede (274).

La dottrina concorda nell'affermare che l'art. 166-*bis* c.c. pone un ulteriore limite all'autonomia negoziale dei coniugi in sede di pattuizione delle convenzioni matrimoniali (275): trattasi, più in particolare, di limite diretto ad impedire, attraverso il collegamento con gli artt. 1344 e 1418 c.c., che l'effetto proprio della dote venga realizzato attraverso un contratto in frode alle legge (276).

Il principale problema interpretativo é quello di identificare il significato attuale del termine «dote», atteso che esso, nel sistema previgente alla riforma del 1975, era collegato ad un dato formale (l'art. 177 c.c. presupponeva infatti un apporto effettuato dalla moglie o da altri per essa «espressamente a questo titolo») che oggi non esiste più (277). In proposito si è affermato che, se si intende attribuire un senso compiuto all'art. 166-*bis* c.c., occorre individuare la dote nella figura di un diritto il cui scopo sta nel potere o nella potestà di comando o nel privilegio di un coniuge (278).

A tale impostazione si è obiettato che, se la *ratio* fosse quella indicata, il motivo della proibizione legislativa si sarebbe potuto agevolmente superare attribuendo l'amministrazione dei beni dotali ad entrambi i coniugi, come in effetti si è fatto con il fondo patrimoniale (279). Si è pertanto proposto di identificare il concetto di dote con quello di apporto cui si attribuisca il valore di corrispettivo, «di indennizzo per aver preso in moglie l'altra metà» (280). Ma a questo rilievo potrebbe ulteriormente obiettarsi che, per evitare sospetti di illegittimità costituzionale, bisogna innanzi tutto pensare che il divieto si riferisca ad apporti non solo provenienti dalla mo-

famiglia, in Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 18 s.; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., c. 229 ss.; GALASSO e TAMBURELLO, *op. cit.*, p. 52 s.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 7; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 299 s.

(274) Cfr. OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Commento agli artt. 159-166-*bis* c.c., in AA.VV., *Codice della famiglia*, a cura di M. SESTA, Milano, 2015, p. 668 ss.

(275) V. per tutti DE PAOLA, *op. cit.*, p. 58.

(276) MAZZOCCA, *op. cit.*, p. 26; DE PAOLA, *op. loc. ultt. citt.*

(277) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 42.

(278) SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 342; ID., *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 42; GRASSO, *Il regime patrimoniale delle famiglia in generale*, cit., p. 378; MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in genere*, cit., p. 1014; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107.

(279) CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in generale. La comunione legale*, Milano, 1979, p. 15.

(280) CORSI, *op. loc. ultt. citt.*

glie, bensì anche dal marito (281) e che comunque non appare possibile procedere all'individuazione di criteri in grado di permettere l'accertamento, nel caso concreto, dell'intenzione delle parti di prevedere un siffatto «indennizzo per aver preso in moglie l'altra metà».

Nemmeno le altre soluzioni prospettate appaiono esenti da critiche. Così non può certo ritenersi costituire dote ogni convenzione volta ad apportare o vincolare beni della moglie *ad sustinenda onera matrimonii*, atteso che l'art. 167 c.c. prevede espressamente che ciascun coniuge possa destinare beni determinati «a far fronte ai bisogni della famiglia» (282). Né si può pensare che l'elemento essenziale della dote risieda nell'obbligo della restituzione dei beni all'atto dello scioglimento del matrimonio (283): invero, a parte che, nel previgente sistema, tale principio poteva subire tutta una serie di eccezioni (284), rimane il fatto che l'idea di un «apporto» la cui durata sia commisurata a quella di svolgimento del rapporto coniugale non sembra poi così aliena al nostro sistema, come dimostrato dal fatto che il vincolo derivante dal fondo patrimoniale cessa (almeno tendenzialmente: cfr. art. 171 c.c.) all'atto dello scioglimento del matrimonio. Né, infine, può affermarsi che il divieto *ex art. 166-bis* varrebbe ad interdire ogni convenzione tendente ad un accrescimento temporaneo del patrimonio di un coniuge «in corrispettivo della liberazione, in tutto o in parte, del coniuge conferente, dall'obbligo di contribuzione ai pesi del matrimonio»: da un lato, infatti, i coniugi ben possono adempiere al dovere di contribuzione proprio «ponendo a disposizione della famiglia determinati beni» (285); dall'altro, ogni eventuale accordo diretto a derogare alla fondamentale regola posta dall'art. 143 c.c. è nullo perché già vietato dall'art. 161, senza che si renda con ciò necessario «scomodare» l'art. 166-*bis*.

In definitiva, non rimane che ribadire la correttezza dell'impostazione prevalente, che ritiene vietata, per effetto della norma in commento, la stipulazione di convenzioni che attribuiscono ad un coniuge — indipendentemente dal fatto che sia il marito o la moglie — una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare e gestire beni nei confronti dei quali egli non vanta (o non vanta esclusivamente) alcun diritto reale (286). La conclusione, anziché essere smentita dalla figura del fondo patrimoniale, ne riceve conferma: il legislatore, nel momento in cui ha de-

(281) SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, cit., p. 42; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107.

(282) Sul punto v. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107.

(283) Così invece SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 113 s.

(284) Su cui v. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 655 s.

(285) Cfr. CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 26.

(286) Cfr. sull'argomento anche CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 23 s.

ciso di abrogare la dote per ragioni essenzialmente storico-ideologiche, si è visto costretto a far confluire nel solo istituto del fondo patrimoniale quello che si è felicemente definito come il «momento contributivo» (287). Peraltro, in considerazione del principio della libera stipulabilità di convenzioni atipiche (288), era necessario impedire che la «messa a disposizione» di beni *ad onera matrimonii ferenda* potesse avvenire per mezzo di accordi diversi da quelli disciplinati dagli artt. 167 ss. c.c. e che mirassero a ricreare pattiziamente quegli stessi poteri di disposizione, gestione ed amministrazione su beni comuni (magari in comunione ordinaria, visto che per la comunione legale e per quella convenzionale provvede già l'art. 210, terzo comma, c.c.) o di proprietà esclusiva dell'altro coniuge, che erano previsti dagli artt. 184 ss. c.c. nella formulazione precedente alla riforma del 1975.

A corollario delle illustrate conclusioni va aggiunto che, con il divieto di cui all'art. 166-*bis*, c.c. dovrebbe «fare i conti» anche il negozio eventualmente costitutivo di un *trust* familiare, sempre, ovviamente, a condizione che si riesca previamente a superare il ben più «radicale» problema circa la possibilità di costituire in Italia, anche in assenza di elementi di estraneità, un *trust* interno ai sensi della convenzione dell'Aja del 1985, ratificata con l. 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore il 1° gennaio 1992) (289).

17. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Oggetto della comunione e rifiuto del coacquisto *ex lege*.

Passando ai profili di negoziabilità propri di ogni singolo regime patrimoniale andrà notato, innanzi tutto, che per quanto attiene all'istituto della comunione legale, lo spazio concesso dal legislatore alla libertà contrattuale è talmente ampio da abbracciare, addirittura, la possibilità stessa di escludere del tutto l'operatività del regime, così attribuendo alla comunione carattere suppletivo; opzione di politica legislativa, questa, tanto pregnante da far esclamare ad autorevole dottrina che con essa il legislatore avrebbe reso l'autonomia privata vincente su esigenze che sembravano invece doverla sovrastare (290). L'autonomia privata potrà così valutare e sfruttare profili di

(287) Cfr. CORSI, *op. cit.*, I, cit., 47 s.

(288) V. *supra*, § 13.

(289) Sul tema cfr. *supra*, § 10 ss.

(290) Cfr. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 21 (sulla legittimità costituzionale delle norme che consentono ai coniugi di derogare in tutto o in parte al regime legale v. per tutti GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 336). L'attribuzione di un carattere meramente suppletivo alla comunione è vista anche da MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 105 come sintomo di un maggior spazio aperto all'autonomia negoziale; nel medesimo senso v. anche CARNEVALI, *Le convenzioni ma-*

convenienza economica legati a ragioni, per esempio, d'ordine fiscale (291), ovvero a «timori» legati alle conseguenze di un'eventuale crisi coniugale (292). Ma a parte quell'atto di autonomia — consistente, appunto, nella scelta del regime o nella scelta... di non scegliere — che si pone già nel momento genetico di ciascuno dei regimi patrimoniali della famiglia, andrà aggiunto che la libertà negoziale ha ormai fatto massiccia irruzione nel campo stesso della disciplina dell'istituto della comunione legale, come dimostrato da alcune prese di posizione della giurisprudenza a tal punto «ardite» da far temere a parte della dottrina (a sommosso avviso dello scrivente, ingiustificatamente) una vera e propria «disarticolazione del regime legale di comunione» (293).

Emblematico è il caso del rifiuto preventivo del coacquisto *ex lege* ai sensi dell'art. 177 lett. a), d) e cpv., la cui ammissibilità, sebbene negata dalla giurisprudenza di merito (294), è stata affermata da un celebre *leading case* (295), dopo essere stata prospettata e adeguatamente dimostrata dalla dottrina (296). Interessante sarà notare che il *rationale* di questa soluzione si

trimoniali, cit., p. 18; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 155 s.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 290 s.

(291) Per un'analisi delle considerazioni fiscali che possono spingere alla adozione di un regime piuttosto che dell'altro IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 31 ss.

(292) Per un uso della scelta in favore del regime di separazione *in contemplation of divorce* cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 558 ss.; per analoghe considerazioni v. SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, p. 871 ss.

(293) QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., p. 103 s.

(294) Di contrario avviso sono, Trib. Piacenza, 9 aprile 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1033, con nota di NAPPI; Trib. Napoli, 17 novembre 1993, in *Dir. giur.*, 1995, p. 218, con nota di SINISCALCHI; Trib. Parma, 21 gennaio 1994, in *Fam. dir.*, 1994, p. 310, con nota di R. DOGLIOTTI. A favore della tesi della Cassazione, v. Comm. Trib. Prov. Grosseto, sez. III, 4 febbraio 1999, *ivi*, 1999, p. 289, con nota di FIGONE; a tale tesi, inoltre, fa riferimento, Cass., 18 maggio 1994, n. 4887, in *Fam. dir.*, 1994, p. 647, con note di PACIA DEPINGUENTE e di VAGLIO. Per una rassegna delle decisioni v. anche CARAVAGLIO, *La comunione legale*, Milano, 1995, p. 178 ss.

(295) Cfr. Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it.*, 1990, I, c. 608, con note di PARENTE e di JANNARELLI; in *Riv. notar.*, 1990, II, p. 172, con nota di LAURINI; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1359, con nota di DE STEFANO; in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1307, con nota di GALLETTA; in *Vita not.*, 1989, p. 389, con nota di LABRIOLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 219, con nota di DE FALCO; in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 591, con nota di RUBINO.

(296) GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 341 ss., spec. 356 ss.; nello stesso senso v. anche ID., voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 356; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 95 ss.; cfr. inoltre, sempre in senso favorevole alla tesi di Gabrielli e della Cassazione, MONTESANO, *Rifiuto del coacquisto. Altre ipotesi di esclusione di un bene dalla comunione legale e riconoscimento dell'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali familiari*, in *Vita not.*, 1991, p. LXXVIII ss.; LAMBERTI, *Ipotesi di riducibilità convenzionale della comunione legale*, *ivi*, 1992, p. 384 ss.; LO SARDO, *Il rifiuto preventivo del coacquisto*, *ivi*, p. 395 ss., e ID., *Ma la comunione legale non è una pri-*

fonda (oltre che su di una serie di considerazioni che in questa sede non possono essere sviluppate) in primo luogo proprio sulla constatazione che l'autonomia dei coniugi può spingersi, *ex art.* 2647 c.c. (ma anche *ex art.* 210 c.c.), ad escludere dalla comunione singoli beni, se non addirittura l'intero regime comunitario. Ancora più significativo l'articolato argomentare della citata dottrina (297), che in un complesso mosaico esegetico, colloca una dopo l'altra una serie di rilievi che vanno dalla considerazione della possibilità (concessa dall'*art.* 159 c.c.), di escludere *in toto* il regime comunitario, a quella (ammessa dall'*art.* 210 c.c.) di dar luogo a convenzioni «riduttive» (298), a quella (argomentabile *ex art.* 191 cpv. c.c.) di effettuare scioglimenti parziali del regime legale, a quella (espressamente contemplata dall'*art.* 2647 c.c.) di stipulare convenzioni che escludano singoli beni dalla comunione, a quella (consentita dall'abrogazione dell'*art.* 781 c.c.) di stipulare donazioni tra coniugi (299). Anche la qualificazione della dichiarazione di rifiuto preventivo del coacquisto *ex lege* alla stregua di un vero e proprio

gione!, in *Riv. not.*, 1993, p. 124 ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 156 s.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.; VALIGNANI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001, p. 391 ss. DE FALCO, *Separazione dei beni, comunione convenzionale e fondo patrimoniale*, relazione presentata all'incontro di studio sul tema «I rapporti patrimoniali della famiglia» organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Nona commissione — tirocinio e formazione professionale, svoltosi a Roma nei giorni 14-16 aprile 2003 (testo dattiloscritto), p. 7 ss. Anche PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 291 cita quale esempio di manifestazione dell'autonomia privata la possibilità per i coniugi di escludere alcuni beni dal regime di comunione. Per converso, la citata decisione della Cassazione ha attirato recise critiche di altra parte della dottrina: v. GALLETTA, *Estromissione dei beni dalla comunione legale e consenso del coniuge*, nota a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giur. it.*, 1990, p. 1307 ss.; PARENTE, *Il preteso rifiuto del coacquisto ex lege da parte di coniuge in comunione legale*, nota a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, cit. in *Foro it.*, 1990, I, c. 608 ss.; JANNARELLI, *Comunione, acquisto «ex lege», autonomia privata*, *ivi*, c. 617 ss.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 445 ss. Per ulteriori richiami dottrinali si fa rinvio a CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 177 s.

(297) Cfr. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, loc. ult. cit.

(298) Sempre sul piano della lettera della legge, poi, si è osservato che è lo stesso uso del condizionale da parte dell'*art.* 210, terzo comma, c.c. («beni che formerebbero oggetto della comunione»), al posto dell'indicativo dell'*art.* 177, primo comma, c.c. («costituiscono oggetto della comunione»), ad esprimere l'eventualità che singoli beni siano esclusi dalla comunione (BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., p. 501).

(299) Si tenga presente, con riferimento a questo particolare aspetto, che i coniugi ben potrebbero comunque raggiungere lo scopo dell'estromissione di beni o categorie di beni donandosi le rispettive quote, ovvero donando entrambi i predetti beni ad un terzo, con obbligo di ritrasferirli a sua volta a titolo gratuito ad uno dei coniugi, che ne diverrebbe così esclusivo proprietario (*art.* 179, lett. *b*), c.c.).

negozio giuridico, prospettata in dottrina (300), è stata esplicitamente accolta dalla Corte Suprema, nella sentenza già ricordata (301).

Le critiche imperniate sul rischio che il « meccanismo di funzionamento della comunione legale, che prevede, al suo interno, i casi e le modalità con cui i coniugi possono attribuire carattere personale a determinati beni (art. 179 comma 1 lett. b e f e comma 2 c.c.) » sia « snaturato ed alterato » (302) sono destinate a cadere di fronte al rilievo secondo cui alla sovrana volontà delle parti è concesso, addirittura, derogare in ogni momento *in toto* al regime legale; mentre la considerazione secondo cui sarebbe lecito perseguire tale effetto solo tramite una convenzione (303) s'infrange dinanzi alla forza del principio di autonomia negoziale vigente per tale tipo di atti, il quale consentirebbe comunque ai coniugi di pervenire al medesimo risultato, determinando, per esempio « il carattere della categoria in modo che essa sia idonea a comprendere proprio e soltanto quel bene » (304). Del resto, non sarà inutile ribadire ancora una volta quanto messo in luce dalla più volte citata dottrina, secondo cui, prima di negare che un coniuge possa, direttamente e senza ricorso a infingimenti, consentire, respingendo l'effetto *ex lege* in proprio favore, che l'acquisto operato dall'altro resti a beneficio esclusivo dello stesso acquirente, conviene riflettere sul fatto che il vigente ordinamento non conosce più alcun limite alla possibilità di donazioni fra coniugi (305). Come rilevato già parecchi anni or sono, « sul piano sistematico, l'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi significa la definitiva privatizzazione senza residui, di tutta la materia degli acquisti e delle perdite dei coniugi. Accanto alle modifiche delle convenzioni e del regime legale opereranno le mille modifiche e deroghe consentite dal donatore diretto, indiretto, formale e manuale (...). Il consenso, cioè anche se liberale, diventa valida giustificazione di qualsiasi deroga alla legge » (306).

Di tali considerazioni sembra invece non essersi fatta minimamente carico una successiva decisione di legittimità, secondo cui « la partecipazione

(300) GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 356 s., 362 s.; cfr. inoltre, anche per ulteriori richiami, CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra coniugi*, Milano, 1997, p. 35 ss.; RADICE, *La comunione legale tra coniugi: i beni personali*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 162.

(301) Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, cit.

(302) Così BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, cit., p. 446.

(303) BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, loc. ult. cit.

(304) GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 348 s.

(305) Così ancora GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 358.

(306) SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 334.

alla stipula del coniuge formalmente non acquirente e l'eventuale dichiarazione di assenso, da parte sua, all'intestazione personale del bene, immobile o mobile registrato, all'altro coniuge, non hanno efficacia negoziale o dispositiva, sotto forma di rinuncia, del diritto alla comunione legale sul bene acquistando, né sono elementi di per sé sufficienti a escludere l'acquisto dalla comunione, ma hanno carattere ricognitivo degli effetti della dichiarazione, resa dall'altro coniuge, circa la natura personale del bene, se e in quanto questa oggettivamente sussista, *ex art. 179 c.c.*». Partendo da queste premesse la Corte ha deciso che «ove tale natura personale dei beni manchi (e tale mancanza si ha allorché il bene, senza essere di uso strettamente personale o destinato all'esercizio della professione del coniuge, venga acquistato con denaro del coniuge stesso, ma non proveniente dalla vendita di beni personali), la caduta in comunione legale non è preclusa da dette partecipazione e dichiarazione, tanto più che, nella pendenza di tale regime, il coniuge non può rinunciare alla comproprietà di singoli beni acquistati durante il matrimonio (e non appartenenti alle categorie elencate nel comma 1 dell'articolo 179 del c.c.) salvo che sia previamente o contestualmente mutato, nelle debite forme di legge e nel suo complesso, il regime patrimoniale della famiglia» (307).

La motivazione della sentenza si snoda attraverso una serie di affermazioni tanto apodittiche da renderne difficile una contestazione, a cominciare dal rilievo secondo cui «la partecipazione al contratto del coniuge (formalmente) non acquirente, ed il suo eventuale assenso esplicito all'acquisto personale da parte dell'altro, non sono considerati dalla legge, rettammente interpretata, elementi sufficienti, di per sé, ad escludere l'acquisto dalla comunione coniugale». La decisione in esame dichiara *expressis verbis* di discostarsi dal citato precedente del 1989, laddove, in realtà, quest'ultimo — a differenza del caso più recente, relativo ad un problema di «surroga» del carattere personale di un bene — riguardava un caso pacificamente non riferibile al disposto dell'art. 179 c.c., in cui l'esclusione dalla comunione legale non era fatta risalire alla riconducibilità della fattispecie ad una delle ipotesi contemplate in tale norma, bensì esclusivamente alla volontà concorde dei coniugi.

I Supremi Giudici, in tale decisione qui da ultimo citata, proseguono poi affermando che «in regime di comunione legale dei beni fra coniugi, il consenso di uno di loro all'intestazione esclusiva dello specifico bene acquistando all'altro coniuge, ossia la rinuncia alla comunione su di esso, non è valida, in termini generali, ad escluderlo effettivamente dalla comunione legale», aggiungendo che l'elenco di cui all'art. 179 c.c. avrebbe carattere tassativo, contemplando «poche eccezioni» alla regola fissata dall'art. 177 c.c., tra le quali non rientrerebbe il caso in cui un coniuge «rinunzi (...) alla contitolarità di un singolo bene». Un argomento testuale, in questo senso —

(307) Cass., 27 febbraio 2003 n. 2954.

sempre ad avviso della Cassazione — sarebbe ricavabile dall'articolo 210, terzo comma, c.c., a mente del quale le norme della comunione legale non sono derogabili relativamente, fra l'altro, all'uguaglianza delle quote di comproprietà sui beni che formerebbero oggetto della comunione legale. Ne conseguirebbe che, a maggior ragione, un coniuge, in regime di comunione legale, non potrebbe rinunciare all'intera quota a lui spettante su un bene che ne forma oggetto, non rientrando tale ipotesi nelle categorie elencate dall'articolo 179 c.c. (308).

La decisione non presta peraltro alcuna attenzione al fatto che i coniugi potrebbero in ogni momento addirittura escludere *in toto* l'operatività del regime legale, ovvero escluderlo per tutti gli acquisti da compiersi in quel dato giorno e/o aventi quelle determinate caratteristiche idonee ad eliminare l'operatività del regime comunitario in relazione a quel determinato bene. La decisione propone poi un inaccettabile riferimento ad un supposto « carattere pubblicistico » della disciplina della comunione legale, legato all'art. 160 c.c. Tesi, questa, clamorosamente smentita, peraltro, *in parte qua*, dall'art. 159 c.c., che consente ai coniugi di optare, tutto al contrario, addirittura per un regime interamente e rigorosamente separatista.

Al riguardo osserva la Cassazione che, argomentando diversamente, « il regime di comunione legale, assunto come normale dalla legge (in mancanza di diversa convenzione) sarebbe, in realtà, modificabile *ad nutum*, secondo l'opzione estemporanea di ciascuno dei coniugi in relazione all'acquisto di singoli beni ». L'affermazione lascia sbalorditi, posto che nessuno si è mai sognato di sostenere che la volontà di uno solo dei coniugi potrebbe determinare il carattere personale del bene in difetto di uno dei presupposti di cui all'art. 179 c.c. L'evidente *lapsus* in cui incorre la motivazione sul punto, con il richiamo ad una supposta modificabilità « *ad nutum*, secondo l'opzione estemporanea di *ciascuno* (corsivo d.a.) dei coniugi » manifesta nella maniera più evidente come la fattispecie tenuta presente dalla Corte fosse quella (diametralmente opposta rispetto a quella di cui qui si discute) dell'inesistenza di un accordo tra i coniugi (309).

A completare un quadro già di per sé sconsolante giunge poi l'immanicabile richiamo (un vero *must* per la giurisprudenza di legittimità di questi ultimi tempi...) alla famigerata decisione della Consulta che ha attribuito alla comunione legale la caratteristica della comproprietà solidale o « senza quote » (310). Premessa, questa, da cui viene derivato un supposto divieto di

(308) Cfr. inoltre su questo punto OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.

(309) Cfr. inoltre su questo punto OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.

(310) Per una critica a tale ricostruzione cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 261 ss.

rinunzia dei coniugi alle proprie quote in comunione, tralasciando di considerare che — anche se si volesse aderire a tale opinabilissima ricostruzione — la natura solidale della situazione soggettiva in oggetto avrebbe comunque un senso solo nei riguardi dei terzi (verso i quali i negozi dispositivi non potrebbero considerarsi come atti *a non domino*). Naturalmente ciò nulla ha a che vedere con il diverso profilo della rinunziabilità o meno della posizione giuridica soggettiva che compete ad ogni coniuge in comunione, confermata, questa, dal testuale disposto dell'art. 2647 c.c., dall'abolizione del divieto di donazioni tra coniugi, dal principio generale secondo cui *nemo potest locupletari invitus*, dalla piena liceità della convenzione di separazione dei beni, dalla certissima ammissibilità di convenzioni matrimoniali aventi ad oggetto una comunione «ridotta» rispetto a quella ordinaria, nonché dalla libera modificabilità in ogni tempo delle convenzioni matrimoniali.

Si è già accennato al fatto che le aperture verso la negozialità nel campo dell'oggetto della comunione legale hanno suscitato il timore di una «disarticolazione» del medesimo, tanto meno giustificata quanto più in contrasto con la «volontà del corpo sociale», che avrebbe sostanzialmente manifestato di accettare il regime legale (311). In realtà, le ricerche sociologiche degli ultimi anni hanno dimostrato la crescente tendenza del corpo sociale a manifestare fenomeni di vero e proprio rigetto verso il regime legale, rigetto che non può spiegarsi se non alla luce (o comunque anche alla luce) della presa in conto dei rischi connessi alla rigidità del sistema così come disegnato dagli artt. 177 ss. c.c. (312). Sembra dunque inevitabile, al fine di arginare il fenomeno di massiccia disaffezione in atto nei riguardi della comunione legale, auspicare in tempi brevi ben maggiori concessioni all'irresistibile avanzata della negozialità anche in questo settore.

18. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Le regole in tema di amministrazione.

Passando ora dal tema dell'oggetto a quello dell'amministrazione notiamo come l'autonomia dei coniugi trovi comunque un notevole livello di esplicazione anche nel governo del regime legale, fondato sul principio dell'accordo per gli atti di straordinaria amministrazione (art. 180 c.c.), in applicazione della regola generale fissata dall'art. 144 c.c., con l'ulteriore previsione di una serie di disposizioni (artt. 181 ss. c.c.) tendenti a risolvere i

(311) QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, cit., p. 103 s.

(312) Di «incepto che il moltiplicarsi delle contitolarità provoca nella gestione dei patrimoni» parla significativamente anche GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali e successori nell'ambito della famiglia*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996, p. 48.

problemi posti dalla impossibilità di pervenire ad una soluzione concordata, in determinate ipotesi (313). Anche in questo caso può dunque dirsi che «la pertinenza della materia all'ambito dell'autonomia privata è rafforzata dalla necessità di valutare il concetto di interesse della famiglia in rapporto al principio dell'accordo, assunto a base dell'unità familiare» (314).

