

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



CONTRIBUTI DI:

Paolo Grossi
Luigi Ferrajoli
Aurelio Gentili
Claudio Scognamiglio

Enrico Quadri
Luigi Balestra
Giuseppe Conte
Giovanni D'Amico

Francesco Macario
Roberto Mastroianni



GIUFFRÈ EDITORE

Direzione

Giuseppe CONTE (Università di Firenze) - Fabrizio DI MARZIO (Corte di Cassazione)

Comitato di direzione

Fabio ADDIS (Università di Brescia) - Luigi BALESTRA (Università di Bologna) - Giovanni D'AMICO (Università di Reggio Calabria) - Stefano DELLE MONACHE (Università di Padova) - Raffaele DI RAIMO (Università del Salento) - Francesco MACARIO (Università di Roma Tre) - Marcello MAGGIOLO (Università di Padova) - Emanuela NAVARRETTA (Università di Pisa) - Fabio PADOVINI (Università di Trieste) - Michele PERRINO (Università di Palermo) - Claudio SCOGNAMIGLIO (Università di Roma "Tor Vergata")

Consiglio scientifico

Guido ALPA (Università "La Sapienza" di Roma)	Matthias MAHLMANN (Universität Zürich)
Mads ANDENAS (University of Oslo)	Marco MARAZZA (Università "Universitas Mercatorum")
Andrea BIONDI (King's College London)	Roberto MASTROIANNI (Università di Napoli "Federico II")
Jean-Sébastien BORGHETTI (Université Panthéon-Assas)	Andrea MORA (Università di Modena)
Alexandra BRAUN (University of Oxford)	Peter Arnt NIELSEN (Københavns Universitet)
Mario CAMPOBASSO (Seconda Università di Napoli)	Luca NIVARRA (Università di Palermo)
Paolo CAPPELLINI (Università di Firenze)	Mauro ORLANDI (Università di Roma "Tor Vergata")
Brian CHEFFINS (University of Cambridge)	Gianmaria PALMIERI (Università del Molise)
Claudio CONSOLO (Università "La Sapienza" di Roma)	Andrea PANZAROLA (Università LUM "Jean Monnet")
Paoloeffisio CORRIAS (Università di Cagliari)	Giovanni PERLINGIERI (Seconda Università di Napoli)
Enrico DEL PRATO (Università "La Sapienza" di Roma)	Carlos PETIT (Universidad de Huelva)
Giovanni DORIA (Università di Roma "Tor Vergata")	John PHILLIPS (King's College London)
Gillian DOUGLAS (Cardiff University)	Giorgio RESTA (Università di Bari)
Francesco FIMMANÒ (Università del Molise)	Luigi Antonio ROVELLI (Corte di Cassazione)
Toni M. FINE (Fordham University)	Massimo RUBINO DE RITIS (Seconda Università di Napoli)
Giusella FINOCCHIARO (Università di Bologna)	Giuseppe SANTONI (Università di Roma "Tor Vergata")
Andrea FUSARO (Università di Genova)	Franco SCARPELLI (Università di Milano-Bicocca)
Henry B. HANSMANN (Yale Law School)	Henry E. SMITH (Harvard Law School)
Mark GEISTFELD (New York University)	Lorenzo STANGHELLINI (Università di Firenze)
Aurelio GENTILI (Università di Roma Tre)	Umberto TOMBARI (Università di Firenze)
Stefan GRUNDMANN (European University Institute)	George TRIANTIS (Stanford Law School)
Fabrizio GUERRERA (Università di Messina)	Gianroberto VILLA (Università Statale di Milano)
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (Universidad de Valencia)	Graham VIRGO (University of Cambridge)
Paola LUCARELLI (Università di Firenze)	Stefan VOGENAUER (University of Oxford)
	Nancy A. WELSH (Penn State University)

Redazione

Paola CILLO, Alessandra CAVUOTO

Concept e graphic design

Ad Maurizio Maselli/Digital Kitchen

Composizione e stampa

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

Indice

PAOLO GROSSI

Sulla odierna fattualità del diritto p. 11

LUIGI FERRAJOLI

Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità p. 27

AURELIO GENTILI

L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina p. 47

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

Dignità dell'uomo e tutela della personalità p. 67

ENRICO QUADRI

Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata p. 95

LUIGI BALESTRA

Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale p.133

GIUSEPPE CONTE

The Italian Way of Mediation p.163

GIOVANNI D'AMICO

Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è) . p.197

FRANCESCO MACARIO

Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino p.227

ROBERTO MASTROIANNI

La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati p.283

Gli Autori di questo fascicolo p.319

Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata

L'autonomia privata ha assunto sempre maggiore rilevanza in materia di rapporti patrimoniali nella famiglia: ciò inevitabilmente impone di ragionare circa i limiti entro cui essa possa attualmente operare. Il punto di partenza è rappresentato dalla finalità perseguita dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, consistente nell'esigenza di assicurare la piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi, nonché dalla constatazione che la previsione del regime di comunione, quale regime patrimoniale legale della famiglia, si è dimostrata inadeguata al perseguimento dell'obiettivo perequativo avuto di mira. Oggetto di specifica attenzione sono, allora, nella prospettiva dei rapporti patrimoniali, i diversi ambiti in cui l'autonomia degli interessati ha modo di manifestarsi, prima e nel corso del matrimonio. Sottolineata l'importanza della stessa scelta del matrimonio, piuttosto che della mera convivenza, nonché della scelta relativa alla "forma matrimoniale" (civile o concordataria), dopo avere accennato al possibile ruolo degli accordi prematrimoniali, viene esaminata criticamente la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza dell'operatività del dovere di contribuzione e del regime di comunione legale. L'indagine verte, poi, sui limiti attualmente posti all'autonomia delle parti nella modificazione del regime legale di comunione e nella definizione dei

regimi convenzionali, anche in relazione all'ammissibilità di eventuali regimi atipici. L'esame di auspicabili linee di intervento legislativo viene, infine, condotto pure con riferimento alle proposte di utilizzazione di nuovi strumenti, come, in particolare, l'impiego del meccanismo degli atti di destinazione e della conseguente separazione patrimoniale.

Private autonomy has assumed increasing importance in the field of familial property relations: this inevitably requires reasoning on the extent to which it can currently operate. The starting point is the objective pursued by the 1975 reform of family law, consisting of the need to ensure full implementation of the constitutional principle of legal equality of spouses, and the fact that the prediction of a system of communion, as the familial property regime, has proved inadequate to achieve the targeted objective of equalization. The specific subject of attention is, then, in view of patrimonial relations, the different areas in which the autonomy of the parties concerned has the opportunity to manifest itself, before and during the marriage. Stressing the importance of the choice of marriage, rather than mere cohabitation, as well as on the choice of the "form" of marriage (civil or concordataria), after having mentioned the possible role of prenuptial agreements, the reconstruction offered by case law on the duty of contribution and on legal communion is critically examined. The analysis moves, then, toward the limits currently placed on the autonomy of the parties in the modification of the statutory scheme of communion and in the definition of conventional regimes, including the possibility of any unusual arrangements. An examination of desirable legislative intervention is, finally, also conducted with reference to the proposed use of new tools, such as, in particular, the use of the mechanism of destination pleadings and the consequent property division.

Sommario: 1. Autonomia privata e famiglia. – 2. Parità dei coniugi e perseguimento di finalità perequative. – 3. Lineamenti generali del diritto patrimoniale coniugale. – 4. Autonomia dei coniugi e scelte preliminari: scelta matrimoniale e scelta della "forma matrimoniale". – 5. Esercizio dell'autonomia dei coniugi in

campo patrimoniale prima (e nel corso) del matrimonio. Le “Convenzioni matrimoniali” e gli “accordi prematrimoniali” (cenni). – 6. Il regime primario-contributivo e gli “accordi di indirizzo familiare”. – 7. Applicazione del nuovo regime patrimoniale e persistenza delle esigenze partecipativo-perequative. “Fuga” dalla comunione legale e interventi giurisprudenziali (il caso emblematico del c.d. “rifiuto del coacquistato”). – 8. Autonomia delle parti e relativi limiti nella definizione dei regimi convenzionali. – 9. Comunione convenzionale e limiti di modificabilità del regime legale. – 10. L'ammessa scelta di un regime “atipico”. – 11. Possibili linee di intervento legislativo in materia di regimi convenzionali. – 12. Tutela degli interessi familiari e creazione di “patrimoni separati”. Fondo patrimoniale e nuovi strumenti. – 13. Gli “atti di destinazione” (anche in relazione alla figura del *trust*). La separazione patrimoniale tra interessi familiari e interessi dei creditori.

1. - Autonomia privata e famiglia.

Ormai da tempo, sostanzialmente unanime è il consenso circa la rilevazione delle linee evolutive caratterizzanti la riflessione e gli stessi interventi legislativi e giurisprudenziali in ordine alla disciplina dei rapporti familiari. Il filo conduttore di una simile evoluzione viene, in effetti, correntemente individuato nella prospettiva di «una arricchita dimensione negoziale del fenomeno familiare», quale espressione di una «accresciuta (...) concezione privatistica della famiglia»¹. Ed il *trend* che – con un termine alquanto crudo, ma indiscutibilmente evocativo – viene definito in chiave di “privatizzazione” della materia familiare, così da autorizzare a parlare senz'altro di una vera e propria “contrattualizzazione del matrimonio”², tende ad allargare la sua ombra ben al di là dell'area dei rapporti familiari in senso stretto patrimoniali, per loro natura più tradizionalmente permeabili alla logica dell'autonomia negoziale degli interessati.

Ad una simile autonomia sembrano realmente schiudersi sempre nuovi orizzonti nella pratica, nella giurisprudenza e nella stessa legislazione, ove si rifletta, ad esempio, dopo l'introduzione del divorzio su domanda congiunta nel 1987, sul ruolo riconosciuto dalla legge n. 54 del 2006 agli accordi dei genitori nella gestione del rapporto parentale anche al di là della crisi familiare e, forse ancor più, sugli attuali sviluppi in tema di

¹ Così P. RESCIGNO, *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, in A. BELVEDERE-C. GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, 1996, 35.

² In tal senso, N. LIPARI, *Il matrimonio*, in A. BELVEDERE-C. GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto*, cit., 16.

cognome familiare ³. Orizzonti, invero, che non si può mancare di considerare inquietanti, quando all'accordo, sotto gli auspici della scienza, viene riconosciuta la portata di momento propulsivo della generazione umana e determinativo dello stato giuridico del nato.

L'indiscutibile tendenza ad una sempre più accentuata valorizzazione dell'autonomia privata in materia familiare impone all'interprete, come in relazione a qualsiasi settore dell'esperienza giuridica in cui l'autonomia privata è chiamata a operare, di ragionare circa i limiti al relativo possibile dispiegamento ⁴. E non si può fare a meno di convenire su quanto ciò appaia urgente e sia destinato ad assumere connotati del tutto peculiari in materia familiare, data la natura degli interessi che in essa sono in gioco: interessi la cui preminente rilevanza, coinvolgendo l'essenza esistenziale della persona, costituisce, non a caso, oggetto privilegiato di attenzione nelle carte dei diritti fondamentali nazionali e sovranazionali.

2. - Parità dei coniugi e perseguimento di finalità perequative.

La riflessione pare dovere necessariamente muovere, per quanto concerne la materia del regime patrimoniale della famiglia, dalle finalità della riforma del 1975, quali identificate dalla Corte costituzionale nella fase conclusiva della sua elaborazione. Il compito del legislatore veniva chiaramente individuato nella necessità di «procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali» ⁵. Del resto, non è da dimenticare come ovunque sia stata proprio l'esigenza di realizzare una sempre più piena

³ Sviluppi resi – dopo le ripetute sollecitazioni della giurisprudenza (ad es., Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1673, nonché Cass., 22 settembre 2008, n. 23934, in *Foro it.*, 2008, I, 3097) e le numerose iniziative di riforma legislativa della materia – ora obbligati dalla recente decisione della Corte eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, la quale ha considerato quale “difetto del sistema giuridico italiano” la carente rilevanza conferita, in materia, al “consenso dei coniugi” circa la scelta del cognome dei figli.

