

Regimi patrimoniali

# Nuove famiglie e vecchi regimi

di Giacomo Oberto

L'espressione "nuove famiglie" è certamente una delle più fortunate e ricorrenti nel moderno lessico giuridico. Il presente lavoro cerca di fare il punto sul ricorso, da parte del legislatore, ma anche della dottrina e della giurisprudenza, ai tradizionali regimi matrimoniali al fine di risolvere i problemi posti, sul piano patrimoniale, dalle nuove aggregazioni familiari. L'interesse per questo tema è stato ravvivato dalla riforma del 2016, che, introducendo *ex novo* l'istituto dell'unione civile, ha ad essa esteso in modo sostanzialmente uniforme i regimi patrimoniali della famiglia fondata sul matrimonio, partendo proprio da quella comunione legale che gli studi statistici e sociologici dimostrano essere ormai ripudiata dalla stragrande maggioranza degli Italiani. Lo stesso è a dirsi per l'estensione (operata, tra l'altro, senza le opportune cautele tecniche) ai conviventi di fatto della possibilità di replicare per via convenzionale quello stesso regime legale che la legge prevede per *default* in relazione ai coniugi (e ai civilmente uniti). Lo studio si chiude con il rinnovato auspicio che il legislatore sappia trarre ispirazione da una cospicua serie di virtuosi esempi stranieri, nella predisposizione di un regime legale più conforme alle aspettative e ai timori delle famiglie attuali, magari nel contesto di una "uniformazione mite" del diritto di famiglia europeo.

*The expression "new families" is certainly one of the most successful and recurrent in modern legal vocabulary. This work seeks to take stock of the use, by the legislator, but also by legal doctrine and case law, of the "traditional" matrimonial property regimes, in order to resolve the problems posed, on the patrimonial level, by new family aggregations. Interest in this topic has been revived by the reform approved in 2016 in Italy, which, by introducing ex novo the institution of civil union, has extended to it-in a substantially uniform way-the property regimes typical of the family based on marriage, starting precisely from that legal community property, that statistical and sociological studies show is now repudiated by the vast majority of Italians. The same can be said for the extension (operated, among other things, without the appropriate technical precautions), to de facto cohabitants, of the possibility of replicating by contract that same legal regime that the law provides by default in relation to spouses (and partners of a civil partnership). The study ends with the renewed hope that the legislator will be able to draw inspiration from a large number of virtuous foreign examples, in the preparation of a legal regime more in line with the expectations and fears of current families, perhaps in the context of a "mild uniformisation" of European family law.*

## Significato dell'espressione "nuove famiglie"

L'espressione "nuove famiglie" è certamente una delle più fortunate e ricorrenti nel moderno lessico

giuridico (1). Essa viene utilizzata per lo più al fine di indicare ogni forma di unione affettiva stabile non fondata sul matrimonio: tra queste, *in primis*, la "tradizionale" famiglia di fatto (o convivenza *more uxorio*,

(1) Tra i molti contributi in proposito si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, Ferrando, *Convivere senza matrimonio: principi e regole per le nuove famiglie*, Relazione svolta al Convegno su 'Il minore nelle nuove famiglie. Tecniche di tutela e prospettive di emancipazione', L'Aquila, 13 maggio 2005, in *Minori giust.*, 2007, 77 ss.; Rescigno, *Le "nuove" famiglie*, *ibidem*, 71 ss.; AA.VV., *Genitori e figli: quali riforme per le nuove famiglie*, a cura di Laurini - Ferrando, nei *Quaderni del Notariato*, 2013, 30, *passim*; Scalisi, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.; Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1105 ss.; Conti, *Le nuove famiglie e le forme di affidamento etero familiare: la*

*giurisprudenza europea*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa* ([www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)), 2016, Newsletter n. 55; Ceccarelli - Long, *La giustizia familiare e minorile alla prova delle "nuove famiglie"*, in *Minori giust.*, 2017, 7 ss.; Olivero, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 391 ss.; Rinaldo, *Unioni civili e convivenze nell'era della codificazione delle "nuove" famiglie*, in *Riv. dir. fam.*, 2017, 976 ss.; Albanese, *La rivincita della comunione legale nelle nuove famiglie*, in *Corr. giur.*, 2019, 799 ss.; Ruotolo, *Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo*, in *Quest. giust.*, 2019, 61 ss.; AA.VV., *Le nuove famiglie*, a cura di Albanese, Pisa, 2019, *passim*; Danovi, *Sempre più complessi i dati*

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

o convivenza di fatto, come denominata dalla L. 20 maggio 2016, n. 76), che, a ben vedere, come famiglia, poi tanto “nuova” non è.

L’analisi storica ci dimostra, infatti, che l’unione affettiva stabile tra due persone di sesso diverso, non suggellata dalla celebrazione del rito nuziale, ma in qualche modo considerata sotto diversi aspetti dall’ordinamento (non foss’altro che per i problemi personali e patrimoniali che essa suscita), esiste - quale “imitazione naturale del matrimonio”, secondo

la felice espressione usata dal Troplong per designare il *concubinage* (2) - per lo meno sin da quando esiste lo stesso coniugio (3). Non solo. Essa esiste con un rilievo tale da indurre *da secoli* la civilistica a considerare le relative questioni alla stregua di problematiche, come diremmo oggi, squisitamente giusfamiliari e, come tali, collocate tra i commenti relativi al matrimonio e ai rapporti tra i coniugi (4) o, addirittura, trattate nel contesto di monografie appositamente dedicate al concubinato (5). Per non dire,

per l’assegno divorzile (patrimoni, eredità, disoccupazione, nuove famiglie, casa familiare e durata del matrimonio), nota a Cass. Civ. 23 luglio 2020, n. 15573, in questa *Rivista*, 2020, 1101 ss. Per un paio di indagini sociologiche cfr. Ronfani, *Il diritto e le nuove famiglie: una lettura sociologica di un rapporto complesso*, in *Minori giust.*, 2008, 13 ss.; Zanatta, *Le nuove famiglie*, Bologna, 2010, *passim*. Il termine “nuove famiglie” è talora utilizzato anche per indicare, da un punto di vista sociologico, le famiglie costituite da immigrati: v. ad es. Palermo, *Parità coniugale e famiglia multi-culturale in Italia*, in *Riv. dir. fam.*, 2012, 1866 ss. Si noti, poi, che esiste anche una “Lega italiana nuove famiglie”: [https://it.wikipedia.org/wiki/Lega\\_Italiana\\_Nuove\\_Famiglie](https://it.wikipedia.org/wiki/Lega_Italiana_Nuove_Famiglie).

(2) Cfr. Troplong, *Dell’influenza del cristianesimo sul diritto civile dei romani*, Prima versione italiana di Luigi De Marinis, Palermo, 1845, 146 s. L’espressione di cui al testo ha, d’altronde, un precedente nobile nella persona del grande Cujacio, secondo cui “concubina non est uxor, sed uxorem imitatur”: cfr. Cujacio, *Commentarius in Lib. VIII. Responsorum Aemilii Papiniani, in Iacobi Cuiacii I.C. Tolosatis Opera*, IV, Mutinae, 1777, 1095, il quale, a sua volta, mutuava la detta espressione dalla Epitome Juliani (raccolta privata, risalente all’anno 556, delle novelle di Giustiniano): “*sed illam solam cum progenie sua ad haereditatem defuncti vocamus, quae quodammodo uxorem legitimam imitatur*” (cfr. Haenel, *Iuliani Epitome Latina Novellarum Iustiniani*, Lipsiae, 1873, 54). La linea di demarcazione tra concubinato e matrimonio fu, per molti secoli, assai sottile. Come osservato dal Pothier, in diritto romano (e, aggiungiamo, pure nel diritto medioevale) “*ce n’étoit que par la différente intention qu’avoit eue l’homme, en se mariant, de prendre sa femme à titre d’épouse légitime, ou de la prendre seulement pour concubine, que le mariage étoit, ou mariage légitime, ou seulement concubinatus: Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*”, L. 4, D. de concub. *Concubina ab uxore solo delectu separatur*, Paul. *Sent. lib. 2*, 20, par. 2”: cfr. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, in *Traité sur différentes matières de droit civil*, III, Paris-Orléans, 1781, 132). In effetti fu solo con il decreto *Tametsi* del Concilio di Trento (1563) e, per la Francia, con l’*Ordonnance de Blois* di Enrico III (1579), che il requisito della celebrazione venne imposto come essenziale per l’esistenza del matrimonio. Sul tema cfr. per tutti Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 24 ss.; sui rapporti tra celebrazione religiosa delle nozze, concezione sacramentale e concezione contrattuale del matrimonio, dal punto di vista dell’evoluzione storica, v. per tutti Basdevant-Gaudemet, *Un contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire en Occident*, in AA.VV., *La contractualisation de la famille*, a cura di Fenouillet et Vareilles-Sommières, Paris, 2001, 17 ss.

(3) Sul concubinato nell’antico mondo mesopotamico, a partire dal secondo millennio a.C., cfr. AA.VV., *Histoire de la famille*, a cura di Burguière-Klapisch-Zuber-Segalén-Zonabend, I, *Mondes lointains*, Paris, 1986, 149 s., 164 s.; sul concubinato nell’Egitto faraonico cfr. AA.VV., *op. ult. cit.*, 202 ss. Per informazioni su origine e sviluppo storico del concubinato nel mondo romano cfr. la fondamentale trattazione di Troplong, *op. cit.*, 144 ss.; per contributi più recenti cfr. Castello, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940, *passim*; Fayer, *La familia romana. Parte terza. Concubinato. Divorzio. Adulterio*, Roma, 11 ss.; Möhle,

*Nichteheliche Lebensgemeinschaften in historischer Perspektive*, in AA.VV., *Nichteheliche Lebensgemeinschaften*, a cura di Klein-Lauterbach, Wiesbaden, 1999, 183 ss.; Kiernan, *The Rise of Cohabitation and Childbearing outside Marriage in Western Europe*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 15, 1, April 2001, 1 ss.; Cristaldi, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di Romeo, Milano, 2014, 143 ss.; Lamberti, *Convivenze e unioni di fatto nell’esperienza romana: l’esempio del concubinato*, in AA.VV., *Unioni di fatto dal diritto romano ai diritti attuali*. Atti dell’incontro italo-tedesco. Imperia, 27-28 novembre 2015, Torino, 2016, 1 ss. In particolare sul concubinato nel medioevo cfr. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: a Historical Perspective*, Antwerpen-Oxford, 2006, 74 s., 88 s., 97 s., 110 s. Sulla nascita nel medioevo del concetto di obbligazione naturale verso la ex concubina cfr. per tutti Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 33 ss. Sugli stretti collegamenti, nei rapporti sociali di svariati popoli indigeni e dell’antichità, tra concubinato e poligamia, cfr. Westermarck, *The history of human marriage*, London, 1901, 444 ss. Anche per Saraceno, *La famiglia naturale non esiste*, Bari-Roma, 2025, 13 s., “la pluralità dei modi di intendere e normare la famiglia è un fatto costante nella storia. Non c’è un prima e un dopo, la famiglia si è sempre modificata, è sempre stata un istituto al ‘plurale’”.

(4) Così, ad es., uno dei massimi giuristi cinquecenteschi germanici, il Vigel, nella sua monumentale ricostruzione metodologica dell’intero diritto civile, non mostra esitazione alcuna a porre il *concubinatus* nel libro (il quarto della parte seconda) intitolato *De iure inter maritum & uxorem, item inter parentes & liberos*, subito dopo i *capita* dedicati al matrimonio e al divorzio e prima di quelli consacrati alla dote e agli altri rapporti patrimoniali delle persone coniugate (cfr. Vigelius, *Methodus universi iuris civilis absolutissima*, Basileae, 1586, 400 s.). Nello stesso torno di tempo, in Francia, pure il de Connan, nel suo originale e innovativo tentativo di razionalizzazione del sistema civilistico, colloca il capitolo *de concubinis* nel libro intitolato *de matrimoniis* (cfr. Connanus, *Commentariorum iuris civilis tomus posterior*, Lutetiae, 1553, 662 ss.).

(5) Già nel Cinquecento, infatti, troviamo trattazioni monografiche sul tema del concubinato, a partire da quella che, tra l’altro, definiva la *concubina* come colei “*quae est soluta et corrupta, et per hominem solum retinetur in domo simul, sicut si esset uxor, in qua est affectus indubitatus, sicut in uxore, cuius affectus praesumitur ex quo simul cohabitant: unde lex appellat concubinam, quae sine nuptiis tenetur in domo, quasi loco uxoris*”: cfr. Choveron, *De publicis concubinariis*, Spirae, 1598, 406. Quanto sopra, del resto, in modo del tutto conforme a ciò che già due secoli prima insegnava Bartolo (cfr. Bartolo Da Sassoferato, *In Primam Infortiati partem*, Venetiis, 1575, 38), per cui anche “in concubinato requiritur indubitatus affectus”, a commento dei passi del Digesto relativi al concubinato, tra i quali, ad es., D., 25, 7, *de concubinis*. Il libro del Choveron, a cavallo tra diritto civile e canonico, pubblicato per la prima volta nel 1550, sarà messo all’indice dal Sant’Uffizio nel 1603, probabilmente per via dei numerosi passi sul concubinato dei chierici; la sua parte centrale - dalle pagine 409 a 422 - è dedicata ad un’approfondita comparazione tra lo status della moglie e quello della concubina, con enucleazione dei punti in cui le due figure *aequiparantur* (dalla

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

poi, delle innumerevoli forme di convivenza para-familiare che hanno caratterizzato per centinaia d'anni la storia dell'umanità. Si pensi, ad esempio, alle *communautés familiales* del Medioevo: *affrèrements, fratries, communautés taisibles, communautés d'héritage*, etc. (6). Il che, tra l'altro, oltre ad aiutarci a comprendere che la nozione stessa di famiglia, come già sostenuto, ad esempio, dalla civilistica cinquecentesca, "*potest considerari aequivoca*" (7), viene a confutare definitivamente il consolidato pregiudizio secondo cui il diritto di famiglia costituirebbe una branca recente dell'ordinamento giuridico (8).

Al concetto di "nuova famiglia" viene poi ricondotta la stabile unione tra due soggetti dello stesso sesso, sia essa, o meno, "ritualizzata" nelle forme del matrimonio, o, in alternativa, di un istituto giuridico paramatrimoniale (come da noi accade con l'unione civile) (9), nonché fenomeni quali le famiglie ricomposte o ricostituite (10) e, più in generale, le famiglie

monogenitoriali, il cui numero, tra l'altro, appare in costante ascesa (11).

Spostando ora l'attenzione dall'aggettivo ("nuove") al sostantivo ("famiglie"), va subito aggiunto che uno dei pochi punti fermi normativi di queste realtà è dato dal fatto che la disputa sulla possibilità di ricondurre alla nozione stessa di "famiglia" unioni quali le convivenze non formalizzate (tra persone dello stesso sesso o di sesso diverso), così come quelle formalizzate tra soggetti omosessuali (le unioni civili, per intenderci, secondo quanto disposto dalla già citata novella del 2016), deve ritenersi ormai sopita.

La non necessaria presenza, ai fini del riconoscimento della sussistenza di una "famiglia", del dato formale del matrimonio, laddove si possa comunque riscontrare una convivenza qualificabile alla stregua di un "luogo degli affetti", viene sottolineata da tempo da una nitida giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (12), cui ha fatto più volte eco la nostra

presunzione di acquisto dei beni con denaro del marito o convivente, alla successione *ab intestato* in caso di assenza di parenti, prima dello Stato, al divieto di prestare testimonianza in favore del marito o convivente, etc.) e quelli in cui, invece, *differunt* (come nella "*dignitas, quia uxor maiorem debet habere dignitatem quam concubina, ut in bibendo, comedendo, sedendo, & de bonis mariti elargiendo, & etiam in vestibus: quia non ita sumptuose debet vestiri concubina, sicut utxor*"). La dottrina italiana dell'epoca era del medesimo avviso: cfr. per tutti Ludovisi, *Communes conclusiones excellen. I.U.D. Iosephi Ludovici Assisiensis*, Venetiis, 1581, 67, secondo cui "*illa dicitur concubina, quae sine instrumentis dotalibus coniugali affectu, et unica in domo retinetur*".