Ma se, per quanto attiene ai rapporti interni, la regola del consenso sembra permeare di sé ogni aspetto pregnante dell'amministrazione del patrimonio comune, con conseguente esaltazione dell'autonomia negoziale della coppia, l'autonomia del singolo nei rapporti esterni sembrerebbe uscire rafforzata — a dispetto della regola dell'agire congiunto per gli atti di disposizione e di straordinaria amministrazione — da alcune prese di posizione in campo giurisprudenziale.

In particolare ci si intende qui riferire al riconoscimento della possibilità per ciascuno dei coniugi — ferma restando l'indisponibilità della quota in comunione legale — di procedere ad atti di disposizione di interi beni soggetti al regime legale, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dal cpv. dell'art. 180 cod. civ. per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un mero requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza (ove si tratti di bene immobile o di bene mobile registrato) si traduce in un vizio da far valere nei termini fissati dall'art. 184 c.c. Sul punto la Corte di cassazione, respingendo la tesi della radicale inefficacia degli atti in discorso, si è riallacciata direttamente ad una nota pronuncia di rigetto della Corte costituzionale (315), secondo cui dall'art. 189 cpv. c.c. sarebbe argomentabile il carattere di «proprietà solidale» della massa in comunione (316).

Ora, il pregio della decisione della Consulta, così come di quella più recente della Cassazione — a parte l'opinabile ricostruzione della comunione legale alla stregua di una «comunione senza quote» (317) — risiede nel fatto

(313) Per i richiami si fa rinvio a CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 683 ss.; sul tema dell'amministrazione della comunione legale in generale si richiama inoltre l'interessante monografia di GIUSTI, *L'amministrazione dei beni della comunione legale*, Milano, 1989.

(314) CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 17; per analoghe considerazioni cfr. DI MARTINO e ROVERA, *La comunione legale tra coniugi: l'amministrazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 165 ss.

(315) Corte cost., 17 marzo 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1988, I, p. 715; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 561, con nota di MARTI; la pronuncia è edita con data 10 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1388, con nota di NATUCCI.

(316) Cass., 14 gennaio 1997, n. 284, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 26.

(317) Sul tema, che non può essere affrontato in questa sede, cfr. per tutti SCHLESINGER, *Note introduttive agli articoli 177-197 e Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 84 s.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit.,

di avere respinto quella lettura restrittiva del disposto dell'art. 184 c.c., proposta da una parte della dottrina, secondo la quale la norma in esame avrebbe potuto trovare applicazione nel solo caso in cui l'immobile venduto fosse risultato « intestato » al solo coniuge alienante, dovendosi nelle altre ipotesi (« intestazione » ad entrambi, ovvero al solo coniuge del soggetto alienante) ricadere nella regola generale dell'inefficacia (318). Il risultato sarebbe quindi stato, secondo l'opinione qui criticata, quello di sottoporre siffatti atti ad un tipo di sanzione decisamente più grave di quella prevista dall'art. 184 c.c. senza distinzioni di sorta (319). Dunque, anche questa lettura estensiva dell'art. 184 c.c., proposta dalla Cassazione, appare in linea con l'esigenza di favorire la negozialità (questa volta nei suoi profili « esterni ») dei coniugi.

19. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione legale. Regime transitorio.

Volgendo ora l'attenzione ai peculiari profili di diritto transitorio concernenti il tema della determinazione dell'oggetto della comunione legale potrà ricordarsi, in primo luogo, quella pronuncia che, argomentando dai già citati artt. 210 e 2647 c.c., ha riconosciuto la validità dell'atto con cui un coniuge aveva conferito in comunione, *ex art.* 228 cpv. l. 19 maggio 1975, n. 151, solo alcuni degli immobili acquistati prima dell'entrata in vigore della legge predetta: anche questa decisione sembra sottolineare il ruolo che, al di là delle previsioni della legge, viene riconosciuto all'autonomia determinazione negoziale dei coniugi (320).

p. 109 s.; CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 41 s.; DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi: l'oggetto*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 52 ss.; AULETTA, *La comunione legale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 23 ss.

(318) In questo senso cfr. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 335 s.; CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 146 ss.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 263.

(319) Per una panoramica delle varie opinioni sul punto cfr. per tutti MASTROPAOLO, *Commento agli artt. 184-185 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 202 ss.; DI MARTINO e ROVERA, *La comunione legale tra coniugi: l'amministrazione dei beni*, cit., p. 195 ss.; si noti che l'interpretazione « restrittiva » dell'art. 184 c.c. era già stata persuasivamente respinta da Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, in *Corr. giur.*, 1995, p. 719, con nota di A. CECCHERINI, senza spingersi sull'infido terreno della natura della comunione legale.

(320) Cass., 18 maggio 1994, n. 4887, cit.; sul regime transitorio delle disposizioni concernenti l'oggetto della comunione legale cfr. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi: l'oggetto*, cit., p. 50 ss.; sull'autonomia negoziale dei coniugi nelle prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 228 cit. v. ANDRINI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nelle prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 228 L. 19 maggio 1975 n. 151*, nota a Trib. Padova, 9 dicembre 1977, e Trib. Parma, 3 gennaio 1978, in *Riv. notar.*, 1978, III, p. 891 ss.

In senso contrario rispetto al pieno esplicarsi dell'autonomia privata va registrata una decisione precedente (321), con cui la Corte Suprema, confermando una pronunzia della Corte d'appello di Bari (322), ha stabilito che «i coniugi che, a seguito dell'entrata in vigore della legge 19 maggio 1975, n. 151, abbiano convenzionalmente esteso il regime di comunione, avvalendosi del disposto della norma transitoria di cui al secondo comma dell'art. 228 della medesima legge, ai beni dei quali avevano la proprietà individuale anteriormente al sopravvenuto mutamento del regime patrimoniale della famiglia, rimangono, anche quando con la detta convenzione abbiano manifestato contraria volontà, nella proprietà individuale di quei beni che, ai sensi dell'art. 179 c.c. sono personali e, quindi esclusi dalla comunione legale cui esclusivamente si riferisce la succitata norma transitoria, senza che possa farsi luogo, attesa la nullità della convenzione *in parte qua*, all'applicazione al suo riguardo del principio della conservazione *ex art. 1367 cod. civ.*».

Il ragionamento che si pone a base di entrambe le decisioni (quella di legittimità e quella di merito da ultimo citate) muove dal presupposto secondo il quale il richiamo operato dalle parti all'art 228 cit. non avrebbe in alcun modo consentito l'inserimento nella convenzione dei beni personali *ex art. 179 lett. a)*, c.c. I coniugi, afferma la Cassazione, «si avvalsero di uno strumento negoziale sbagliato, ossia della convenzione prevista dal secondo comma dell'art. 228, in grado di fondare solo la comunione legale (pure non comprensiva dei beni prematrimoniali) e al quale, tuttavia, i contraenti espressamente si riferirono, consapevolmente e intenzionalmente, al fine dichiarato di fruire dei benefici di cui al terzo comma. Il che non consente (...) di degradare il riferimento a semplice denominazione o classificazione inesatta (*error in nomine*, di regola, irrilevante) del negozio effettivamente voluto, poiché, nella specie, l'errore compiuto dalle parti non riguarda la qualificazione del negozio posto in essere, bensì, più radicalmente (e a monte) la scelta del tipo negoziale da esse preferito per l'attuazione del proprio intento: scelta incongrua (...) né sostituibile ad opera del giudice, non vincolato, certo, dalla qualificazione attribuita al contratto dalle parti, ma, con pari certezza, privo del potere di avocare a sé la scelta degli strumenti di governo delle economie individuali e di surrogarsi, quindi, ai titolari nella selezione del mezzo negoziale più adatto alla realizzazione dei loro interessi».

Ma il problema, nel caso di specie, non era certo quello di sostituirsi alle parti nel governo dei loro interessi, bensì solo quello di interpretare correttamente quale fosse lo strumento negoziale effettivamente prescelto. La decisione si fonda, sostanzialmente, sul rimprovero ai coniugi di aver sbagliato... l'«etichettatura» del negozio, per effetto del riferimento da essi er-

(321) Cfr. Cass., 24 novembre 1992, n. 12531, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 480.

(322) App. Bari, 6 settembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 3491.

roneamente operato all'art. 228 cit.; errore, questo, che avrebbe dovuto semmai portare all'esclusione del regime fiscale più favorevole riservato dalla normativa transitoria alle sole convenzioni in grado di equiparare le «vecchie» coppie alle «nuove» sul piano del regime legale (e non di quelli convenzionali), ma che non avrebbe certo dovuto portare all'aberrante conclusione — in pieno contrasto con il canone ermeneutico scolpito nell'art. 1362 c.c. e con lo stesso principio costituzionale di uguaglianza — di inibire ad una chiara manifestazione di volontà, diretta a porre in comunione una serie di cespiti patrimoniali e rivestita della forma notarile, di produrre l'effetto civilistico perseguito dai contraenti.

Insomma, in quello che allo scrivente pare un vero e proprio eccesso di formalismo, le decisioni citate hanno del tutto negletto la reale, comune intenzione delle parti (art. 1362 c.c.), chiaramente diretta alla sottoposizione al regime di comunione di quei beni, facendo invece perno su di una «scelta del tipo negoziale» che, anziché essere desunta dalla sostanza degli accordi, è stata inferita dal mero richiamo ad un... numero piuttosto che ad un altro, come se non competesse invece al giudice fornire il corretto inquadramento giuridico delle fattispecie erroneamente «battezzate» (o *demonstratae*, come si sarebbe detto un tempo) dai contraenti (e al riguardo tutta la giurisprudenza in materia di distinzione tra contratto preliminare e contratto definitivo dovrebbe pur insegnare qualcosa!). Dunque, nulla avrebbe impedito nel caso di specie di ravvisare nell'unico atto posto in essere dalle parti due distinti negozi, il primo dei quali diretto a creare una comunione ai sensi della norma transitoria e il secondo rivolto invece alla costituzione di un regime di comunione convenzionale, *ex* art. 210 c.c., esteso ai beni già di proprietà dei coniugi in data anteriore alla celebrazione delle nozze, salve — ovviamente — le conseguenze derivanti sul piano pubblicistico dall'impossibilità di attribuire a questo secondo negozio il medesimo trattamento tributario di favore riconosciuto alla convenzione contemplata dall'art. 228, cpv., c.c.

La Suprema Corte ha peraltro provveduto, in seguito, ad operare al riguardo una saggia «correzione di tiro», affermando l'ammissibilità del conferimento in comunione dei beni di cui ciascuno dei «vecchi» coniugi era titolare prima della celebrazione delle nozze, e precisando che tale conferimento non è però regolato dall'art. 228 cit., bensì dall'art. 210 c.c. Conseguentemente, l'effetto traslativo della convenzione conclusa invocando (ancorché impropriamente) l'applicazione della citata norma è salvo; le parti non potranno invece usufruire delle agevolazioni fiscali di cui al terzo comma dell'art. 228 cit. (323).

(323) Cass., 3 agosto 1994, n. 7206, in *Fam. dir.*, 1994, p. 622, con nota di NUSSI. Cfr. inoltre nello stesso senso Cass., 12 aprile 1996, n. 3481; Cass., 18 febbraio 1999, n. 77.

20. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione convenzionale. I limiti di cui all'art. 210 c.c.

Venendo a parlare della comunione convenzionale, va subito detto che, anche a prescindere dalla *vexata quaestio* circa la natura dell'istituto, vale a dire se si tratti di un regime autonomo, ovvero di una semplice «variante» del regime di comunione legale (324), occorre riconoscere che l'ambito della

(324) La dottrina (cfr. per tutti QUADRI, *Della comunione convenzionale*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 393 s.; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 285 s.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 392 ha rimarcato la contraddizione tra il titolo della sezione — che, oltre alla sua collocazione sistematica, farebbe pensare alla comunione convenzionale come ad un regime alternativo alla comunione legale — ed il contenuto degli artt. 210 e 211 c.c., che farebbe piuttosto pensare alla mera possibilità di apportare semplici modifiche al regime legale e non anche al potere di edificare un regime patrimoniale comunitario di esclusiva fonte convenzionale. Gli autori sono dunque divisi tra i fautori della tesi secondo cui la disposizione in esame prevedrebbe un vero e proprio regime patrimoniale autonomo e distinto da quello legale di comunione *ex artt.* 177 s. c.c. ed i sostenitori, invece, dell'idea secondo la quale la norma si limiterebbe a segnare la sfera dei poteri riconosciuti alle parti in tema di modificazioni del regime legale. Nel primo senso, v. ATLANTE, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia alla luce della prima esperienza notarile*, in *Riv. notar.*, 1976, p. 6 s.; GRANELLI, *Profili civilistici e riflessi tributari del nuovo diritto di famiglia*, in *Boll. trib.*, 1977, p. 1424; FRAGALI, *La comunione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, App. agg., I, Milano, 1977, p. 25 s.; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1196; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 719 s.; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, p. 309 s. Nel secondo senso sono invece orientati IRTI, *Della comunione convenzionale*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, p. 453 s.; CIAN e VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, II, Torino, 1980, p. 188; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982, p. 503; GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Trieste, 1983, p. 25; CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 52 (il medesimo autore ha però in seguito espresso una posizione più sfumata: cfr. ID., *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, II, p. 10, 73 s.); PINO, *Il diritto di famiglia*, 1984, p. 130; BIANCA, *Diritto civile*, II, Milano, 1985, p. 67; MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra coniugi - I*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 11; GALLETTA, *La comunione convenzionale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Milano, 1989, p. 1050; LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1300 ss.; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 390 ss.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 106 s.; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 294; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 294 s.; PALADINI, *La comunione convenzionale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 460 ss. Per una analisi delle diverse posizioni cfr. inoltre BESSONE, DOGLIOTTI e FERLANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia*, II, Milano, 1983, p. 333 s.; CARAVAGLIOS, *op. cit.*, p. 1179 s.; OBERTO, *Della comunione convenzionale*, in AA.VV., *Codice della famiglia, rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di M. Dogliotti, I, Milano, 1999, p. 482 ss.; PITTALIS, *Modifiche convenzionali alla co-*

sfera lasciata al libero esplicarsi dell'autonomia privata appare assai consistente, pur nei limiti generali e speciali tracciati dal legislatore. In particolare, l'art. 210 c.c. contiene un espresso richiamo all'art. 161 c.c., ma è

munione dei beni, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, p. 429 ss. Per una rassegna di giurisprudenza in tema di comunione convenzionale v. infine PEPE, *op. cit.*, p. 251 ss.

L'acuto contrasto di cui sopra aiuta a capire perché non siano mancate posizioni, per così dire, intermedie, quali quelle di chi, sottolineando, in particolare, il carattere negativo della disciplina in questione, ne ha desunto la possibilità dell'introduzione di regole pattizie tali da delinare un tipo di comunione profondamente svincolata dallo schema di quella legale, quale potrebbe essere quella eventualmente ispirata al modello scandinavo o germanico della comunione a partecipazione differita, o quella che, rovesciando l'archetipo legale, abbracciasse i frutti e i proventi lasciandone fuori gli acquisti (CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1984, p. 10). O, ancora, come quella secondo cui gli interessati potrebbero tanto apportare semplici modifiche al regime legale, quanto adottare un regime di comunione che si sostituisca globalmente a quello legale, sia pure nei limiti fissati dagli artt. 160, 161 e 210 c.c. (GRASSO, *La comunione convenzionale*, cit., p. 536; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 331; SPINELLI e PARENTE, *op. cit.*, p. 65 e 76). In questa scia si colloca chi avverte la necessità di prestare attenzione alla concreta considerazione dell'intento delle parti, tenendo distinti i casi in cui i coniugi avessero inteso apportare semplici modifiche al regime legale, da quelli in cui essi avessero invece voluto adottare un regime di comunione che si sostituisse globalmente a quello *ex artt.* 177 s. c.c., attesa l'indiscussa libertà dei contraenti di dare vita a regimi atipici, purché non intimamente contraddittori (QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 394 s.).

La disputa sulla natura della comunione convenzionale non sembra comunque rivestire grande rilevanza pratica (v. A. e M. FINOCCHIARO, *op. loc. ultt. citt.*), atteso che è fuori discussione — per effetto del richiamo all'art. 162 c.c. — che le modifiche al regime di comunione richiedano comunque il rispetto delle disposizioni formali imposte per la stipula delle convenzioni matrimoniali ed avuto altresì riguardo al fatto (da un punto di vista più concreto, ma non meno rilevante ai fini dell'indagine) che la comunione convenzionale non ha, praticamente, ricevuto attuazione (per questa constatazione, v. BOCCHINI, *La comunione legale: un istituto da incentivare*, in *Fam. dir.*, 1995, p. 501). Del resto, appare quanto mai significativo che le più importanti pronunzie in materia di art. 210 c.c. riguardino, in realtà, situazioni in cui le parti avevano tentato — per motivi di carattere fiscale — di avvalersi della convenzione disciplinata dall'art. 228 cpv. l. 19 maggio 1975, n. 151 per dar vita ad una convenzione di comunione convenzionale comprendente anche i beni di cui ciascuno dei coniugi era titolare prima della celebrazione delle nozze. Di contro, non si è mancato di rilevare che il dibattito sulla natura dell'istituto in esame non avrebbe carattere meramente classificatorio, avuto riguardo alle conseguenze in tema di integrazione del contratto, sotto il duplice profilo della tecnica per colmare le eventuali lacune del regolamento convenzionale e della nullità parziale. Quanto al primo aspetto, se la comunione convenzionale viene configurata come regime autonomo, sembrerebbe doversi escludere la possibilità che le lacune della disciplina negoziale possano essere colmate avendo riguardo alle disposizioni che regolano la comunione legale. Sempre nella prospettiva dell'autonomia, la nullità parziale della convenzione o la nullità di singoli patti importerebbe la nullità dell'intera convenzione, se risultasse che i coniugi non l'avrebbero posta in essere senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità; muovendo invece dalla diversa prospettiva della comunione convenzionale come semplice deformazione del regime legale, dovrebbe, invece, reputarsi che la nullità dei

chiaro che il negozio costitutivo del regime in questione, proprio in quanto convenzione matrimoniale, dovrà anche sottostare a tutti i limiti previsti per tali tipi di atti dall'ordinamento, limiti sulla cui portata si è già avuto occasione di discorrere. Un altro limite in ordine all'oggetto della comunione convenzionale, fissato questa volta dallo stesso art. 210 cpv. c.c., concerne il divieto di inclusione nella convenzione di quei rapporti contemplati dalle lettere *c*), *d*) ed *e*) dell'art. 179 c.c., ciò che ha fatto dire alla dottrina che il nostro ordinamento non prevedrebbe ipotesi di comunione universale tra coniugi (325).

Una lettura particolarmente restrittiva dei principi testé enunciati viene proposta, con specifico riguardo alla convenzione concernente i beni personali *ex* art. 179 lett. *b*) c.c., da quella dottrina che nega la possibilità di prevedere la caduta in comunione di quei beni (o di quelle categorie di beni) non ancora entrati nel patrimonio di una delle parti al momento della stipula della convenzione, argomentando dal contrasto con il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.) e con il divieto (art. 771 c.c.) della donazione di beni futuri.

La questione sarà affrontata tra breve. Per il momento occorrerà invece rammentare che un preciso argine al potere dispositivo delle parti viene posto dal terzo comma dell'art. 210 c.c., con riguardo all'inderogabilità delle norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote. Siffatta compressione di quell'autonomia privata che, come si è visto costituisce la regola in tema di convenzioni matrimoniali, viene però circoscritta ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale. Il testé evidenziato carattere eccezionale della limitazione dovrebbe pertanto scongiurare l'applicazione anche a quei beni che, benché destinati ad essere personali, siano invece immessi in comunione in forza di convenzione *ex* art. 210 c.c. (326). Diversa è invece la soluzione per i beni di cui agli artt. 177 lett. *b*) e *c*) e 178 c.c., poiché i rapporti formanti oggetto della c.d. comunione *de residuo* costituiscono comunque parte della comunione legale, ancorché differita. Non sarà quindi possibile prevederne una divisione, all'atto dello scioglimento, in misura difforme da quella paritaria. Le regole sull'amministrazione di quei rapporti potranno invece essere liberamente rimesse all'autonomia negoziale, in quanto è noto che i beni in

patti derogatori determinerebbe l'automatica reviviscenza della regola derogata (CONFORTINI, *op. cit.*, p. 291 s.).

(325) A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1197; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 398; sul tema v. anche RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 505 s.

(326) OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 485 s.; *contra*, per l'immodificabilità delle disposizioni in materia di amministrazione — artt. 180 ss. c.c. — per tutti i beni in comunione convenzionale cfr. CIAN e VILLANI, *op. cit.*, p. 189, ma la conclusione pare in contrasto con la lettera della legge.

comunione residuale, propri sino al momento dello scioglimento, possono essere liberamente amministrati (ed anzi, addirittura alienati o consumati) dal titolare, senza che al riguardo competa all'altro coniuge alcun tipo di controllo.

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 questo catalogo 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, se è vero che non può consentirsi che le parti, in base ai propri accordi, regolino in maniera diversa da quanto stabilito dal codice lo svolgimento delle eventuali azioni esecutive dei creditori personali o comuni, magari eliminando o creando *beneficia excussionis*, rispettivamente, contemplati dalla o sconosciuti alla legge (327), non sembra invece 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.

Come esattamente rilevato al riguardo (328), 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 (329).

In effetti, il problema dell'ammissibilità di un intervento dell'autonomia negoziale in merito alla predeterminazione delle cause di scioglimento del

(327) Così, sostanzialmente, CIAN e VILLANI, *op. cit.*, p. 189; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1202; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 331; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 74; LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1245; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 405.

(328) LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1244.

(329) Sulla possibilità di ampliare o restringere il novero delle cause di scioglimento del regime di comunione ex art. 191 c.c. v. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, III, Torino, 1982, p. 507 s.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 336; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 407; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 107 s.

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 che risolutiva — concludendo per lo più, almeno per quanto attiene alla condizione, in senso positivo (330), proprio sulla scorta del principio della libertà contrattuale, sulla scorta dell'autorevole avviso già espresso da Pothier (331). Del resto, le uniche perplessità prospettate in Francia avevano riguardo al principio, allora imperante, dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali (332), 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 (333). Orbene, il totale superamento, nel nostro sistema, 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, oltretutto, 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 (334) a fornire in passato risposta negativa al quesito qui discusso: ci si intende qui 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'in-

(330) 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.

(331) Favorevole all'apponibilità di termini (quanto meno iniziali) e condizioni (quanto meno sospensive): cfr. POTHIER, *Traité de la communauté*, in POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil*, III, Paris-Orléans, 1781, p. 615. Per un precedente che ammetteva la validità di una clausola di un contratto di matrimonio che condizionava sospensivamente l'applicazione del regime di comunione alla nascita di figli v. la decisione del Parlamento di Parigi in data 22 maggio 1759 riportata da DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, I, cit., p. 456.

(332) Cfr. al riguardo 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.

(333) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS e SURVILLE, *op. cit.*, p. 73 ss.

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

tento del legislatore di scolpire una serie inderogabile di cause di cessazione del regime.

Una volta ammesso che l'autonomia dei coniugi può dar vita a nuove cause di scioglimento dei regimi patrimoniali nulla esclude che gli stessi attribuiscono 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 (335) ad un atto avente data certa o comunque facilmente accertabile (si pensi all'invio di una raccomandata).

Per quanto attiene ai rapporti con i terzi, è chiaro che le cause di scioglimento del regime comunitario aventi fonte pattizia non sarebbero 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 avrebbe dunque effetto nei soli 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.).

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 (336) — 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.

Una questione discussa in dottrina concerne la riferibilità del limite di cui all'art. 210 c.c. relativo alla necessaria parità delle quote e inderogabilità delle regole in tema di amministrazione anche a convenzioni aventi ad oggetto la creazione di regimi comunitari totalmente difformi dal tipo legale della comunione *ex artt.* 177 ss. c.c. Problema, questo, legato strettamente al già ricordato dilemma sulla natura della comunione convenzionale: nel senso, cioè, che la stessa sia una vero e proprio regime autonomo o una mera collezione di «variazioni sul tema» del regime legale. Invero, ad avviso di una parte della dottrina, aderendo a quest'ultima impostazione, i limiti di

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

(336) Cfr. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, cit., p. 190 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1047 ss.

cui all'art. 210 c.c. «indicherebbero i limiti entro i quali è possibile intervenire sul regime di comunione legale. Tali disposizioni, in altri termini, contribuirebbero ad identificare il 'tipo' comunione legale, ma non impedirebbero di adottare regimi 'atipici', anche di comunione attuale, diversamente configurati. Una volta scelto di abbandonare il regime legale, si potrebbe pertanto convenire anche un diverso regime di comunione attuale, fatti salvi i limiti inderogabili valevoli per ogni convenzione matrimoniale (...) tra i quali non sarebbero compresi né il limite del rispetto delle regole dell'amministrazione né quello relativo all'eguaglianza delle quote» (337).

Più persuasiva appare invece la tesi secondo cui, da un lato, la comunione convenzionale disciplinata dagli artt. 210 e 211 è un autonomo regime pattizio e, dall'altro, non esiste un ulteriore diverso regime convenzionale (...) atipico, che non ricada nella disciplina degli articoli 210 e 211, ossia nella comunione convenzionale, con la logica conseguenza che «anche una comunione convenzionale profondamente svincolata dallo schema tipico della comunione legale (...) rientra pur sempre nell'ampio *genus* (...) della comunione convenzionale delineata e (...) delimitata negli artt. 210 e 211» (338). Questa conclusione sembra anche più conforme al dettato normativo, posto che i limiti che l'art. 210 c.c. disegna sono tracciati senza restrizione alcuna: le modifiche alla comunione legale sono tutte quelle previsioni che mirano a realizzare un regime comunitario di qualsivoglia tipo: comunione immediata, differita, parzialmente immediata e parzialmente differita, limitata a determinati tipi o categorie di beni o a determinati periodi di tempo, ecc., come appare del resto confermato dal fatto che il primo comma della norma in esame non si limita certo a prevedere l'ipotesi di conferimento in comunione di beni personali *ex art. 179 c.c.*, ma si richiama ad un concetto quanto mai vasto, espresso nei termini seguenti: «modificare il regime della comunione legale dei beni purché i patti non siano in contrasto con le disposizioni dell'articolo 161».