⁴ Su una simile problematica, anche per taluni svolgimenti che seguono, oltre che per ulteriori riferimenti, si rinvia a quanto osservato in E. QUADRI, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in T. AULETTA (a cura di), *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 2007, 127 ss. e *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 1 ss.

⁵ Per una simile chiarissima presa di posizione, v. Corte cost. 26 giugno 1974, n. 187, in *Foro it.*, 1974, I, c. 2248.

eguaglianza tra i coniugi a propiziare la ridefinizione, sul piano giuridico, degli assetti patrimoniali della famiglia.

Il costituire, come ripete la giurisprudenza, l'attuale disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi "espressione di precisi valori costituzionali"⁶ non può, allora, mancare di rappresentare l'unica guida per qualsiasi discussione pure su quel ruolo dell'autonomia dei coniugi che, in materia, ha in modo crescente polarizzato l'attenzione degli studiosi delle problematiche giusfamiliari.

Di conseguenza, il valore da tenere sempre presente come fondamentale è quello – scolpito nell'art. 29 Cost. – della eguaglianza dei coniugi, evidentemente da realizzare promuovendo una loro piena e sostanziale parità anche sotto il profilo economico, a salvaguardia dell'effettivo rispetto della dignità di entrambi. E deve essere immediatamente chiaro come ogni discorso sulla eguaglianza e sulla pari dignità risulti destinato a restare una mera esercitazione verbale, ove non ci si muova nella prospettiva del superamento delle situazioni di dipendenza economica.

In proposito, non si può fare a meno di rilevare come sembri dappertutto diffusamente in atto una tendenza a rivalutare fortemente quella istanza perequativa, in funzione della quale si presenta irrinunciabile l'assicurare reciprocamente ai coniugi un'adeguata partecipazione a quanto complessivamente costruito insieme, dal punto di vista economico, durante il matrimonio.

E appare evidente che, in vista del perseguimento di un simile obiettivo, sono destinati a giocare, in un così intimo intreccio che finisce col renderli interdipendenti, il regime patrimoniale operante tra i coniugi nella fase fisiologica della convivenza e la regolamentazione dei rapporti economici in conseguenza della crisi coniugale. È chiaro, in effetti, che ogni carente funzionamento dal punto di vista perequativo del regime patrimoniale durante la convivenza matrimoniale proietta inevitabilmente il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici in occasione della crisi familiare.

Solo ad un osservatore superficiale potrebbe sembrare che l'accresciuta rilevanza che tende ovunque ad essere conferita al profilo partecipativo e

⁶ Così, ad es., Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 533.

perequativo nella configurazione del regime patrimoniale, anche – e forse soprattutto – ai fini della disciplina delle conseguenze della crisi coniugale, si ponga in contrasto con quell'allentamento del vincolo matrimoniale pure diffusamente ovunque in atto. In effetti, è da ritenere che una tale conformazione in senso più intensamente partecipativo e perequativo delle dinamiche patrimoniali della famiglia finisca, anzi, con l'assumere proprio una portata di bilanciamento della facoltà accordata anche solo ad uno dei coniugi di interrompere definitivamente la comunità di vita familiare. Facoltà, questa, che la Cassazione ha considerato rappresentare un vero e proprio «diritto costituzionalmente fondato», ove la «convivenza sia divenuta intollerabile tanto da non consentire un adeguato svolgimento della propria personalità nella famiglia quale società naturale costituita col matrimonio» ⁷.

Insomma, la tendenza pare quella a dar vita ad un sistema complessivo che, per assicurare il prioritario obiettivo di una effettiva parità dei coniugi, tenda ad equilibrare l'irrinunciabile (ed indiscutibilmente sempre più avvertito) valore della libertà con quelli di condivisione, responsabilità e solidarietà, che sembrano imporre, appunto, un adeguato rispetto e riconoscimento delle aspettative maturate da ciascun coniuge sulla base del reale contributo prestato alla compagine familiare ed al relativo benessere.

Ed anche l'assunzione del principio di "autoresponsabilità" quale chiave di volta dell'assetto economico post-coniugale, come ha inteso fare con decisione il legislatore tedesco nel nuovo § 1569 BGB (*Grundsatz der Eigenverantwortung*), acquista, allora, il senso di un ragionevole approdo definitivo in materia, in quanto sicuramente più consono – se confrontato con la da noi accreditatasi prospettiva assistenzialistica – alla promozione ed al rispetto della pari dignità dei coniugi: a condizione, ovviamente, che sia assicurata tra di loro, quale base per la vita futura, una effettiva perequazione in ordine alla partecipazione alla complessiva economia familiare, cui ciascuno abbia contribuito durante il matrimonio (come effetti-

⁷ In tal senso, nel quadro della ricostruzione del fondamento della separazione personale dei coniugi e della rilevanza, in ordine ad essa, degli atteggiamenti e dei comportamenti degli interessati, Cass., 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, c. 128.

vamente tende ad avvenire, in Germania, attraverso l'operatività del regime patrimoniale legale della *Zugewinnngemeinschaft*).

3. - Lineamenti generali del diritto patrimoniale coniugale.

Nel nostro, come negli altri ordinamenti che hanno vissuto – e continuano a vivere – stagioni di grandi riforme del diritto di famiglia, l'obiettivo dianzi individuato è stato perseguito sviluppando l'intervento legislativo nella sfera dei rapporti patrimoniali familiari essenzialmente secondo due direttrici, le quali, poi, come accennato, sono chiamate inevitabilmente ad integrarsi, condizionandola, con la regolamentazione dei rapporti economici in dipendenza della crisi coniugale.

È evidente, infatti, secondo quanto dianzi già accennato, come una carente operatività dal punto di vista perequativo del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza familiare finisca inevitabilmente col proiettare il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici dei coniugi in occasione della crisi familiare.

101

In relazione alla fase fisiologica del rapporto matrimoniale, la prima delle accennate direttrici si è dispiegata attraverso direttive di carattere inderogabile, nel contesto della riorganizzazione strutturale del gruppo familiare. Ciò in considerazione di quella interdipendenza funzionale tra profili personali e patrimoniali che rende necessitato l'adeguamento delle regole basilari concernenti questi ultimi ai mutati principi di fondo del nuovo modello familiare che si intende delineare.

La seconda direttrice di intervento si è indirizzata ad incidere sul regime patrimoniale legale, sul regime, cioè, destinato a disciplinare l'acquisto e la gestione dei beni da parte dei coniugi durante il matrimonio ⁸, nonché la relativa distribuzione al suo termine, almeno «in mancanza di diversa convenzione», secondo l'espressione dell'art. 159 c.c. E questo è avvenuto, da noi, addirittura mutando il regime legale stesso, col passaggio dal regime di separazione dei beni a quello di comunione; altrove, invece,

⁸ V. la sintetica definizione di "regime patrimoniale" in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, 79.

mediante radicali rimodulazioni del regime legale preesistente. Sempre, comunque, l'obiettivo è stato quello di garantire ad ambedue i coniugi un'adeguata partecipazione agli incrementi patrimoniali realizzati durante il matrimonio nel quadro della complessiva economia familiare, come imprescindibile espressione del principio di parità dei coniugi, onde assicurare il rispetto della loro eguale dignità.

La duplicità delle linee di intervento legislativo corrisponde alla tendenza ad articolare, appunto, su due livelli la problematica concernente il regime patrimoniale della famiglia, quale complesso di regole indirizzate a disciplinare i rapporti di natura economica dei coniugi, proprio in considerazione di tale loro specifica condizione. Al primo livello si colloca, in tale prospettiva, l'insieme di direttive inderogabilmente legate alla qualità stessa di coniugi. Al secondo livello si collocano le regole (di carattere, invece, tendenzialmente derogabile) destinate ad operare subordinatamente alle prime, in ordine all'acquisto, alla gestione ed alla distribuzione finale dei beni. Donde la corrente terminologia che contrappone ad un regime "primario imperativo" una pluralità di "regimi secondari", di cui uno avente la dignità di "regime legale", pur sempre, comunque, derogabile dalla volontà degli interessati ⁹.

Il sistema delineato dal legislatore del 1975 si caratterizza, così, da una parte, per la previsione del regime contributivo, delineato negli artt. 143, co. 3, e 144 c.c., avente il compito, secondo una nota definizione, di «integrare nei rapporti patrimoniali l'ordinamento solidale, affidato alla determinazione congiuntiva e all'attuazione disgiuntiva dell'indirizzo familiare» ¹⁰. Dall'altra, per l'introduzione, quale regime patrimoniale legale, della comunione dei beni, in quanto regime ritenuto più rispondente all'obiettivo di realizzare in maniera ottimale il principio della parità dei coniugi ¹¹.

⁹ Per un simile ordine di considerazioni, v. quanto accennato in E. QUADRI, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Famiglia*, 2004, spec. 476.

¹⁰ Il riferimento è all'impostazione di A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 614.

¹¹ Il fondamento di tale regime, in effetti, viene individuato «nell'esaltazione, anche sul piano patrimoniale, di quei valori di parità, solidarietà, affezione, fiducia reciproca che dovrebbero idealmente qualificare il *consortium omnis vitae*»: G. OPPO, *Autonomia negoziale dei coniugi e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 20.

In proposito, è da credere come proprio il carattere legale conferito alla comunione dei beni abbia finito col condizionare la configurazione del regime contributivo, inducendo a trascurare la opportunità di una sua più dettagliata articolazione, secondo quanto risulta avvenuto in altri ordinamenti, ove chiaramente maggiore è stata la consapevolezza del ruolo essenziale che il regime primario è chiamato a giocare, in considerazione del carattere pur sempre derogabile del regime patrimoniale legale.

In ordine ai diversi piani su cui ci si è chiamati a confrontare ai fini della realizzazione dell'obiettivo avuto di mira – quello, cioè, della eguaglianza dei coniugi attraverso la perequazione delle rispettive situazioni economiche – si pone imperioso il problema di come bilanciare l'auspicabile valorizzazione della libertà di ciascuno con le irrinunciabili esigenze di tutela della parte più debole, che rappresentano la ineliminabile espressione di quel dovere di solidarietà, nel quale non si può mancare di identificare l'essenza stessa del matrimonio. Ogni ricostruzione dell'auspicato equilibrio tra autonomia privata e intervento conformativo dell'ordinamento non può mancare di tenere in debita considerazione quanto è stato sottolineato con riferimento, appunto, alla «tendenza a riconoscere un sempre più ampio margine all'autonomia privata» nella materia familiare: l'essere «un'altra sicura tendenza del nostro tempo (...) quella di non abbandonare la parte debole al potere contrattuale della parte forte»¹².

Così, non poche perplessità è destinata a suscitare ogni ricostruzione dell'autonomia privata in materia familiare in termini tanto refrattari ad ogni controllo, da porsi in singolare contrasto – e ciò, evidentemente, alla luce del peculiare fondamento intensamente solidaristico che pare veramente difficile non ritenere caratterizzante l'esperienza familiare – con l'evoluzione recente della stessa riflessione generale in tema di autonomia contrattuale: riflessione notoriamente tendente a concentrare l'attenzione sul profilo della “giustizia” dell'assetto di interessi da realizzare, con conseguente apertura di ampi spazi all'intervento riequilibratore dell'ordinamento, al fine di assicurare la reale consapevolezza dell'uso della propria autonomia da parte di ciascuno e la sicura assenza di condizionamenti derivanti dalla posizione di debolezza di una delle parti. Intervento riequi-

¹² Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 13, nota 32.

libratore da attuarsi, evidentemente, attraverso il controllo giudiziale dell'esercizio dell'autonomia in questione: controllo sul cui carattere solo successivo o anche preventivo finisce spesso col risolversi il contrasto di opinioni circa la ricostruzione in chiave più o meno accentuatamente contrattualistica – nel senso, cioè, di considerarli o meno come senz'altro governati dai principi operanti in materia di contratto – dei reciproci rapporti economici dei coniugi.

