

Giacomo OBERTO

COMPARAZIONE E PRECEDENTE STRANIERO  
NELLA GIURISPRUDENZA  
SUI RAPPORTI PATRIMONIALI  
DELLA FAMIGLIA (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'argomento comparatistico trascurato dalla giurisprudenza sulla comunione *de residuo*. – 2. L'argomento comparatistico trascurato dalla giurisprudenza sulle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. – 3. L'argomento comparatistico «clandestino» (e, nella specie, usato a sproposito): il caso della *Gemeinschaft zur gesamten Hand*. – 4. Ancora sulla difficoltà di rinvenire argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri nella giurisprudenza italiana sui rapporti patrimoniali endofamiliari. Convivenza di fatto, patti prematrimoniali e *trust* familiare. – 5. Timidi (ma sovente fuorvianti) segnali d'apertura. La giurisprudenza sull'assegno divorzile e sulle attribuzioni patrimoniali tra divorziati. – 6. Argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri, tra passato e presente, nel contesto del dialogo tra corti. – 7. Argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri: relative possibili categorizzazioni. – 8. Conclusioni. Correttezza e utilità dell'argomento comparatistico e della citazione del precedente straniero anche nel campo dei rapporti patrimoniali della famiglia.

**1. Introduzione. L'argomento comparatistico trascurato dalla giurisprudenza sulla comunione *de residuo***

Nell'ambito di una raccolta di studi sul tema dei «nuovi modelli familiari a ottant'anni dal Codice civile» non appaiono fuori luogo alcune brevi riflessioni circa il rilievo che, nella giurisprudenza italiana sui rapporti patrimoniali della famiglia, hanno (o non hanno!) assunto argomenti quali l'ottica della comparazione con altri ordinamenti e la considerazione di precedenti stranieri. Ciò, a maggior ragione, nel caso in cui, come il presente, il contesto è quello dell'omaggio all'opera e ai contributi di un eminente studioso, che ai risvolti comparatistici

dei problemi giusfamiliari ha sempre dedicato la massima attenzione<sup>1</sup>. In fin dei conti, è pur vero che, assai sovente, è proprio l'osservazione di ciò che accade all'estero, in relazione alle stesse (o a similari) questioni teoriche e pratiche che si presentano da noi, a contribuire a dare risposte adeguate ai problemi posti dai «nuovi modelli familiari», in tal modo aiutando gli interpreti a capire – rispondendo al ben noto interrogativo di Jean Carbonnier<sup>2</sup> – «dove la famiglia sta andando».

Il presente approfondimento trae il suo spunto iniziale dalla recente rivisitazione, ad opera delle Sezioni Unite, della questione della natura della comunione *de residuo*, al momento della cessazione del regime legale. Orbene, come già osservato in apposita sede<sup>3</sup>, la decisione predetta – favorevole alla natura meramente creditizia (e non di contitolarità «reale») delle pretese *ex artt.* 177, lett. b) e c) e 178 c.c. – pur commendabilissima per le *rationes decidendi* esposte e per la soluzione di assoluta correttezza, coerenza e buon senso cui perviene, omette del tutto di considerare l'argomento sicuramente più consistente, fondato proprio sulla comparazione con discipline e giurisprudenze straniere<sup>4</sup>.

---

(\*) Studio destinato agli Scritti in onore di Michele Sesta.

<sup>1</sup> Cfr. SESTA, *Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro*, Nota a Cass., 7 luglio 1995, n. 7501, in *Fam. e dir.*, 1996, p. 141 ss.; ID., *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella crisi della famiglia: un difficile equilibrio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 293 ss.; ID., *Verso nuovi sviluppi del principio di eguaglianza tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 385 ss.; ID., *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019, p. 3 ss.; ID., *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 1049 ss. Da notare poi anche i numerosi e motivati richiami comparativistici e internazionalistici nel noto e fortunato manuale: ID., *Manuale di diritto di famiglia*, 9ª edizione, Milano, 2021, p. 82 s., 137 ss., 198, 202 s., 206 s., 213 ss., 279 ss., 412 ss., 425 ss., 457 ss.

<sup>2</sup> «Famille. – Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait ; ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va»: cfr. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 7<sup>e</sup> éd., 1992, p. 234.

<sup>3</sup> Cfr. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, Nota a Cass., Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, in *Giur. it.*, 2022, p. 2623 ss.

<sup>4</sup> Per una sua prima illustrazione si rinvia a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, p. 877 ss.

Ed invero, come pure già posto in evidenza<sup>5</sup>, l'italica comunione *de residuo* altro non è se non la trasposizione (anche se solo relativamente ad alcune limitate categorie d'acquisti e nel contesto di un più generale regime imperniato, invece, sul carattere immediato del coacquisto automatico e «reale») di un modello ben presente in diverse parti del nostro Continente, fondato proprio su di una compartecipazione differita al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias*. E, come pure già segnalato<sup>6</sup>, di tale realtà i *conditores* del 1975 erano ben consapevoli, secondo quanto risulta dalla compulsazione dei lavori preparatori della novella destinata a rivoluzionare i rapporti tra coniugi italiani, fondati all'epoca sul regime legale della separazione dei beni e sulla dote.

Ebbene, già in tale occasione, non era mancato chi<sup>7</sup> aveva suggerito l'adozione, anche in Italia, della germanica *Zugewinnngemeinschaft*, addirittura, *tout court*, quale regime patrimoniale legale. E proprio chi avanzava tale proposta mostrava di essere ben consapevole del fatto che, secondo tale sistema, «al momento dello scioglimento del matrimonio, si attua un pareggiamento degli incrementi patrimoniali attraverso *un diritto di credito* del coniuge che ha realizzato incrementi minori verso l'altro» (corsivo aggiunto da chi scrive), non senza rimarcare che una parte della dottrina, già in allora, aveva espresso un avviso esattamente identico<sup>8</sup>. Sicura influenza

---

<sup>5</sup> Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 156 ss., 172 ss., 393 ss.

<sup>6</sup> Cfr. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, cit., p. 2623 s.

<sup>7</sup> Cfr. ad es. la *Relazione di minoranza* del sen. Filetti, in AA. VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, II, *Norme transitorie. Precedenti e fonti legislative*, Padova, 1976, p. 209.

<sup>8</sup> RESCIGNO, *La riforma del diritto di famiglia. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Giorgio Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967*, Padova, 1967, p. 61 ss. (ad avviso del quale fare della *Zugewinnngemeinschaft* il regime legale anche in Italia sarebbe stata «la soluzione più rispettosa di quei principi – la tutela del commercio giuridico e la valutazione dell'apporto della donna alle fortune domestiche – che nella particolare materia chiedono di essere conciliati»); STELLA RICHTER, *Prospettive di riforma del diritto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 1970, parte IV, p. 272; DELL'OLIO, *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1973, p. 263 s. Tale ultimo Autore soggiungeva, ad es., che la situazione in esame «ha rilievo essenzialmente interno in quanto si concreta in un credito di restituzione in favore di ciascuno dei coniugi, per la metà del valore degli incrementi

avevano poi dispiegato taluni dei progetti di legge che avevano comunque contribuito, direttamente o indirettamente, a modellare il testo finale: progetti in cui, a fianco della comunione immediata, si prevedevano, ad es., fenomeni di compartecipazione dei «risparmi realizzati sui proventi del lavoro dei coniugi»<sup>9</sup>. «Risparmi» che, per ovvi motivi, non avrebbero potuto essere considerati come tali, se non ponendosi nell'ottica del momento finale del regime e che, per definizione, non avrebbero potuto dare vita se non ad un credito *inter partes*.

Orbene, la disamina del panorama europeo manifesta una nettissima preferenza dei vari ordinamenti – allorquando si viene a disegnare un regime (vuoi legale, vuoi convenzionale) di «comunione» differita delle ricchezze acquisite *post nuptias* dai coniugi – per un sistema compartecipazione in termini di mero valore, con conseguente determinazione finale di un credito in numerario. Possono ascrivere a questa regola, oltre ai regimi legali tedesco (*Zugewinnngemeinschaft*) e svizzero (*Errungenschaftsbeteiligung*), quelli convenzionali di compartecipazione agli acquisti francese (*participation aux acquêts*), spagnolo (*régimen de participación*), catalano (*règim de participació en els guanys*) e belga (*séparation de biens avec clause de participation aux acquêts*), in altra sede illustrati<sup>10</sup>,

---

verificatisi nel patrimonio dell'altro durante il sodalizio coniugale». Tra i pareri dei civilisti che si erano espressi sui progetti che avevano dato luogo alla novella del 1975 potrà anche menzionarsi l'avviso di OPPO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972, p. 73, ad avviso del quale il sistema di comunione di cui alla riforma era «in realtà un sistema “misto”, *pro parte* di vera comunione degli utili e *pro parte* di separazione temperata dalla comunione sul residuo: comunione sul residuo (...) non garantita o favorita neanche da un regolamento finale dei guadagni a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, da taluno portati ad esempio come alternativa alla comunione nel nostro precedente convegno» (chiaro qui il richiamo al parere espresso da Rescigno nel 1967, sui cui v. *supra* in questa nota).

<sup>9</sup> È questo il caso del progetto Iotti, che, all'art. 34, faceva cadere in comunione «i risparmi realizzati sui proventi del lavoro dei coniugi» (cfr. AA. VV., *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, II, *Norme transitorie. Precedenti e fonti legislative*, cit., p. 360).

<sup>10</sup> Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 156 ss., 172 ss. Molto chiaro sul punto l'art. 1569 c.c. fr., che, con periodare quasi didascalico e descrittivo, stabilisce che «Quand les époux ont déclaré se marier sous le

sebbene la concreta liquidazione del credito possa talora comportare, eccezionalmente, anche l'assegnazione di beni di un coniuge all'altro<sup>11</sup>. Per completezza va detto che non fanno

---

régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur». Il regime convenzionale in discorso venne introdotto dalla riforma del 13 luglio 1965, traendo espressamente ispirazione dalla novella che in Germania aveva reso nel 1957 legale il sistema della *Zugewinnngemeinschaft*. Non per nulla era stato già un comparatista quale Henri Capitant a proporre l'adozione già nel 1922, cui aveva fatto seguito un disegno di legge del ministro guardasigilli René Renoult, rimasto però senza seguito (cfr. PATARIN e MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1974, II, p. 120; MALAURIE e AYNÉS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, p. 345 ss.; tali Autori danno peraltro conto dello scarso successo, nella pratica, dell'istituto: situazione, questa, da «addebitarsi» alla notevole *souplesse* del regime legale d'Oltralpe). Per quanto attiene al diritto spagnolo, stabilisce l'art. 1431 del *código civil* che «El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados». Per il sistema legale tedesco e per quello svizzero, nonché per ulteriori spunti e richiami sulla partecipazione agli acquisti nei sistemi francese, spagnolo, catalano, belga, *québécois* e brasiliano, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 142 ss., 187 ss., 393 ss.

<sup>11</sup> È questo ad esempio il caso (anche per quanto attiene a quest'ultimo aspetto afferente al momento della concreta divisione del patrimonio) dello spagnolo *régimen de participación*, per il quale il relativo codice civile prevede – fermo restando il principio generale per cui «el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero» (art. 1431) – la possibilità che tale credito sia estinto «mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor» (art. 1432). Nell'ipotesi ulteriormente subordinata in cui non si trovassero beni nel patrimonio del debitore, viene concesso al coniuge creditore il diritto di rivolgersi verso i terzi aventi causa, mediante domanda giudiziale volta a «impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos», purché l'azione sia intentata entro due anni dallo

difetto, nel panorama offerto dall'indagine comparata, taluni sistemi nei quali il diritto maturato al momento della cessazione del regime consiste in una vera e propria contitolarità reale. Trattasi peraltro situazioni piuttosto rare, che si inseriscono in contesti storici e culturali assai diversi dal nostro e dai più vicini ordinamenti di matrice romano-germanica<sup>12</sup>.

Andrà ancora aggiunto che l'opzione per il mero diritto «finale» di credito comporta inevitabilmente l'ulteriore necessità di individuare legislativamente con precisione se tale diritto investe quei soli incrementi di valore dei rispettivi patrimoni che derivano dall'acquisizione ai patrimoni medesimi, in costanza di regime, di nuovi «beni», cioè di nuovi

---

scioglimento del regime e fatti salvi i terzi aventi causa a titolo oneroso ed in buona fede (artt. 1433 s.). Anche ai sensi dell'art. 1576 cpv. del *Code* francese, nel regime convenzionale di *participation aux acquêts*, il credito di partecipazione (che normalmente «donne lieu à paiement en argent»: pagamento che il giudice può, in presenza di determinate circostanze, dilazionare nel tempo) «peut toutefois donner lieu à un règlement en nature, soit du consentement des deux époux, soit en vertu d'une décision du juge, si l'époux débiteur justifie de difficultés graves qui l'empêchent de s'acquitter en argent». Potranno citarsi, inoltre, all'incirca negli stessi termini, gli artt. 58 e 59 del *Codi de familia* catalano, circa il *règim de participació en els guanys*. A determinate condizioni, anche in Germania il coniuge *ausgleichsberechtigt*, disciolto il sistema legale della *Zugewinnngemeinschaft*, può (eccezionalmente) chiedere al giudice l'attribuzione in proprietà di determinati cespiti dell'altro (cfr. § 1383 *BGB*).

<sup>12</sup> È il caso, qui, della *société d'acquêts* (regime legale) del Québec (su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 180, 184, 189, 221, 387, 395 ss.), posto che, ai sensi dell'art. 481 del relativo *code civil*, all'atto della cessazione del regime, la massa dei beni in comunione «est partagée, par moitié, entre les époux», anche se è lasciata ai coniugi la scelta di corrispondere la parte dovuta «en numéraire ou par dation en paiement», o del regime (questa volta convenzionale) brasiliano della *participação final nos aqüestos* (su cui cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 180, 190, 221, 395, 400). Naturalmente, a tali ultimi esempi andrebbero aggiunti i regimi legali dei Paesi Scandinavi (ove pure la contitolarità sulla massa in comunione opera in modo reale a partire dal momento della cessazione del regime), qualora questi dovessero essere annoverati *optimo iure* tra quelli a compartecipazione differita, sebbene – come pure illustrato in altra sede – le limitazioni al potere dispositivo dei coniugi, già operanti durante la vigenza del regime, inducano ad avvicinare questi ordinamenti piuttosto a quelli di comunione, che non a quelli di compartecipazione differita (per approfondimenti si fa rinvio a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 183, 189, 201 ss.).

cespiti, oggettivamente individuabili (si pensi, sostanzialmente, alla soluzione propria del regime legale elvetico, ma anche a quella dei regimi convenzionali di partecipazione spagnolo e francese, nonché a quella dell'ordinamento italiano, per ciò che attiene alla comunione residuale), ovvero, in alternativa, se in qualche modo vadano computati (oltre agli incrementi di cui sopra) anche i meri incrementi di valore di cespiti di cui i coniugi già erano titolari in epoca anteriore all'instaurazione del regime (questa è, ad esempio, la soluzione tedesca)<sup>13</sup>. Anche in relazione a siffatto profilo appare evidente come dal metodo della comparazione la nostra giurisprudenza potrebbe trovare solo giovamento.