21. Autonomia negoziale dei coniugi e comunione convenzionale. Gli ampliamenti e le riduzioni dell'oggetto.

Sempre in tema di oggetto della comunione convenzionale si suole distinguere tra ampliamenti e riduzioni rispetto all'oggetto della comunione legale, così come individuato dagli artt. 177 s. c.c. Cominciando dal primo aspetto occorre constatare che l'ipotesi dell'ampliamento sembra essere quella considerata dal legislatore come fisiologica, peraltro nei precisi limiti

(337) ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?», cit., p. 948.*

(338) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 10, 73 ss.

imposti dal capoverso dell'art. 210 c.c., che vieta l'inclusione nel regime convenzionale dei beni personali *ex art. 179, lett. c), d) ed e) c.c.* Si tratta di una disposizione diretta a salvaguardare una sfera di piena autonomia a ciascuno coniuge, nei limiti in cui determinati beni costituiscono il supporto per la libera esplicazione della relativa personalità (339). La dottrina peraltro ammette che il divieto riguardi solo la previsione di una futura titolarità di simili beni, senza impedire il loro eventuale conferimento alla comunione se già presenti nel patrimonio dei coniugi (340).

Rimanendo in tema di beni personali, va detto che non vi è dubbio che anche quelli di cui alla lettera *b)* dell'art. 179 c.c. (acquisti *mortis causa* e per donazione), in quanto non compresi nell'elenco di cui al capoverso dell'art. 210 c.c., possano essere conferiti in comunione. In proposito si è però voluta porre in dottrina una pesante limitazione, con riguardo a quei beni (o a quelle categorie di beni) non ancora entrati nel patrimonio di una delle parti al momento della stipula della convenzione. L'inclusione in comunione convenzionale dei beni da acquisirsi *mortis causa* o per effetto di donazione verrebbe, invero, a porsi in contrasto con il divieto dei patti successori (art. 458 c.c.), così come con quello (art. 771 c.c.) della donazione di beni futuri (341).

Sarà appena il caso di rilevare come una siffatta interpretazione finirebbe con il fornire una lettura totalmente abrogatrice del richiamo (implicito, ma indiscutibile) all'art. 179, lett. *b)* c.c. operato dall'art. 210 c.c. Invero, secondo la tesi qui criticata, potrebbero essere inclusi nella convenzione solo i beni già acquistati da ciascuno dei coniugi per causa di morte prima della stipula della convenzione: ipotesi, questa, già contemplata dalla lettera *a)* dell'art. 179 c.c. (essendo noto che l'inciso «prima del matrimonio» va inteso come «prima del matrimonio ovvero della stipula della convenzione costitutiva del regime comunitario, legale o convenzionale»). Del resto, potrebbe anche legittimamente dubitarsi della circostanza che un generico riferimento, nella convenzione, a tutti i beni destinati ad essere acquistati *mortis causa*, senza l'indicazione di uno specifico probabile *de cuius* integri gli estremi della regola che vuole nulli i patti successori dispositivi.

(339) RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 505; GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, *cit.*, p. 25; sul tema delle convenzioni ampliative, v. anche VENDITTI, *Comunione tra coniugi e convenzioni ampliative*, in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 273 s.; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 303 s.

(340) CIAN e VILLANI, *op. cit.*, p. 189; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 505.

(341) Cfr. CAPOZZI, *Comunione convenzionale e acquisti a causa di morte*, in *Vita not.*, 1989, III, p. CXVII s.; GALLETTA, *La comunione convenzionale*, *cit.*, p. 1059; cfr. inoltre CONFORTINI, *op. cit.*, p. 307 e VALIGNANI, *op. cit.*, p. 389 (quest'ultima per quanto attiene agli acquisti *mortis causa*).

Il principio, come è noto, si fonda sulla repulsione dell'ordinamento per un *votum captandae mortis* che però, per suscitare scandalo, non può che essere diretto verso uno o più soggetti determinati. Non per nulla la più attenta dottrina (342) sembra limitare al solo caso «dell'eventuale eredità dello zio Sempronio» il problema dei rapporti con il divieto posto dall'art. 458 c.c. Ma anche in tale ipotesi ben potrebbe affermarsi l'implicita abrogazione della disposizione da ultimo citata per incompatibilità con l'art. 210 c.c. (343).

Per quanto attiene poi ai beni che la dottrina qui criticata chiama «futuri» è evidente la duplice confusione:

a) tra i concetti di «bene futuro» (cioè che non esiste ancora *in rerum natura*) e di «bene già esistente, ma di cui il soggetto non sia ancora titolare»;

b) tra l'acquisto a titolo gratuito da parte del singolo coniuge e il successivo ritrasferimento automatico a favore dell'altro coniuge.

Per quanto attiene al punto a) (344), anche gli eventuali dubbi derivanti dal divieto di donazione di cosa altrui (345) possono essere fugati sulla base del rilievo per cui, per effetto del meccanismo dell'«acquisto automatico», il bene acquistato dal coniuge entra comunque a far parte nella sua interezza, anche se per un solo istante, nel patrimonio di questi, con la conseguenza che il ritrasferimento (immediatamente successivo) della quota a vantaggio del coniuge avverrebbe in ogni caso *a domino* (346). Venendo poi al punto b) andrà osservato che, se fosse vera l'affermazione secondo cui l'insediamento in comunione legale dei beni da acquistarsi per successione o donazione darebbe luogo ad «una interpretazione in aperto contrasto (...) con

(342) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 77, nota 11.

(343) Si noti, *per incidens*, che nel precedente regime comunitario non era prevista la possibilità di immettere in comunione i beni acquistati per successione o per donazione (cfr. l'abrogato art. 217 c.c.).

(344) Si noti che anche CONFORTINI, *op. cit.*, p. 306 s. e VALIGNANI, *op. cit.*, p. 389 rimarcano che il carattere futuro riguarda qui la donazione (futura rispetto alla convenzione) e non il bene, così che non si ravvisa un contrasto con l'art. 771 c.c.

(345) Sui rapporti tra donazione di cosa futura e donazione di cosa altrui cfr. da ultimo Cass., 5 febbraio 2001, n. 1596: «La donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla *ex art. 771 cod. civ.*, ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata *ex art. 1159 cod. civ.*, in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare».

(346) Per un approfondimento della questione si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 267 s.

il divieto di donare beni futuri» (347), non si comprenderebbe perché mai tale obiezione dovrebbe colpire la sola inclusione di beni *ex art.* 179 lett. *b*) e non già di qualsiasi acquisto futuro, anche *inter vivos*, e a titolo oneroso, da operarsi da parte di ciascuno dei coniugi. Proprio quest'ultima osservazione dimostra l'impossibilità di riferire le regole in tema di donazione alla convenzione intesa come atto diretto a porre in essere un regime patrimoniale, con contenuto, cioè, non necessariamente dispositivo, ma essenzialmente programmatico in ordine all'assetto economico della famiglia nel suo profilo dinamico ed eventuale (348).

Per ciò che attiene ai beni destinati a far parte della comunione *de residuo* (artt. 177, lett. *b*) e *c*), 178 c.c.) la dottrina maggioritaria, oltre alla scarsa giurisprudenza edita, appaiono orientate nel senso dell'ammissibilità della relativa inclusione nell'oggetto della comunione convenzionale, rilevando il difetto di ragioni in senso contrario (349). Si precisa peraltro che per tali rapporti le limitazioni di cui al terzo comma sembrano avere un senso solo in relazione al divieto di previsione di regole divisionali diverse da quella del *fifty-fifty* (350), mentre, per quanto riguarda l'amministrazione, la natura stessa della comunione *de residuo* implica che il titolare dei relativi rapporti ne possa liberamente disporre sino al momento dello scioglimento: logica impone pertanto che i contraenti fruiscono, nel momento in cui decidono di immettere in comunione immediata tali utilità, della più ampia sfera di libertà nel prevedere le regole di amministrazione, eventualmente anche in deroga a quanto statuito dagli artt. 180 s. c.c. (351).

(347) Cfr. CAPOZZI, *op. loc. ultt. citt.*; analoghe considerazioni in GALLETTA, *op. loc. ultt. citt.*

(348) Cfr. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 505; GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 514.

(349) Cfr. FRAGALI, *op. cit.*, p. 26; BARBIERA, *op. cit.*, p. 438; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 331; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1198; LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1265 s.; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 400; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 722; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, cit., p. 311 s.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 491 ss.; VALIGNANI, *op. cit.*, p. 390; SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 190; Trib. Udine, 23 dicembre 1977, in *Vita not.*, 1978, p. 431; Trib. Monza, 23 novembre 1982, citata da SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, cit., p. 311; *contra* GALLETTA, *La comunione convenzionale*, cit., 1061 s.; Id. *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 51 s.

(350) In questo senso sono anche A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1198.

(351) Sempre rimanendo in tema di convenzioni «ampliative» del contenuto del regime legale andrà infine osservato che, secondo la giurisprudenza, a tale novero non va ascritta la costituzione di società in nome collettivo tra coniugi in regime patrimoniale di comunione legale, con conferimento di beni personali ed attività, ed eventualmente anche con la partecipazione di un terzo (Trib. Reggio Emilia, 2 marzo 1981, in *Riv. notar.*, 1981, p. 196; Trib. Reggio Emilia, 17 dicembre 1984, in *Riv. notar.*, 1985, p. 440).

Per concludere in tema di convenzioni ampliative dell'oggetto della comunione legale andrà detto che la semplice stipula di una convenzione programmatica di comunione convenzionale non rappresenta di per sé una donazione. Ad escluderlo varrebbe già infatti il carattere reciproco delle previsioni, oltre che la (normale) presenza dell'intento di costituire le premesse economiche per un regolare svolgimento della vita coniugale, ciò che dovrebbe impedire *in limine* la possibilità di ravvisare un *animus donandi* (352). Peraltro non vi è dubbio che l'inserimento in comunione convenzionale di diritti di cui ciascuno dei coniugi era già titolare all'atto della convenzione possa essere inquadrato nello schema della donazione, quanto meno indiretta (353). Secondo la dottrina, poi, anche gli atti con i quali si procede all'acquisto di uno o più beni appartenenti a categorie non rientranti nella comunione legale, se effettuati con denaro o beni personali, costituirebbero altrettante donazioni indirette, con conseguente applicazione delle disposizioni in tema di revocazione degli atti a titolo gratuito compiuti in frode ai creditori, collazione e riduzione (354), ferma restando comunque, ad avviso di chi scrive, la necessità di accertare, volta per volta, la reale esistenza di un *animus donandi* (esistenza che dovrebbe essere negata laddove, per esempio, l'intento che muoveva le parti fosse solo quello di poter usufruire di agevolazioni fiscali).

La libertà negoziale dei coniugi può spingersi anche a prevedere riduzioni rispetto all'oggetto della comunione legale. La dottrina (355) fonda tale conclusione principalmente sulla constatazione per cui, posto che ai coniugi

(352) Estremamente chiara sul punto la giurisprudenza tedesca: cfr. per esempio BGH, 27 novembre 1991, in *FamRZ*, 1992, p. 304.

(353) Cfr. per esempio LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1254 s.; si noti che in punto forma soccorre comunque il disposto dell'art. 48 l. not.

(354) A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1202 s.; GALLETTA, *La comunione convenzionale*, cit., p. 1056 s.; secondo BIANCA, *Comunione legale e collazione*, in *Vita not.*, 1981, p. 805 s. la regola varrebbe addirittura anche per i beni caduti in comunione legale, purché acquistati con denaro personale o con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio.

(355) MOSCARINI, *Struttura e funzioni nelle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. notar.*, 1976, p. 164; RTI, *op. cit.*, p. 458; CIAN e VILLANI, *op. cit.*, p. 189; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 506 s.; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 331; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 77 s.; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1199 s.; LAURINI, *L'esclusione parziale dalla comunione legale*, in *Riv. notar.*, 1985, p. 1072 s.; SPINELLI e PARENTE *op. cit.*, p. 70; GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, cit., p. 343 s.; LO SARDO, *La comunione convenzionale nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 1273; QUADRI, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 402; DE PAOLA, *op. cit.*, p. 723 s.; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 303, 308 s.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 393; OBERTO, *Della comunione convenzionale*, cit., p. 494 s.; VALIGNANI, *op. cit.*, p. 391 ss.

è consentito derogare *in toto* al regime legale optando per quello di separazione, *a fortiori* vanno consentite forme, per così dire, più contenute di comunione. Esempi al riguardo potrebbero essere rappresentati dall'esclusione della caduta in comunione dei beni mobili, ovvero di quelli immobili, di quelli acquistati da uno solo dei coniugi, dalla eliminazione della figura della comunione *de residuo* (356), o viceversa dall'esclusione delle ipotesi di comunione immediata, con istituzione di un regime analogo a quello della *Zugewinnngemeinschaft* (§§ 1363 ss. BGB: si tratta, in buona sostanza, di una comunione differita degli incrementi patrimoniali conseguiti durante la vita coniugale) (357). L'unica voce contraria (358) vorrebbe argomentare la soluzione negativa dalla constatazione secondo cui l'esclusione di una o più categorie di beni si porrebbe in contrasto con la necessaria parità delle quote: ma è chiaro che altro è individuare l'oggetto della comunione (cioè predefinire quali rapporti giuridici sono destinati a farne parte) ed altro è stabilire quali saranno le quote pertinenti a ciascuno dei comunisti. Del resto, la tesi prevalente ha dalla sua due argomenti letterali, ricavabili, rispettivamente, dall'art. 191 cpv. c.c., che contempla un'ipotesi di scioglimento parziale, nonché — soprattutto — dall'art. 2647 c.c., laddove viene fatta menzione delle «convenzioni matrimoniali che escludono i beni medesimi dalla comunione tra i coniugi» e «del bene escluso».

22. Autonomia negoziale dei coniugi e separazione dei beni.

Pure nel regime di separazione dei beni (359) si possono cogliere chiari i segni del riconoscimento dell'autonomia dei coniugi, a cominciare dal fatto

(356) In senso favorevole a tale conclusione v. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 108 ss.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 296 s.; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 309; PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., p. 468; VALIGNANI, *op. cit.*, p. 394. *Contra* GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 77.

(357) Cfr. per esempio ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?», cit.*, p. 947 ss.

(358) DE RUBERTIS, *Pubblicità immobiliare e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Vita not.*, 1984, p. 128 s.

(359) Su cui v. per tutti GRASSO, *La comunione convenzionale*, cit., p. 541 ss.; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, *op. ult. cit.*, p. 498 ss.; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 59 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1207 ss.; MAIORCA, voce *Separazione dei beni tra coniugi*, cit., p. 77 ss.; GIUSTI, voce *Separazione dei beni tra coniugi*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1435 ss.; CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 419 ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996, p. 1 ss.; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 143 ss.; OBERTO, *Del regime di separazione dei beni*, in AA.VV., *Codice della famiglia, rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di M. Dogliotti, I,

stesso — già ricordato — che il legislatore, nell'attribuire alla comunione la dignità di regime legale, ha pur tuttavia concesso alle parti di escluderne *in toto* l'operatività, a costo di attirarsi le (infondate) critiche di una scarsa attuazione del principio scolpito nell'art. 29 Cost. (360). A parte la disputa circa la configurabilità della separazione dei beni alla stregua di un regime ovvero — tutto al contrario — di un «non regime», questione su cui non ci si può intrattenere in questa sede (361), va notato che i segni del rilievo attribuito alla negoziabilità si colgono già a partire dal momento genetico dell'istituto in discorso ed in particolare da quella «scelta dichiarata nell'atto di celebrazione del matrimonio», ex art. 162 cpv. c.c., cui va sicuramente riconosciuto carattere negoziale, con tutte le conseguenze che ne derivano, sul piano sia della forma che della sostanza (362).

Né vale in questo campo distinguere, come pure si è tentato di fare (363), tra *fattispecie* (convenzione costitutiva di un regime) e *rapporto* (il regime, cioè, costituito dalla convenzione), al fine di negare la possibilità di trasfondere le conclusioni sviluppate con riguardo alla prima nel campo del secondo, atteso il già evidenziato strettissimo legame esistente nel nostro sistema tra la convenzione e il regime di fonte convenzionale, per cui il carattere negoziale e atipico della prima non può non permeare di sé il secondo.

Tutta la materia, poi, dell'amministrazione e del godimento dei beni (364) è governata dal principio della libera disponibilità da parte dei rispettivi titolari (365), mentre la sanzione prevista dall'ultimo comma dell'art. 217 c.c. per il coniuge che abbia amministrato o comunque compiuto atti sui beni dell'altro, nonostante l'opposizione di quest'ultimo, conferma la necessità del ricorso agli ordinari strumenti negoziali (in particolare alla procura e al mandato) richiamati direttamente o indirettamente dai commi secondo e terzo dell'art. cit.

Milano, 1999, p. 503 ss.; CAVALLARO, *op. cit.*, *passim*; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 307 ss.; BRUSCUGLIA e GORGONI, *La separazione dei beni*, in AA.Vv., *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 477 ss.; SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, cit.; ID., *Diritto di famiglia*, cit., p. 190 ss.

(360) Sul tema v. per tutti CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 17 ss.; v. inoltre i richiami in CAVALLARO, *op. cit.*, p. 4; SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, cit., p. 873 ss.

(361) V. in generale CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 17 ss.; ID., *op. cit.*, II, cit., p. 59 ss.; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 18; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, cit., p. 608 s.

(362) Sul tema v. per tutti CAVALLARO, *op. cit.*, p. 18 s.

(363) Cfr. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., p. 17.

(364) Artt. 217 s. c.c., su cui v. variamente gli autori citati all'inizio del presente §.

(365) V. in particolare quanto disposto dall'art. 217, primo comma, c.c.

Semmai il problema è dato proprio dal significato da attribuire alla attività negoziale delle parti, specie se nella stessa vengano coinvolti terzi. In particolare ci si deve chiedere quali rimedi competano, nel caso di crisi coniugale, al coniuge (o ex tale) che abbia fornito, in regime di separazione dei beni, denaro per l'acquisto di un immobile effettuato esclusivamente dall'altro. La risposta a tale interrogativo non può essere univoca, dovendo necessariamente avere riguardo alle particolarità del caso concreto e tenendo conto del fatto che la giurisprudenza rigetta la tesi dell'applicabilità alla specie dell'art. 219 c.c., ed in particolare della presunzione di comproprietà in esso contenuta. La disposizione, secondo i giudici, concerne essenzialmente le controversie relative a beni mobili, siccome la prova della proprietà degli immobili risulta di solito da un titolo non equivoco, ed è volto principalmente a derogare, attraverso la presunzione posta nel secondo comma, alla regola generale sull'onere della prova in tema di rivendicazione, mentre nessuna deroga configura alla normale disciplina della prova dei contratti formali, in particolare degli acquisti immobiliari. Le relative domande giudiziali — dirette a rivendicare la proprietà o la comproprietà dell'immobile « intestato » all'altro coniuge — vengono pertanto, in pratica, sistematicamente rigettate, richiedendosi, in alternativa: *a*) la presenza di un mandato senza rappresentanza rilasciato per iscritto dal titolare dei capitali investiti al soggetto intestatario, qualora la tesi sostenuta sia quella dell'esistenza di un obbligo di ritrasferire, violato dall'autore dell'acquisto (interposizione reale); *b*) la presenza di un contratto dissimulato redatto, sempre per iscritto, tra chi ha sborsato il denaro, chi ha operato l'acquisto ed il terzo dante causa (interposizione fittizia) (366). L'applicazione proprio di tali regole alle coppie in regime di separazione è assolutamente costante da parte della giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, con la conseguenza che l'ambito di operatività dell'art. 219 cit. viene circoscritto al campo dei beni mobili (367).

(366) Su tutti questi argomenti visti nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra conviventi *more uxorio* e per i necessari approfondimenti, anche con riguardo ai profili comparatistici, si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 130 s.

(367) Cfr. Cass., sez. un., 23 aprile 1982, n. 2494, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1895, con nota di JANNARELLI; in *Vita not.*, 1982, p. 1233; in *Dir. fam. e pers.*, 1982, p. 1204; negli stessi termini, v. anche le successive Cass., 28 marzo 1990, n. 2540, in *Arch. civ.*, 1990, p. 782; Cass., 10 febbraio 1995, n. 1482 (che ammette la prova per testi per il solo caso di perdita incolpevole del documento e non anche, dunque, nel caso in cui si deduca un semplice principio di prova per iscritto); Cass., 15 novembre 1997, n. 11327. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, 18 luglio 1980, in *Tem. rom.*, 1983, II, p. 393; Trib. Milano, 19 settembre 1983, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, p. 159; Trib. Catania, 11 luglio 1986, in *Dir. fam. e pers.*, 1987, p. 228 (per un caso in cui, invece, i giudici hanno riconosciuto la presenza di un negozio fiduciario, peraltro risultante da atto scritto, ed hanno invece disposto, ex art. 2932 c.c., il trasferimento di una quota del bene al coniuge fiduciante, v. Trib. Messina, 27 maggio 1988, in *C.E.D. — Corte di cassazione, Arch. merito*, pd. 891442). I

Una volta scartata, dunque, la soluzione « giusfamiliare » basata su tale disposizione occorrerà verificare se per caso il diritto comune non offra rimedi in grado di consentire al coniuge che ha erogato i mezzi per l'acquisto un recupero degli stessi.

L'ipotesi più frequente è quella in cui il denaro sia stato direttamente corrisposto al terzo dante causa. La giurisprudenza tende qui, come noto, a ravvisare un'ipotesi di donazione indiretta; più esattamente, mentre un tempo si vedeva nell'operazione una donazione indiretta del denaro, vi si scontra ora una donazione indiretta dell'immobile. La questione appare strettamente legata a quella, dibattutissima, dell'individuazione dell'oggetto del conferimento in collazione, *ex art. 737 c.c.* Al riguardo andrà segnalato che le più recenti pronunce, superando un precedente — peraltro non univoco — indirizzo (368), hanno ritenuto necessario spostare, per così dire, l'attenzione dall'impoverimento del donante all'arricchimento del donatario, per lo meno tutte le volte in cui le parti, invece di porre in essere un trasferimento diretto del denaro dal donante al donatario, ricorrono alla vendita come mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario della detta traslazione.

Si ritiene pertanto oggi che il bene da conferire in collazione, nel caso di acquisto da parte del donatario indiretto contro pagamento del prezzo direttamente effettuato dal donante al terzo, sia appunto il bene e non già il denaro impiegato per l'acquisto (369). Tornando dunque al campo dei rap-

principi di cui sopra sono condivisi dalla dottrina, la quale sottolinea l'inapplicabilità dell'art. 219 c.c. ai beni immobili: cfr. OPPO, *Acquisto alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 158; CATTANEO, *op. cit.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., p. 483 s.; CORSI, *op. cit.*, II, p. 63; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1215; GIUSTI, voce *Separazione dei beni tra coniugi*, cit., p. 1452; DOGLIOTTI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 135; DE PAOLA, *op. cit.*, III, cit., p. 17 s.; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 315 s.; *contra* ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale «atipico»?*, cit., p. 335; sul tema cfr. inoltre OBERTO, *Del regime di separazione dei beni*, cit., p. 519 ss.; SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, cit., p. 883 ss.

(368) V. per esempio Cass., 11 maggio 1973, n. 1255; Cass., 19 ottobre 1978, n. 4711.

(369) Cfr. Cass., 31 gennaio 1989, n. 596, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1726; Cass., 6 maggio 1991, n. 4986, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2981; Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, I, 1544, con note di FABIANO e di DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della Cassazione si consolida*; Cass., 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, 614, con nota di DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente*; per una rassegna del variegato panorama dottrinale e giurisprudenziale cfr., oltre alle note testé citate, CARNEVALI, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VI, Torino, 1982, p. 535 s.; MENGONI, *Successione necessaria*, Milano, 1992, p. 201 s.; ID., *Succes-*

porti tra coniugi, la donazione indiretta — si diceva — viene usualmente ravvisata nell'ipotesi di acquisto di un bene da parte dell'uno con denaro versato direttamente dall'altro al terzo dante causa (370). Talora il ragionamento è stato esteso anche all'ipotesi di dazione del denaro al coniuge con «lo scopo, preciso e specifico, di fargli acquistare un bene» (371). Ciò determina, in base ai noti principi in tema di donazione indiretta (art. 809 c.c.), l'inapplicabilità delle disposizioni in materia di forma dettate dall'art. 782 c.c., con conseguente «salvezza» dell'acquisto in capo al coniuge intestatario, nonché reiezione di qualsiasi pretesa avanzata dal soggetto erogatore del denaro, anche se solo diretta al mero rimborso delle somme versate (372).

Non è però detto, per lo meno in linea di principio, che questa debba essere sempre la sorte delle attribuzioni di cui si discute. Come si è infatti cercato di dimostrare in relazione ai rapporti tra conviventi *more uxorio*, anche sulla scorta di alcune esperienze straniere (373), sovente uno dei tratti fondamentali che sembrano caratterizzare tali tipi di atti è costituito dalla difficoltà di rinvenire l'*animus donandi*. Ciò vale, in particolare, per quei negozi diretti, sì, a rendere possibile un acquisto esclusivamente in capo al ricevente, ma relativamente a beni che, nell'intenzione del «donante» sarebbero destinati a servire ad entrambi. Esempio tipico è l'acquisto della casa di abitazione, ovvero anche di quella delle vacanze, oppure dell'autovettura destinata all'uso da parte del nucleo familiare, e così via. È chiaro che qui

sioni, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 183 s.; v. inoltre i rilievi critici di FORCIELLI, *Acquisto dell'immobile con denaro del defunto e certezza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1994, I, p. 47 s.

(370) Cfr. Cass. 1° luglio 1966, n. 1697 («Se un coniuge fornisce danaro all'altro coniuge al preciso scopo di fargli acquistare un bene immobile si ha donazione indiretta»); più di recente, v. Cass., 23 dicembre 1992, n. 13630, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 112.

