

Convivenza *more uxorio*

CASSAZIONE CIVILE, sez. II, 25 marzo 2013, n. 7480 - Pres. Oddo - Rel. Mazzacane

Convivenza more uxorio - Acquisto di un immobile operato da entrambi i conviventi con denaro della sola donna - Donazione indiretta - Configurabilità - Mancato rispetto della forma solenne prevista per le donazioni - Irrilevanza - Provenienza del denaro da attività di prostituzione esercitata dalla donna - Rilevanza di tale situazione in relazione ad una possibile ripetibilità dell'attribuzione liberale così effettuata - Esclusione

(C.c. artt. 782, 809, 1343, 1418; l. not. art. 48; l. 28 febbraio 1958, n. 75, art. 3)

L'attribuzione patrimoniale effettuata dalla convivente *more uxorio* che, nel corso della relazione paramatrimoniale, ha proceduto all'acquisto di un immobile in comunione con il *partner* per quote uguali, pur avendo sborsato l'intero prezzo per l'acquisto, è qualificabile alla stregua di una donazione indiretta della quota dell'immobile stesso. Tale liberalità è valida malgrado il mancato rispetto delle forme solenni previste per la donazione, inapplicabili alla donazione indiretta. Nessuna forma d'invalidità è poi riconducibile al fatto che il denaro impiegato per l'acquisto fosse stato conseguito dalla donna quale provento della sua attività di prostituta, atteso che tale profilo attiene ad una fase pregressa rispetto alla donazione, che è invece frutto dello spirito di liberalità con il quale la donna aveva inteso arricchire il suo convivente.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sulla ravvisabilità della liberalità indiretta nel caso del pagamento del prezzo per l'acquisto di un bene effettuato da un terzo, tra le decisioni più recenti: Cass. 31 gennaio 1989, n. 596; Cass. 6 maggio 1991, n. 4986; Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282; Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257; Cass. 22 giugno 1994, n. 5989; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310; Cass. 22 settembre 2000, n. 12563; Cass. 6 aprile 2001, n. 5122; Cass. 26 agosto 2002, n. 12486. Sulla forma della liberalità indiretta, tra le decisioni più recenti: Cass. 10 aprile 1999, n. 3499; Cass. 21 gennaio 2000, n. 642; Cass. 29 marzo 2001, n. 4623; Cass. 16 marzo 2004, n. 5333; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; Cass. 17 novembre 2010, n. 23215.
Difforme	Non si rinvenivano specifici precedenti difformi

Omissis

Con atto di citazione del 9-12-1986 L.R. quale erede di D.R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come D.T.] conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma C.D.G. chiedendo lo scioglimento della comunione esistente tra le parti sull'appartamento sito in (omissis), e la condanna della convenuta alla corresponsione in proprio favore della metà del valore di un preteso fitto da calcolare in base alla normativa sull'equo canone.

L'attrice asseriva che il suddetto immobile era stato acquistato da D.R. insieme alla D.G. allorché i due erano conviventi, e che il proprio diritto di comproprietà su di esso le era pervenuto per successione "mortis causa".

Costituendosi in giudizio la convenuta eccepeva di aver acquistato il suddetto bene, all'epoca consistente in una soffitta abusiva priva di servizi ed abitabilità, esclusivamente con denaro proprio, non avendo il R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come T.] alcuna disponibilità economica; aggiungeva di aver provveduto personalmente alla trasformazione della soffitta in appartamento e, sempre con denaro proprio, di aver pagato la sanatoria dell'abuso edilizio; deduceva che la cointestazione al R. per ragioni sentimentali dell'immobile doveva comunque essere qualificata una donazione nulla per non essere stata redatta alla presenza di testimoni come richiesto dagli artt. 47-48 della L. 16-12-1913, n. 89 ed in difetto del consenso del beneficiario, e per illiceità del

motivo della supposta accettazione sanzionato dall'art. 3 della L. 28-2-1958, n. 75; la D.G. chiedeva quindi il rigetto delle domande attrici ed in via riconvenzionale l'accertamento della sua esclusiva proprietà in ordine al predetto immobile, ed in subordine del suo diritto all'incremento di valore conseguito dall'appartamento a seguito della trasformazione e del successivo condono.