Altro punto fondamentale, legato all'opzione di politica legislativa per la compartecipazione di tipo obbligatorio (e non reale), attiene alla determinazione del valore iniziale dei cespiti in questione: si tratta, cioè, di stabilire se i beni esistenti al momento di entrata in vigore per la coppia del regime di compartecipazione vadano stimati al valore che essi avevano in quel momento (ovviamente rivalutato in base agli indici relativi alla perdita di potere d'acquisto della moneta), ovvero al valore che quegli stessi beni posseggono al momento dello scioglimento (o, in alternativa, a quello della divisione). La prima soluzione è, ad esempio, quella seguita dalla *Zugewinnngemeinschaft*<sup>14</sup>; la seconda, quella della *participation aux acquêts* francese<sup>15</sup> e, come si è visto in altra sede<sup>16</sup>, anche quello della nostra comunione *de residuo*<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Per un raffronto tra le diverse soluzioni nei regimi legali tedesco e svizzero cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 187 ss. Per una critica di questo profilo della *Zugewinnngemeinschaft* cfr. BATTES, *Sinn und Grenzen des Zugewinnausgleichs*, in *FuR*, 1990, p. 311 ss., 323; REINERS, *Die Errungenschaftsgemeinschaft des gemeinsamen Código Civil und die Zugewinnngemeinschaft des BGB - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bonn, 2001, p. 247 s.

<sup>14</sup> Cfr. § 1376, comma 1, *BGB*: «Der Berechnung des Anfangsvermögens wird der Wert zugrunde gelegt, den das beim Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt, das dem Anfangsvermögen hinzuzurechnende Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte». Per una critica di questo profilo della *Zugewinnngemeinschaft* cfr. WACKE, *Grundzüge des ehelichen Güterrechts*, in *Jura* 1 (1994), p. 624; REINERS, *Die Errungenschaftsgemeinschaft des gemeinsamen Código Civil und die Zugewinnngemeinschaft des BGB - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, cit., p. 247 s.

<sup>15</sup> Cfr. art. 1571, comma 1, c.c. fr.: «Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, et d'après leur valeur

Nessuna, peraltro, delle ricche indicazioni di cui sopra risulta essere stata presa in considerazione in Italia, non solo dalla ricordata decisione delle Sezioni Unite, ma nemmeno da alcuna delle pur numerose sentenze nostrane sulla comunione *de residuo*. Neppure, tanto per portare un esempio, da quelle che in abbondanza si sono espresse sugli argomenti dallo scrivente definiti come «teorica del coniuge virtuoso» e «tutela della parte debole». Territori, questi, su cui un'attenta considerazione del dato comparato ben avrebbe potuto aiutare il giurista italiano ad evitare le assurdità di un sistema che consente al percettore delle utilità *ex artt.* 177, lett. b) e c) e 178 c.c. di farle impunemente «sparire» (senza peraltro consumarle!) in tempo utile per evitare che siano conteggiate *pro dimidio* a favore dell'altro coniuge<sup>18</sup>.

---

au jour où le régime matrimonial est liquidé. S'ils ont été aliénés, on retient leur valeur au jour de l'aliénation. Si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens».

<sup>16</sup> Cfr. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, cit., p. 2624 ss.; cfr. inoltre Cass., 20 marzo 2013, n. 6876, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 660, con nota di FALCONI.

<sup>17</sup> Sarà il caso di ricordare, chiudendo questa breve panoramica sul tema specifico della natura della comunione residuale in diritto comparato, che anche la convenzione bilaterale franco-tedesca del 2010 sul regime patrimoniale dei coniugi (cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000027533762>) – modello europeo di regime convenzionale (in senso giusfamiliare) di fonte convenzionale (in senso giusinternazionalistico) – si muove proprio nella direzione della predisposizione di un regime di partecipazione agli acquisti (*participation aux acquêts/ Wahl-Zugewinngemeinschaft*), modellato su quello conosciuto dal *Code Civil* agli artt. 1569-1581, come regime convenzionale e dal *BGB* ai §§ 1363-1390 ss. come regime legale. Orbene, anche siffatto regime prevede chiaramente che ciò che viene spostato nel tempo (al momento, cioè, dello scioglimento del regime in questione) non è certo la costituzione di una situazione di contitolarità reale di beni, ma la nascita di un credito alla metà del plusvalore realizzato dal patrimonio del coniuge durante la vigenza del rapporto matrimoniale. Il diritto del coniuge è chiaramente descritto dagli artt. 12 ss. della citata convenzione quale un «Droit à créance de participation», del valore della metà della differenza tra gli «acquêts» di un coniuge rispetto a quelli dell'altro. Siffatta «créance de participation donne lieu à un paiement en argent». Tuttavia, «le tribunal peut, à la demande de l'un ou l'autre des époux, ordonner, à l'effet de ce paiement, le transfert de biens du débiteur au créancier, si cela répond au principe de l'équité».

<sup>18</sup> Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 906 ss. e, in precedenza, ID., *Comunione de residuo e tutela della parte debole: la*

## **2. L'argomento comparatistico trascurato dalla giurisprudenza sulle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia**

Le conclusioni pessimistiche cui inducono le prime constatazioni di cui sopra circa il rilievo (*rectius*: l'assenza di rilievo), nella giurisprudenza italiana relativa ai rapporti patrimoniali endofamiliari, dello studio comparato e della citazione del precedente straniero, paiono trovare una considerevole pezza d'appoggio nelle riflessioni già svolte dalla migliore dottrina proprio su questo stesso tema<sup>19</sup>. Dottrina che ha, giustamente, stigmatizzato la «scarsa dimestichezza delle Corti con l'argomento comparatistico», indicando, quale significativo esempio, il caso della giurisprudenza maturata sulla questione della rappresentanza reciproca dei coniugi in ordine alle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Problematica, questa, rispetto alla quale nel nostro ordinamento si registra un vero e proprio vuoto normativo, a differenza di quanto appare in altri sistemi, quali ad esempio quello francese, quello tedesco e quello olandese, senza che dell'insegnamento ricavabile da tali esperienze si sia mai tenuto conto (in un senso o nell'altro, beninteso) da parte dei nostri giudici.

Anche questo, certo non per combinazione, è un tema, invece, debitamente approfondito dall'eminente civilista cui questo lavoro è dedicato, il quale non ha mancato di sottolineare l'importanza della comparazione «con quanto previsto negli ordinamenti di paesi a noi vicini per tradizione e cultura giuridica; ad esempio, l'art. 220 del codice civile francese sancisce espressamente che ciascuno dei coniugi può stipulare contratti aventi ad oggetto il soddisfacimento dei bisogni nell'interesse familiare, ed in tal caso le obbligazioni contratte da uno solo dei coniugi sono poste a carico dell'altro con vincolo di solidarietà. Nel codice tedesco era in origine regolata

---

*Cassazione abbandona la teoria del «coniuge virtuoso»*, Nota a Cass., 7 febbraio 2006, n. 2597, in *Corr. giur.*, 2006, p. 813 ss.

<sup>19</sup> D'obbligo il riferimento a FUSARO, *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 166 ss.

la *Schluesselgewalt*, espressione che letteralmente fa riferimento al potere (*Gewalt*) domestico reso in modo figurato dall'immagine della chiave della casa, custodita dalla moglie. Il § 1357, nel suo tenore originario, autorizzava la moglie a concludere contratti concernenti le necessità domestiche con efficacia vincolante per il marito; dopo la riforma del 1976, in considerazione dell'affermata uguaglianza tra i coniugi, la disposizione legittima espressamente ciascun coniuge a concludere contratti per il soddisfacimento dei bisogni di vita della famiglia con efficacia vincolante anche per l'altro coniuge: detto potere può essere limitato o escluso, e cessa quando i coniugi vivono separati»<sup>20</sup>.

Quasi superfluo ricordare, a questo punto, che, da noi, anche la più recente decisione di legittimità in argomento omette del tutto di considerare tale approccio<sup>21</sup>, in sconsolante coerenza, del resto, con tutto il frastagliato filone giurisprudenziale precedente, sia di legittimità che di merito<sup>22</sup>.

### **3. L'argomento comparatistico «clandestino» (e, nella specie, usato a sproposito): il caso della *Gemeinschaft zur gesamten Hand***

Le disavventure della giurisprudenza italiana sui rapporti patrimoniali della famiglia nel riferimento (o... nell'omesso riferimento) alla comparazione e al precedente straniero non finiscono però certo qui. Può capitare, infatti, che il rinvio all'argomento comparatistico sia effettivamente operato, ma che lo stesso non si dimostri affatto pertinente, ed anzi sia fonte di *misunderstanding* destinati a protrarsi per

---

<sup>20</sup> Cfr. SESTA, *Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro*, cit., p. 142 s.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., 30 novembre 2021, n. 37612, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 678, con nota di STRAZZERA.

<sup>22</sup> Per approfondimenti sul tema v. anche OBERTO, *La responsabilità dei coniugi e dei conviventi per le obbligazioni contratte nei confronti dei terzi*, Testo aggiornato al 1 maggio 2021, p. 5 ss., 16 ss., 20 ss., disponibile alla pagina [web](https://www.giacomooberto.com/OBERTO_responsabilit%C3%A0_per_obbligazioni_nell'interesse_della_famiglia_attualizzato_1_5_21.pdf) seguente: [https://www.giacomooberto.com/OBERTO\\_responsabilit%C3%A0\\_per\\_obbligazioni\\_nell'interesse\\_della\\_famiglia\\_attualizzato\\_1\\_5\\_21.pdf](https://www.giacomooberto.com/OBERTO_responsabilit%C3%A0_per_obbligazioni_nell'interesse_della_famiglia_attualizzato_1_5_21.pdf).

decenni. E' il caso<sup>23</sup> del riferimento alla tedesca *Gemeinschaft zur gesamten Hand*<sup>24</sup>, chiaramente contenuto in Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311<sup>25</sup>, ancorché usato, per così dire, «clandestinamente», perché non fatto esplicitamente emergere dall'eminente redattore di quell'ormai remota decisione<sup>26</sup>.

Basti dire al riguardo che la tesi che configurava la comunione tra coniugi alla stregua di una situazione di comproprietà solidale di tipo germanico «a mani riunite» (*zur gesamten* [o, con formulazione meno arcaica, *gesamten*] *Hand*: letteralmente «a mano comune») e che ancora è trattata da noi sotto il titolo di «comunione (coniugale) senza quote», «comunione a mani riunite», o «comproprietà solidale» era stata presentata in Italia da qualche sporadico – ancorché autorevole – studio sotto il vigore del codice civile 1865. Dovrà però anche ricordarsi che, all'epoca, l'istituto della comunione tra coniugi formava oggetto di un regime meramente convenzionale, mentre la tesi qui in esame era stata appoggiata, *in primis*, sugli argomenti seguenti: «Il patrimonio è goduto in comune senza alcuna ripartizione, e la gestione è condotta dal marito a comune profitto e perdita. Il patrimonio forma una massa unica con propria responsabilità»<sup>27</sup>.

Ora, già sulla base di queste battute preliminari appare evidente la difficoltà di utilizzare simili osservazioni per una

---

<sup>23</sup> Già segnalato, giustamente, da FUSARO, *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, loc. cit. cit.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 225 ss., 261 ss.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1299; in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1388, con nota di NATUCCI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 561, con nota di MARTI; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 715; in *Riv. not.*, 1988, II, p. 1306; in *Foro it.*, 1990, I, c. 2146; in *Vita not.*, 1988, p. 640.

<sup>26</sup> Potrebbe dirsi, usando le parole di SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, in AA. VV., *Scienza giuridica e prassi*. Convegno ARISTEC, Palermo 26-28 novembre 2009, a cura di Letizia Vacca, estratto, Napoli, 2011, p. 293, che trattasi di un caso evidente di «riferimento indiretto» ad un ordinamento straniero, vale a dire un riferimento mediato da contributi dottrinari italiani e, per questa via, immessi nel dibattito nazionale (il citato Autore riporta quale esempio il caso della teoria degli obblighi di protezione, di origine tedesca, resa nota in Italia dalla riflessione dottrinarie e accolta dalla giurisprudenza della Cassazione).

<sup>27</sup> Cfr. Fr. FERRARA sen., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 486.

ricostruzione in termini di comproprietà a mani riunite della comunione coniugale (dal 1975 divenuta da noi «legale»), così come la conosciamo oggi. Per esempio, non è certo più vero che questo tipo di comunione sia caratterizzata da una gestione rimessa ad un solo soggetto (il marito), né che il patrimonio formi una massa unica con una propria responsabilità distinta da quella dei coniugi (cfr. quanto disposto oggi dagli artt. 186-190 c.c.), né che i creditori personali non possano provocare lo scioglimento del regime, dal momento che tale risultato è ottenibile mercé la pronunzia di fallimento (o, come si dice oggi, di «liquidazione giudiziale») di uno dei coniugi stessi (cfr. art. 191 c.c.). Nonostante ciò, la concezione in esame ha peraltro ricevuto un autorevole avallo da una già ricordata decisione della Corte costituzionale, risalente al 1988, sfortunatamente ripresa da svariate sentenze della Corte di cassazione<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> La citata decisione della Consulta è stata seguita, a nove anni di distanza, da una pronunzia della Corte di cassazione (Cass., 14 gennaio 1997, n. 284, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 26), che fa derivare dal principio della comproprietà solidale la conseguenza della necessaria estensione al coniuge comproprietario pretermesso degli effetti del preliminare di vendita concluso dall'altro senza il suo consenso, con conseguente presenza di una situazione di litisconsorzio necessario nei confronti del coniuge del promittente venditore, «la cui posizione era inevitabilmente coinvolta in una controversia che doveva avere ad oggetto l'immobile nel suo intero, stante l'inconcepibilità dell'ingresso di estranei nella comunione e la conseguente impossibilità di trasferimento della sola quota del coniuge promittente». La massima ufficiale della pronunzia citata recita testualmente quanto segue: «Come affermato da C. cost. n. 311 del 1988, la comunione legale dei beni tra i coniugi, a differenza da quella ordinaria, è una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei. Ne consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune, ponendosi il consenso dell'altro coniuge (richiesto dal c. 2 dell'art. 180 c.c. per gli atti di straordinaria amministrazione) come un negozio unilaterale autorizzativo che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene e che rappresenta un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza (ove si tratti di bene immobile o di bene mobile registrato) si traduce in un vizio da far valere nei termini fissati dall'art. 184 c. c.». Sarà il caso di rimarcare che il richiamo alla teoria della comproprietà solidale, ove la Corte suprema avesse voluto restare coerente con le premesse metodologiche, avrebbe dovuto condurre i Supremi Giudici alla decisione radicalmente opposta rispetto a quella adottata: invero, è proprio del concetto di comproprietà solidale il principio secondo cui l'atto dispositivo posto in essere da uno dei contitolari è senz'altro valido ed

Per quanto attiene, dunque, alla «sentenza-madre» di questo non perspicuo indirizzo ermeneutico<sup>29</sup>, invero, la Consulta vuole pervenire alla conclusione secondo cui, «Diversamente da quanto avviene nella comunione ordinaria, la mancanza del consenso di uno dei coniugi all'alienazione di un bene immobile (o mobile registrato) in comunione legale, non dà luogo ad un acquisto *a non domino* ma ad un acquisto *a domino* in base a titolo viziato». La prevista annullabilità dell'atto di straordinaria amministrazione su di un bene immobile o mobile registrato comune, ex art. 184 c.c., «non costituisce deroga al generale principio di inefficacia degli atti di disposizione posti in essere da alienante non legittimato e, dunque, non contrasta con l'art. 3 Cost.». Per pervenire a tal fine, la Corte costituzionale (invece di optare per il solito argomento circa la discrezionalità del legislatore, che qui sarebbe stato sicuramente invocato, una volta tanto, a ragione!) ricorre, quindi, alla teoria della comunione coniugale come comunione senza quote, nella quale «i coniugi non sono

---

efficace per tutti, con conseguente non necessaria partecipazione al giudizio di tutti i soggetti legati da rapporto di solidarietà. Negli anni successivi la Corte suprema ha intensificato le proprie esternazioni in favore della concezione qui esposta (e criticata). V., a mero titolo d'esempio: Cass., Sez. Un., 1° luglio 1997, n. 5895; Cass., 27 febbraio 2003, n. 2954; Cass., 19 marzo 2003, n. 4033; Cass., 6 luglio 2004, n. 12313; Cass., 11 giugno 2010, n. 14093; Cass., 25 ottobre 2011, n. 22082; Cass., 14 marzo 2013, n. 6575 (questa, sul *modus operandi* in materia di esecuzione forzata su beni della comunione, con conclusioni già ampiamente ricavabili da quanto disposto dall'art. 192 c.c.); Cass., 5 aprile 2017, n. 8803, in *Giur. it.*, 2018, p. 590, con nota di IANNONE (questa, sul fatto che, una volta sciolto il regime legale, i beni già in comunione legale cadono in comunione ordinaria e ciascun coniuge, che abbia conservato il potere di disporre della propria quota, può liberamente e separatamente alienarla, essendo venuta meno l'esigenza di tutela del coniuge a non entrare in rapporto di comunione con estranei); Cass., 24 gennaio 2019, n. 2047 (questa di nuovo in materia di espropriazione forzata, per debiti personali di un solo coniuge, nel senso che occorre procedere ex art. 720 c.c. alla vendita o all'attribuzione dell'intero complesso, costituendo esso una singola unità immobiliare in comunione, nel caso in esame non comodamente divisibile). Sentenze, queste, si badi, *tutte* relative a questioni che si sarebbero potute risolvere anche a prescindere da qualsiasi richiamo alla teoria della comproprietà solidale (per ulteriori rinvii e critiche, cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 261 ss., 270 ss.).