(371) Cass., 19 novembre 1971, n. 3346 («Nel caso di donazione di somme di denaro tra coniugi, l'ipotesi in cui l'elargizione sia fatta senza alcuna particolare destinazione, e rimanga perciò nell'ambito di una vera e propria donazione di denaro, deve mantenersi ben distinta dall'altra ipotesi in cui l'elargizione stessa abbia lo scopo, preciso e specifico, di fare acquistare al coniuge beneficiario un bene, giacché, nel primo caso, essendosi in presenza di una vera e propria donazione di somma, il riconoscimento della nullità della donazione medesima produrrà l'effetto dell'obbligo, per il donatario, di restituire la somma stessa, mentre, nel secondo, constatandosi l'esistenza di un procedimento indiretto, tendente, attraverso la donazione di denaro, a fare acquistare al donatario il bene, la nullità dichiarata della donazione dovrà produrre i suoi effetti in guisa da eliminare integralmente il vantaggio del donatario, cosicché gli effetti restitutori verso il donante devono incidere sul bene acquistato, e non sulla somma fornita»); Cass., 14 maggio 1973, n. 1351 (negli stessi termini di cui alla precedente).

(372) Cfr., da ultimo, Cass., 23 dicembre 1992, n. 13630, cit., proprio in relazione ad una controversia tra coniugi.

(373) OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, loc. cit.; ID., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, p. 81 ss.

l'eventuale difetto dell'intento liberale impedirebbe all'interprete di ravvisare in quelle operazioni economiche gli estremi della donazione, ancorché indiretta (374).

Se dunque, in base alle argomentazioni sopra svolte, si negherà la presenza di una donazione, ancorché indiretta, l'interprete dovrà, caso per caso, indagare se per avventura l'attribuzione non sia sorretta da un'autonoma causa, distinta da quella *donandi*. E ciò egli dovrà fare avvalendosi, ovviamente, degli elementi offerti dalla fattispecie concreta. Così, per esempio, l'esistenza di un accordo per la restituzione della somma messa a disposizione dal «donante» dovrebbe indurre ad affermare l'esistenza di un mutuo, mentre l'intesa in forza della quale quello dei coniugi che agiva verso l'esterno lo avrebbe dovuto fare per conto dell'altro, con l'impegno ad operare il ritrasferimento nei suoi confronti, dovrebbe far propendere per l'esistenza di un mandato o di un negozio fiduciario. In assenza di uno di questi elementi, non rimarrà che riconoscere ingiustificata (sin *ab initio*) l'attribuzione e dunque proporre l'applicazione di rimedi di diritto comune, quali la ripetizione dell'indebito o l'arricchimento ingiustificato, in maniera in tutto e per tutto simile a quanto si è ritenuto di dover suggerire con riguardo all'analogo problema delle attribuzioni patrimoniali tra conviventi *more uxorio* (375).

(374) Su questa linea si è posta, ma in maniera ancora assai timida, una parte della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi in materia di attribuzioni tra coniugi effettuate tanto durante il periodo della convivenza, che in vista (o in sede) di una regolamentazione patrizia della crisi coniugale: sul primo aspetto, cfr. Cass., 13 maggio 1980, n. 3147, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2515, secondo cui «La donazione indiretta ha la sua causa, così come la donazione diretta, nella liberalità, e cioè nella consapevole determinazione dell'arricchimento del beneficiario mediante attribuzioni od erogazioni patrimoniali operate *nullo iure cogente*. Ciò comporta che nell'ipotesi di donazione indiretta (...) vanno seguiti, ai fini dell'individuazione della causa e della rilevazione dei suoi vizi, i medesimi principi e criteri che valgono per la donazione diretta. (Nella specie, l'attore agiva per la restituzione di beni intestati alla moglie, in base alla considerazione che questi, oggetto di donazione indiretta, dovevano essere destinati a vantaggio della famiglia e alla normale convivenza dei coniugi, e i giudici del merito hanno escluso che incombesse ai donatari l'onere di provare lo spirito di liberalità del donante, per poter trattenere i beni in questione nonostante la sopravvenuta separazione giudiziale tra i coniugi, ritenendo che, per contro, spettasse al donante dimostrare che la donazione fosse preordinata o subordinata alle pretese finalit , divenute irrealizzabili o frustrate dalla donataria. La corte suprema, nel confermare questa decisione, ha enunciato il precisato principio)».

(375) Cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 145 s. In giurisprudenza, un'apertura verso tale soluzione sembra rinvenibile in Cass., 5 dicembre 1970, n. 2565: «Nel caso di mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili nullo per mancanza della forma scritta richiesta *ad substantiam*, colui che ha conferito l'incarico non pu  rivendicare il bene acquistato dal mandatario e neppure pu  agire contro di questi per il risarcimento dei danni conseguenti al mancato ritrasferimento, in quanto non   sorto l'obbligo alla prestazione sostitutiva di quella dedotta in contratto. Compete al mandante, in tal caso, solo il diritto di ripetere dal mandatario ci  che gli ha prestato per la esecuzione del mandato, in base alle norme sul pagamento dell'indebito».

23. Autonomia negoziale dei coniugi, fondo patrimoniale e impresa familiare.

Anche per quanto riguarda il fondo patrimoniale la dottrina sottolinea, quale aspetto qualificante del rilievo attribuito alla autonomia negoziale, l'ampiezza dei poteri riconosciuti ai coniugi in ordine all'impiego dei beni sottoposti a vincolo (376), cui potrebbe sicuramente aggiungersi il potere delle parti di determinare discrezionalmente il contenuto dell'atto costitutivo del fondo nel rispetto dei principi fondamentali che caratterizzano l'istituto (377). Prima ancora, anzi, occorrerà sottolineare che il riconoscimento di tale autonomia si spinge a consentire al costituente di derogare addirittura a talune disposizioni poste a tutela dell'interesse familiare.

Ci si intende qui riferire alla norma contenuta nell'art. 169 c.c., singolare esempio di cattiva tecnica legislativa, caratterizzata da una bizzarra forma di contorsionismo verbale in cui, come è stato esattamente notato (378), tre «se» e tre «non» si accoppiano e si susseguono, ma da cui appare comunque chiaro che al costituente è consentito di prevedere che i coniugi dispongano liberamente dei beni del fondo, pur in presenza di figli minori. Conclusione, questa, cui perviene la dottrina maggioritaria (379) e con essa la giurisprudenza (380). La soluzione appare senz'altro condivisibile

(376) MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 105.

(377) In questo senso cfr. anche AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 359.

(378) CORSI, *op. cit.*, I, cit., p. 98.

(379) GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 304; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 139 ss.; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 825 s.; CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 103; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 237 ss., 246 s.; CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova 1992, p. 356; AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, cit., 1997, p. 385 ss.; DE FALCO, *Separazione dei beni, comunione convenzionale e fondo patrimoniale*, cit., p. 12 (il quale rileva che la soluzione appare in linea non solo con la lettera della legge, bensì anche con il principio dell'autonomia negoziale, atteso che nella specie i coniugi dispongono di beni propri e non dei figli minori, a differenza delle ipotesi di cui all'art. 320 c.c.).

(380) Trib. Roma, 27 giugno 1979, in *Riv. notar.*, 1979, p. 952; cfr. inoltre Trib. Min. Roma, 9 giugno 1998, in *Riv. notar.*, 1999, II, p. 166 («In presenza di figli minori, qualora nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale sia previsto che i beni oggetto del fondo possano essere liberamente alienati, ipotecati o vincolati senza necessità di autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 169 cod. civ., la costituzione di ipoteca sui beni del fondo è già autorizzata dall'atto costitutivo, non essendo necessario alcun intervento giudiziale»); Trib. Verona, 30 maggio 2000, in *Giur. merito*, 2000, I, p. 1164 («Se l'atto costitutivo del fondo patrimoniale, concordato tra i coniugi, li dispensi espressamente dall'autorizzazione del tribunale ove intendano, d'accordo, alienare beni conferiti nel fondo, la presenza di figli minorenni non comporta la necessità di detta autorizzazione»). Cfr. inoltre Trib. Trapani, 26

alla luce del disposto dell'art. 169 c.c.; né in contrario vale asserire l'anomalia di un intervento giurisdizionale la cui necessità venisse rimessa alla volontà delle parti (381): l'art. 356 c.c. sta invero a dimostrare che il nostro ordinamento conosce quanto meno un caso in cui la necessità di un intervento autorizzativo previsto come normale dalla legge può essere escluso per effetto della volontà dei privati.

Altro rilevante profilo di autonomia nell'istituto in questione è costituito dalla possibilità di suo scioglimento per via consensuale. Invero, dal raffronto dell'art. 171 c.c. con il suo omologo in tema di comunione legale (art. 191 c.c.) emerge che talune fattispecie estintive di quest'ultimo regime non sono prese qui, almeno espressamente, in considerazione. In particolare, non si prevede l'ipotesi del mutamento convenzionale di regime, con la conseguenza che, secondo alcuni, il fondo non potrebbe essere eliminato mediante la stipula di una nuova convenzione, bensì solo «esaurito», per effetto dell'alienazione dei beni che lo costituiscono (382). Si è però obiettato al riguardo che l'art. 171 c.c. non sembra derogare alla generale previsione di cui all'art. 163 c.c., con conseguente possibilità, nel caso di costituzione del fondo a mezzo di convenzione matrimoniale, di una modifica della medesima, o addirittura di una sua risoluzione consensuale, nel rispetto delle prescrizioni formali dell'art. ult. cit. (383). Proprio questa soluzione,

maggio 1994; Trib. Cagliari, 16 febbraio 2000; Trib. Milano, 1 marzo 2000; Trib. Ravenna, 31 maggio 2001, tutte citate da DE FALCO, *Separazione dei beni, comunione convenzionale e fondo patrimoniale*, cit., p. 12.

(381) Così CIAN e CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 834.

(382) CORSI, *op. cit.*, II, cit., p. 105.

(383) GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 316 s.; CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, cit., p. 66; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 391; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., p. 288; DI SAPIO, *Lo scioglimento (volontario) del fondo patrimoniale in presenza di figli minori e l'immortalità di Socrate*, nota a Trib. Roma, 14 giugno 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 1247 ss. (che ritiene ammissibile uno scioglimento consensuale del fondo solo in caso di assenza di figli minori); ZACCARIA, *Lo scioglimento del fondo patrimoniale per contrario consenso*, in *Studium iuris*, 1999, p. 763 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale in presenza di figli minori d'età*, nota a Trib. Min. L'Aquila, 3 maggio 2001, in *Fam. dir.*, 2001, p. 545 ss. (che ritiene ammissibile senza limiti lo scioglimento consensuale, ma richiede l'autorizzazione giudiziale in caso di presenza di figli minori); CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, p. 622 ss., 632 ss.; DE FALCO, *Separazione dei beni, comunione convenzionale e fondo patrimoniale*, cit., p. 14 s. *Contra* A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 832 s. In giurisprudenza ammettono la possibilità di una risoluzione consensuale del negozio costitutivo del fondo Trib. Vicenza, 19 luglio 1985, in *Vita not.*, 1985, p. 731; Trib. Min. Venezia, 17 novembre 1997, in *Riv. notar.*, 1998, p. 223 («Pur in mancanza di un'espressa previsione di legge, è ammissibile lo scioglimento del fondo patrimoniale per espressa volontà manifestata in tal senso dai costituenti. Nel caso in cui vi siano figli minori è competente all'autorizzazione il Tribunale dei minorenni»); Trib. Min. Lecce, 25 novembre 1999, in *C.E.D. — Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 1070A2 («Al fondo patrimoniale è applicabile la normativa gene-

senz'altro preferibile, alla luce della normativa citata, esalta l'autonomia contrattuale dei coniugi anche in tale settore (384).

Anche la disciplina dell'impresa familiare concede un ampio spazio all'autonomia privata, a cominciare dal celebre inciso «salvo che sia configurabile un diverso rapporto», con cui s'apre l'art. 230-*bis* c.c. e che — quasi *ad instar* di quanto stabilito dall'art. 159 c.c. con riguardo al regime legale — s'espone alla critica di consentire alle coppie «accorte» di evitare le disposizioni poste a tutela del «coniuge debole», rimuovendo *in toto* un istituto che, nell'intenzione del legislatore, avrebbe dovuto apprestare un rimedio ai problemi posti dalla spontanea prestazione di attività lavorativa nell'ambito della comunità familiare.

A prescindere poi dalle dispute sulla natura dell'istituto, cui non può ovviamente farsi neppure un sommario richiamo in questa sede (385), va detto che la giurisprudenza, pur riconoscendo la natura sostanzialmente

rale (163, 171 c.c.) che prevede la modificabilità delle convenzioni matrimoniali. Pur in mancanza di un'espressa previsione di legge, pertanto, è ammissibile lo scioglimento del fondo patrimoniale, per espressa volontà manifestata in tal senso dai costituenti. Nel caso in cui vi siano figli minori, è competente, per l'autorizzazione, il Tribunale dei Minorenni»; Trib. Min. Venezia, 7 febbraio 2001, in *Riv. notar.*, 2001, II, p. 1189 («In base al combinato disposto degli artt. 171 cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ., il Tribunale dei Minorenni non è competente ad autorizzare la convenzione di scioglimento del fondo patrimoniale, per la quale è di conseguenza sufficiente l'atto pubblico notarile»); Trib. min. L'Aquila, 3 maggio 2001, in *Fam. dir.*, 2001, p. 451, con nota di MOROZZO DELLA ROCCA («Può essere autorizzato lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale costituito dai coniugi quando ciò corrisponda all'interesse della famiglia. Tale interesse, in particolare può consistere nell'opportunità di salvaguardare il patrimonio personale di uno dei coniugi costituenti, evitandone il fallimento, quando ciò impedirebbe al fallito di contribuire adeguatamente nel rispondere ai bisogni familiari»). *Contra*, per l'inammissibilità dello scioglimento per concorde volontà dei contraenti v. Trib. Roma, 14 giugno 1999, in *Dir. fam. pers.*, 1999, I, p. 1245, con nota di DI SAPIO («Allorché il vincolo nuziale non sia stato annullato o posto nel nulla per divorzio, il regime del fondo patrimoniale costituito per volontà dei coniugi su di una unità immobiliare da essi acquistata dopo il matrimonio e di proprietà comune, in parti uguali, non può essere consensualmente risolto dai coniugi, ed il loro ricorso congiunto a tal uopo diretto va respinto); Trib. Min. Perugia, 20 marzo 2001, in *Riv. notar.*, 2001, II, p. 1189 («Al di fuori dei casi tassativi previsti dagli artt. 169 cod. civ. e 171 cod. civ. non è possibile porre fine alla destinazione impressa dalla costituzione di un fondo patrimoniale: non è quindi ammesso lo scioglimento convenzionale di tale convenzione matrimoniale»). Sul problema del carattere tassativo o esemplificativo dell'elenco di cui all'art. 171 c.c. v. infine AULETTA, *op. cit.*, 1990, p. 400 s.; in generale sul tema v. anche DE PAOLA, *op. cit.*, III, p. 127 s.

(384) In questo senso v. anche ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., p. 218.

(385) Sul tema per tutti v. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, p. 61 e nota 71; P. CARBONE, *Per un fondamento contrattuale dell'impresa familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 1039; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 1380; CAGNASSO, *Impresa familiare e società*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 133; NUZZO, *L'impresa familiare*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 437 ss.; BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano, p. 665 ss.

quasi-contrattuale dell'impresa familiare (386), riconosce comunque effetto al negozio che se ne ponga eventualmente all'origine, non lasciando così priva di effetti la volontà diretta a costituire una serie di rapporti economici purché non in contrasto con le disposizioni dell'art. 230-*bis* c.c. ritenute dotate del carattere di imperatività (387).

24. L'autonomia privata di fronte all'art. 2645-*ter* c.c. nell'intreccio delle relazioni familiari. I rapporti con il fondo patrimoniale.

È noto che il concetto di destinazione patrimoniale ha trovato espresso riconoscimento legislativo con l'art. 39-*novies* della l. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione con modifiche del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 («Recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative»), che è venuto ad introdurre nel nostro ordinamento il già più volte ricordato art. 2645-*ter* c.c., volto a consentire «atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela» (388).

(386) Per un accenno alla questione cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 225 s., nota 14.

(387) Cass., 16 aprile 1992, n. 4650, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1052, con nota di BALESTRA.

(388) Sull'istituto, in generale, cfr. BARTOLI, *Prime riflessioni sull'art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Corr. merito*, 2006, p. 697 ss.; ID., *Riflessioni sul «nuovo» art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, p. 5 ss.; ID., *Mandato e trust*, in AA.VV., *Il mandato*, opera diretta da Cuffaro, Bologna, 2011, p. 455 ss.; ID., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 5 ss.; MIRZIA BIANCA, D'ERRICO, DE DONATO, PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006; M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice Tutelare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 187 e ss.; EAD., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 197 ss.; EAD., *La categoria dell'atto negoziale di destinazione: vecchie e nuove prospettive*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, p. 177 ss.; EAD., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema «Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645-ter c.c.», organizzato dal Consiglio Notarile di Milano il 19 giugno 2006; EAD., *Il negozio di destinazione e il principio della responsabilità patrimoniale*, relazione al Convegno «Le sistemazioni patrimoniali "dedicate" tra negozi di destinazione e organizzazione dell'impresa» organizzato dall'Università degli Studi di Foggia Facoltà di Giurisprudenza svoltosi a Lucera (30-31 marzo 2007); EAD., *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca (atti della Tavola Rotonda che ha avuto luogo il 17 marzo 2006 presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università di Roma «La Sapienza»), Milano, 2007, p. 29 ss.; DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema «Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645-ter c.c.», cit.; D'ERRICO, *Trascrizione del vincolo di destinazione*, testo dattiloscritto agli atti del Convegno sul tema «Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645-ter

Nel presente scritto — tralasciati i profili generali dell'istituto, tra cui si

c.c.», cit.; FANTICINI, *L'articolo 2645-ter del codice civile*: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche", in AA.VV., *La tutela dei patrimoni*, a cura di Montefameglio, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 327 ss.; FRANCO, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, p. 315 ss.; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, già disponibile alla pagina web seguente: http://judicium.it/news/ins_08_04_06/Gazzoni,%20nuovi%20saggi.html (l'articolo, ora cancellato dal sito predetto, è pubblicato anche in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 ss.; le citazioni di questo lavoro nel presente scritto si riferiscono al testo che già fu online, ma il cui contenuto è comunque fedelmente riprodotto nella rivista citata); M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts att. fid.*, 2006, p. 169 ss.; in *Riv. notar.*, 2006, p. 467 ss.; MANES, *La norma sulla trascrizione degli atti di destinazione è dunque norma sugli effetti*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 626 ss.; PETRELLI, *La trascrizione degli atti destinazione*, dattiloscritto agli atti del Convegno organizzato a Firenze dalla Associazione Italiana Giovani Notai il 24 giugno 2006 sul tema «Gli atti di destinazione e la trascrizione dopo la novella» (l'articolo è pubblicato anche in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 161 ss.; le citazioni di questo lavoro nel presente scritto si riferiscono al dattiloscritto); PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645-ter: il trust e l'araba fenice*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1314 ss.; R. QUADRI, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1717 ss.; VECCHIO, *Il nuovo articolo 2645-ter cod. civ. Gli atti di destinazione di cui al novellato art. 2645-ter: profili applicativi*, in *Quotidiano giuridico*, 18 dicembre 2006; ID., *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, II, p. 795 ss.; BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., p. 131 e ss.; ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 398 ss.; CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645-ter c.c.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 526 ss.; D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, p. 1517 ss.; DI PROFIO, *Vincoli di destinazione e crisi coniugale: la nuova disciplina dell'art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 [erroneamente indicata come 23] marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, p. 3189 ss.; DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1257 ss.; ID., *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di handicap: un'esposizione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, VI, a cura di Lenti, Milano, 2012, p. 641 ss.; DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 946 ss.; DORIA, *Il patrimonio «finalizzato»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 485 ss.; FUSARO, *La posizione dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, cit., p. 30 ss.; ID., *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, in *Riv. notar.*, 2014, I, p. 1 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 321 ss.; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 1 ss.; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, p. 1069 ss.; LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 229 ss.; MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, p. 1047 ss.; MATANO, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione. Uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche protette*, nota a Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in *Riv. notar.*, 2007, p. 367 ss.; MERLO, *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter*, in *Riv. notar.*, 2007, p. 509 ss.; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007; ID., *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo*

potranno segnalare i rapporti con il *trust* (389), o la nota disputa sull'essere

scopo, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1365 ss.; OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 351 ss.; ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 202 ss.; ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA.Vv., *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di R. Calvo e A. Ciatti, Torino, 2014, p. 140 ss.; OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 1 ss.; PARTISANI, *L'art. 2645 ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 779 ss.; PINI, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e attuali orientamenti*, in *AIAF*, 2007, 2, p. 43 ss.; ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore*, in *Giur. merito*, suppl. n. 1/2007, p. 49 ss.; SPADA, *Destinazioni patrimoniali e impresa (patrimonio dell'imprenditore e patrimoni aziendali)*, *ibidem*; ASTONE, *L'atto di destinazione: struttura, funzione, tipologia*, Milano, 2008; CONDÒ, *Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materia di successione*, in *Trusts att. fid.*, 2008, p. 357 ss.; FREZZA, *Sull'effetto distintivo, e non traslativo, della separazione ex art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 194; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2008, p. 993 ss.; ID., *Atti di destinazione trascrivibili ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in ID., *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano 2007, p. 70 ss.; PETTI, *Atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e separazione consensuale dei coniugi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 233 ss.; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'articolo 2645-ter c.c.*, Padova, 2008; AA.Vv., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, Padova, 2008; BULLO, *Sub art. 2645-ter c.c.*, in *Commentario breve al codice civile*, a cura di Cian, Padova, 2009, p. 3329 ss.; CEOLIN, *Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2009, p. 873 ss.; ID., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Milano, 2010; ID., *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 358 ss.; DI LANDRO, *L'art. 2645-ter c.c. e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. notar.*, 2009, I, p. 583 ss.; IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. notar.*, 2009, III, p. 1289 ss.; JANNARELLI, *Brevi note a proposito di « soggetto giuridico » e di « patrimoni separati »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1253 ss.; MARRA, *Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645 ter c.c. nell'accordo di separazione fra coniugi*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1199 ss.; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; G.A.M. TRIMARCHI, *Negozi di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 2009, p. 426 ss.; VALORE, *Amministrazione di sostegno e vincolo di destinazione*, in *Corr. merito*, 2009, p. 619 ss.; MASTROMATTEO, *La destinazione di un cespite immobiliare al mantenimento della prole soddisfa un interesse certamente meritevole di tutela*, nota a Trib. Bologna, 5 dicembre 2009, in *Civiltista*, 2010, n. 9, p. 93 ss.; ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile. L'art. 2645-ter*, in *Riv. notar.*, 2010, p. 621 ss.; D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, in *Riv. notar.*, 2011, p. 801 ss.; GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2011, p. 1085 ss.; MARZI, *Mantenimento dei figli e atti di disposizione ex art. 2645-ter c.c.*, in *AIAF*, 2011, n. 3, p. 64 ss.; RISPOLI, *L'applicazione dell'art. 2645-ter: involuzione ed evoluzione della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 319 ss.; AA.Vv., *Atti di destinazione - Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012, Approvato dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012, in <http://www.notariato.it/sites/default/files/357-12-c.pdf>; CALVO, *Vincoli di destinazione*, Bologna, 2012; CORDIANO, *Nuovi contesti familiari e nuove esigenze di tutela: strumenti deflattivi e riduzione dei costi individuali nella crisi familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 58 ss.; COSTANZA, *L'atto di desti-*

l'art. 2645-ter c.c. norma sui soli effetti e non, invece (come correttamente ammesso dalla tesi assolutamente prevalente), sulla fattispecie (390), o, an-

nazione non consente il concordato preventivo, nota a Trib. Verona, 13 marzo 2012, in *Fall.*, 2012, p. 972 ss.; DI SAPIO e GIANOLA, *Un meccanismo di protezione che tutela le esigenze primarie comuni alla famiglia*, nota a Trib. Saluzzo, 19 luglio 2012, in *Famiglia e minori*, 22 dicembre 2012; GALLUZZO, *Selezione degli "interessi meritevoli di tutela" nell'applicazione dell'art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Corr. giur.*, 2012, p. 398 ss.; ID., *L'amministrazione dei beni destinati*, Milano, 2012, *passim*; ID., *Autodestinazione e destinazione c.d. dinamica: l'art. 2645 ter cod. civ. come norma di matrice sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 128 ss.; FRANCESCA, *Le destinazioni all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico*, in *Riv. notar.*, 2012, I, p. 1035 ss.; LEUZZI, *I trusts nel diritto di famiglia*, Milano, 2012, p. 145 ss.; MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. notar.*, 2012, II, p. 319 ss.; PANZANI, *Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, vol. 10, fasc. 19, p. 9 ss.; SALVATORE, *Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali?*, in *Riv. notar.*, 2012, I, p. 1086 ss.; BELLOMIA, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 698 ss.; TORRONI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: un tentativo d'inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. notar.*, 2013, p. 471 ss.; GIGLIOTTI, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 362 ss.; G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Notariato*, 2014, p. 11 ss.

(389) Su cui v. per tutti OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, loc. cit.; ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, loc. cit.

(390) Nel primo senso indicato nel testo cfr. Trib. Trieste - Uff. giud. tavolare, 7 aprile 2006, in *Notariato*, 2006, p. 539, con nota di CALISTI; in *Riv. notar.*, 2007, p. 367, con nota di MATANO; per altra giurisprudenza di merito, nello stesso senso, v. Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2274, con nota di CALVO; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013 e Trib. Reggio Emilia, 27 gennaio 2014, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1365, con nota di SGOBBO; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, in *Riv. notar.*, 2014, p. 1261, con nota di BELLINIA; Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, in *Trusts att. fid.*, 2015, p. 371; in *Riv. notar.*, 2015, p. 364, con nota di M.F. GIORGIANNI (sebbene qui l'argomento di cui al testo sembri formare oggetto piuttosto di un *obiter dictum*, che non della *ratio decidendi*); in *Fam. e dir.*, 2015, p. 902, con nota di BENNI DE SENA; Trib. Trieste - Uff. giud. tavolare, 22 aprile 2015, in *I contratti*, 2015, p. 657, con nota di ROMEO; in *Trusts att. fid.*, 2015, p. 367 ss.; in *Giur. it.*, 2015, p. 1354, con nota di BALLERINI. In dottrina, per questa posizione, cfr. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, cit., p. 626 ss.; PICCIOTTO, *Orientamento giurisprudenziale sull'art. 2645 ter cod. civ.*, in AA.VV., *Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, Padova, 2008, p. 301 ss. (per la precisione, va specificato che quest'ultimo Autore è l'estensore delle decisioni triestine qui citate).