Il Tribunale adito con sentenza del 13-8-1999 respingeva la domanda riconvenzionale della D.G., dichiarava aperta la successione di D.R., dichiarava che l'eredità era costituita dalla quota di 1/2 del predetto appartamento, dichiarava che tale quota si era devoluta per successione in favore dell'attrice, disponeva lo scioglimento della comunione, disponeva la vendita dell'immobile al pubblico incanto al prezzo di lire 107.000.000 con attribuzione del ricavato in ragione di metà per ciascuna delle parti, disponeva con separata ordinanza le modalità della vendita, accertava il diritto della D.G. a percepire dalla R. la somma di lire 5.000.000 quale incremento di valore dell'immobile, condannava la D.G. al pagamento in favore della R. della somma di lire 11.400.500 quale quota parte dei frutti civili relativi al godimento del bene oltre interessi legali e respingeva la domanda della convenuta per il rimborso degli oneri condominiali.

Proposto gravame da parte della D.G. cui resisteva la R. la Corte di appello di Roma con sentenza del 7-2-2006 ha rigettato l'impugnazione.

Per la cassazione di tale sentenza la D.G. ha proposto un ricorso affidato a cinque motivi; la R. non ha svolto attività difensiva in questa sede.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente, deducendo violazione degli artt. 115 e 166 c.p.c., 2697-1100-936 e 713 c.c. nonché vizio di motivazione, assume che l'oggetto della controversia era costituito dallo scioglimento di una comunione ordinaria dove era necessario preliminarmente accertare se la quota del bene in contestazione fosse validamente entrata nel patrimonio del defunto del quale la controparte si dichiarava erede; spettava quindi alla R. provare sia la sua qualità di erede, sia il fatto che la quota del bene suddetta fosse entrata nel patrimonio del defunto; in ogni caso l'incremento di valore (e non soltanto il rimborso dei costi) doveva essere accreditato per intero all'esponente.

La ricorrente sostiene che vi era prova documentale in atti di aver corrisposto interamente il prezzo di acquisto dell'appartamento in questione, ed aggiunge che solo in sede della stipula notarile del 27-5-1981 l'esponente aveva consentito che il bene venisse cointestato al R.

Con il secondo motivo la D.G., denunciando violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 2697, secondo comma, c.c. e vizio di motivazione, censura la sentenza impugnata per aver ritenuto non provato l'acquisto dell'immobile per cui è causa da parte dell'esponente esclusivamente con denaro proprio, laddove sulla base delle prove testimoniali era emersa inconfutabilmente la circostanza che D.R. non lavorava e che si era confessato debitore della D.G. stessa, secondo le dichiarazioni del teste B.; né in senso contrario poteva attribuirsi rilievo all'esito dell'interrogatorio formale reso dalla stessa L.R.

Con il terzo motivo la ricorrente, denunciando violazione degli artt. 115-116 e 213 c.p.c. e vizio di motivazione, assume che erroneamente la Corte territoriale ha ritenuto irrilevante l'indagine circa l'appartenenza dei fondi, la traenza e l'incasso degli assegni occorsi per l'acquisto dell'immobile per cui è causa considerandola in contrasto con la tesi dell'appellante circa l'esistenza di una donazione in favore del R.; in realtà proprio dalla completezza della prova in ordine alla totale appartenenza alla D.G. delle somme spese per l'acquisto del bene, per la sua trasformazione e per il condono si confermava la donazione di esso in favore del R.

Con il quarto motivo la D.G., deducendo violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 2697-1418-1343 e 2035 c.c., 185 c.p., 3 L. 28-2-1958 n. 75 e vizio di motivazione, rileva come fatto provato dalle deposizioni dei testi assunti che l'esponente traeva i propri guadagni dal fatto che si accompagnava con uomini che la retribuivano per tale compagnia, e che questa attività veniva svolta con il consenso del convivente R.; pertanto quest'ultimo, quale beneficiario e sfruttatore dei guadagni della D.G., aveva posto in essere un comportamento costituente reato e dunque "contra legem", e ed era quindi tenuto alla restituzione delle somme provenienti da tale attività; invece il giudice di appello aveva ignorato tali risultanze ed aveva

stravolto il principio di diritto in tema di negozio nullo per illiceità della causa.

Le enunciate censure, da esaminare contestualmente per ragioni di connessione, sono infondate.

