

SAGGI

GIACOMO OBERTO (*)
Magistrato, Dottore di ricerca

MUTUO DISSENSO E CONVENZIONE DI SEPARAZIONE DEI BENI

SOMMARIO: 1. Introduzione. Natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali e risolubilità per mutuo dissenso: impostazione del problema. – 2. Il mutuo dissenso in generale e nei contratti ad efficacia reale. – 3. Il mutuo dissenso con efficacia *ex tunc* nelle convenzioni matrimoniali. – 4. La conferma sul piano storico e comparato dei risultati circa l'ammissibilità del mutuo dissenso nelle convenzioni matrimoniali. – 5. La forma del mutuo dissenso che venga a risolvere con effetti retroattivi la scelta del regime di separazione dei beni. – 6. Il mutuo dissenso con effetti retroattivi circa la scelta del regime di separazione dei beni nei suoi rapporti con i terzi.

1. – L'affermazione del carattere contrattuale delle convenzioni matrimoniali costituisce argomento che registra un amplissimo consenso tra gli interpreti⁽¹⁾. Da tale punto di partenza discendono, come noto, svariate conseguenze in tema di applicabilità – pur con gli adattamenti richiesti dalla peculiarità delle situazioni che nascono nel contesto familiare ed appaiono intimamente legate ad un negozio essenzialmente personale,

(*) Lo scrivente esprime i più vivi ringraziamenti al Prof. Michele Sesta, per il suggerimento dell'idea che sta alla base del presente lavoro e per le preziose indicazioni fornite in merito all'elaborazione dello scritto.

⁽¹⁾ Sulla natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali cfr. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 514; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano 1999, p. 136 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, nel *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano 2006, p. 147 ss. (ove si discute anche della riferibilità delle convenzioni matrimoniali alla categoria dei “contratti del diritto di famiglia”); ID., *La comunione legale tra coniugi*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, II, Milano 2010, p. 1669 ss., 1708 ss., 2110; ID., *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, II ed., a cura di Di Rosa, artt. 74-230 *ter*, Torino 2018, p. 1118 ss.; IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano 2002, p. 27 ss.; AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. d. civ.*, 2004, p. 8 ss.; ANDRINI, *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto. Le convenzioni coniugali*, Torino 2006, p. 7 s., 20 ss.

quale il matrimonio (e, oggi, pure l'unione civile) – di istituti quali la rappresentanza (volontaria, così come legale), l'impugnabilità per vizi del sinallagma contrattuale (vuoi genetico, vuoi funzionale), l'apponibilità di elementi accidentali, quali la condizione o il termine⁽²⁾.

Tali premesse introducono alla questione circa la possibilità di applicare alla convenzione matrimoniale, qualunque essa concretamente sia, anche un qualche rimedio negoziale che consenta alle parti di tornare, per così dire, sui propri passi, mettendo nel nulla l'opzione per un regime, piuttosto che per un altro, a suo tempo effettuata. Siffatta possibilità è, come noto, espressamente concessa ai coniugi (e oggi anche ai civilmente uniti) dagli artt. 162, comma 3, c.c. e 163 c.c. – cui fa ora eco pure il comma 54, l. 20 maggio 2016, n. 76, in merito ai contratti di convivenza⁽³⁾ – i quali permettono di stipulare e di modificare “in ogni tempo” la convenzione matrimoniale eventualmente sottoscritta e, comunque, il regime inizialmente prescelto (o subentrato *ex lege*): il tutto, peraltro, con efficacia *ex nunc* e, dunque, a decorrere dal momento della stipula della nuova convenzione, laddove, per il pregresso, va considerato come valido ed efficace l'assetto patrimoniale originariamente impresso dalla convenzione o dalla legge.

Il tema che si intende qui esplorare è, invece, quello della possibilità per i coniugi e civilmente uniti di operare, anziché il passaggio ad un regime diverso, salvi gli effetti fino a quel momento prodotti dal regime previgente, una risoluzione retroattiva per mutuo dissenso dell'intesa contenuta nella convenzione a suo tempo sottoscritta. In altri termini, si vuole qui concretamente alludere alla possibilità di cancellare con efficacia *ex tunc* – mercé la stipula di un accordo intervenuto in un momento qualsiasi della vita di coppia – ogni effetto prodotto dalla convenzione originariamente stipulata, la quale andrà pertanto considerata *tamquam non esset*.

È evidente che il riconoscimento dell'ammissibilità di un siffatto negozio permetterebbe ai coniugi o civilmente uniti che avessero (conformemente a quanto ormai accade per la stragrande maggioranza delle nuove coppie) optato per il regime di separazione dei beni, di “riscrive-

(2) Per un approfondimento di tali problemi specifici si fa rinvio a OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, cit., p. 1121 ss.

(3) Per un commento a questa disposizione cfr. OBERTO, *La modifica del regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza*, in corso di stampa su *Contratto e impr.*, 2019; ID., *I contratti di convivenza*, Commento all'art. 1, commi 50-63, l. 20 maggio 2016, n. 76, nel *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano 2017, p. 1381 ss.

re” sin *ab initio* la storia patrimoniale del loro rapporto, semplicemente decidendo di far venire retroattivamente meno gli effetti di quella originaria decisione.

Ulteriore quesito, intimamente legato alla risposta affermativa a questo interrogativo, è quello della valutazione in termini di liberalità indiretta degli effetti positivi che siffatto accordo dispiega nel patrimonio del coniuge che viene, in virtù di questa intesa, a ricevere una serie di incrementi patrimoniali conseguenti all’applicazione retroattiva del principio del coacquisto automatico ai sensi dell’art. 177 c.c. Tale dubbio appare poi connesso ad una serie di questioni legate alla sorte di varie categorie di acquisti che i coniugi possono aver effettuato durante il periodo precedente a quello dell’espressione del mutuo dissenso, con le relative conseguenze in punto rapporti con i terzi aventi causa e creditori.

Procedendo con ordine, sarà pertanto opportuno iniziare a verificare l’ammissibilità del mutuo dissenso in discorso, per trattare poi della forma attraverso cui lo stesso può essere attuato e delle relative conseguenze, in relazione ai vari rapporti intessuti tra le parti del rapporto coniugale (o di unione civile) e con i terzi, mentre le ricadute dell’accoglimento della tesi dell’ammissibilità di tale negozio sulla questione dei rapporti con le donazioni e le liberalità indirette di cui possano beneficiare i coniugi formerà precipuo oggetto di un distinto studio⁽⁴⁾.

2. – Per “mutuo dissenso” si intende l’accordo con il quale le parti di un contratto precedentemente stipulato decidono di risolverlo consensualmente. La figura è richiamata espressamente dal codice civile: in particolare dall’art. 1321, considerato nella parte in cui riferisce l’accordo contrattuale all’estinzione di un rapporto giuridico avente carattere patrimoniale, e dall’art. 1372, che menziona il “mutuo consenso”, quale causa, per l’appunto, di scioglimento del contratto, con espressione da molti ritenuta impropria, in quanto riferita al contratto, anziché agli effetti dallo stesso prodotti ed ai rapporti giuridici dal medesimo *inter partes* instaurati⁽⁵⁾. Quel codicistico “mutuo consenso”, dal canto suo, è oggi più generalmente conosciuto – per effetto di un suggestivo “gioco degli opposti”⁽⁶⁾ –

⁽⁴⁾ Il lavoro, dal titolo *Mutuo dissenso e liberalità nel regime di comunione legale*, sarà pubblicato nel prossimo fascicolo di questa *Rivista*.

⁽⁵⁾ In argomento CARPINO, *Il mandato, la commissione e la spedizione*, nel *Tratt. Bessone*, XIV, *I contratti speciali*, Torino 2008, p. 133 s.

⁽⁶⁾ La felice espressione è di GALATI, *Mutuo dissenso e contratti ad effetti reali*, http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_civile/1_Galati_mutuo_dissenso.html.

quale “mutuo dissenso” (7): espressione, questa, utilizzata proprio per definire quel particolare tipo di negozio posto in essere ai sensi dei citati artt. 1372 e 1321 c.c., che trova nell’estinzione di un pregresso rapporto contrattuale la sua funzione e dunque la sua causa, che in tal senso può dirsi tipica (8).

Secondo l’opinione oggi prevalente, con il mutuo dissenso si può risolvere un precedente rapporto contrattuale con efficacia *ex nunc* (ovvero a partire da quando è concluso il mutuo dissenso), oppure *ex tunc* (vale a dire sin da quando il precedente contratto era stato posto in essere), sulla base della volontà delle parti, purché l’effetto *ex nunc* non sia imposto dalla natura stessa del contratto che si va a sciogliere (ad esempio, un contratto di lavoro subordinato in corso di esecuzione: sul punto v. anche l’art. 1373 c.c.) (9). Poiché, come si dirà, nella specie si reputa ammissibile, anche con riguardo alle convenzioni matrimoniali, la seconda soluzione – posto che la risoluzione *ex nunc* forma comunque oggetto di apposite e distinte norme (i già citati artt. 162 cpv. e 163 c.c.) – il richiamo al mutuo dissenso nel presente studio andrà inteso come riferito proprio e solo alla possibilità di determinare uno scioglimento con decorrenza *ex tunc*.

Ciò premesso, il principale problema che ha affaticato a lungo gli interpreti attiene alla possibilità di configurare un mutuo dissenso (con effetto retroattivo) anche in relazione ad un contratto ad effetti reali che si siano già interamente prodotti. Al riguardo si è fatto notare (10) che, in dottrina, dopo aver affermato la descritta natura di contratto autonomo del mutuo dissenso (11), si è largamente sostenuta la tesi per cui questo contratto funzionale allo scioglimento di un precedente rapporto convenzionale sarebbe in realtà un accordo negoziale risolutorio (12). Ora, questa nozione di mutuo dissenso come negozio risolutorio è servita soprattutto per sostenere la sua naturale efficacia retroattiva in virtù dell’applicazione,

(7) LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980, p. 18 ss.

(8) BIANCA, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano 1998, p. 700; CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita notar.*, 1993, p. 638 ss.; LUMINOSO, *op. cit.*, p. 256 ss.; MAGNANI, *La risoluzione della donazione per mutuo dissenso (un rimedio alla potenziale in commerciabilità degli immobili provenienti da donazione)*, in *R. not.*, 2004, p. 121 ss.

(9) GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

(10) GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

(11) *Contra* R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 378 ss., che considera collegati il negozio estintivo e quello da estinguere.

(12) SIRENA, *Effetti e vincolo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Gli effetti*, a cura di Costanza, Milano 2006, p. 85 ss.; ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2001, p. 540; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1974, p. 217.

anche ad esso, dell'art. 1458 c.c. che – come noto – prevede proprio l'ontologica efficacia retroattiva della risoluzione⁽¹³⁾; tale idea dell'efficacia naturalmente *ex tunc* del mutuo dissenso appare determinante ai fini di ammettere l'applicabilità dell'istituto anche ai contratti che abbiano già prodotto i propri effetti reali.