Contra, nel senso che l'art. 2645-ter c.c., pur collocato nella disciplina della trascrizione, non contiene solo una norma sulla pubblicità, ma anche una norma sulla fattispecie, v., fra gli altri, Mirzia BIANCA, *Il nuovo art. 2645 ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, cit., p. 187 ss.; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 166; M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, cit., p. 169 ss.; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, loc. cit.; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, cit., p. 162; CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645*

cora, la gestione dei beni vincolati (391), nonché, il fondamentale profilo della tutela dei creditori, avuto riguardo all'azione esecutiva introdotta dall'art. 2929-*bis* c.c. (392) — si tratterà delle sole questioni relative all'impiego dello strumento in esame nel territorio dei rapporti giusfamiliari. In proposito appare quindi indispensabile procedere ad un rapido raffronto tra vincolo di destinazione *ex art.* 2645-*ter* c.c. e fondo patrimoniale. Iniziando, infatti, dall'esame della funzione che l'art. 2645-*ter* c.c. può svolgere nella fase fisiologica del rapporto coniugale, v'è da chiedersi se il vincolo di destinazione contemplato dalla norma in esame possa costituire una sorta di succedaneo del fondo patrimoniale, il che comporta necessariamente un raffronto tra i due istituti.

Per assolvere a funzioni analoghe a quelle descritte dagli artt. 167 ss. c.c., invero, il vincolo *ex art.* 2645-*ter* c.c. dovrebbe essere creato, dai coniugi o da terzi, a beneficio della famiglia, cioè a dire di quella determinata famiglia costituita dai coniugi e dai figli nati e/o nati. Peraltro, come appare evidente dalla lettura dell'art. 2645-*ter* c.c., la destinazione va necessariamente disposta a favore di uno o più soggetti determinati. Ad avviso di chi scrive, la meritevolezza dell'interesse, per le ragioni solidaristiche lumeg-

ter c.c., in AA.Vv., *Studi in onore di L. Mazzaroli*, I, Padova, 2007, p. 83; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in AA.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 111; OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 351 ss.; ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., p. 140 ss.; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 998; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 149 ss.; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 1 ss.; BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 24 ss.; TROIANO, *Gli atti di destinazione*, in AA.Vv., *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e M.G. Cubeddu, Milano, 2011, p. 331. In giurisprudenza v. Cass., 24 febbraio 2015, n. 3735, secondo cui l'atto in esame è «fonte di costituzione di un vincolo di destinazione, sicché resta assoggettato all'imposta prevista dall'art. 2, comma 47, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 23 novembre 2006, n. 286, la quale — accomunata per assonanza alla gratuità delle attribuzioni liberali — a differenza delle imposte di successione e donazione, che gravano sui trasferimenti di beni e diritti "a causa" della costituzione dei vincoli di destinazione, è istituita direttamente, ed in sé, sulla costituzione del vincolo»; cfr. inoltre Cass., 25 febbraio 2015, n. 3886, secondo cui l'art. 2645-*ter* c.c., «sebbene sia precipuamente volto a disciplinare la pubblicità dell'effetto destinatorio e gli effetti — specialmente di opponibilità ai terzi — da questa derivanti, finisce col delineare un atto con effetto tipico, reale, perché inerente alla qualità del bene che ne è oggetto, sia pure con contenuto atipico purché rispondente ad interessi meritevoli di tutela, assurgendo per questo verso a norma sulla fattispecie». Va peraltro precisato che, in entrambe le decisioni, le affermazioni di cui sopra sono espresse a livello di *obiter*, atteso che i casi in oggetto avevano tratto al negozio istitutivo di *trust*.

(391) Su cui si veda l'interessante studio monografico di GALLUZZO, *L'amministrazione dei beni destinati*, cit., *passim*.

(392) Su cui v. per tutti OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla «renziana»?», Torino, 2015, p. 124 ss.*

giate in altra sede (393), è di tale evidenza da consentire anche di collocare la famiglia nel suo complesso tra uno di quegli «altri enti» cui fa richiamo la norma citata, magari valorizzando quell'indirizzo che ormai unanimemente considera tanto la famiglia legittima come quella di fatto quali «formazioni sociali» riconosciute dall'art. 2 Cost.

È chiaro che la soluzione, la quale individua come beneficiario del vincolo di destinazione la famiglia nel suo complesso — ed analogo discorso vale per la convivenza *more uxorio* — eviterebbe la necessità di un riferimento specifico ai membri attuali del nucleo in considerazione, e, conseguentemente, il ricorso a non agevolmente ipotizzabili atti di revoca e/o modifica, qualora il nucleo medesimo avesse ad ampliarsi o ridursi.

Ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. sarà quindi immaginabile la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia più «forte» di quello da fondo patrimoniale, per via dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, «soggettive» descritte dall'art. 170 c.c., nonché per la diversa ripartizione dell'*onus probandi* delle condizioni «oggettive» (394).

La formulazione di tale ultima norma, invero, impone, per l'opponibilità del vincolo al creditore, non solo l'obiettiva estraneità del credito ai bisogni della famiglia, ma anche la conoscenza, in capo al creditore, di tale estraneità. Stato soggettivo, questo, il cui onere probatorio ricade sul debitore (395). Al contrario, l'art. 2645-ter c.c. si limita a stabilire che «I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo». Ciò significa, in primo luogo, che sul debitore non graverà l'onere di fornire alcuna prova (e sovente si tratta di vera e propria *probatio diabo-*

(393) Cfr. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 391 ss.

(394) Per comodità del lettore si pongono qui a raffronto le due disposizioni:

Art. 2645-ter c.c.	Art. 170 c.c. «(...)
I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.	«L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia».

(395) Cfr. da ultimo Cass., 15 marzo 2006, n. 5684; Cass., 30 maggio 2007, n. 12730. V. inoltre, per la giurisprudenza di merito, Trib. Parma, 7 gennaio 1997, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 31, con nota di MORA.

lica) sullo stato soggettivo del creditore al momento della nascita del rapporto obbligatorio e, in secondo luogo, che spetta al creditore dimostrare che il debito è stato contratto «per la realizzazione del fine di destinazione», posto che qui tale fatto viene descritto in positivo, quale elemento costitutivo della fattispecie rappresentata dalla realizzazione *in executivis* della pretesa creditoria, laddove l'art. 170 c.c. si riferisce ad un elemento impeditivo (descritto in negativo: «l'esecuzione... non può avere luogo...»), che individua inevitabilmente il debitore quale soggetto onerato (396).

Va precisato, a questo punto, che a soluzioni quanto meno parzialmente diverse conduce la considerazione delle novità introdotte dall'art. 2929-*bis* c.c. (397), laddove — ovviamente, a condizione che sussistano gli estremi per l'esperimento della citata azione esecutiva: si pensi ad es. al rispetto del termine annuale e alla circostanza che il vincolo sia stato creato a titolo gratuito dopo l'insorgenza del credito — l'onere dell'iniziativa processuale sulle questioni di cognizione viene posto a carico della parte debitrice, onerata per diversi aspetti anche della prova liberatoria (398).

Peraltro, a parte i rilievi sull'azione esecutiva appena citata, non appaiono condivisibili le affermazioni di chi sostiene che la norma in tema di destinazione sarebbe analoga all'art. 170 c.c. (399). Tesi, questa, che può ac-

(396) Anche DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione*, cit., p. 31, rileva che «L'art. 2645-*ter* è una disposizione scritta "in positivo" (ci dice chi può rivalersi su quei beni). L'art. 170 è invece una disposizione scritta "in negativo" (ci dice chi non può rivalersi su quei beni). C'è una bella differenza. Manca inoltre ogni riferimento allo stato soggettivo del creditore la cui tutela risulta, dunque, affievolita. Anche il tema dell'onere della prova andrà rivisitato: non si chiede più una prova negativa (non essere stato a conoscenza dell'estraneità del credito rispetto allo scopo: art. 170), ma una prova positiva (l'attinenza del debito rispetto allo scopo). Se non ho preso un abbaglio, mi pare ci siano ampi margini per argomentare che il creditore, prima di contrarre, deve accertarsi se l'obbligazione risponda allo scopo: in sede esecutiva l'onere della prova graverà sul medesimo (art. 2697)». V. anche OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-*ter* cc. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 203; ID, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., p. 208 ss. Considerazioni analoghe in BELLOMIA, *op. cit.*, p. 727 s.

(397) Introdotto dall'art. 12, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, «Recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria», conv. in l. 6 agosto 2015, n. 132, senza alcuna modifica, per ciò che attiene alla norma predetta.

(398) Sui rapporti tra onere della prova e onere di iniziativa processuale, nonché sul tipo di eccezioni e difese che il debitore può sollevare in sede d'opposizione *ex art. 2929-*bis**, ult. cpv., c.c. si fa rinvio a OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-*bis* c.c. Dalla pauliana alla «renziana»?», cit., spec. p. 9 ss., 28 ss., 124 ss., ove si prendono in considerazione le opposizioni attinenti all'azione esecutiva in generale e alle novità introdotte dall'azione ai sensi dell'art. 2929-*bis* c.c. (che lo scrivente, in contrapposizione alla pauliana, ha battezzato «renziana»), ma anche quelle relative ai limiti già presenti per i creditori per effetto dell'art. 2645-*ter* c.c.*

(399) In questo senso v. invece GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-*ter**, cit., § 9.

cettarsi, a tutto concedere, solo limitatamente ai crediti nascenti *ex delicto*, in relazione ai quali, come esattamente rilevato in dottrina (400), l'obbligazione nasce indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità del vincolo di destinazione, oltre che al di fuori di qualsiasi scelta del creditore, mancando una situazione affidante che giustifichi la limitazione della responsabilità (401). Così, pur in assenza di una norma analoga all'art. 2447-*quinquies*, terzo comma, c.c., dovrà affermarsi che, come per il fondo patrimoniale (402), così nella fattispecie in esame i beni vincolati rispondono ove siano fonte di danni, perché, in entrambi i casi, è il vincolo di destinazione, quale elemento distintivo, a fornire il criterio di riferimento per stabilire le categorie di creditori interessate dalla vicenda destinataria (403).

Altro effetto è sicuramente quello — lasciando da parte, ovviamente, l'ipotesi della revocatoria, nonché dell'esperimento dell'azione *ex art. 2929-bis* c.c. e la peculiare disposizione dell'art. 64, secondo comma, l. fall. (404) — dell'esclusione dei beni vincolati dalla eventuale massa fallimentare, se non in relazione a quei debiti contratti «per la realizzazione del fine di destinazione»: ciò in forza del generale riferimento, nella norma in esame, ai «terzi», a prescindere dalla sede nella quale (e dalle modalità con cui) essi facciano valere i loro diritti, nonché avuto riguardo a quella già ricordata parte della disposizione secondo la quale «I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e

(400) Cfr. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione*, cit., p. 14 s.

(401) Come osserva DI SAPIO, *op. loc. ultt. citt.*, «Il creditore non sceglie nulla. Subisce un danno ingiusto. Se potesse scegliere, ragionevolmente sceglierebbe dell'altro: che il fatto illecito non si verifichi». Sul tema dei rapporti tra separazione patrimoniale e creditori c.d. involontari cfr. ANTINOLFI, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori «involontari»*, in *Riv. notar.*, 2010, p. 1281 ss.

(402) Cfr. Cass., 5 luglio 2003, n. 8991, in *Riv. notar.*, 2003, p. 1563; Cass., 18 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. it.*, 2004, 1615; Trib. Sanremo, 29 ottobre 2003, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 101; in dottrina cfr. LENZI, *I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare*, in *Riv. notar.*, 2003, p. 566.

(403) Cfr. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter, cit.*, § 9, secondo cui «la limitazione della responsabilità [non] opererà, in caso bene destinato, in favore dei soli crediti risarcitori sorti, ad esempio, da circolazione dell'autoveicolo adibito a trasporto del disabile o da rovina dell'edificio o, sempre nel quadro della destinazione, da uso di un bene mobile registrato di natura pericolosa».

(404) Secondo cui i beni oggetto degli atti di cui al primo comma — vale a dire gli atti a titolo gratuito (esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante), compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, «sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36». L'inserimento del citato secondo comma è frutto della legge di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 (l. 6 agosto 2015, n. 132, in vigore dal 21 agosto 2015).

possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo». Tale effetto, derivando direttamente dall'art. 2645-ter c.c., non abbisogna di alcuna interpretazione analogica dell'art. 46, primo comma, n. 3, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, così come modificato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che, per il fondo patrimoniale, prevede l'inclusione dei relativi beni nella massa fallimentare nel caso di ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 171 c.c., inapplicabile, come si è detto, al caso di specie. Inapplicabile appare inoltre, per la sua specialità, l'art. 155, r.d. cit., che attribuisce al curatore, nel caso di patrimonio destinato ad uno specifico affare, *ex art. 2447-bis c.c.*, l'amministrazione del patrimonio medesimo.

D'altro canto, per ciò che attiene agli eventuali atti dispositivi, se il vincolo ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. può sembrare a tutta prima più «debole» di quello da fondo patrimoniale, avuto riguardo alla non necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti *ex art. 169 c.c.* in presenza di figli minorenni, è anche vero che la regola appena citata risulta, quanto meno secondo l'opinione dominante, derogabile (405). Inoltre, l'effettuazione della pubblicità rende comunque il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* opponibile verso ogni subacquirente, a differenza di quello che accade allorché i coniugi si siano riservati la facoltà di alienazione dei beni del fondo patrimoniale senza autorizzazione (ovvero quando, in presenza della necessità di autorizzazione, quest'ultima sia stata rilasciata), posto che, in tal caso, il terzo acquista il bene certamente libero dal vincolo.

25. Segue. Sulla possibile «coesistenza» del vincolo di destinazione con il fondo patrimoniale, anche in relazione alla famiglia fondata sul matrimonio.

Concludendo queste notazioni introduttive sul raffronto tra vincolo di destinazione fondo patrimoniale, andrà affrontata brevemente un'obiezione il cui accoglimento costituirebbe un evidente *fin de non recevoir* sulla possibilità di parlare di vincoli di destinazione nella compagine familiare.

Ci si intende qui riferire al fatto che una parte della dottrina, sembra ravvisare una ragione di inammissibilità della costituzione del vincolo *inter coniuges* nella non condivisibile tesi dell'esclusività (così potremmo tentare di definire quest'idea) del fondo patrimoniale, ai fini della realizzazione dell'intento dei coniugi di ottenere la creazione di un patrimonio separato *ad onera matrimonii ferenda*. Invero, secondo tale avviso, anche considerando

(405) Cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 217 ss.

l'art. 2645-ter c.c. come norma sulla fattispecie a mezzo della quale si è introdotta una nuova figura di patrimonio destinato allo scopo, lo strumento ivi previsto rimarrebbe, comunque, inutilizzabile da parte di una famiglia che volesse costituire un patrimonio vincolato al soddisfacimento dei propri bisogni, in quanto ciò rappresenterebbe un inammissibile aggiramento dell'istituto (il fondo patrimoniale) a tale fine tipicamente previsto dal legislatore (406). In tale ottica, pertanto, la famiglia legittima, avendo a disposizione lo strumento del fondo patrimoniale, connotato peraltro da una disciplina per molti versi inderogabile, non potrebbe destinare taluni beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia *ex art. 2645-ter c.c.*, ma dovrebbe necessariamente seguire le modalità costitutive, e attenersi alla disciplina, del fondo. Infatti, si dice anche, sarebbe in concreto immeritevole di tutela un interesse che trovi già adeguata e specifica disciplina in un istituto tipico espressamente disciplinato (407). Una possibile variante di quest'imposta-

(406) Così CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645 ter a cinque anni dalla sua introduzione*, cit., p. 376, secondo cui «l'interesse della famiglia a vedere destinati determinati beni per il sostenimento della stessa troveranno tutela nell'istituto del fondo patrimoniale e una fattispecie che perfettamente sia in grado di rientrare nella disciplina di quest'ultimo non potrà essere regolata per mezzo dell'art. 2645-ter, magari con la speranza di ovviare alla limitazione inerente l'elemento soggettivo concernente l'esecuzione sui beni del fondo». V. anche ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, cit., p. 413, secondo cui la costituzione di un patrimonio di destinazione «sarebbe probabilmente inammissibile — non già in sé e per sé, bensì in concreto — se fosse stipulato nel contesto di una famiglia legittima e finisse oggettivamente per eludere quelle norme inderogabili della disciplina del fondo patrimoniale che assicurano l'equilibrio degli interessi in gioco». T. AULETTA, *Riflessioni sul fondo patrimoniale*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 334 s., ammonisce dal farsi prendere, sul punto, da «un eccessivo entusiasmo» e sottolinea la necessità di chiedersi con rigore quando sia possibile ricorrere ad un *trust* o ad un patrimonio dedicato «in presenza di uno schema legale, per lo più inderogabile, qual è appunto il fondo patrimoniale costituito proprio per soddisfare i bisogni della famiglia». Pure ad avviso di G.A.M. TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, cit., p. 438 s., mentre «la famiglia non fondata sul matrimonio ricorrerà, ove ritenuto opportuno (...), alla destinazione in vincolo di beni immobili e mobili registrati *ad sustinenda onera familiae* (...), godendo perciò dell'intera disciplina dell'art. 2645-ter c.c., la famiglia legittima, al fine del soddisfacimento dei suoi bisogni, potrà ricorrere al fondo patrimoniale, beneficiando dell'intera disciplina con esclusione della possibilità di fare uso del vincolo *ex art. 2645-ter c.c.*». In questo senso (con l'evidente «ritorno» del tema della disparità di trattamento tra i due tipi di famiglia) cfr. anche il parere di G. Gabrielli, di cui si tratta *infra*, nel contesto del § 25.

(407) Così CEOLIN, *op. ult. cit.*, p. 377; secondo LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, loc. cit., «In via esemplificativa dovrebbe (...) ritenersi che l'attribuzione a terzi, o ad uno solo dei coniugi, del potere di attuazione della destinazione ai bisogni della famiglia rende la fattispecie non conforme ai parametri richiesti all'art. 2645-ter c.c.»; sempre ad avviso di tale Autore «La relazione tra le fattispecie speciali e la fattispecie generale non deve essere costruita in termini rigidi, ma costituisce un fondamentale parametro valutativo della rispondenza delle varie ipotesi di atti di destinazione espressione dell'autonomia privata, al criterio richiesto dall'art. 2645-ter c.c. La disciplina delle figure speciali, quale il

zione è rappresentata dalla tesi secondo cui (proprio in relazione ai rapporti con il fondo patrimoniale) l'atto di destinazione andrebbe «sottoposto ad un severo controllo per evitare la violazione, anche indiretta, di norme imperative relative a destinazioni patrimoniali tipiche» (408).

Ma, in senso contrario, va considerato che nessuna disposizione del vigente ordinamento, né tanto meno alcuno degli articoli dettati in materia di fondo patrimoniale, assegna all'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. il compito di vietare apporti di tipo diverso, ugualmente tendenti al fine di fornire i mezzi di sostentamento alla famiglia. Fermo restando l'ovvio divieto sancito dall'art. 166-*bis* c.c. e tenendo a mente il principio di libertà negoziale che caratterizza (anche) quei particolari contratti che vanno sotto il nome di convenzioni matrimoniali, ai coniugi (così come a qualsiasi altro soggetto) deve ritenersi permesso realizzare qualsiasi fine meritevole di tutela, ivi compresi quelli più strettamente attinenti alla gestione del *ménage* familiare, mercé lo strumento generale e di diritto comune contemplato dall'art. 2645-*ter* c.c.

Come correttamente già rilevato in dottrina, le indicate fattispecie non si pongono in un rapporto di genere a specie, ma tutte su un medesimo piano, costituendo, i patrimoni destinati ad uno scopo meritevole di tutela, una nuova ipotesi di articolazione patrimoniale, che si affianca alle altre già previste dal legislatore. In tale ottica, può quantomeno valutarsi la possibile alternatività degli istituti in esame (409). Sul piano della meritevolezza degli interessi, per quanto riguarda poi la creazione di un patrimonio destinato e separato al fine del soddisfacimento dei bisogni della famiglia, esistendo già una fattispecie nominata in cui la valutazione è stata compiuta *a priori* dal legislatore, non vi è dubbio che tale interesse possa giustificare il sacrificio delle ragioni creditorie. Vi si ravvisa, infatti, sia la tutela di diritti costituzionalmente protetti, sia la loro rilevanza sul piano sociale e morale, rappresentando, il dovere di contribuzione tra coniugi e quello di mantenimento dei figli, prima che un obbligo giuridico, un dovere morale (410).

Seguendo, del resto, l'insostenibile tesi qui criticata, si finirebbe con il negare, nei fatti, l'esistenza di un principio di atipicità delle convenzioni e dei regimi matrimoniali (411); d'altro canto, si dovrebbe concludere nel

fondo patrimoniale, costituisce quindi un limite alla piena esplicazione dell'autonomia privata nella configurazione del modello atipico di atto di destinazione, costituendo un parametro valutativo della conformità al criterio richiesto dalla nuova disposizione».

(408) Così G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 26 s.; nello stesso ordine d'idee v. anche R. QUADRI, *op. cit.*, p. 1756 ss.; FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 622 s.

(409) Così BELLOMIA, *op. cit.*, p. 730 s.

(410) Così sempre BELLOMIA, *op. cit.*, p. 731.

(411) Su cui v. invece per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss. Si noti poi che, curiosamente, l'argomento criticato nel testo non risulta essere mai stato addotto per contrastare l'ammissibilità di un *trust* familiare, laddove è chiaro che le stesse (non con-

senso che — in ipotesi e per assurdo — ad un coniuge sarebbe vietata la donazione in favore dell'altro di metà del proprio patrimonio, posto che, per raggiungere il medesimo fine, sussiste lo strumento « giusfamiliare tipico » del conferimento in comunione convenzionale!

L'art. 2645-ter c.c. permette poi anche la costituzione di un vincolo nell'interesse della famiglia al di là delle ipotesi in cui l'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. è consentito: a parte l'ammissibilità di un vincolo in favore di un *ménage* di fatto (412), il conferente potrà, anche in relazione ad una famiglia fondata sul matrimonio, derogare a quanto stabilito dall'art. 171 c.c., stabilendo ad esempio che il vincolo non cessi (ed anzi, questa sarà la regola, atteso il principio che autorizza una durata dello stesso per novanta anni o per tutta la vita della persona fisica beneficiaria) in caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, pur in assenza di figli minori.

Come riconosciuto da una rilevante parte della dottrina, poi, un'applicazione ampia dell'istituto *ex art.* 2645-ter c.c. consente di soddisfare quelle esigenze alle quali il fondo patrimoniale non riesce ad adattarsi. In questo senso, si ritiene che l'atto di destinazione potrebbe consentire di ampliare l'ambito di applicazione del fondo patrimoniale oltre il limite dei bisogni familiari. Potrebbe, dunque, ipotizzarsi una destinazione volta a soddisfare solo alcuni bisogni della famiglia, e non altri, ovvero anche altri ed ulteriori bisogni, ricomprendendovi, per esempio, le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa familiare o dell'impresa svolta da uno solo dei coniugi o dei figli. Potrebbe anche prevedersi una categoria di beneficiari più ampia o più ristretta rispetto ai componenti della famiglia nucleare, ad esempio facendo riferimento ai bisogni anche di un fratello unilaterale (413).

Non solo. Proprio per effetto della citata e dimostrata « concorrenzialità » tra gli istituti in esame sarà possibile, per una coppia di coniugi, non solo costituire un fondo patrimoniale su alcuni beni ed un vincolo di destinazione su altri, ma anche stabilire, nell'atto costitutivo di un fondo patrimoniale, che lo stesso si trasformerà in vincolo di destinazione al sopravvenire di uno degli avvenimenti di cui sopra (crisi coniugale, o comunque scioglimento del vincolo, sopravvenuta incapacità di uno o più figli, ecc.) (414), dando così luogo, da un lato, ad uno strumento valido per la soluzione di alcuni problemi patrimoniali collegati alla crisi della fami-

divisibili) affermazioni che osterebbero alla configurabilità di vincoli di destinazione *inter coniuges*, in considerazione di una supposta « esclusività » del fondo patrimoniale, dovrebbero pure rappresentare un invalicabile ostacolo all'ipotizzabilità di un *trust* costituito *ad onera matrimonii ferenda*.

(412) Su cui v. *infra*, §§ 29 s.

(413) Per i richiami cfr. BELLINIA, *Destinazione non traslativa e meritevolezza dell'interesse familiare: nota a Trib. Reggio Emilia, ord. 12 maggio 2014*, in *Riv. notar.*, 2015, II, p. 1273.

(414) In senso conforme v. anche BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 527; BELLINIA, *op. cit.*, p. 1274.

glia (415) e realizzando, dall'altro, una forma piuttosto singolare di ideale «contrattare» rispetto alla possibilità, per un vincolo di destinazione tra conviventi, di trasformarsi in fondo patrimoniale all'atto della celebrazione delle eventuali nozze tra i *partners* (416).

26. Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e convenzioni matrimoniali.

Una volta provata l'idoneità, quanto meno in astratto, della destinazione di uno o più beni, ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., a realizzare gli interessi di un determinato nucleo familiare, tratteggiate le differenze tra questo tipo di vincolo e quello creato dal fondo patrimoniale, occorre però inevitabilmente porsi l'interrogativo sul rapporto tra il negozio istitutivo del vincolo e la categoria delle convenzioni matrimoniali.