<sup>29</sup> Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1388; *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 715; *Riv. not.*, 1988, II, 1306; *Foro it.*, 1990, I, c. 2146.

individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione».

Ora, il riferimento chiaro (sebbene implicito e, come si vedrà, «clandestino»), alla teoria della *Gemeinschaft zur gesammten Hand* punta, come detto, ad un istituto<sup>30</sup>, presente in varie contrade tedesche da epoca remota, sotto il nome di *Gütergemeinschaft* (comunione dei beni), ricondotto da alcuni autori nel secolo XVIII proprio a una forma di contitolarità germanica a mano comune<sup>31</sup>.

Conclusione, questa, peraltro, decisamente e fortemente ripudiata da quasi tutta la dottrina tedesca, già a partire dal secolo successivo. Epoca, questa, in cui la stragrande maggioranza degli autori d'oltre Reno aveva fatto rimarcare che appariva contraddittorio affermare l'esistenza di una proprietà solidale in capo a due soggetti che, lungi dal poter disporre singolarmente della globalità dei diritti, non potevano compiere alcun atto senza il consenso dell'altro; ciò, oltre all'evidente contrarietà della regola al principio romanistico, fedelmente ripreso da tutte le legislazioni germaniche, secondo cui *duorum in solidum dominium esse non potest*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Sulla cui storia e sviluppo cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 225 ss.

<sup>31</sup> Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 227 ss.

<sup>32</sup> Cfr. SCHMITTHENNER, *Deutsches Güterrecht der Ehegatten, in besonderer Anwendung auf den Königlich Preussischen ostrheinischen Bezirk, nebst einer Kritik der bestehenden und projektirten ostrheinischen Provinzialrechtes*, Neuwied, 1842, p. 26 ss., 30: «diese Idee eines Eigenthumes besonderer Art ist nach obiger Darstellung ebenso unklar, als an sich unjuristisch. Unjuristisch ist sie, weil ein jeder Miteigenthümer den Gegenstand des Eigenthumes ausschließlich für sich haben; ein Jeder voller Eigenthümer des Ganzen sein soll, ohne weder über das Ganze, das er doch hat, noch über einen Theil, den er ebenfalls im Ganzen hat, disponieren zu können: das ist ebenso sonderbar als innerlich widersprechend! Das Charakteristische des Eigenthumes ist das ausschliesliche Recht des Eigenthümers. Haben nun zwei oder mehrere Personen ein ganz gleichmäßiges Recht, dessen Inhalt beiderseits darin besteht, jeden andern von einer bestimmten Sache auszuschließen, so heben dieselben, als zwei gleiche sich widerstrebende Potenzen, ihr Verhältniß gegeneinander vollständig auf, sie neutralisiren sich – und ihr nebeneinanderbestehen ist eine Unmöglichkeit, ein Unding! Es existirt eine unauflösliche Kollision der Rechte». Per analoghe critiche cfr. anche SCHMIDT, *Das preußische Familienrecht nach dem allgemeinen Landrecht, mit Rücksicht auf das gemeine und deutsche Recht, dogmatisch-kritisch dargestellt*, Leipzig, 1843, p. 251 ss.: «Zugleich wird aber die Theorie von dem nach preußischem Rechte bestimmt

Queste osservazioni, poi, erano state riprese *in toto* anche dal più autorevole studio sui lavori preparatori del codice prussiano, in cui, tra l'altro, si legge che la teoria del *Gesamteigenthum* (o, come si diceva all'epoca, *Gesammteigenthum*) era stata già in allora del tutto accantonata («völlig beseitigt»), sia in considerazione dell'assoluta estraneità al diritto prussiano del concetto di proprietà solidale, sia avuto riguardo alla concettuale impossibilità della coesistenza su di un medesimo bene di due diritti di proprietà, se non per quote<sup>33</sup>, sia, infine, perché il richiamo alla *gesammte Hand* altro non stava ad indicare se non il fatto che, dal punto di vista della gestione della massa comune, il marito non avrebbe potuto disporre dei beni della comunione se non con il consenso della propria consorte<sup>34</sup>.

In breve, lo studio storico della questione dimostra irrefutabilmente che, già da epoca di gran lunga precedente all'unificazione del diritto civile germanico, la teoria del

---

wohlbegründeten Vorwürfe betroffen: daß die Idee des Gesamteigenthums, and dem Jeder ein Eigenthum *in solidum* haben solle, vollkommen undenkbar sei, und einen juristischen Unsinn enthalte. Denn die Definition des Eigenthums ist im preußischen Rechte die rein römische, welche allerdings mit der Idee eines Gesamteigenthums in vollendetem Widerspruche steht. Denn Eigenthümer soll eben nur Derjenige sein, welcher über die Substanz einer Sache mit Ausschließung Anderer aus eigene Wahl zu verfügen befugt ist». Sulla stessa linea si collocano MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, I, Regensburg, 1842, p. 412 s.; MAURENBRECHER, *Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechtes*, I, Bonn, 1840, p. 451 ss.

<sup>33</sup> Cfr. BORNEMANN, *Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts*, V, Berlin, 1845, p. 113: «Man stützte sich hierbei namentlich auf eine, freilich willkürlich konstruirte historische Entwicklung des Institutes der Gütergemeinschaft. Diese Ansicht ist jedoch in neuerer Zeit völlig beseitigt durch die Bemerkungen, einmal daß dem allgemeinen Landrecht der Begriff eines Gesamteigenthums überhaupt fremd und zum anderen, daß ein solcher Begriff in der That auch ein juristisches Unding sei, indem es, bei dem im Begriff des Eigenthums liegendes Kriterium der Ausschließlichkeit rechtlich nicht gedacht werden könne, daß mehrere Personen eine und dieselbe Sache ganz in ihrem vollen Eigenthum hätten; wenn sie ganz dem Einen Gehöre, so könne sie nicht auch ganz dem Anderen gehören».

<sup>34</sup> Estremamente chiaro in questo senso, ad es., GAREIS, *Die Errungenschaftsgemeinschaft in den althessischen Gebietstheilen der Provinz Oberhessen*, Giessen, 1885, p. 7 ss.

*Gesamteigentum*, bollata come «völlig unklar», veniva correttamente dai più rigettata, quale «monströses Produkt der Rechtsgelehrten»<sup>35</sup>. E questo, si badi, in modo assolutamente conforme alla più autorevole dottrina comparatistica francese, che – osservando la questione dall'altra riva del Reno – non esitava a definire la proprietà a mano riunita, testualmente, come «une institution “bâtarde”»<sup>36</sup>. Il tutto, mentre pure nel nostro Paese, già oltre un secolo fa, Francesco Messineo procedeva ad una impietosa – quanto sistematica e ben argomentata – demolizione della teoria in oggetto<sup>37</sup>.

Del resto, anche oggi non appare certamente possibile affermare motivatamente e sensatamente che la comunione legale sarebbe caratterizzata dalla assenza di quote, a fronte dei dati positivi emergenti dalla disciplina codicistica del nostro regime patrimoniale legale, che dimostrano nel modo più irrefragabile come l'istituto, malgrado tutte le sue peculiarità, sia pur sempre una comunione per quote<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> SCHMITTHENNER, *op. cit.*, p. 26 s.

<sup>36</sup> Cfr. DESCHENAUX, *La nature juridique de la communauté de biens entre époux d'après les droits français, allemand et suisse. Etude de droit comparé*, Paris, 1934, p. 229.

<sup>37</sup> Per i riferimenti cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 236 ss.

<sup>38</sup> Come esattamente rilevato in dottrina (NATUCCI, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*, Nota a Corte cost., 10 marzo 1988, n. 311, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2484), in costanza di regime la quota ha innanzi tutto valore nei confronti dei terzi creditori, indicando la misura della responsabilità «comune» per debiti personali (cfr. art. 189, cpv., c.c.). E già queste non sono funzioni così marginali da negare alla quota un valore caratterizzante. Al cessare della comunione, inoltre, la quota serve a stabilire la misura in cui i beni verranno ripartiti tra i coniugi, non diversamente da quanto accade nella comunione ordinaria (cfr. artt. 194 c.c.). A ciò s'aggiunga che anche l'art. 210, c. 3, c.c. espressamente menziona il concetto di quota, stabilendo che «Non sono derogabili le norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale». Si badi poi che l'affermazione della Consulta secondo cui dall'art. 189, cpv., c.c. sarebbe ricavabile il principio per il quale «i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione» appare quanto mai apodittica, oltre che vistosamente antilettale. L'articolo citato, invero, fissa per i creditori personali il limite nell'esecuzione contro i beni comuni, limite che viene fatto corrispondere proprio alla «quota del coniuge obbligato», il che rende quanto mai evidente che la comunione si compone di quote rientranti nella titolarità di ciascuno dei due coniugi; non altrimenti si potrebbe infatti spiegare

Si ponga poi mente al fatto che, se la proprietà dei coniugi fosse veramente solidale, dovrebbe valere la regola per cui i debiti per qualunque ragione contratti singolarmente da ciascuno dei coniugi (e oggi anche dei civilmente uniti e dei conviventi legati da un contratto che preveda il regime comunistico) dovrebbero impegnare senza limiti il patrimonio comune. Ma il già ricordato principio consacrato nel capoverso dell'art. 189 c.c. smentisce nella maniera più clamorosa tale asserzione<sup>39</sup>.

Infine, non deve trascurarsi che, nel concetto stesso di solidarietà di un qualsivoglia rapporto giuridico plurilaterale, è implicito che ogni atto d'esercizio del diritto stesso – ivi compreso ogni atto di disposizione – da parte di uno solo dei più soggetti attivi sia per definizione *atto lecito*, come è dato facilmente argomentare *ex art. 1292 c.c.* In altre parole: rapporto giuridico solidale è solo quello in cui ogni atto compiuto *da uno solo* dei soggetti coinvolti (attivamente o passivamente) è *lecito e dispiega i propri effetti anche verso gli altri soggetti*.

Orbene, tutto al contrario, l'art. 180 c.c. manifesta nella maniera più evidente l'esistenza di un'obbligazione *ex lege* al compimento congiunto (o comunque con il necessario consenso di entrambi) degli atti di amministrazione e dunque anche di disposizione dei diritti in comunione. Ne consegue che tali atti, ove compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, dovranno ritenersi, puramente e semplicemente, *illeciti* (come del resto confermato dalle sanzioni predisposte

---

l'impiego del complemento di specificazione «del coniuge obbligato». Per ulteriori approfondimenti si fa rinvio a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 272 ss.

<sup>39</sup> Sui vari profili del tema, cfr., per tutti, SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 84 s.; MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. dir.*, 1994, p. 109 s.; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, Milano 1995, p. 41 s.; DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi. L'oggetto*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 1997, p. 52 ss.; T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, p. 23 ss.; OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 272 ss.

dall'art. 184 c.c.) e pertanto non potranno in alcun modo essere considerati alla stregua di altrettante manifestazioni di un (in realtà inesistente) diritto d'esercizio solitario di un potere, che spetterebbe solidalmente a ciascuno dei coniugi<sup>40</sup>.

#### **4. Ancora sulla difficoltà di rinvenire argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri nella giurisprudenza italiana sui rapporti patrimoniali endofamiliari. Convivenza di fatto, patti prematrimoniali e *trust* familiare**

Quanto sin qui rimarcato sembra dunque dare ragione all'osservazione di chi ha posto in luce, piuttosto sconsolatamente, come appaia «davvero difficile» trovare, nell'ambito della giurisprudenza italiana sui rapporti patrimoniali giusfamiliari, «casi di influenza del diritto comparato così forte da determinare mutamenti di orientamenti esistenti»<sup>41</sup>. Non solo. Dovrà infatti aggiungersi che interi settori della materia in esame presentano panorami giurisprudenziali che appaiono del tutto «impermeabili» alla considerazione – anche solo a livello di mera ipotesi astratta – dell'esistenza di decisioni di analogo genere rese da giudici stranieri.

E' il caso dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto.

Qui, a dispetto dell'esistenza di svariate decisioni di legittimità e di merito su temi quali le obbligazioni naturali tra conviventi *more uxorio*, le donazioni al *partner* dell'unione di fatto, l'arricchimento ingiustificato nel contesto di un *faux ménage*, la ripetizione di contributi forniti per l'acquisto di beni, i contratti di convivenza, mutui tra conviventi, concessioni del diritto di abitazione sulla casa familiare, e così via<sup>42</sup>, non si

---

<sup>40</sup> O, oggi, anche a ciascuno dei civilmente uniti o dei conviventi legati da eventuale contratto costitutivo di un regime comunistico.

<sup>41</sup> Cfr. FUSARO, *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, loc. ult. cit.

<sup>42</sup> Cfr. per tutti OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, *passim* (ove, alle p. 257 ss., è rinvenibile anche una raccolta ordinata e ragionata di precedenti giurisprudenziali sui temi tutti di cui al testo). Per la giurisprudenza successiva v. anche OBERTO,

registra *una sola sentenza italiana* che tragga ispirazione da (o anche solo faccia richiamo a) un precedente straniero, o svolga comunque argomentazioni di tipo comparatistico. Conclusione, questa, tanto più sconcertante laddove si ponga mente al fatto che è difficile rinvenire una materia tanto «trasversale» e idonea alla comparazione, quale quella in esame.