A questo riguardo, infatti, si è autorevolmente sostenuto che se le parti di una donazione o di una compravendita che abbiano già posto in essere il trasferimento del diritto reale al quale sono finalizzate stipulano in seguito un correlato contratto di mutuo dissenso, necessariamente lo fanno per ripristinare lo *status quo ante* alla donazione od alla compravendita medesime: pertanto, se questo è lo scopo pratico perseguito, una rimozione non retroattiva del rapporto contrattuale è definita come “inconcepibile”⁽¹⁴⁾, in quanto di questo intento non realizzativa e – anzi – addirittura ostativa. In senso almeno parzialmente contrario si è osservato che le parti del mutuo dissenso possono prevedere una sua efficacia retroattiva solo se il tipo e la natura del rapporto da sciogliere lo consentano, data la presenza di rapporti contrattuali che difficilmente si prestano ad essere estinti *ex tunc*, come quelli di durata⁽¹⁵⁾.

Inutile dire, peraltro, che quest'ultimo rilievo non serve a scalfire l'idea della retroattività della risoluzione dell'effetto reale, posto che proprio tale effetto, per definizione, non si sostanzia in un rapporto di durata, ma si opera in un istante, la cui “durata” non appare neppure “cronologicamente” valutabile.

Ora, è vero che una parte della più risalente dottrina⁽¹⁶⁾, partendo dall'assunto per cui gli effetti negoziali in tali casi si sono già totalmente

(13) CAPPELLETTI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Rass. d. civ.*, 1999, p. 241 ss.

(14) LUMINOSO, *op. cit.*, p. 235 ss.

(15) L'esemplificazione a tal riguardo proposta da FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, nel *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino 2002, p. 31, è tratta dal contratto di locazione, posto che si considera non restituibile, in ipotesi di mutuo dissenso, il godimento in forza di questo negozio conseguito dal conduttore; analoga riflessione è stata proposta anche per quanto concerne il mutuo dissenso riferito ad un rapporto di lavoro subordinato, dove sarebbe non restituibile la prestazione fino ad allora fornita al datore dal dipendente: cfr. GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

(16) DEIANA, *Contrarius consensus*, in *R. d. priv.*, 1939, I, p. 104; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Milano 1952, p. 23 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, nel *Tratt. Vassalli*, Torino 1961, p. 519 ss.; RUBINO, *La compravendita*, Milano 1962, p. 1024; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano 1972, p. 205 ss.; MIRABELLI, *Il contratto in generale*, Torino 1980, p. 290 ss.; più di recente v. anche IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *R. not.*, 1998, p. 1137 s. In

prodotti, ritiene che detti effetti sarebbero non rimuovibili con il mutuo dissenso, ma – al più – potrebbero costituire oggetto di un apposito “contronegozio”, che si sostanzia nelle specie della “controdonazione” e della “retrovendita”, grazie al quale si andrebbe a realizzare una vicenda contrattuale antitetica ed opposta rispetto a quella precedentemente posta in essere. Secondo quest’idea, cioè, occorrerebbe, per rimuovere gli effetti reali già prodottisi, un *contrarius actus*, in cui colui che era avente causa nel pregresso rapporto contrattuale (dunque il compratore o il donatario) assume nella presente e nuova relazione negoziale la veste opposta di dante causa, ritrasferendo così quanto ricevuto a colui che nel vecchio contesto convenzionale ricopriva il ruolo di venditore o donante. In questa concezione, dunque, al mutuo dissenso sarebbe inibito di incidere su effetti reali ormai prodottisi e, qualora i soggetti della convenzione che li ha determinati per loro motivi li ritengano non più conformi ai propri interessi economici, avrebbero l’unica possibilità di dar vita ad una “controvicenda”, cioè ad un nuovo contratto che abbia l’effetto di ricondurre nella sfera giuridica del dante causa i diritti che in virtù del pregresso negozio erano stati trasferiti all’avente causa.

Assai più convincente appare, invece, la più moderna tesi che ritiene del tutto riferibile l’impiego del mutuo dissenso ad ogni convenzione con efficacia traslativa, col solo limite della tutela dei terzi. Questa dottrina – accolta, tra l’altro, dalla giurisprudenza di legittimità⁽¹⁷⁾ – predica, dunque,

giurisprudenza Cass. 7 marzo, 1997, n. 2040, in *Contratti* 1997, p. 54 ss. afferma che “Costituisce (...) principio di diritto pacifico che lo scioglimento per mutuo consenso di un contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la conclusione del quale è richiesta la forma scritta, ai sensi dell’art. 1350 n. 1 cod. civ., deve anch’esso risultare da atto scritto, perché, per effetto dello scioglimento, si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario (sent. n. 6959 del 1988)”. Peraltro dalla lettura della motivazione non emerge che l’intento delle parti fosse quello, nella specie, di attribuire efficacia retroattiva al mutuo dissenso ed anzi tale soluzione sembra contrastata dal fatto che la tesi della parte ricorrente, respinta dalla Cassazione, era quella che il contratto di compravendita si sarebbe risolto “per mutuo consenso, essendo risultato che il prezzo della compravendita era stato restituito dall’alienante agli acquirenti e che costoro lo avevano accettato”.

(17) Cfr. Cass., 6 ottobre 2011, n. 20445, in *R. not.*, 2012, II, p. 1180, con nota di FABIO; in *Contratti*, 2012, p. 478, con nota di ORLANDO; in *G. it.*, 2012, p. 1790, con nota di SGOBBO; in *Rass. d. civ.*, 2013, p. 546, con nota di ALAMANNI; in *Notariato*, 2013, p. 141, con nota di MAGLIULO: “Il mutuo dissenso costituisce un atto di risoluzione convenzionale (o un accordo risolutorio), espressione dell’autonomia negoziale dei privati, i quali sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio, anche indipendentemente dall’esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute, impeditivi o modificativi dell’attuazione dell’originario regolamento di interessi, dando luogo ad un effetto ripristinatorio con carattere retroattivo, anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali; tale effetto, infatti, essendo espressamente previsto *ex lege* dall’art. 1458 cod. civ. con riguardo alla risoluzione per inadempimento, anche di contratti ad effetto reale, non può dirsi

che anche siffatti contratti possano essere “cancellati” con efficacia retroattiva per il tramite di un mutuo dissenso inteso come contratto con autonoma causa estintiva, risolutorio ed eliminativo della pregressa relazione negoziale, con l’ulteriore precisazione secondo cui, in forza di esso, sorgono per le sue parti obbligazioni restitutorie, funzionali ad un integrale ripristino della situazione antecedente all’effetto traslativo verificatosi e che si vuole, appunto, cancellare. Condivisibilmente, coloro che sostengono questa tesi si basano sull’assunto a tenore del quale le parti del mutuo dissenso riferito a contratti con effetti reali prodottisi non vogliono disporre nuovamente – come avviene invece nell’ipotesi del “contronegozio” – ma vogliono al contrario rimuovere l’originario atto di disposizione ed i suoi effetti⁽¹⁸⁾.

Si argomenta persuasivamente, inoltre, che la possibilità di utilizzare il mutuo dissenso anche rispetto alle convenzioni con effetti reali già determinatisi si ricava anche dal dettato normativo, il quale, agli artt. 1321 e 1372 c.c., menziona il mutuo dissenso senza alcuna distinzione, in merito alla sua praticabilità, tra contratti ad effetti reali e contratti ad effetti obbligatori, con la conseguenza logica che anche rispetto ai primi non potrebbe ravvisarsi un’espressa preclusione normativa che limita l’applicabilità dell’istituto⁽¹⁹⁾. Alcuni indici positivi favorevoli alla concezione propugnata si rinvencono poi ulteriormente, secondo questa condivisibile dottrina, nell’art. 1458 c.c. (letto come riferibile pure al mutuo dissenso inteso come accordo risolutorio) e nell’art. 2655 c.c., il quale al comma 1 stabilisce che l’inefficacia di un contratto trascritto che derivi da invalidità, *risoluzione*, rescissione, vittorioso esperimento dell’azione revocatoria o da avverarsi della condizione risolutiva vada pubblicizzata mediante annota-

precluso agli accordi risolutivi, risultando soltanto obbligatorio il rispetto dell’onere della forma scritta *ad substantiam*”. In precedenza Cass. 29 aprile 1993, n. 5065, in *G. it.*, 1994, I, c. 433, aveva affermato l’ammissibilità del mutuo dissenso in relazione ad una compravendita immobiliare, precisando che l’effetto retroattivo di tale negozio ne costituirebbe una caratteristica essenziale, ma che dovrebbe, di volta in volta essere pattuito dalle parti, con la conseguenza che, in difetto di contraria pattuizione, gli interessi sulle somme dovute in restituzione dalla parte venditrice devono ritenersi compensati dal godimento della cosa che la parte compratrice abbia *medio tempore* avuto (ex art. 1282, ult. cpv., c.c.).

(18) FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, cit., p. 24. Particolarmente efficace appare il seguente esempio: “Tizio dona a Caia, sua amante, alcuni gioielli. Troncata la relazione per il comportamento offensivo di Tizio, Caia non vuole più possedere quei doni ed entrambi, d’accordo, ne decidono la restituzione. È assurdo ravvisare nel loro accordo una nuova donazione e ritrovare, perciò, un anacronistico *animus donandi* in Caia che ormai odia Tizio, come, d’altra parte, è assurdo pensare che l’ordinamento giuridico non consenta loro altro mezzo per raggiungere l’intento che perseguono” (cfr. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 639).

(19) CAPOZZI, *op. cit.*, p. 638.

zione a margine della trascrizione od iscrizione dell'atto della cui inefficacia si discute⁽²⁰⁾.

Non convincenti appaiono le obiezioni che si sono mosse al riguardo⁽²¹⁾, circa una presunta impossibilità di un mutuo dissenso per contratti i cui effetti reali si siano già integralmente prodotti, "perché in tali casi il rapporto si è fisiologicamente esaurito e dunque è già sciolto *ex se*: ammettere infatti l'utilizzabilità del mutuo dissenso rispetto a contratti che abbiano già determinato la modifica reale cui sono funzionalmente rivolti significa farlo incidere non sul rapporto ma sulla fonte da cui esso scaturisce ovvero (...) sull'atto e sui suoi effetti"⁽²²⁾. A ben vedere, infatti, è alle parti ed alle parti sole che compete stabilire, in base ai principi di libertà contrattuale che governano il nostro ordinamento, cosa si è esaurito e cosa no. Le parti sono "signore" degli effetti reali di un negozio, come appare desumibile dall'art. 1376 c.c. Come i contraenti ben possono rinunciare agli effetti reali *naturaliter* prodotti dal contratto, dando vita ad un mero impegno obbligatorio a trasferire, così possono far venire questi meno, una volta che gli stessi si siano prodotti.