Sul punto sarà appena il caso di premettere che il problema non avrebbe, con ogni probabilità, neppure ragione di porsi, qualora si dovesse ritenere di limitare in via tassativa il novero delle convenzioni matrimoniali a quelle regolate nel capo sesto del titolo sesto del libro primo del codice. Ma è noto che la tesi ormai prevalente afferma il carattere atipico delle convenzioni e dei relativi regimi patrimoniali (417): se, dunque, all'autonomia negoziale è concesso di liberamente dar vita a convenzioni matrimoniali disegnantanti regimi diversi da quelli previsti dagli artt. 159 ss. c.c., a maggior ragione sarà consentito ai coniugi di avvalersi di strumenti negoziali tipici (ancorché non previsti da norme tipicamente giusfamiliari) per conseguire il risultato di ottenere un regime divergente da quelli legislativamente nominati come tali.

(415) Aderiscono alla tesi, già espressa in OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., cit., p. 208 e in ID., *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., p. 223 ss.; BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 527; PEZZANO e SEBASTIANI, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e accordo di separazione tra i coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1177 ss.; MEUCCI, *L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-ter c.c. Analisi di alcune fattispecie*, in AA.Vv., *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter cod. civ.)*, a cura di Vettori, cit., p. 381 ss.; RAGGI, *I vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c.*, in AA.Vv., *Il regime patrimoniale della famiglia*, a cura di A. Arceri e M. Bernardini, Santarcangelo di Romagna, 2009, p. 375 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Negozio di destinazione nell'ambito familiare nella famiglia di fatto*, cit., p. 441; BELLINIA, *op. cit.*, p. 1274.

(416) Su quest'ultima possibilità v. *infra*, § 29.

(417) Sul punto cfr. per tutti OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, p. 636 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 167 ss.

Non sembra che significative obiezioni possano insorgere avuto riguardo al carattere essenzialmente unilaterale dell'atto costitutivo del vincolo. La questione è già stata affrontata dallo scrivente con riguardo al *trust* (418). In quella peculiare situazione si era osservato che le più approfondite trattazioni in materia evidenziano come — a parte la questione della dinamica contrattuale esistente nel mondo dei *trusts* — anche per il diritto inglese dall'accettazione del *trustee* (ancorché eventualmente in forma implicita) non possa prescindersi, prevedendo del resto l'*equity* procedure per sostituire un *trustee* che sia mancato e per nominare un altro *trustee* qualora quello indicato dal disponente non abbia accettato (419). Se ne era quindi concluso che, per diritto italiano, un accordo che vedesse un coniuge (o un terzo) costituire beni in *trust*, nominando *trustee* l'altro, andrebbe qualificato alla stregua di un negozio bilaterale e dunque di una «convenzione matrimoniale», se diretto alla creazione di un regime patrimoniale, intendendosi per tale (come, del resto, già specificato sopra), non solo l'insieme delle regole che precostituiscono la sorte di una serie *indeterminata* d'acquisti (determinabili unicamente *ex post*), compiuti dai coniugi, bensì anche l'insieme di quelle regole che precostituiscono (e qui il fondo patrimoniale *docet*) l'eventuale separazione patrimoniale di una certa massa *determinata* di beni apportati *ad onera matrimonii ferenda*, oltre che i principi per la loro amministrazione ed alienazione (420).

Allo stesso modo potrà dunque riconoscersi nella creazione del vincolo *ex art. 2645-ter c.c.*, alle condizioni predette, la natura di convenzione matrimoniale, allorché il negozio costitutivo nell'interesse della famiglia assuma una struttura bilaterale o plurilaterale (si pensi alla costituzione di un vincolo su beni di entrambi i coniugi e/o di terzi, sulla base di un accordo tra tutti i soggetti coinvolti) e pertanto possa qualificarsi come «convenzione», cioè accordo di due o più soggetti. Probabilmente alle medesime conclusioni potrà pervenirsi anche in relazione ad una manifestazione puramente unilaterale di volontà, posto che strettissima connessione esistente tra i concetti di convenzione matrimoniale e di regime patrimoniale della famiglia (di cui si dirà tra poco) può forse consentire di ampliare la prima delle due nozioni, al punto da comprendere ogni tipo di atto idoneo, secondo la legge, a dar vita ad un regime, a prescindere dalla struttura unilaterale, bilaterale o plurilaterale dell'atto stesso.

(418) Cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 207 ss.

(419) Cfr. per tutti M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 155 ss., 161 ss., 164 s. (l'Autore mette tra l'altro in evidenza come la mancata indicazione del *trustee* nelle disposizioni *inter vivos* sia causa di nullità del *trust*).

(420) Cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 310 ss.

L'ostacolo potrebbe essere, semmai, un altro. Se, invero, dovesse seguirsi quell'opinione dottrinale secondo cui la convenzione può dar vita solo ad una scelta tra un regime comunitario o un regime separatista (421), con assoluta esclusione di qualsiasi altro tipo di effetto, vuoi reale, vuoi obbligatorio, non potrebbe esservi spazio per una convenzione matrimoniale che si limitasse invece a porre, nell'interesse della famiglia, vincoli su beni determinati, che si trovino già nella titolarità dell'uno e/o dell'altro dei coniugi o di terzi. Ed in effetti i sostenitori di quella tesi si vedono, per coerenza, costretti a negare la natura di convenzione matrimoniale del negozio *inter vivos* costitutivo di fondo patrimoniale, così come la natura di regime, propria dell'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. (422).

Questa tesi, però, appare chiaramente smentita non solo — se ci si passa l'espressione — dalla «topografia» (423) e dalla «toponomastica» (424) legislative, ma anche dal fatto che, per i beni sottoposti a tale vincolo, vigono regole (di «regime») difforni rispetto a quelle vevoli per la comunione legale: il negozio che al fondo dà vita è pertanto riconducibile alla definizione che del concetto di convenzione matrimoniale risulta estrapolabile dall'art. 159 c.c., come di quel negozio idoneo a dar luogo ad un regime patrimoniale della famiglia (425).

(421) Questa, in pratica, è la tesi di E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2004, p. 172 ss.; per una critica al riguardo v. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.

(422) L'assunto è sviluppato da E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., p. 77, 124 ss., 136 ss. essenzialmente sulla base del rilievo secondo cui il codice non qualifica *expressis verbis* il negozio costitutivo del fondo patrimoniale alla stregua di una convenzione matrimoniale.

(423) Il fondo patrimoniale si trova collocato nel codice tra la parte generale delle convenzioni matrimoniali e la comunione legale, all'interno di una sezione posta sullo stesso piano di quelle dedicate alla comunione legale, alla comunione convenzionale, alla separazione dei beni e all'impresa familiare.

(424) Gli artt. 167 ss. fanno pur sempre parte del capo sesto (del titolo sesto del libro primo del codice), intitolato «del regime patrimoniale della famiglia», dopo una parte generale che, come si è appena detto, è interamente dedicata alle convenzioni matrimoniali.

(425) Per uno sviluppo dell'argomento cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 332 ss. Sulla definizione di convenzione matrimoniale e sull'inscindibile legame tra i concetti di convenzione matrimoniale e di regime patrimoniale della famiglia cfr. per tutti ID., *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 596 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, p. 617 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., p. 147 ss.; BARGELLI e BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, p. 436 ss., 442 ss.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, p. 27 ss.

27. Vincoli di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* e regimi patrimoniali della famiglia. Forma dell'atto costitutivo e norme applicabili.

La verità è che occorre intendersi sul concetto di regime: se per tale si dovesse ritenere esclusivamente la regola che assegna alla proprietà comune o personale dei coniugi i futuri ed eventuali acquisti, è chiaro che la convenzione *ex artt. 167 ss. c.c.* non apparirebbe idonea all'uopo, posto che il vincolo del fondo — e, oggi, quello *ex art. 2645-ter c.c.* — non può per definizione costituirsi se non su beni predeterminati. Seguendo dunque il principio secondo cui la convenzione matrimoniale è necessariamente fonte di un regime patrimoniale della famiglia (arg. *ex art. 159 c.c.*), se ne dovrebbe concludere che tale non potrebbe essere l'accordo diretto a costituire un fondo patrimoniale. Ma la disciplina della comunione legale dimostra che il concetto di «regime» non si esaurisce nella regola del coacquisto; essa si risolve anche in una serie di precetti e di vincoli che vengono ad influenzare la «vita» stessa dei beni nel corso dell'unione matrimoniale: dall'amministrazione all'alienazione, al pignoramento e, più in generale, alle vicende che coinvolgono terzi creditori e/o aventi causa.

E puntuale giunge, anche sul punto, la conferma dall'analisi storica, dalla quale si ricava che l'espressione *régime* (dal latino *regere*: governare, amministrare), utilizzata per secoli in Francia per contrapporre il *régime en communauté* (proprio delle regioni di *droit coutumier*) a quello *dotal* (caratteristico delle regioni di *droit écrit*), e dunque nell'accezione, generalissima, di «regola», dopo la codificazione napoleonica venne intesa dalla dottrina come «l'ensemble des règles qui régissent l'association conjugale quant aux biens» (426). Regole che, come icasticamente posto in evidenza dalla dottrina contemporanea d'Oltralpe, attengono non solo ad una *question de propriété*, ma anche ad una *question de pouvoirs* (427).

Se così stanno le cose, è evidente che anche la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, in quanto diretta a dettare regole speciali di amministrazione, vincoli e «vita» di beni della famiglia, in (parziale) deroga ai principi propri della comunione (o della separazione dei beni), viene a costituire proprio uno di quei possibili negozi in deroga al regime legale che l'art. 159 c.c. raggruppa sotto l'espressione «diversa convenzione» (428).

(426) Così LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, Bruxelles, 1878, p. 8.

(427) Cfr. FLOUR e CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1995, p. 5.

(428) Per non dire poi che una conferma della natura di convenzione matrimoniale propria del negozio *inter vivos* costitutivo del fondo patrimoniale sembra venire dalla riforma dell'art. 48, l. not., di cui all'art. 12, lett. *b*) e *c*), l. 28 novembre 2005, n. 246 («Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005»), laddove la disposizione novellata si limita a menzionare, tra gli «atti familiari» bisognosi dell'assistenza di due testimoni, le convenzioni matrimoniali e le dichiarazioni di scelta del regime di separazione dei beni, così

Ne discende dunque ulteriormente che, per identiche ragioni, alle stesse conclusioni deve pervenirsi con riguardo ad un vincolo costituito ex art. 2645-ter c.c. nell'interesse della famiglia.

Riconosciuta la natura di convenzione matrimoniale propria dell'atto costitutivo di un vincolo di destinazione in favore di una determinata famiglia, dovrà ulteriormente concludersi che, ai sensi dell'art. 48 l. notar. (429), l'atto richiederà, per la sua validità, non solo la forma dell'atto pubblico, ma anche la presenza di due testimoni. Inoltre, al negozio saranno applicabili le norme di cui agli artt. da 160 a 166-bis c.c. (430), il che non dovrebbe determinare insormontabili problemi di coordinamento, se si eccettua la questione, indubbiamente seria, della «concorrenza» tra il sistema pubblicitario (contraddittoriamente) disciplinato dagli artt. 162, quarto comma, e 2647 c.c. (431), da un lato, e quello, incontrovertibilmente imperniato sulla trascrizione con effetti di pubblicità dichiarativa, di cui all'art. 2645-ter c.c., dall'altro. Problema, quest'ultimo che, a dispetto di quanto da taluno affermato (432), non appare insuperabile, posto che, come gli studi dello scrivente hanno dimostrato (433), il sistema dell'annotazione sull'atto di matrimonio non può certo ritenersi

rendendo evidente che il fondo patrimoniale non può ascriversi se non alla prima delle due tipologie, apparendo altrimenti assurda l'esclusione del negozio in esame (che ex art. 167 c.c., deve stipularsi per atto pubblico), dalla sfera di operatività della disposizione.

(429) Così come riformato dall'art. 12, lett. b) e c), l. 28 novembre 2005, n. 246, cit.

(430) Con particolare riferimento all'applicazione al trust familiare di siffatte disposizioni cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 201 ss., 310 ss.

(431) Su cui v., *ex multis* e per ulteriori richiami, OBERTO, *Annotazione e trascrizione delle convenzioni matrimoniali: una difficile coesistenza*, in *Riv. dir. ipotecario*, 1982, p. 127 ss., 148 ss.; v. inoltre ID., *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 187 ss., 206 ss.; ID., *Pubblicità dei regimi matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 236 ss.; ID., *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia (1991-1995)*, *ivi*, 1996, II, p. 229 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 2169 ss.; cfr. inoltre, per ulteriori approfondimenti, BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 25 ss.; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni*, Napoli, 1995, p. 193 ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, p. 108 ss.; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 1995, p. 216 ss.; IEVA, *La pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. notar.*, 1996, p. 413 ss.; ID., *Le convenzioni matrimoniali e la pubblicità dei regimi patrimoniali della famiglia*, in *Riv. notar.*, 2001, I, p. 1259 ss.; FEOLA, *La pubblicità del regime patrimoniale dei coniugi*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 411 ss.; G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civile, XVI, Torino, 1997, p. 396 ss.; G. GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 321 ss.; BOCCHINI, *La pubblicità delle convenzioni matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 439 ss.

(432) Cfr. VECCHIO, *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 795 ss., spec. nota 54.

(433) Cfr., anche per i richiami agli scritti precedenti, OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., II, p. 2169 ss., 2180 ss., 2201 ss. (per una proposta in termini di coordinamento tra pubblicità sugli atti di matrimonio e sui pubblici registri immobiliari).

esaustivo in ordine a tutti gli aspetti pubblicitari dei rapporti familiari, per non dire poi del fatto che, comunque, la norma scolpita nell'art. 2645-*ter* c.c., specificamente dedicata alla trascrizione, non potrebbe che prevalere, in caso di contrasto, per evidente specialità.

28. La costituzione di un vincolo di destinazione ex art. 2645-*ter* c.c. su beni in comunione legale o convenzionale, ovvero su beni costituiti in fondo patrimoniale.

Le considerazioni sin qui svolte aprono la via alla trattazione dei rapporti tra vincolo ex art. 2645-*ter* c.c. e comunione legale.

Il primo rilievo da svolgere al riguardo attiene al fatto che l'eventuale costituzione di vincoli di destinazione (vuoi nell'interesse della famiglia, vuoi di terzi) su beni in comunione legale costituisce sicuramente atto di straordinaria amministrazione, con conseguente applicabilità degli artt. 180 ss. c.c. ed in particolare del rimedio dell'annullabilità dell'atto, ex art. 184 c.c., se l'atto è compiuto senza il necessario consenso del coniuge (434). Qualora, invece, gli atti in oggetto dovessero colpire la sola quota di pertinenza del disponente, essi sarebbero senz'altro nulli, in quanto determinativi di una situazione di scioglimento della comunione non prevista dall'art. 191 c.c. (435).

Si noti, poi, che, per quanto attiene alla annullabilità comminata in relazione agli atti relativi ai beni immobili o mobili registrati dall'art. 184, primo e secondo comma, c.c., il negozio su beni della comunione posto in essere da uno solo dei coniugi in veste di conferente e dall'altro in veste di beneficiario (o, per il *trust*, nelle vesti, rispettivamente, di costituente e di *trustee*) dovrebbe comunque ritenersi convalidato dall'accettazione espressa o tacita di quest'ultimo (436).

(434) Per un'applicazione della disposizione citata al caso del *trust* costituito da un solo coniuge su beni comuni cfr. Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts att. fid.*, 2004, p. 67.

(435) *Contra* (in relazione alla costituzione di beni in *trust*) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, cit., che afferma l'applicabilità dell'art. 184 c.c. non solo nel caso in cui un coniuge alieni diritti su beni della comunione, bensì anche qualora si limiti ad alienare la propria quota in comunione legale su beni di quest'ultima, rilevando in proposito che «sarebbe illogico ritenere che — mentre l'alienazione di un intero bene, da parte di uno solo dei coniugi, è valida ed efficace (salve, in ipotesi, le conseguenze dell'art. 184 c.c.) — l'alienazione di una quota di quello stesso bene sia, al contrario, assolutamente inefficace; peraltro, nulla impedisce ai coniugi di essere comproprietari di beni insieme a terzi, salva l'applicazione del regime di comunione legale relativamente alla quota posseduta». La questione è stata trattata in OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 315 ss.; in questo senso (e cioè per la nullità dell'alienazione della quota su singoli beni in comunione legale) viene da chi scrive rivista l'opinione espressa (per l'applicabilità dell'art. 184 c.c.), in OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 313, nota 105.

(436) Cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 313, nota 106.

Da quanto appena detto deriva, *a contrariis*, che la costituzione di un *trust* o di un vincolo ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. su beni della comunione da parte di entrambi i coniugi nella veste di *settlers* o, rispettivamente, di «conferenti», non dovrebbe dar luogo a problemi di applicazione dell'art. 184 c.c.

Sul piano della validità del negozio potrebbe però revocarsi in dubbio la stessa ammissibilità di un'operazione diretta a vincolare beni della comunione legale per effetto di un atto posto in essere da entrambi i coniugi, nella veste di *settlers* o di «conferenti», alla luce della tesi — non condivisa dallo scrivente, ma comunque affermata da una parte rilevante della dottrina — che contesta la possibilità di estromettere singoli beni dalla comunione, durante la vigenza di quest'ultima (437). Il risultato dell'operazione sarebbe invero costituito dall'assoggettamento di uno o più beni, destinati a rimanere di proprietà comune dei coniugi, a regole diverse da quelle proprie della comunione legale. L'argomento appare, ancora una volta, strettamente connesso al tema dell'autonomia privata dei coniugi in comunione (438), nonché, più specificamente, alla *vexata quaestio* dell'ammissibilità di un rifiuto preventivo del coacquisto *ex lege* (439), controversia rinfocolata — come pure si è già detto — da quella decisione di legittimità del 2003 sul tema, che, andando di contrario avviso rispetto ad un precedente del 1989, si è spinta ad affermare che, *manente comunione*, «il coniuge non può rinunciare alla comproprietà di singoli beni acquistati durante il matrimonio (e non appartenenti alle categorie elencate nell'art. 179, primo comma, c.c.) salvo che sia previamente o contestualmente mutato, nelle debite forme di legge e nel suo complesso, il regime patrimoniale della famiglia» (440).

È chiaro che, qualora questa non condivisibile teoria dovesse venire traspunta alla materia qui in esame, dovrebbe ritenersi inibito ai coniugi in comunione di vincolare uno o più beni del patrimonio comune, se non previa stipula di convenzione di passaggio al regime di separazione dei beni. È innegabile, infatti, che la sottoposizione di beni al vincolo da *trust* o da atto di destinazione, pur se nell'interesse della famiglia e senza espropriare i coniugi della contitolarità del diritto dominicale sui beni stessi, sottrarrebbe questi ultimi al regime proprio della comunione legale (si pensi alle norme in tema di amministrazione e di rapporti con i creditori, tanto comuni che personali dei coniugi), così determinandone una forma di «estromissione» dalla massa soggetta all'applicazione degli artt. 177 ss. c.c. (441).

(437) Sull'argomento cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, p. 1688 ss.

(438) Su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 2105 ss.

(439) Su cui v. *supra*, § 17; cfr. inoltre OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss.

(440) Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 s.

(441) Lo stesso discorso dovrebbe valere anche in relazione alla comunione convenzionale, per lo meno con riguardo ai beni che formerebbero comunque oggetto della comu-

In senso contrario alla tesi proposta da chi scrive si è sottolineato (442) che il vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* non sottrarrebbe il bene al regime della comunione legale, poiché il cespite «resta in comunione salvo che contestualmente al vincolo esso non sia stato del pari trasferito, ed il suo modificato regime di aggredivibilità da parte dei creditori con la conseguente prevalenza del disposto dell'art. 2645-ter, ultima parte, c.c. rispetto agli artt. 186-189 c.c. è effetto stabilito dalla legge senza limitazione alcuna». Tale avviso, a ben vedere, conferma proprio che il bene, pur rimanendo in contitolarità dei coniugi, non è più soggetto alla comunione legale: quest'ultima, come più volte chiarito, non è solo principio di determinazione della co-appartenenza, ma — in quanto regime patrimoniale legale — è (anche) regola di amministrazione dei cespiti comuni e di rapporti con i creditori (443). E non appare contestabile che le proprio tali basilari regole (quelle, cioè, dettate dagli artt. da 180 a 189 c.c.) risultino fundamentalmente incompatibili

nione legale. Con riferimento a questi ultimi, infatti, l'art. 210 c.c. vieta che si predispongano norme d'amministrazione difformi da quelle *ex artt. 180 ss. c.c.* Il risultato sarebbe quindi ottenibile solo mediante estromissione di tali beni dalla comunione. Per questo motivo sarebbe con ogni probabilità nulla una convenzione che volesse sottoporre al vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* i beni (immobili o mobili registrati) di futura acquisizione destinati a ricadere in comunione legale o convenzionale (per ulteriori richiami e approfondimenti cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 207). Per quanto riguarda invece i beni già caduti in comunione convenzionale, ma non interessati dal limite posto dall'art. 210 c.c. (si pensi a quelli, per esempio, di cui all'art. 179, lett. a), c.c.), non dovrebbero sussistere problemi di sorta, non potendosi paventare qui la possibilità — prospettata in relazione al *trust* familiare — di una violazione dell'art. 166-*bis* c.c. per la convenzione che, ampliando l'oggetto della comunione convenzionale, attribuisca, in relazione a beni diversi da quelli che avrebbero formato oggetto di comunione legale, il potere di amministrazione al coniuge che non sia il proprietario del bene conferito nella comunione convenzionale. La costituzione di un vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* su beni già costituiti in fondo patrimoniale presuppone la previa estinzione del vincolo *ex artt. 167 ss. c.c.* L'operazione necessita dell'autorizzazione *ex art. 169 c.c.*, qualora essa non sia stata esclusa dal titolo costitutivo (cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 217 ss.). Al riguardo potrà soccorrere la giurisprudenza in tema di *trust*, con particolare riferimento a quella decisione di merito (cfr. Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts att. fid.*, 2003, p. 406) che ha respinto un ricorso tendente a consentire lo scioglimento anticipato del fondo patrimoniale affinché i beni in esso inclusi fossero vincolati nel *trust*. La decisione poggia sul rilievo secondo cui, nonostante l'analogia di effetti tra *trust* e fondo patrimoniale, al potere di disposizione del *trustee* non veniva posto alcun limite né, conseguentemente, onere di richiedere autorizzazione giudiziale (come invece richiesto, nel caso di specie, ai sensi dell'art. 169 c.c. nel caso del fondo patrimoniale). È evidente che, in una situazione analoga, anche la sottoposizione a vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* di beni oggetto di fondo patrimoniale (in caso il titolo costitutivo non escludesse la necessità dell'autorizzazione *ex art. 169 c.c.*) priverebbe il vincolo delle garanzie proprie del regime autorizzativo previsto dall'art. 169 cit. e pertanto non potrebbe essere autorizzata.

(442) Da G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 440.

(443) V., anche per gli ulteriori richiami, OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 329 ss.

con quelle derivanti dalla creazione del vincolo da *trust* o *ex art. 2645-ter c.c.* (444).

Una soluzione del problema potrebbe essere rinvenuta mercé il ricorso alla tesi, prospettata dallo scrivente, secondo la quale la costituzione stessa di un *trust* familiare, o di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* nell'interesse della famiglia, costituisce una convenzione matrimoniale atipica, dal momento che, pur investendo uno o più beni determinati, essa influisce inevitabilmente sul relativo « regime » di gestione, venendo a plasmarlo in modo difforme rispetto a quello che esso ordinariamente sarebbe, nei rapporti con i terzi, aventi causa o creditori che siano (445). La conclusione, se prospetta un aggravamento delle formalità da rispettarsi per la validità e per l'opponibilità del vincolo (si pensi, a tacer d'altro, a quanto disposto dai vari commi dell'art. 162 c.c.), esonera le parti dalla necessità di prevedere un passaggio « intermedio » al regime di separazione dei beni: una « tappa », questa, non necessaria, ad avviso dello scrivente, per le ragioni sopra evidenziate, ma indubbiamente richiesta dall'opinione prevalente in giurisprudenza, come si è appena chiarito (446).

(444) Per un'analogia questione relativamente al fondo patrimoniale cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1681 ss. In senso contrario afferma BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 543, che « Appare (...) plausibile ritenere che beni in comunione legale possano essere oggetto, altresì, di un siffatto *trust* o negozio di destinazione autodichiarato, ferma la permanenza in vita della comunione legale e della sua disciplina inderogabile: in questo caso, pertanto, l'atto istitutivo non potrà prevedere regole gestorie divergenti da quelle indicate dagli artt. 180 ss. c.c., né la futura amministrazione dei beni da parte di un *trustee* e gestore diverso dai coniugi, se non per il periodo successivo all'avvenuto scioglimento della comunione legale ». Ma il perseguimento degli scopi meritevoli di tutela ben potrebbe postulare la previsione di regole di gestione diverse da quelle delineate dagli artt. 180 ss. c.c. (che in ogni caso tutelano interessi non necessariamente coincidenti — o non sempre perfettamente coincidenti — con lo scopo per cui il vincolo è creato: si pensi alla protezione della posizione di un figlio colpito da disabilità); non si dimentichi, poi, che come già posto in luce dallo scrivente, la disciplina dei rapporti con i creditori scolpita nell'art. 2645-ter c.c. è *radicalmente* diversa da quella prevista dagli artt. 186-190 c.c.

(445) Cfr. OBERTO, *Trust e autonomia negoziale nella famiglia*, cit., p. 420 ss.; ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 205 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 329 ss., II, cit., p. 1131 ss., 1694 ss.