4. - Autonomia dei coniugi e scelte preliminari: scelta matrimoniale e scelta della “forma matrimoniale”.

Sulla base di queste premesse si può ora procedere ad una, sia pur sintetica, individuazione delle specifiche problematiche che si pongono relativamente all'esercizio dell'autonomia negoziale dei coniugi interessati, operandone una schematizzazione riferita alle dinamiche della vicenda matrimoniale. Con l'ulteriore avvertenza, comunque, al di là del carattere inevitabilmente approssimativo di qualsiasi schematizzazione, di quella interdipendenza delle diverse problematiche, che deve essere tenuta costantemente presente dall'interprete per organizzare un sistema di soluzioni che, almeno, risultino tra loro sufficientemente coerenti. E non senza sottolineare, peraltro, che, se non può essere ignorata l'interdipendenza tra le problematiche tipicamente caratterizzanti la fase fisiologica e quella patologica dell'esperienza familiare, neppure può essere trascurata la rilevanza del collegamento – in vista della realizzazione degli obiettivi partecipativi e perequativi che si intenda avere di mira – tra il regime patrimoniale della famiglia ed il trattamento successorio dei relativi membri e, in particolare, dei coniugi (la cui carente considerazione da parte del legislatore è stata, non a caso, ascritta a demerito della riforma del 1975)¹³. La prima manifestazione di autonomia da parte degli interessati riguarda la stessa scelta matrimoniale. In effetti, da tempo l'esperienza familiare si tende a declinare al plurale, anche secondo quanto risulta ormai emergere dalla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea, la quale noto-

¹³ Cfr., in proposito, i rilievi critici di G. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali e successori nell'ambito della famiglia*, in A. BELVEDERE-C. GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto*, cit., 43 ss.

riamente distingue “il diritto di sposarsi” da quello di “costituire una famiglia”: evidentemente intendendo rispecchiare, così, le articolate esperienze dei diversi paesi membri e opportunamente rinviando, comunque, come bene hanno sottolineato la nostra Corte costituzionale ¹⁴ e la medesima Corte europea dei diritti dell'uomo ¹⁵, alle legislazioni nazionali la scelta del modello di disciplina da attuare.

È noto che, nella persistente carenza di una regolamentazione legislativa (più o meno organica) della materia, anche per la difficoltà che essa irrimediabilmente risulta destinata a presentare in conseguenza del carattere polimorfo connaturato alla fenomenologia delle convivenze, inevitabile si presenta la tendenza ad indirizzare i conviventi – ai fini della definizione degli aspetti economici della propria convivenza, anche, e soprattutto, in vista della relativa eventuale cessazione – nella direzione della utilizzazione degli strumenti negoziali (alla cui più estesa utilizzabilità non si frappongono qui, a differenza che in campo matrimoniale, limitazioni legate a profili di imperatività della disciplina legislativa). In un'ottica, quindi, di autoregolamentazione dei propri rapporti – con i c.d. “contratti di convivenza” – che sola sembra, in effetti, realmente compatibile soprattutto con la volontà di gestirli al di fuori dei vincoli che l'ordinamento ricollega al matrimonio.

Non a caso, proprio la prospettiva contrattuale non manca di continuare ad essere considerata come via da privilegiare per affrontare, pure a livello legislativo, e anche sulla base delle esperienze di molti altri ordinamenti, la possibile futura disciplina delle convivenze non matrimoniali (esemplare, in tal senso, presentandosi la recente proposta di disciplina dei “patti di convivenza” ad opera del Notariato) ¹⁶. Ed è chiaro come l'eventuale intervento legislativo potrebbe sicuramente contribuire a far superare i persistenti dubbi e gli inevitabili limiti che gravano, allo stato, sulle po-

¹⁴ Si allude a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361.

¹⁵ Ci si riferisce a Corte eur. dir. uomo, 24 giugno 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1137, sulle cui argomentazioni e conclusioni (prese in considerazione in una con quelle svolte dalla Corte costituzionale nella decisione dianzi ricordata), v. l'ampio esame condotto da Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2727.

¹⁶ Una vera e propria “Guida operativa in tema di convivenza” è quella elaborata, di recente, dal Consiglio Nazionale del Notariato (in vista di una giornata di approfondimento della problematica, il 30 novembre 2013).

tenzialità della regolamentazione negoziale dei profili patrimoniali della convivenza, in primo luogo quelli concernenti la relativa opponibilità ai terzi.

L'opzione a favore del carattere matrimoniale della unione, se consentita agli interessati (restando esclusa in caso di persone dello stesso sesso), pone, poi, nel nostro sistema matrimoniale, le parti di fronte ad una scelta ulteriore.

Potrebbe sembrare estraneo ad un discorso incentrato sul "regime patrimoniale della famiglia" l'evocare una simile ulteriore manifestazione di autonomia degli interessati – quella, cioè, in ordine alla "forma matrimoniale" – a fronte del principio della unicità della regolamentazione degli effetti del matrimonio. Ma sulla questione sembra essere da richiamare l'attenzione, in considerazione di quella diversità di disciplina della invalidità matrimoniale che, a ben vedere, risulta potenzialmente atta a fare avvertire i suoi riflessi economici per i coniugi.

Come è noto, infatti, in dipendenza della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale trova applicazione la disciplina civile delle conseguenze economiche della invalidità del matrimonio, pacificamente reputata meno garantista, dal punto di vista della tutela del coniuge più debole, di quella caratterizzante il divorzio (artt. 129 e 129-*bis* c.c.). Ciò dovrebbe essere chiaro, quindi, ai nubendi, e oggetto di specifica valutazione, alla luce di quella diversità del regime della invalidità matrimoniale canonica, rispetto a quella civile, la quale, soprattutto nelle interpretazioni che si sono affermate in passato, ha finito con l'assoggettare il coniuge più debole ad un regime economico della dissoluzione del matrimonio assai meno favorevole di quello conseguente al divorzio, in situazioni nelle quali l'unico rimedio applicabile, in caso di crisi letale del matrimonio civile, sarebbe stato, alla luce delle valutazioni dell'ordinamento, quest'ultimo.

E basti qui accennare appena alla non facile vita del tentativo di evitare un simile esito attraverso una coerente configurazione del limite dell'ordine pubblico italiano nella delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche a maglie più strette di quello emergente da tendenze giurispruden-

ziali consolidatesi negli anni passati ¹⁷, ma ora messe, e sembra a ragione se pure tra sempre rinnovati contrasti (in assenza di quell'intervento legislativo auspicato anche dalla Corte costituzionale) ¹⁸, in discussione. Il riferimento, ovviamente, è alla partita che, al riguardo, si continua a giocare intorno alla prolungata convivenza dei coniugi quale ostacolo insormontabile alla delibazione, in considerazione del rispetto che l'ordinamento civile – a differenza di quello canonico – tende a mostrare per la effettiva realizzazione di una comunità di vita, pur nel caso della originaria sussistenza di vizi genetici del matrimonio. Partita che, dopo la recente svolta operata dalla Cassazione ¹⁹ – nella prospettiva, appunto, della valorizzazione della convivenza nel senso accennato – mettendo a frutto gli spunti ricostruttivi in generale precedentemente offerti dalle Sezioni unite ²⁰, vedrà ora nuovamente impegnate le stesse Sezioni unite, a seguito della rimessione ad esse della questione ²¹, resa necessaria dal contrario avviso successivamente manifestato dalla stessa Cassazione ²².

5. - Esercizio dell'autonomia dei coniugi in campo patrimoniale prima (e nel corso) del matrimonio. Le “Convenzioni matrimoniali” e gli “accordi prematrimoniali” (cenni).

107

Prima del matrimonio – e qui il discorso relativo all'autonomia degli interessati in ordine al regime patrimoniale destinato a caratterizzare la loro unione entra nel vivo – ai futuri sposi è consentita la stipulazione di “convenzioni matrimoniali”, al fine di esprimere una opzione in senso difforme rispetto al regime caratterizzato dal legislatore come “legale”. Possibilità, questa, che viene offerta, in significativa rottura (ricca di implicazioni ideologiche circa la stessa concezione del matrimonio) con la

¹⁷ In dipendenza, in particolare, della posizione assunta da Cass., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4700, in *Foro it.*, 1988, I, c. 427, la quale ha a lungo univocamente condizionato l'elaborazione giurisprudenziale in materia.

¹⁸ Particolarmente significative, al riguardo, sono le conclusioni di Corte cost., 27 settembre 2001, n. 329, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2899.

¹⁹ Cass., 20 gennaio 2011, n. 1343, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 341.

²⁰ Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19809, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3130.

²¹ Con l'ordinanza di Cass., 14 gennaio 2013, n. 712, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 368.

²² La decisione cui si allude è quella di Cass., 4 giugno 2012, n. 8926, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2676.

tradizionale impostazione seguita ancora nell'originaria regolamentazione della materia da parte dell'attuale codice civile, pure durante la vita matrimoniale (art. 162, co. 3, c.c.): evidentemente con una scelta di fondo, da parte del nostro come della generalità degli altri legislatori, nel senso di consentire ai diretti interessati l'adeguamento costante del regime patrimoniale all'assetto economico-organizzativo della loro specifica esperienza familiare, nella dinamicità delle relazioni di vita in cui essa si risolve nella società moderna.

Rinviando l'approfondimento dei problemi che pone il riconoscimento della possibilità, per le parti, prima e durante il matrimonio, di una scelta in senso difforme dal regime patrimoniale legale, così come degli interrogativi che ruotano intorno alla individuazione degli spazi che, pur all'interno della generale operatività del regime legale di comunione, si è ritenuto possano dischiudersi all'accordo degli interessati, non si può fare a meno di accennare almeno ad una ulteriore problematica, di indubbio rilievo nella prospettiva della gestione concordata delle conseguenze economiche della crisi coniugale. L'allusione è al tema, sempre più oggetto di interesse sulla scia delle esperienze di altri ordinamenti, rappresentato dai c.d. "accordi prematrimoniali", in relazione ai quali risulta corrente, non a caso, la identificazione con la terminologia, propria degli ordinamenti cui viene abitualmente riferita l'origine della relativa riflessione, di *Prenuptial Agreements* ²³.

In effetti, nel nostro ordinamento, la regolamentazione del proprio regime patrimoniale, attraverso la possibile scelta in senso – parzialmente o globalmente – difforme dalla operatività del regime legale, è consentita agli interessati attraverso l'accennato meccanismo – prima del e nel matrimonio – della "convenzione matrimoniale", nonché, per il solo regime di separazione dei beni, attraverso la relativa opzione dichiarata all'atto della celebrazione del matrimonio (art. 162, co. 2, c.c.). Gli accordi prematrimoniali, di conseguenza, come emerge chiaramente anche dalle proposte di disciplina in materia, tanto parlamentari quanto provenienti dalla classe

²³ Sul tema, per ampi riferimenti alle esperienze degli altri ordinamenti, oltre che a talune recenti proposte – anche parlamentari – di disciplina della materia, v. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi familiare*, in *Fam. e dir.*, 2012, 69 ss.

professionale (e, in particolare, dal Notariato)²⁴, sono concepiti essenzialmente nella prospettiva di una soluzione concordata e preventiva di quella conflittualità, che quasi inevitabilmente si radica nella crisi familiare, in vista della regolamentazione dei suoi riflessi di carattere economico. Come uno strumento preventivo che si pone, comunque, in larga misura, sullo stesso piano funzionale degli accordi che i coniugi adottano, appunto per la disciplina delle conseguenze patrimoniali della crisi familiare, in occasione della separazione personale e del divorzio, con i ben noti limiti che la giurisprudenza tende ad imporre agli accordi preventivi destinati alla regolamentazione della definitiva dissoluzione del vincolo matrimoniale²⁵: limiti che, ovviamente, e forse a maggior ragione, almeno *de iure condito*, finiscono col restringere drasticamente l'area da ritenere attualmente consentita agli accordi prematrimoniali, alla cui reale appetibilità risultano ostare, sempre *de iure condito*, anche le regole che inderogabilmente governano la materia della successione *mortis causa*, con particolare riguardo a quelle concernenti il divieto dei patti successori e la quota di riserva prevista per il coniuge nel quadro della successione necessaria.