E che dire, poi, della possibilità di "annullare" (retroattivamente!) gli effetti stessi, mercé la (pacificamente ammissibile) apponibilità di una condizione risolutiva? Proprio tale esempio dimostra come, ai fini in discorso, non abbia senso distinguere tra effetti "integralmente prodotti" ed effetti "non integralmente prodotti", così come tra risoluzione che colpisce il titolo negoziale e risoluzione che ne colpisce i soli effetti. Gli effetti del contratto oggetto di mutuo dissenso sono travolti dal mutuo dissenso esattamente come accade allorquando si realizza una condizione risolutiva (cfr. art. 1360 c.c.): in entrambe le situazioni, infatti, il relativo titolo negoziale non risulta colpito, come accadrebbe, invece, nelle ipotesi di

⁽²⁰⁾ Proprio in base a tale ultima disposizione si è allora condivisibilmente scorto un (implicito) riconoscimento da parte del legislatore della riferibilità del mutuo dissenso anche a contratti che abbiano già determinato un effetto traslativo. La trascrizione riguarda proprio atti costitutivi, modificativi ed estintivi di diritti reali; se a ciò si aggiunge che il comma 2 dell'art. 2655 c.c. prevede che l'annotazione di cui al comma 1 vada fatta in base alla sentenza o alle "convenzioni" da cui risulta uno dei fatti indicati nel precedente alinea (soprattutto, per quanto ci riguarda, la risoluzione) se ne desume un sicuro indice circa l'ammissibilità del mutuo dissenso anche rispetto a contratti con vicenda reale esaurita, in quanto essa costituisce l'unica ipotesi di "risoluzione convenzionale" richiamata dalla esposta disposizione: cfr. FRANZONI, voce *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, p. 4 s.; ID., *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, cit., p. 39; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 1993, p. 19 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. ad es. GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

⁽²²⁾ Cfr. GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

annullamento o di nullità, che per definizione colpiscono il titolo negoziale quando è viziato e non il rapporto (e che, peraltro, non sono disponibili convenzionalmente).

Nel caso del mutuo dissenso ad efficacia retroattiva, il titolo negoziale, sebbene non direttamente colpito, non appare più idoneo a produrre gli effetti che pur aveva *medio tempore* generato: e ciò, per l'appunto, per effetto del concretizzarsi di una previsione legata alla volontà sovrana delle parti, esattamente come accade allorquando si avvera una condizione risolutiva. Questo elemento accidentale è, come noto, rimesso nella piena disponibilità delle parti (anche per ciò che attiene alla retroattività degli effetti: cfr. art. 1360 cit.), per cui non si vede per quale motivo, se i contraenti possono *ab initio* prevedere la cessazione retroattiva degli effetti di un negozio, essi non possono concordemente decidere, *a posteriori*, che siffatti effetti debbano ritenersi non prodotti, esattamente come se avessero predeterminato tale conseguenza.

3. – Le considerazioni di cui sopra conducono alla soluzione del quesito posto all'inizio del presente studio. Quesito, a dire il vero, assai poco studiato dalla dottrina, che si è sino ad oggi prevalentemente occupata del mutuo dissenso rispetto alla convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, nell'ottica, però, esclusivamente rivolta ad analizzare la possibilità di uno scioglimento convenzionale con effetti *ex nunc*. Al riguardo, in assenza di un'apposita norma di contenuto analogo a quanto stabilito dall'art. 191 c.c. per la comunione legale, molti dubitano della possibilità di eliminare il fondo mediante la stipula di una nuova convenzione; il fondo potrebbe, a loro avviso, essere solo "esaurito", per effetto dell'alienazione dei beni che lo costituiscono⁽²³⁾. Si è però obiettato 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.⁽²⁴⁾.

(23) CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali – Famiglia e impresa*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano 1984, p. 105.

(24) G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc dir.*, XXXII, Milano 1982, p. 316 s.; ID., voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv.* - sez. civ., XVI, Torino 1997, p. 391; CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova 1992, p. 66; G. GABRIELLI-CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano 1997, p. 288; DI SAPIO, *Lo*

Proprio questa soluzione, senz'altro preferibile, alla luce della normativa citata, esalta l'autonomia contrattuale dei coniugi anche in tale settore⁽²⁵⁾ e,

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. e d.*, 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*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, Milano p. 622 ss., 632 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. 14 s. *Contra* A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, 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 *R. not.*, 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 generale (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 *R. not.*, 2001, II, p. 1189 ("In base al combinato disposto degli artt. 171 c.c. e 38 disp. att. c.c., 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. e d.*, 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 detta 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 *R. not.*, 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, *Il fondo patrimoniale*, Milano 1990, p. 400 s.; in generale sul tema v. anche DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano 1996, p. 127 s.

⁽²⁵⁾ In questo senso v. anche ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in questa *Rivista*, 2001, I, p. 218.

in qualche modo, viene a fornire un'ulteriore pezza d'appoggio alla tesi che si intende qui dimostrare, anche se – appare opportuno ribadirlo ancora una volta – l'argomento affrontato in questa sede attiene al mutuo dissenso cui le parti intendano attribuire effetti retroattivi.

Se è dunque vero, come dimostrato nel par. precedente, che il carattere reale degli effetti di un negozio e il suo totale esaurimento non sono d'ostacolo alla configurabilità della risoluzione per mutuo dissenso con effetti *ex tunc*, deve innanzi tutto concludersi che nulla osta a che questo tipo di risoluzione operi anche con riguardo al caso delle convenzioni matrimoniali, le quali, come noto, consistono (anche se non necessariamente sempre) in atti definibili e definiti come “programmatici” (26).

La considerazione dell'eventuale presenza di convenzioni matrimoniali dispositive (o con effetti almeno in parte dispositivi), ovvero comunque attinenti a diritti già sorti su beni già esistenti nel patrimonio dell'uno e/o dell'altro – quali, ad esempio, la comunione convenzionale su beni di cui i coniugi già sono titolari individualmente, così come la costituzione del fondo patrimoniale (27) – non sposta di un millimetro la soluzione sopra indicata, per i motivi esposti nel par. precedente. E dunque l'eventuale costituzione o traslazione di diritti su qualsiasi tipo di bene, quale effetto diretto della convenzione matrimoniale, dovrà considerarsi posta nel nulla nel caso di mutuo dissenso che venga a colpire *ex tunc* la convenzione matrimoniale predetta.

Neppure sembra possibile trarre argomenti negativi dalla presunta inapplicabilità del mutuo dissenso ai contratti di durata.

È noto che, al riguardo, una parte della dottrina desume dall'art. 1373 c.c. l'irrifiribilità dell'istituto qui in discorso ai rapporti contrattuali che siano per loro natura destinati a durare nel tempo, citandosi in proposito l'impossibilità, ad esempio, di restituire, in ipotesi di mutuo dissenso riferite ad un contratto di locazione, il godimento in forza di esso conseguito dal conduttore o la prestazione del lavoratore dipendente al datore di lavoro, nel caso del rapporto di lavoro subordinato (28). Ma la disposizione appena citata fa comunque espressamente salva ogni possibile pattuizione

(26) Sul contenuto programmatico delle convenzioni matrimoniali si fa rinvio per tutti a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 329 ss.; II, cit., p. 1131 ss.; 1229 ss., 1695 ss.; ID., *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, cit., p. 1118 ss.

(27) Sulle ragioni per le quali anche in siffatte ipotesi l'accordo *inter coniuges* assume la sostanza di convenzione matrimoniale cfr. OBERTO, *opp. loc. ultt. citt.*

(28) Cfr. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, cit., p. 31; GALATI, *op. loc. ultt. citt.*

contraria, così rendendo evidente, ancora una volta, che la *voluntas contrahentium* è sovrana anche nel determinare un effetto retroattivo in relazione alle prestazioni “già eseguite o in corso di esecuzione” nel contesto di un rapporto “a esecuzione continuata o periodica”.

A ben vedere, per giunta, nei casi citati della prestazione del locatore o del lavoratore subordinato, non è tanto il profilo della durata a rendere normalmente impossibile una risoluzione con effetto *ex tunc*, bensì la natura intrinseca della prestazione che di tali contratti forma oggetto: prestazione costituita da un comportamento o comunque da un fatto che, secondo il noto brocardo, *infectum fieri nequit*. Così, tanto per ipotizzare altre situazioni, il matrimonio o l’unione civile – a prescindere dall’impossibilità di rivestire di idonea forma un mutuo dissenso per tali atti e di coinvolgere, quindi, l’intervento dell’ufficiale dello stato civile – in quanto negozi ad effetti eminentemente personali, non si presterebbero certo ad alcuna forma di “riduzione in pristino”, posto che lo *status* che ne è *medio tempore* scaturito non appare certo suscettibile di restituzione. Così pure deve ritenersi per il negozio di separazione consensuale o per quello che si pone alla base del divorzio su domanda congiunta (o, il che è lo stesso, della separazione o del divorzio che siano pronunziati nelle forme della negoziazione assistita).

Ove, invece, il rapporto negoziale non generi alcun nuovo *status*, né astringa i contraenti ad un *facere* infungibile, ma si limiti a disciplinare la sorte degli eventuali acquisti e a dettare le regole di gestione del patrimonio da un certo regime governato (proprio come accade nelle situazioni oggetto del presente studio), non può certo dirsi che tale rapporto, pur se di durata, non si presti ad essere estinto con effetti retroattivi.

Ciò vale *in primis* per l’effetto reale del coacquisto *ex lege* proprio del regime legale, posto che l’eventuale cessazione *ex tunc* della comunione altro non fa se escludere sin dall’inizio l’operatività della regola del coacquisto automatico, così consentendo di ritenere i beni in questione come, da sempre, personali; discorso, questo, che merita peraltro una puntualizzazione con riguardo, ovviamente, ai beni coacquistati in base ad una fattispecie acquisitiva eventualmente comune ad entrambi (si pensi ad una compravendita stipulata, *ex latere emptoris*, da entrambi i coniugi, o ad all’usucapione di un fondo che sia il frutto di un compossesso dei due membri della coppia), per cui la cessazione del regime legale non influirà qui sulla titolarità comune, limitandosi ad instaurare retroattivamente una situazione di comunione ordinaria.

Ma il principio di retroattività è applicabile anche alle regole di gestione del patrimonio ad un certo regime soggetto. È evidente che se, ad

esempio, viene meno la comunione legale *ex tunc*, il coniuge eventualmente pretermesso in relazione ad un atto di straordinaria amministrazione su di un cespite *medio tempore* acquistato dal *partner* e “gestito” (o addirittura alienato) da quest’ultimo, non potrà esercitare i rimedi previsti dall’art. 184 c.c. e, qualora questi fossero stati esercitati, le relative domande non potrebbero più essere accolte, per il sopravvenuto difetto di legittimazione ad agire, fermo restando, in base ai principi generali, l’intoccabilità di un eventuale giudicato⁽²⁹⁾.