La Corte territoriale, premesso che la stessa D.G. aveva dedotto di aver effettuato una donazione in favore del R. (da intendersi avente ad oggetto il denaro corrispondente alla metà del prezzo dell'immobile per cui è causa, donazione della quale l'appellante chiedeva dichiararsi la nullità per illiceità della causa, trattandosi di denaro proveniente da attività svolta "contra bonos mores"), ha ritenuto che, anche qualora la provenienza del denaro e la consapevolezza della medesima da parte del R. potessero ritenersi provate, l'accertata illiceità della causa e la conseguente nullità del negozio avrebbero escluso la possibilità per l'appellante di chiedere la rimozione degli effetti del medesimo, ed in particolare la ripetizione del denaro donato o la restituzione del bene con esso conseguito alla stregua del principio "in pari causa turpitudinis melior est condicio possidendi".

Il Collegio ritiene che tale motivazione sia erronea, ma che il dispositivo sia conforme al diritto, con la conseguenza che in questa sede occorre soltanto correggere la motivazione stessa ai sensi dell'art. 384 ultimo comma c.p.c.

Premesso che non risulta essere stato oggetto di contestazione almeno in grado di appello il fatto che L.R. fosse erede di D.R., si osserva che, secondo la stessa prospettazione dell'attuale ricorrente, l'intestazione in favore del R. di una quota pari alla metà dell'immobile predetto al momento dell'acquisto del bene per cui è causa da parte della D.G. doveva essere qualificata una donazione; se questo è quindi il negozio che giustifica l'acquisto da parte del R. della quota dell'immobile stesso, non appare fondata la tesi della ricorrente in ordine alla pretesa nullità di tale donazione indiretta per illiceità della causa; infatti il fatto che il denaro impiegato per l'acquisto del bene provenisse dalla attività di prostituzione della D.G. è ininfluenza al riguardo in quanto attinente ad una fase pregressa rispetto alla donazione, che in effetti è stato il frutto dello spirito di liberalità con il quale l'attuale ricorrente intese beneficiare il R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come T.], all'epoca suo convivente; al riguardo è irrilevante la circostanza che quest'ultimo trasse dei guadagni dall'attività di meretricio della D.G. una volta che resta incontestato, ed anzi è stato dedotto dalla stessa ricorrente, che essa con l'intestazione al R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come T.] della metà dell'immobile acquistato aveva voluto effettuare una donazione di tale quota in favore di quest'ultimo, da ricondurre quindi ad un atto di piena autonomia negoziale; il riferimento generico quindi all'attività del R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come T.] di sfruttamento della prostituzione è irrilevante rispetto a questo specifico atto di donazione, oggetto semplicemente di accettazione da parte di quest'ultimo.

Con il quinto motivo la ricorrente, denunciando violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., 782 c.c., 47 e 48 L. 16-12-1913, n. 89 nonché vizio di motivazione, censura la sentenza impugnata per non aver ravvisato la nullità del-

la suddetta donazione per difetto di forma, in assenza di testimoni.

La censura è infondata.

Premesso che nella fattispecie ricorre una donazione indiretta, ovvero l'acquisto di un immobile posto in essere per spirito di liberalità per quanto riguarda l'intestazione della quota parte di esso in favore del R. [n.d.a.: erroneamente indicato in sentenza come T.], acquisto che ha prodotto il medesimo effetto di una donazione contrattuale, è agevole rilevare che per la validità delle donazioni indirette non è richiesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per il negozio tipico utilizzato per realizzare lo scopo di libe-

ralità, dato che l'art. 809 c.c., nello stabilire le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità realizzati con negozi diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., non richiama l'art. 782 c.c., che prescrive l'atto pubblico per la donazione (Cass. 29-3-2001, n. 4623; Cass. 16-3-2004, n. 5333).

Il ricorso deve quindi essere rigettato; non occorre emettere alcuna pronuncia sulle spese del presente giudizio, non avendo la parte intimata svolto attività difensiva in questa sede.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