(6) Cfr. Gaudemet, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, *passim*; v. inoltre Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908, 864 ss.; ampliamente sul punto cfr. anche Ourliac e de Malafosse, *Histoire du droit privé*, III, *Le droit familial*, Paris, 1968, 64 ss. Per l'Italia si pensi, tanto per citare una opera, al celeberrimo trattato di Pietro degli Ubaldi (nato a Perugia nel 1335 e fratello del più noto Baldo) sul tema non solo delle società commerciali, ma anche delle convivenze tra fratelli e d'altro genere: *societas vitae, societas omnium bonorum, fratrum communis habitatio, lucrum in commune collatio*, etc. (cfr. Pietro degli Ubaldi, *De duobus fratribus et aliis sociis*, Venetiis, 1609, 9 ss., 17 ss.).

(7) Cfr. Raudensis, *De analogis, univocis et aequivocis*, Venetiis, 1587, 123, 125: "*familia, haec vox potest considerari aequivoca*".

(8) In questo senso v. ad es. Swennen, *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*, in *Familie & Recht*, 2013, 1, <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/07/fenr-d-13-00003.pdf>, secondo cui "*Family law (...) is a fairly recent branch of law*". L'Autore cita al riguardo l'opera del Maine (cfr. Maine, *Ancient Law*, London, 1908, 129), senza però dare conto del fatto che tale ultimo studioso affermava, sì, che "*law had not yet penetrated in the precinct of the family*", ma riferiva tale constatazione al periodo dell'antichissimo diritto romano, al momento della formazione del concetto di *patria potestas*. Tutta l'evoluzione successiva (si pensi, tanto per citare qualche esempio, ai Libri XXIII, XXIV, XXV e XXVI del Digesto o al Libro V del *Codex Justiniani*), smentisce tale assunto, così come smentisce - unitamente alle infinite testimonianze storiche della civilistica degli ultimi due millenni e alle raccolte di casistica giurisprudenziale giusfamiliare di almeno cinque secoli - l'idea, pur autorevolissima, dello Jemolo, secondo cui la famiglia sarebbe "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto" (così Jemolo, *La*

*famiglia e il diritto*, 1957, riportato in AA.VV., "*Verso la terra dei figli*", Milano, 1994, 69). Per una critica di tale visione, non riportabile nella presente sede per ragioni di spazio, cfr. Oberto, *Introduzione*, in AA.VV., *Famiglia e patrimonio*, a cura di Oberto, Padova, 2014, 1 ss.

(9) Cfr. per tutti Oberto, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1797 ss.

(10) Cfr. per tutti Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in questa *Rivista*, 2016, 966 ss.

(11) Cfr. Acampora, *Le nuove famiglie, più monogenitori e meno coppie con figli*, Roma, 2024, <https://www.ansa.it>, la quale riporta che, secondo i più recenti dati Istat, "Dal 2011 al 2021 si riducono di oltre un milione e 200mila le coppie con figli, con una tendenza al calo ancora più forte rispetto all'inizio del nuovo millennio (dal 2001 al 2011 si era registrato un -507 mila). Aumentano, invece, i nuclei monogenitore che passano dai circa 2 milioni 650mila a più di 3,8 milioni in dieci anni (+44%). Sfidano quota tre milioni le madri sole, mostrando un incremento del 35,5%, mentre di padri soli sono circa 855mila con una variazione dell'85% circa (erano 462.626 nel 2011). Rispetto al passato, in cui i monogenitori erano soprattutto vedovi, ora si tratta principalmente di separati, single o nascite fuori dai matrimoni. Dal censimento 2021 risultano separati (di fatto o legalmente) o divorziati circa la metà dei genitori soli (per un totale di 1.759.628), vedovi il 30,7% (1.174.425), mentre il 22% dei 'monogenitori' non si è mai sposato".

(12) Sul tema v., anche per gli ulteriori richiami, Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 13 ss., 211 ss. Si può anche rimarcare che, nella visione dominante sino al caso *S. e K. c. Austria*, in *Corr. giur.*, 2011, 573, vi poteva anche essere incertezza relativamente alla inclusione delle unioni di fatto (sia eterosessuali che omosessuali) in un più ampio concetto di "famiglia" da parte delle norme della CEDU. Ciò in quanto l'art. 12 del citato testo reca nella rubrica il solo riferimento al matrimonio e, nel tenore stesso della disposizione, il diritto di costituire una famiglia sembra essere visto come riferibile alla sola famiglia fondata sul matrimonio. Le cose sono però cambiate con la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), che, come noto, si esprime in forma diversa. L'art. 9 di tale dichiarazione, invero, reca nella rubrica il riferimento ad entrambi i diritti (celebrare matrimonio e costituire una famiglia), mentre nel testo della medesima disposizione si fa chiaramente menzione di due diritti, che l'interprete è autorizzato a ritenere non

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Consulta (13), dall'evoluzione del diritto comunitario (14), nonché da precisi richiami ricavabili dalla stessa riforma italiana del 2016, che, tanto per portare alcuni esempi, ha disposto l'applicazione all'unione civile, *sic et simpliciter*, della norma codicistica sull'impresa *familiare* (corsivo d.A.: cfr. art. 230-bis c.c.) (15), successivamente estesa alla convivenza di fatto da una

decisione della Corte costituzionale (16). La citata novella, inoltre, ha stabilito l'estensione ai conviventi *more uxorio* - espressamente riconosciuti come facenti parte di un "nucleo familiare" - del principio di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare (17); per non dire, poi, che - sempre a titolo d'esempio - è la stessa L. n. 76/2016 a qualificare

necessariamente coincidenti. Non solo: diversamente dalla Convenzione europea, la Carta di Nizza non contiene nella norma citata alcun riferimento ai concetti di "uomo" e "donna". In altre parole, l'aver individuato disgiuntamente i due distinti diritti - quello di sposarsi e quello di creare una famiglia - è stato giustamente interpretato nel senso di avere inteso assicurare una disciplina alle famiglie non unite in matrimonio, riconoscendo loro una tutela giuridica (Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, 7 ss.; Ferrando, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 2003, 353 ss.; Marella, *L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo ed obiettivi*, in AA.VV., *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee: il dibattito nelle riunioni dell'osservatorio costituzionale presso la LUISS 'Guido Carli' dal 2003 al 2005*, a cura di Panunzio, Napoli, 2005, 555 ss.). E proprio questo argomento si pone alla base di quel "dialogo tra carte", di cui si nutre l'attuale giurisprudenza di Strasburgo in questo settore: l'ulteriore evoluzione di tale *case law* segna infatti la presenza di interventi sempre più marcati a tutela della famiglia di fatto etero e omosessuale, come illustrato dallo scrivente in altre sedi: Oberto, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, [versione aggiornata al 25 febbraio 2014], in <https://www.giacomooberto.com>, par. 5 s.; cfr. inoltre Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, locc. ultt. cit.; Id., *La tutela dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra carte e corti*, in *Riv. dir. fam.*, 2013, 257 ss.

(13) Soprattutto negli anni più recenti, sollecitata dai quesiti posti dai tribunali sulla posizione dei figli, di coppie di sesso diverso o dello stesso sesso, nati tramite procreazione medicalmente assistita cosiddetta eterologa, la Corte costituzionale, pur non equiparando (ancora) i secondi ai primi, ha interpretato in modo evolutivo il dettato costituzionale, allontanandosi da una visione biologico-naturalistica della famiglia. In una sentenza del 2014 (cfr. Corte Cost. 10 giugno 2014, n. 162) aveva dichiarato che "il dato della provenienza genetica non costituisce un requisito imprescindibile della famiglia stessa". E in una sentenza del 2017 (cfr. Corte Cost. 18 dicembre 2017, n. 272) aveva riconosciuto rilievo giuridico alla genitorialità sociale, in esplicita presa di distanza dalla "nozione tradizionale di famiglia". In una sentenza del 2019 (cfr. Corte Cost. 23 dicembre 2019, n. 221) ha compiuto un ulteriore passo, dichiarando che non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere ed anche generare figli, aggiungendo che non esistono dati scientifici e di esperienza che provino ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità su figli inseriti in famiglie formate da coppie dello stesso sesso. Il mancato riconoscimento del diritto alla filiazione delle coppie dello stesso sesso e dei loro figli ad avere entrambi i genitori che li hanno voluti, quindi, non troverebbe ostacolo nella Costituzione, ma nel legislatore che non provvede ad emanare le norme a questo fine. E quanto denuncia la Corte costituzionale stessa, in una sentenza del 2021 (cfr. Corte Cost. 28 gennaio 2021, n. 32), nel dichiarare la propria impossibilità, per mancanza di strumenti giuridici adeguati, a far valere i diritti dei figli di una coppia di donne ad avere un rapporto di filiazione legalmente riconosciuto con la madre intenzionale e non solo con quella biologica. Una denuncia, e una chiamata all'azione nei confronti del legislatore, che continua ad essere inascoltata, come quelle su altri argomenti: dal cognome materno al suicidio assistito (così Saraceno, *op. cit.*, 12 s.). La stessa posizione della Consulta, peraltro, non va esente da incertezze e ambiguità, evidente sintomo delle quali è dato dalla decisione del

2024 circa gli effetti dispiegati dal mutamento di sesso di una delle parti dell'unione civile su tale ultimo rapporto (cfr. Corte Cost. 24 aprile 2024, n. 66; l'ambiguità della posizione della Corte costituzionale al riguardo - di cui si dirà tra breve nel testo - è denunciata anche da Bilotti, *La Corte costituzionale e la differenza tra il matrimonio e l'unione civile: rapporti distinti che condividono la "sostanza familiare"?*, nota a Corte Cost. 24 aprile 2024, n. 66, in questa *Rivista*, 2025, 123 ss.).

(14) Ancorché prevalentemente orientato, come noto, sui due assi, da un lato, dei rapporti processuali e del *Kollisionsrecht*, e, dall'altro, su quello della libertà di movimento di persone e lavoratori e ai ricongiungimenti familiari. Argomenti, questi, certo non proprio "à la page" in questa cupa notte che l'Europa sta vivendo, ma che, comunque, continuano pervicacemente a mostrare la straordinaria apertura ai diversi tipi di famiglie oggi esistenti, anche in settori "collaterali", ma pur sempre strettamente legati al diritto materiale. Impossibile fornire nella presente sede un panorama, anche solo sommario, della letteratura e della giurisprudenza al riguardo; per qualche richiamo si può far rinvio a AA.VV., *Families and Family Policies in Europe. Comparative Perspectives*, a cura di Pfenning - Bahle, Frankfurt am Main, 2000, *passim*; Alpa, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 439 ss.; AA.VV., *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea. Formazione, vita e crisi della coppia*, a cura di Brunetta d'Usseaux, Padova, 2005, *passim*; Caggia, *Famiglia e diritti fondamentali nel sistema dell'Unione Europea*, Roma, 2005, *passim*; Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, *passim*; AA.VV., *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, a cura di Andriani, Padova, 2007, *passim*; Bariatti, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, 95 ss.; Urso, *Shaping the Features of European Family Law: Problems and Perspectives*, in AA.VV., *The International Survey of Family Law*, a cura di Atkin, Bristol, 2007, 133 ss.; AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di Patti - Cubeddu, Milano, 2008, *passim*; Queirolo, *EU Law and Family Relationships. Principles, Rules and Cases*, Roma, 2016, *passim*; Naldini - Long, *Geographies of Families in The European Union: A Legal and Social Policy Analysis*, in *International Journal of Law Policy and the Family*, 2017, 31(1), 94 ss.; AA.VV., *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, a cura di Boele-Woelki et al., Anwerp-Oxford, 2019, *passim*; Palazzo, *Marital status discrimination in the allocation of rights, obligations, and benefits: Legal Paths to Protect Non-Normative Families*, Trento, 2019, 289 ss., in [http://eprints-phd.biblio.unitn.it/3538/1/Palazzo\\_dissertation\\_final\\_version.pdf](http://eprints-phd.biblio.unitn.it/3538/1/Palazzo_dissertation_final_version.pdf) (con particolare riferimento al tema della protezione della libertà di movimento di persone e lavoratori e dei ricongiungimenti familiari); Ead., *Legal Recognition of Non-Conjugal Families. New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe*, Oxford, 2021, *passim*; AA.VV., *Rethinking Law's Families & Family Law*, a cura di Swennen - Goossens, Antwerp, 2023, 80 ss.

(15) Cfr. art. 1, comma 13, u.p., L. 20 maggio 2016, n. 76.

(16) Cfr. Corte Cost. 25 luglio 2024, n. 148, in *Giur. it.*, 2016, 2557, con nota di Balestra.

(17) Cfr. art. 1, comma 45, L. n. 76/2016: "nel caso in cui l'appartenenza ad un *nucleo familiare* [corsivo d.a.] costituisca titolo o causa di preferenza nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare, di tale titolo o causa di preferenza possono godere, a parità di condizioni, i conviventi di fatto".

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

esspressamente come “casa familiare” l’abitazione in cui convivono i membri della famiglia di fatto (18). Il tutto, del resto, in piena conformità ai nostri principi costituzionali, che, riconoscendo nell’aggregato familiare la caratteristica di “società naturale” (cfr. art. 29 Cost.), pongono un chiaro riferimento “alle forme concrete che la realtà familiare assume in un determinato contesto sociale” (19). Essi, inoltre, al di là dell’esplicito richiamo al matrimonio nella norma da ultimo citata, attribuiscono comunque (cfr. art. 2 Cost.) rilievo alle “formazioni sociali” in cui il singolo “svolge la sua personalità”, con conseguente riconoscimento dei relativi “diritti inviolabili dell’uomo” (20).

A dire il vero, molti equivoci sono stati ingenerati proprio dalla formulazione letterale dell’art. 29 cit., che induce a ritenere, erroneamente, che una “società naturale” sia “famiglia” solo ove fondata sul matrimonio, laddove, a ben vedere, come ci insegnano la sociologia e l’antropologia, una “famiglia naturale” neppure esiste (21). Non basta, infatti, che una relazione, tra le tante umanamente possibili, sia definita come “naturale”, perché automaticamente sia riconosciuta anche come famiglia (e come l’esclusiva famiglia), benché possa essere percepita e vissuta così da chi in tale contesto vive. Per

essere riconosciuta come famiglia, occorre invece che una formazione sociale rientri in un qualche tipo di ordine normativo non naturale, ma sociale, religioso, giuridico, poiché è la norma che fa la famiglia, non viceversa (22).

Ora la nostra norma (costituzionale) chiama “famiglia” solo quella società naturale, tra le tante possibili, che è fondata sul matrimonio. Così facendo, essa induce una confusione concettuale tra “società naturale” e “famiglia naturale” (asseritamente fondata sul matrimonio), senza peraltro escludere che altri tipi di famiglia (non necessariamente fondati sul matrimonio) possano esistere ed essere riconosciuti dall’ordinamento. Questo curioso accostamento tra le espressioni “società naturale” e “fondata sul matrimonio” viene, semmai, a ribadirci che è la norma che fonda la famiglia, non il suo carattere naturale. L’irrisolta tensione tra evocazione della natura e potere fondativo della norma giuridica, che produce il paradosso di una società naturale fondata su un istituto giuridico, anziché il contrario, ha già condotto il nostro giudice delle leggi, nella già ricordata sentenza del 2024 sugli effetti del mutamento di sesso di una delle parti dell’unione civile, ad impegnarsi in un inestricabile ginepraio intellettuale (23). Non solo. Essa ha fatto

(18) Cfr. art. 1, comma 61, secondo periodo, L. n. 76/2016.

(19) Così Sesta, *Diritto di famiglia*, X ed., Milano, 2023, 2. Sull’ampissimo dibattito circa l’espressione “società naturale”, di cui all’art. 29 Cost. cfr. *ex multis* Grasseti, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei-Levi, Firenze, 1950, I, 295 ss.; Salerno, *Art. 29*, nel *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Crisafulli - Paladin, Padova, 1990, 205, ss.; R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.; Pugliotto, *Alla radice costituzionale dei “Casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, 1 ss.; Veronesi, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 2008, 577 ss.

(20) Cfr. ad es. Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138, in questa *Rivista*, 2010, 653, con nota di Gattuso; in *Foro it.*, 2010, I, 1701, con nota di M. Costantino; in *Giur. it.*, 2011, 537, con nota di Bianchi. Sul tema, in dottrina, v. per tutti Gattuso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, II ed., I, *Famiglia e matrimonio*, 1, Milano, 2011, 810 ss.