Se quanto sopra è vero, a maggior ragione i principi enunciati si applicheranno al caso specifico qui in esame, vale a dire al mutuo dissenso che viene a risolvere con effetti retroattivi la convenzione di separazione dei beni. Ed invero, l’opzione per il regime separatista è rapporto “di durata”, nel senso che genera una situazione destinata a permanere nel tempo, finché vive il matrimonio (o l’unione civile), ovvero sino al momento di un mutamento di regime. Il suo effetto è però puramente, per quanto qui ci riguarda, “negativo”, nel senso che viene ad escludere un coinvolgimento del coniuge negli acquisti operati e nella gestione del patrimonio creato in costanza di unione. La risoluzione della convenzione instauratrice del regime separatista, con effetto retroattivo, non comporta dunque la necessità di restituire alcunché, determinando esclusivamente l’insorgere automatico di situazioni di comunione in relazione a quegli acquisti (operati vuoi congiuntamente, vuoi separatamente) che sarebbero ricaduti sotto il disposto dell’art. 177, lett. a), c.c., qualora la coppia fosse stata assoggettata *sin ab initio* al regime legale.

La risoluzione riguarda, dunque, direttamente la convenzione “programmatica” e solo indirettamente gli acquisti effettuati *medio tempore*, che divengono comuni (con effetto *ex tunc*) in forza dell’espandersi del meccanismo legale di coacquisto. In altre parole, il trasferimento della proprietà della quota in comunione⁽³⁰⁾ a beneficio del coniuge non è operato dal negozio di mutuo dissenso, ma è effetto del principio previsto dall’art. 177, lett. a), c.c., che viene ad operare a far data dall’effettuazione di ogni singolo acquisto operato in costanza di regime (regime, si ripete,

(29) Più complessa è la situazione opposta, in cui insorga retroattivamente un regime di comunione legale sulle ceneri di un regime di separazione retroattivamente sciolto per effetto di mutuo dissenso. Anche qui, però, come si dirà tra breve (v. *infra*, in questo stesso par.), l’effetto retroattivo può trovare una sua esplicazione, anche con riguardo alle regole di amministrazione, nel pieno rispetto dei principi dell’ordinamento.

(30) Si omette qui, per evidenti ragioni di spazio, di prendere posizione sulla nota teoria della comunione “senza quote”: per una critica cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 225 ss.

considerato come vigente dal momento della celebrazione delle nozze, secondo la regola di cui all'art. 159 c.c.).

Se poi *medio tempore* (e dunque ancora sotto la vigenza del regime di separazione) il coniuge unico acquirente in regime di separazione (successivamente risolto *ex tunc*) avesse compiuto atti di straordinaria amministrazione su cespiti destinati a divenire comuni, senza (come appare scontato) munirsi del consenso dell'altro coniuge, va esclusa la possibilità di esperire il rimedio dell'annullamento ai sensi dell'art. 184, comma 1 e 2, c.c., per via dell'operare delle regole di opponibilità ai terzi, che verranno in prosieguo illustrate⁽³¹⁾: è chiaro, infatti, che il mutuo dissenso non potrebbe ricevere pubblicità prima dell'atto di straordinaria amministrazione, proprio perché quest'ultimo risulta posto in essere, nel caso qui ipotizzato, prima del negozio risolutorio.

Peraltro il ripristino retroattivo del regime legale viene ad attribuire al coniuge pretermesso, verso l'altro coniuge, i rimedi risarcitori che ordinariamente trovano applicazione ai sensi del comma 3 dell'art. 184 c.c., o, comunque, in base alle ordinarie regole in tema di illecito, cui può farsi riferimento allorquando, per una qualche ragione (ad esempio, per prescrizione dell'azione di annullamento, o comunque per inopponibilità del carattere comune al terzo subacquirente), il rimedio dell'annullamento descritto dall'art. 184, comma 1 e 2, c.c. non può entrare in funzione⁽³²⁾.

4. – La conferma della validità delle conclusioni sopra illustrate e dunque della piena ammissibilità di un mutuo dissenso retroattivo che investa una convenzione matrimoniale, viene, ancora una volta, dall'analisi storica e comparata della disciplina dei rapporti patrimoniali della famiglia. Non è questa la sede per trattare *funditus* del ruolo che il principio di libertà contrattuale ha sempre svolto nelle convenzioni matrimoniali⁽³³⁾. Basterà ricordare qui come la tradizione precodicistica francese abbia sempre enfatizzato l'appartenenza delle convenzioni matrimoniali al *genus* contrattuale, con il conseguente assoluto rilievo dei principi di autonomia privata⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ V. *infra*, par. 6.

⁽³²⁾ Sul tema, che non può essere approfondito in questa sede, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 1298 ss., 1350 ss.

⁽³³⁾ Per un esame al riguardo e per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, Nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *F. it.*, 1999, I, c. 1306 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, p. 535 ss.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 3 ss.

⁽³⁴⁾ Ancorché (sarà bene chiarirlo subito) i protagonisti di tale autonomia non fossero

I trattatisti dell'epoca, invero, sottolineavano coralmemente e a più riprese che tali negozi erano *susceptibles de toute sortes de stipulations en faveur des mariez, et des leurs descendants*, con la conseguenza che le parti avrebbero potuto *faire entrer dans leurs contrats toutes sortes de clauses*, con l'unico limite *qu'elles n'ayent rien de contraire aux bonnes mœurs*⁽³⁵⁾. Quanto sopra era del resto codificato a chiare lettere anche da alcune consuetudini locali⁽³⁶⁾, sovente citate dagli autori che, sul punto, preferi-

(quanto meno di regola) i futuri sposi, bensì le rispettive famiglie. Invero, unendosi con gli istituti del fedecommesso e del maggiorascato, le regole dei patti nuziali vennero a disegnare, nelle unioni tra i rampolli delle famiglie della nobiltà o dell'alta borghesia, dei *pactes de famille*: veri e propri trattati d'alleanza conclusi direttamente dagli stessi capifamiglia e destinati a reggere per secoli le fortune dei rispettivi gruppi familiari; sul tema cfr. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano. Dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1890, p. 305 s.; DUCROS, *La société française au dix-huitième siècle*, Paris 1933, p. 66 ss.; UNGARI, *Il diritto di famiglia in Italia dalle Costituzioni "giacobine" al Codice civile del 1942*, Bologna 1970, p. 211 s., 221 s.; DELILLE, *Famiglia e proprietà nel Regno di Napoli. XV-XIX secolo*, Torino 1988, p. 111 ss., 213 ss.; VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, V, *La famiglia*, Milano 1988, p. 34 ss.; AUTORINO STANZIONE e STANZIONE, *Sulla concezione della famiglia nell'Italia del XVIII secolo*, in *D. fam. pers.*, 1992, p. 316 ss. Sullo scarso – o nullo – rilievo della volontà della donna, durante il periodo anteriore alle moderne codificazioni cfr. per tutti BRANDILEONE, *Saggi sulla celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano 1906, p. 360; GOODY, *Famiglia e matrimonio in Europa*, Bari 1995, p. 27 ss. Significativo al riguardo è il fatto che, ancora all'inizio del XIX secolo, un noto manuale avvertiva che “gli sponsali e le nozze non sono contratti che puramente si facciano tra due individui, ma sono in certo qual modo convenzioni che hanno luogo tra due o più famiglie, che ne vincolano i membri fra di loro (...) e che il più delle volte influiscono grandemente sopra gli interessi di più individui, di più famiglie e talvolta su quelli ancora di un'intera popolazione”: cfr. AA.VV., *Manuale forense*, I, Novara, 1838, p. 520.

⁽³⁵⁾ Così LAURIÈRE, *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*, I, Paris 1715, p. prima e seconda della *préface* non numerata; [DU PERRAY], *Traité des contrats de mariage*, Paris 1741, p. 119; nel medesimo senso cfr. inoltre COCHIN, *LXXIX. Cause au Req. du Palais*, in *Œuvres de feu Mr. Cochin, écuyer, avocat au Parlement, contenant le recueil de ses mémoires et consultations*, III, Paris 1753, p. 479 ss.; LE BRUN, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris 1709, p. 19 s.; ARGOU, *Institution au droit français*, II, Paris 1753, p. 19; RENUSSON, *Traité de la communauté de biens entre l'homme et la femme conjoints par mariage*, in *Œuvres de M. de Renusson*, Paris 1760, p. 16; DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, I, Paris 1763, p. 592 s.; POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Règles du droit français*, Paris 1768, p. 295; DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, I, Paris 1769, p. 586; PREVÔT DE LA JANNÈS, *Les principes de la jurisprudence française*, II, Paris 1770, p. 24; POTHIER, *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*, Paris - Orléans, 1780, p. 287 ss.

⁽³⁶⁾ Orléans: “En traicté de mariage, et avant la foy baillée, et benediction nuptiale, homme et femme peuvent faire et apposer telles conditions, doüaires, donations, et autres conventions, que bon leur semblera” (art. 202, in BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau coutumier general*, III, Paris 1724, p. 790); Montargis: “En traicté de mariage et avant la foy baillée, homme et femme qui se veulent marier par premieres et autres nopces peuvent mettre et apposer telles conditions, conventions donations et autres contracts que on leur semblera en leurdit mariage qui sortiront effect. Toutesfois les renonciations de communauté

vano non ricorrere all'autorità delle fonti romane, sebbene in queste ultime non facessero difetto passi favorevoli al riconoscimento di una vasta autonomia alle parti dei *pacta nuptialia*. Una delle poche, cospicue, eccezioni rispetto a questa lettura in chiave esclusivamente "gallicana" del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali era costituita dal Domat, il quale, dopo aver rimarcato che i contratti di matrimonio non avrebbero presentato alcuna differenza rispetto ai contratti *tout court*, se non per via del fatto di essere sottoposti, quanto agli effetti, alla condizione implicita di celebrazione delle nozze⁽³⁷⁾, rinveniva il fondamento dell'autonomia negoziale dei *contrats de mariage*⁽³⁸⁾ in quella disposizione del codice giustiniano⁽³⁹⁾ che alcuni secoli prima aveva indotto Bartolo ad

de biens ne pourront prejudicier aux creanciers" (*chap.* 8, art. 8, in BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, III, p. 845); Borbonese: "Toutes donations, conventions, avantages, institutions d'heritiers, et autres choses faites en contract de mariage et en faveur d'iceluy au proffit et utilité des mariez, de l'un d'eux, ou des descendans dudit mariage, le mariage fait par paroles de presens, sont bonnes, et valables en quelque forme qu'elles soient faites, *etiam* en donnant et retenant, et posé qu'elles soient immenses, inofficiuses, et jusques à l'exhéredation des propres enfans dudit disposant..." (art. 219, in BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, III, p. 1248); Alvernia: "Tous pactes, avantages, donation entre vifs, ou à cause de mort, convenance de succeder, soient mutuelles, égales ou non, et autres convenances quelsconques faites et passées en traité de mariage, et en faveur d'icelui par personnes capables à contracter sains ou malades, valent et tiennent au profit des mariez et leurs descendans: saisissent lesdits mariez et leursdits descendans, les cas advenus" (*chap.* XIV, art. 26, in BOURDOT DE RICHEBOURG, *op. cit.*, IV, p. 1171).