LIBERALITÀ INDIRETTA TRA CONVIVENTI *MORE UXORIO* E TENTATIVI DI RECUPERO DEL BENE ALLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO (*)

di Giacomo Oberto

La ex convivente di un uomo, opponendosi alla domanda divisoria proposta dall'erede di quest'ultimo, tenta di vedersi riconoscere la proprietà esclusiva di un immobile acquistato in comunione per quote uguali con il *partner*, allegando di averne corrisposto per l'intero, di tasca propria, il prezzo. L'operazione tendente al recupero della quota di metà del bene intestata all'ex convivente defunto viene però basata dalla stessa parte superstite sulla confessata esistenza di una donazione, nulla per mancato rispetto della forma solenne imposta dal codice civile (art. 782) e dalla legge notarile (art. 48). Il clamoroso *autogoal* in tal modo segnato dalla difesa della donna condanna quest'ultima all'inevitabile sconfitta: la Suprema Corte ha buon gioco a porre in luce come il codice (arg. ex art. 809) escluda la necessità del rispetto della predetta forma per la liberalità indiretta: negozio, questo, riscontrabile ogni qualvolta un soggetto fornisca *animo donandi* direttamente al terzo venditore il prezzo per un acquisto operato dal beneficiario. Una volta provata (per incauta ammissione della stessa parte rivendicante per intero la proprietà del bene) la presenza dell'intento liberale retrostante ad un'operazione del genere, va dunque esclusa la possibilità di vedere riconosciuta una titolarità difforme rispetto a quella risultante dall'atto d'acquisto. Conclusione, questa, che deriverebbe comunque, prima ancora, dall'assenza di situazioni di interposizione reale o fittizia risultanti per iscritto. Da quanto sopra discende però anche l'impossibilità per la donante di recuperare i mezzi forniti per l'acquisto operato dal beneficiario. Rimane da chiedersi se una diversa impostazione delle difese della donna avrebbe potuto condurre a risultati almeno in parte differenti. Proprio all'illustrazione di questa diversa prospettiva mira il presente scritto.

1. Il caso in esame e il (contro)producente richiamo all'istituto della donazione

«Il cliente non sa che molte volte, dopo una vittoria, dovrebbe andare ad abbracciare commosso non il suo avvocato, ma l'avvocato avversario»: mi piace pensare che Piero Calamandrei, la cui nobile salma è costretta, di questi tristi tempi, a rivoltarsi più volte nella tomba (1), avrà forse trovato un po' di con-

stata un esempio unico di dedizione allo studio ed al lavoro del Professionista Legale, nel senso più vero ed alto del termine. Formidabile organizzatrice di attività formative e profonda conoscitrice delle questioni giusfamiliari, lascia un'impronta indelebile nella vita e nel ricordo di tutti i cultori del diritto di famiglia.

(1) Basti pensare a recenti proposte di alcuni c.d. «saggi», che - con buona pace del principio di separazione dei poteri, dei documenti del Consiglio d'Europa e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. da ultimo *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 9 January 2013) - mirano a smantellare la preziosa costruzione che lo stesso Calamandrei ed altri illustri Padri Costituenti crearono a difesa dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura; sul tema cfr. ad es. Ammatuna, Calamandrei, Candian, Carnelutti, Danzi, Gorla, Longo, Jemolo, Peretti Griva, Pilotti, Polistina, Raffaelli e Redenti, *Per l'ordine giudiziario*, Mi-
(segue)

Note:

(*) L'autore intende dedicare il presente scritto alla memoria di Milena Pini. Indimenticabile Presidente dell'A.I.A.F., l'Avv. Pini è

forto nel rinvenire nella decisione che qui s'annota l'ennesima conferma della validità di quella sua tagliente massima (2).

Nella specie, una donna, ex convivente *more uxorio* con un uomo, si oppone alla domanda divisoria proposta dall'erede di quest'ultimo, rivendicando l'intera proprietà di un immobile acquistato in comunione per quote uguali con il *partner*, ma con denaro esclusivamente di sua provenienza. Per sostenere siffatta pretesa la donna allega la presenza di una donazione da lei compiuta in favore del *partner*, nulla per difetto di forma, nonché per contrarietà alla legge (allegato sfruttamento della sua attività di prostituta da parte dell'uomo) e ai buoni costumi (perché l'immobile sarebbe stato pagato con i proventi del meretricio). Ma l'ammissione circa la presenza di un *animus donandi*, contenuta nell'impostazione delle citate difese della donna, costituisce un errore che pregiudica in modo per lei irrimediabile l'andamento della causa.