(21) “La famiglia naturale non esiste, è una invenzione culturale. La famiglia, sia nella sua forma normativa, istituzionale, sia nel modo in cui viene praticata, è una costruzione storico-sociale, le cui forme e contenuti differiscono nello spazio e nel tempo. Ci può apparire naturale perché crescendo, per lo più, in famiglie costituite in un certo modo diamo per scontato che quello sia l’unico modo possibile e normale. Ma lo stesso pensano coloro che nascono e crescono in contesti caratterizzati da modi di fare famiglia differenti. Quindi di che famiglia naturale stiamo parlando? Le preoccupazioni di fronte al cambiamento e alle differenziazioni sono legittime e vanno comprese. Ma non possono essere risolte riferendosi a una famiglia naturale - il papà, la mamma e i bambini - che in realtà è una, anche bellissima quando funziona, costruzione storica, culturale, giuridica, largamente minoritaria nella storia dell’umanità”: Saraceno, *op. cit.*, 5. Nello stesso senso v. anche quanto rilevato, sul piano antropologico, da

Collier - Rosaldo - Yanagisako, *Is there a Family? New Anthropological Perspectives*, in AA.VV., *Rethinking the Family: Some Feminist Questions*, a cura di Thorne - Yalom, Boston, 1992, 31 ss., secondo cui “‘the family’ is not a natural social phenomenon at all”. In quest’ottica, la visione della famiglia come di una società naturale deriva da “an ideology that idealizes ‘nurturance’ because it is thought to be lacking in an impersonal, bureaucratic, industrial society. This ideology, which we have inherited from the nineteenth century reaction against excesses of industrialization, places a special emphasis upon nurturance by women (because of their role in reproduction). It therefore ties women to ‘the family’. This ideological construction of the family is thought to be imposed upon modern societies by agencies of the state through law-making and law-enforcement. Attention is therefore drawn away from a supposedly universal definition of ‘family’, and toward the legal definitions of family and family relationships which are found in particular societies at particular points in time. Those definitions are believed to be open to change through political action” (così Cheal, *Sociology of Family Life*, London, 2019, 11).

(22) Così Saraceno, *op. cit.*, 8 s.

(23) Nella già citata decisione in materia di effetti sul matrimonio del mutamento di sesso di uno dei coniugi (cfr. Corte Cost. 24 aprile 2024, n. 66, cit.), invero, la Consulta sembra essersi smarrita nella ricerca di quella che la dottrina ha definito la “sostanza familiare” (cfr. Bilotti, *op. loc. ultt. citt.*). Una sostanza che sarebbe propria del matrimonio e assente nell’unione civile, con la conseguenza che la mancata previsione di un meccanismo di trasformazione, senza soluzione di continuità, dell’unione civile in matrimonio a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno degli uniti (meccanismo analogo a quello disciplinato, in caso di rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, dall’art. 1, comma 27, L. n. 76/2016; dall’art. 31, comma 4-bis, D.Lgs. n. 150/2011 e dall’art. 70-octies, comma 5, d.P.R. n. 396 del 2000), non violerebbe la Costituzione. La stessa decisione, però, nella sua parte “additiva”, mutua in modo del tutto incoerente, pari, proprio dal matrimonio, alcune regole da introdurre nella disciplina

# 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

condivisibilmente definire l'art. 29 Cost. alla stregua di un "meraviglioso ippogrifo concettuale" (24). Un vero e proprio ossimoro giuridico che, però, come più volte detto, non esclude nel modo più assoluto che la legge, così come crea la famiglia fondata sul matrimonio, ne possa costituire (*ex nihilo*) o riconoscere (traendole dal tessuto sociale) altre.

Questo inarrestabile processo di riconoscimento della dignità di "famiglia" anche alle convivenze non matrimoniali è, infine, culminato con il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. "riforma Cartabia"). Tale provvedimento normativo, invero, è venuto a modificare, da un lato, il codice di rito, con l'inserimento (25) di un Titolo IV-bis all'interno del Libro II del c.p.c., intitolato "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie" (corsivo d. A.), e, dall'altro, lo stesso ordinamento giudiziario, stabilendo (26) l'istituzione del "tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie" (corsivo d.A.). La novella del 2022 è venuta, quindi, a porre un chiaro punto finale al dibattito di cui sopra, posto che la testé evidenziata declinazione al plurale del sostantivo "famiglia" è stata volutamente compiuta proprio "per dare evidenza alla molteplicità di modelli familiari presenti nell'attuale contesto sociale" (27). E quanto mai significativo appare che, proprio quest'anno 2025, che segna il cinquantennale della Riforma, veda la Corte di cassazione

riconoscere espressamente, per la prima volta, "l'affermazione progressivamente sempre più estesa di una concezione pluralistica della famiglia" (28).

## L'odierno carattere separatista delle famiglie (vecchie e nuove)

Passando ora alla disamina del versante dei rapporti personali e patrimoniali all'interno delle famiglie d'ogni tipo, il dato che sembra per molti versi avvicinare queste nuove forme d'aggregazione familiare alla tradizionale famiglia fondata sul matrimonio è costituito, oggidi, paradossalmente, dal carattere, per così dire, separatista di tutte queste realtà. Ciò per due distinte considerazioni.

La prima attiene alla constatazione per cui oggi anche il matrimonio (nei fatti, ovviamente, al di là dei progetti dei nubendi e delle declamazioni che ne possono accompagnare la celebrazione) *naturaliter* tende alla separazione personale o, comunque, alla crisi coniugale. E ciò al punto che tale *exitus* è visto, ormai, come forma paradigmatica o comunque normale della cessazione del rapporto affettivo. Proprio in questo senso, infatti, devono essere letti i dati statistici sul vistoso calo delle unioni matrimoniali (con corrispondente aumento delle unioni di fatto), sulla loro decrescente durata, sulla prevalenza della scelta, nella celebrazione, per il rito civile a discapito di quello concordatario (29).

dell'unione civile. Certo, non può trattarsi della norma di cui all'art. 1, comma 27, cit., posto che "il rimedio va diversamente declinato, in modo che siano preservate dette differenze". Peraltro, va "consentito di riconoscere alla coppia omoaffettiva, che, all'esito di un percorso di transizione di genere uno dei suoi componenti, voglia unirsi in matrimonio, un mezzo diverso ma destinato a replicare, in modo eguale e contrario, quello già previsto dal legislatore con l'art. 31, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 150/2011". "Già previsto", guarda caso, proprio per le coppie coniugate, per non dire, poi, del termine di sospensione degli effetti della sentenza, mutuato dall'art. 99 cpv. c.c. in materia... matrimoniale. Inutile dire (ma l'argomento non è certo affrontabile nella presente sede) che sarebbe ormai tempo, anche in Italia, di "chiedersi se il dualismo istituzionale [matrimonio/unione civile, N.d.A.] a cui è pervenuto il nostro ordinamento sia davvero costituzionalmente doveroso, o almeno costituzionalmente difendibile, oppure se non disveli, alla base un più o meno recondito pregiudizio sulla minor dignità dell'esperienza di vita della coppia omosessuale": così Bilotti, *op. cit.*, 123; anche Azzarri, *Voce Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, 1007, 1027, giustamente lamenta che nelle laconiche prescrizioni circa l'unione civile "parrebbe quasi ravvisabile un pregiudizio circa la minor dignità pubblica della famiglia omosessuale e dell'impegno dei suoi componenti", criticando altresì il pregiudizio per cui solo l'unione omosessuale sarebbe capace di macchiare la stereotipa (e falsa) "allegoria del matrimonio" quale "scuola di virtù".

(24) Così ancora Saraceno, *op. cit.*, 10 s.

(25) Cfr. art. 3, comma 33, D.Lgs. cit., in vigore a decorrere dal 28 febbraio 2023.

(26) Cfr. art. 49, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, così come sostituito dall'art. 30, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la cui entrata

in vigore è peraltro prevista, al momento, ai sensi del D.L. 4 luglio 2024, n. 92, conv. con modif. in L. 8 agosto 2024, n. 112, per il 17 ottobre 2025.

(27) Così, testualmente, si esprime la relazione della "Commissione Luiso": "La denominazione del costituendo tribunale specializzato cerca di riassumerne le competenze. Il nuovo ufficio giudiziario verrà denominato "tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie" in quanto concentrerà le competenze in materia di persone (oggi prevalentemente attribuite al giudice tutelare presente presso i tribunali ordinari), di minori e di famiglie, termine volutamente indicato al plurale, per dare evidenza alla molteplicità di modelli familiari presenti nell'attuale contesto sociale" (cfr. Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi [Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso], *Proposte normative e note illustrative*, Lucca, 2021, testo disponibile al sito del Ministero della Giustizia, al seguente indirizzo web: [https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione\\_LUIISO\\_relazione\\_finale\\_24mag21.pdf](https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf), 148).

(28) Così, riconducendo al concetto di obbligazione naturale tra conviventi di fatto alcune prestazioni patrimoniali effettuate *dopo* la cessazione del rapporto *more uxorio*, da un ex convivente all'altro, si esprime Cass. Civ. 2 gennaio 2025, n. 28, in *Giur. it.*, 2025, 278, con nota di Balestra.

(29) Secondo i più recenti dati Istat, 6 matrimoni su 10 sono celebrati con rito civile: cfr. Istat, *Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi. Anno 2023*, in <https://www.istat.it/comunicato-stampa/matrimoni-unioni-civili-separazioni-e-divorzi-anno-2023>, 3.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

È stata, in altri termini, la “liquidità” delle relazioni interpersonali odierne a travolgere, inevitabilmente, un po’ tutte le forme d’aggregazione personale, anche se formalizzate o consacrate in negozi giuridici e atti pubblici e solenni (30). A ben vedere, però, quella presunta e mitizzata “solidità” che avrebbe caratterizzato le unioni *d’antan*, quella “robustezza”, appunto, che si vorrebbe porre come categoria idealmente contrapposta alla “liquidità” d’oggi, non ha certo sempre caratterizzato le relazioni interpersonali. Già quasi duemila anni or sono, ad esempio, per il giurista romano Paolo, le clausole dei *pacta nuptialia* previste per la restituzione dell’apporto dotale *soluto matrimonio* andavano considerate come di regola riferibili proprio al divorzio, inteso come la causa per eccellenza di scioglimento del legame, ponendosi, semmai, il problema se l’appena citato ablativo assoluto (*soluto matrimonio*) “*non tantum divortium sed etiam mortem contineret*”. Ora, a prescindere dalla soluzione in concreto adottata, di cui dà atto Paolo, il modo stesso in cui veniva impostata la questione evidenziava nella maniera più eloquente quale fosse l’evenienza tenuta in maggior conto e considerata come paradigmatica e normale dagli interpreti (31).

Una più che convincente conferma di tale conclusione è rinvenibile, curiosamente, nella letteratura apologetica paleocristiana. Si pensi, ad esempio, alla appassionata rievocazione che Tertulliano fa di “*illa felicitas matrimoniorum de moribus utique prosperata, qua[e] per annos ferme sescentos ab urbe condita nulla repudium domus scripsit*”, laddove, ai suoi tempi (secondo secolo d.C.), sposandosi, sembrava che i coniugi si facessero “voto di ripudiarsi” e il divorzio appariva “quasi un frutto naturale del matrimonio” (32).

Ma siffatto carattere, sopra definito come separatista - e qui si viene alla seconda considerazione -

contraddistingue anche il profilo dei rapporti patrimoniali, se è vero come è vero che il regime legale comunistico viene da diversi anni scartato dalla maggior parte delle coppie italiane unite in matrimonio. Sarebbe impossibile anche solo tentare in questa sede di evocare il ricco dibattito che accompagnò nel 1975 il declassamento della separazione dei beni (33) a mero regime convenzionale e che portò gli interpreti a salutare con favore l’introduzione della comunione quale regime patrimoniale legale delle famiglie italiane. Una svolta che, preconizzata dalla dottrina a partire dall’inizio degli anni Settanta dello scorso secolo, venne esattamente qualificata come “la maggiore novità della Riforma, sul piano dei rapporti patrimoniali” (34).

Ora, nel momento in cui si celebra il mezzo secolo di quella Riforma così radicale, occorre mestamente dare atto della pessima prova di sé che il regime *ex artt. 177 ss. c.c.* ha fornito in questi anni, dimostrando di non sapere reggere all’impatto dirompente che sulla società italiana ha avuto l’esplosione delle crisi coniugali. Ciò perché la comunione, così come strutturata nella Riforma del 1975, ha palesato potersi tramutare, al momento del *redde rationem* della separazione legale, in un groviglio inestricabile di lacci serrati attorno alla libertà d’azione di coniugi che si vorrebbero ormai reciprocamente svincolati (35). È stato, dunque, il vertiginoso aumento del numero delle crisi coniugali - a partire dagli anni Ottanta del Novecento - a favorire il massiccio ricorso, da parte delle nuove coppie, al regime di separazione dei beni (36). Il fenomeno è stato da chi scrive descritto in altra sede come un vero e proprio uso dello strumento della convenzione matrimoniale (37) in *contemplation of divorce* (38). Come tale, esso non appare mostrare corrispondenze negli altri sistemi di *communauté légale*, pur connotati da un

(30) Inevitabile il riferimento a Zygmunt Bauman, secondo cui “il matrimonio vecchio stile ‘finché morte non ci separi’, già emarginato dalla coabitazione temporanea del tipo ‘vediamo se funziona’, è sostituito da un modello flessibile, *part time* dello stare insieme” (così Bauman, *Amore liquido*, citato da Tonini, *Le relazioni familiari in una società sempre più “liquida”: cos’è cambiato del diritto di famiglia*, in <https://www.bolognaforense.net/2017/03/le-relazioni-familiari/>).

(31) “Cum quaerebatur, an verbum: *Soluto matrimonio* dotem reddi, non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentiant? Et multi putabant hoc sensisse; et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronunciavit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum” (D. 50, 16, 240). Sul punto cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 66 ss.

(32) “*Repudium vero iam et votum est, quasi matrimonii fructus*”: cfr. Tertulliano, *Apologeticum*, VI, par. 6. La preoccupazione di Tertulliano era, evidentemente, quella di indicare il cristianesimo quale idoneo argine rispetto alla degenerazione dei costumi della società pagana dell’età imperiale.

(33) Da sempre vigente nelle nostre terre a partire dal diritto romano, salve peraltro alcune notabili, ancorché limitate, “isole di comunione” (su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, I, 3 ss.), nonché la brevissima parentesi napoleonica (su cui v. sempre *Id.*, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 32 ss.).

(34) Valga per tutti il richiamo a Schlesinger, *Della comunione legale*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro - Oppo - Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 361.

(35) Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 372 ss.

(36) Di una “fuga verso la separazione” parlano Sesta - Valignani, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 460.

(37) O, più esattamente, della scelta offerta dal capovero dell’art. 162 c.c., che comunque sempre convenzione matrimoniale è.

(38) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 558 ss.; per analoghe considerazioni v. anche Sesta, *Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni*, in *Famiglia*, 2001, 871 ss. In Spagna già nel 1982 Fosar Benlloch, *Estudios de derecho de*

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

altissimo tasso di divorzialità (39), sembrando invece strettamente legato ad alcune, tutte nostrane, pervicaci rigidità giurisprudenziali (e non solo) sul versante, da un lato, degli accordi in vista della crisi coniugale (40) e, dall'altro, sul tema della libertà negoziale dei coniugi in comunione (41).

Si comprende, dunque, perché, dopo un iniziale accoglimento favorevole della comunione legale (vista giustamente come una novità positiva, di cui però non erano ancora note le possibili implicazioni e complicazioni "operative") da parte delle coppie italiane - che, tanto per fare un esempio, avevano optato nel 1976 per il regime di separazione in misura inferiore all'1% - anno dopo anno, è continuamente aumentata la quota di coloro che, al momento della celebrazione delle nozze, hanno scelto il regime separatista. Ben presto, poi, il processo di disaffezione verso la comunione legale è venuto ad interessare tutti gli strati sociali (42).

Ma è sul versante delle "nuove coppie" (intese qui come coppie che hanno celebrato matrimonio in tempi recenti) che si deve registrare una vera e propria rivoluzione. Una rivoluzione che ha avuto luogo in tutto il Paese, sebbene con velocità diverse nelle sue parti, mentre già i dati generali Istat relativi ai matrimoni celebrati in Italia suggellavano, per le nozze celebrate nell'anno 2003, il definitivo "sorpasso" del regime di separazione dei beni rispetto alla comunione a livello di media nazionale complessiva (43). Per venire ai tempi presenti, potrà aggiungersi che, mentre, ad esempio, nel 2019 la scelta per il regime di separazione ha riguardato il 72,8% dei

matrimoni, nel 2020 tale percentuale è ulteriormente salita al 74,7%, per leggermente scendere al 73,4% nel 2022 e risalire poi al 74,3% nel 2023 (44).

A dispetto, dunque, dell'opzione di politica legislativa compiuta nel 1975, il regime di separazione dei beni appare ormai, nei fatti, il regime "normale" delle famiglie italiane, e il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (e, in molti casi, assai presto) ad una crisi, che inevitabilmente costringerebbe i coniugi a "fare i conti" con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale.