Ancora più sorprendente risulta che, per tornare ai rapporti tra coniugi, il tema prettamente comparatistico degli accordi prematrimoniali (se si eccettua un fugace, ma significativo, accenno in una decisione di merito di cui verrà dato conto subito oltre<sup>43</sup>) non registri alcuna considerazione, da parte dei nostri giudici, di cosa accade al di fuori dei nostri confini, foss'anche per ricavarne ipotetici argomenti *a contrario*, a supporto dell'ormai (seriamente) indifendibile tesi della nullità di siffatte intese<sup>44</sup>. Constatazione, questa, che non fa che confermare quell' «atmosfera d'insostenibile arretratezza»<sup>45</sup> che l'interprete riceve accostandosi al tema della prevenzione del conflitto nelle relazioni familiari.

Il senso di disagio è destinato ulteriormente a crescere allorché si nota lo stridente contrasto con quanto accaduto, ad esempio, oltre Manica, nel 2009, nel noto caso *Radmacher v Granatino*, in cui il *rationale* posto da *Lord Justice Matthew Thorpe* a fondamento della decisione della *Court of appeals* di ritenere validi gli accordi prematrimoniali nel diritto inglese appare incentrato sul rilievo per cui «the civil law jurisdictions of Europe generally employ notarised marital property regimes

---

*La famiglia di fatto. Introduzione alla «Riforma Cirinnà»*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 709 ss.

<sup>43</sup> V. *infra*, in questo stesso §.

<sup>44</sup> L'argomento della validità delle intese raggiunte tra coniugi in fase di separazione personale, ma (anche) in vista del divorzio e quello, ad esso strettamente legato, degli accordi prematrimoniali *tout court*, è affrontato – sin da quando il primo trattato sui contratti della crisi coniugale vide la luce (cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 485 ss.) – da una quantità esponenzialmente crescente di contributi dottrinali e giurisprudenziali. Per un recente punto della situazione cfr. ID., *Contratto e famiglia*, in AA. VV., *Trattato del contratto*, a cura di Vincenzo Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Vincenzo Roppo, seconda edizione, Milano, 2022, p. 127 ss., 231 ss., 301 ss.

<sup>45</sup> RIMINI, *I giudici confermano la nullità dei patti in vista del divorzio*, in *Il Sole 24 ore*, 6 maggio 2021, p. 32.

to regulate both the property consequences of marriage and divorce, the common law jurisdictions attach no property consequences to marriage and rely on a very wide judicial discretion to fix the property consequences of divorce»<sup>46</sup>.

La motivazione – dopo aver chiarito, a scanso di equivoci, che la questione è esclusivamente di diritto interno inglese, perché proprio tale ordinamento è applicabile alla specie, a prescindere dalla nazionalità delle parti, alla luce dei principi della *lex fori* colà vigente – punta, dunque, tutto sul «doppio argomento» (*à la fois* comparatistico e internazionalistico) per cui la coppia in oggetto (abituale e stabilmente residente nel Regno Unito) era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito francese non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Da notare che tale decisione sembra sintomatica di un più ampio mutato atteggiamento dei giudici d'oltre Manica verso le esperienze straniere, se è vero che, come attestato da ZUCKERMAN, *The sensitivity of English courts to the jurisprudence of other States within the European union*, in AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7, Milano, 2004, p. 61 s., fino a non molto tempo fa «it was almost unheard of that a court should take into consideration any material other than English material. Occasionally, reference would be made to common law jurisprudence, such as Australian, Canadian or New Zealand judgments. But English judges did not look beyond those common law systems. The past ten years or so have seen an increasing willingness to consider concepts and ideas originating from continental legal systems».

<sup>47</sup> Approfondimenti e commenti in OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 204; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 71 ss.; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in AA. VV., *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, Tome I, Edited by Ilaria Queirolo, Bettina Heiderhoff, Ariccia, 2015, p. 221 ss. (anche in *Contr. e impr. Europa*, 2016, p. 135 ss.); ID., *Contratto e famiglia*, loc. ult. cit. Sul tema v. anche SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law - alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 920 ss.; una diffusa analisi del caso in questione è svolta da KINGSTON e ROYCE-GREENSILL, *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011, p. 12 ss. Sul tema degli accordi in vista del divorzio v. anche GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 236 ss.

Significativo appare, quindi, che, nella ricca messe di decisioni circa il tema della validità (o meno) di accordi patrimoniali preventivi tra coniugi in vista del divorzio, spicchi una solitaria sentenza di merito subalpina del 2012<sup>48</sup>, che proprio al citato precedente di *common law* fa espresso richiamo, al fine di rimarcare l'obsolescenza dell'atteggiamento tradizionale, ostinatamente ancorato alla tesi della nullità.

Ora, nella motivazione di tale decisione torinese è dato leggere, tra l'altro, quanto segue: «Concludendo sul punto non potrà poi farsi a meno di sottolineare come la posizione giurisprudenziale dominante, sopra richiamata appaia sostanzialmente inadeguata alla evoluzione socio-culturale della concezione del matrimonio e delle sue fasi, per così dire, di crisi irreversibile e conclusive: anche in ordinamenti tradizionalmente contrari a consentire la disponibilità dei diritti economici nella fase pre-divorzile, infatti, quale quello britannico, si è avuta una evoluzione in senso opposto (nel noto caso *Radmacher v Granatino*, infatti, anche la giurisprudenza inglese, dopo decenni di ostilità ai *prenuptial agreements in contemplation of divorce* si è allineata al cospicuo novero dei sistemi giuridici che ammettono la validità delle intese prematrimoniali)».

Qualche sporadico richiamo a principi e sentenze stranieri è dato cogliere poi anche nella densa casistica di merito in tema di *trust* familiare.

Così, il Tribunale di Bologna invoca la giurisprudenza anglosassone sulla «regola delle tre certezze»<sup>49</sup>, citando un precedente inglese del 1840<sup>50</sup>, per quanto attiene alla prima certezza, ossia la *certainty of intention* del disponente, intesa quale necessaria ricorrenza di un'effettiva volontà del disponente di conferire al *trustee* un'autentica obbligazione fiduciaria e non un semplice mandato soggetto ai *desiderata* del *settlor*<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 805, con nota di OBERTO.

<sup>49</sup> Su cui v. per tutti LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts att. fid.*, 2011, p. 470 ss.; BELVEDERI, *Alcune considerazioni in tema di sham trust*, in *Trusts att. fid.*, 2015, p. 147 ss.; PATRONE, *Trust e simulazione*, in *Trusts att. fid.*, 2021, p. 646 ss.

<sup>50</sup> Cfr. *Knight v Knight* (1840), 3 Beav 148, 49 ER 58, anche in [https://worddisk.com/wiki/Knight\\_v\\_Knight/](https://worddisk.com/wiki/Knight_v_Knight/).

<sup>51</sup> Trib. Bologna, 5 agosto 2020, in *Leggi d'Italia*.

Il Tribunale di Ancona cita, dal canto suo, la giurisprudenza anglosassone in tema di *sham trust* o *pretence*<sup>52</sup> in relazione ad un *trust* familiare ritenuto nullo per difetto del requisito fondamentale di quell'istituto, vale a dire la reale perdita del controllo dei beni da parte del disponente<sup>53</sup>, mentre in precedenza il Tribunale di Reggio Emilia aveva pure invocato gli stessi principi giurisprudenziali anglosassoni, come espressi in una serie di decisioni ivi riferite, anche alla luce del *case law* d'oltre Manica sul c.d. *beneficiary principle*<sup>54</sup>.

## **5. Timidi (ma sovente fuorvianti) segnali d'apertura. La giurisprudenza sull'assegno divorzile e sulle attribuzioni patrimoniali tra divorziati**

---

<sup>52</sup> Sull'argomento v. per tutti PATRONE, *Il trust sham e il diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 985 ss.

<sup>53</sup> Trib. Ancona, 2 novembre 2020, in *Leggi d'Italia*.

<sup>54</sup> Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *AIAF, Quaderno 2007/2*, p. 177. Per approfondimenti su tale decisione cfr. COMEGNA, *Il precedente giurisprudenziale in common law e nell'ordinamento italiano*, 2011, in AA. VV., *Scritti per la costituzione del Dipartimento Giuridico dell'Università del Molise*, Campobasso, 2012, p. 242 ss., [http://web.unimol.it/cms/pubblicazioni/giuridico/attachments/article/73/scritti\\_13-2011.pdf](http://web.unimol.it/cms/pubblicazioni/giuridico/attachments/article/73/scritti_13-2011.pdf). Al medesimo scritto si fa rinvio anche per il commento ad una decisione di legittimità in materia di *trust* familiare, in una fattispecie peraltro poco rilevante ai fini del presente studio, perché caratterizzata dall'indiscutibile presenza di rilevanti elementi di estraneità (collocazione dei beni e residenza del *trustee* nel Regno Unito, con applicazione necessaria del diritto inglese da parte dei giudici italiani). Nella specie, Cass., 13 giugno 2008, n. 16022, ha confermato le decisioni dei giudici di merito basate sul diritto inglese, statuendo la legittimità dell'esercizio da parte del giudice italiano del potere di rimuovere i *trustee* per giusta causa, ai sensi dell'art. 41 del *Trustees Act 1925*, a difesa del *trust*. Qui, come pure rilevato in dottrina (cfr. RINALDI, *Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. civ.*, 2011, n. 5, II, p. 263 ss., 290), «l'istituto del *trust* e le regole che lo disciplinano, non sono posti a sostrato della decisione. Il *trust* viene aggirato, evitato, a volte menzionato, ma solo distrattamente, dai giudici della Suprema Corte». In conclusione, si può affermare che la pronuncia predetta assicura tutela al *trust* inglese attraverso il riconoscimento al giudice nazionale del potere di revocare i *trustee* in conformità a quanto previsto dalla legge inglese, pur non affrontando in maniera esplicita la posizione giuridica del *trust* nel nostro ordinamento (cfr. COMEGNA, *op. loc. ultt. cit.*): ciò che peraltro non era richiesto alla Suprema Corte di compiere, posto che, come detto, nella specie essa chiamata ad applicare il diritto inglese e non certo quello italiano.

Inevitabile, a questo punto, è il riferimento alle vicende giurisprudenziali concernenti la determinazione dell'assegno ex art. 5 l.div. E qui appare significativo che il primo sguardo lanciato al di fuori dei nostri angusti confini sia opera di una decisione di legittimità, impegnata nel titanico tentativo di superare una visione ormai stantia dei rapporti tra ex coniugi, del tutto disgiunta dalla realtà dell'unione coniugale del ventesimo secolo, e che, nel corso degli anni, aveva portato l'assegno in oggetto a trasformarsi – in un'innumerabile serie di casi – in una vera e propria rendita parassitaria di posizione, a prescindere dalla possidenza di mezzi più che adeguati e da una durata modesta del vincolo coniugale. Tentativo generoso, questo, di attuare *in subiecta materia* una vera e propria «rivoluzione copernicana», in realtà riuscito, come noto, solo a metà.

Ci si intende qui riferire a quella sentenza emessa dalla Prima Sezione Civile della Suprema Corte nel 2017<sup>55</sup>, la quale puntava tutto sull'esplicito rinvio alla regola dell'autoresponsabilità, vista come un principio che «appartiene al contesto giuridico Europeo, essendo presente da tempo in molte legislazioni dei Paesi dell'Unione, ove è declinato talora in termini rigorosi e radicali che prevedono, come regola generale, la piena autoresponsabilità economica degli ex coniugi, salve limitate – anche nel tempo – eccezioni di ausilio

---

<sup>55</sup> Cfr. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, p. 1299 ss., con nota di DI MAJO; *Giur. it.*, 2017, p. 1795 ss., con nota di RIMINI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 885, con nota di QUADRI; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 636 ss., con nota di F. DANOVÌ; *ivi*, con nota di AL MUREDEN; *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1001 ss., con commento di ROMA. Secondo questa sentenza, l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 deve essere rapportata non più all'impossibilità di godere di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ma alla non autosufficienza economica. Tale ultima condizione assurge a presupposto dell'assegno di divorzio (*l'an*), la cui quantificazione (il *quantum*) dipende dall'applicazione degli indicatori di cui al medesimo art. 5, co. 6. In sostanza, secondo la pronuncia *de qua*, chi risultava economicamente autosufficiente non aveva diritto all'assegno; chi non lo era ne aveva diritto nella misura che sarebbe dipesa dall'applicazione degli indicatori di cui all'art. 5, co. 6, cit. La Suprema Corte confermava, quindi, la costruzione bifasica dell'assegno di divorzio, innovando radicalmente sull'*an* dell'assegno. Ciò in aperto e coraggioso contrasto con l'orientamento quasi trentennale inaugurato da Cass., Sez. Un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67 ss., con nota di QUADRI; *Corr. giur.*, 1991, p. 305 ss., con nota di A. CECCHERINI, e costantemente seguito sino al 2017.

economico, in presenza di specifiche e dimostrate ragioni di solidarietà»<sup>56</sup>.

L'esattezza dell'argomentazione<sup>57</sup> e del richiamo ad altri sistemi, in cui i rapporti patrimoniali tra divorziati sono retti da regole ben più al passo con i tempi moderni (e assai meno intricate, va pure detto, di quelle contenute nell'art. 5 l.div.), non è servita a convincere – come tutti sanno – le Sezioni Unite, che, nel 2018<sup>58</sup>, hanno formulato, sulla base di una perdurante serie di equivoci circa un malinteso concetto di «solidarietà postconiugale», una quanto mai fumosa teoria circa una asserita funzione (non solo assistenziale, ma anche, o addirittura prevalentemente) «perequativo-compensativa», dell'assegno divorzile italiano. Assegno che, sebbene non finalizzato alla ricostituzione del tenore di vita coniugale, né al sostentamento dell'ex coniuge non autosufficiente, mirerebbe «piuttosto al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito da quello economicamente più debole durante la vita matrimoniale, sempre in relazione alla durata del matrimonio e dell'età dell'avente diritto».

Orbene, siffatta conclusione, secondo le parole del citato arresto, sarebbe conforme al «quadro comparatistico

---

<sup>56</sup> Analogo rilievo alla teoria dell'autoresponsabilità in chiave comparatistica appare rinvenibile in Trib. Treviso, 1 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, I, c. 2205 ss., con nota di CASABURI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1017 ss., con nota di BENANTI, secondo cui «Dalla breve analisi comparata svolta, pertanto, emerge come regola generale quella dell'autosufficienza di ciascun coniuge al termine del rapporto matrimoniale e della limitazione dell'assegno ad un periodo circoscritto, aspetto riscontrabile anche nei principi redatti dalla *Commission on European Family Law (Cefl)*. Un assegno periodico vitalizio invece viene riconosciuto solo in via eccezionale e la corresponsione è inoltre parametrata ad accadimenti particolari».

<sup>57</sup> Condivisa, ad es., anche da PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, p. 454 ss., ad avviso del quale essa fornisce «Un'analisi sintetica, ma condivisibile, soprattutto perché colloca la c.d. solidarietà postconiugale non come fondamento dell'intera disciplina ma delle eccezioni (al principio di autoresponsabilità), che giustificano l'attribuzione dell'assegno». Sul tema, in un'ottica comparatistica, v. anche OBERTO, *Il divorzio in Europa*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 130 ss.

<sup>58</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, p. 1842 ss. con nota di RIMINI; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di PATTI; in *Foro it.*, 2018, I, c. 2699 ss., con nota di CASABURI; *ivi*, c. 2703 ss., con nota di M. BIANCA; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 983 ss con nota di SESTA; *ivi*, p. 1031 ss., con note di FUSARO e RIMINI.

europeo ed extraeuropeo», all'esposizione del quale gli ermellini dedicano addirittura un intero paragrafo della motivazione.