(37) DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris 1756, p. 95. Per gli altri autori francesi che, già in precedenza avevano invocato sul punto l'autorità delle leggi romane cfr. CUIACIO, *In librum XXXV. Pauli ad edictum commentarii, seu recitationes solemnes. Anno 1584*, in *Iacobi Cuiacii I. C. Tolosatis Opera, Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem Diligentissime Exacta*, V, Mutinae, 1777, c. 542, secondo cui "In hisce pactis totum facit voluntas contrahentium: atque adeo sola voluntas contrahentium spectatur et observatur semper"; v. inoltre DUARENO, *In tract. soluto matrimonio, quemadmodum dos petatur, lib. Pandect. XIII. Commentarius*, in *Franc. Duareni iureconsulti opera omnia tam recentia quam prius edita in iure civili*, Lugduni, 1554, f. 97: "... pro quodam veluti fundamento haec Regula traditur, *Omne huiusmodi Pactum valere*. Quod ita accipi debet, ut non modo ad exceptionem, verum etiam ad actionem prosit (...) Excipiuntur Pacta quae Iuri, aut bonis moribus contraria sunt. Item ea quae mulieri adhuc superstiti dotem adimunt, aut quae conditionem eius deteriore reddunt. Idem dicendum est de eo pacto, quo convenit, ut vir fructus dotis non lucreteur, et aliis quibusdam similibus".

(38) DOMAT, *op. cit.*, p. 97: "On peut dans les contrats de mariages, comme en tous autres, faire toutes sortes de conventions, soit sur la dot ou autrement; pourvû que la convention n'ait rien d'illicite et de malhonnête; ou qui soit défendu par quelque coutume, ou par quelque loi".

(39) "Illud etiam generaliter praesenti addere sanctioni necessarium esse duximus, ut si qua pacta intercesserint, vel pro restitutione dotis, vel pro tempore, vel pro usuris, vel pro alia quacunque causa, quae nec contra leges, nec contra constitutiones sunt: ea observerentur" (C. 5. 13. 1. par. *illud etiam*; cfr. anche D. 23. 4. 12.; i passi sono citati da DOMAT, *op. cit.*, p. 95).

esclamare: “Omnia pacta dotalia, quae non sunt contra legem, servantur intacta” (40).

Corale, poi, il commento dei primi interpreti del *Code Napoléon*, i quali notavano che nelle convenzioni matrimoniali “La liberté (...) peut tout ce qui n’est pas contre les bonnes mœurs et les lois de la nature et de l’ordre public (41)”, dal momento che la legge “ne se contente même pas de laisser ici aux intéressés la liberté dont ils jouiraient pour tout autre contrat pécuniaire; elle leur donne (...) une latitude plus grande que partout ailleurs (42): liberté entière dans les conventions matrimoniales. Rien n’y est commandé par la loi, rien n’y est défendu, que ce qui blesse l’ordre public ou les bonnes mœurs (43)”. Una chiarissima eco di tali insegnamenti

(40) BAROLO DA SASSOFERRATO, *In primam codicis partem commentaria*, Venetiis, 1602, f. 165; in analogo senso cfr. anche BALDO DEGLI UBALDI, *In quartum et quintum codicis libr. praelectiones*, Lugduni, 1556, f. 210, secondo cui “Pacta dotalia quae dotis conditionem deteriore non reddunt, sunt servanda”; BARTOLOMEO DA SALICETO, (citato da BAUDOZA, *Codicis D.N. Iustiniani Sacratiss. Principis PP. Aug. Repetitae Praelectionis Libri XII. Diligenter recogniti (...) opera et studio Petri ab Area Baudoza Cestii I.C.*, Lugduni, 1593, c. 919), secondo cui “Pacta dotalia, quae non sunt contra legem, sunt observanda et haec lex corrigit omnes alias sibi contrarias”; GOTOFREDO, *Codicis Iustiniani (...) Libri XII. Notis Dionysii Gothofredi I.C. illustrati*, Lugduni, 1652, c. 403, in margine a C. 5. 13. 1. par. *Illud etiam*, per il quale “Pacta dotalia quae dotis causam non minuunt, sunt servanda”; FONTANELLA, *De pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus*, II, Genevae, 1684, p. 192, secondo cui “Pacta omnia quae in eis [nuptialibus tabulis] fiunt, firma, validaque sunt, nisi expressim reperiantur prohibita”. Nello stesso senso v. poi anche ODOFREDO, *De dote*, in AA. VV., *De dote, tractatus de variis iuris civilis intepretibus decerpti*, Venetiis, 1571, p. 387; DE LUCA, *De dote, lucris dotalibus et aliis dotis appenditiis*, in DE LUCA, *Theatrum veritatis et iustitiae*, VI, Lugduni, 1697, p. 628 ss.; MANTICA, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus, in libros XXVII. dispertitae*, I, Genevae, 1723, p. 586 ss.; GAGLIARDI, *De iure dotium commentarius*, s.l., 1780, p. 68.

(41) TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, I, Paris 1850, p. 16: “Le respect dû à la volonté libre des parties n’a pas été non plus oublié dans ce pacte solennel qui emprunte tant de force aux convenances individuelles. La liberté y peut tout ce qui n’est pas contre les bonnes mœurs et les lois de la nature et de l’ordre public”.

(42) MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, V, Paris 1859, p. 382: “Et la loi ne se contente même pas de laisser ici aux intéressés la liberté dont ils jouiraient pour tout autre contrat pécuniaire; elle leur donne (...) une latitude plus grande que partout ailleurs; et pourvu qu’ils n’insèrent dans leur contrat rien de contraire aux règles prohibitives dont nous allons nous occuper, ils peuvent y mettre absolument toutes les stipulations qu’il leur plaira, celles là même qui seraient interdites dans des contrats ordinaires: qui veut la fin veut les moyens, et pour favoriser le mariage, il fallait favoriser les conventions pécuniaires dont il dépend souvent”.

(43) TOULLIER, *Le droit civil français suivant l’ordre du code*, XII, Paris 1829, p. 22 s.: “Ce chapitre commence par consacrer le sage principe de la plus grande liberté dans les conventions matrimoniales. Les époux peuvent non seulement soumettre leur société au régime dotal ou à celui de la communauté, mais ils peuvent encore faire aux règles tracées par la loi, concernant l’un ou l’autre des deux régimes, tels changements, telles modifications que bon leur semble (...). Il ne faut donc pas demander s’il est permis d’insérer telle

si coglie ancora oggi nella dottrina d'Oltralpe, che continua a rimarcare

clause ou condition dans un contrat de mariage, mais plutôt si elle est défendue. C'est dans cette matière surtout qu'il faut appliquer dans toute son étendue la grande et générale maxime, que ce qui n'est pas défendu par la loi est permis. Ainsi, liberté entière dans les conventions matrimoniales. Rien n'y est commandé par la loi, rien n'y est défendu, que ce qui blesse l'ordre public ou les bonnes mœurs". Cfr. inoltre DARD, *Instruction facile sur les contrats de mariage, selon les principes du code Napoléon*, Paris 1810, p. 10: "Le contrat de mariage est le plus solennel et le plus favorable de tous les actes de la société civile; il est autorisé par le droit naturel, par le droit des gens et par le droit civil. Dans la vue de déterminer les citoyens au mariage, la jurisprudence française a toujours admis ce principe, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes les clauses et conventions que les parties veulent former, pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux lois d'ordre public, ni aux bonnes mœurs. C'est cette faveur, accordée aux contrats de mariage, qui fait que l'on reçoit dans ces contrats des stipulations qui ne seraient pas valables, si elles étaient faites dans tout autre contrat"; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, III, Paris 1812, p. 82; BIRET, *Traité du contrat de mariage*, Paris 1825, p. 60 s.; LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, Bruxelles, p. 13: "Le législateur, loin de restreindre la liberté des contractants en matière de conventions matrimoniales, l'étend: comme il favorise le mariage, il devait aussi favoriser le contrat de mariage, l'expérience démontrant que les stipulations relatives aux biens engagent souvent les parties à s'unir, de même qu'elles pourraient entraver leur union si la loi enchaînait la liberté de ceux qui veulent se marier, mais qui ne le veulent que sous les conditions qui leur conviennent. Pothier en a déjà fait la remarque: la loi permet aux futurs époux de faire dans leur contrat de mariage des stipulations qu'elle prohibe en dehors de ce contrat. Les pactes successores sont sévèrement défendus comme contraires aux bonnes mœurs; par contrat de mariage, on peut faire une institution contractuelle; dans l'ancien droit, l'institution contractuelle avait encore ceci de particulier, qu'elle était admise même dans les lieux où les coutumes rejetaient absolument l'institution d'héritier"; DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, XIV, Paris 1832, p. 17 ss.; RODIÈRE e PONT, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, relativement à leurs biens*, I, Paris 1847, p. 33 s.: "Les contrats de mariage ont toujours été traités avec une grande faveur, parce que ce sont, de tous les contrats, ceux qui intéressent le plus la conservation de la société. Aussi, les parties peuvent y faire non seulement toutes les stipulations permises dans les contrats ordinaires, mais encore certaines conventions qui partout ailleurs seraient prohibées. En thèse générale, par exemple, les donations entre vifs ne peuvent comprendre des biens à venir (C. civ., art. 943), ni être faites sous une condition potestative de la part du donateur (art. 944), ni imposer au donataire l'obligation de payer d'autres dettes ou charges que celles existant au moment de la donation (art. 945), ni profiter au donataire pour quelque objet compris dans la donation, dont le donateur se serait réservé la faculté de disposer et dont il n'aurait pas disposé en effet (art. 946). Toutes ces conventions pourtant sont autorisées dans les contrats de mariage (art. 947). Les donations faites en faveur du mariage ne peuvent non plus être annulées sous prétexte du défaut d'acceptation (art. 1087), quoique, en principe, l'acceptation expresse du donataire soit indispensable pour la validité de la donation (art. 932)"; ZACHARIÆ, *Corso di diritto civile francese*, ed. italiana, III, Napoli, 1852, p. 222; BELLOT DES MINIÈRES, *Le contrat de mariage considéré en lui-même*, Paris 1855, p. 11: "Le contrat de mariage n'est qu'un, mais les conditions qu'un peut y insérer sont infinies. Les parties peuvent, en effet, stipuler tout ce que bon leur semble, pourvu que les stipulations n'aient rien de contraire aux lois, aux mœurs, à l'ordre public"; BONNET, *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, I, Paris 1860, p. 1 ss. (con particolare riguardo alla donazione di beni futuri, p. 276 ss.); MICHAUX, *Traité pratique des contrats de mariage*, Paris 1869, p. 10 s.;

come nelle convenzioni matrimoniali la libertà negoziale sia più estesa rispetto a quella di diritto comune, posto che “Par faveur pour le mariage, le législateur accepte l’insertion dans un contrat de mariage de clauses qui, dans d’autres contrats, seraient entachées de nullité” (44).

Orbene, proprio in quel clima culturale maturò l’idea che elementi accidentali del negozio, quali la condizione e il termine, con i connessi effetti retroattivi, ben possano accedere al *contrat de mariage*, così contribuendo a realizzare per il meglio gli interessi dei coniugi nel caso concreto.