### Trasposizione dei vecchi regimi patrimoniali alle nuove famiglie

Avuto riguardo al contesto appena descritto, può destare sorpresa il fatto che, nel 2016, mettendo mano, alla disciplina di alcune delle più rilevanti forme di manifestazione dei nuovi aggregati familiari, vale a dire l'unione civile e la convivenza di fatto, il legislatore italiano abbia voluto attribuire un ruolo determinante ai tradizionali regimi patrimoniali dettati per l'unione matrimoniale, così come concepiti e predisposti nel 1975, sulla base, almeno in parte, di una lunga e rigogliosa tradizione storica europea (45). Ci si intende qui riferire, *in primis*, alla comunione legale. Istituito, questo, che è stato, da un lato, trasposto in blocco all'unione civile (46) e, dall'altro, è

familia, II, *La separación y el divorcio en el derecho español vigente*, I, Barcelona, 1982, 323, affermava che "a partir de las reformas de la primera y verano del 1981, las capitulaciones [matrimoniales] sirven además para la contemplación de un futuro divorcio o separación que, o se va a intentar (...) o al menos interesa quede tan cuidadosamente preparado que la demanda del mismo no plante problema alguno cuando interese plantearla". Soggiungeva poi anche il predetto Autore (ibidem, 325), in relazione alla riforma del 1981 che aveva introdotto il divorzio in Spagna, che "No hay que decir que merece crítica favorable la posibilidad de que los cónyuges acuerden entre sí la liquidación de las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio, aun cuando no hayan pedido conjuntamente la separación o el divorcio en el procedimiento previsto en los arts. 81, 1, y 86 in fine c.c. (...). No cabe duda que dicho acuerdo que hay que presumir válido y equitativo, contribuirá eficazmente a borrar cualquier vestigio de culpabilización de los cónyuges en la liquidación de las consecuencias del divorcio, con lo que, en mi criterio, tal principio nos coloca en la órbita de las legislaciones avanzadas de Europa en punto a la regulación de las consecuencias de la separación y el divorcio".

(39) Per riferimenti alla persistente popolarità della *communauté légale* francese si fa rinvio a Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 118 ss., 203 ss.

(40) Sul tema, che non può essere approfondito in questa sede, v. per tutti Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 483 ss.; Id., *Contratto e famiglia*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, a cura di

Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, II ed., Milano, 2022, 274 ss.

(41) Il tema verrà ripreso *infra*, nel par. finale del presente lavoro.

(42) Risalgono già ai primi anni di applicazione della riforma i numerosi abbandoni del regime legale effettuati, per così dire, "in corso d'opera" dai coniugi che - consapevolmente o meno - avevano scelto la comunione all'atto della celebrazione delle nozze, o si erano comunque trovati sottoposti a tale regime per effetto delle disposizioni transitorie. Pur non esistendo statistiche al riguardo, non potrà non menzionarsi l'impressionante numero di decisioni relative alla questione della necessità o meno di autorizzazione giudiziale per siffatto mutamento di regime: problema, questo, poi risolto - come noto - dalla L. 10 aprile 1981, n. 142 (cfr. Oberto, *Attualità del regime legale*, in questa *Rivista*, 2019, 85 ss.).

(43) Media che vedeva - con riguardo alle coppie formatesi nell'anno di riferimento - il regime legale scendere al 44,7%, con punte che andavano da un minimo del 24,9% della Valle d'Aosta ad un massimo del 58,2% della Sardegna, rimanendo confermato che la comunione appariva costituire il regime maggioritario ormai solo nell'Italia meridionale ed insulare, laddove nel Nord-Ovest si attestava al 37,6%, nel Nord-Est al 40,6% e nel Centro al 34%: cfr. Oberto, *Attualità del regime legale*, cit., 87 s.

(44) Cfr. Istat, *Matrimoni, unioni civili, separazioni e divorzi. Anno 2023*, cit., 3.

(45) Su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 115 ss.

(46) Cfr. art. 1, comma 13, L. n. 76/2016.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

stato impiantato pure nel campo dell'unione di fatto (anche se qui ciò è avvenuto in relazione alla sola convivenza caratterizzata dalla presenza di apposito contratto) (47). Ma il richiamo, per quanto attiene all'unione civile, va effettuato anche agli altri regimi patrimoniali tradizionali, vale a dire la separazione dei beni, la comunione convenzionale e il fondo patrimoniale, pure trasposti puramente e semplicemente dal matrimonio al nuovo aggregato familiare. Sì, proprio il fondo patrimoniale, questa (sia consentita l'espressione colorita, ma non esagerata) "vergogna" del nostro ordinamento, che in mezzo secolo di storia ha dimostrato di servire pressoché all'unico scopo di aiutare professionisti senza scrupoli, imbroglioni patentati di ogni genere e cattivi pagatori, rendendo quanto mai tortuosa e tormentata la vera e propria *via crucis* che molti creditori sono costretti a percorrere, nel disperato tentativo di venire a capo delle proprie sacrosante pretese. Il tutto, con l'ulteriore risultato di contribuire alla crescita esponenziale, nei nostri tribunali, di un già di per sé imponente arretrato (48). E dire che sarebbe bastato, sull'esempio della *déclaration d'insaisissabilité* francese, limitare la possibilità di opporre il vincolo d'inespropriabilità (49) a quei soli creditori divenuti tali dopo l'attuazione della pubblicità del vincolo stesso (50). È certamente vero che la convenzione *ex artt. 167 ss. c.c.* sarebbe così risultata assai meno appetibile (e sicuramente assai meno redditizia per commercialisti, notai e avvocati), ma avrebbe avuto il merito di porre le cose in chiaro circa quello che dovrebbe essere la vera e unica ragion d'essere del fondo patrimoniale, vale a dire quella di aiutare i

coniugi a "portare la croce" degli *onera matrimonii*, senza offrire sin troppo comode scorciatoie a chi intende frodare il prossimo.

Comunque stiano le cose, va constatato che il legislatore del 2016 non se l'è sentita di predisporre un regime patrimoniale autonomo per l'unione civile, riproducendo così - nel bene e nel male - *telles quelles* le disposizioni vigenti per quelli che qui si sono definiti i "vecchi" regimi matrimoniali.

Discorso non molto diverso va svolto, poi, relativamente alla convivenza *more uxorio*, laddove il richiamo alla comunione *ex artt. 177 ss. c.c.* è avvenuto senza che neppure ci si avvedesse del fatto che simile tipo di regime non poteva essere meccanicamente trasposto dal campo dei rapporti *inter coniuges* (e, ora, anche da quello dei civilmente uniti), senza gli opportuni accorgimenti e adattamenti. Ed invero, nella famiglia di fatto, la comunione non nasce sulla base della sola convivenza e neppure per automatico effetto della semplice stipula di un contratto di convivenza quale che sia, ma richiede che il contratto - concluso nei modi e nelle forme previste dall'art. 1, commi 50 ss. della novella del 2016 - espressamente richiami la comunione descritta dagli artt. 177 ss. c.c. (51). Qui, ciò che lascia sbigottiti è che il riformatore del 2016 non abbia minimamente affrontato, neppure a livello di mero abbozzo, le conseguenze dell'introduzione di un regime come quello della comunione nel campo delle relazioni tra conviventi (e, soprattutto, delle relazioni di questi con i terzi). Così, tanto per fermarsi alle lacune più vistose, se non verrà istituito un adeguato sistema pubblicitario, il terzo non si troverà mai e poi mai in condizione di

(47) Cfr. art. 1, comma 53, L. n. 76/2016.

(48) È purtroppo noto che il sistema-justizia italiano vede ancora il nostro Paese tra i fanalini di coda nel *clearance rate* e nel *disposition time* dei Paesi membri del Consiglio d'Europa. Sul punto, cfr. CEPEJ, *European judicial systems CEPEJ Evaluation Report*, in <https://rm.coe.int/cepej-fiche-pays-2020-22-eweb/1680a86276>, 2022, 73: "The major issue related to the judicial efficiency in Italy remains the excessive length of proceedings, especially as regards civil and commercial litigious cases, even if the overall length of proceedings constantly decreased from 2012 to 2018. In 2020, due to the pandemic situation and the temporary closure of courts, the efficiency of courts mostly weakened compared to the previous years. In particular, the increases in Disposition Times were considerable for civil/commercial and criminal cases in the three instances. The Italian judicial system is affected by the high number of pending cases, in particular civil and commercial in the first instance. For this reason, the lower number of resolved cases had a significant impact on the calculation of Disposition Time. This indicator is expected to improve once the pandemic situation has stabilised".

(49) O forse sarebbe meglio definire tale vincolo (quello, cioè, di cui all'art. 170 c.c.) come di espropriabilità... relativa e "arzigogolata".

(50) La *déclaration d'insaisissabilité* è un atto notarile regolato dalla legge francese n. 2003-721 del 1° agosto 2003, con

l'obiettivo di proteggere, in un primo tempo, la residenza principale dell'imprenditore individuale da ogni azione esecutiva dei creditori della sua impresa. Successivamente, la legge francese n. 2008-776 del 4 agosto 2008 ha esteso la protezione a tutti i beni immobili, anche non assoggettati all'attività d'impresa. La legge francese n. 2015-990 del 6 agosto 2015, ha, infine, instaurato l'inespropriabilità *ex lege* della residenza principale degli imprenditori individuali (anche in assenza di dichiarazione notarile su tale tipo di beni). Il vincolo d'inespropriabilità derivante da siffatta dichiarazione ricevuta da notaio (disciplinato ora dagli artt. L526-1 - L526-3 del *code de commerce*) vale solo nei riguardi dei soggetti i cui crediti traggano origine dall'attività d'impresa del debitore e limitatamente ai crediti sorti dopo la pubblicazione della dichiarazione. Tale pubblicazione deve essere effettuata presso il *bureau des hypothèques* e va menzionata altresì nel registro delle imprese. Sul tema v. anche Oberto, *Atto di destinazione e rapporti di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 258, nt. 117.

(51) Come chiarito in altra sede (cfr. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in questa *Rivista*, 2016, 954 ss.), comunque il "regime legale" (nel senso di "normale" e "automatico") dei conviventi, ancorché legati da apposito contratto di convivenza, è e resta pur sempre, paradossalmente, la più totale assenza di qualsiasi regime.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

sapere se il bene rispetto al quale intende porsi quale avente causa o creditore agente *in executivis* sia di proprietà esclusiva del suo dante causa/debitore, ovvero in contitolarità con il (la) convivente di quest'ultimo. Inutile dire che, per le ragioni in altra sede illustrate (52), non può certo ritenersi idonea la prescrizione secondo cui il professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza “deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmettere copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223” (cfr. art. 1, comma 52, L. n. 76/2016).

L'unico caso, invero, astrattamente immaginabile di sicura opponibilità di tale situazione potrebbe infatti essere quello in cui il convivente eventualmente pretermesso all'atto dell'acquisto immobiliare o mobiliare (con riguardo ad un bene mobile registrato) abbia avuto l'accortezza di proporre domanda d'accertamento della ricaduta in comunione di tale acquisto e l'abbia tempestivamente trascritta sui pubblici registri immobiliari contro il proprio convivente (che, a questo punto, sarà piuttosto da ritenere *ex tale*...). Ma è chiaro che trattasi di situazione assolutamente eccezionale, che non risolve in modo alcuno il problema di fondo, che è quello di fornire idonea pubblicità generale al regime comunistico convenzionalmente creato (53). Il riformatore del 2016 non sembra, poi, neppure aver tenuto conto del fatto che la pubblicità presso l'anagrafe si realizza esclusivamente tramite il rilascio, alle

parti o ai terzi, di certificazioni, in relazione ai fatti previsti dalla legge (residenza, stato di famiglia, etc.), mentre è vietato espressamente permettere ai terzi di consultare i documenti dell'ufficio (art. 37, d.P.R. n. 223/1989: “è vietato alle persone estranee all'ufficio l'accesso all'ufficio stesso e quindi la consultazione diretta degli atti anagrafici”) (54).

A differenza dello stato civile, l'ufficio dell'anagrafe non procede a rilascio di estratti autentici o copie autentiche integrali; né esegue annotazioni a margine degli atti. Da ciò consegue che tutto ciò che tale ufficio può fare è certificare la denunciata convivenza di fatto, ai sensi dell'art. 1, comma 37, L. n. 76/2016, oltre che l'eventuale dichiarazione relativa alla stipula di un contratto di convivenza ai sensi del successivo comma 52. In questo contesto, inaccettabile appare l'opinione, espressa dal Consiglio Nazionale del Notariato (CNN) in un suo studio del 2017, secondo cui il certificato dell'anagrafe potrebbe “indicare con un Sì/No l'adozione di un regime di comunione legale” (55), posto che resta da comprendere in base a quale disposizione ciò potrebbe avvenire e, del resto, non consta che, di fatto, anche un solo ufficio anagrafe del Belpaese abbia effettivamente così operato, tanto più che “non compete all'ufficiale d'anagrafe alcuna verifica circa il contenuto del contratto, eventuali clausole e così via, nemmeno per verificare se il contratto o qualcuna delle eventuali clausole possano essere ritenuti nulli” (56).

(52) Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., 947 ss.

(53) Si è anche fatto presente (Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in <https://www.juscivile.it>, 2016, 6, 211) che la previsione normativa sulla pubblicità del contratto di convivenza non offre adeguata tutela ai terzi perché, nonostante siano strettamente collegati, anagrafe e registri dello stato civile non coincidono: “la pubblicità realizzata tramite l'iscrizione all'anagrafe non sembra sovrapponibile, per efficacia e ambito di operatività, a quella prevista per la comunione legale e, più in generale, per le convenzioni patrimoniali tra i coniugi”. Senonché la stessa previsione che pone l'obbligo del professionista di trasmettere, ai fini dell'opponibilità, copia del contratto al comune di residenza dei conviventi entro dieci giorni appare poco pertinente. A parte l'errato richiamo all'art. 5, concernente non la “famiglia anagrafica” (cui fa esplicito riferimento l'art. 4), ma le “convivenze anagrafiche” (quelle, cioè, animate da motivi religiosi, di cura, di pena e simili) “l'unico riferimento presente è ai meccanismi di raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente, cui risulta completamente estranea qualsiasi effettiva funzionalità al fine indicato” (Pacia, *op. loc. ultt. citt.*). Neanche le istruzioni adottate nella circ. 7/2016 del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno paiono risolutive del problema, limitandosi a precisare che l'ufficiale di anagrafe dovrà registrare “tempestivamente” alcuni dati, tra i quali gli “estremi della comunicazione”, e ad assicurare la conservazione di copia del contratto.

(54) Da notare, poi, che la stessa L. n. 76/2016 prescrive (cfr. art. 1, comma 55) che “Il trattamento dei dati personali contenuti

nelle certificazioni anagrafiche deve avvenire conformemente alla normativa prevista dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196”.

(55) Così, testualmente, Cnn, *Comunione legale, contratto di convivenza e circolazione dei beni dopo la legge Cirinnà*, Studio Civilistico n. 196-2017/C, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 24 gennaio 2018, 15.

(56) Calvigioni - Palmieri - Piola, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze - Gli adempimenti di stato civile e anagrafe*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 177. Del resto, lo stesso sopra citato studio del CNN ammette che - nonostante L'A.N.U.S.C.A. (Associazione Nazionale degli Uffici di Stato Civile e d'Anagrafe) abbia proposto l'adozione di un modello di certificato in cui compaia l'annotazione relativa al regime patrimoniale, “né le istruzioni ministeriali, né la prassi degli uffici, hanno preso la direzione suggerita”. Il Comune di Roma, dal canto suo, tramite il dirigente preposto, ha dichiarato all'Autore dello studio del Consiglio Nazionale del Notariato, sopra citato, che “Attualmente la scelta del regime della comunione dei beni nell'ambito del contratto di convivenza ai sensi dell'art. 1 comma 53 lett. c) della L. n. 76/2016, non è menzionata in alcun certificato anagrafico” e, ancora, “Basta rivolgersi al municipio di appartenenza e richiedere un semplice stato di famiglia, in esso sarà indicato l'esistenza del contratto di convivenza, ma non la scelta del regime di comunione. Al momento tale dicitura non è prevista” (cfr. Cnn, *op. loc. ultt. citt.*). Assai più perspicuamente, un successivo studio del Consiglio Nazionale del Notariato (cfr. Cnn, *La pubblicità dei regimi patrimoniali nell'unione civile e nella convivenza di fatto. La scelta*

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Tirando le somme di quanto sin qui esposto, non può certo dirsi che l'innesto dei vecchi regimi sulle nuove famiglie abbia sortito esiti soddisfacenti, anche se occorre aggiungere che, per amor del vero (sebbene di ciò il riformatore del 2016 non fosse certo consapevole), l'idea di - per così dire - "gettare un ponte" tra i regimi patrimoniali tradizionali vigenti *inter coniuges* e diversi nuovi tipi di aggregazioni familiari è vecchia come il diritto, rispondendo ad antichissime ed autorevoli aspirazioni.