Comunque, al di fuori della finalità di offrire una soluzione preventiva ai problemi che la crisi familiare suscita in materia patrimoniale (i quali non costituiscono specificamente oggetto delle riflessioni svolte in questa sede), ad una eventuale espressa disciplina, da parte del nostro legislatore, degli accordi prematrimoniali si è finito con l'attribuire essenzialmente il limitato vantaggio di ovviare alle attuali incertezze circa la possibilità, per i coniugi, di optare per alternative ulteriori rispetto a quelle allo stato previste in ordine al proprio regime patrimoniale²⁶: in sostanza, con ciò riconoscendosi che, al fine indicato, non manca nel nostro ordinamento

²⁴ Un'articolata proposta è quella contenuta nel documento *Nuove regole tra affetti ed economia: Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011, 11 ss.

²⁵ Al riguardo, nel contesto di variegate prese di posizione, v., ad es., le considerazioni diversamente orientate di G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 695 ss. e di G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi*, cit., 78 ss. In proposito, v. anche quanto rilevato in E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi*, cit., spec. 11 ss.

²⁶ Per una simile prospettiva, v. le osservazioni svolte, in materia, da E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, spec. 199 ss.

uno strumento tipico ²⁷, rappresentato dalla convenzione matrimoniale e che il problema, al più, per agevolare e meglio tutelare gli interessati, potrebbe essere quello di ridisegnare, con opportune indicazioni normative, il catalogo delle opzioni consentite alle parti, prima e durante il matrimonio.

6. - Il regime primario-contributivo e gli “accordi di indirizzo familiare”.

Come si è accennato in precedenza con riguardo al generale inquadramento della materia dei rapporti patrimoniali nel matrimonio, la prima linea di intervento dell’ordinamento, in sede di riforma del diritto di famiglia, è stata quella della fissazione di direttive di carattere inderogabile, con la previsione del regime primario-contributivo delineato negli artt. 143, co. 3, e 144 c.c. In proposito, non può sfuggire come l’obiettivo della parità dei coniugi nella gestione della famiglia sia stato elettivamente perseguito attraverso la sostituzione del sistema della potestà maritale con quella che viene correntemente identificata quale “regola dell’accordo” nel governo della famiglia ²⁸. Direttiva fondamentale, questa, a garanzia, per così dire “finale”, della quale il legislatore ha inteso porre il possibile intervento del giudice, ai sensi (e nei limiti) dell’art. 145 c.c.: meccanismo, la cui frequente liquidazione in termini di ramo secco dell’ordinamento sembra trascurare, invero, influenzati dallo scarso ricorso ad esso nella pratica, il suo essenziale valore sistematico, in vista della piena e definitiva affermazione del principio di parità coniugale.

È quella degli “accordi di indirizzo familiare” – salvo che per le discussioni di carattere eminentemente teorico circa la relativa natura – una materia spesso trascurata, come, del resto, è l’intera materia del regime primario-contributivo a risultare largamente svuotata di rilevanza, al di là delle pur frequenti dichiarazioni di principio, soprattutto in conseguenza di talune posizioni

²⁷ In proposito, v. quanto osservato, da M.G. CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, in T. AULETTA (a cura di), *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, 5.

²⁸ Circa la portata di un simile basilare “criterio di organizzazione del gruppo familiare”, v., ad es., F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 443 ss.

assunte dalla giurisprudenza di legittimità. Opzione, questa, particolarmente grave, ove solo si tenga presente come sia proprio alla operatività delle relative regole inderogabili che si ritiene restare demandato, quale che sia il regime patrimoniale (secondario) in concreto funzionante tra i coniugi, il conseguimento degli essenziali e irrinunciabili obiettivi solidaristici e di eguaglianza avuti di mira dal legislatore, in quanto attuativi del principio costituzionale di parità coniugale, di cui all'art. 29, co. 2, Cost.²⁹.

Al riguardo, basti solo accennare – dal punto di vista del deprecabile depotenziamento della portata del regime primario-contributivo nella sua fondamentale funzione di garanzia della parità dei coniugi e della realizzazione del principio partecipativo nel suo nucleo essenziale – alla questione dell'opinabile soluzione prevalentemente offerta al problema della responsabilità per le obbligazioni contratte da ciascun coniuge per necessità familiari³⁰, nonché alla questione della necessità di assicurare adeguata tutela – in funzione di soddisfacimento delle preminenti esigenze legate al bisogno abitativo e di conservazione dell'*habitat* familiare³¹ – alla destinazione familiare dell'abitazione anche prima della crisi della convivenza e proprio per evitare la sostanziale frustrazione delle istanze avute di mira, appunto in vista della disciplina delle conseguenze della crisi stessa, col peculiare regime dell'assegnazione della casa familiare (esito cui si rischia di pervenire seguendo l'impostazione a favore della quale sembra propendere la giurisprudenza)³².

Qui interessa almeno menzionare l'importanza che assumono gli accordi concernenti l'organizzazione della vita familiare, in particolare sotto il

²⁹ Anche per riferimenti, v. i rilievi sviluppati in E. QUADRI, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Famiglia*, 2004, spec. 477 ss., nonché M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 168 s.

³⁰ Gli indirizzi giurisprudenziali in materia sono dettagliatamente ripercorsi in E. QUADRI, *Profili attuali*, cit., 479 ss. e M. SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., 136 ss. Un certo margine di manovra in considerazione delle peculiarità del caso concreto, comunque, finisce con l'essere accordato al giudice dalla valorizzazione, in materia, del "principio dell'apparenza giuridica" (v., ad es., Cass., 6 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 392).

³¹ E per una conseguente coerente collocazione della problematica della «assegnazione della casa ... nell'ambito del regime primario della famiglia», v. Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Fam e dir.*, 2002, 461.

³² In mancanza, nel nostro ordinamento, di una norma espressa (come quelle presenti in altri ordinamenti: art. 169 c.c. svizzero, art. 1320 c.c. spagnolo, art. 215 *code civil*), un orientamento decisamente troppo restrittivo appare quello di Cass., 7 maggio 1992, n. 5415, in *Vita not.*, 1992, 1159.

profilo della distribuzione dei ruoli all'interno della famiglia, col frequente – più o meno esteso – sacrificio che ne consegue delle potenzialità di affermazione professionale di uno dei coniugi (che la realtà sociale identifica persistentemente nella donna-moglie-madre). Sacrificio la cui compensazione risulta affidata dalla riforma del 1975 essenzialmente alla operatività della comunione legale: con la conseguenza, nel caso di opzione in senso separatista da parte dei coniugi, di lasciare aperto il problema di come realizzare quell'obiettivo partecipativo-perequativo, che si è visto imporsi nella disciplina del regime patrimoniale coniugale, anche e soprattutto nel momento della crisi della unione coniugale.

Problema, questo, che gli attuali indirizzi giurisprudenziali – ma prima ancora la medesima legislazione, invero in palese contrasto con i più recenti sviluppi di altri ordinamenti – in materia di regolamentazione dei riflessi economici della crisi definitiva della famiglia non sembrano affrontare adeguatamente. La tutela del coniuge più debole, in effetti, risulta affidata ad uno strumento, l'assegno di divorzio, per sua stessa natura – e, quindi, anche a prescindere dalla non condivisibile esasperazione della sua curvatura assistenziale nella dominante esegesi della giurisprudenza³³ – sicuramente inadatto, in quanto meccanismo di perpetuazione della dipendenza economica, a svolgere soddisfacentemente quella funzione partecipativo-perequativa che dovrebbe costituire, come accennato, l'obiettivo del complessivo funzionamento del regime patrimoniale coniugale, in vista della realizzazione di una reale pari dignità dei coniugi³⁴.

7. - Applicazione del nuovo regime patrimoniale e persistenza delle esigenze partecipativo-perequative. “Fuga” dalla comunione legale e interventi giurisprudenziali (il caso emblematico del c.d. “rifiuto del coacquisto”).

Per introdurre la riflessione sul problema dell'esercizio dell'autonomia negoziale dei coniugi in ordine al loro regime patrimoniale, nella prospet-

³³ Si allude, ovviamente, all'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi a partire da Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67.

³⁴ Sul punto, v. le considerazioni svolte in E. QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Famiglia*, 2005, spec. 1311 s.

tiva della individuazione degli spazi in cui essa è da ritenere possa operare, per così dire, all'interno del regime legale di comunione, ovvero attraverso la sua deroga fino al relativo radicale accantonamento, pare opportuno muovere da una considerazione preliminare.

A sollecitare la riflessione sulle conseguenze derivanti dalla riforma per gli orizzonti da essa dischiusi all'autonomia degli interessati non è la riconosciuta possibilità di derogare al regime legale in quanto tale, che risulta essere anzi rispettosa di una esigenza accreditatasi ovunque in dipendenza dell'affermarsi di nuovi modelli di organizzazione familiare, ma la constatazione di una portata di una simile deroga, e in particolare dell'opzione separatista, che sembra andare decisamente al di là dei suoi limiti fisiologici³⁵: di quei limiti, cioè, che la facciano corrispondere a reali esigenze connesse agli assetti economico-organizzativi dei diversi nuclei familiari. In effetti, se a motivare la diffusa reiezione del regime legale fosse realmente il compiuto superamento del modello familiare tenuto presente dal legislatore³⁶, non ci si dovrebbe certo allarmare: l'opzione separatista rappresenterebbe mero riflesso del, come accennato, opportunamente consentito fisiologico adeguamento del regime patrimoniale agli assetti economico-organizzativi delle famiglie nella relativa evoluzione. Né l'opzione separatista si presenterebbe foriera di quei problemi di tutela del coniuge più debole, che l'instabilità del rapporto matrimoniale, invece, continua a proporre secondo la comune esperienza.

C'è da chiedersi, però, se il favore per l'opzione separatista rispecchi realmente la situazione della nostra società. E non mancano, a dire il vero, motivi che spingono a dubitare dell'effettivo complessivo superamento delle esigenze poste a base dell'introduzione del regime legale di comunione: motivi tali da far avvertire, dunque, la necessità di ipotizzare vie alternative per soddisfare tali esigenze.

Urge, allora, definire le possibili linee di intervento – di carattere esegetico o, se del caso, *de iure condendo* – per assicurare il soddisfacimento dell'e-

³⁵ In proposito, v., ad es., quanto osserva M. SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., 163 s. L'esito di una "fuga verso la separazione dei beni" è evidenziato, del resto, da P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, 6.