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 (45), proprio sulla scorta del prin-

GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, Paris 1885, p. 85: “Les conventions matrimoniales ont pour but, avons-nous dit, et ne peuvent avoir pour but que le règlement des intérêts pécuniaires des époux, soit pendant le mariage, soit à la dissolution du mariage. Mais, dans cette limite, les conventions matrimoniales peuvent être rédigées avec une liberté plus grande que les conventions ordinaires, et on peut y insérer des clauses qui seraient défendues en général dans les contrats. C’est ainsi que la donation de biens à venir, l’institution contractuelle, qui est prohibée en droit commun, est permise dans les contrats de mariage, aux termes des articles 947 et 1081); c’est ainsi encore que l’irrévocabilité des donations ordinaires fléchit dans les contrats de mariage, où l’article 1086 permet de faire des libéralités sous l’obligation de payer les dettes qui grèveront la succession du donateur, ou sous d’autres conditions dont l’exécution dépendrait de la volonté du donateur”.

(44) COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris 1992, p. 160; più in generale, sul ruolo della libertà negoziale nel settore della famiglia cfr. GHESTIN, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris 1980, p. 77; CREFF, *Les contrats de la famille*, in Aa. Vv., *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspective*, Paris 1986, p. 247. Si noti che, anche dopo l’introduzione del *Code civil*, l’institution contractuelle è stata ammessa in Francia nei *contrats de mariage* (artt. 1082 e 1093 *Code Civil*) in deroga al generale divieto dei patti successori (sul punto cfr. *ex multis* BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des donations entre vifs et des testaments*, II, Paris 1899, p. 821 ss.), ancor prima che quest’ultimo venisse profondamente stemperato dalla *loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités*, in vigore dal 1° settembre 2018, la quale, introducendo un titolo IIbis (“Des pactes successoraux”), pur continuando a tenere formalmente fermo il divieto, lo ha sostanzialmente e significativamente depotenziato.

(45) 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; v. inoltre sempre in senso positivo, sebbene con talune limitazioni relativamente alle condizioni potestative, BATTUR, *Traité de la communauté de biens entre époux*, I, Paris 1830, p. 138 ss. (con ampi richiami alla dottrina anche del *droit coutumier*). ANCHE AD AVVISO DI L. E A. MÉRIGNHAC, *Traité du régime de communauté*, I, Paris 1894, p. 15, “on peut supposer des époux stipulant la communauté pour le cas où ils n’auraient pas d’enfants, et le régime dotal plus conservateur pour le cas où ils en auraient. S’agissant ici d’une condition qui n’a rien de potestatif, car tout le monde est d’accord pour

cipio della libertà contrattuale, già espresso da Pothier e dall'opinione pressoché unanime degli studiosi del *droit coutumier*⁽⁴⁶⁾. Del resto, le uniche perplessità prospettate in Francia avevano riguardo al principio, allora imperante, dell'immutabilità delle convenzioni matrimoniali⁽⁴⁷⁾, 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⁽⁴⁸⁾.

La più autorevole dottrina d'Oltralpe affermava, peraltro, la perfetta compatibilità con il citato principio di immutabilità, della possibile presenza di termini e/o condizioni, “dont l'arrivée aurait pour résultat de substituer un nouveau régime” a quello scelto inizialmente dai coniugi. Pertanto, nel caso di condizione risolutiva apposta al regime di separazione dei beni si sarebbe considerata la coppia in comunione sin dalla data di

prohiber la condition potestative, on ne voit pas pourquoi une pareille stipulation serait prohibée. Grâce à l'effet rétroactif de la condition accomplie, il n'y aura jamais qu'un seul régime datant de la célébration du mariage; et, par là, on voit que l'on ne viole ni l'art. 1399, ni le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Au sujet de ces conventions, du reste, tout ce qui n'est pas défendu étant permis, cette clause établissant une communauté conditionnelle doit être licite, car l'art. 1399, qui prohibe le terme est muet sur la condition”. Più scettico, invece, il LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, Bruxelles 1878, p. 245 ss., il quale dava peraltro atto dell'esistenza in Alsazia di una “convention conditionnelle très usitée”, ritenuta valida dalla Corte di Colmar, secondo cui i coniugi sarebbero stati sottoposti dalla data delle nozze al regime di comunione limitata ai soli acquisti e a quello della comunione universale dalla data dell'acquisto delle eredità dei rispettivi genitori, con effetto retroattivo al momento della celebrazione del matrimonio (cfr. App. Colmar, 8 marzo 1864, in *D.*, 1864, 2, p. 85; sulla *clause alsacienne* v. del resto *infra*, tra breve, nel testo). Decisamente contrario, invece, MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, V, Paris 1866, p. 434 s. Per numerosi esempi di clausole sottoponenti il regime di comunione legale a condizioni di vario genere cfr. [COMMAILLE], *Traité du contrat de mariage, suivant les principes du Code civil*, II, Paris 1804, p. 426 (*communauté conditionnelle*, sottoposta a condizione sospensiva dell'esistenza in vita di figli all'atto della cessazione del regime, ovvero dell'avvenuta attribuzione dell'eredità dei genitori della futura sposa), 430 (comunione risolutivamente condizionata nel caso in cui il matrimonio avesse dovuto sciogliersi per divorzio ottenuto su domanda della sola futura moglie: ipotesi, questa, di vero e proprio *prenuptial agreement in contemplation of divorce*).

(46) Per i richiami all'antico diritto francese cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 35 ss. Per esempi tratti dall'antico diritto portoghese, olandese e tedesco v. ID., *op. cit.*, rispettivamente, 85 ss., 88 ss., 142 ss.

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

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

celebrazione delle nozze e si portava al riguardo l'esempio di due futuri coniugi che, "déjà arrivés à un certain âge, se marient sous le régime de séparation de biens, et stipulent qu'il y aura communauté entre eux, s'ils ont des enfants (...). On ne voit guère ce que l'on peut opposer à la validité d'une telle stipulation. Car, si la condition se réalise, elle effacera le premier régime et le remplacera rétroactivement par la communauté. En fait, il n'y aura donc jamais eu qu'un seul régime matrimonial qui sera, dans l'exemple choisi, soit la séparation de biens, soit la communauté" (49).

(49) Così COLIN, CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, III, VII ed. édition entièrement refondue, Paris 1932, p. 36 s.: "Envisageons successivement chacune de ces modalités. Terme. – On rencontre, dans la pratique, quelques contrats de mariage, assez rares à la vérité, contenant des stipulations de terme. On cite l'exemple de contrats de mariage adoptant le régime dotal avec inaliénabilité complète des biens dotaux pendant les premières années du mariage, ou jusqu'au décès du constituant, et faculté pour les époux de disposer librement des biens dotaux à l'expiration de ce terme (V. *Congrès international de Droit comparé*, Paris 1900, note de M. ADAM, *Sur le régime matrimonial de droit commun en France*). En ce qui concerne la communauté, l'emploi d'un terme suspensif se trouve prohibé par l'article 1399, lequel décide que la communauté commence du jour du mariage, et ajoute: 'on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque'. Par cette prohibition, reproduite de l'article 220 de la Coutume de Paris, le Code a voulu définitivement abolir l'usage de notre très ancien Droit, usage conservé par quelques coutumes, en vertu duquel la communauté ne commençait entre époux mariés sans contrat qu'au bout d'un an et un jour de mariage (V. POTHIER, *Communauté*, nos 4 et 5, éd. Bugnet, t. VII, p. 58). Mais la question reste entière pour les autres régimes matrimoniaux, et même pour la communauté, s'il s'agit d'un terme extinctif qui aurait pour effet de remplacer la communauté par un autre régime. Certains auteurs estiment que ces stipulations sont contraires à l'immutabilité, parce qu'elles portent atteinte à la stabilité du régime choisi. Mais ce n'est pas un argument décisif. On peut répondre que les époux sont libres de régler comme ils l'entendent leurs conventions matrimoniales, et que le principe de l'immutabilité ne prohibe que les changements qui pourraient intervenir durant le mariage par la volonté des époux. On peut invoquer également l'opinion de Pothier qui déclarait que les parties ont le droit d'apposer un terme ou une condition à l'adoption, de la communauté (*op. cit.*, n° 278). Condition. – L'insertion d'une condition dans le contrat de mariage se conçoit mieux que celle d'un terme. Par exemple, les futurs époux, déjà arrivés à un certain âge, se marient sous le régime de séparation de biens, et stipulent qu'il y aura communauté entre eux, s'ils ont des enfants (V. POTHIER, *loc. cit.*). On ne voit guère ce que l'on peut opposer à la validité d'une telle stipulation. Car, si la condition se réalise, elle effacera le premier régime et le remplacera rétroactivement par la communauté. En fait, il n'y aura donc jamais eu qu'un seul régime matrimonial qui sera, dans l'exemple choisi, soit la séparation de biens, soit la communauté (V. en ce sens, Colmar, 8 mars 1864, D. P. 64.2.85). In termini del tutto analoghi v. anche AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, VII, Paris 1913, p. 530 s., che, dopo aver riportato ampie citazioni della civilistica francese, sia anteriore che posteriore al *Code*, così come della giurisprudenza, nel medesimo senso, concludevano che "En présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, principe que l'art. 1387 proclame en termes si énergiques, les dispositions légales qui restreignent cette liberté constituent autant d'exceptions, auxquelles il faut appliquer la règle *Exceptio est strictissimae interpretationis*".

Il meccanismo era ed è del resto perfettamente analogo, nella sua specularità, a quello della nota e collaudata “clausola alsaziana”.

Tramite tale *clause alsacienne*, invero, in base ad antica tradizione, le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, nell'ipotesi di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione⁽⁵⁰⁾, con risultato pratico sicuramente commendevole⁽⁵¹⁾. La clausola, già ritenuta conforme al sistema del *Code civil*⁽⁵²⁾, ha ricevuto un ulteriore avallo dalla riforma francese del 23 giugno 2006 (sulle successioni e liberalità), in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un comma 3 all'art. 265 del *Code*, a

⁽⁵⁰⁾ Cfr. MALAURIE e AYNÉS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris 2007, p. 89, 325 s.: “les époux peuvent adopter un régime alternatif, c'est-à-dire différent suivant la cause de dissolution: décès ou divorce. C'est l'objet de la clause de reprise dans une communauté universelle, dite souvent ‘clause alsacienne’, prévoyant qu'en cas de divorce, les époux pourront reprendre leurs apports. Techniquement, cette clause est un avantage matrimonial, une clause de partage; si bien qu'elle ne modifie pas le régime de communauté universelle. En pratique, il s'agit bien d'en revenir à la communauté d'acquêts, si le mariage est un échec”.

⁽⁵¹⁾ Come rileva la dottrina transalpina, “en période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéficiaire susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en cas de décès. La clause de liquidation alternative répond à cette attente (également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques). Elle consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses “apports”, c'est-à dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts”: così BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Orléans, 2009, 267. Sulla *clause alsacienne* v. anche i riferimenti in OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 386, nota 171; II, cit., p. 1671, nota 198.