(446) È però vero che i sostenitori della tesi che ritiene impossibile l'estromissione di beni dalla comunione se non tramite la stipula di una convenzione di separazione dei beni potrebbero a loro volta obiettare che l'art. 210 c.c. non permette comunque di derogare alle regole in tema di amministrazione per i beni che farebbero parte della comunione legale non solo nell'ambito di un regime comunitario, bensì con riguardo a qualsiasi assetto patrimoniale che non sia quello della separazione dei beni, non essendo concepibile la coesistenza di un perdurante regime di comunione e di regole difformi sull'amministrazione di beni che già formavano oggetto della comunione stessa, prima di venire sottoposte ad un regime « parziale » atipico. Ne deriverebbe quindi, pur sempre, la necessità di una formale estromissione, possibile solo mercé la stipula di una convenzione di separazione. Come detto più volte, però, è proprio tale ultimo postulato che, a chi scrive, non pare sostenibile, con

Sino ad ora si è detto della posizione del coniuge (o dei coniugi) agente quale conferente, nel negozio di destinazione, o quale *settlor* nel *trust*. Vedendo le cose, invece, dal lato del *trustee*, ed ipotizzando che costui si trovi in regime di comunione, va osservato come il problema dell'eventuale caduta in regime legale dei diritti dal *trustee* acquisiti in forza del *trust* possa apparire, almeno a prima vista, per molti versi analogo a quello, in altra sede discusso, del mandatario per l'acquisto (447). In realtà la questione è affrontata e risolta dall'art. 11, secondo comma, lett. *c*), della Convenzione del L'Aja, a mente del quale, «Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare: (...) *c*) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*». Come rilevato in dottrina (448), ci troviamo qui di fronte ad un complemento importantissimo del regime di separazione patrimoniale, a cui consegue l'esclusione del bene vincolato dalla comunione legale dei beni, nonché dalla successione per causa di morte del *trustee*, coerentemente con la natura di «proprietà nell'interesse altrui» di quest'ultimo.

La soluzione a suo tempo prospettata da chi scrive per gli acquisti del mandatario sarà invece senz'altro valevole nel caso del vincolo *ex art. 2645-ter c.c.*, qualora il conferente intenda operare un trasferimento della titolarità del bene vincolato ad un mandatario «attuatore del vincolo» (449). In diritto italiano un tale effetto non è previsto dalla legge, cosicché — nel caso in cui il vincolo di destinazione sia accompagnato dal trasferimento della proprietà, *fiduciae causa*, ad un terzo — si porrà il problema della sua eventuale inclusione nel regime di comunione legale dei beni del fiduciario, nonché quello della trasmissione agli eredi del fiduciario medesimo in caso di sua morte.

Per quanto concerne il regime patrimoniale, la dottrina ha sostenuto l'esclusione della proprietà fiduciaria, ed in genere degli acquisti meramente «strumentali» e «non definitivi» dalla comunione legale dei beni (450), ma

la conseguenza che la sottoposizione a *trust* o a vincolo di destinazione, rilevando di per sé come causa di applicazione di regole difformi a quelle di cui agli artt. 180 ss. c.c., causerà un'estromissione dei relativi beni dal regime legale, da ritenersi senz'altro ammissibile (cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 1102 ss., 1688 ss., 2159 ss., 2164 ss.), senza che la coppia debba necessariamente e previamente optare per il regime di separazione.

(447) Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 812 ss.

(448) Cfr. PETRELLI, *La trascrizione degli atti destinazione*, loc. ult. cit.

(449) Sul tema v. per tutti OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 403 ss.

(450) In questo senso cfr. LUMINOSO, *Mandato, commissione e spedizione*, Milano, 1984, p. 322 ss.; SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1983, p. 166; GALASSO e TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Commentario del codice civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1999, p. 376; PETRELLI, *La trascrizione degli atti destinazione*, loc. ult. cit. Anche BARBIERA, *La co-*

si tratta di opinione non convincente, in assenza di una disposizione espressa che tale esclusione sancisca, di fronte al principio generale stabilito dall'art. 177, lett. a), c.c. D'altro canto la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di affermare (451) l'inopponibilità dell'interposizione reale al coniuge dell'interposto in comunione legale con quest'ultimo. Al coniuge è dunque stato riconosciuto il diritto di esperire proficuamente l'azione di annullamento ex art. 184 c.c. di un preliminare volto al trasferimento del bene dall'interposto all'interponente (452).

La costituzione di un vincolo ex art. 2645-ter c.c. su beni già costituiti in fondo patrimoniale presuppone la previa estinzione del vincolo ex artt. 167 ss. c.c. L'operazione necessita dell'autorizzazione ex art. 169 c.c., qualora essa non sia stata esclusa dal titolo costitutivo (453). Al riguardo potrà soccorrere la giurisprudenza in tema di *trust*, con particolare riguardo a quella decisione di merito (454) che ha respinto un ricorso tendente a consentire lo scioglimento anticipato del fondo patrimoniale affinché i beni in esso inclusi fossero vincolati nel *trust*. La decisione poggia sul rilievo secondo cui, nonostante l'analogia di effetti tra *trust* e fondo patrimoniale, al potere di disposizione del *trustee* non veniva posto alcun limite né, conseguentemente, onere di richiedere autorizzazione giudiziale (come invece richiesto, nel caso di specie, ai sensi dell'art. 169 c.c. nel caso del fondo patrimoniale). È evidente che, in una situazione analoga, anche la sottoposizione a vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. di beni oggetto di fondo patri-

munione legale, 1996, p. 452 s. esclude dalla comunione gli acquisti effettuati nell'interesse di terzi, come i negozi fiduciari e simulati o le interposizioni fittizie o reali. *Contra*, in relazione agli acquisti del mandatario senza rappresentanza di beni immobili o mobili registrati, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 812 ss.

(451) Cfr. Cass., 18 giugno 1992, n. 7524, su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 461, nota 161, p. 776, nota 175, p. 779, nota 224, p. 816, nota 265, p. 817, nota 268, II, cit., p. 1171, p. 148.

(452) Si noti poi che, che nei casi in esame, si può vertere in tema di esercizio di attività separata (dell'interposto), per cui l'acquisto andrebbe escluso dalla comunione immediata, ma ricompreso in quella *de residuo*, ai sensi dell'art. 177, lett. c), c.c.

(453) Cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., p. 217 ss.

(454) Cfr. Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trusts att. fid.*, 2003, p. 406. In senso contrario cfr. Trib. Padova, 2 settembre 2008, in *Trusts att. fid.*, 2008, p. 628. Sul tema v. anche BARTOLI, *La "conversione" del fondo patrimoniale in trust*, in AA.VV., *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia. Atti del convegno. Genova, 15 febbraio 2003*, cit., p. 207 ss.; FRANCESCHINI, *Fondo patrimoniale e trust*, in *Trusts att. fid.*, 2009, p. 19 ss. Da segnalare anche Trib. Milano, 7 giugno 2006, in *Trusts att. fid.*, 2006, p. 575, secondo cui «può essere omologato il verbale di separazione personale dei coniugi nel quale sia inserita l'istituzione di un *trust* autodichiarato dagli stessi coniugi separandi, in favore dei loro figli, con la finalità di segregare in *trust* i beni costituiti in fondo patrimoniale anche dopo la cessazione del vincolo coniugale». L'atto peraltro non sembra adeguatamente chiarire quali siano gli effetti della singolare forma di *overlapping* tra i due istituti nel periodo di «interregno» tra la separazione dei coniugi e lo scioglimento del matrimonio.

moniale (in caso il titolo costitutivo non escludesse la necessità dell'autorizzazione *ex art.* 169 c.c.) priverebbe il vincolo delle garanzie proprie del regime autorizzativo previsto dalla norma in esame e pertanto non potrebbe essere autorizzata.

29. Vincoli di destinazione e famiglia di fatto. Generalità. Differenze rispetto al fondo patrimoniale.

Avviandoci alla conclusione della trattazione degli aspetti problematici del vincolo di destinazione nei rapporti endofamiliari non possiamo fare a meno di occuparci del ruolo che l'art. 2645-*ter* c.c. può svolgere nell'ambito della famiglia di fatto.

Sul punto va subito detto che numerosi commentatori non esitano a ravvisare nella disposizione la possibilità di creare vincoli in favore della convivenza *more uxorio*: da disposizioni sulla casa familiare, alla protezione del patrimonio destinato ad alimentare le risorse del *ménage*, alla creazione di un vero e proprio fondo patrimoniale tra conviventi (455),

(455) Cfr. FANTICINI, *L'articolo 2645-ter del codice civile: "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche"*, cit., p. 343; DE DONATO, *Elementi dell'atto di destinazione*, cit., p. 6 s.; OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 668 ss.; ID., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 351 ss.; ID., *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 202 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, p. 133 ss.; MURITANO, *Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi more uxorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 199 ss.; CINQUE, *L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cod. civ.*, nota a Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 692 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 426 ss.; BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 701 ss.; FALLETTI, *La famiglia di fatto: la disciplina dei rapporti patrimoniali tra i conviventi*, in AA.VV., *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, a cura di Oberto, Padova, 2011, p. 83 ss.; BELLOMIA, *op. cit.*, p. 733 s.; FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, loc. ult. cit.; MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, loc. ult. cit.

In giurisprudenza v. la prima decisione sul tema, che ha affermato non doversi procedere in relazione all'istanza dei genitori esercenti la responsabilità parentale su tre figli minori, diretta all'emissione, ove ritenuta necessaria dal giudice tutelare, di autorizzazione all'alienazione di beni sottoposti a vincolo *ex art.* 2645-*ter* c.c. in favore del nucleo di fatto costituito dai genitori stessi, conviventi *more uxorio*, e dai tre predetti figli minori della coppia. In motivazione il giudice tutelare, rilevato che l'atto costitutivo del vincolo prevedeva la possibilità di libera alienazione pur in presenza di figli minori senza autorizzazione giudiziale, ha ritenuto l'applicabilità al caso di specie dell'art. 169 c.c. per «l'identità di *ratio* alla base dell'accordo di cui all'atto Notaio (...) rispetto alla disciplina del fondo patrimoniale, per l'e-

non essendo discutibile la meritevolezza di tutela degli scopi perseguiti (456).

stensione alla famiglia di fatto della tutela derivante dalla destinazione di determinati beni per far fronte ai bisogni della famiglia». La predetta clausola è stata reputata conforme al disposto dell'art. 169 cit., interpretato, secondo la prevalente e preferibile giurisprudenza, come favorevole alla possibilità di derogare al requisito dell'autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione su beni del fondo patrimoniale (cfr. Trib. Torino, 6 maggio 2011, decreto inedito, ma disponibile nell'appendice giurisprudenziale di OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., Appendice A, Cap. VI, p. 288 s.). Nel caso di specie, peraltro, senza ricorrere ad improbabili estensioni analogiche, sarebbe stato sufficiente considerare il rilievo da attribuire alla libertà negoziale, non prevedendo l'art. 2645-ter c.c. in alcun modo l'intervento del giudice tutelare, né trattandosi, a tacer d'altro, di gestire beni ricadenti nella titolarità dei minori.

Come posto in luce in dottrina (cfr. FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, cit., p. 5) sulla destinazione per la famiglia di fatto è reperibile un'ulteriore pronuncia, la quale ha valorizzato la protezione della prole, in un caso dove essa era presente, ma — in via di *obiter* — ha escluso la rilevanza della convivenza tra i due *partners* come tale: «Si ritiene che l'assenza di un vincolo parentale e di una situazione di certezza di rapporti giuridici (...) non impediscano nel caso di specie di ritenere meritevole lo strumento in questione al fine di concedere una tutela, altrimenti inesistente, ai genitori ed ai figli, nati prima o in costanza di questo rapporto di fatto» (cfr. Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 690; in *Notariato*, 2008, p. 268; in *Foro it.*, 2009, I, c. 1555). La massima del provvedimento è del seguente tenore: «Va ordinata l'intervolazione dell'acquisto della proprietà di un immobile in favore di una società semplice, in completo controllo dei disponenti, che sia stata nominata *trustee* in virtù dell'atto istitutivo di un *trust*, regolato dal diritto inglese, con cui due conviventi *more uxorio* hanno inteso creare un patrimonio separato per soddisfare le esigenze attuali e future di entrambi, nonché dei figli, comuni e non, della coppia». Nella motivazione della citata decisione si afferma che «Si intende cioè dire che la segregazione di un patrimonio nel dichiarato intento di apprestare una tutela economica e di assistenza ad una famiglia di fatto, che non sarebbe altrimenti assicurabile in forme neanche lontanamente simili a quelle del fondo patrimoniale, rappresenta quel *quid* che consente di ritenere apprezzabile lo strumento innominato e dare così ingresso al *trust* in questione, nei limiti di indagine di questo giudice. Proprio questo valore perseguito, e cioè la tutela della prole familiare, costituisce quel rilevante elemento che aveva indotto la giurisprudenza costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 6 della L. 27 luglio 1978, n. 92, nella parte in cui non prevedeva la successione nel contratto di locazione al conduttore che avesse cessato la convivenza quando vi fosse prole naturale; non a caso lo stesso presupposto — questa volta in negativo — della ricorrenza di figli ha recentemente indotto la stessa corte a negare il diritto alla prosecuzione nel rapporto locativo al convivente *more uxorio* in assenza di prole (Corte Cost. ord. n. 204/2003, rel. Conti)» (va comunque considerato, ulteriormente, che la decisione triestina aveva tratto ad un *trust*, non ad un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., e che il richiamo a tale ultima disposizione viene svolto al solo fine di argomentare su quella meritevolezza degli interessi che, secondo il tribunale, giocherebbe un ruolo anche nell'istituto di matrice anglosassone).

(456) Sul profilo della meritevolezza di tutela cfr. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., p. 170 ss.; cfr. inoltre OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 351 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in *Corr. merito*, 2011, p. 806, con nota di RISPOLI; in *Corr. giur.*, 2012, p. 397, con nota di GALLUZZO, secondo cui «Gli interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. sono quelli attinenti alla solidarietà sociale e non quelli dei credi-

Sul piano pratico non appare del resto condivisibile il rilievo espresso da una parte della dottrina (457), ad avviso della quale alcuni notai si sarebbero addirittura « rifiutati di predisporre l'atto in parola a garanzia dell'adempiimento del mantenimento dei figli naturali in seno a una famiglia di fatto, ritenendo applicabile la disciplina *de qua* ai soli accordi tra coniugi uniti in matrimonio e i loro figli ». Invero, a chi scrive risulta l'esatto opposto, avendo, anzi ricevuto da diversi notai proprio il « canovaccio » di possibili intese del genere (458). Sia inoltre consentito aggiungere che l'istituto in esame è già stato utilizzato, nella prassi notarile, non solo per prevedere forme di garanzia alla contribuzione verso i figli della coppia, ma anche, tutto al contrario, per disporre una forma di « assicurazione materiale » della contribuzione da parte del figlio della coppia di fatto alle esigenze dei genitori (459).

tori di una società insolvente perché altrimenti si consentirebbe ad un atto di autonomia privata d'incidere sul regime legale inderogabile della responsabilità patrimoniale al di fuori di espresse previsioni normative ». Sull'argomento v. anche ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile. L'art. 2645-ter, cit.*, p. 621 ss. Questo specifico profilo è stato collegato in dottrina (cfr. GALUZZO, *Selezione degli "interessi meritevoli di tutela" nell'applicazione dell'art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 403) a quello dell'utilizzo del *trust* liquidatorio a tutela dei creditori (su cui v. ad es. Trib. Milano ord., 16 giugno 2009, in *Corr. giur.*, 2010, p. 522; in dottrina cfr. LO CASCIO, *Proposta di concordato preventivo mediante trust*, in *Fallimento*, 2009, p. 325; DEMARCHI, *Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento*, in *Giur. merito*, 2008, p. 741). In realtà, come spiegato a suo tempo dallo scrivente (OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, p. 170 ss.), il *trust* non presuppone alcun controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dal costituente, dal momento che la valutazione sulla meritevolezza dell'istituto sarebbe stata effettuata (ovviamente, per chi volesse seguire la tesi che postula la validità del *trust* interno) in astratto, una volta per tutte, dal legislatore. Non vi è dubbio, poi, che su questo specifico tema (che esula dalla presente trattazione) non può non influire la L. 27 gennaio 2012, n. 3 (« Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento »), il cui art. 7 prevede che gli accordi con i creditori per la soluzione delle situazioni di sovraindebitamento possano « anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un fiduciario per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori ».

(457) Così MARZI, *op. cit.*, p. 66.

(458) Per un modello di atto istitutivo di vincolo di destinazione a beneficio di una famiglia di fatto cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 387 ss.

(459) Così ad esempio, in un modello inviato allo scrivente, si stabilisce che, contestualmente alla donazione di un compendio immobiliare da padre al figlio, si costituisca da parte del donatario un vincolo di destinazione dei citati beni a beneficio dei bisogni del padre e della madre (conviventi *more uxorio*) e principalmente al soddisfacimento delle loro esigenze abitative. Ecco come viene concretamente strutturato il vincolo. « ART. 8 - Il sig. C F [figlio donatario del compendio immobiliare] destina, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2645-ter Cod. Civ. a favore del padre sig. C V e della madre P R, che accettano e prendono atto della destinazione a loro favore, allo scopo di realizzare l'interesse indicato in premessa, e precisamente di assicurare ai genitori una esistenza decorosa, garantendo loro

Ancora, dovrà tenersi presente che lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato, nel corso del 2013, ha varato (con la collaborazione dello scrivente) un'iniziativa che ha dato luogo ad un vero e proprio *vademecum* per

una abitazione idonea alle necessità e ciò anche in considerazione del rapporto di stabile convivenza fra di essi intercorrente, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nella tutela e nel riconoscimento di tale rapporto, quale nucleo portatore di valori di assistenza e sostegno reciproci, trovando il suo fondamento nel principio di solidarietà dei rapporti affettivi e nel solenne riconoscimento che a tale rapporto è dato, quale istituzione sociale, dall'art. 2 della Costituzione, la quota di comproprietà pari ad 1/2 (un mezzo) indiviso dei beni immobili indicati al precedente art. 1, alle seguenti condizioni:

— la destinazione ha la durata della vita dei beneficiari, fermo rimanendo quanto più avanti specificato;

— i beni in oggetto restano nella titolarità del conferente;

— a seguito della trascrizione il vincolo è opponibile a terzi *ex art. 2645-ter Cod. Civ.*;

— gli immobili in oggetto costituiscono pertanto patrimonio separato dal residuo patrimonio di C F;

— per effetto della separazione patrimoniale i beni in oggetto sono suscettibili di azioni esecutive solo per debiti contratti per la destinazione, salvo quanto previsto dall'art. 2915 primo comma Cod. Civ.;

— l'immissione in possesso è regolata in funzione della destinazione;

— i beni in oggetto sono destinati alle esigenze abitative del nucleo familiare composto dai beneficiari, in modo completo, senza limitazione alcuna;

ove l'esigenza abitativa di tutti i beneficiari della destinazione non sia immediata, l'immobile potrà essere locato a terzi o comunque concesso in altre forme di godimento con corrispettivo; tuttavia i frutti e ogni altra utilità economica ritraibili dal bene destinato, dedotto quanto appresso indicato, spettano ai Beneficiari della destinazione per i loro bisogni di vita. In tal caso gli "Attuatori" del vincolo, come sotto specificati, procederanno all'accensione di un conto corrente, sul quale verranno fatti confluire frutti derivanti dalle locazioni dei beni oggetto del vincolo.

Il conferente potrà procedere all'alienazione degli immobili destinati solo per necessità relative allo stato di conservazione degli stessi ed a un prezzo non inferiore da quello risultante da una perizia giurata di stima che sarà redatta, almeno 120 (centoventi) giorni prima della prospettata alienazione, da un esperto stimatore nominato dal Presidente della Camera di commercio di ... su istanza del conferente medesimo; verificandosi tale ipotesi il vincolo *ex art. 2645-ter Cod. Civ.* sull'immobile alienato verrà a cessare ed il conferente procederà all'impiego delle somme riscosse nell'acquisto di un altro immobile da vincolarsi al medesimo scopo. In caso di permuta s'intende che il vincolo si trasferirà automaticamente sul bene ricevuto dal conferente, che dovrà procedere alla relativa formalità pubblicitaria.

Il sig. C F nomina i beneficiari sig.ri C V e P R "Attuatori" per la soddisfazione del suddetto interesse;

— l'amministrazione e la gestione dei beni vincolati, in vista del soddisfacimento degli scopi di destinazione, spetta disgiuntamente ad entrambi gli Attuatori per gli atti di ordinaria amministrazione, mentre spetta congiuntamente per gli atti di straordinaria amministrazione; l'alienazione del bene potrà essere compiuta solo dal conferente, peraltro alle condizioni specificate in precedenza.

Gli Attuatori si obbligano:

— ad amministrare i beni vincolati con la diligenza del buon padre di famiglia, nel rispetto degli scopi di destinazione, come sopra specificati;

la tutela patrimoniale del convivente *more uxorio* in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale, in cui compare, tra l'altro, un modello di atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* (460).

— al compimento di ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica, l'integrità materiale e il valore dei beni vincolati, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso.

È consentita, altresì, agli Attuatori la stipula di contratti che prevedano la costituzione di diritti reali o personali di godimento, di ipoteca o di qualsiasi altro vincolo sopra i beni in oggetto, ma solo in quanto si tratti di atti diretti al soddisfacimento degli scopi di destinazione. In questo caso la direzione dell'atto all'attuazione dello scopo di destinazione deve essere in esso espressamente dichiarata;

— la destinazione cesserà al verificarsi del primo dei seguenti eventi:

1. decorsi anni dalla stipulazione del presente atto;
2. una volta defunti tutti i Beneficiari della destinazione;

3. dichiarazione di cessazione della destinazione, resa per atto pubblico o autenticato da notaio, da tutti i Beneficiari della destinazione di età non inferiore ad anni diciotto e non incapaci, esistenti in tale momento, con il necessario consenso, se in vita, del conferente.

In caso di premorienza del conferente rispetto ai Beneficiari della destinazione, gli immobili destinati si devolvono agli eredi del conferente gravati dal vincolo di destinazione costituito col presente atto, ove esso non sia ancora cessato.

In tale ipotesi l'attuazione della destinazione continua con il soggetto che il conferente si riserva di indicare in separato documento o testamento».

(460) Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day, 30 novembre 2013*, Roma, 2013, p. 66 ss. (il testo è disponibile, tra l'altro, al seguente sito web: http://www.notaicomo-lecco.it/wwwnotaileccocomoit/Downloads/Guida%20operativa_Contratti%20di%20convivenza.pdf).

Come del resto illustrato da FUSARO, *Prospettive di impiego dell'atto di destinazione per i conviventi*, cit., p. 7, ad un convegno organizzato nel 2009 dalla Fondazione italiana per il notariato (*Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, organizzato a Roma il 21 novembre 2009) vennero analizzate alcune ipotesi applicative dell'atto di destinazione. Il primo caso frontalmente riguardante la famiglia, era così formulato: «Tizio legalmente separato con un figlio avuto dalla convivente Caia, casalinga, è proprietario di tre immobili di valore pressoché identico. Intende destinare a Caia, vita natural durante, un immobile al fine di assicurarle un'abitazione e i frutti in considerazione del suo apporto di lavoro tra le mura domestiche. Inoltre, ove possibile, intende destinare a sé stesso un altro immobile in considerazione dell'età avanzata e del fatto di non aver maturato trattamenti pensionistici». Nell'analisi non si è dubitato della meritevolezza dell'interesse della famiglia di fatto e sono state proposte due soluzioni alternative, nella seconda delle quali l'atto di destinazione era accompagnato dalla donazione. Più esattamente, nella prima soluzione il bene resta nella titolarità del conferente, ma «destinato alle esigenze abitative di Caia in modo completo, senza limitazione alcuna», precisandosi che «ove l'esigenza abitativa della stessa non sia immediata, l'immobile potrà essere locato a terzi o comunque concesso in altre forme di corrispettivo», ancora, che «i frutti e ogni altra utilità economica ritraibili dal bene destinato, dedotto quanto indicato *infra*, spettano alla beneficiaria». Il conferente ne diviene gestore, impegnandosi: (a) ad aprire apposito conto bancario ove far confluire le redditività e da cui attingere l'occorrente per far fronte alle spese; (b) a redigere rendiconto annuale; (c) ancora a procedere «all'alienazione del bene solo per necessità relative allo stato di conservazione dello stesso» in tal caso reimpiegando la somma riscossa nell'acquisto di altro im-

Nessuna preoccupazione d'ordine costituzionale sembra del resto sorgere dalla diversa disciplina della norma in discorso rispetto a quella delle norme che governano il fondo patrimoniale (461): la diversità di trattamento

mobile da vincolare. Si precisa che mentre la morte della beneficiaria estingue la destinazione, quella del conferente determina la devoluzione del bene gravato del vincolo di destinazione, aggiungendosi che «in tale ipotesi l'attuazione della destinazione continua con il soggetto che il conferente si riserva di indicare in separato documento o testamento». Nella seconda soluzione proposta, si aggiunge la donazione dell'immobile al figlio Tizietto, il quale contestualmente lo destina al padre «allo scopo di assicurargli il reddito che gli consenta indipendenza economica ed esistenza dignitosa», conservandone l'amministrazione, secondo i medesimi criteri sopra indicati.