³⁶ Per la relativa rilevanza, cfr. F. ANELLI-M. SESTA, *Premesse generali*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato del diritto di famiglia*, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. ANELLI e M. SESTA, Milano, 2002, XIV ss.

sigenza partecipativo-perequativa, onde garantire anche al coniuge più debole la condivisione del benessere consentito dalla complessiva economia familiare, attraverso una partecipazione adeguata agli incrementi patrimoniali realizzati durante il matrimonio. E, ai fini di una simile definizione, pare necessario richiamare quanto già in proposito osservato: la considerazione, cioè, secondo cui sul soddisfacimento di una simile esigenza sono chiamati a giocare, in un così intimo intreccio che finisce col renderli interdipendenti, non solo il regime patrimoniale secondario (sia esso di comunione o meno), ma anche il regime primario-contributivo e la disciplina dei rapporti economici in dipendenza della crisi familiare.

Fin dall'inizio, una via diffusamente suggerita per salvaguardare, nei limiti del possibile, il perseguimento dell'istanza partecipativo-perequativa posta a fondamento della riforma è stata quella di rinunciare programmaticamente alle soluzioni esegetiche in realtà più coerenti con lo spirito dell'introduzione del regime di comunione dei beni come regime legale. Per evitare il rischio di un paventato "rigetto" generalizzato del nuovo regime, con la conseguente "fuga" verso la scelta radicale per la separazione dei beni, si è proposto di privilegiare, quale sorta di male minore, le interpretazioni maggiormente atte ad evitare le complicazioni e gli inconvenienti di cui si ritiene foriero il regime di comunione ³⁷.

Una simile via risulta, in effetti, essere stata realmente battuta dalla stessa giurisprudenza, soprattutto di legittimità, la quale sembra essersi largamente orientata nel senso di una sistematica "compressione" del principio comunitario, ogniqualvolta si sia verificata una interferenza col funzionamento dei principi comuni del diritto patrimoniale, nel caso concreto operanti in direzione divergente ³⁸. Una tendenza, questa, che ha trovato espressione, per volersi qui limitare a qualche fin troppo noto accenno esemplificativo, nell'esclusione dalla comunione dei diritti di credito ³⁹,

³⁷ V. quanto già osservato, in una simile ottica, da P. SCHLESINGER, in G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, III, Padova, 1992, 75.

³⁸ Per la ricostruzione nella prospettiva accennata degli orientamenti della giurisprudenza, soprattutto di legittimità, v. la trattazione svolta in E. QUADRI, *Il contenuto della comunione legale: l'itinerario esegetico della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, 311 ss. Cfr., in un'ottica sostanzialmente simile, anche G. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali e successori*, cit., 49 ss.

³⁹ Così, in termini generali e in linea con un orientamento risalente, v., ad es., ancora Cass., 24 gennaio 2008, n. 1548, in *Contratti*, 2008, 1014. Diversamente, peraltro, Cass., 9 ottobre

nonché degli acquisti a titolo originario, con particolare riferimento al destino della costruzione realizzata sul terreno personale di uno dei coniugi ⁴⁰.

Ma l'espressione più nota ed esemplare di un simile indirizzo resta rappresentata dalla posizione assunta sul tema del c.d. "rifiuto del coacquisto", in ordine al quale chiara è stata la volontà di riaffermare, come non si è mancato esplicitamente di rilevare, il primato – con la nota e discussa soluzione al riguardo proposta con una nota decisione della Cassazione ⁴¹ – dei «principi generali dell'autonomia privata» ⁴². La sensazione è, insomma, quella che, al fine di renderlo più accetto agli interessati e di evitare, di conseguenza, la radicale opzione separatista, all'autonomia privata sia stato riconosciuto un ampio spazio di manovra all'interno dello stesso regime legale di comunione, conformandolo in modo da fare risultare sostanzialmente disponibile, in occasione di ogni acquisto, la sua operatività.

Al di là delle buone intenzioni, però, il rischio è di rendere del tutto incoerente la disciplina del regime stesso, entrando in collisione addirittura con la fondamentale, ed ovunque avvertita, esigenza di evitare, in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, regimi contraddittori ⁴³. Ed è in tal senso che sembra finire sicuramente col deporre, in effetti, la (esplicitamente o implicitamente) da taluni sostenuta connotazione in chiave di

2007, n. 21098, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 320, le cui decise aperture risultano, comunque, alquanto ridimensionate da Cass., 15 gennaio 2009, n. 799, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 706 e Cass., 15 giugno 2012, n. 9845, in *Fam. e dir.*, 2013, 5, ove si delinea una soluzione articolata della questione.

⁴⁰ Decisiva, in tal senso, Cass., sez. un., 27 gennaio 1996, n. 651, in *Corr. giur.*, 1996, 556, cui si è sostanzialmente allineata la giurisprudenza successiva.

⁴¹ Si allude a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it.*, 1990, I, c. 608.

⁴² In tali termini, criticamente, A. JANNARELLI, *Comunione, coacquisto "ex lege", autonomia privata*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 618.

⁴³ Per tale esigenza, su cui v. già quanto rilevato in E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, in *Dir. fam.*, 1991, 1109, v. pure M.R. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, 106 e, con specifico riferimento all'esperienza tedesca, S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 297 e 304.

“eccezionalità” dell’operatività della regola comunitaria, in particolare di fronte all’esplicazione dell’autonomia negoziale delle parti ⁴⁴.

È da sottolineare, peraltro, come la medesima giurisprudenza di legittimità sembri ora sempre più consapevole della necessità di prendere atto che il «regime di comunione integra una delle scelte fondamentali del legislatore della riforma» ⁴⁵.

Significativa, così, risulta – in una con la decisa riaffermazione del carattere «tassativo» delle «eccezioni al principio generale della comunione da considerarsi, in quanto tali, di stretta interpretazione» ⁴⁶, nonché col parziale (ma ancora forse troppo timido) mutamento di atteggiamento in materia di inclusione dei diritti di credito nella comunione legale ⁴⁷ – la sconfessione da parte della stessa Cassazione, della propria discussa precedente presa di posizione in tema di «rifiuto del coacquisto» ⁴⁸.

Sconfessione, cui si è accompagnato il fermo richiamo alla via della convenzione matrimoniale quale unico strumento offerto all’autonomia dei coniugi per incidere sul regime comunitario, addirittura escludendosi che le convenzioni in questione, dovendo riguardare «sempre il regime patrimoniale complessivo», possano «essere limitate a beni specifici, compresi nella comunione legale».

Affermazione di un principio, quest’ultima, la quale, peraltro, nei termini categorici in cui è fatta, da una parte, si pone in rotta di collisione con un diffuso (e prevalente) indirizzo esegetico tendente, se non addirittura ad espungere senz’altro il carattere c.d. “programmatico” dall’essenza delle convenzioni matrimoniali, a distinguere – ovviamente con tutte le conse-

⁴⁴ Impostazione, questa, portata alle estreme conseguenze da E. Russo, *L’oggetto della comunione legale e i beni personali*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1999, 20 ss.

⁴⁵ Così, in particolare, Cass., 5 dicembre 2003, n. 18619, in *Corr. giur.*, 2004, 471.

⁴⁶ Per cui v., ad es., abbastanza di recente, Cass., 27 aprile 2005, n. 8758, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2007.

⁴⁷ Al riguardo, v. *supra*, nota 39.

⁴⁸ Si allude alle conclusioni di Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 911, cui si riferiscono anche le considerazioni accennate immediatamente di seguito. Una simile presa di posizione non ha mancato, peraltro, di essere, a sua volta, aspramente contestata (v., in particolare, G. OBERTO, *L’autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famila*, 2003, 659 ss.). Alle conclusioni di tale decisione si allinea, poi, Cass., 6 marzo 2008, n. 6120, in *Fam. e dir.*, 2008, 876, in una prospettiva sostanzialmente condivisa da Cass., sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3317.

guenze che sono destinate a derivarne – tra contenuto “programmatico” e contenuto “dispositivo” delle convenzioni stesse, con ciò allargando il concetto di convenzione fino ad abbracciare anche quelle determinative dello statuto di singoli beni ⁴⁹. Dall'altra, finisce col risultare contraddetta proprio dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, anche a Sezioni unite ⁵⁰, ha ribadito essere «la costituzione del fondo patrimoniale» – lo si ricordi, avente per definizione ad oggetto «determinati beni» (art. 167, co. 1, c.c.) – «compresa tra le convenzioni matrimoniali», in quanto tale «soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c. circa le forme delle convenzioni medesime».

Ed è proprio in una simile prospettiva di allargamento della nozione stessa di convenzione matrimoniale, del resto, che non si è mancato pragmaticamente di proporre la ricostruzione della fattispecie del “rifiuto del co-acquisto”. Collocandola, cioè, fuori della portata dell'art. 179 c.c. e valorizzando l'essere qui l'esclusione del singolo bene dalla comunione comunque frutto di un accordo, ci si è richiamati alla ricorrenza, nel caso di specie, di una vera e propria convenzione matrimoniale (con i conseguenti vincoli formali), riconducibile al paradigma dell'art. 210 c.c. E ciò anche per evitare la necessità, diversamente ragionando, per conseguire il diffusamente perseguito dalle parti risultato avuto di mira, di dover percorrere, nella pratica, vie tortuose ⁵¹.

8. - Autonomia delle parti e relativi limiti nella definizione dei regimi convenzionali.

L'accento posto dalla Cassazione – anche se, come accennato, in una prospettiva forse troppo restrittiva – sulla stipulazione di convenzioni matrimoniali quale via maestra per l'esplicazione, da parte degli interessati, della propria autonomia in ordine alla conformazione del regime patrimoniale che li coinvolge in quanto coniugi, rende necessario soffer-

⁴⁹ In proposito, v. le riflessioni di E. Russo, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982, 522 ss. e *passim*. Sul punto, v. anche F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 447 ss.

⁵⁰ Il riferimento è a Cass., sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3323.

⁵¹ In tale prospettiva, v. le considerazioni svolte in F. REGINE, *Nuove prospettive in tema di “rifiuto del coacquisto”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 917 ss.

marsi ulteriormente sui limiti entro i quali una simile autonomia possa muoversi.

Anche in proposito, non si può che constatare come il nostro ordinamento risulti sostanzialmente in linea con quelli a noi più vicini. Ovunque, in effetti, nella materia in esame, sembra imporsi una esigenza di “tipizzazione” legale, quasi come naturale riflesso della necessità di assicurare, tra la molteplicità degli interessi in gioco, un bilanciamento rispondente alle priorità imposte dai principi fondamentali dell’ordinamento. Una simile esigenza di tipizzazione finisce, però, col perdere almeno parte della sua rigidità, attraverso il confronto con l’opposta esigenza di salvaguardare l’autonomia degli interessati. Ne risulta complessivamente un sistema caratterizzato, da un lato, dall’imposizione di direttive di fondo comunque inderogabili; dall’altro, dalla predeterminazione di nuclei di disciplina ritenuti indispensabili, nell’ambito di ogni singolo modello espressamente previsto, per il rispetto dell’equilibrio tra i diversi interessi ⁵².

Sotto il primo profilo, assumono rilievo fondamentale gli artt. 159, 160, 161 e 166-*bis* c.c., dai quali si deduce chiaramente come la volontà degli interessati possa spaziare liberamente all’interno dei limiti da essi posti. Di qui la possibilità non solo di optare per i singoli regimi tipizzati dal legislatore, ma di dare vita – secondo una conclusione sempre più largamente condivisa – anche a regimi del tutto originali e “atipici”, come tali assoggettati, oltre che ai generali limiti concernenti qualsiasi atto di autonomia privata, appunto agli accennati limiti specificamente previsti con riguardo alle convenzioni matrimoniali ⁵³.

Così, dovranno essere comunque rispettati i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio (art. 160), evidentemente inderogabili, da tale punto di vista, risultando, secondo quanto dianzi evidenziato, le regole proprie del regime primario-contributivo. Le parti, inoltre, non potranno pattuire genericamente che i loro rapporti siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, dovendo enunciare puntualmente il contenuto dei patti con cui intendano disciplinare i loro rapporti

⁵² Per tale ordine di considerazioni (e per quanto di seguito osservato), cfr. i rilievi svolti in E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, cit., 1104 e 1108 s.