La più attenta e autorevole dottrina s'è però ben presto incaricata di smentire siffatto assunto, osservando che, dall'analisi comparata si trae, piuttosto, la conclusione che la regola generale è quella dell'autoresponsabilità di ciascun coniuge al termine del rapporto matrimoniale e della limitazione dell'eventuale assegno di divorzio ad un periodo circoscritto – secondo quanto previsto, del resto, anche nei principi redatti dalla *Commission on European Family Law (CEFL)*<sup>59</sup> – mentre un assegno periodico vitalizio viene riconosciuto solo in via eccezionale. Non è, invece, rispondente al vero l'idea per cui, in ordinamenti quali quello tedesco o francese, l'assegno di divorzio tenderebbe a realizzare l'allegata funzione «perequativo-compensativa»<sup>60</sup>.

Invero, nell'ordinamento tedesco il principio fondamentale, enunciato nel § 1569 *BGB*, a seguito della riforma del 2007, è quello della autoresponsabilità, per cui «dopo il divorzio ciascuno dei coniugi deve farsi carico del proprio mantenimento». Alcune eccezioni sono previste nei

---

<sup>59</sup> Il sito ufficiale della *Commission on European Family Law (CEFL)* è il seguente: <http://ceflonline.net/>. Sulla storia della creazione di tale commissione cfr. BOELE-WOELKI, *The Principles of European Family Law: its Aims and Prospects*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 160 ss.; CUBEDDU, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di PATTI e CUBEDDU, Milano, 2008, p. 14 ss. Sul tema del lavoro svolto dalla CEFL nell'elaborazione di principi in materia di divorzio cfr. BOELE-WOELKI, FERRAND, GONZÁLEZ BEILFUSS, JÄNTERÄ-JAREBORG, LOWE, MARTINY e PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between former Spouses*, Antwerp-Oxford, 2004, *passim*. Da notare, ancora, che il sito della CEFL contiene una ricchissima banca dati di rapporti nazionali sul divorzio nei vari Paesi UE: <http://ceflonline.net/divorce-maintenance-reports-by-jurisdiction/>. Un'altra interessante e completa raccolta di rapporti nazionali sul tema è rinvenibile in [http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents\\_IDCEL/IDCELLa\\_rupture\\_du\\_mariage\\_en\\_droit\\_compare\\_-2015.pdf](http://idcel.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_IDCEL/IDCELLa_rupture_du_mariage_en_droit_compare_-2015.pdf).

<sup>60</sup> Cfr. PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit. p. 454 ss.; v. inoltre ID., *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186; ID., *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Famiglia*, 2017, p. 275 ss., spec. 279 ss.; cfr. poi anche SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019, p. 3 ss.

paragrafi seguenti, ma un «riequilibrio economico-patrimoniale» in conseguenza del divorzio si realizza soltanto nei casi in cui trova applicazione la disciplina della compartecipazione degli incrementi patrimoniali (*Zugewinnngemeinschaft*)<sup>61</sup>. Quanto, poi, all'esperienza francese, la sentenza delle Sezioni Unite appena citata trascura che, secondo la tesi consolidata nella giurisprudenza e prevalente nella dottrina d'oltralpe, la *prestation compensatoire* ha una natura giuridica mista, in parte indennitaria ed in parte alimentare, laddove la *Cour de cassation* esclude fermamente che detta prestazione abbia la funzione di riequilibrare la posizione dei coniugi rispetto agli svantaggi determinati dalla vita matrimoniale<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Così anche PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit. p. 454 ss., il quale condivisibilmente soggiunge che la «temporaneità della disposizione» non sembra sempre collegata «alla ricomposizione di un quadro di parità economico patrimoniale», essendo basata su diversi presupposti, quali la necessità di completare un periodo di formazione interrotto a causa del matrimonio (§ 1575 BGB), oppure il mantenimento di un figlio comune per almeno tre anni dopo la nascita (§ 1570 BGB). Ed infatti il fondamento delle suddette eccezioni (rispetto al «principio della autoresponsabilità» del § 1569 BGB) viene ravvisato nella solidarietà postconiugale (*nacheheliche Solidarität*), che giustifica i casi di legittimazione al mantenimento di cui ai §§ 1570 ss.: mantenimento – si noti – il cui *quantum* si determina sulla base delle condizioni di vita matrimoniale e ricomprende «tutti i bisogni della vita» (§ 1578, comma 1°, BGB).

<sup>62</sup> Così PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit. p. 454 ss.; sul tema cfr. anche OBERTO, *Il divorzio in Europa*, cit., p. 130 ss., ove si ricorda che la stessa Corte di legittimità francese, in una decisione del 2009; cfr. Cass. civ. 1<sup>ere</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020824267/>, la quale ha chiarito che la *prestation compensatoire* non ha «pour objet de compenser les inconvénients du régime de séparation de biens librement choisis par les époux»; da tale constatazione si è fatto ulteriormente derivare, nella specie, il rigetto della domanda di riconoscimento di una *prestation compensatoire* avanzata dalla moglie, poiché si era accertato che «les revenus de l'épouse étaient supérieurs à ceux du mari, qu'il n'était pas établi que sa retraite serait inférieure à celle de ce dernier, que celui-ci disposait de biens dont il avait financé l'acquisition en tout ou partie au moyen de loyers et enfin que qu'aucune décision condamnant [il marito] à contribuer aux charges du mariage n'avait été rendue à l'initiative de l'épouse» (sull'argomento, nello stesso senso, cfr. anche BENANTI, *Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p.1093 ss.). È evidente, del resto, che, in caso contrario, l'attribuzione di rilievo al puro e semplice fatto dell'assenza *inter partes* di un regime comunistico sconvolgerebbe il sistema dei regimi matrimoniali e

Evidente, quindi, la confusione operata dalle Sezioni Unite tra funzione dell'assegno postmatrimoniale e funzione delle operazioni di liquidazione del regime patrimoniale *inter coniuges*. Una confusione, con ogni probabilità, favorita dalla prospettiva tutta italiana, già stigmatizzata in altra sede<sup>63</sup>, nella quale, teoricamente, il perseguimento della finalità «perequativo-compensativa» qui in discussione dovrebbe essere affidato, normativamente, al regime legale, dovendosi però assistere, nella prassi e nel «diritto vivente», ad un radicale svuotamento di tale funzione, mercé una massiccia opzione dei coniugi per la separazione dei beni, conformemente, del resto, alla tradizione storica del regime patrimoniale della nostra penisola, tradizionalmente incentrato su di una rigida separazione di beni e patrimoni, derivante dalla tradizione romanistica, in qualche modo parzialmente «attutita», prima del 1975, dalla dote<sup>64</sup>.

Ecco, dunque, perché la nostra giurisprudenza si ritiene, in qualche modo, «costretta» (pur certamente non essendolo) ad assegnare (oltre a quelle tradizionali) una (impropria) funzione «perequativo-compensativa» all'assegno di divorzio, al punto, non solo, da non arrivare a cogliere le radicali differenze (oltre che la sicura preferibilità) degli ordinamenti posti a comparazione con il nostro, ma neppure a intuire che quella via, per così dire, «germanico-francigena», ben potrebbe essere *de iure condito* percorsa anche da noi. Basterebbe, invero, porre mente al fatto che, anche qui, sin dall'ormai lontano 1975, le

---

trasformerebbe la *séparation de biens* in una sorta di comunione differita. Ciò che unicamente viene a contare, allora, è la disparità di reddito che la rottura del matrimonio, in quanto tale, viene a creare. La chiave di volta per la comprensione di questo sistema sembra essere dunque costituita dalla necessità di considerare solo il reddito dell'uno e dell'altro, a seguito del divorzio, laddove i rispettivi patrimoni (influenzati dalla pregressa opzione per un regime piuttosto che per un altro) potrebbero contare solo, eventualmente, come fonte di più o meno rilevanti redditi (sulla *prestation compensatoire* d'oltralpe v. anche C. IRTI, *Il futuro del pagamento una tantum all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Famiglia*, 2019, p. 65; per approfondimenti sul tema dei rapporti tra regime patrimoniale e assegno divorzile nell'ottica comparata cfr. OBERTO, *Il divorzio in Europa*, loc. ult. cit.).

<sup>63</sup> Cfr. OBERTO, *Il divorzio in Europa*, cit., p. 131.

<sup>64</sup> Per l'evoluzione storica si fa rinvio a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 3 ss.

coppie che intendano imprimere una funzione «perequativo-compensativa» all'assetto patrimoniale del loro rapporto, ciò possono senz'altro fare, puramente e semplicemente... astenendosi dall'optare per un regime diverso da quello legale!<sup>65</sup>.

Analoghe critiche merita un'altra decisione delle nostre Sezioni Unite, questa volta emessa nel 2021, la quale compie qualche riferimento comparatistico in relazione al dibattuto tema della sorte dell'assegno divorzile, nel caso in cui l'ex coniuge beneficiario instauri una convivenza di fatto con altro soggetto<sup>66</sup>.

L'approccio, peraltro, appare anche qui meramente descrittivo, limitato, com'è, da un lato, alla constatazione per cui il nostro ordinamento risulta sul punto specifico silente, a differenza di quanto accade altrove<sup>67</sup> e, dall'altro, al rilievo in base al quale non è consentito nel nostro Paese al giudice di emettere la condanna di una parte al pagamento, anziché di una

---

<sup>65</sup> Un brevissimo spunto di diritto comparato, precisamente un riferimento al codice civile tedesco, si rinviene anche in un'altra sentenza di legittimità successiva a quella delle Sezioni Unite sull'assegno divorzile (Cass., 9 agosto 2019, n. 21228). Si legge, infatti, che «sciolto il primo vincolo coniugale, ciascun ex coniuge, volendo esprimere il concetto con le parole del *BGB*, deve provvedere al proprio mantenimento» (riferimento, questo, al già ricordato § 1569 *BGB*). Peraltro la corretta premessa è utilizzata al solo fine di pervenire all'assai più discutibile conseguenza secondo cui, invece, nell'ordinamento italiano, tale principio sarebbe «derogato, oltre che nel caso di non autosufficienza di uno degli ex coniugi, nel caso in cui il matrimonio sia stato causa di uno spostamento patrimoniale divenuto ingiustificato *ex post* dall'uno all'altro coniuge, spostamento patrimoniale che, in tal caso, e solo in tal caso, va corretto attraverso l'assegno, in funzione compensativo-perequativa».

<sup>66</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1390, con nota di QUADRI; *Foro it.*, 2022, I, c. 179, con nota di CASABURI.

<sup>67</sup> «... diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti Europei anche molto vicini al nostro: in Francia l'art. 283 del *code civil* prevede al comma 1, che l'assegno di divorzio cessa in caso di nuove nozze, e al comma 2, che anche un concubinage notoire faccia cessare di pieno diritto la pretesa dell'ex coniuge all'assegno di divorzio; in Spagna, l'art. 101 del *codigo civil*, al comma 1, dispone che il diritto all'assegno di divorzio si estingue per la contrazione di nuovo matrimonio o a causa di una convivenza con un'altra persona (*por vivir maritalmente con otra persona*); in Germania, il principio fondamentale, enunciato dal par. 1569 *BGB*, a seguito della riforma del 2007, è quello della autoresponsabilità, per cui dopo il divorzio, ciascuno dei coniugi deve, salvo ipotesi particolari, farsi carico del proprio mantenimento)» (cfr. Cass., Sez. Un., 5 novembre 2021, n. 32198, cit.).

somma periodica di denaro, di una prestazione *una tantum*, eventualmente anche rateizzabile, con funzione di definitiva, unitaria definizione economica post-coniugale<sup>68</sup>.

Principio, quest'ultimo, di cui la dottrina più accorta, già da tempo, sollecita una rivisitazione nell'ottica di riconoscere all'organo giudicante il potere di ordinare, ove lo ritenga opportuno, la corresponsione di una prestazione in unica soluzione (in forma capitale o mediante attribuzione di uno o più beni), individuando altresì una serie di criteri «oggettivi» – sulla falsariga di quelli individuati al legislatore francese all'art. 271 *code civil* – cui attenersi per un'equa quantificazione del dovuto<sup>69</sup>.

Inutile dire che, anche in questo caso, la soluzione data dalla Cassazione, nella citata decisione sul rilievo della convivenza *more uxorio*, in merito all'assegno di divorzio, appare paradossale<sup>70</sup>.

Non aver colto la «lezione straniera» sulla necessità di un'equiparazione completa (ai fini, ovviamente, della cessione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno) tra passaggio a nuove nozze e inizio di una stabile convivenza di fatto non solo

---

<sup>68</sup> La motivazione prosegue qui osservando che «La previsione di una *prestation compensatoire* a liquidazione definitiva dei rapporti, disposta dal giudice, esiste in Francia (art. 270 e segg. *code civil*), al verificarsi di circostanze particolari in Svizzera (art. 126 *code civil*), in Spagna, (in cui l'art. 97 del *codigo civil* prevede che “El conyuge al que la separacion o el divorzio produzca un desequilibrio economico en relacion con la posicion del otro, que implique un empeoramiento en su situacion anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensacion que podrá consistir en una pension temporal o por tiempo indefinido, o en una prestacion Cinica, segun se determine en el convenio regulador o en la sentencia”), ed anche in Germania, ove il par. 1585 *BGB* prevede che il beneficiario possa ottenere, in luogo della contribuzione in forma pecuniaria periodica, una liquidazione capitalizzata, in presenza di un motivo rilevante e purchè l'onere non ne risulti iniquamente gravato» (cfr. Cass., Sez. Un., 5 novembre 2021, n. 32198, cit.). Sull'argomento relativo all'impossibilità per il giudice italiano di emettere una condanna al pagamento di una somma *una tantum* e ai relativi riscontri di diritto comparato, v. per tutti C. IRTI, *Il futuro del pagamento una tantum all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 63 ss.

<sup>69</sup> Cfr. *ex multis* QUADRI, «C'è qualcosa di diverso» oggi nell'assegno di divorzio, «anzi d'antico», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1715 ss., spec. 1724 e ivi per altre indicazioni bibliografiche.

<sup>70</sup> Per un'efficace critica della decisione si fa rinvio anche a AL MUREDEN, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile “compensativo” tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 113 ss.

ha dato vita ad una «lettura interpretativa (...) eccentrica nel complessivo panorama dei sistemi giuridici europei»<sup>71</sup>, ma sembra aver fatto dimenticare ai nostri giudici, anche sul piano meramente interno, una verità quasi banale.

Vale a dire: la circostanza stessa che la legge italiana preveda (e da sempre!) la perdita totale e irreversibile dell'assegno nel caso di passaggio del beneficiario a nuove nozze, comprova in modo irrefutabile che l'assegno divorzile *non ha, non può e non potrà mai avere una funzione «perequativo-compensativa»*. Funzione, quest'ultima, che – se ci si passa l'espressione ardita – «guarda esclusivamente al passato» e che, come tale, ove fosse esistente (ma non lo è!), dovrebbe allora *necessariamente* sopravvivere anche alle nuove nozze del beneficiario, posto che queste non possono, né potranno mai, come tali, cancellare d'un tratto i *benemerita* (pochi o tanti che siano stati) eventualmente acquisiti durante la vita coniugale.

La funzione «perequativo-compensativa» guarda, come detto, inevitabilmente nello specchietto retrovisore, ispirata come è all'idea dell'acquisto di un diritto per ciò che si è fatto<sup>72</sup>, laddove il passaggio a nuove nozze non può certo cancellare, come tale, quel passato. *Ergo*, se la funzione dell'assegno fosse (solo o anche) perequativo-compensativa, questo diritto non andrebbe irrimediabilmente e totalmente perso con la celebrazione di un nuovo matrimonio. E allora, di grazia, perché se ciò vale per il matrimonio, lo stesso non dovrebbe valere per la libera unione?