Così, come ricordato in altra sede dallo scrivente (57), già alcuni celeberrimi dottori dell'antico diritto iberico (siamo agli albori del XVI secolo), trattando delle peculiari disposizioni vigenti in Spagna sulla comunione degli acquisti, regime matrimoniale legale di quel regno, dopo aver premesso che l'istituto avrebbe avuto applicazione "*etiam in matrimonio putativo*", e dopo aver affermato che, quanto meno in determinati casi, la comunione avrebbe potuto aver luogo pure tra fidanzati (58), soggiungevano che la medesima conclusione si sarebbe potuta anche estendere - secondo quanto testualmente asserito dal più autorevole civilista dell'epoca, Juan López de Palacios Rubios - al caso relativo a "*duobus amasiis simul habitantibus*". Tra questi ultimi, infatti, "*videtur secundum aliquos tacite contracta societas, et lucra acquisita inter eos aequaliter dividuntur, eo modo, inter coniuges*

*veros, vel putativos, praesertim si postea inter eos contractum fuit matrimonium*" (59).

Non stupisca tanta "modernità" da parte di Juan López de Palacios Rubios, autore delle *Leyes de Toro* (la principale raccolta normativa dell'epoca del regno di Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia), cattedratico nelle università di Salamanca e di Valladolid, *Colegial Mayor* di San Bartolomé, *Presidente de la Mesta* (consiglio reale competente per svariati affari economici), *Oidor* (cioè giudice della *Real Audiencia*) di Valladolid, *Ministro del Consejo de Indias* e ambasciatore a Roma, giurista e "legislatore" ufficiale *de los Reyes Católicos*, su cui pesa l'incancellabile ombra (e onta) d'essere l'ideatore del famigerato *requerimiento*: di quel documento, cioè, che i *conquistadores* leggevano (in latino e in castigliano!) alle popolazioni amerindie per intimare la sottomissione alla Corona di Spagna, minacciando, in caso contrario, le più atroci ritorsioni e che, di fatto, venne utilizzato nel Nuovo Mondo quale giustificazione per il feroce sterminio e la riduzione in schiavitù di milioni di persone.

Quella "spregiudicata" presa di posizione sulla possibile applicazione della comunione legale ai conviventi va, invero, collocata nel contesto pretridentino, in cui il concubinato - sovente praticato dagli stessi ecclesiastici (60) - era nei fatti largamente tollerato (61), anche per l'evidente

*del cognome nell'unione civile. Aspetti di rilevanza notarile*, Studio n. 4-2019/P, Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 24 febbraio 2021, 35) rimarca che "è evidente l'inadeguatezza delle iscrizioni e registrazioni anagrafiche a svolgere la funzione di pubblicità dichiarativa loro affidata dal comma 52 della legge in commento. L'anagrafe, i relativi adempimenti e le conseguenti certificazioni, non sono predisposti per ricevere la pubblicità di contratti o convenzioni ed assicurare la conseguente opponibilità ai terzi. Tale funzione nel nostro ordinamento è svolta dai registri dello stato civile i quali sono caratterizzati dalla particolare forza probatoria loro riconosciuta dall'art. 451 c.c. e da una "stabilità" che trova la sua fonte normativa nell'art. 12, comma 2, d.P.R. n. 396/2000 e che garantisce la funzione loro affidata. Se si considera che la comunione dei beni rappresenta una forte deroga ai principi di diritto comune relativi all'acquisto, all'appartenenza ed all'amministrazione dei beni, che ha fonte normativa e si instaura normalmente a fronte di un rapporto certo (matrimonio o unione civile), è evidente l'anomalia di far nascere tale meccanismo da un contratto, in assenza di rapporto certo, ed accertabile attraverso i registri dello stato civile, e senza possibilità di offrire un adeguato strumento di opponibilità ai terzi. Ancora più evidente è poi tale anomalia se si pensa che tale scelta, e i relativi effetti in deroga alle regole ordinarie sugli effetti del contratto, è affidata, non ad un atto avente la forma solenne delle convenzioni matrimoniali, ma anche ad una semplice scrittura privata autenticata (anche) da avvocato, quindi senza obbligo, disciplinato dalla legge, di conservazione e rilascio di copia ed inoltre con l'opponibilità ai terzi del contratto di convivenza affidata ad una iscrizione (*rectius* registrazione) anagrafica. Preme sottolineare che la pubblicità riguarda il contratto di convivenza e non il regime di comunione dei beni eventualmente scelto".

(57) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 299 ss.

(58) Cfr. López de Palacios Rubios, *Quaedam recollectae super legibus de Toro*, in *Repetitio rubricae et cap. per vestras, de donationib. inter virum et uxorem*, Lugduni, 1576, 424 ss.; v. inoltre Garcia de Saavedra, *De coniugali aquaestu*, in *Tractatus de expensis et meliorationibus, cui de novo accesserunt Ioannis Garsiae a Saabedra Tractatus quatuor*, Lugduni, 1661, 73.

(59) Cfr. López de Palacios Rubios, *Repetitio rubricae et cap. per vestras, de donationib. inter virum et uxorem*, cit., 120.

(60) Non per nulla la teorica delle obbligazioni naturali tra conviventi viene sviluppata dalla civilistica medioevale proprio in relazione alle attribuzioni patrimoniali in favore delle concubine di ecclesiastici: cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 33 ss.

(61) Per tutto il medioevo venne accettata e tollerata la figura della "legittima concubina", di tradizione romanistica, rientrando nel cosiddetto "concubinato semplice", protagonisti uomo e donna di stato libero e spesso di ceti differenti, intenzionati a convivere *more uxorio* o a frequentarsi senza matrimonio e per un periodo anche limitato per i motivi più diversi: cfr. per tutti Braccia, *Le convivenze more uxorio nel basso medioevo ed in età moderna: quasi matrimoni, matrimoni presunti o clandestini?*, in AA.VV., *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali*, a cura di Viarengo, Torino, 2016, 27 ss., 32 s. Non è dubbio che il Concilio di Trento abbia rappresentato, da un punto di vista normativo, una svolta decisiva nel processo di criminalizzazione di unioni "irregolari"; più complesso è verificare in concreto, nei singoli ordinamenti, le tappe di questo processo, come è stato correttamente rilevato - in un volume dedicato a tale tema con specifico riferimento alla realtà napoletana - da Romeo, *Amori proibiti. I concubini tra Chiesa e Inquisizione*, Roma-Bari, 2008, VII s.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

impossibilità, in assenza di un sistema obbligatorio e affidabile di registrazione dei matrimoni, di tracciare una netta linea di demarcazione tra unione legittima e unione di fatto (62). Per questo stesso motivo non deve sorprendere più di tanto che, non molti anni dopo, addirittura Molineo si spingesse ad affermare, parlando delle nozze clandestine (cioè dei matrimoni non celebrati in *facie Ecclesiae*), che pure in siffatta ipotesi il regime patrimoniale legale della *communauté* (secondo la *coutume* di Parigi, così come dei diritti consuetudinari di quasi tutta la Francia centro-settentrionale) avrebbe potuto ugualmente operare tra i soggetti in questione, qualora espressamente stipulata dai contraenti, il cui matrimonio, si badi, era considerato addirittura inesistente (63).

Quanto sopra sembra dimostrare che ciò che desta perplessità non è certo la pura e semplice trasposizione di regimi “vecchi” a nuovi modelli di famiglia, bensì il contenuto di siffatti regimi, che avendo dimostrato di non funzionare, così come oggi da noi congegnati, rispetto alle famiglie “vecchie”, molto probabilmente non appaiono idonei ad agire positivamente neppure in quelle “nuove”.

(62) Le ragioni di questo movimento storico vennero ben colte ed espresse già, ad esempio, da Antonio Rosmini, secondo il quale la Chiesa, una volta fornita una definizione di matrimonio, come di “unione piena” tra uomo e donna, si volse a perfezionarne il concetto, “togliendo via quelle differenze fra matrimonj e matrimonj, fra mogli e mogli, che l'imperfezione degl'individui e delle società umane seco traeva” (così Rosmini - Serbati, *Filosofia del diritto*, II, Milano, 393).

(63) “Non ergo a die contractus clandestini, nisi in vim clausulae expressae contractus, non in vim consuetudinis”: cfr. la nota all'art. 94 della *coutume* di Valois di Molineo, *Coutumes generales et particulieres du royaume de France & des Gaules: Mesmement toutes celles qui ont esté nouvellement redigees par les trois Estats, & homologuees, corrigees & annotees de plusieurs decisions & arrests, diligemment & fidellement par Messire Charles du Moulin, Advocat en la Cour de Parlement à Paris, & autres Jurisconsultes*, I, Paris, 1582, 184. Occorre però tenere conto del fatto che, all'epoca in cui il grande giurista francese scriveva queste osservazioni (1539), vale a dire prima del decreto *Tametsi* del Concilio di Trento (1563) e dell'*Ordonnance de Blois* (1579), il requisito della celebrazione non era ancora richiesto come essenziale per l'esistenza del matrimonio (sul tema cfr. per tutti Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 24 ss.).

(64) Cfr. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, *passim*; Id., *Contratto e famiglia*, cit., 84 ss.; Brinig, *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*, Harvard, 2000, *passim*; AA.VV., *La contractualisation de la famille*, a cura di Fenouillet - de Vareilles-Sommières, Paris, 2001, *passim*; Bonini Baraldi, *Variations on the Theme of Status, Contract and Sexuality: an Italian Perspective on the Circulation of Models*, in AA.VV., *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, a cura di Boele-Woelki, Antwerpen, 2003, 300 ss.; AA.VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer - Schwab - Henrich, Bielefeld, 2005, *passim*; Bix, *Private Ordering*

### Nuove clausole negoziali: interazioni e dialoghi tra assetti patrimoniali di famiglie vecchie e nuove, nel contesto della contrattualizzazione del diritto di famiglia

Per restare nel campo delle relazioni patrimoniali tra conviventi - ponendo in luce un risvolto, una volta tanto, positivo e in qualche modo antitetico rispetto alle notazioni pessimistiche sopra esposte - non potrà sottovalutarsi il ruolo, per così dire, di traino che l'apertura della riforma del 2016 ai contratti di convivenza potrebbe giocare anche nel campo delle famiglie fondate sul matrimonio (o sull'unione civile). Siffatta apertura ben potrebbe, invero, esaltare una negozialità ad oggi umiliata (come si avrà modo di dire tra breve), sia da alcuni tratti del sistema normativo, che da una ottusa lettura giurisprudenziale di esso. Il tutto, a ben vedere, nel quadro di un ben più vasto movimento di contrattualizzazione delle relazioni di coppia, che sembra ormai - da un lato - investire i principali sistemi del nostro Continente, come ampiamente discusso in altre sedi (64) e - dall'altro - dispiegare i suoi effetti anche nel campo del diritto internazionale privato (65).

*and Family Law*, in *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2010, 23, 249 ss., anche in *Minnesota Legal Studies Research Paper No. 10-59*; AA.VV., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, a cura di Scherpe, London, 2012, *passim*; Swennen, *Contractualisation of Family Law in Continental Europe*, in *Familie & Recht*, 2013, 1 ss.; disponibile online in <https://www.boomportal.nl/tijdschrift/FenR/FENR-D-13-00003>; AA.VV., *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, a cura di Queirolo e Heiderhoff, I, Ariccia, 2015, *passim*; AA.VV., *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, a cura di Swennen, Antwerp, 2015, *passim*; Hohloch, *The Privatization of Family Law in Germany*, in *Familia*, 2017, 582 ss.; Mazzilli, *The Privatization of Separation and Divorce in Spain and Italy: a Comparative Study*, in *Familia*, 2017, 563 ss.; Caricato, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, Siena, 2020, *passim*.

(65) Per evidenti ragioni di spazio, neppure questo profilo può essere sviluppato nella presente sede; basti rinviare, per ciò che attiene al ruolo della privatizzazione e contrattualizzazione nel diritto internazionale privato di famiglia, a Oberto, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corr. giur.*, 2020, 794 ss. Per una più ampia indagine su tutti i profili internazionalprivatistici dei rapporti familiari, cfr. Gray, *Party Autonomy in EU Private International Law Relating to Family Matters and Succession: Evaluating Coherence in the Union Context*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2021, *passim* (in partic. sul concetto di *party autonomy* 4 ss., e, sull'autonomia delle parti come riflesso della volontà privata, 15 ss.). Si potrà ancora aggiungere che, anche in questo settore, l'evoluzione storica dimostra un evidente passaggio dallo *status* al contratto: la transizione è bene illustrata nella monografia appena citata (Ead., *op. cit.*, 5 ss.), ove giustamente si rinvengono nell'opera dell'italiano Pasquale Stanislao Mancini (ma, per certi aspetti già nei lavori di Molineo e di Savigny) le premesse per l'attribuzione di rilievo alla volontà delle parti nell'individuazione della legge applicabile ai contratti. Tanto per portare un esempio, poi, nel campo specifico dei rapporti giusfamiliari, una delle più risalenti trattazioni della materia, dovuta

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Rinviando ad apposita sede lo studio di possibili dialoghi e interferenze tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali (66), potrà qui solo evidenziarsi che svariati tipi di questioni teoriche, ma anche di sofferte controversie giudiziali, si pongono nel medesimo modo e con la medesima frequenza nel caso di crisi della coppia, coniugata o meno che sia. Si pensi, ad esempio, alla questione della sorte delle attribuzioni patrimoniali “a senso unico” eseguite in costanza di rapporto affettivo per l’acquisto di beni operato esclusivamente (o in una quota non proporzionale all’esborso effettuato) dall’ex coniuge, già in regime di separazione dei beni, o dall’ex partner ed all’uno o all’altro “intestati” in modo, per così dire, “difforme” rispetto al soggetto da cui il denaro proveniva (67). Orbene, il suggerimento (68) di inserire una clausola “preventiva”

sul significato da attribuire a determinati tipi di attribuzioni patrimoniali, nel caso fossero concretamente eseguite in costanza di rapporto affettivo, sembra possedere valore e pratica utilità non solo con riguardo alle intese tra conviventi, bensì anche a quelle *inter (futuros) coniuges*, oltre che ovviamente, tra civilmente uniti (69).

Altri esempi di “contaminazione” e “interazione” tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza potrebbero essere costituiti dalle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, in relazione sia alla prole nascita, che a quella già nata, che a quella che venga a porre un problema di affidamento in sede di crisi dell’unione affettiva, tanto più che le relative regole (70) non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le pregresse categorie di figli (71).

alla penna d’un celebre giurista francese del XVIII secolo, il Boullenois, ancorché fondamentalmente imperniata sulla contrapposizione tra i concetti di *statut personnel* e di *statut réel* (cfr. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes, ou statuts*, I, Paris, 1766, 12 ss.), ammetteva poi, nella sua parte finale, sulla falsariga di quanto già insegnato in Olanda un secolo prima dal Rodenburg, che, in materia di *statut personnel* (cioè in merito alla legge applicabile ai rapporti personali e familiari), in determinati casi, la *convention des parties* potesse “*prévenir la diversité des loix*” (cfr. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes, ou statuts*, II, Paris, 1766, 366 ss.).

(66) Per un’analisi in parallelo dei contratti di convivenza e dei contratti prematrimoniali, con particolare riferimento agli spunti che i primi possono fornire ai secondi, cfr. per tutti Oberto, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in AA.VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Landini e Palazzo, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, 1, 2018, Milano, 2018, 50 ss. V. inoltre Las Casas, *Accordi prematrimoniali status dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 913 ss.; Scherpe, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel common law - alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 920 ss.; Fusaro, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2016, 1789 ss.; Id., *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 475 ss.; Id., *La sentenza delle Sezioni Unite sull’assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in questa *Rivista*, 2018, 1031 ss.

(67) Per la trattazione delle rispettive questioni con riguardo, rispettivamente, alla famiglia fondata sul matrimonio ed in regime di separazione dei beni, da un lato, ed alla famiglia di fatto, dall’altro, cfr. Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2005, 347 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 59 ss.

(68) Su cui v. già Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 280 s.