⁵³ Circa la portata (ed i limiti) dell’ammissibilità di regimi patrimoniali “atipici”, v., di recente, le precisazioni di M.G. CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, cit., 17 ss.

(art. 161). E proprio quest'ultima tradizionale previsione non manca di venire addotta come riprova, in una col diffuso richiamo all'applicabilità pure in materia – almeno in via analogica – dell'art. 1322, 2° comma, c.c., della possibile stipulazione di regimi patrimoniali atipici ⁵⁴. Non potranno, infine, essere convenuti regimi tali da riproporre il passato regime dotale (art. 166-*bis*), evidentemente visto quale espressione esemplare di un sistema giusfamiliare fondato su principi che si è inteso radicalmente superare con la riforma del 1975.

Sotto il secondo profilo, è da rilevare come l'opzione per uno dei regimi tipizzati dal legislatore non privi gli interessati della possibilità di modificare in vario modo la regolamentazione. L'accennata predeterminazione di nuclei di disciplina inderogabili all'interno di ciascun regime legislativamente tipizzato – e, in particolare, per quanto concerne il nostro ordinamento vigente, dello stesso regime legale di comunione – vale comunque ad evocare, appunto nella materia in esame, l'idea di una certa “indeformabilità” dei modelli legali ⁵⁵. Si tratta di una prospettiva non a caso delineata in una alquanto risalente decisione della Cassazione ⁵⁶, secondo cui gli interessati, «come possono scegliere liberamente tra gli istituti previsti dalla legge, così possono apportare deroghe ai tipi previsti dal codice, purché le modificazioni o variazioni non contrastino con la natura del regime adottato o con norme cogenti o con i principi generali dell'ordinamento della famiglia».

Ciò che non possono fare gli interessati, insomma, è il costruire regimi contraddittori ⁵⁷. E tali finiscono con l'essere i regimi che, partendo da un regime tipico, non rispettino quelle regole le quali, all'interno di ogni modello, sono l'una all'altra strettamente collegate e interdipendenti, in quanto dirette a realizzare, tra i diversi interessi in gioco (dei familiari e dei terzi), l'equilibrio ritenuto irrinunciabile dal legislatore. Il limite all'auto-

⁵⁴ Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti alle esperienze degli altri ordinamenti, v. S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., 298 ss.

⁵⁵ Circa i diversi modi in cui è stata intesa una simile “indeformabilità”, v., indicativamente e per ulteriori riferimenti: F. GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990, spec. 36 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 1995, 16; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, cit., 436 s.

⁵⁶ La citazione è tratta da Cass., 16 settembre 1969, n. 3111, in *Foro it.*, 1970, I, c. 900.

⁵⁷ Al riguardo, con riferimento, in particolare, all'esperienza tedesca, v. S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., spec. 297 s.

nomia negoziale, insomma, è rappresentato – come non si manca di sottolineare anche con riguardo ad ordinamenti diversi dal nostro – dallo “snaturamento” del regime prescelto: la salvaguardia dei cui tratti caratterizzanti è da ritenere affidata, peraltro, oltre che all’osservanza delle disposizioni esplicitamente indirizzate a tal fine, anche al rispetto funzionale della gerarchia di valori emergente dalla complessiva disciplina del modello legislativo di riferimento.

9. - Comunione convenzionale e limiti di modificabilità del regime legale.

Una tale prospettiva esegetica risulta decisiva per affrontare le problematiche poste dalla “comunione convenzionale” e, in particolare, quelle concernenti la relativa natura di regime autonomo o di mera modificazione del regime legale di comunione.

Al riguardo, è da sottolineare come la stessa nota ambiguità, sul punto, degli argomenti testuali sembri finire col deporre nel senso di una opportuna – e sempre più diffusamente condivisa – diversificazione del discorso a seconda dell’assetto di interessi avuto concretamente di mira dalle parti. Liberi, cioè, i coniugi di apportare semplici modificazioni al regime di comunione legale, ciò non escluderebbe la possibilità di adottare un regime di comunione che si sostituisca globalmente a quello legale ⁵⁸. E mentre nella prima ipotesi la disciplina continuerebbe ad essere pur sempre di fonte legale, nella seconda, invece, la regolamentazione assumerebbe, come risulta connaturato ai regimi “atipici”, carattere elusivamente convenzionale.

Una simile impostazione, lungi dall’aver sapore meramente teorico, pre-

⁵⁸ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, quanto osservato in E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, cit., 1107 s. Nella stessa prospettiva, in sostanza, indicativamente: M. R. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali*, cit., 106; G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 294; M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, 1^a ed., II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, 298; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 140; M. PALADINI, *La comunione convenzionale*, in T. AULETTA (a cura di), *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, cit., 687. Alla duplicità delle possibilità dischiuse ai coniugi – consistenti, cioè, nella mera modifica del regime legale o nella sua sostituzione – risulta alludere, in giurisprudenza, Cass., 1° marzo 1991, n. 2183, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1734.

senta indubbia rilevanza pratica, condizionando scelte interpretative di carattere fondamentale.

Quanto ai limiti dell'autonomia dei coniugi nella conformazione della regolamentazione del loro regime patrimoniale, ove l'opzione di base sia a favore del regime di comunione legale, le eventuali modifiche del modello legale, per rispettarne la coerenza interna, non potranno alterarne le linee essenziali: linee essenziali, le quali sembrano andare anche oltre le limitazioni espressamente previste dall'art. 210, commi 2 e 3, c.c., concernenti, da una parte, il contenimento delle potenzialità di estensione oggettiva della comunione, con l'esclusione – a salvaguardia di una ritenuta irrinunciabile minima sfera di autonomia economica e di conseguente libertà di ciascun coniuge – dell'estensione della comunione ai beni di cui all'art. 179, lett. c), d) ed e), c.c.; dall'altra, l'inderogabilità delle norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione ed all'uguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale stessa.

Pure in assenza di un loro esplicito richiamo, è da condividere, infatti, la prevalente opinione nel senso della inderogabilità anche delle norme in tema di responsabilità patrimoniale (artt. 186 ss. c.c.). Ciò sia sulla base dei principi generali governanti tale materia (con riferimento, in particolare, all'art. 2740, comma 2, c.c., che sottrae all'autonomia privata, in funzione della tutela degli interessi dei terzi, l'intera materia delle limitazioni della responsabilità patrimoniale), sia in considerazione della incoerenza di un sistema nel quale, alla disposta inderogabilità delle regole relative all'amministrazione dei beni comuni, non si accompagna la immodificabilità del regime della responsabilità, che di quelle regole risulta inequivocabilmente riflesso. Immodificabilità, del resto, chiaramente presupposta dall'art. 211 c.c., che ne costituisce adattamento espresso alla particolare struttura della comunione convenzionale ⁵⁹.

Sempre sotto il profilo della rilevanza della scelta di fondo delle parti, è da sottolineare come la convenzione meramente modificativa del regime di

⁵⁹ Per tale conclusione e i relativi riferimenti, v. E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, cit., 1122 s. Più di recente, v., ad es., M. PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., 694 s. e L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 492.

comunione legale non alteri il carattere, appunto, legale della produzione degli effetti. Operando le parti per definizione nel quadro del modello legale, sia pure adattato alle proprie peculiari esigenze, la nullità delle clausole pattizie contrastanti con gli accennati divieti renderà, così, senz'altro applicabile la disciplina legale inderogabile, secondo il meccanismo della sostituzione delle clausole contrattuali contrarie a norme imperative (art. 1419, comma 2, c.c.). Nella stessa ottica, poi, il problema dell'eventuale integrazione della regolamentazione convenzionale dovrà essere, in tal caso, risolto ritenendo senz'altro operanti le regole della comunione legale ⁶⁰.

10. - L'ammessa scelta di un regime "atipico".

Ove, invece, le parti intendano sostituire integralmente il regime di comunione legale con un diverso modello di comunione (e si è diffusamente sottolineato come possa trattarsi di una comunione differita o attuale), non pare restino applicabili – almeno in quanto tali – i limiti posti dall'art. 210 c.c. ⁶¹. L'esclusivo riferimento del regime alla volontà dei coniugi, ponendo del tutto fuori gioco l'operatività delle regole del regime legale, sembra rendere, in effetti, applicabili, come in ogni caso di regime "atipico", solamente le ricordate limitazioni di carattere generale, imposte dagli artt. 160, 161 e 166-bis ⁶².

Semmai, è da evidenziare come ulteriori limiti possano derivare dal necessario rispetto dei principi generali posti a fondamento della disciplina dei rapporti tra i coniugi. Ed è sotto questo profilo che potrà essere presa in considerazione, in particolare, l'avvertita necessità di salvaguardare comunque al coniuge una sfera minima di autonomia economica, considerando, quindi, la previsione di cui all'art. 210, comma 2, c.c., quale mera

⁶⁰ Per una simile impostazione della questione, v. quanto osservato in E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, cit., 1125 s. Sul punto, cfr. M. CONFORTINI, *La comunione convenzionale tra coniugi*, cit., 291 s. e M. PALADINI, *La comunione convenzionale*, cit., 687.

⁶¹ Peraltro, Cass., 1° marzo 1991, n. 2183, cit., si pronuncia nel senso della diretta operatività, anche nell'ipotesi considerata, dei limiti di cui all'art. 210 c.c. (pur ritenendo, in tal caso, il regime convenzionale "interamente disciplinato dalla volontà dei coniugi").

⁶² Al riguardo, cfr. E. QUADRI, *La comunione convenzionale*, cit., 1110. E v. quanto osservato, proprio in tale prospettiva, da G. GABRIELLI-M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, cit., 294 s.

espressione di un simile principio (che trova, non a caso, rispondenza negli altri ordinamenti), come tale da osservare ogniqualvolta le parti si orientino a favore di un regime di tipo comunitario, anche se programmaticamente estraneo al modello legale di comunione e, dunque, da considerare “atipico”⁶³.

È proprio nella prospettiva della “atipicità” che può essere inquadrata l'eventuale – diffusamente proposta – utilizzabilità già attuale (in via esecutiva e, quindi, anche a prescindere da un intervento legislativo in proposito, peraltro sicuramente auspicabile) di schemi del tipo di quello della comunione degli incrementi, prospettato come legale in Germania e, più recentemente, in Svizzera, nonché in Francia, come convenzionale (rispettivamente, “*Zugewinnsgemeinschaft*”, “partecipazione agli acquisti” e “*participation aux acquêts*”)⁶⁴. E sembra, allora, nel giusto chi, per asseverare la relativa utilizzabilità, muove non dal modello della comunione legale, ma dalla separazione dei beni, opportunamente modificata, nel rispetto dell'art. 161 c.c., attraverso un adeguato complesso di regole⁶⁵: la conseguente esclusione dell'operatività delle regole dell'art. 210 c.c. non esimerà comunque – e ciò dovrebbe bastare per dissipare i timori circa il carattere fraudolento delle intenzioni delle parti⁶⁶ – dal rispetto, ai sensi dell'art. 160 c.c., del fondamentale principio di adeguata partecipazione di entrambi i coniugi alle economie realizzate durante il matrimonio.

11. - Possibili linee di intervento legislativo in materia di regimi convenzionali.

Di fronte alla situazione attuale, in cui, come dianzi accennato, la disaffezione dimostrata dagli interessati per il regime legale di comunione corre il rischio di frustrare il perseguimento dell'istanza perequativo-partecipa-

⁶³ Cfr. A. ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale “atipico”?*, in *Studium iuris*, 2000, 948.

⁶⁴ In proposito, v. A. ZACCARIA, *Possono i coniugi optare per un regime patrimoniale “atipico”?*, cit., 947 ss.