Ed invero, appartiene alle nozioni istituzionali del diritto civile l'idea secondo cui il pagamento del prezzo direttamente al venditore per l'acquisto effettuato in tutto o in parte da un terzo, ove compiuto *animus donandi* verso l'acquirente, costituisca non già donazione (artt. 769 ss. c.c.), bensì liberalità indiretta nei confronti di quest'ultimo (3), con conseguente esclusione (arg. ex art. 809 c.c.) della necessità del rispetto della forma solenne prevista per le donazioni dagli artt. 782 c.c. e 48, l. notar. (4). Mediante il negozio indiretto, come noto, le parti perseguono uno scopo empirico che è «al di fuori della causa del negozio, ma ciò avviene senza modificare, senz'alterare tale causa» (5): causa che, nel caso in esame, era e rimaneva quella della vendita, per la validità della quale, pertanto, non poteva richiedersi il rispetto delle forme della donazione, né tanto meno l'eventuale liceità della causa dei negozi tramite i quali l'erogatrice del prezzo s'era procurata il denaro.

Per ciò che attiene, invero, alla supposta contrarietà al buon costume, non è certo richiesto il posses-

Note:

(continua nota 1)

lano, 1946. Si veda in particolare la proposta dello stesso Calamandrei (*op. cit.*, 100 s.) che, riportando, tra l'altro, anche la «giurisdizione disciplinare sui magistrati» al concetto di «autogoverno della magistratura», prevedeva che l'ordine giudiziario dovesse «provvedere(re) da sé, e senza alcuna ingerenza del potere esecutivo, al proprio governo».

(2) Cfr. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1989, 88.

(3) Sul tema v. per tutti Fr. Ferrara Sen., in *Scritti giuridici*, Mila-

no, 1954, I, 409 ss.; Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 137, 211 ss.; Id., *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 135 ss.; Torrente, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1956, 58 ss.; Biondi, *Le donazioni*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 977 ss., 1028 ss.; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. ma 1966, 261, 546, nt. 20; Messineo, *Il contratto in genere*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1972, 543; Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, 548; Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1978, 995. La giurisprudenza si è dovuta soprattutto cimentare con il problema dell'individuazione dell'oggetto del conferimento in collazione, ex art. 737 c.c. Al riguardo andrà segnalato che le più recenti pronunce, superando un precedente - peraltro non univoco - indirizzo (v. per esempio Cass. 11 novembre 1961, n. 2640; Cass. 11 maggio 1973, n. 1255; Cass. 19 ottobre 1978, n. 4711; Cass. 28 febbraio 1987, n. 2147, in *Vita not.*, 1987, I, 847), hanno ritenuto necessario spostare, per così dire, l'attenzione dall'impoverimento del donante all'arricchimento del donatario, per lo meno tutte le volte in cui le parti, invece di porre in essere un trasferimento diretto del denaro dal donante al donatario, ricorrono alla vendita come mero strumento formale di trasferimento della proprietà del bene per l'attuazione di un complesso procedimento di arricchimento del destinatario della detta traslazione. Si ritiene pertanto oggi che il bene da conferire in collazione, nel caso di acquisto da parte del donatario indiretto contro pagamento del prezzo direttamente effettuato dal donante al terzo, sia appunto il bene e non già il denaro impiegato per l'acquisto: cfr. Cass. 31 gennaio 1989, n. 596, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1726, con nota di Chianale, ed *ibidem*, 1989, I, 1, 1882, con note di Tassoni e Bellelli, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 752, con nota di Uglietti; in *Giust. civ.*, 1990, I, 1587, con nota di Pastore; in *Riv. not.*, 1989, II, 1163, con nota di Di Mauro; Cass. 6 maggio 1991, n. 4986, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2981; Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, I, 1544, con note di Fabiano e di De Lorenzo; in *Giust. civ.*, 1992, I, 2991, con nota di Azzariti; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 373, con nota di Regine; Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, 614, con nota di De Lorenzo; Cass. 22 giugno 1994, n. 5989, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1558, con nota di Masucci; Cass. 29 maggio 1998, n. 5310; Cass. 22 settembre 2000, n. 12563; Cass. 6 aprile 2001, n. 5122; Cass. 26 agosto 2002, n. 12486. Per una rassegna del variegato panorama dottrinale e giurisprudenziale cfr., oltre alle note testé citate, Carnevali, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, VI, Torino, 1982, 535 s.; Mengoni, *Successione necessaria*, Milano, 1992, 201 ss.; Id., *Successioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 183 s.; v. inoltre Ragazzini, *Sulla collazione dell'acquisto immobiliare effettuato dal discendente con denaro dell'ascendente*, in *Riv. not.*, 1990, I, 991; Montesano, *Ancora in tema di collazione e oggetto della donazione indiretta*, in *Vita not.*, 1991, 167; Forchielli, *Acquisto dell'immobile con denaro del defunto e certezza del diritto*, in *Contratto e impresa*, 1994, I, 47 ss.; Formiggini, *L'oggetto della collazione nelle donazioni indirette*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 769 ss.; Albanese, *Due (antiche) questioni in tema di collazione: l'intestazione in nome altrui; i frutti del bene ereditario*, nota a App. Catania 23 marzo 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 243 ss. A prescindere dalla specifica questione cui si è appena accennato una cosa è però assolutamente certa: e cioè che la giurisprudenza non esita a collocare la fattispecie nell'alveo della liberalità indiretta.