(69) La “cartina di tornasole” dell’attendibilità di questi rilievi e dell’utilità dell’idea è rappresentata dal singolare raffronto tra la giurisprudenza in tema, ad esempio, di “mutuo” (*rectius*: allegato, ma mai dimostrato mutuo) tra coniugi o conviventi per l’acquisto di beni immobili in capo (in tutto o in parte) all’asserito “mutuatario” (coniuge o partner che sia), di cui si è dato conto in altra sede (cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed*

*Europa*, cit., 78 ss.), ove è dato riscontrare una curiosa convergenza, assolutamente “trasversale” rispetto ai due tipi di famiglia, sia nel modo di impostare la causa, allegazioni e *petita* della parte attrice, difese della parte convenuta, sia nella sentenza di (inevitabile) rigetto, fondata sulla semplicissima constatazione dell’indoneità della prova dell’effettuazione di un esborso per un acquisto operato da un altro (coniuge o convivente che sia) a dimostrare la sussistenza dell’obbligazione di restituire il *tantumdem* da parte del “beneficiario finale” dell’operazione. Per il superamento delle perplessità circa l’ammissibilità di clausole in cui, in via preventiva, si “attribuisca un senso” a future operazioni negoziali, considerata la conclamata piena validità di negozi traslativi a causa esterna, si fa rinvio a Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 s.; per alcune concrete formule, valevoli tanto per un contratto di convivenza, che per un’intesa *inter coniuges*, e ancora del tutto attuali, pur dopo la novella del 2016, cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell’autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, Roma, 2013, 34.

(70) Regole sostanziali; per quelle processuali si fa rinvio quanto osservato in altra sede: cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 114 ss. Inutile rammentare qui che la prima delle regole sostanziali da rispettare è la sottoposizione al principio fondamentale dell’esclusivo interesse del minore, per cui le clausole potrebbero un giorno essere riconosciute come nulle in quanto non rispettose, nella specie, di quel canone. Ciò che, però, altrettanto ovviamente, non può costituire ostacolo alla possibilità che siffatti accordi (con il rispetto del predetto limite) siano raggiunti, come espressione di una negozialità *inter parentes* che tutte le norme in materia affermano e confermano.

(71) È noto che la piena equiparazione tra la prole un tempo definita “legittima” e quella un tempo definita “naturale” è stata operata dalla L. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal successivo D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014. Peraltro, sul tema specifico qui in discorso, la perfetta e completa estensione delle regole attinenti a quella che oggi si chiama “responsabilità genitoriale”, in sede di crisi del rapporto coniugale o paraconiugale, era già stata realizzata per effetto dell’art. 4, L. 8 febbraio 2006, n. 54. Rimanevano ancora alcune differenziazioni sul piano processuale, cui ha posto fine la piena e assoluta equiparazione operata dalla “riforma Cartabia”, entrata in vigore nel 2023, cui si è già fatto cenno in precedenza, con particolare riferimento alla predisposizione di una normativa unica in tema di “regolamentazione dell’esercizio della responsabilità

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Ulteriori esempi sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predeterminazione del contributo del *partner* ad un'eventuale impresa familiare (72), che ben potrebbe servire di modello ad un'analoga pattuizione programmatica tra futuri coniugi (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* a favore della famiglia di fatto, con l'inserimento della clausola che ne preveda l'automatica trasformazione in fondo patrimoniale nel caso di celebrazione delle nozze (o di costituzione di un'unione civile) tra i due conviventi (73). Istituto, quest'ultimo, che ben si presta a costituire un vero e proprio "ponte" ideale tra i vari tipi di famiglia, ben potendo adattarsi a realizzare interessi meritevoli di tutela in relazione a tutti i tipi di formazioni sociali in discorso.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento ad un altro possibile punto di convergenza, costituito dalla creazione *de iure condendo* di un *trust* familiare "all'italiana", di cui si rinvergono tracce in alcune proposte di legge sui patti prematrimoniali (74), ma che ben s'adatterebbe a soddisfare analoghe esigenze delle nuove famiglie. Uno specifico intervento normativo consentirebbe, tra l'altro, di superare le persistenti obiezioni (per molti profili largamente

fondate) circa l'ammissibilità *de iure condito* di un *trust* interno, di cui si è dato conto in altra sede (75). Naturalmente, anche la possibilità di dedurre in condizione l'eventuale rottura del rapporto - tanto coniugale, che paraconiugale - in relazione alla ripetizione di attribuzioni patrimoniali pregresse, *ad instar* di quanto effettuato dalla coppia di fidanzati cui si riferisce una nota sentenza di legittimità emanata alla fine del 2012, oltre che una meno nota decisione del 2013, si pone alla stregua di una soluzione aperta tanto ai coniugi (o civilmente uniti), come ai conviventi, come a futuri tali (76). Salvi gli approfondimenti presentati in altra sede in relazione alle intese tra conviventi (77), sarà dunque immaginabile, quanto meno in linea di principio, legare la promessa di trasferimento di un immobile, quale *datio in solutum* estintiva di un mutuo concluso tra fidanzati, o, in alternativa, la restituzione del *tantundem* ricevuto in prestito (come avvenuto nei due casi testé citati) al "fallimento" (sempre per utilizzare la terminologia utilizzata dalle parti nella prima delle due fattispecie appena ricordate) o comunque alla rottura del rapporto già in atto, o che sta per costituirsi tra i due (78). E qui, ancora una volta, a prescindere dal fatto che siffatto legame affettivo sia stato o debba essere suggellato dal vincolo matrimoniale (o da unione civile).

genitoriale": cfr. artt. 473-bis.47 ss. c.p.c. Ad essere fino in fondo precisi, va infine notato che l'unica discriminazione a permanere tutt'oggi è quella nei confronti dei figli delle coppie (omosessuali, ma anche eterosessuali) che abbiano fatto ricorso a procedure di procreazione medicalmente assistita eterologa, laddove non si fornisca paritario rilievo giuridico, alla "genitorialità intenzionale", rispetto alla genitorialità ottenuta mediante il "metodo tradizionale".

(72) Su cui v. le clausole proposte in Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 22 e dallo scrivente commentate *ivi*, 23. La partecipazione del convivente di fatto all'impresa familiare del *partner* è oggi disciplinata dall'art. 230-bis c.c., a seguito della già citata Corte Cost. 25 luglio 2024, n. 148.

(73) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente more uxorio in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 71; sul tema v. anche Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 137; Fusaro, *Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 33 ss.

(74) Su cui cfr. Oberto, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, 46 ss.

(75) Cfr. Oberto, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno - Gabrielli, 19, *I contratti di destinazione patrimoniale*, a cura di Calvo - Ciatti, Torino, 2014, 147 ss. V. inoltre Fusaro, *Una convenzione*

*aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?*, in *Riv. not.*, 2013, 859 ss.

(76) Cfr., rispettivamente, Cass. Civ. 21 dicembre 2012, n. 23713, in questa *Rivista*, 2013, 323, con nota di Oberto e Cass. Civ. 21 agosto 2013, n. 19304.

(77) Cfr. Oberto, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 66 ss.

(78) La prima delle due sentenze appena citate è stata così massimata: "È valido l'impegno negoziale assunto dai nubendi in caso di fallimento del matrimonio (nella specie trasferimento di un immobile di proprietà della moglie al marito, quale indennizzo delle spese, da questo sostenute, per ristrutturare altro immobile destinato ad abitazione familiare di proprietà della moglie medesima), in quanto contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., essendo, infatti, il fallimento del matrimonio non causa genetica dell'accordo, ma mero evento condizionale" (cfr. Cass. Civ. 21 dicembre 2012, n. 23713). La massima della seconda, relativa ad un contratto di mutuo stipulato prima delle nozze, con promessa di restituzione nel caso di separazione personale, è la seguente: "L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame" (cfr. Cass. Civ. 21 agosto 2013, n. 19304).

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Sempre in relazione alla preventiva determinazione delle conseguenze della rottura del rapporto, un altro evidente punto di convergenza è costituito dalla possibile previsione di trasferimenti e di costituzione di diritti a tacitazione di eventuali pretese postmatrimoniali, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di contratti della crisi coniugale (79). Il trasferimento o la costituzione potranno dunque avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale. Siffatto tipo di accordi potrebbe stipularsi tra conviventi (o ex tali), sia in via preventiva, che a chiusura di un rapporto pregresso. Inutile dire che di estrema importanza sarebbe non solo il ripristino, bensì l'estensione, tanto alle intese prematrimoniali, così come a quelle relative alla famiglia di fatto, del contenuto dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 19, L. n. 74/1987 (80).

Altro possibile punto di contatto (o... di scontro) tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza è rappresentato da un argomento che ormai s'avvia a diventare un "classico" della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio* - da parte dell'uno e/o dell'altro dei (futuri) coniugi - può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale, eventualmente già divisato in un'intesa prematrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti d'un contratto preventivo (così come di un'intesa raggiunta nel contesto della crisi coniugale) s'accordino, espressamente prevedendo o, in alternativa, escludendo che la realizzazione di tale eventualità dispieghi effetti sulle attribuzioni postmatrimoniali (contributo al mantenimento del coniuge separato, assegno di divorzio, assegnazione convenzionale della casa coniugale, etc.) pattuite *ex ante*, così come su quelle che dovessero venire concordate *ex post*, o eventualmente anche determinate dal giudice, in caso di separazione o di divorzio contenziosi (81).

Inutile rammentare che una soluzione del genere è valida alla sola condizione che, secondo la tesi di gran lunga preferibile, le prestazioni postmatrimoniali in oggetto (concernenti i rapporti tra i coniugi, così come quelle coinvolgenti la prole minorenni, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes* (82).

Correlativamente, anche un contratto di convivenza può mettere in conto la possibilità che la prestazione postmatrimoniale attualmente goduta da uno dei due *partners* (o, perché no, da entrambi) venga meno per qualche ragione (magari proprio per l'instaurazione della convivenza in oggetto), stabilendo, così, che sia uno dei conviventi ad obbligarsi a sopperire agli effetti del venir meno del contributo dell'ex coniuge dell'altro *partner*. In ogni caso, ciò che appare vivamente consigliabile in ipotesi del genere è che le parti sappiano "calibrare" opportunamente, oltre che con la dovuta precisione, le reciproche contribuzioni e le condizioni di modifica o cessazione delle stesse.

### Cosa non va nei vecchi regimi patrimoniali

Sulla base di quanto fin qui illustrato, appare inevitabile una breve indagine su ciò che nel sistema tradizionale ha dimostrato di non funzionare. O, per lo meno, di non funzionare da noi, visto che, ad esempio, oltralpe, la *communauté légale* continua a riscuotere le simpatie dei *citoyens* e gli Autori non esitano a definire orgogliosamente la Francia "Pays de communauté" (83).

Ora, il primo intervento che lo scrivente raccomandava nella monografia pubblicata nel 2010 sulla comunione legale, era quello avente ad oggetto l'inserimento, tra le cause di scioglimento del regime, dell'inizio della procedura di separazione personale (così come di quella di divorzio, se non preceduto da separazione legale, o di annullamento del matrimonio), al fine di evitare le gravissime situazioni determinate dal perdurare del regime legale nel periodo di più acuti contrasti e tensioni tra i coniugi ormai in crisi. La proposta, come noto, è stata accolta, anche se

(79) Cfr. per tutti Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, dal 4 marzo 2009 disponibile al seguente indirizzo web: [giacomooberito.com/trasferimenti/taormina2009/relazione\\_oberto\\_taormina.htm](http://giacomooberito.com/trasferimenti/taormina2009/relazione_oberto_taormina.htm).

(80) Sul tema, per i dettagli non riportabili per ragioni di spazio nella presente sede, si fa rinvio ancora a Oberto, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 58 ss.

(81) Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non

sarebbe valido l'impegno a non porre in essere *tout court* una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in Oberto, *Del "Galateo postmatrimoniale": ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. not.*, 1999, 337 ss.

(82) Il tema è sviluppato in Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss.; Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in questa *Rivista*, 2003, 389 ss., 495 ss.

(83) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 118 ss.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

tardivamente (quarant'anni dopo la Riforma del 1975!), in maniera pasticciata e incompleta (84).

La tardiva rimozione del predetto ostacolo, non dimentichiamolo, ha causato per ben quattro decenni danni irreversibili alla comunione, contribuendo alla diffusione dell'idea che il regime legale può trasformarsi in una vera e propria trappola, continuando ad operare, nel caso di conflitto, per anni ed anni, tra due soggetti ormai divenuti del tutto estranei. Ciò detto, rimane comunque ineludibile la necessità di intervenire, con la massima urgenza, su svariati altri punti.

Particolarmente evidente, *in primis*, appare la necessità di eliminare le persistenti ambiguità in tema di comunione *de residuo*, con particolare riguardo alla tutela del coniuge non titolare, *manente comunione*, dei relativi beni, mercé l'introduzione per via legislativa del principio secondo cui per l'interessato è sufficiente la dimostrazione dell'acquisizione, da parte dell'altro coniuge, dei cespiti *ex art. 177, lett. b) e c)*, nonché *art. 178 c.c.*, gravando, invece, su quest'ultimo, cioè sul percettore di tali utilità, l'onere di dimostrarne l'intervenuta consumazione, nonché l'esatta individuazione degli atti di consumazione (da non confondere, come illustrato in altra sede, con la semplice "sparizione", sovente coincidente con il mero occultamento) dei cespiti patrimoniali medesimi. Quanto sopra, del resto, sulla falsariga di quanto opportunamente disposto da svariati ordinamenti stranieri (85).

In modo ancora più radicale, ci si potrebbe chiedere se non sia addirittura il caso di "convertire" le ipotesi in esame in altrettante situazioni di comunione immediata, così eliminando una figura "ibrida", quale la comunione residuale, che si giustifica (sulla base, anche, delle esperienze straniere) solo in quanto costituente un regime patrimoniale "a sé stante" (vuoi legale, vuoi convenzionale), ma che, ove inserita nell'ambito di un generale regime legale di comunione immediata, viene a porre una distonia difficilmente comprensibile ed integrabile nel disegno ordinamentale complessivo.

Sarebbe poi necessaria un'opera di chiarificazione legislativa di alcune delle principali questioni che affaticano gli interpreti in merito all'individuazione dell'oggetto della comunione: dagli acquisti a titolo originario, ai diritti di credito, alle partecipazioni societarie, agli investimenti in titoli, etc., procedendo ad una revisione della formula usata dal legislatore nell'*art. 177 c.c.*, ritenuta insufficiente per dar soluzione alle ipotesi nelle quali la disciplina della comunione tra coniugi viene in conflitto con le norme che regolano l'appartenenza o la circolazione dei diritti su determinati beni in ragione della natura del bene considerato o del modo d'acquisto (86).

Ancora, occorrerebbe pervenire ad un chiarimento sul tema dei rapporti tra comunione, azienda coniugale, impresa coniugale ed impresa familiare, ciò che forse potrebbe indurre almeno determinate categorie di imprenditori a non optare sistematicamente, come oggi avviene, per il regime di separazione (87).

(84) Cfr. il testo dell'*art. 191 cpv. c.c.*, come introdotto dalla L. 6 maggio 2015, n. 55, su cui v. per tutti Oberto, "Divorzio breve", *separazione legale e comunione legale tra coniugi*, in questa *Rivista*, 2015, 615 ss. Da notare, poi, la complicazione ulteriore causata dal mancato coordinamento della disposizione in esame con il rito delle crisi coniugali introdotto dalla c.d. "riforma Cartabia", che ha abolito l'udienza presidenziale e l'autorizzazione a vivere separati. L'udienza presidenziale dovrà ora farsi coincidere con l'udienza dinanzi al giudice relatore (*art. 473-bis.21 c.p.c.*), mentre l'autorizzazione giudiziale a vivere separati è stata probabilmente ritenuta inutile alla luce dell'*art. 146 cpv. c.c.* Il problema è, però, che l'*art. 191 cpv. c.c.* sembra continuare a presupporre l'emanazione di un provvedimento che non esiste più, a meno che non si identifichi quest'ultimo, ora, nell'atto con il quale il giudice relatore "assume i provvedimenti temporanei e urgenti", ai sensi degli *artt. 473-bis.21, ult. cpv., e 473-bis.22 c.p.c.* Inutile ricordare, poi, che l'attuale versione dell'*art. 191 cpv. c.c.* non risulta neppure (*ab origine!*) coordinata con la riforma del 2014 in tema di negoziazione assistita (*ex art. 6, comma 3, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in L. 10 novembre 2014, n. 162*).