(461) Il dubbio è sollevato da G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 321 ss., secondo cui «Certamente lecita è la destinazione di beni a fare fronte esclusivamente ai bisogni di una famiglia di fatto, non fondata sul matrimonio dell'autore della destinazione stessa. La destinazione esclusiva ai bisogni di una famiglia fondata sul matrimonio, che è per certo la sola contemplata dalle norme degli artt. 167 ss. c.c., si configura come costituzione di un fondo patrimoniale; ma, secondo la disciplina propria di quest'ultimo, la separazione dei beni vincolati dal residuo patrimonio del proprietario di essi è regolata in modo ben diverso — e, ben può dirsi, meno perfetto — di quello che risulta dalle norme dell'art. 2645-ter c.c. in relazione ai vincoli non direttamente individuati dalla legge, come potrebbe essere, se bastasse la liceità del fine, quello comportato dalla destinazione ai bisogni della famiglia di fatto. Invero, dei beni costituiti in fondo patrimoniale si può efficacemente disporre, purché con il consenso di entrambi i coniugi e con l'aggiuntiva autorizzazione giudiziale, necessaria peraltro nel solo caso in cui vi siano figli minori (art. 169 c.c.): può efficacemente disporsi, si noti, anche a fini diversi da quello cui sono destinati. Dalla norma dell'art. 2645-ter risulta, per contro, che i beni vincolati — per esempio, se lo si consentisse, anche al fine di fare fronte ai bisogni della famiglia di fatto — “possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione”: dal che si desume che anche l'alienazione per un fine diverso sarebbe in ogni caso impossibile, e quindi inefficace, sol che il vincolo sia stato reso opponibile a terzi in forza della pubblicità. Ne conseguirebbe che l'interesse del terzo all'acquisto non sarebbe mai tutelato, cedendo sempre di fronte a quello di rispetto del vincolo di destinazione (atipico, perché non direttamente individuato dalla legge), anche nei casi in cui l'interesse del terzo viene fatto salvo pur a fronte del vincolo tipico, dato dalla destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio: un atto dispositivo per fine estraneo ai bisogni della famiglia di fatto sarebbe invero inefficace, anche se consentito da colui che è in comunione di vita con il proprietario disponente; né sarebbe concepibile un'autorizzazione giudiziale, pur in presenza di figli minori, giacché l'eventuale istanza diretta ad ottenerla non potrebbe avere risposta diversa da una dichiarazione di non luogo a provvedere. Sotto altro profilo, può osservarsi che al creditore del proprietario di beni costituiti in fondo patrimoniale il soddisfacimento coattivo su quei beni è precluso soltanto in relazione ad obbligazioni assunte per scopi che egli sapeva estranei al fine di destinazione (art. 170 c.c.), mentre al creditore del proprietario di beni destinati ai bisogni della famiglia di fatto il soddisfacimento coattivo sarebbe precluso — a norma dell'art. 2645-ter, se si consentisse di farne applicazione per qualsivoglia finalità non illecita — in forza del solo elemento oggettivo, dell'estraneità dell'obbligazione al fine di destinazione, indipendentemente dallo stato soggettivo del creditore stesso. L'illegittimità costituzionale di una così irragionevole disparità di trattamento sembra, come si diceva, evidente. Il fine di destinazione ai bisogni della famiglia fondata sul matrimonio non può avere trattamento meno favorevole di quello della destinazione ai bisogni della famiglia di fatto».

è legata alla diversità degli istituti, ma nulla esclude che anche nella famiglia fondata sul matrimonio si possa fare ricorso ad un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, come si è tentato in precedenza di dimostrare (462).

Anzi, come appare documentato da alcuni atti costitutivi del vincolo in oggetto tra conviventi pervenuti allo scrivente, nulla sembra escludere che un'apposita clausola dell'atto stesso colleghi all'eventuale celebrazione del matrimonio *inter partes* l'automatica trasformazione del vincolo in fondo patrimoniale (463). È noto che le convenzioni matrimoniali (464) ben possono essere stipulate in data precedente alle nozze e, del resto, la condizione legale di celebrazione delle nozze impedisce alle stesse di produrre effetti in epoca anteriore; il riferimento sarebbe qui comunque ad un matrimonio ben determinato (quello dei conviventi, per l'appunto), per cui neppure sotto questo profilo potrebbero sussistere problemi di validità. Il tutto, ovviamente, a condizione che l'atto in questione soddisfi i requisiti di forma (art. 162 c.c., 48 l. notar.) e sostanza (artt. 167 ss. c.c.) previsti per il fondo e, più in generale, per la validità delle convenzioni matrimoniali (artt. 160 ss. c.c.).

Meno che mai si potranno immaginare ostacoli sulla base di una pretesa (nella famiglia di fatto) «assenza di una predeterminazione astratta dell'interesse» del nucleo familiare, così come di una asserita «impossibilità di procedere ad una sua [dell'interesse: n.d.a.] tendenziale definizione sotto il profilo temporale» (465). L'interesse patrimoniale a far fronte ai bisogni del *ménage* familiare è vivo, reale e riconosciuto come tutelabile tanto nella famiglia fondata sul matrimonio, così come nella libera unione, come attestato dalla possibilità di esprimersi, anche in questo secondo caso, in termini di veri e propri «regimi patrimoniali della famiglia di fatto»: «regimi» che vanno dall'obbligazione naturale, all'arricchimento ingiustificato, al riconoscimento di una sicura meritevolezza di tutela nella costellazione dei contratti di convivenza (466).

Del tutto isolata, del resto, è rimasta la posizione (467) secondo cui alle convivenze non fondate sul matrimonio sarebbe addirittura inapplicabile l'art. 2645-ter c.c., a causa della peculiarità dell'interesse familiare che escluderebbe il suo soddisfacimento attraverso lo strumento destinatorio, posto

(462) V. *supra*, § 25; cfr. inoltre OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 202 ss.

(463) Per un modello di atto istitutivo di vincolo di destinazione a beneficio di una famiglia di fatto, contenente una clausola del genere, cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 387 ss.

(464) Cui l'atto *inter vivos* costitutivo del fondo va ascritto: cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 332 ss.

(465) Così invece FRANCESCA, *op. cit.*, p. 1035.

(466) Cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 1 ss.

(467) Cfr. FEDERICO, *op. cit.*, p. 614 ss., in partic. 632.

che quest'ultimo prescinderebbe dall'inquadramento del fine all'interno dell'ambito familiare. Secondo tale singolare prospettazione, ciò deriverebbe dal fatto che la maggior parte degli interessi familiari non sarebbe suscettibile di soddisfazione mediante la destinazione di un bene « perché il programma di attuazione di interessi che costituiscono il profilo funzionale di inderogabili doveri familiari non appare determinabile mediante la destinazione al relativo soddisfacimento di un fondo agricolo, di un trattore, ovvero di una nave, manifestandosi come il prodotto della ponderazione degli interessi coinvolti nella reale vicenda e delle relazioni correnti tra essi che, soltanto dopo l'individuazione della sua dimensione nel caso concreto, ne consente, essenzialmente ad opera dei coniugi mediante i c.dd. negozi di negozi di indirizzo della vita familiare, la concreta determinazione delle modalità attuative, sia pure per un tempo estremamente limitato » (468). Inoltre, l'atto di destinazione mirante alla soddisfazione di un interesse già tutelato dall'ordinamento mediante l'attribuzione di un diritto soggettivo, non presenterebbe « il *proprium* della destinazione, vale a dire la funzionalizzazione della situazione giuridica soggettiva che riscontra il suo punto di riferimento oggettivo nel bene destinato tale da esigere la riformulazione dei poteri, doveri, facoltà, in essa contenuti fino a determinare anche l'ingresso nella situazione giuridica soggettiva di nuovi obblighi finalizzati all'attuazione dello scopo di destinazione » (469).

Ora, a parte il fatto che nella convivenza *more uxorio* non esistono, tra i *partners*, rapporti giuridicamente vincolanti derivanti dal fatto stesso dell'esistenza di un *ménage* (470) e che la previsione di un vincolo, così come la stipula di un contratto di convivenza, mirano a fornire al convivente debole proprio quella tutela che la legge gli rifiuta, resta la considerazione che nel concetto stesso di destinazione ben può rientrare la messa disposizione diretta di uno o più beni per il soddisfacimento delle necessità della famiglia (fondata o meno che sia sul matrimonio), fin tanto che il nucleo familiare esiste, laddove la stipula di un atto del genere di quelli in esame ben potrebbe rientrare nel programma di un « negozio di indirizzo della vita familiare », anche se si « limitasse » (si fa per dire) a prevedere, ad esempio, il necessario utilizzo dei canoni di locazione dei beni vincolati al procacciamento dei beni e servizi che servono al regolare (e dai coniugi, o dai *partners*, come sopra « indirizzato ») svolgimento della vita familiare.

Nei limiti e con le precisazioni di cui sopra, va dunque ribadito che il vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c. potrà essere costituito in favore della fa-

(468) Così sempre FEDERICO, *op. cit.*, p. 629.

(469) Così sempre FEDERICO, *op. cit.*, p. 628.

(470) Sul tema v. per tutti OBERTO, ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., *passim*.

miglia di fatto, *ad instar* di quanto accade per la famiglia fondata sul matrimonio per il fondo patrimoniale (471).

La conclusione, già più volte affermata dallo scrivente, va ulteriormente ribadita pur dopo l'introduzione della riforma del 2016 sulle convivenze di fatto che, tanto per semplificare la vita dell'interprete tace nel modo più assoluto sul punto. Peraltro, il carattere non tassativo dei contenuti del contratto di convivenza di cui al comma 53, l. 20 maggio 2016, n. 76, non impedisce in modo alcuno che un simile tipo di negozio contenga la creazione di un vincolo di destinazione nell'interesse della costituenda (o già costituita) famiglia di fatto.

Ciò detto, si stagliano però nette diverse differenze rispetto all'istituto di cui agli artt. 167 ss. c.c.

Cominciando dalla ragione principale per la quale il fondo viene costituito, vale a dire la costituzione di una situazione d'*insaisissabilité* (472) di uno o più beni, va subito ricordato che il vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* è più «forte» (473) di quello da fondo patrimoniale, per via dell'opponibilità nei confronti di tutti i creditori dei coniugi, anche a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni, per così dire, «soggettive» descritte dall'art. 170 c.c., nonché per la diversa ripartizione dell'*onus probandi* delle condizioni «oggettive» (474).

Altro effetto — già ricordato con riguardo alla famiglia fondata sul matrimonio — appare essere quello dell'esclusione dei beni vincolati dalla eventuale massa fallimentare, se non in relazione a quei debiti contratti «per la realizzazione del fine di destinazione» (475).

Anche qui, poi, vale il rilievo per cui, per ciò che attiene agli eventuali atti dispositivi, se il vincolo ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. può sembrare a

(471) Cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 133 ss.

(472) Con questa fondamentale differenza, peraltro, rispetto al noto istituto introdotto in Francia da una legge del 2003, estesa nel 2008 a tutti i *biens immobiliers non professionnels*, e cioè che l'*insaisissabilité* «ne joue que pour les dettes à venir»: principio, questo, che, ove accolto nel nostro sistema normativo (che talora sembra concepito per premiare i «furbi»), avrebbe risolto non pochi dei problemi pratici posti dal fondo patrimoniale. Problemi che sono invece stati affrontati, come noto, con l'«accetta» della «renziana», introdotta nel 2015 (per una critica al riguardo cfr. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. Dalla pauliana alla «renziana»?», cit., p. 17 ss.).*

(473) Cfr. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 351 ss., 424 s.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 145 s.; in senso conforme v. anche G.A.M. TRIMARCHI, *op. loc. ultt. citt.* (il quale rileva, per l'appunto, che «lo “stato” di separazione dei beni in vincolo di destinazione è più “forte” di quelli in fondo patrimoniale»); cfr. inoltre BULLO, *Sub art. 2645-ter c.c.*, cit., p. 3330.

(474) Si badi, peraltro, che, per le ragioni cui si è già fatto cenno (v. *supra*, § 24) fondo patrimoniale e vincolo di destinazione possono essere (a determinate condizioni) in pari modo «travolti» dall'esperimento dell'azione esecutiva *ex art. 2929-bis c.c.*

(475) E anche qui andrà tenuto conto di quanto già accennato con riguardo al secondo comma dell'art. 64 l. fall. (v. *supra*, § 24).

tutta prima più «debole» di quello da fondo patrimoniale, avuto riguardo alla non necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti *ex art.* 169 c.c. in presenza di figli minorenni, è anche vero che la regola appena citata risulta, quanto meno secondo l'opinione dominante, derogabile. Inoltre, l'effettuazione della pubblicità rende comunque il vincolo di destinazione *ex art.* 2645-*ter* c.c. opponibile verso ogni subacquirente, a differenza di quello che accade allorquando i coniugi si siano riservati la facoltà di alienazione dei beni del fondo patrimoniale senza autorizzazione (ovvero quando, in presenza della necessità di autorizzazione, quest'ultima sia stata rilasciata), posto che, in tal caso, il terzo acquista il bene certamente libero dal vincolo.

Il ricorso all'*art.* 2645-*ter* c.c. permette poi anche la costituzione di un vincolo temporale nell'interesse della famiglia di fatto al di là delle ipotesi in cui l'istituto *ex artt.* 167 ss. c.c. è consentito per la famiglia fondata sul matrimonio. I costituenti, per esempio, potranno derogare a quanto stabilito dall'*art.* 171 c.c., stabilendo, sempre a titolo d'esempio, che il vincolo non cessi (ed anzi, questa sarà la regola, atteso il principio che autorizza una durata dello stesso per novanta anni o per tutta la vita della persona fisica beneficiaria) in caso di scioglimento del *ménage* (e, dunque, di una situazione speculare rispetto al divorzio), pur in assenza di figli minori.

In quest'ottica il vincolo *ex art.* 2645-*ter* c.c. può prestarsi a fornire garanzie per le prestazioni a favore della prole, una volta intervenuta la crisi del *ménage*, in maniera esattamente speculare rispetto a quanto già consentito da una decisione di merito in relazione alla separazione personale dei coniugi (476).

30. Il problema dell'individuazione dei beneficiari del vincolo di destinazione a favore della famiglia di fatto.

Venendo poi a trattare del profilo soggettivo, va subito posto in evidenza che l'*art.* 167 c.c., in materia di fondo patrimoniale, individua genericamente «la famiglia» come beneficiaria dell'istituto. Ora, secondo la dottrina, la famiglia cui la norma fa richiamo possiede un'estensione che non va oltre la famiglia nucleare, atteso l'evidente collegamento del fondo con l'obbligo di contribuzione dei coniugi (*art.* 143 c.c.) e dei figli (*art.* 315 c.c.), nonché con quello di mantenimento della prole (*artt.* 147 e 148 c.c.). Per quanto attiene a quest'ultima, fermo restando che in tale concetto si debbono far rientrare i figli (legittimi, legittimati, adottivi, nonché i minori in affidamento temporaneo) della coppia a prescindere dalla loro nascita rispetto

(476) Cfr. Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, cit.

al momento di costituzione del fondo, si discute sulla possibilità di riferire il fondo anche ai figli (legittimi, naturali o adottivi) di un solo coniuge.

La tesi preferibile valorizza l'indispensabilità dell'elemento matrimoniale per la costituzione del fondo, al fine di ricavarne l'impossibilità di pervenire alla ventilata estensione. Non manca però chi ritiene di valorizzare il ruolo dell'eventuale introduzione del minore unilaterale nella famiglia legittima del proprio genitore. Si discute infine sulla riferibilità dell'istituto ai figli maggiorenni, pervenendo la tesi prevalente e preferibile alla soluzione di ritenere compresi i figli maggiorenni non ancora autosufficienti (477).

Ora, a differenza dell'art. 167 c.c. («... bisogni della famiglia»), l'art. 2645-ter c.c. sembra presupporre invece l'esatta individuazione di uno o più soggetti determinati («... altri enti o persone fisiche»).

Ad avviso di chi scrive, peraltro, la meritevolezza dell'interesse, per le ragioni solidaristiche che ispirano la norma, è di tale evidenza da consentire anche di collocare la famiglia nel suo complesso (vuoi legittima, vuoi di fatto) tra uno di quegli «altri enti» cui fa richiamo la disposizione, magari valorizzando quell'indirizzo che ormai unanimemente considera tanto la famiglia fondata sul matrimonio, come il *ménage* di fatto, quali «formazioni sociali» riconosciute dall'art. 2 Cost. (478). È chiaro che la soluzione, la quale individua come beneficiario del vincolo di destinazione la famiglia nel suo complesso eviterebbe la necessità di un riferimento specifico ai membri attuali del nucleo in considerazione, e, conseguentemente, il ricorso a non

(477) Per tutti i richiami si fa rinvio ad AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 29 ss.; ID., *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 392 s.; CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, p. p. 563; FUSARO, *Del fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, a cura di Balestra, Torino, 2010, p. 1048 s.; DEMARCHI ALBENGO, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 2011, p. 95 ss.

(478) Sul punto OBERTO, *Atti di destinazione (2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, cit., p. 385 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 149 ss.; anche per G.A.M. TRIMARCHI, *op. loc. ultt. citt.*, «Sul piano generale non può certo escludersi che la famiglia non fondata sul matrimonio possa considerarsi un "ente", una formazione all'interno della quale le persone che la compongono sviluppano la propria persona il cui valore è centrale nel ragionamento sulla meritevolezza sopra esteso». Proprio per via delle ragioni esposte nel testo (e già presentate nei lavori in questa nota citati) occorre rassicurare chi teme che la tesi proposta dallo scrivente sottenda improbabili ritorni alla concezione istituzionale della famiglia (così invece BELLOMIA, *op. cit.*, p. 734, nota 113): «istituzione» e «formazione sociale» sono e rimangono, per chi ha studiato a lungo l'argomento, concetti ben differenti (per un'illustrazione, impossibile in questa sede, dei riflessi del passaggio dalla «concezione istituzionale» alla «concezione costituzionale» della famiglia sul tema dei rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi si rinvia a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 103 ss.).

agevolmente ipotizzabili atti di revoca e/o modifica, qualora il nucleo medesimo avesse ad ampliarsi o ridursi.

Non vi è dubbio che, dal punto di vista fattuale, tale soluzione appaia, almeno a prima vista, più problematica per la convivenza *more uxorio* rispetto all'unione matrimoniale. Si è infatti rilevato (479) che manca un elemento che consenta d'individuare i componenti, come componenti di un gruppo. E ciò in quanto il rapporto tra i conviventi non è desumibile da un atto formale, così come il rapporto tra i conviventi ed i figli non è un rapporto collettivo che riguarda tutti, ma è rapporto che lega individualmente ciascuno di essi (ad eccezione — solo ad alcuni fini — per i fratelli naturali riconosciuti dal medesimo genitore).

Si è così ulteriormente sottolineato che «mentre la famiglia legittima contiene in sé l'elemento formale ed unificante che consente l'immediato riconoscimento di tutti i suoi componenti presenti e futuri rispetto al momento genetico di un qualunque atto d'autonomia che possa riguardarli (tali, infatti, sono i coniugi uniti in matrimonio, o i loro figli legittimi), la famiglia di fatto non consente un'identificazione collettiva dei suoi componenti: i conviventi possono nel tempo cambiare senza alcuna ripercussione giuridica, e gli stessi figli sono tali, sul piano giuridico, in relazione a ciascun genitore che effettua il riconoscimento» (480).

Peraltro, come sopra chiarito, neppure nella famiglia legittima i confini soggettivi appaiono sempre così chiaramente delineati, se è vero che non manca chi ha inteso fondare proprio sulla convivenza il tratto identificativo della «famiglia» rilevante *ex artt. 167 ss. c.c.* (481), mentre diversi Autori non esitano a riferire il fondo patrimoniale, come si è visto, anche ai minori in affidamento, ai figli (legittimi, naturali, adottivi) di uno solo dei coniugi, purché inseriti nel nucleo familiare, e agli stessi figli maggiorenni della coppia coniugata, purché ancora non autosufficienti e conviventi con i genitori (482).

Del resto, non è escluso che, nella famiglia di fatto, l'identificazione dei componenti possa avvenire anche solo *per relationem*. Una volta individuati nell'atto costitutivo i due soggetti del cui *ménage* si tratta, sarà sufficiente indicare, genericamente, la prole che da tale unione nascerà (e — perché no? — aggiungervi l'astratta possibilità che il nucleo si estenda, con l'inserimento di fatto di eventuali figli unilaterali o minori in affidamento). Quanto all'ulteriore possibile presupposto, costituito dalla previsione che il rapporto di filiazione sia legalmente accertato mercé riconoscimento o dichiarazione giudiziale, atteso il carattere meramente dichiarativo di siffatti atti e la presenza di un'ob-

(479) G.A.M. TRIMARCHI, *op. loc. ultt. citt.*

(480) G.A.M. TRIMARCHI, *op. loc. ultt. citt.*

(481) Cfr. DEMARCHI ALBENGO, *op. loc. ultt. citt.*

(482) OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 150 s.

bligazione naturale per ciò che attiene al mantenimento di figli naturali eventualmente non riconosciuti né dichiarati, non sembra possa predicarsi l'assoluta indispensabilità di tale elemento (ancorché dal punto di vista pratico il suo inserimento appaia raccomandabile, così come consigliabile comunque appare la nominativa menzione dei soggetti beneficiari già in vita) (483).

31. Incapaci e semi-incapaci quali beneficiari del vincolo. Esclusione della necessità di autorizzazione giudiziale.

Se è vero che, come sopra illustrato, la tutela dell'interesse della famiglia, e, all'interno di questa, delle posizioni più deboli costituisce precipuo campo di applicazione dell'istituto *ex art. 2645-ter c.c.*, va aggiunto che proprio il perseguimento di tale scopo potrebbe incontrare un imprevisto ostacolo «burocratico», qualora si dovesse ritenere l'atto in questione, in quanto diretto a costituire un vincolo in favore di uno o più soggetti incapaci o semi-incapaci, soggetto al regime autorizzativo previsto dal codice per i negozi relativi alla gestione dei patrimoni di minori, interdetti, inabilitati, beneficiari di amministrazione di sostegno.

Sul punto potrà menzionarsi un provvedimento del 2012 (484), che ha escluso che l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* a favore di minori d'età necessiti di autorizzazione *ex art. 320 c.c.*, sia per il conseguimento, sia per il consolidamento della posizione beneficiaria.

Nella specie, il padre e la nonna di due minorenni intendevano destinare, senza effetti traslativi, la dimora avita, di loro proprietà, a favore di se medesimi, del coniuge del primo e dei figli minorenni di entrambi i coniugi. Lo scopo era evidentemente quello di provvedere ai bisogni fondamentali della loro persona: al bisogno di un'abitazione gratuita e consona allo *status* familiare, ai bisogni sanitari di tutti i beneficiari e alle spese di educazione, istruzione e formazione professionale dei figli. L'attuazione della destinazione era riservata, quali primi gestori, ai costituenti con poteri disgiunti di ordinaria amministrazione e congiunti di straordinaria amministrazione.

Come osservato in dottrina (485), si trattava di un atto di destinazione in parte autodestinato, in parte eterodestinato. Esso imprimeva sui beni una specifica destinazione allo scopo, dando vita a una relazione fiduciaria, al cui fascio di poteri e obblighi faceva *pendant* una conformazione della proprietà. Il ricorso era stato proposto per ottenere l'autorizzazione a rendere

(483) OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., p. 150 s.

(484) Cfr. Trib. Saluzzo, 19 luglio 2012, in *Famiglia e minori*, 22 dicembre 2012, con nota di DI SAPIO e GIANOLA.

(485) Cfr. DI SAPIO e GIANOLA, *op. loc. ultt. citt.*

la dichiarazione di voler profittare dell'effetto incrementativo della sfera patrimoniale dei minorenni. Il giudice adito, peraltro, ha correttamente escluso che vi fosse luogo a provvedere su tale istanza.

Ed invero, nella fattispecie, quel tipo di atto destinazione, oltre a non determinare (in quanto tale) trasferimenti di diritti (come, appunto, nel fondo patrimoniale non traslativo), non involge alcun preesistente diritto dei minori, posto che il compendio immobiliare in relazione al quale si prevede di imprimere la destinazione è oggetto della esclusiva proprietà dei costituenti, maggiorenni e capaci. È poi anche vero che, come osservato dal citato provvedimento di merito, l'adesione al negozio (in nome e per conto dei minori) non può (neanche) essere identificata alla stregua di atto eccedente l'ordinaria amministrazione, non comportando, per gli stessi minori, alcuna diminuzione patrimoniale, od anche il mero rischio di diminuzione patrimoniale.

Va poi escluso che, in una situazione del genere, possa darsi alcun conflitto di interessi tra i minori ed i genitori per conto dei quali è proposta richiesta di autorizzazione, poiché vi è convergenza di interessi e vantaggio comune (genitori e figli, pur portatori di interessi distinti, beneficiranno tutti della destinazione).

Ad avviso dello scrivente, poi, non potrebbe pervenirsi a conseguenze diverse neppure volendo riconoscere nella situazione del beneficiario gli estremi della posizione del terzo di un contratto *ex art. 1411 c.c.* (486). Ed invero, come illustrato da chi scrive in altra sede, in relazione ai contratti della crisi coniugale, non essendo richiesta alcuna dichiarazione d'accettazione da parte del terzo beneficiario, nessuna autorizzazione ai sensi dell'art. 320 c.c. dovrà ritenersi necessaria (487).

In quest'ottica, incomprensibile, prima ancora che non condivisibile, appare un'altra decisione (488), di segno opposto rispetto a quella appena citata, la quale non solo ha ritenuto applicabile nella specie l'art. 320 c.c., ma ha addirittura negato l'autorizzazione, sulla base del discutibile assunto

(486) Per i richiami cfr. DI SAPIO e GIANOLA, *op. loc. ultt. citt.*, i quali rimarcano che alcuni interpreti fanno cenno all'articolo 1411 c.c. e, su questa piattaforma, si è ammessa la revocabilità della destinazione fino a che non sia resa la dichiarazione di volerne profittare. Altri interpreti, in applicazione della più ampia regola sistematica ricavabile dagli artt. 1333, 1411, 1236, 649 e 785 c.c., ritengono invece che la dichiarazione di voler profittare è necessaria esclusivamente per stabilizzare la posizione beneficiaria, non per rendere irretroabile l'impegno assunto dai costituenti, che, nel nostro caso, è un tema differente, da verificare con riguardo allo specifico contenuto dell'atto di destinazione (BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, cit., p. 79 e, a proposito dei *trust*, DI SAPIO, *Gli strumenti contrattuali di cura e di protezione dei minori d'età portatori di handicap: un'esperienza*, cit., p. 626, con divergenze in ordine ai negozi a causa familiare).

(487) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1160 s.; Id., *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, cit., p. 69 s.

(488) Cfr. Trib. Massa, 31 luglio 2012, in http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=39933&catid=89&Itemid=336&mese=09&anno=2012.

secondo il quale, pur essendo l'atto nell'interesse del minore, esso sarebbe stato contrario ai principi dell'ordinamento, poiché in violazione della riserva di legge di cui all'art. 2740 c.c., quasi che l'art. 2645-*ter* c.c. fosse principio tratto da una raccolta di regole prive del valore di legge (oltre che, ovviamente, successiva e speciale rispetto alla norma generale in tema di garanzia patrimoniale generica).