(4) In dottrina v. per tutti Torrente, *La donazione*, cit., 424 s. Tra le decisioni più recenti sul tema, tutte orientate nello stesso senso, v. Cass. 10 aprile 1999, n. 3499, in *Giur. it.*, 1999, 2017; Cass. 21 gennaio 2000, n. 642, in *Società*, 2000, 697, con nota di Fanti; Cass. 29 marzo 2001, n. 4623; Cass. 16 marzo 2004, n. 5333; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; Cass. 17 novembre 2010, n. 23215, in *Giust. civ.*, 2011, I, 649, con nota di D'Orso; in *Riv. notar.*, 2012, II, 439, con nota di Martino.

(5) Torrente, *La donazione*, cit., 60.

so di approfondite cognizioni giuridiche per cogliere la differenza tra il negozio (nella specie i ... ripetuti *negotia contra bonos mores*) posti in essere dalla donante al fine di conseguire la provvista necessaria per il compimento dell'atto liberale, da un lato, e la liberalità, in sé considerata, dall'altro. La circostanza che, anche in un caso del genere, si sia dovuti arrivare addirittura in Cassazione, perché, dopo oltre ventisei anni, fosse *solemniter* sancito che ... l'acqua calda è calda e l'acqua fredda è fredda, la dice lunga sullo stato attuale della giustizia in Italia e contribuisce a togliere ad ogni persona di buon senso la più remota illusione che i mali da cui è affetto il nostro sistema potranno mai trovare soluzione (6).

Ci si potrebbe però chiedere, a questo punto, se il caso della signora in questione, convenuta nel giudizio divisorio dall'erede dell'ex compagno, avrebbe potuto trovare una qualche altra soluzione, per lei meno negativa.

2. L'impossibile salvezza delle pretese sul «profilo proprietario»

Cominciamo subito con il dire che, se anche avesse prudentemente taciuto sul profilo della donazione, la ex convivente di cui qui si parla non avrebbe comunque potuto rivendicare l'esclusiva titolarità del bene immobile, per il solo fatto di averlo pagato interamente con denaro di sua provenienza.

Sul punto va posto in luce come *in subiecta materia* - una volta esclusa ogni più remota possibilità di invocare per i conviventi le norme in tema di comunione legale (7) - solo un intervento legislativo, *ad instar* di quanto da tempo suggerito dallo scrivente (8), o, in alternativa, un'espressa previsione negoziale *inter partes*, vuoi nel contesto di un contratto di convivenza (9), vuoi, di volta in volta, all'atto dell'effettuazione della singola attribuzione patrimoniale (10), potrebbero venire a portare certezza sulla

Note:

(6) A onor del vero dovrà sottolinearsi che tale ultimo profilo era sfuggito - stando, almeno, a quanto è dato leggere nella decisione di legittimità qui in commento - alla stessa corte d'appello, la quale aveva respinto la domanda della donna facendo applicazione della regola di cui all'art. 2035 c.c., peraltro storpiandone la massima, che suona infatti nel modo seguente: *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (e non *possidentis*). Sull'origine romanistica di tale regola e sui suoi sviluppi storici cfr. per tutti Fr. Ferrara *Sen.*, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 281 ss. Per un paio di approfondite indagini transalpine sul tema, ove la questione è resa dubbia dall'assenza di una disposizione nel *Code* di una norma equivalente all'art. 2035 c.c., cfr. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1935, 195 ss.; Saiget, *Le contrat immoral*, Paris, 1939, 16 ss.; Cardahi, *L'exécution des conventions immorales et illicites*, in *Rev. int.*

dr. comp., 1951, 385 (ove si rileva che la regola in esame, «qui est en honneur dans beaucoup de législations», «en France (...) s'impose au nom de la tradition»). In ogni caso è indubbio che pure la considerazione di siffatto concetto istituzionale (ed in Italia positivamente codificato) del diritto civile (*nemo auditur turpitudinem suam alligans*) avrebbe dovuto dissuadere la difesa della ex convivente superstita dall'invocare l'istituto della donazione e dal tirare in ballo la propria attività di prostituta.