(85) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1304 ss. Particolare attenzione a questo profilo viene dedicata, ad esempio, dai principi elaborati in materia di regimi patrimoniali dalla *Commission on European Family Law (CEFL)* nello studio seguente: AA.VV., *Principles of Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, a cura di Boele-Woelki et al., Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 192 ss., ove vengono indicate le

precauzioni da adottare, al momento del calcolo del valore del patrimonio finale, al fine di scongiurare gli effetti di atti pregiudizievoli (alienazioni a titolo gratuito, dissipazioni, riduzioni di valore, etc.) di un coniuge ai danni dell'altro. Il tutto, del resto, sulla falsariga di disposizioni quali quelle contenute nel par. 1375 *BGB*, per la germanica *Zugewinnngemeinschaft*, o negli *artt. 1572 e 1573 Code Civil*, per la francese *participation aux acquêts*, o, ancora, nell'*art. 1469/4 del previgente Code Civil del Belgio*, per il regime belga della *séparation de biens avec participation aux acquêts*. Da notare che tale ultimo articolo è ora sostituito dall'*art. 2.3.68 del vigente codice civile belga*, introdotto dalla L. 19 janvier 2022. - *Loi portant le livre 2, titre 3, "Les relations patrimoniales des couples" et le livre 4 "Les successions, donations et testaments" du Code civil*, in vigore dal 1° luglio 2022, dal contenuto peraltro assolutamente identico al precedente. Potrà infine menzionarsi l'*art. 10 del Décret n° 2013-488 del 10 giugno 2013, portant publication de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts*, per il regime convenzionale franco/tedesco di cui alla convenzione bilaterale predetta, firmata a Parigi il 4 febbraio 2010.

(86) Sul tema v. già, anche per ulteriori rinvii, Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 380 ss.

(87) Sul tema v. per tutti Balestra, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa - Patti, Padova, 2009, *passim*.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Andrebbe radicalmente abrogato, inoltre, l'inutilmente farraginoso sistema di responsabilità patrimoniale *in executivis*, di cui agli artt. 186-190 c.c.: altro coacervo di norme, questo, che, in modo assai simile al famigerato art. 170 c.c. in tema di fondo patrimoniale, sembrano disegnate per attribuire immeritate medaglie ai nostrani cattivi pagatori. L'azione esecutiva dei creditori andrebbe consentita senza limiti (e senza impropri *beneficia excussionis*) contro i beni comuni e personali (a seconda, ovviamente, della titolarità attiva e passiva dei rapporti obbligatori), prevedendosi contemporaneamente l'automatica estromissione dal regime legale dei beni comuni eventualmente sottoposti a pignoramento (88).

Su un piano più generale, poi, andrebbe radicalmente rivisto l'ordinamento pubblicitario dei regimi patrimoniali, coordinando il sistema della trascrizione con quello dell'annotazione, al fine di garantire un più alto livello di certezza del traffico giuridico immobiliare (89).

### Vecchi regimi e nuovi divorzi

Sia consentito, a questo punto, sviluppando ulteriormente le conclusioni cui si è giunti nel par. precedente, evidenziare ancora una volta i gravissimi danni che l'abbandono in massa del regime di comunione ha prodotto e continua a produrre su di un altro versante, vale a dire quello delle prestazioni *post divortium*.

Inevitabile, in questo contesto, il riferimento alle vicende giurisprudenziali concernenti la determinazione dell'assegno *ex art. 5 l. div.* E qui, come già

segnalato in altra sede (90), appare significativo che il primo sguardo lanciato dai nostri giudici familiaristi al di fuori degli angusti confini nazionali sia opera di una decisione di legittimità, impegnata nel titanico tentativo di superare una visione ormai stantia dei rapporti tra ex coniugi. Una visione 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'innomerevole 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 magari modesta del vincolo coniugale. Tentativo generoso, questo, di attuare *in subiecta materia* una "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 (91), 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 economico, in presenza di specifiche e dimostrate ragioni di solidarietà" (92).

L'esattezza dell'argomentazione (93) e del richiamo ad altri sistemi, in cui i rapporti patrimoniali tra divorziati sono retti da regole ben più al passo con i tempi

(88) Per le ragioni di siffatto suggerimento e le *technicalities* con cui si dovrebbe operare nell'espunzione dal codice degli artt. 186-190 c.c. si fa rinvio a Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, Il, Milano, 2010, 1423 ss.

(89) Oberto, *Attualità del regime legale*, cit., 100 ss.

(90) Cfr. Oberto, *Comparazione e precedente straniero nella giurisprudenza sui rapporti patrimoniali della famiglia*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Michele Sesta*, in corso di pubblicazione.

(91) Cfr. Cass. Civ. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, 1299 ss., con nota di Di Majo; in *Giur. it.*, 2017, 1795 ss., con nota di Rimini; in *Corr. giur.*, 2017, 885, con nota di Quadri; in questa *Rivista*, 2017, 636 ss., con nota di Danovi; *ivi*, con nota di Al Mureden; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1001 ss., con commento di Roma. Secondo questa sentenza, l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970 avrebbe dovuto 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, comma 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, comma 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. Civ., SS. UU., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67 ss., con nota di Quadri; in *Corr. giur.*, 1991, 305 ss., con nota di A. Ceccherini, e costantemente seguito sino al 2017.

(92) Analogo rilievo alla teoria dell'autoresponsabilità in chiave comparatistica appare rinvenibile in Trib. Treviso 1° marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, I, 2205 ss., con nota di Casaburi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 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".

(93) Condivisa, ad es., anche da Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 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 comparata, v. anche Oberto, *Il divorzio in Europa*, in questa *Rivista*, 2021, 130 ss.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

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 (94), 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" (95).

Orbene, siffatta conclusione, secondo le parole del citato arresto delle Sezioni Unite, sarebbe conforme al "quadro comparatistico 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)* (96) - 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" (97).

Invero, nell'ordinamento tedesco il principio fondamentale, enunciato nel par. 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 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 (*Zugewinn-gemeinschaft*) (98). 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 (99).

(94) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, 1842 ss., con nota di Rimini; in *Corr. giur.*, 2018, 1186 ss., con nota di Patti; in *Foro it.*, 2018, I, 2699 ss., con nota di Casaburi; *ivi*, 2703 ss., con nota di M. Bianca; in questa *Rivista*, 2018, 983 ss., con nota di Sesta; *ivi*, 1031 ss., con note di Fusaro e Rimini.

(95) Per una recente "riscoperta" della funzione assistenziale v. invece Cass. Civ. 11 febbraio 2025, n. 3506, secondo cui l'assegno di divorzio, avente funzione "anche perequativo-compensativa" (da notare l'avverbio "anche", che sembra voler porre tale funzione in posizione secondaria, rispetto a quella assistenziale), presuppone comunque "un rigoroso accertamento del fatto che lo squilibrio tra la situazione reddituale e patrimoniale delle parti, presente al momento del divorzio, sia l'effetto del sacrificio da parte del coniuge più debole a favore delle esigenze familiari". In assenza, dunque, della rigorosa prova di tale nesso causale, "l'assegno può giustificarsi solo per esigenze strettamente assistenziali, ravvisabili laddove il coniuge più debole non abbia i mezzi sufficienti per un'esistenza dignitosa o non possa procurarseli per ragioni oggettive (Cass. Civ. n. 26520/2024)".

(96) Il sito ufficiale della *Commission on European Family Law (CEFL)* è il seguente: <https://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, 160 ss.; Cubeddu, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in AA.VV., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, a cura di Patti - Cubeddu, cit., 14 ss. Sul tema del lavoro svolto dalla CEFL nell'elaborazione di principi in materia di divorzio cfr. AA.VV., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*, a cura di Boele-Woelki et al., 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: <https://>

[ceflonline.net/divorce-maintenance-reports-by-jurisdiction/](https://ceflonline.net/divorce-maintenance-reports-by-jurisdiction/).

Un'altra interessante e completa raccolta di rapporti nazionali sul tema è rinvenibile in AA.VV., *La rupture du mariage en droit comparé. Rapports nationaux*, a cura di Ferrand e Fulchiron, Lyon, 2015, *passim*.

(97) Cfr. Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit. 454 ss.; v. inoltre Id., *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2018, 1186; Id., *Solidarietà e autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Famiglia*, 2017, 275 ss., spec. 279 ss.; cfr. poi anche Sesta, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019, 3 ss.

(98) Così anche Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit. 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 (par. 1575 BGB), oppure il mantenimento di un figlio comune per almeno tre anni dopo la nascita (par. 1570 BGB). Ed infatti il fondamento delle suddette eccezioni (rispetto al "principio della autoresponsabilità" del par. 1569 BGB) viene ravvisato nella solidarietà postconiugale (*nacheheliche Solidarität*), che giustifica i casi di legittimazione al mantenimento di cui ai parr. 1570 ss.: mantenimento - si noti - il cui *quantum* si determina sulla base delle condizioni di vita matrimoniale e ricomprende "tutti i bisogni della vita" (par. 1578, comma 1, BGB).

(99) Così Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, cit., 454 ss.; sul tema cfr. anche Oberto, *Il divorzio in Europa*, cit., 130 ss., ove si ricorda che la stessa *Cour de cassation*, in una decisione del 2009 (cfr. Cass. Civ. 1<sup>ere</sup>, 1<sup>er</sup> juillet

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

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 (100), nella quale, il perseguimento della finalità "perequativo-compensativa" non si attua nella sede sua propria, vale a dire quella del regime legale, per via della "fuga" da quest'ultimo, più volte ricordata.

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 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! (101).

Il fallimento, dunque, del vecchio regime di comunione influisce nel modo più negativo possibile sulle questioni legate alle prestazioni postmatrimoniali, finendo con l'attribuire all'assegno di divorzio una funzione del tutto impropria, che andrebbe unicamente svolta dalle regole in tema di regime patrimoniale.

### Vecchi regimi, nuovi divorzi e nuove convivenze

Analoghe osservazioni critiche sorgono dalla considerazione dei rapporti tra assegno di divorzio e instaurazione di una nuova convivenza *more uxorio* da parte dell'ex coniuge beneficiario della prestazione predetta. Qui merita considerare 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 (102).

L'approccio, peraltro, appare anche in questo caso 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 (103) e, dall'altro, al rilievo in base al quale non è consentito nel nostro Paese al

2009, in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000020824267/>, 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, 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 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, 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. Si

tenga, infine, conto del fatto che proprie la disciplina della *préstation compensatoire* francese, così come dettata dal *Code Civil* (art. 278 cpv.), prevede espressamente che il giudice possa rifiutare l'omologa della convenzione di divorzio "si elle fixe inéquitabement les droits et obligations des époux". E questo costituisce l'indubbio aggancio normativo per negare la validità, in tale ordinamento, dei patti prenuziali su di un futuro, eventuale, assegno di divorzio. A *contrariis*, l'assenza di siffatta disposizione nel nostro sistema conferma ulteriormente (ove ve ne fosse ancora bisogno) la piena validità di questo genere d'intese in Italia.

(100) Cfr. Oberto, *Il divorzio in Europa*, cit., 131.

(101) 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. Civ. 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 par. 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".

(102) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1390, con nota di Quadri; in *Foro it.*, 2022, I, 179, con nota di Casaburi.

(103) "... diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti Europei anche molto vicini al nostro: in Francia l'art. 283 del *code*

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

giudice di emettere la condanna di una parte al pagamento, anziché di una somma periodica di denaro, di una prestazione *una tantum*, eventualmente anche rateizzabile, con funzione di definitiva, unitaria definizione economica post-coniugale (104). 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 dal legislatore francese all'art. 271 *code civil* - cui attenersi per un'equa quantificazione del dovuto (105).

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 (106). Non aver colto la "lezione straniera" sulla necessità di un'equiparazione completa (ai fini, ovviamente, della cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno) tra passaggio a nuove nozze e inizio di una stabile convivenza di fatto non solo ha dato vita ad una "lettura interpretativa (...) eccentrica nel complessivo panorama dei sistemi giuridici europei" (107), 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"*.

*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. Civ., SS.UU., 5 novembre 2021, n. 32198, cit.).

(104) 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 ss. *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 separación o el divorzio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia"), ed anche in Germania, ove il par. 1585 *BGB* prevede

Funzione, quest'ultima, che - se ci si passa l'espressione ardata - "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 specchio retrovisore, ispirata come è all'idea dell'acquisto di un diritto per ciò che si è fatto (108), laddove il passaggio a nuove nozze non può certo cancellare, con un magico colpo di spugna, 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?

Ora, poiché, per le ragioni illustrate, la possibilità di scegliere il regime comunistico - in tal modo attuando nel modo più chiaro e limpido la finalità "perequativo-compensativa" perseguita - viene generalmente rifiutata per i motivi qui illustrati, vale la pena chiedersi se non sia il caso di introdurre quelle modifiche normative che appaiano idonee a rendere, per così dire, "più appetibili" quei regimi patrimoniali che veramente consentono la realizzazione di tale funzione. Questo set di norme (o, se vogliamo, di idonei aggiustamenti dei regimi vigenti) sarebbe pertanto messo a disposizione delle coppie (vecchie o nuove che siano) nel momento della loro costituzione (o, comunque, durante la loro esistenza), lasciando

che il beneficiario possa ottenere, in luogo della contribuzione in forma pecuniaria periodica, una liquidazione capitalizzata, in presenza di un motivo rilevante e purché l'onere non ne risulti iniquamente gravato" (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 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., 63 ss.

(105) Cfr. *ex multis* Quadri, "C'è qualcosa di diverso" oggi nell'assegno di divorzio, "anzi d'antico", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1715 ss., spec. 1724 e *ivi* per altre indicazioni bibliografiche.

(106) 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 questa *Rivista*, 2022, 113 ss.

(107) Così, più che condivisibilmente, si esprime Al Mureden, *op. loc. ultt. citt.*

(108) 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 strapalacrime", sovente addotto in giurisprudenza e in dottrina.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

invece svolgere all'assegno di divorzio il ruolo che gli è proprio in una società moderna e civile, vale a dire quello puramente assistenziale.

### Regimi nuovi per famiglie vecchie e nuove

Riprendendo la provocazione con cui si è chiuso il par. precedente, vale la pena tentare di individuare quali sarebbero le caratteristiche salienti dei nuovi regimi cui si faceva riferimento.

E qui, al di là degli interventi settoriali sopra individuati in tema di comunione legale e di fondo patrimoniale, un'importanza fondamentale assumerebbe nel sistema l'introduzione di una chiara indicazione legislativa che consentisse ad interpreti ed operatori di sbarazzarsi una volta per tutte di alcune persistenti posizioni giurisprudenziali eccessivamente rigide in punto libertà negoziale dei coniugi. Si pensi, ad esempio, alla questione della possibilità di esclusione dalla comunione di singoli beni, sia al momento dell'acquisto che, in via successiva, sulla base del consenso dei coniugi; o, ancora, al problema della necessità della partecipazione del coniuge non acquirente, nel caso ricorrano le condizioni descritte dall'art. 179, lett. c), d) ed f), c.c. per un acquisto personale. Questo contribuirebbe, anche a livello di "immagine", a fornire l'idea che la comunione non è una "gabbia" nella quale i coniugi possano venirsi a trovare imprigionati (109).

E, invero, proprio le cennate chiusure giurisprudenziali sono alla base di una curiosa situazione di stallo,

che vede i notai italiani, nel (sovente, purtroppo, fondato) timore di incorrere in responsabilità ex art. 28 l. not., non farsi promotori dell'introduzione, nella prassi, di innovative clausole contrattuali, per tema di vederle fulminate da nullità. Si pensi, tra i tanti possibili esempi, ad intese di sacrosanta ragionevolezza, tra cui, ad es., la *clause alsacienne* (o... messinese), in forza della quale il regime di comunione cederebbe retroattivamente il passo al regime di separazione nel caso di crisi coniugale. Intesa, questa, che oggi rischierebbe di essere considerata invalida alla luce della sin troppo nota giurisprudenza prevalente in Cassazione sulla nullità delle intese preventive e dei patti prematrimoniali (110).

A ben vedere, una sorte non troppo diversa potrebbe toccare alla convenzione matrimoniale atipica, pur ritenuta valida dalla stragrande maggioranza degli interpreti (111), con cui una coppia coniugata decidesse di optare per un regime del genere della germanica *Zugewinnngemeinschaft*, posto che la caratteristica più marcata di siffatto accordo è proprio quello di disporre "ora per allora". Un "allora", che, nello specifico, può essere costituito, in alternativa, o dalla crisi coniugale, con conseguente ritorno (*back to square one*, verrebbe da dire) alla sfavorevole giurisprudenza appena ricordata in tema di patti prematrimoniali, o dalla morte di uno dei coniugi: ipotesi, quest'ultima, su cui verrebbe sinistramente a pendere la "spada di Damocle" del divieto dei patti successori (112).