Insomma, la giurisprudenza italiana in tema di assegno di divorzio sembra voler confermare il principio secondo cui l'argomento comparatistico non possiede valore di per sé, ma solo allorquando esso viene correttamente costruito e utilizzato, dovendo essere, in caso contrario, accuratamente evitato.

E qui dovrà dirsi, semmai, che, a ben vedere, gli estremi di un corretto uso del citato argomento possono rinvenirsi,

---

<sup>71</sup> Così, più che condivisibilmente, si esprime AL MUREDEN, *op. loc. ultt. citt.*

<sup>72</sup> E anche per ciò che non si è fatto: si pensi alle rinunzie di un coniuge a crearsi una posizione professionale o a migliorare quella esistente, secondo un assai fortunato «argomento strappalacrime», sovente addotto in giurisprudenza e in dottrina.

paradossalmente, assai più spesso nella giurisprudenza di merito, che non in quella di legittimità.

Si è già detto della casistica di merito sul *trust* familiare e sugli accordi in vista del divorzio<sup>73</sup>. Rimanendo, invece, sempre in tema di assegno divorzile, dovrà qui segnalarsi un'interessante decisione siciliana, la quale ha negato la natura di obbligazione naturale in merito alla situazione determinatasi dalla corresponsione da parte di un ex marito alla propria ex moglie di svariate mensilità a titolo di assegno di divorzio, pur dopo il passaggio a nuove nozze da parte di quest'ultima (che si era, ovviamente, ben guardata dal notiziare il proprio ex coniuge di tale evento). Argomentando, quindi, dal principio di autoresponsabilità, alla luce del diritto internazionale e comparato, il tribunale messinese ha escluso che il nostro principio di solidarietà postconiugale potesse essere esteso al punto di consentire di ravvisare l'esistenza di un dovere morale o sociale *ex art. 2034 c.c.* «di corrispondere delle somme all'ex coniuge che sia passato a nuove nozze»<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> V. *supra*, § 4.

<sup>74</sup> L'azione di ripetizione d'indebito proposta dall'ex marito è stata quindi accolta, sulla scorta della constatazione che «si è ormai affermato un diverso modo di guardare alle seconde unioni, anche solo di fatto, riconoscendo un diritto del singolo a costituire una nuova famiglia, diritto che è riconosciuto anche da fonti sovranazionali, in particolare dall'art. 12 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dall'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali della Unione Europea, norme enunciative principi che sono stati espressamente richiamati anche in decisioni della Suprema Corte (in questo senso Cass.6289/2014). Anche nelle legislazioni degli altri paesi emerge una visione della solidarietà post coniugale ormai mutata. Ad esempio nei paesi di *common law*, in base proprio alla affermazione del principio di autoresponsabilità, comincia a prevedersi una tutela assistenziale-riabilitativa e tendenzialmente limitata nel tempo per il coniuge reduce da un matrimonio di breve durata, ancora in giovane età e non gravato dall'impegno richiesto per l'accudimento dei figli, oltre che scelte legislative che impongono una definizione *una tantum* delle conseguenze economiche del divorzio (ad esempio l'adesione alla c.d. *clean break theory* consente di risolvere il problema dei riflessi patrimoniali del divorzio mediante l'attribuzione di una somma *una tantum (lump sum)* o l'assegnazione al coniuge economicamente debole di uno o più beni appartenenti all'altro, limitando ad ipotesi residuali il pagamento di somme periodiche a titolo di mantenimento. Ma anche in ordinamenti di *civil law*, più affini al nostro, sono stati introdotti in tempi relativamente recenti strumenti idonei a conciliare l'esigenza di mantenimento del coniuge economicamente debole con quella di evitare il protrarsi di posizioni di interdipendenza economica successivamente al divorzio. Così, ad esempio, nell'ordinamento francese, la corresponsione della *prestation*

Continuando a parlare di divorziati, appare pure stimolante l'attenzione prestata dalla Corte d'appello di Milano alla tematica delle germaniche attribuzioni patrimoniali tra coniugi (*ehebezogene Zuwendungen*). E se è vero che, nella specie, trattavasi di controversia nella quale il giudice italiano era chiamato – in base ai principi di diritto internazionale privato – a far applicazione del diritto tedesco, il richiamo «imposto»<sup>75</sup> a quella giurisprudenza d'oltre Reno appare comunque, anche per i rapporti giuridici nostrani, di grande interesse, *lato sensu*, culturale<sup>76</sup>.

Siffatto costruito dogmatico, invero, legato come è alla teoria germanica della presupposizione, consente di ritenere, a determinate condizioni, ripetibili molte di quelle prestazioni «a senso unico», operate durante la convivenza coniugale, che da noi invece si vedono opporre *fins de non recevoir* sovente dipendenti all'erroneo modo con cui le pretese restitutorie vengono presentate (emblematico il caso del supposto «mutuo» *inter coniuges*), come chi scrive ha cercato di dimostrare in svariate distinte sedi<sup>77</sup>.

---

*compensatoire* deve essere effettuata, ove possibile, mediante l'attribuzione *una tantum* di una somma di denaro o di un bene immobile (art. 270 *code civil*) e, solo in caso di mancanza di risorse sufficienti in capo al coniuge economicamente forte, può essere assolta mediante pagamenti periodici (art. 275 *code civil*). Il codice spagnolo, da ultimo, annovera quale causa estintiva del diritto a percepire l'assegno divorzile, oltre al passaggio a nuove nozze, anche la formazione di una famiglia non fondata sul matrimonio. Alla luce di tale *excursus* può affermarsi che nella c.d. “morale sociale” di cui all'art. 2034 c.c. non possa ritenersi sussistente un dovere morale e sociale di corrispondere delle somme all'ex coniuge che sia passato a nuove nozze»: cfr. Trib. Messina, 19 febbraio 2021, in *Leggi d'Italia*.

<sup>75</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>76</sup> Cfr. App. Milano, 31 marzo 2022, in *Leggi d'Italia*. Da notare che, nella specie, il giudice di secondo grado ha confermato il rigetto della domanda restitutoria avanzata da parte dell'ex marito, il quale non aveva allegato e provato i presupposti che giustificavano il sorgere del diritto alla restituzione dell'elargizione coniugale. Presupposti che, secondo la giurisprudenza tedesca, dipendono «dalla durata della convivenza, dall'età delle parti, dalla natura e dall'entità delle prestazioni svolte da entrambe le parti nel matrimonio, dall'ammontare dell'utile patrimoniale attuale che ne è derivato, nonché dalla situazione del reddito e del patrimonio».

<sup>77</sup> Cfr., anche per ulteriori richiami, OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già

## 6. Argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri, tra passato e presente, nel contesto del dialogo tra corti

Si è osservato che l'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano, pratica che ricomprende modelli culturali, istituti, sentenze, appartenenti ad altre esperienze, utilizzati per risolvere problemi giuridici di diritto interno, ha una storia molto ricca<sup>78</sup>, iniziata nell'800 con l'influenza del diritto francese<sup>79</sup>. In realtà, va ricordato che già da epoca molto precedente, ai tempi, cioè, del diritto comune, i grandi tribunali italiani e stranieri citavano liberamente – a commento delle fonti romanistiche che erano chiamati ad applicare – dottrina e giurisprudenza «senza frontiere»<sup>80</sup>.

Per secoli, dunque, dottrina e giurisprudenza suggerirono e favorirono il richiamo alla *lex alii loci*. E ciò, si badi, non solo in relazione a materie non comprese nel *Corpus giustiniano* (si pensi ai temi degli uffici venali o del diritto del mare), ma anche e proprio con riferimento al diritto romano<sup>81</sup>, in particolare allorquando questo «in casu controversiae desit, ut frequenter contingit, quoniam plura sint negotia, quam sint leges, unde propterea in dies contingunt casus novi». E qui, in difetto di soluzioni anche nel diritto canonico, si sosteneva che

---

diretto da Piero Schlesinger, continuato da Francesco Donato Busnelli, Milano, 2005, p. 372 ss.

<sup>78</sup> Guido Alpa la riassume in cinque periodi in ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, p. II ss. della presentazione del volume di SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.

<sup>79</sup> Così, ad esempio, i tribunali del Regno di Piemonte e Sardegna continuarono ad applicare sin oltre la metà del XIX secolo la comunione legale francese alle coppie che avevano contratto matrimonio sotto il vigore del *Code Napoléon*, prima della restaurazione: cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., p. 32, nt. 105.

<sup>80</sup> Cfr. GORLA, *Il ricorso alle leggi di un «luogo vicino» nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 89 ss.; ID., *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, *ivi*, 1977, V, c. 91 ss., spec. 110 s.

<sup>81</sup> Così anche GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, cit., c. 110 s.

«tunc recurrendum est ad leges aliorum Regnorum, vel principatuum adjacentium»<sup>82</sup>.

Questo ricorso al diritto straniero venne spinto al punto da portare un giurista italiano dello spessore del Cardinal De Luca a teorizzare una «specie d'uso comune, cioè che, o tutti, o la maggior parte dei tribunali del nostro mondo civile comunicabile, il quale viva con l'uso delle leggi, seguiti un opinione, e che questa ancora sia più adattata alli costumi de' paesi e de' popoli, & al comun discorso naturale, sicchè l'altra opinione sia contraria a tutto ciò, ed abbia qualche ripugnanza alla ragion naturale, ovvero al comun sentimento. Dovendosi seguire quelle opinioni, le quali verisimilmente siano per essere seguitate, & abbracciate da tutti gli altri Magistrati e Tribunali, & in tutti i paesi, e non fermare quelle opinioni, le quali restino singolari nel proprio paese»<sup>83</sup>. Si tenga presente che, in questo periodo dei secoli XVI-XVIII, i concetti e i principi base dello *ius commune* come *communis interpretatio*, o come comunicazione di essa, sono non già (o non solo) il frutto di elaborazioni dottrinali raffinate, ma una vera e propria «creazione giurisprudenziale», come autorevolmente

---

<sup>82</sup> Così DE LUCA, *De Judiciis, Pars I, Disc. XXV*, in DE LUCA, *Theatrum veritatis & justitiae, Liber decimusquintus*, Venetiis, 1706, p. 117. L'eminente prelado e giurista suggeriva quindi, in particolare, il ricorso «ad leges Partitarum Hispaniae, utpote desumptas pro majori parte ab eisdem legibus civilibus post earum inventionem, ac etiam ad alienas leges ejusdem Hispaniae, quae dicuntur *fori*, utpote in notabili parte derivatae quoque a dictis legibus, & ex Codice qui per Reges Gothorum ad aemulationem Codicis Justiniani, compositus fuit». Il richiamo era alle *siete partidas del Rey don Alfonso el Sabio* (su cui v. per es. *La siete partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejada con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1807) e ai *Fueros*, vale a dire le forme maggiormente risalenti del diritto locale spagnolo, che trovarono diffusione nella penisola iberica attorno all'XI secolo. I *fueros breves* erano brevi raccolte di consuetudini che nel corso dell'XI e del XII secolo si consolidarono, diventando così note con il nome di *Fueros extensos*; tra esse cfr. in particolare il *Fuero Juzgo* del XIII secolo (1241), che è una versione in lingua castigliana del *Liber Iudiciorum* (654 d.c.), una compilazione di leggi territoriali che derivano dalle norme consuetudinarie importate dall'esperienza dei Visigoti nella Spagna del V e VI secolo. Altre esperienze del genere si registrano in Navarra (*Fuero general de Navarra*) e Aragona (*Fuero de Aragon*).

<sup>83</sup> DE LUCA, *Dello stile legale*, in DE LUCA, *Theatrum veritatis & justitiae, Liber decimusquintus*, III, Venetiis, 1706, p. 164.

confermato da Gino Gorla, sulla base di un attento studio di svariati precedenti dell'epoca<sup>84</sup>.

Tale prassi venne, però, interrotta dal processo di «nazionalizzazione» della produzione del diritto, culminato con l'epoca delle c.d. moderne codificazioni. Peraltro, la comunicazione di modelli normativi, culturali e decisionali riprese ben presto, favorita dall'imporsi a livello europeo (con la forza delle armi, prima, e con quella della persuasione, dopo) del *Code Napoléon*: si pensi solo all'imponente lavoro di traduzione in italiano (specialmente a Torino, Napoli e Palermo, ovviamente per la presenza del Codice Albertino e del Codice per lo Regno delle Due Sicilie), in particolare nella prima metà del secolo XIX, delle opere di Merlin, Demolombe, Toullier, Duranton, Troplong, Marcadé, Zachariae, Aubry, Rau, Laurent e tanti altri. Per non parlare poi, sul versante germanico, delle importantissime traduzioni (qui nella seconda metà dell'Ottocento e nei primi del Novecento, sovente arricchite da commenti di grandi giuristi nostrani) di molti trattati della pandettistica tedesca: Glück, Savigny, Arndts, Dernburg, Windscheid, etc.

Il «mondo civile», per dirla con il Cardinal De Luca, continuava dunque ad essere «comunicabile». E tale comunicabilità ha raggiunto negli ultimi decenni punte di una certa intensità con il fenomeno della mondializzazione. La ripresa d'attenzione verso decisioni promananti da realtà culturali e statuali diverse ha, invero, conosciuto negli anni più recenti un processo d'accelerazione, anche per effetto dell'influsso di fonti non autoctone, segnatamente di diritto comunitario ed eurounitario (pur non essendo, ovviamente, quest'ultimo un diritto straniero rispetto all'ordinamento italiano)<sup>85</sup>. Infatti, gli ordinamenti statali non sono più così nettamente separati tra loro, per effetto della sempre più intensa circolazione di idee e di culture che ha favorito anche la circolazione delle esperienze giuridiche, portando al c.d. *dialogo tra le Corti*, di cui si dirà tra breve.

Comunque stiano le cose, alla giurisprudenza italiana sullo specifico tema dei rapporti patrimoniali della famiglia –

---

<sup>84</sup> GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, cit., c. 99 ss., 109 ss.,

<sup>85</sup> COMEGNA, *Il precedente giurisprudenziale in common law e nell'ordinamento italiano*, cit., p. 235.

globalmente considerata, ma in particolare a quella di legittimità – sembra mancare quella capacità di apertura verso le esperienze straniere, che pure ha cominciato a far capolino in altri settori del nostro diritto civile<sup>86</sup>.

Si pensi, tanto per portare un primo esempio, alle pronunce italiane relative alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale (CISG), in relazione alle quali, malgrado sporadiche resistenze, va facendosi strada anche da noi l'idea di uno *stare decisis* e di un diritto vivente sovranazionali, risultanti dal dialogo aperto fra le corti, anziché dall'opera armonizzatrice del legislatore UE<sup>87</sup>. Certo, in questa peculiare fattispecie stiamo pur sempre parlando di decisioni in tema di vendita internazionale, per cui la presenza di un elemento di internazionalità *naturaliter* favorisce la considerazione dell'eventuale precedente straniero sulla questione oggetto di giudizio. Il tutto, tra l'altro, nel contesto di un *milieu* giuridico internazionale nel quale non fanno certo difetto coraggiose iniziative d'uniformazione. Si pensi, ad esempio, al *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cioè al progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo, che offre alcune considerazioni su un futuro strumento opzionale per un diritto

---

<sup>86</sup> Rileva opportunamente ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile*, in AA.VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Milano, 2006, p. 41, che le sentenze connotate da un uso giurisprudenziale della comparazione giuridica sono probabilmente molte di più di quelle che si riesce faticosamente a rintracciare. Il sistema di massimazione delle pronunce e, quindi, della loro classificazione e circolazione in ambito accademico e professionale, è infatti fondato sulla *ratio decidendi*, laddove la citazione della sentenza straniera rientra nella maggioranza dei casi nell'alveo degli *obiter dicta*. Necessiterebbe, quindi, osserva l'autore, una lettura integrale delle migliaia di pronunce depositate ogni anno dal Supremo Collegio e dalle corti di merito. Per GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica, Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7, cit., p. 4 ss., 6, «fuori dall'ambito di applicazione dei trattati internazionali e delle norme straniere richiamate da criteri di collegamento di diritto internazionale privato, i riferimenti alle esperienze straniere sostanzialmente scompaiono dal panorama della nostra giurisprudenza».