(7) Il tema, non affrontabile in questa sede, è stato da chi scrive approfondito altrove: cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, I, Milano, 2010, 298 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 59 ss.

(8) Cfr. Oberto, *Proposta di legge sul tema: disposizioni in materia di accordi di convivenza*, disponibile alla seguente pagina web: <http://www.giacomooberto.com/convivenza/proposta.htm>, nonché in Id., *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, Milano, 2002, 1057 ss. e in Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 367 ss.: «Art. 3 - 1. Attribuzioni patrimoniali in favore del convivente - 1. In assenza di apposita pattuizione, le attribuzioni patrimoniali effettuate fra i conviventi in ragione della prestazione di reciproca contribuzione, nonché di assistenza morale e materiale, compiute in qualunque forma in proporzione ai propri redditi, alle proprie sostanze e alle proprie capacità di lavoro professionale o casalingo, costituiscono adempimento di obbligazione naturale ai sensi dell'art. 2034 c.c. 2. Salvo prova contraria, si presume che le attribuzioni patrimoniali eccedenti la misura di cui sopra costituiscano a tutti gli effetti donazioni, per la cui validità è richiesto il rispetto degli artt. 782 c.c. e 48, l. 16 febbraio 1913, n. 89 ("Sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili")». Inutile dire che la presunzione di cui al secondo comma potrebbe anche essere di tipo diverso e mirare, tutto al contrario, anziché alla tendenziale restituzione dell'arricchimento conseguito dall'*accipiens* (mercé la concessione all'altra parte dell'*actio nullitatis* fondata sul presumibile mancato rispetto del requisito formale), alla tendenziale conservazione dell'utilità ricevuta, mediante l'espressa sanzione della relativa irripetibilità (ma la prima soluzione appare forse più consona alla odierna «liquidità» delle relazioni affettive).

(9) Sull'indiscutibile validità di intese preventive tra conviventi, tese ad attribuire (o a negare) un determinato significato negoziale alle attribuzioni *invicem* effettuate ed ai comportamenti che gli stessi terranno in futuro, durante il *ménage*, sia nei reciproci rapporti, che con riguardo all'attività negoziale verso terzi, cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 ss.; v. inoltre Id., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 280 s.

(10) Qualcosa di simile, in altri termini, a ciò che si è suggerito in relazione ai coniugi, tramite l'inserimento, nel contesto di una donazione (diretta), di una clausola risolutiva legata alla separazione o al divorzio. Non vi è infatti incertezza in dottrina sulla liceità della donazione, sia obnuziale che in costanza di matrimonio, risolutivamente condizionata alla pronuncia di divorzio: la condizione avente ad oggetto lo scioglimento del matrimonio per divorzio (ma anche, è da ritenere, per separazione legale o di fatto), invero, non può intendersi come vietante quello scioglimento, quindi non è illecita. Essa non coarta una libertà fondamentale e preziosa, né può ipotizzarsi costituisca una remora alla richiesta di divorzio, vista la perdita del vantaggio conseguente alla donazione. Più semplicemente, è il fatto in sé, eventuale e futuro, eletto a condizione, ad operare in termini risolutivi, come del resto confermato dalla comparazione con l'ordinamento tedesco, in cui si ammette la piena validità del negozio di trasferimento di un bene mobile da un coniuge all'altro, con riserva di un *Rückforderungsrecht für den Fall der Scheidung* (per approfondimenti e rinvii cfr. Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, cit., 352; per una decisione di legittimità (segue)

sorte delle prestazioni di cui qui si discute, effettuate in costanza di rapporto paraconiugale.

In assenza di quanto sopra, dovrà subito rimarcarsi l'esistenza di profonde analogie con la situazione dei coniugi in regime di separazione dei beni, quasi a riprova della circostanza che famiglia legittima e famiglia di fatto null'altro sono ormai, se non due facce della stessa medaglia.