(109) Osserva Galgano, *La comunione dei beni fra coniugi a trent'anni dalla sua introduzione*, in *Contr. e impr.*, 2005, 1007, che il "mutamento della giurisprudenza, che esclude l'autonomia contrattuale dei coniugi in comunione dei beni e introduce quegli elementi di "forzosità" della comunione che in precedenza aveva negato, non giova certo alla causa di chi vuole contrastare le unioni libere". L'illustre Autore paventava, dunque, più ancora che una "fuga dalla comunione", una "fuga dal matrimonio": e non può certo dirsi che i dati statistici gli abbiano dato torto.

(110) Sul tema della "clausola alsaziana" e dei suoi precedenti nell'antica giurisprudenza sicula si fa rinvio a Oberto, *Attualità del regime legale*, cit., 88 s.

(111) Cfr. ad es. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, IX ed., Padova, 2021, 138.

(112) In senso contrario, potrebbe forse considerarsi la pattuizione *de qua*, per ciò che attiene allo scioglimento del vincolo matrimoniale per morte di uno dei coniugi, alla stregua di un accordo *post mortem* e non già *mortis causa*, avuto riguardo alla circostanza che il decesso verrebbe in considerazione non già in quanto tale, ma come causa di scioglimento del matrimonio. Rimane comunque il fatto che, come noto, la linea di demarcazione tra negozi *post mortem* e negozi *mortis causa* appare quanto mai incerta: cfr. sul punto per tutti Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147 ss.; Padovini, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, *passim*; Marella, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in AA.VV., *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, a cura di Alpa - Bessone, Torino, 1991, 1185 ss.; Ead., *Il divieto dei patti successori e le alternative*

*convenzionali al testamento*, in AA.VV., *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, a cura di Alpa - Bessone, Torino, 1999, 1185 ss.; Putorti, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, *passim*; Id., *I contratti post mortem*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 768 ss.; Moncalvo, *I così detti negozi "transmorte"*, *La successione ereditaria*, I, nel *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 225 ss.; Fusaro, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 1128 ss.; in giurisprudenza v. Cass. Civ. 13 dicembre 2023, n. 34858, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 790, con nota di G.B. Ferri jr, in tema di donazione *si praemortis*. Nel caso di specie, è vero che i diritti del superstite si riferiscono ad acquisti operati dall'altro coniuge durante la sua vita, in base a regole predeterminate nella convenzione matrimoniale (negozio, pacificamente, *inter vivos*). Dunque, si potrebbe dire, almeno *prima facie*, che qui uno dei requisiti fondamentali dell'attribuzione *mortis causa*, vale a dire "un atto che regola un rapporto che non è preesistente, ma trova la sua origine soltanto nella morte di una persona" (così si esprime, in relazione ai negozi a causa di morte, Nicolò, *op. cit.*, 148), non sarebbe riscontrabile, atteso che il rapporto non trova origine "soltanto nella morte di una persona", ma appare, in qualche modo, preesistere a questo evento. In altre parole, potrebbe, forse, qui dirsi che "la morte funziona o come elemento a cui è subordinato il verificarsi di determinati effetti o come elemento temporale che determina il momento di produzione dell'effetto giuridico" (così, ancora, Nicolò, *op. loc. ultt. citt.*). Ancora, potrebbe dirsi, con la Suprema Corte, che il negozio in esame sembra "destinato a regolare una situazione preesistente, sia

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Il “rifiuto” dei notai di procedere all’elaborazione pratica di clausole che consentano di modellare il regime patrimoniale sulle esigenze delle famiglie (vecchie o nuove che siano) produce, ovviamente, un ristagno della giurisprudenza al riguardo, come confermato dal desolante “panorama desertico” offerto dalla quasi inesistente casistica giurisprudenziale in materia di convenzioni matrimoniali e, soprattutto, di modifiche pattizie al sistema legale. Casistica che, pure, per i notai dovrebbe costituire il primo punto di riferimento. Questo circolo vizioso può, dunque, e deve essere spezzato ormai solo da interventi legislativi, vuoi sul piano nazionale, vuoi su quello sovranazionale.

È del resto ferma convinzione dello scrivente che una delle ragioni che spiegano il successo del regime comunitario in Francia (così come in altri sistemi stranieri) è rappresentata proprio dal ben diverso spazio che colà viene riconosciuto alla libertà negoziale in sede di “conformazione” del regime (*aménagement du régime matrimonial*, come dicono in Francia), ad opera del notaio, alle concrete necessità del nuovo nucleo familiare che si viene a costituire. Così, sarebbe opportuno ammettere anche in Italia clausole che permettano un vero e proprio *aménagement contractuel* della comunione in vista del momento del suo scioglimento, sulla falsariga di ciò che è consentito Oltralpe, in base ad una tradizione risalente:

- dalla clausola di attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al superstite,
- a quella che prevede l’assegnazione, all’atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata,

- o la facoltà per l’uno o l’altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito, o

- di riprendere (in caso di stipula di una comunione convenzionale comprendente beni già posseduti prima della celebrazione delle nozze) i rispettivi apporti, nell’eventualità di scioglimento per crisi coniugale o, ancora,

- alla possibilità di prevedere la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali - eventualità, quest’ultima, che viene del resto ammessa non solo in Francia, ma in diversi altri sistemi europei - o, ulteriormente,

- all’attribuzione dell’intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l’altro ad ottenere una somma a titolo forfetario, o, infine,

- alla possibilità di pervenire ad un “bilanciamento” tra separazione e comunione, mercé una *société d’acquêts* adietta ad un regime separatista, nel senso che i coniugi potrebbero predeterminare l’applicabilità della regola comunitaria in relazione soltanto ad alcune, ben individuate, categorie di beni (113).

Inutile dire che l’accoglimento di questi principi presupporrebbe una modifica dell’art. 210, comma 3, c.c., unitamente al definitivo accantonamento di ancora profondamente radicati pregiudizi circa l’indisponibilità preventiva delle conseguenze della crisi coniugale (114).

Qualora le proposte di cui sopra risultassero troppo “eversive”, si potrebbe, in alternativa, valorizzare l’idea (a ben vedere, non troppo diversa da quelle or ora presentate) di chi ha suggerito una “tipizzazione, in via normativa, di possibili varianti del modello legale di comunione”, tra cui ben potrebbe

pure subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti” (così Cass. Civ. 13 dicembre 2023, n. 34858, cit.). Per contro, però, non vi è dubbio che le clausole di tale intesa vengono ad attribuire diritti sul patrimonio del *de cuius*, che sorgono solo al momento del trapasso di quest’ultimo. Non per nulla, invero, lo stesso Autore qui da ultimo citato, annoverava tra i negozi *mortis causa* “il cd. patto dotale, con il quale un coniuge assegna all’altro, reciprocamente, una quota proporzionale del residuo della dote al momento della morte. In questa ipotesi si realizzerebbe una attribuzione *mortis causa* perché vi sarebbe una situazione che trova la sua origine nel fatto della morte, e l’oggetto della attribuzione patrimoniale sarebbe qualche cosa che non preesiste, ma che viene commisurato al momento della morte stessa. Il che è proprio una delle caratteristiche dell’atto patrimoniale *mortis causa* consistente nel fatto che l’oggetto deve essere un bene che ‘superest’ cioè che rimane al momento della morte, e non determinato al momento in cui si opera l’attribuzione ma in quello successivo alla morte”. Orbene, un’attribuzione patrimoniale come quella che, stipulata in vita tra i coniugi (o futuri tali), prevedesse il sorgere di un diritto di credito sulla massa ereditaria del predefunto nella misura della metà di quello che i tedeschi chiamano *Zugewinn* (cioè degli acquisti operati in vita), ben potrebbe essere visto come qualcosa che, pur se pattuito in vita, “viene commisurato al

momento della morte”. Tanto più ove si ponga mente al fatto che, nel nostro sistema, la comunione *de residuo* è, per l’appunto, residuale, e dunque si riferisce a incrementi patrimoniali rilevanti solo se e in quanto siano ancora presenti (non siano stati “consumati”) nel patrimonio del titolare, il quale, dunque, ben potrebbe rimanere “pur sempre libero di neutralizzare *ad libitum suum* gli effetti del negozio, anche alienando a terzi i beni negoziati, di guisa che l’attribuzione in concreto, diviene stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la sua morte. Il che dimostra la sostanziale affinità esistente, in questi casi, tra tali operazioni contrattuali e gli atti *mortis causa*” (così, pur se non con specifico riguardo al problema in esame, si esprime Putorti, *I contratti post mortem*, cit., 777 s.). La conclusione sembra, del resto, ricevere indiretta conferma proprio dalla disciplina germanica della *Zugewinnsgemeinschaft*, che, per il caso di scioglimento del regime conseguente alla morte di uno dei coniugi, risolve la determinazione dei diritti del superstite mercé una rideterminazione *ex lege* della quota successoria sul patrimonio del *de cuius* (cfr. par. 1371 BGB).

(113) Oberto, *Attualità del regime legale*, cit., 103.

(114) Sul tema specifico, che non può certo essere sviluppato nella presente sede, si fa rinvio per tutti a Oberto, *Contratto e famiglia*, cit., 274 ss.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

comprendersi una partecipazione (di carattere meramente obbligatorio) differita agli acquisti, sul modello della *Zugewinnngemeinschaft* o della *participation aux acquêts* (115).

Proprio con particolare riguardo a tali ultimi regimi, vale la pena domandarsi se non sia venuto il tempo di approdare ad una disciplina uniforme europea in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia, sulla linea, del resto, della convenzione bilaterale franco-tedesca del 2010 in materia di regime patrimoniale dei coniugi, la quale si muove proprio nella direzione della predisposizione di un regime convenzionale di partecipazione agli acquisti (*participation aux acquêts/Wahl-Zugewinnngemeinschaft*), modellato su quello conosciuto dal *Code Civil* agli artt. 1569-1581, come regime convenzionale e dal *BGB* ai parr. 1363-1390 ss. come regime legale (116).

Anche qui potrebbero soccorrere i lavori della *Commission on European Family Law* (CEFL), che alcuni anni or sono ha condotto un'approfondita indagine comparata sui regimi patrimoniali delle coppie coniugate (e non) in Europa, tracciando l'"ossatura" di una serie di *principles* che potrebbero valere a regolare in modo uniforme i singoli tipi di regime patrimoniale nel nostro Continente (117).

Lo studio presenta, così, tanto la compartecipazione differita degli incrementi patrimoniali, quanto la comunione degli acquisti, come i regimi che - ovviamente, in alternativa tra di loro - potrebbero valere "per *default*" rispetto agli altri astrattamente ipotizzabili. Non solo. Una qualche forma di preferenza sembra comunque, nei fatti, manifestata per il primo dei due sistemi, laddove viene giustamente posto in evidenza che esso potrebbe conciliare il tentativo "to promote self-sufficiency, gender equality and the autonomy of the spouses", con l'attenzione che va prestata "to the need of inter-spousal solidarity and fairness between the

spouses, both during the regime, and upon its dissolution" (118).

La prospettiva di cui sopra appare del resto collocarsi nell'ottica di due risalenti strumenti del Consiglio d'Europa. Il primo di essi, vale a dire la risoluzione del 1978 sulla parità tra i coniugi, raccomanda agli Stati Membri di "ensure that, where a matrimonial property regime of separation of goods arises by the operation of law, a spouse, on the termination of the marriage by a judicial decree of divorce or nullity, has a legal right to obtain a fair share in the property of his former spouse, or a fixed sum, for any financial inequalities which have arisen during the course of the marriage" (119). Inoltre, la Raccomandazione del 1989 sulle prestazioni patrimoniali a seguito di divorzio spinge gli Stati Membri a "enact appropriate rules relating to, inter alia, matrimonial property regimes, in particular by granting to a former spouse the right to obtain a fair share of the property of the other" (120). L'accordo franco-tedesco sul regime patrimoniale, dal canto suo, ha già ottenuto un primo, innegabile, successo, nell'altrove indicata ottica di "uniformazione mite" del diritto di famiglia europeo (121). Esso, invero, ha visibilmente influenzato la riforma belga dei regimi patrimoniali realizzata con legge del 22 luglio 2018 (122), che ha introdotto la possibilità di stemperare le "asprezze" del regime opzionale di separazione dei beni mercé l'inserimento di una clausola di "*participation aux acquêts*". Inserimento, questo, della cui possibilità (e delle cui conseguenze) i novelli coniugi belgi dovranno essere edotti all'atto della stipula del *contrat de mariage*, così pure come della possibilità di prevedere un'eventuale "*correction judiciaire en équité*" della convenzione matrimoniale, nel caso dovessero presentarsi, all'atto dello scioglimento del vincolo, circostanze imprevedibili in grado di determinare conseguenze manifestamente inique a carico di un coniuge (123).

(115) In questo senso Quadri, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Riv. dir. fam.*, 2006, II, 1821.

(116) Per ulteriori informazioni e rinvii al riguardo cfr. Stürner, *Il regime patrimoniale convenzionale franco-tedesco come modello per l'armonizzazione del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 888 ss.

(117) Per i regimi patrimoniali delle coppie coniugate cfr. AA.VV., *Principles of Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, a cura di Boele-Woelki et al., cit., in partic., per l'analisi comparata dei sistemi di *participation in acquisitions*, 139 ss.; per i relativi principi generali suggeriti in merito a tale regime, v. *ibidem*, 348 ss. Per i rapporti patrimoniali delle coppie di fatto cfr. AA.VV., *Principles of Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, a cura di Boele-Woelki et al., cit., *passim*. Per il contributo fornito dalla CEFL in merito ai problemi collegati alla crisi della coppia e alle prestazioni legate al divorzio e alla separazione si fa rinvio a quanto osservato in Oberto, *Il divorzio in Europa*, cit., 124 s., 136.

(118) Cfr. AA.VV., *Principles of Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, a cura di Boele-Woelki et al., cit., 147.

(119) Cfr. Council of Europe, *Resolution 78 (37) on Equality of Spouses in Civil Law*, adottata dal Comitato dei Ministri il 27 settembre 1978.

(120) Cfr. Council of Europe, *Recommendation No. R (89) on Contributions Following Divorce*, adottata dal Comitato dei Ministri il 18 gennaio 1989.

(121) Cfr. Oberto, *Il divorzio in Europa*, cit., 138 ss.

(122) Il cui contenuto è successivamente stato trasfuso nella nuova versione, in vigore dal 1° luglio 2022, del c.c. di quel Paese: cfr. artt. 3.2.65 ss.

(123) Sul tema v. per tutti Hesbois, *Epoux séparatistes et collaborations économiques: quels sont les apports de la réforme des régimes matrimoniaux du 22 juillet 2018 quant au préjudice de carrière de l'un des époux?*, <https://mattheo.uliege.be/bitstream/2268.2/6924/4/TFE-M%C3%A9gane%20HESBOIS.pdf>.

## 50 anni dalla Riforma del diritto di famiglia

Quanto sopra in maniera, del resto, curiosamente avvicicabile a quanto previsto dal legislatore catalano in merito agli accordi prematrimoniali (*Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial*), laddove si concede al coniuge interessato di contestare i patti stipulati, allegando e dimostrando che “han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar” (124). Regola, questa, che, come tutte quelle proprie dei contratti prematrimoniali di quella

Regione Autonoma spagnola, si estende ai contratti di convivenza, in forza di una semplice norma di rinvio, la quale consente espressamente la stipula di *Pactes en previsió del cessament de la convivència*, disciplinati, per l'appunto, dagli articoli codicistici sui patti prematrimoniali (125). Ulteriore riprova, questa, del fatto che, anche in materia di libertà negoziale delle e nelle famiglie (vecchie o nuove che siano), secondo la nota espressione attribuita a Ferdinand de Saussure, “*tout se tient*”.

(124) Cfr. art. 231-20, comma 5, del *Codi civil de Catalunya*, di cui alla Llei 25/2010, del 29 de juliol 2010.

(125) Cfr. art. 234-5 del *Codi Civil de Catalunya*: “*Pactes en previsió del cessament de la convivència*. - En previsió del cessament de la convivència, els convivents poden pactar en escriptura pública els efectes de l'extinció de la parella estable. A aquests pactes se'ls aplica l'article 231-20”. Sul tema v. ampiamente Martín Casals - Ribot, *Neue Entwicklungen im Bereich des*

*Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436 ss.; Ferrer I Riba, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in AA.VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, cit., 271 ss.; Barba, *Patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 16 ss.