⁽⁵²⁾ Nel senso che “Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef” v. App. Colmar 16 maggio 1990, in *Rép. Defrénois*, 1990, p. 1361, con nota di CHAMPENOIS; in *JCP*, 1991, éd. N., II, p. 17, con nota di SIMLER. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, n° 09-68292, la quale ha affermato che la stessa “ne confère aucun avantage matrimonial”, confermando l'avviso della dottrina, secondo cui “loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise” (SIMLER, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, in *JCP*, N 2005, p. 1265). Anche per Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 2006, la clausola è valida, costituendo “un aménagement des règles du partage (le bien repris est commun), qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial”.

mente del quale “si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu’ils auront apportés à la communauté”⁽⁵³⁾.

Nulla di nuovo sotto il sole, paradossalmente, neppure per noi.

Ed invero, a titolo d’esempio, si potrà anche in questa sede evocare la decisione resa nel 1612 dal *Concistorium* del Regno di Sicilia in applicazione delle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimonio (detti “alla latina”) vigeva un regime di comunione universale legale. La sentenza confermò la validità della clausola del contratto matrimoniale che escludeva la comunione “*casu (quod absit)* di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, & quelli morti in minori età, *vel maiori ab intestato*”, stabilendo altresì che, in tale ultima ipotesi, “detta sposa non possa disporre, *nisi tantum* di unzi trenta”. Si ammetteva, dunque, che quella che noi chiamiamo oggi crisi coniugale potesse agire (in forza di apposita clausola eventualmente inserita nei *pacta nuptialia*) quale condizione risolutiva (con efficacia retroattiva) del regime di comunione universale prescelto al momento della celebrazione delle nozze; nel caso in cui invece i coniugi fossero vissuti “felici e contenti”, sarebbero rimasti in comunione e tale regime sarebbe venuto ad assumere una valenza sostanzialmente parasuccessoria di garanzia del coniuge debole, in caso di predecesso dell’altro⁽⁵⁴⁾.

All’attento osservatore non sarà sfuggito che l’ipotesi della clausola alsaziana (o, se preferiamo... messinese) è perfettamente speculare rispetto a quella del presente studio: là il regime comunistico si considererà come mai instaurato in relazione ad una coppia che pure l’aveva originariamente prescelto, laddove qui, con il mutuo dissenso in questa sede proposto, si riterrà mai insorto il regime di separazione oggetto dell’intesa che aveva accompagnato la celebrazione delle nozze. Il meccanismo è peraltro, in entrambi i casi, esattamente identico: come nel primo dovrà considerarsi la

(53) La disposizione testé citata apre il varco a nuove audacie applicative, sempre nel segno di un’ampliata libertà negoziale: “Dans l’hypothèse dans laquelle les époux auraient prévu une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, ils pourraient prévoir une double clause: une clause de reprise des apports en cas de divorce et une clause d’exclusion de reprise des apports en cas de décès. On pourrait, également, songer à la clause qui exclurait, dans le contrat de mariage portant adoption du régime de participation aux acquêts, le calcul de la créance de participation en cas de dissolution du mariage par divorce. Les époux préféreront organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d’opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage” (BRUN-WAUTHIER, *op. loc. ultt. citt.*).

(54) Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612 riportata in GIURBA, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621, p. 398 ss.

coppia soggetta sin *ab initio* al regime di separazione dei beni, così nel secondo dovrà reputarsi la coppia come entrata in regime di comunione dal momento della celebrazione delle nozze, per via dell'operatività *ex tunc* dell'effetto descritto dall'art. 159 c.c.

Inutile dire che il definitivo tramonto del secolare principio dell'immutabilità dei patti nuziali (di origine non romanistica, ma medioevale e sancito per l'ultima volta dagli artt. 1394 e 1395 *Code Napoléon*; 1384 c.c. 1865; 162 cpv. c.c. 1942) – principio, quest'ultimo, che, come si è già rilevato in altre sedi⁽⁵⁵⁾, era a sua volta storicamente collegato al divieto di donazioni tra coniugi e, con questo, funzionalmente ordinato a quella trasmissione “patrilineare 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⁽⁵⁶⁾ – non può che ulteriormente confermare l'assenza di ostacoli normativi a quanto sopra esposto.

Cade, così, ogni possibile obiezione relativa alla possibilità che i coniugi, con la previsione o comunque con la realizzazione di nuove cause di cessazione di un regime patrimoniale (tra cui, appunto, il mutuo dissenso), si attribuiscono la possibilità di un più agevole mutamento di regime, eventualmente anche con effetto retroattivo.

(55) OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano 1991, 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*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano 2000, p. 438; BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in questa *Rivista*, 2001, p. 435; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 305 s.

(56) 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*, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova 1992, 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 JANNÉS, *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 ouvreroient 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 p. 185 ss.; sui rapporti tra il divieto delle donazioni tra coniugi, immutabilità dei regimi matrimoniali e donazioni tra concubini v. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 169 ss.).

5. – Passando ora all'esame di alcune questioni pratiche legate alla forma ed agli effetti del mutuo dissenso oggetto del presente studio, va considerato che una possibile obiezione circa l'ammissibilità di siffatto tipo di negozio potrebbe sorgere in relazione al caso in cui i coniugi o i civilmente uniti si trovassero in regime di separazione dei beni non già per effetto di una convenzione notarile, bensì (come accade di fatto nella quasi totalità dei casi di questo genere) per via della scelta operata dinanzi all'ufficiale dello stato civile (o al celebrante, in caso di matrimonio concordatario) ai sensi dell'art. 162 cpv. c.c.

È noto, infatti, che per il mutuo dissenso è generalmente richiesta la stessa forma necessaria per il perfezionamento dell'originario negozio i cui effetti, per l'appunto, il mutuo dissenso vuole porre nel nulla, in base ad un principio di simmetria riconosciuto in dottrina e in giurisprudenza⁽⁵⁷⁾. Se così stanno le cose, va però qui constatato che non appare possibile, per ovvi motivi, una "ripetizione" del negozio giuridico matrimoniale, in cui possa venirsi a collocare il citato contrario consenso sugli effetti patrimoniali.

La soluzione del problema è agevole e va rinvenuta in una duplice constatazione: di sostanza e di forma.

La prima consiste nel fatto che la "scelta" di cui discorre l'art. 162 cpv. c.c. altro non è se non una convenzione matrimoniale⁽⁵⁸⁾, vale a dire

(57) Può giungersi a sostenere il formalismo del mutuo dissenso anche in base al principio di simmetria, affermato in dottrina e in giurisprudenza, secondo il quale qualsiasi tipo di vicenda effettuale che abbia ad oggetto diritti reali su beni immobili richiede la stessa forma del corrispondente negozio che ne costituisce la fonte: su tale principio v. per tutti LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 313 ss.; BRECCIA, *La forma*, nel *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, VI, p. 657 ss.; PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino 2013, p. 236; ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, http://www.academia.edu/10214743/La_risoluzione_per_mutuo_dissenso, p. 101 ss. In giurisprudenza v. Cass., 27 novembre 2006, n. 25126, secondo cui l'accordo risolutorio di un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* è soggetto alla medesima forma stabilita per la conclusione di esso.

(58) Cfr. per tutti OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e d.*, 1995, p. 611; sulla scelta in questione v. anche ID., *Il regime patrimoniale dell'unione civile*, Commento all'art. 1, comma 13, l. 20 maggio 2016, n. 76, nel *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, cit., p. 379 s.; DE LORENZO, *Forma delle convenzioni matrimoniali*, Commento all'art. 162, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, II Edizione, a cura di Di Rosa, artt. 74-230 *ter*, cit., p. 1189 ss. Da notare che, secondo una decisione di legittimità del 2017 (Cass., 27 settembre 2017, n. 22594, in *Fam. e d.*, 2017, p. 871, con nota di FAROLFI; in *G. it.*, 2018, p. 1357, con nota di SENIGAGLIA), "la scelta del regime di separazione dei beni dei coniugi, espressa davanti al ministro del culto cattolico officiante, in occasione della celebrazione delle nozze ed alla presenza di testimoni, è valida ed efficace, nei rapporti interni tra i coniugi, dal momento della celebrazione, ancorché non annotata nell'atto di matrimonio tempestivamente trascrit-

null'altro se non un contratto per il quale valgono, pari pari, tutte le considerazioni in tema di mutuo dissenso che si sono venute sin qui sviluppando.

La constatazione sulla forma attinge invece alimento dalla considerazione dei principi generali in tema di forma delle convenzioni matrimoniali. Ed invero, il negozio contenente il mutuo dissenso sulla scelta per il regime di separazione altro non è se non, a sua volta, una convenzione matrimoniale, perché ha l'effetto di instaurare un regime divergente rispetto a quello originariamente prescelto⁽⁵⁹⁾. A nulla rileva che l'effetto di siffatto negozio sia quello di instaurare il regime legale e non un regime convenzionale, perché il regime legale nasce, sì, normalmente dalla legge, ma ben può sorgere, in determinati casi, anche in base a convenzione, come comunemente ritenuto e dimostrato in altra sede⁽⁶⁰⁾.

Non solo. Il negozio contenente il mutuo dissenso sulla scelta per il regime di separazione costituisce, poi, una convenzione matrimoniale atipica, poiché esso non rientra, come tale, in alcuno dei "modelli" predisposti dagli artt. 167 ss. c.c., vale a dire dalla "parte speciale" delle regole codicistiche a tale materia dedicate. Peraltro è noto che l'ammissibilità di siffatto tipo d'intese è pacificamente affermata⁽⁶¹⁾, per cui neppure tale constatazione sembra proporre problemi di sorta.

Il mutuo dissenso in esame, quale convenzione matrimoniale atipica, dovrà quindi rispettare le regole di forma prescritte dall'art. 162 c.c., nonché dall'art. 48 l. notar., così come sostituito dall'art. 12 della l. 28

to nei registri dello stato civile. (Nella specie, l'atto di matrimonio concordatario era stato trascritto tempestivamente nei registri dello stato civile, privo però dell'annotazione relativa al regime patrimoniale della famiglia prescelto. L'annotazione era stata quindi trascritta dall'ufficiale dello stato civile, anni dopo, su richiesta del marito); dalla motivazione trasparente chiaramente che la Corte ha inteso considerare la scelta di cui qui si discute alla stregua di una qualsiasi convenzione matrimoniale.

⁽⁵⁹⁾ Sulla definizione di convenzione matrimoniale come contratto con il quale i coniugi (e oggi anche i civilmente uniti) incidono sul regime patrimoniale e sui rapporti tra i due istituti (convenzione e regime) cfr. per tutti OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, cit., p. 1125 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. OBERTO, *La comunione legale di fonte negoziale: riflessioni circa i rapporti tra legge e contratto nel momento genetico del regime patrimoniale tra coniugi*, in *D. fam. pers.*, 2011, p. 835.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *ex multis*, anche per i richiami, FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, p. 20 ss.; ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale "atipico"?*, in *Studium iuris*, 2000, p. 947 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 291 ss.; G. GABRIELLI-CUBEDDU, *op. cit.*, p. 236 ss.; OBERTO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Commento agli artt. 159, 160 e 161, cit., p. 1132 ss.

novembre 2005, n. 246: atto pubblico notarile in presenza di due testimoni ⁽⁶²⁾.