⁶⁵ Così, G. CATTANEO, in L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 472. Per la delineazione dei caratteri e del funzionamento di “convenzioni complesse” di separazione dei beni, cfr. E. RUSSO, *L'autonomia privata*, cit., 502 s. e 508 s.

⁶⁶ Simili timori esprime, in effetti, E. RUSSO, *L'autonomia privata*, cit., 509.

tiva posta a fondamento della riforma del 1975, urgente si pone la questione di quali possano essere le possibili linee di intervento. E una direttrice prioritaria di intervento risulta indubbiamente quella di promuovere, pur evitando ogni snaturamento del regime legale, un esercizio dell'autonomia dei coniugi in una direzione diversa rispetto alla mera e drastica separazione dei beni, tutte le volte che il regime legale di comunione non venga reputato conforme alle loro esigenze.

Al riguardo, non si può fare a meno di tener conto di due considerazioni preliminari. La prima concerne la scarsa propensione ovunque manifestata dagli interessati ad allontanarsi dagli schemi tipizzati. Ciò con la conseguenza di far assumere un significato prevalentemente teorico alla stessa sostenuta ammissibilità di regime "atipici". La seconda si riferisce al limitato favore dimostrato per gli schemi predisposti nel contesto della riforma, al di fuori della comunione legale o della sua mera e radicale esclusione con la separazione dei beni.

È da ritenere, allora, che sarebbe il caso di indirizzare un adeguato sforzo nel senso di una "tipizzazione", in via normativa, di possibili varianti del modello legale di comunione. Agli interessati verrebbero, così, evitate incertezze circa la direzione da imprimere alle proprie scelte: quelle incertezze che sembrano avere fin qui fortemente compromesso, in particolare, la utilizzazione degli spazi aperti dalla vigente disciplina della comunione convenzionale, quale risultante dall'art. 210 c.c. E una coerente legislazione tributaria potrebbe indiscutibilmente valere quale ulteriore motivo di incentivazione per una scelta tra le tipologie normativamente prospettate.

Può essere interessante, in proposito, additare il modello del *code civil*, il quale propone attualmente numerose varianti "tipizzate" del regime comunitario (artt. 1497 ss.), mettendo, inoltre, a disposizione, in aggiunta alla separazione dei beni (artt. 1536 ss.), il già ricordato regime di *participation aux acquêts* (artt. 1569 ss.), in larga misura assimilabile a quello tedesco della *Zugewinnngemeinschaft* (§§ 1363 ss. BGB).

Proprio a tale ultimo riguardo, è da sottolineare come già all'epoca della riforma si fossero prospettati i vantaggi di un regime in cui la reciproca compartecipazione operi in via differita, al momento, cioè, della cessazione del regime stesso, secondo quanto, del resto, da noi avviene, nel

quadro della comunione legale, per i beni destinati alla comunione *de residuo* [artt. 177, lett. b) e c), e 178 c.c.] ⁶⁷. Modello, questo, come dianzi accennato, significativamente introdotto come legale anche in Svizzera (artt. 181 ss. c.c. svizzero), che indubbiamente permette di evitare molte delle complicazioni derivanti dalla contitolarità immediata conseguente al funzionamento dell'attuale regime di comunione legale, pur consentendo, appunto, attraverso la compartecipazione agli incrementi patrimoniali – ovviamente determinati secondo criteri prefissati e idonei a risolvere le questioni valutative al riguardo, in particolare per quanto concerne gli atti di disposizione consentiti al titolare senza il consenso dell'altro coniuge – complessivamente realizzati dai coniugi durante il matrimonio, una forse ancor più piena condivisione delle fortune familiari (e si pensi anche solo ai problemi che il regime di comunione legale pone in ordine agli incrementi dei beni personali, in conseguenza dell'investimento di proventi dell'attività separata) ⁶⁸.

Nel contesto di una simile eventuale riforma, inoltre, potrebbe essere ipotizzabile l'adozione, in via convenzionale (se del caso con taluni opportuni limiti e garanzie), pure criteri di ripartizione finale diversi rispetto a quello rigidamente paritario, di cui all'art. 194, comma 1, c.c., superando, insomma, al fine di equilibrare autonomia degli interessati e salvaguardia delle esigenze partecipativo-perequative, la rigorosa preclusione dell'art. 210, comma 3, c.c. ⁶⁹. Opportunità, questa, del resto, diffusamente offerta in altri ordinamenti ⁷⁰.

⁶⁷ Significativamente, una lettura estensiva delle regole attualmente governanti la comunione *de residuo* è stata ritenuta funzionale proprio al risultato di un più adeguato soddisfacimento dell'esigenza di perequazione tra i coniugi: v. C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 2001, 68 ss.

⁶⁸ In materia, di sicuro interesse si presenta, allora, un esame della problematica in chiave comparatistica, per cui cfr. D. HENRICH, *Comunione dei beni e comunione degli incrementi: un confronto critico*, in *Famiglia*, 2004, 813 ss.

⁶⁹ L'introduzione di criteri di quantificazione non paritaria delle quote è stata prospettata, in effetti, proprio al fine di equilibrare autonomia degli interessati e salvaguardia delle esigenze perequative: cfr. G. OPPO, *Autonomia negoziale dei coniugi*, cit., 24.

⁷⁰ V., in particolare, in Francia, l'art. 1520 *code civil* e, in Svizzera, l'art. 216 c.c.

12. - Tutela degli interessi familiari e creazione di “patrimoni separati”. Fondo patrimoniale e nuovi strumenti.

La tutela dell'interesse dei membri a vedere agevolata la realizzazione delle esigenze che nella famiglia trovano il luogo di naturale soddisfacimento, giustifica il riconoscimento della possibilità di costituire un “fondo patrimoniale”, figura introdotta in sede di riforma del 1975. Erede dell'istituto codicistico del “patrimonio familiare”, esso si atteggia, come il suo precedente storico, quale patrimonio separato, destinato «a far fronte ai bisogni della famiglia» (art. 167 c.c.), non aggredibile per debiti «contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia» (art. 170 c.c.)⁷¹.

Si tratta della dimostrazione di una valutazione privilegiata, da parte del legislatore, di una tale meritevolezza degli interessi familiari, da farli ritenere di prioritaria realizzazione rispetto a quell'interesse dei creditori, la cui tutela pure notoriamente rappresenta uno dei fili conduttori della disciplina codicistica dell'intera materia dei rapporti economici. Una prospettiva, questa, del resto, circolante nella stessa legge fallimentare e che si tende a ritenere essere stata ulteriormente accentuata in sede di, ancora recente, relativa novellazione (il più evidente riferimento al riguardo risultando da considerare quello agli artt. 46 e 47)⁷².

La tecnica della creazione di patrimoni separati a tutela di interessi familiari ha, insomma, trovato già nella impostazione originaria del vigente codice civile – così come in sede di relativa riforma – un favorevole terreno di coltura. Ed è, allora, del tutto ragionevole che la irruzione nell'ordina-

⁷¹ Sul fondo patrimoniale e la relativa funzione (anche in relazione al suo radicamento nell'istituto codicistico del “patrimonio familiare”), v., indicativamente: G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 293 ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, 23 ss. e *passim*; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 145 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996, 23 ss.; R. QUADRI, voce *Fondo patrimoniale*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XVI, Roma, 2008, 1 ss.; M. DOGLIOTTI-A. FIGONE, *Il fondo patrimoniale*, in T. AULETTA (a cura di), *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, cit., 175 ss. Per la qualifica del fondo patrimoniale in termini di “patrimonio di scopo”, v. ad esempio, Cass. 28 novembre 1990, n. 11449, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, Parte prima, 640. Sullo stretto collegamento tra fondo patrimoniale e regime primario-contributivo, v. in particolare, R. CARAVAGLIOS, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione muciana*, Napoli, 1991, 168 ss.

⁷² In proposito, anche per ampi riferimenti, v., di recente, A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1365 ss. (e già *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, 1 ss., 23 ss. e *passim*, nonché *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 272 ss.).

mento di altri strumenti segregatori, di portata addirittura non più limitata ad ipotesi specifiche e tipiche, spinga dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi circa la relativa possibile utilizzazione, accanto alla figura del fondo patrimoniale, soprattutto al fine di superarne taluni profili fin troppo limitativi dell'autonomia degli interessati al riguardo.

Si tratta di una problematica estremamente attuale: due considerazioni preliminari valgono, peraltro, a limitare l'ampiezza del relativo esame in questa sede a cenni sintetici.

Sotto un primo profilo, da un punto di vista più generale, la notoria grande varietà di opinioni in ordine alle nuove figure – come, in particolare, per il *trust*, la cui legittimazione si è fondata essenzialmente su ricostruzioni di carattere dottrinale, successivamente in maniera ondivaga condivise dalla giurisprudenza – e, soprattutto, circa i relativi rapporti – il riferimento è, chiaramente, alle conseguenze della introduzione dell'art. 2645-ter c.c. – rende, nella persistente carenza di apporti da parte della giurisprudenza di legittimità, ogni soluzione al riguardo accettabile o meno, a seconda di quale, tra le diverse e spesso contrastanti ipotesi ricostruttive di carattere teorico, si assuma come relativo fondamento. E ciò, ovviamente, imporrebbe una trattazione ben più articolata e ampia di quella qui consentita. Sotto un diverso profilo, l'esperienza sin qui accumulata con particolare riguardo al *trust* – ma anche con riferimento agli “atti di destinazione” la cui ammissibilità si ritiene radicarsi nell'art. 2645-ter c.c. – attesta trattarsi di uno strumentario che trova il suo elettivo campo di applicazione con riferimento alla definizione degli assetti patrimoniali postmatrimoniali. Ed è, allora, significativo, in proposito, che venga sollevato l'interrogativo se addirittura sia lo stesso giudice a poter utilizzare simili strumenti per disciplinare i rapporti patrimoniali dei coniugi in esito alla crisi matrimoniale. Interrogativo, cui si tende comunque a offrire una risposta negativa, se non altro per risultare gli accennati strumenti configurati come possibile esplicazione dell'autonomia privata, in quanto tali eventualmente utilizzabili dai coniugi, ma del tutto estranei ai poteri conformativi del giudice ⁷³. Al più, al riguardo, essendosi prospettata, da parte della giurisprudenza di merito,

⁷³ Sul punto, v. le considerazioni svolte (ed i richiami operati) da A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia*, cit., par. 4.

l'ipotesi – ove la questione non coinvolga direttamente figli minori – di un'applicazione in via analogica dell'art. 158, comma 2, c.c.⁷⁴.

In una simile ottica, quindi, risulta evidente come la relativa riflessione resti estranea alla materia qui specificamente oggetto di attenzione.

13. - Gli “atti di destinazione” (anche in relazione alla figura del trust). La separazione patrimoniale tra interessi familiari e interessi dei creditori.

È da tenere presente che la espressa regolamentazione legislativa del fondo patrimoniale, quale schema tipico di separazione patrimoniale nell'interesse familiare, ha posto una delicata questione circa la possibile utilizzabilità dei nuovi strumenti di segregazione patrimoniale in vista della realizzazione di un tale tipo di interesse.