<sup>87</sup> FERRANTE, *L'uso del precedente straniero nella giurisprudenza italiana fra Convenzione di Vienna e futuro regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. e impr. Europa*, 2015, p. 512 ss.

comune europeo della vendita<sup>88</sup> (progetto, questo, da cui peraltro, come noto, il diritto di famiglia viene pur sempre rigorosamente escluso).

D'altro canto, come pure osservato in dottrina<sup>89</sup>, nella giurisprudenza civile di legittimità l'uso della comparazione – come detto, sempre in settori generalmente lontani da quello dei rapporti patrimoniali delle famiglie – non è certo nuovo, essendo utilizzato soprattutto con riferimento a temi dalle importanti implicazioni etiche. L'esempio più noto tra le decisioni meno remote è quello relativo al «caso Englaro», nel quale l'esame degli ordinamenti americano, inglese, tedesco, francese occupa uno spazio di centrale importanza<sup>90</sup>.

Ulteriori esempi si ritrovano in tema di stato civile del transessuale<sup>91</sup>, di maternità surrogata<sup>92</sup>, o, ancora, di malformazioni del nato non diagnosticate dai medici (c.d. *wrongful life*)<sup>93</sup> o, in generale, di *malpractice* medica<sup>94</sup>, o, ancora, di danno indiretto ai familiari delle vittime di un sinistro<sup>95</sup>. Il ricorso alla comparazione giuridica da parte della nostra Cassazione avviene anche nella risoluzione di questioni tecniche legate al tema della responsabilità civile: ad esempio,

---

88

Cfr.

<https://www.dsg.univr.it/documenti/OccorrenzaIns/matdid/matdid197976.pdf>, su cui v. per tutti MAGRI, *L'armonizzazione del diritto europeo attraverso il DCFR*, in AA. VV., *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, a cura di P. Gallo, G. Magri e M. Salvadori, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, 5/2017, p. 87 ss.

<sup>89</sup> SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, cit., p. 294 ss.

<sup>90</sup> Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748. Per un commento critico, anche con riferimento all'uso della comparazione si veda la nota di GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 107 ss.

<sup>91</sup> Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 1173.

<sup>92</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 296, su cui v. anche SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, in AA.VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, cit., p. 104.

<sup>93</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488.

<sup>94</sup> SALVETTI, *L'utilizzo del diritto comparato nella giurisprudenza italiana in tema di fatti illeciti*, in AA. VV., *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, a cura di P. Gallo, G. Magri e M. Salvadori, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, cit., p. 138 ss.; RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, in *Ricerche giuridiche*, 2012, p. 157 ss.

<sup>95</sup> RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, cit., p. 155 s.

in materia di responsabilità per danno da cose in custodia, ex art. 2051 c.c. c.c., in cui è frequente il richiamo alla giurisprudenza francese<sup>96</sup>, a proposito di contratto con effetti protettivi a favore del terzo<sup>97</sup>, o, ancora, in tema di applicabilità della regola del concorso di colpa del danneggiato alla pubblica amministrazione<sup>98</sup>, di responsabilità del produttore<sup>99</sup>, o di «danni punitivi»<sup>100</sup>. Per non parlare poi della tutela degli interessi diffusi, dove il *revirement* favorevole delle Sezioni Unite<sup>101</sup> appare in non piccola parte motivato «con il desiderio di porre fine ad una situazione di isolamento del nostro sistema giuridico che diventava sempre più insostenibile a fronte dell'avanzare del processo di integrazione europea»<sup>102</sup>

Altre volte, poi, la Suprema Corte ricorre alla comparazione anche con riferimento al sistema delle fonti, come quando afferma che, sebbene non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, tale principio costituisce tuttavia un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa<sup>103</sup>.

Considerazioni analoghe valgono, probabilmente, per la giurisprudenza costituzionale, nel contesto di quel dialogo tra corti che, come da chi scrive già rilevato in altra sede<sup>104</sup>, contribuisce alla costruzione di «passerelle che collegano ordini

---

<sup>96</sup> Cass., 20 maggio 1998, n. 5031, in *Giur. it.*, 1999, 713; v. anche RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, cit., p. 157 ss.

<sup>97</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446.

<sup>98</sup> Cass., 3 dicembre 2002, n. 17152, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1802, in cui il tema viene affrontato attraverso una rivisitazione della distinzione tra *contributory negligence* e *comparative negligence*.

<sup>99</sup> SALVETTI, *op. cit.*, p. 135 s.

<sup>100</sup> SALVETTI, *op. cit.*, p. 140 ss.

<sup>101</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487, con nota di PALMIERI e PARDOLESI.

<sup>102</sup> Così GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, cit., p. 9 s.

<sup>103</sup> Cass., 23 febbraio 1996, n. 1999; Cass., 13 maggio 2003, n. 7355.

<sup>104</sup> Cfr. OBERTO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 173 ss.

nazionali e sopranazionali». La felice immagine del giudice come «costruttore di passerelle tra ordinamenti»<sup>105</sup>, invero, sta conoscendo a livello europeo numerosi esempi concreti, anche al di là dei temi dei diritti fondamentali e certamente appare collegata all'idea dell'uso del precedente straniero. Argomento, quest'ultimo, che specie in diritto costituzionale e comparato (ma, generalmente, al di fuori dei temi del diritto di famiglia o del diritto civile in senso stretto), ha suscitato grandissima attenzione tra gli interpreti<sup>106</sup>, anche se con valutazioni non sempre favorevoli<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> L'espressione è di CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 3 ss., 41 ss. (cfr. anche ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, p. 136 ss., 146).

<sup>106</sup> In generale sul tema dell'efficacia del precedente straniero e sull'uso della comparazione nel diritto interno italiano cfr. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., *passim*; AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 7, Milano, 2004, *passim*; AA.VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Milano, 2006, *passim*; FINE, *El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 6/2006, p. 327 ss.; SPERTI, *Il dialogo fra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, p. 125 ss.; TORSSELLO, *Il valore del precedente extrastatuale nell'applicazione del diritto interno: circolazione del formante giurisprudenziale e uso della giurisprudenza straniera nelle corti italiane*, in *Contr. e impr. Europa*, 2009, p. 6 ss.; PETRONE, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, p. 184 ss.; COMEGNA, *Il precedente giurisprudenziale in common law e nell'ordinamento italiano*, cit., p. 223 ss.; BERTEA e SARRA, *Dialettica del precedente - Appunti per una collocazione teorica dell'uso del precedente straniero*, in *Ars interpretandi*, 2016, p. 13 ss.; GAMBARO, *Note in tema di uso forense dei precedenti giudiziari*, in AA. VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*. Scritti in onore di Giovanni Furguele, Tomo I, a cura di Conte e Landini, Mantova, 2017, p. 173 ss.

Per alcuni studi comparatistici con le esperienze di *common law* in materia di precedente giudiziario cfr. DE FRANCHIS, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di «civil law» e di «common law» (accenni comparatistici)*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 91 ss.; MATTEI, *Stare decisis*, Milano, 1988, *passim*; ID., *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 148 ss.; GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, *passim*; ANTONIOLLI, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 133 ss.; AA. VV., *The Use of Comparative Law by Courts*, a

## 7. Argomenti comparatistici e richiami a precedenti stranieri: relative possibili categorizzazioni

Per completezza dovrà, a questo punto, aggiungersi che svariati studiosi si sono anche spinti a proporre vere e proprie forme di categorizzazione dell'uso giurisprudenziale del precedente giudiziario straniero<sup>108</sup>.

La prima categoria potrebbe essere definita come quella del richiamo comparatistico (e del precedente giudiziario straniero) «imposto», laddove, in presenza di fattispecie che presentano caratteri di internazionalità o di transnazionalità, il giudice interno è chiamato a dare riconoscimento a leggi e decisioni straniere. Un'applicazione, dunque, «necessaria e istituzionale» del diritto e del precedente «alieni», connotata dal fatto che il giudicante è tenuto ad utilizzare il diritto straniero,

---

cura di U. Drobnig e S. van Herp, The Hague, 1998, *passim*; TARUFFO, *Il giudice e la rule of law*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 931 ss.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 709 ss.; LEFLER, *A Comparison of Comparison: Use of Foreign Case Law as Persuasive Authority by the United States Supreme Court, the Supreme Court of Canada, and the High Court of Australia*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 11:165, 2001, p. 165 ss. (in <https://gould.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/11-1-%20Lefler.pdf>); SERIO, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, suppl. al n. 1, p. 109 ss.; CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione civil law-common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1003 ss.; BALAKRISHNAN, *The Role of Foreign Precedents in a Country's Legal System*, in *National Law School of India Review*, Vol. 22, No. 1 (2010), p. 1 ss.; AA. VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di Groppi e Ponthoreau, Oxford, 2013, *passim*; BERTEA e SARRA, *Foreign Precedents in Judicial Argument: A Theoretical Account*, in *SSRN Electronic Journal*, January 2014, p. 128 ss.; LE QUINIO, *Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2014, p. 581 ss.; CRISCUOLI e SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2016, p. 267 ss.

<sup>107</sup> Su questo profilo specifico v. *infra*, § 8.

<sup>108</sup> Cfr. PETRONE, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., p. 184 ss., 190 ss.; v. inoltre COMEGNA, *Il precedente giurisprudenziale in common law e nell'ordinamento italiano*, cit., p. 236 ss.

atteso che la fattispecie posta alla sua cognizione presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno<sup>109</sup>. A rigore, anzi, si dovrebbe qui dire che, addirittura, si esula dalla materia oggetto della presente indagine, volta ad accettare se e in qual misura la comparazione e il precedente straniero siano invocati dai giudici italiani per risolvere questioni puramente «interne».

La seconda categoria potrebbe essere rappresentata dal precedente giudiziario straniero meramente «suggestionato» dalla sua persuasività in relazione ad una situazione interna, mentre potremmo parlare di precedente «risolutivo», allorquando, grazie al richiamo al diritto straniero, diviene possibile per il giudice domestico risolvere il caso sottopostogli. Sovente si parla al riguardo anche di un «uso complementare del diritto extrastatuale»<sup>110</sup>.

Ancora, si parla di uso «esonerativo» per l'utilizzo di un precedente alieno che vada esclusivamente a rafforzare l'argomentazione del giudice, come accade con l'utilizzo delle citazioni dottrinarie (peraltro vietate, come noto, al giudice nostrano, a differenza di ciò che accade in svariati ordinamenti stranieri)<sup>111</sup>.

Ulteriormente si discorre di uso «erroneo» del diritto straniero, qualora questo sia stato richiamato equivocandone il contenuto<sup>112</sup>. Si parla invece di uso «alternativo» o «contrapposto» del precedente straniero per trattare dell'ipotesi in cui questo viene inserito in una motivazione che conclude

---

<sup>109</sup> Sul punto, SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 12. ss. Cfr. poi anche i rilievi di VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, in AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 7, cit., p. 15 ss., che, a sua volta, sottostingue tra: a) applicazione del diritto straniero in forza delle nostre norme di d.i.p., b) applicazione del diritto straniero in forza di convenzioni di diritto uniforme e c) applicazione del diritto straniero in forza di convenzioni internazionali specifiche di settore.

<sup>110</sup> Cfr. JAYME, *Precedente e «Rechtsfortbildung» nel sistema tedesco dell'illecito civile*, in *Foro it.*, 1988, V. c. 366 ss.

<sup>111</sup> Cfr. PETRONE, *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana dagli anni '50 ad oggi*, cit., p. 184 ss., 190 ss.; v. inoltre COMEGNA, *Il precedente giurisprudenziale in common law e nell'ordinamento italiano*, cit., p. 236 ss.

<sup>112</sup> Per un esempio concreto si pensi al già citato caso della comunione legale «a mani riunite», su cui v. *supra*, § 3.

però in modo divergente. Talora, poi, si fa un uso «clandestino» del diritto straniero, nel senso che lo si richiama in modo non esplicito, facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati al fine di ricavarne la motivazione che farà da supporto all'interprete nazionale<sup>113</sup>. Si noti che, secondo qualche osservatore straniero, quest'ultimo sarebbe proprio un *modus procedendi* tipico dei giudici italiani che, esattamente come quelli francesi, sarebbero soliti utilizzare con una certa continuità e talvolta anche con invidiabile padronanza il diritto straniero, senza però farne quasi mai menzione nelle proprie decisioni (*doing it, but not admitting*)<sup>114</sup>: conclusioni, queste, che definire azzardate è dir poco...

Infine è possibile un utilizzo del precedente alieno come «mero sfoggio di erudizione»<sup>115</sup>, ciò che avviene quando la menzione dell'esperienza estera ha funzione puramente – per così dire – ornamentale, spesso al solo scopo di frenare impulsi evolutivi dell'ordinamento richiamante<sup>116</sup>.

## **8. Conclusioni. Correttezza e utilità dell'argomento comparatistico e della citazione del precedente straniero anche nel campo dei rapporti patrimoniali della famiglia**

Tornando sulla questione dell'ammissibilità dell'uso dell'argomento comparatistico e della citazione del precedente straniero anche nel campo dei rapporti patrimoniali della famiglia, va detto che piuttosto note sono le opinioni «nichiliste» di un giurista della caratura di Richard Allen Posner, pronto a fustigare senza mezzi termini la pratica dei giudici della *U.S. Supreme Court* di citare precedenti stranieri, al punto di parlare della stessa Corte in termini (canzonatori) di

---

<sup>113</sup> Ancora una volta è il caso, già ampiamente citato, della comunione legale come contitolarità «a mani riunite», o comunione senza quote, nella decisione della Consulta di cui si è dato conto *supra*, § 3.

<sup>114</sup> MARKESINIS e FEDTKE, *The Judge as Comparatist*, 80 *Tul. L. Rev.*, p. 11, 26 s., ove si cita l'esempio del danno biologico e della *privacy*. Inutile dire che, in ogni caso, l'osservazione non potrebbe certo valere per il diritto di famiglia.

<sup>115</sup> SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., p. 289.

<sup>116</sup> Tale ultima definizione sembra calzare a pennello alla giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di assegno di divorzio, su cui v. *supra*, § 5.

«cosmopolitan court». Si è, così, sostenuto che «foreign decisions emerge from complex social, political, cultural, and historical backgrounds of which Supreme Court Justices, like other American judges and lawyers, are largely ignorant». Da ciò deriverebbe che «To cite foreign decisions as precedents is indeed to flirt with the idea of universal natural law, or, what amounts to almost the same thing, to suppose fantastically that the world's judges constitute a single, elite community of wisdom and conscience»<sup>117</sup>.