6. – Se è vero come è vero, che, come appena dimostrato, il mutuo dissenso di cui qui si discute costituisce una convenzione matrimoniale atipica, esso dovrà rispettare il citato art. 162 c.c. non solo per ciò che riguarda la forma. Proprio questo articolo contiene in sé, infatti, almeno in parte, la chiave per la soluzione dell'ulteriore e connesso problema dei rapporti con i terzi.

Esattamente come nel caso della comunione “legale” sorta dopo un periodo di separazione dei beni per effetto di apposita convenzione, la comunione nata, qui, sì, *ex lege*, e con effetti retroattivi, ma comunque quale portato di una convenzione delle parti, sarà opponibile all'esterno sulla base della effettuazione della pubblicità della convenzione sull'atto di matrimonio.

Ciò vuol dire che, ovviamente, il coniuge coacquirente *ex lege* di un cespite immobiliare per effetto della retroattività del regime legale instauratosi a seguito del mutuo dissenso non potrà certo impugnare per annullamento ai sensi dell'art. 184, commi 1 e 2, c.c. l'eventuale alienazione del cespite stesso operata *medio tempore* dal coniuge unico acquirente *ex contractu*, in difetto di compimento di idonea pubblicità della citata convenzione contenente estrinsecazione del mutuo dissenso in merito all'originaria scelta del regime separatizio.

Al riguardo, tentando di approfondire il discorso, va aggiunto che le conclusioni sin qui svolte (e cioè: opponibilità legata alla pubblicità mediante annotazione delle convenzioni matrimoniali sull'atto di matrimonio o su quello di unione civile) risultano peraltro riferibili al solo caso degli acquisti di beni immobili e mobili registrati operati dopo il negozio di mutuo dissenso, atteso che il meccanismo pubblicitario disegnato dall'art. 162 c.c. non sembra idoneo a rendere noto ai terzi l'effetto retroattivo dell'accordo. Pensando al caso dell'acquisto effettuato da un singolo coniuge, in regime di separazione, con trascrizione operata (come ovvio) a suo solo favore, si deve quindi escludere che la successiva annotazione della convenzione contenente il mutuo dissenso circa il negozio genetico del regime separatizio possa valere a rendere opponibile il carattere (retroattivamente) comune del bene al terzo acquirente, anche se costui

⁽⁶²⁾ Ciò, naturalmente, sia per ciò che attiene al matrimonio, che per quanto riguarda l'unione civile, ai sensi del richiamo della relativa disciplina alle norme in materia di convenzioni matrimoniali (cfr. quanto disposto dal comma 13, l. 20 maggio 2016, n. 76.).

avesse acquistato dopo l'annotazione della convenzione di mutuo dissenso. Considerato il modo in cui il sistema pubblicitario descritto dall'art. 162 c.c. è strutturato, appare, invero, difficilmente immaginabile, in concreto, un'annotazione sull'atto di matrimonio (o di unione civile) che dia espressamente conto dell'effetto retroattivo operato dalla convenzione di mutuo dissenso, non rientrando tale indicazione tra quelle richieste ai fini dell'opponibilità ai terzi dall'art. cit. (63). La consultazione incrociata dell'atto di matrimonio e dei registri immobiliari, in altri termini, continuerebbe ad indicare che un acquisto immobiliare è stato operato in costanza di regime di separazione, che il terzo potrebbe essere autorizzato a ritenere non travolto retroattivamente (ma solo con effetti *ex nunc*) dalla successiva convenzione ricostitutiva del regime legale.

Al fine di ovviare all'inconveniente sarebbe forse prospettabile il ricorso alla – in altra sede prospettata – teoria dell'equipollenza (o meglio: alternatività, o carattere reciprocamente “integrativo”) tra annotazione e trascrizione (64), immaginando, pertanto, una pubblicità del mutuo dissenso *ex art.* 2655 c.c. (65), in relazione ad una convenzione di separazione a suo tempo trascritta ai sensi dell'art. 2647 c.c. (66). Operando in tal modo (annotazione del mutuo dissenso in margine alla trascrizione della convenzione matrimoniale), ai terzi diverrebbe opponibile il carattere comune non solo dei beni acquistati dopo il detto negozio, bensì anche di quelli

(63) Sui persistenti limiti tecnici dell'annotazione prescritta dall'art. 162 c.c. si fa rinvio per tutti a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 2183 ss.

(64) Sul tema cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 2169 ss., 2236 ss.

(65) Sul ruolo svolto dalla norma in oggetto in relazione alla pubblicità del mutuo dissenso v. *supra*, par. 2. In argomento v. anche F. PATTI, *Il mutuo dissenso (art. 1372 c.c.)*, [http://www.notaorricciardi.it/Ufficio/RR_II/mutuo%20dissenso%20\(patti\).doc](http://www.notaorricciardi.it/Ufficio/RR_II/mutuo%20dissenso%20(patti).doc); SIRENA, *op. cit.*, p. 101 s.; TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, nel *Tratt. Bessone*, IX, Torino 2012, p. 121 s.; PERRONE, *Il mutuo dissenso*, www.giustiziacivile.com. In giurisprudenza cfr. Trib. Siena, 19 febbraio 2013, proc. n. 709/2012 r.g., <http://www.notit.info/it-IT/mutuo-dissenso/La-risoluzione-per-mutuo-dissenso-non-si-trascrive-ma-si-annota.aspx>, secondo cui l'atto risolutivo di una donazione (con efficacia retroattiva) per mutuo consenso deve essere annotato (e non trascritto, come preteso dall'Agenzia del Territorio) nei Registri Immobiliari, ai sensi dell'art. 2655 c.c., atteso che il mutuo dissenso realizza, per concorde volontà, la ritrattazione bilaterale del contratto, che si concretizza in un nuovo contratto di natura solutoria e liberatoria, con contenuto eguale e contrario a quello del contratto originario, di cui neutralizza gli effetti, con decorrenza *ex tunc*: la figura del mutuo dissenso (o mutuo consenso o risoluzione convenzionale o accordo risolutivo: cfr. artt. 1321 e 1372 c.c.) costituisce infatti espressione della autonomia negoziale dei privati, che sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio a prescindere dalla esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute impeditivi o modificativi della attuazione dell'originario regolamento di interessi.

(66) Sulla pubblicità per trascrizione della convenzione matrimoniale di separazione dei beni cfr. per tutti OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., p. 2244 ss.

acquisiti in precedenza sotto il vigore del regime separatizio, retroattivamente travolto dal mutuo dissenso. Naturalmente, in base ai principi generali in tema di pubblicità, l'opponibilità anche di questo effetto retroattivo potrebbe aversi solo in relazione a quei terzi che vantassero diritti in base ad atti soggetti a trascrizione e trascritti dopo l'effettuazione della annotazione operata in base al citato art. 2655 c.c. della risoluzione retroattiva della convenzione, a suo tempo trascritta ai sensi dell'art. 2647 c.c. (67).

In ogni caso, una soluzione "tuzioristica" per il coniuge coacquirente *ex lege* consisterebbe nella trascrizione di un negozio di accertamento del carattere comune dei singoli beni o, in alternativa, in caso di disaccordo, nella pubblicità della domanda giudiziale diretta all'accertamento del carattere comune dei vari beni che si trovino nella citata situazione.

Andrà però ancora aggiunto che, come già esplicitato, l'eventuale impossibilità di recuperare il bene presso il terzo acquirente apre la via ai rimedi risarcitori descritti dall'art. 184, comma 3, c.c., oltre che dai generali principi in materia di illecito (68) e lo stesso vale, naturalmente, nell'ipotesi in cui il contratto con il terzo trasferisca o costituisca diritti reali su beni mobili (non iscritti in pubblici registri), laddove il patto risolutorio non sarà mai opponibile all'avente causa, come appare del resto desumibile dal citato comma 3 dell'art. 184 c.c., essendo solo applicabile una tutela risarcitoria nelle relazioni interne tra i coniugi.

Per ciò che attiene, poi, ai rapporti con i terzi creditori, si potrebbe anche ipotizzare la possibilità – accogliendo il suggerimento proposto in merito alla soluzione dei complessi problemi posti dagli aspetti pubblicitari dei regimi matrimoniali (69) – che terzi eventualmente interessati a dimostrare il carattere comune dei beni acquistati dopo l'intervento di una causa di scioglimento con effetti retroattivi del regime separatizio (si pensi ai creditori c.d. "della comunione", ai sensi dell'art. 186 c.c.), siano legittimati a far valere quest'ultima, ancorché eventualmente non pubblicizzata. In realtà, come verrà spiegato in altra sede (70), appare qui più congrua la soluzione che predica l'automatica salvezza dei relativi diritti di

(67) Come osserva in generale SIRENA, *op. loc. ultt. citt.*, in merito all'art. 2655 c.c., "qualora il patto risolutorio sia annotato ai sensi dell'art. 2655, c. 4, esso sarà inopponibile soltanto ai terzi che abbiano anteriormente trascritto il loro titolo: sarà invece opponibile ai terzi che non lo abbiano trascritto o che lo abbiano trascritto posteriormente".

(68) V. *supra*, par. 3, *in fine*.

(69) Cfr. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in questa *Rivista*, 1988, II, p. 190 ss.; *Id.*, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1047 ss.

(70) Cfr. OBERTO, *Mutuo dissenso e liberalità nel regime di comunione legale*, cit., par. 7.

tali creditori, in forza di un'estensione analogica delle norme sui creditori dei coniugi in comunione convenzionale (art. 211 c.c.) e in comunione legale "allargata" secondo i principi del diritto transitorio della novella del 1975 (art. 228 cpv., l. 19 maggio 1975, n. 151).

Concludendo sul punto – e rinviando ad un successivo studio l'approfondimento del tema delle interferenze con la materia delle donazioni e delle liberalità indirette tra i coniugi (o civilmente uniti), ovvero in favore di uno di essi⁽⁷¹⁾ – dovrà fornirsi un convinto responso positivo all'interrogativo posto all'inizio di questo studio, circa la piena reversibilità di quella "fuga dalla comunione", che costituisce per le famiglie italiane un vero e proprio fenomeno di massa a partire, quanto meno, dagli anni Novanta dello scorso secolo⁽⁷²⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. OBERTO, *Mutuo dissenso e liberalità nel regime di comunione legale*, cit.

⁽⁷²⁾ Sul tema della "fuga dalla comunione" cfr. SESTA, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, p. 871 ss.; SESTA-VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, Regime patrimoniale della famiglia, Milano 2002, p. 460; OBERTO, *Attualità del regime legale*, in *Fam. e d.*, 2019, p. 85 ss.