Con specifico riguardo agli “atti di destinazione” cui si riferisce l'art. 2645-ter c.c., anche le tesi più restrittive hanno comunque ammesso la relativa utilizzabilità al fine di conseguire risultati simili a quelli perseguibili con la costituzione del fondo patrimoniale, in ambiti esclusi, però, dal possibile ricorso ad esso. Ed il riferimento corrente è stato, in particolare, alla finalizzazione dell'atto di destinazione al soddisfacimento degli interessi dei membri della c.d. famiglia di fatto, area sicuramente estranea alla operatività del fondo patrimoniale con i relativi principi inderogabili⁷⁵. Sembra prevalere, peraltro, la tendenza ad ammettere atti di destinazione finalizzati al soddisfacimento di bisogni familiari anche nella famiglia matrimoniale. Ciò a condizione, comunque, di una verifica di compatibilità dell'atto di destinazione posto in essere per realizzare interessi di natura familiare con i principi, da ritenere inderogabili, caratterizzanti la definizione legislativa della figura del fondo patrimoniale: l'ordinamento, in effetti, non pare poter «consentire ai privati di regolare un interesse, pur

⁷⁴ In tale prospettiva, v., in particolare, Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, in *Trusts*, 2013, 57, muovendo dalla premessa per cui, «anche in assenza di prole minorenni (come nel caso *de quo*) l'esame dell'autorità giudiziaria in sede di omologa ... si estende comunque alla verifica di legalità del negozio».

⁷⁵ Cfr., ad es., R. QUADRI, *L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1758 e M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 376 s.

sicuramente meritevole di tutela, in maniera difforme rispetto alle valutazioni inderogabilmente già compiute nella disciplina dettata in vista della tutela di quel medesimo interesse o di un interesse analogo»⁷⁶. E, in tale prospettiva, dovrebbe senz'altro estendersi all'atto di destinazione almeno il principio, di cui all'art. 168, comma 3, c.c., del rinvio alle norme relative all'amministrazione della comunione: per il carattere di inderogabilità del principio sembrando deporre, del resto, pure la corrispondente dichiarazione di inderogabilità, nel campo della modificazione pattizia del regime legale di comunione, di cui all'art. 210, comma 3, c.c.

Una soluzione nel senso della utilizzabilità, in alternativa al fondo patrimoniale, dell'atto di destinazione potrebbe, oltretutto, rendere l'atto di destinazione anche più appetibile, per il determinare l'art. 2645-ter c.c. un grado di separazione patrimoniale maggiore rispetto alla figura del fondo, assumendo con riguardo a quest'ultimo, per i debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, rilevanza lo stato soggettivo del creditore (essendo, ai sensi dell'art. 170 c.c., consentita l'esecuzione sui beni e sui frutti del fondo patrimoniale ai creditori ignari della estraneità del debito ai bisogni familiari)⁷⁷.

Si è ritenuto, così, che lo strumento dell'atto di destinazione possa essere utilizzato per realizzare esigenze, meritevoli di tutela, di taluni soltanto dei membri della famiglia (e l'esempio fatto è ai figli portatori di *handicap*, in aderenza alla previsione testuale dell'art. 2645-ter c.c.), nonché per estendere la durata del vincolo di destinazione al di là dei limiti temporali di cui all'art. 171 c.c. e, quindi, in particolare, al di là della maggiore età dei figli⁷⁸.

Si aggiunga che in senso positivo tende – pare condivisibilmente – ad essere risolto anche l'interrogativo circa la riconducibilità o meno alla

⁷⁶ Così, R. QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1756. E v. M. CEOLIN, *Il punto sull'art. 2645-ter*, cit., 377.

⁷⁷ Al riguardo, v. R. QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1757. E si tenga presente come, secondo quanto osservato da Cass., 5 marzo 2013, n. 5385, in *Guida dir.*, 2013, n. 13, 56, spetti al coniuge opponente, che adduca «l'essere stato il debito in relazione al quale si è proceduto all'iscrizione, contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia (...) allegare e dimostrare che tale estraneità era conosciuta dal creditore che abbia iscritto l'ipoteca».

⁷⁸ Cfr. A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia*, cit., par. 2, il quale ricorda come non si sia mancato addirittura di ammettere (da parte di Trib. Catania, 1° novembre 2009, ined.) l'imposizione di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. su taluni beni già costituiti in fondo patrimoniale, onde rafforzare il già sussistente vincolo di destinazione.

figura della convenzione matrimoniale – eventualmente da caratterizzare in termini di “atipicità” (secondo il prevalente e già ricordato indirizzo favorevole all’ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche) – dell’atto di destinazione, almeno quando sia funzionale al soddisfacimento dei bisogni della intera famiglia (e a maggior ragione quando – ove ciò sia reputato possibile – la destinazione abbia ad oggetto beni appartenenti ai coniugi in regime di comunione)⁷⁹. Soluzione, questa, che sembra trovare conforto nell’ormai acquisita – e d’altronde ricordata – conclusione della giurisprudenza nel senso della natura di convenzione matrimoniale del fondo patrimoniale, con conseguente applicabilità – da ritenersi, quindi, estesa agli accennati atti di destinazione – della regolamentazione di cui agli artt. 159 ss. c.c.

La già in precedenza evidenziata prevalente utilizzazione in vista della disciplina della crisi familiare vale ad esimere dall’approfondimento delle specifiche problematiche relative al *trust* in questa sede. Basti comunque accennare che, ormai oggetto di risalente attenzione (il dibattito in proposito essendosi acceso in dipendenza della ratifica, con la legge n. 364 del 16 ottobre 1989, della Convenzione internazionale sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento), la figura del *trust* sembra porre, circa il suo controverso rapporto con gli istituti legislativamente disciplinanti (e, in particolare, col fondo patrimoniale), problemi in parte simili a quelli accennati con riguardo agli atti di destinazione che trovano la loro legittimazione nell’art. 2645-ter c.c. Del resto, il problema di fondo da cui, allo stato, finisce col dipendere la soluzione che si intenda offrire alle diverse questioni in tema di *trust* resta proprio quello del delicato rapporto con il meccanismo cui si riferisce tale ultima disposizione: la stessa giurisprudenza, sulla scia della dottrina, avallando ricostruzioni anche diametralmente opposte al riguardo, con una gamma che va dalla sostanziale identificazione dell’area degli atti di destinazione, cui si riferisce l’art. 2645-ter

⁷⁹ Per una simile prospettiva, v. G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, 205 ss. e S. BARTOLI, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 458 ss. Cfr. anche G.A.M. TRIMARCHI, *Negozio di destinazione nell’ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Not.*, 2009, 440.

c.c., con quella che si tende a considerare propria del *trust*, fino alla contestazione sistematica di ogni affinità tra i due strumenti ⁸⁰.

Innegabile, peraltro, pare una certa omogeneità di problematiche tra le figure di segregazione patrimoniale cui si richiamano prassi e giurisprudenza, anche andando decisamente al di là dell'espressa disciplina legislativa, nel nome di quel sempre più esteso (se non esasperato) esercizio dell'autonomia privata degli interessati, che tende a fare quasi scomparire nelle nebbie del passato il principio di cui all'art. 2740, comma 2, c.c. (secondo il quale «le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge») ⁸¹. Una omogeneità che finisce col risaltare proprio nel rapporto degli strumenti in questione con le esigenze di tutela dei creditori di fronte ad una loro utilizzazione distorta, attraverso di essi fin troppo spesso mirandosi, assai più che all'effettiva tutela di interessi familiari meritevoli di protezione, alla elusione della propria responsabilità patrimoniale.

Al riguardo, l'esperienza giurisprudenziale ha avuto modo di svilupparsi e di consolidarsi, a livello di legittimità, solo sul fondo patrimoniale, in relazione al quale risalente è la conclusione nel senso di una larga assoggettabilità all'azione revocatoria, tanto ordinaria che fallimentare, della relativa costituzione, dato che essa, «anche quando provenga da entrambi i coniugi», è «atto a titolo gratuito» ⁸²: «al fine di escludere ogni contrasto con la tutela delle esigenze della famiglia, aventi fondamento costituzionale», essendo «sufficiente considerare il carattere facoltativo del fondo e la rimessione della sua eventuale costituzione alla libera scelta dei coniugi, o di un terzo», «libera scelta in nome dell'autonomia privata (...) sottoposta alla possibilità di verificare, proprio mediante l'azione revocatoria, che non si traduca in lesione della garanzia spettante alla generalità dei creditori, quale componente dell'esplicarsi della libertà dell'iniziativa econo-

⁸⁰ Nel senso che «le differenze tra il trust e il vincolo di destinazione sono molteplici», v., ad es., Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, cit., ove si critica, in particolare, l'opposta conclusione delineata da Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, in *Trusts*, 2011, 639.

⁸¹ Per la rivendicazione della centralità di un simile principio, peraltro, v. le considerazioni di M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 246 ss. e R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, 324 ss.

⁸² V., indicativamente, Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, in *Giust. civ.*, 2007, I, 596 e Cass., 7 ottobre 2008, n. 24757, in *Guida al dir.*, n. 43, 24.

mica, pure presidiata da valori costituzionali (art. 41 Cost.)»⁸³. E considerazioni analoghe possono – forse a maggior ragione – valere per le nuove figure cui si è accennato, soprattutto alla luce del, dianozi evidenziato, più limitato effetto segregativo della costituzione del fondo patrimoniale rispetto alle altre ipotesi.

Risulta fin troppo evidente come il futuro successo delle nuove figure sia destinato a dipendere, in larga misura, proprio dal livello che la giurisprudenza giudicherà congruo nel bilanciamento tra interessi familiari e interessi creditorî. Un bilanciamento che, anche al di là di condivisibili esigenze di repressione delle relative utilizzazioni fraudolente, tende invero ad apparire, con riguardo al fondo patrimoniale, sempre più operato in senso contrario alla realizzazione della finalità di tutela degli interessi familiari⁸⁴. Ciò che emerge con chiarezza, in particolare, dai recenti approdi della giurisprudenza, la quale finisce con l'ampliare oltremisura l'assoggettabilità dei beni conferiti nel fondo all'azione dei creditorî: da una parte, estendendo enormemente l'area delle esigenze il cui soddisfacimento viene ricompreso nei "bisogni della famiglia"; dall'altra, addossando al debitore titolare del bene oneri probatori estremamente gravosi per escluderne l'assoggettamento all'azione esecutiva⁸⁵.

E pare veramente difficile ipotizzare che, nella rincorsa tra creditorî e debitori arbitrata dalla giurisprudenza, un atteggiamento diverso sia da attendere da parte di quest'ultima con riferimento alle nuove figure ed ai problemi che esse stanno via via ponendo.

⁸³ Così sintetizza i consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia, da ultimo, Cass., 22 marzo 2013, n. 7250, in *Giust. civ.*, 2013, I, 971, che riferisce le conclusioni della giurisprudenza anche al caso in cui «la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo dei beni», determinandosi, comunque, un «assoggettamento degli stessi ad un vincolo di destinazione».

⁸⁴ Finendosi, così, con il lasciare forse fin troppo in ombra le motivazioni che avevano condotto la giurisprudenza a ritenere già implicitamente abrogata la presunzione muciana, di cui all'art. 70 legge fall. (espunta, poi, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80), una volta considerata «la disciplina dei rapporti patrimoniali fra i coniugi (...) espressione di precisi valori costituzionali» (Cass., sez. un., 12 giugno 1997, n. 5291, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2421).

⁸⁵ V., in proposito, le già ricordate conclusioni (*supra*, nota 77) di Cass., 5 marzo 2013, n. 5385, cit., ove si richiama anche l'orientamento giurisprudenziale tendente ad escludere dall'area dei "bisogni della famiglia" solo le «esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi».

Gli Autori di questo fascicolo

Paolo GROSSI, professore emerito dell'Università di Firenze, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale

Luigi FERRAJOLI, professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Aurelio GENTILI, professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

319

Claudio SCOGNAMIGLIO, professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "Tor Vergata"

Enrico QUADRI, professore ordinario di Diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Luigi BALESTRA, professore ordinario di Diritto privato, Università di Bologna

Giuseppe CONTE, professore ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Giovanni D'AMICO, professore ordinario di Diritto privato, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Francesco MACARIO, professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Roberto MASTROIANNI, professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"