Ancora, sono note le osservazioni con cui Antonin Scalia ha bollato i riferimenti alle scelte operate dagli ordinamenti stranieri come *dicta* privi di significato e pericolosi, perché rischiano di imporre alla corte e alla nazione mode, manie e stati d'animo stranieri<sup>118</sup>. Il dibattito d'oltre oceano appare a tal punto acceso da aver suscitato una controversa risoluzione (peraltro non vincolante) del Congresso degli Stati Uniti, che vieta ai giudici il ricorso alla comparazione, tranne che nei casi in cui tali riferimenti servano a individuare il significato originale della norma<sup>119</sup>.

A ben vedere, del resto, le posizioni scettiche non fanno difetto neppure da noi<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> POSNER, *The Supreme Court 2004 Term. A political court*, in 119 *Harv. Law Rev.*, 2005, p. 84 ss. Il predetto giurista è del resto autore del contributo seguente, il cui titolo appare di per sé già tutto un programma: ID., *No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent in Any Way*, *LEGAL AFF.*, July-Aug. 2004, p. 40 ss. Sulla stessa linea si pone, ad es. BORK, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2004, p. 163 ss.

<sup>118</sup> 47 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 598 (2003) (Scalia J., *dissenting*). Per un atteggiamento piuttosto diffidente circa l'uso del metodo comparatistico cfr. anche KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in 37 *Mod. L. Rev.* (1974), 1, p. 15 ss. e, più di recente, LEGRAND, *The Same and the Different*, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, a cura di P. Legrand e R. Munday, Cambridge, 2003, p. 240 ss.

<sup>119</sup> Cfr. PAULUS, *From Neglect to Defiance? The United States and International Adjudication*, in *EJIL*, 2004, p. 801, che cita la «Draft H. Res. 568, 108<sup>th</sup> Congress, 2d Session, 17 March 2004».

<sup>120</sup> Cfr., ad es., SALVETTI, *op. cit.*, p. 143, che paventa, testualmente, «il pericolo di derive ideologiche, di corsa al protagonismo giudiziario, dell'aumento del rischio di disparità di trattamento fra utenti di casi simili nell'ambito interno, del c.d. *forum shopping* e, addirittura, a voler pensare male, di possibile pilotaggio delle decisioni ad opera delle parti, tramite l'opportuna scelta della norma applicabile, presa fior da fiore da uno o

Ciò detto, va però subito precisato che, a dispetto di quelle voci contrarie, gli interpreti appaiono, nella loro stragrande maggioranza, favorevoli a quel «dialogo» tra ordinamenti e corti cui si fa qui riferimento. Così, ad esempio, si sottolinea come il fenomeno di «circolazione culturale» delle giurisprudenze abbia un indubbio valore positivo per lo sviluppo del diritto contemporaneo e sia ormai, per certi versi, inevitabile, oltre che destinato a portare, prima o poi, a una convergenza di risultati<sup>121</sup>. Anche tra gli studiosi del diritto privato (comparato o meno) domina ormai l'idea, caldamente propugnata, ad esempio, da Konrad Zweigert, secondo cui la comparazione rappresenta un metodo di interpretazione «universale», utile non soltanto per la ricerca scientifica ma altresì per l'attività giudiziale, al fine di trovare soluzioni largamente accettate e condivisibili<sup>122</sup>.

Ancora, proprio a partire dalla citata teoria di Zweigert, nella dottrina italiana è stato fatto il tentativo di fondare il riferimento al diritto straniero attraverso una rilettura del secondo comma dell'articolo 12 delle preleggi, in base alla quale il ricorso a «casi simili o materie analoghe» sarebbe

---

dall'altro ordinamento estero, con la sostanziale conseguenza più che dell'armonizzazione, dell'aumento dell'incertezza del diritto».

<sup>121</sup> In questo senso cfr. ad es. G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 297 ss.

<sup>122</sup> ZWIEGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 15 (1949-1950), p. 5. L'illustre autore tedesco afferma così che l'impiego della comparazione per l'interpretazione e il superamento di lacune presenti nel diritto nazionale non dovrebbe essere più messo in discussione, l'unico problema rimanendo soltanto quello di accertare «fino a che punto» (cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 9). Per giustificare una considerazione normativa così estesa del diritto straniero, in sostanza, Zweigert invoca semplicemente l'applicazione analogica dell'art. 1 del codice civile svizzero, secondo cui nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (2° comma), aggiungendo, però, che inizialmente ciò doveva servire soltanto a colmare le lacune «nello spirito del proprio ordinamento» (cfr. *Id.*, *op. cit.*, p. 8). Per una valutazione italiana in termini positivi di siffatto insegnamento cfr. PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit., p. 454 ss., il quale giustamente soggiunge come, all'interno dello spazio giuridico europeo, la comparazione si imponga, anche da parte della giurisprudenza, per favorire l'armonizzazione del diritto vigente (e v. anche KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München, 2015, p. 68 ss.; GUARNERI, *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, 8a ed., 2018, p. 56 ss.).

ammesso anche al di fuori dei confini dell'ordinamento giuridico<sup>123</sup>, laddove, secondo una ricostruzione alternativa, la legittimità di un uso normativo della comparazione si baserebbe su una sorta di diritto internazionale consuetudinario (di volta in volta definito *jus cogens* o *jus gentium*), derivante da ciò che si pratica nelle nazioni civili e, come tale, vincolante per gli stati della comunità internazionale anche con riferimento al governo dei propri affari interni<sup>124</sup>. Frequente, in questo contesto, appare pure il richiamo al diritto naturale<sup>125</sup>.

Ancora, secondo un altro punto di vista, dal momento che la regola del precedente non è tra quelle assolute, ma è tra quelle defettibili, che possono cioè essere sconfitte da eccezioni, in taluni casi concreti si potrebbe con eccezione rilevante disapplicare la regola interna e ricorrere al precedente straniero che ad esempio tuteli determinati valori o protegga determinati interessi<sup>126</sup>.

Qualunque sia la base giuridica che si voglia indicare per il procedimento argomentativo qui in esame, la correttezza dello stesso appare di tutta evidenza, specie ove si ponga mente al fatto che, a ben vedere, non già di argomento «a parte» si tratta: di un argomento, che, cioè s'aggiungerebbe ai tradizionali procedimenti ermeneutici (letterale, logico, sistematico e teleologico). Esso rappresenta, invece, una speciale «chiave di lettura» di ciascuno di essi.

«My Lords, the discipline of comparative law does not aim at a poll of the solutions adopted in different countries. It

---

<sup>123</sup> Sul punto cfr. MONATERI e SOMMA, «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss. Cfr. anche MAGRI, *Il DCFR come «scatola per gli attrezzi» per il giudice italiano*, in AA. VV., *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, a cura di P. Gallo, G. Magri e M. Salvadori, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, cit., p. 160 ss. Sul tema cfr. anche diffusamente RIVIECCIO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica in ambito civilistico*, cit., p. 152 ss.

<sup>124</sup> WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, in *Harvard L. Rev.*, Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), p. 129 ss.; DENNINGTON, *We Are the World? Justifying the U.S. Supreme Court's Use of Contemporary Foreign Legal Practice in Atkins, Lawrence and Roper*, in *29 B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* (2006), p. 269 ss.

<sup>125</sup> Sul tema cfr. POSCH, *Juidikative Rechtsangleichung – ein Weg zur Europäisierung des Privatrechts*, in *ZeUP*, 1998, p. 521 ss.; SOMMA, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, cit., p. 101 s.

<sup>126</sup> Così ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 277 ss.

has the different and inestimable value of sharpening our focus on the weight of competing considerations. And it reminds us that the law is part of the world of competing ideas markedly influenced by cultural differences»<sup>127</sup>. In altri termini: la comparazione fornisce alla giurisprudenza paradigmi di ragionamento giuridico<sup>128</sup>, conformemente del resto alla sua funzione, per così dire, «generale» e propria del procedimento comparatistico, che è quella di servire allo «studioso non soltanto per acquisire nuove conoscenze ed assumere informazioni più ampie, ma anche per operare un confronto tra soluzioni divergenti ovvero coincidenti di ordinamenti diversi»<sup>129</sup>.

Ben lungi, quindi, dal rappresentare un approccio metodologico «epidermico»<sup>130</sup>, che, senza eseguire una vera analisi, si limita ad operare superficialmente un confronto del diritto interno con gli istituti stranieri cogliendo i profili di somiglianza e differenziazione<sup>131</sup>, la comparazione giuridica, nell'ottica qui presentata, si prefigge necessariamente di conseguire una migliore conoscenza dei dati giuridici, là dove il perseguimento di finalità ulteriori, quali, ad esempio, la promozione del modello legale migliore, rappresentano un fine eventuale<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. il *Dictum* di Lord Steyn in *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 SC (HL) 15, in <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1999/50.html>.

<sup>128</sup> SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, cit., p. 305.

<sup>129</sup> In questo ultimo senso cfr. RESCIGNO, *Introduzione*, in AA. VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, cit., p. 6.

<sup>130</sup> Sul tema cfr. VIGORITI, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., p. 14.

<sup>131</sup> Cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato in Trattato di diritto comparato*, I, Torino, 1992, p.12 ss., secondo il quale lo scopo della scienza comparatistica, come di tutte le scienze, consisterebbe semplicemente nell'incremento delle conoscenze che attengono alle differenze ed alle somiglianze tra ordinamenti.

<sup>132</sup> In tal senso, GAMBARO, MONATERI e SACCO, *Voce Comparazione giuridica, Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, III, Torino, 1988, p. 51 ss. Nel solco di tale impostazione gli autori enunciano altri due principi cardinali. Il primo consiste nella identificazione della comparazione quale scienza empirica che, alla stregua delle scienze storiche ed in contrapposizione alla dogmatica, polarizza l'attenzione sui vari fenomeni giuridici concretamente realizzatisi nel passato e nel presente. Il secondo, invece, nella precisazione che non si ha comparazione sin quando ci si limita ad un mero interscambio culturale ovvero ad un'esposizione parallela dei principi esplicitati nelle diverse aree.

Concludendo questa forzatamente sintetica indagine potrà tornarsi al tema da cui la stessa ha tratto origine<sup>133</sup>. Il richiamo alla regolamentazione straniera (in termini di mero diritto di credito) della compartecipazione differita agli incrementi patrimoniali dei coniugi, sarebbe stato più che lecito nel contesto della decisione delle Sezioni Unite del 2022 sulla natura della comunione *de residuo*, proprio perché l'istituto nostrano affonda le sue radici (pur con tutti i limiti e le contraddizioni evidenziati) negli indicati ordinamenti esteri. Un siffatto tipo di *rationale* avrebbe «funzionato», insomma, alla stessa stregua di un argomento «interno», storico o teleologico che fosse. *Simili modo*, il richiamo al principio (straniero) di autoresponsabilità degli ex coniugi<sup>134</sup> aiuterebbe a concretizzare un'interpretazione evolutiva e al passo con i tempi di una norma, quale l'art. 5 l.div., nella quale (in tutta onestà) si può leggere tutto e il contrario di tutto (o quasi), e così via.

Ciò dimostra, quindi, che neanche nella materia dei rapporti patrimoniali della famiglia (o, se si preferisce: delle «vecchie» come delle «nuove» famiglie) è valido l'asserto per cui citare decisioni straniere alla stregua di precedenti equivarrebbe «to flirt with the idea of universal natural law»<sup>135</sup>.

Tutto al contrario, la casistica riportata nel contesto del presente studio sembra dimostrare che, a dispetto del piuttosto limitato interesse che l'argomento comparatistico e il precedente straniero suscitano nei nostri giudici chiamati a risolvere controversie patrimoniali giusfamiliari, e malgrado la presenza di molti fraintendimenti ed errori, l'utilizzo giudiziale di siffatte tecniche sta cominciando a mostrare frutti positivi. E se, in relazione al diritto privato nostrano (con particolare riguardo, poi, al diritto di famiglia) è ancora troppo presto per parlare di una *globalization of law*<sup>136</sup>, l'assenza, allo stato

---

<sup>133</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>134</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>135</sup> Così invece si esprime, come già ricordato, POSNER, *The Supreme Court 2004 Term. A political court*, cit., p. 86.

<sup>136</sup> È piuttosto nota la profezia di Thomas Friedman sull'instaurarsi di una globalizzazione in ogni aspetto di un mondo divenuto ormai «piatto» (FRIEDMAN, *The World Is Flat: A Brief History Of The Twenty-First Century*, New York, 2005, p. 477 ss.). Il concetto è stato successivamente ripreso da molti studiosi e adattato ad una (reale o supposta) «globalizzazione del diritto», nel senso che «Globalization of law may be defined as the worldwide progression of transnational legal structures and discourses along the

attuale, di un «diritto mondiale di famiglia»<sup>137</sup> non deve indurci a trascurare il fatto che la globalizzazione – e, comunque, l’innegabile avvicinamento di sistemi un tempo molto distanti<sup>138</sup> – una ricca serie di conseguenze, di fatto e di diritto, sulle famiglie l’hanno già prodotta<sup>139</sup>.

Le differenze, talora sensibili, tra i vari ordinamenti e le varie giurisprudenze non impediscono, dunque, anche ai tribunali che si occupano di queste materie, di cominciare a stendere utilmente quelle famose «passerelle», di cui si parlava poc’anzi<sup>140</sup>. E, se è certamente vero che «non è tutto oro ciò che luccica nel nostro diritto giurisprudenziale»<sup>141</sup>, è senz’altro innegabile che la funzione principale del diritto comparato rispetto al formante giurisprudenziale è costituito da una

---

dimensions of extensity, intensity, velocity, and impact»: così HALLIDAY e OSINSKY, *Globalization of Law*, in 32 *Annu. Rev. Sociol.* (2006), p. 447 ss. Sul tema cfr. inoltre AUBY e SINGH, *Globalisation, Law and the State*, Oxford, 2017, p. 29 ss., i quali, tra l’altro, osservano quanto segue: «Were we to imagine, for instance, that family law is not influenced by globalisation, we would find an immediate contradiction of such a view in the legal issues raised by the increasing number of binational divorces or international adoptions»; inutile dire, però, che il fatto che l’innegabilmente crescente numero di divorzi *cross border* sollevi svariate questioni giuridiche non sembra (almeno per il momento) aver condotto ad una globalizzazione, nel senso di una regolamentazione materiale uniforme del diritto di famiglia, pur se è vero che, proprio nel settore divorzile, cominciano a delinearsi, per lo meno nel nostro continente, alcune linee di tendenza convergenti (si veda al riguardo ancora OBERTO, *Il divorzio in Europa*, cit., p. 125 ss.).

<sup>137</sup> O anche solo di un diritto europeo della famiglia: sul tema cfr. ad es. OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2008, p. 367 ss., 395 ss.

<sup>138</sup> Sul graduale avvicinamento tra common law e civil law, «sia nei metodi che nelle tecniche», cfr. ZWEIGERT e KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Milano, 1998, p. 222 ss.

<sup>139</sup> Sul tema cfr. ad es. AKAMATSU, DAMON, GUISLAIN e PEREIRA, *La famille. La mondialisation. Questions contemporaines*, Paris, 2015, *passim*; GAUDEMET-TALLON, *Le droit de la famille et la mondialisation*, 2016, in <https://academiesciencesmoraletespolitiques.fr/2016/03/14/le-droit-de-la-famille-et-la-mondialisation/>.

<sup>140</sup> V. *supra*, § 6.

<sup>141</sup> Così GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, cit., p. 11.

«funzione propulsiva che spinge verso il cambiamento del diritto vivente»<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Così sempre GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, cit., p. 10.