In entrambi i casi infatti, il tentativo di ottenere, una volta naufragato il legame affettivo, una esatta corrispondenza tra quello che potremmo definire il «profilo proprietario» - o, se si preferisce, l'intestazione dei beni (11) - e la provenienza degli esborsi per l'effettuazione degli acquisti è destinato a sicuro insuccesso, per lo meno ogni qualvolta l'unica prova che il rivendicante sappia fornire sia (come nel caso di specie) quella del versamento del prezzo.

Sia chiaro: non che l'idea per cui proprietario è colui che sborsa il denaro per l'acquisto sia *in thesi* un concetto peregrino. A ben vedere, infatti, proprio questo è il principio che nei sistemi di *common law* presiede all'applicazione della teoria del *trust* (*implied, resulting* o *constructive trust*), mediante il ricorso da parte delle corti a procedimenti induttivi, se non addirittura a vere e proprie finzioni, che, attingendo a piene mani dall'*equity*, hanno finito con il riconoscere sovente ad un *partner* (così come al coniuge) diritti dominicali su cespiti patrimoniali acquistati dall'altro in costanza di rapporto (12).

E così, oltre Manica, così come oltre Oceano, il ricorso del giudice al *trust* consente di riconoscere nei casi suddetti, in capo al convivente (o al coniuge) «pretermesso», l'esistenza di un *beneficial interest* su singoli cespiti (si tratta per lo più della casa d'abitazione) acquistati dall'altro e a questi intestati. All'uopo è necessario accertare che l'acquisto sia avvenuto (anche o esclusivamente) per effetto del contributo (in denaro o in lavoro) del «convivente (o del coniuge) debole» e che era comune intenzione delle parti attribuire tale *interest* al convivente non titolare del bene acquistato (13). Questa intenzione, e dunque l'esistenza di un *trust*, ove non esplicitamente ammessa dal *legal owner*, può essere desunta dalla condotta delle parti. Nel diritto di matrice anglosassone esiste infatti un principio generale in base al quale, quando un certo bene viene acquistato formalmente da un soggetto diverso da colui che ha

contesto di un accordo prematrimoniale v. Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in questa *Rivista*, 2013, 321, con nota di Ober-to). Allo stesso modo l'attribuzione liberale tra conviventi potrebbe essere risolutivamente condizionata, in modo espresso, alla rottura del rapporto (sul punto cfr. Ober-to, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 119 s., 171 ss.).

(11) Sia chiaro che qui il termine «intestazione» viene utilizzato semplicemente per indicare le risultanze dei pubblici registri immobiliari (normalmente conformi alla reale titolarità dei diritti da essi risultanti) e non già il differente fenomeno che va sotto il nome di «intestazione di beni sotto nome altrui», legato a fenomeni interpositori. Su quest'ultimo v., anche per gli ulteriori rinvii, Fr. Ferrara Sr., *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922, 182 s.; Id., *Interposizione di persona e intestazione in altra persona*, in *Riv. dir. priv.*, 1937, 129 ss.; Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 308; Valente, *L'intestazione di beni sotto nome altrui: concetto, natura, estensione ed effetti*, Milano, 1958; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 546, nt. 20; Flamini, *Interposizione fittizia di persona o intestazione di beni sotto nome altrui*, nota a Trib. Ascoli Piceno 12 aprile 1977, in *Giur. it.*, 1978, I, 2, 485 ss.; Nanni, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, 77 ss., 253 ss.; De Lorenzo, *Intestazione del bene in nome altrui: appunti in margine a una giurisprudenza recente*, nota a Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Foro it.*, 1995, I, 614 ss.). Sul piano terminologico, il ricorso all'espressione «intestazione», in entrambi i sensi sopra indicati, deve comunque ritenersi oggi «sdoganato» dalla stessa legge, che si è occupata del fenomeno in esame (nella seconda accezione qui segnalata), designando espressamente in tal modo il possibile utilizzo di «prestanome» per sottrarre beni alle pretese del coniuge. Ci si intende qui riferire alla riforma del 2006 sull'affidamento condiviso (8 febbraio 2006, n. 54, «Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli»), la quale ha stabilito, modificando l'art. 155 c.c. (cfr. il relativo ultimo comma), che «Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi». Sembra quindi muovere i primi, timidi, passi la tendenza ad una certa «insofferenza» legislativa verso forme di sottrazione del proprio patrimonio alle pretese che si collochino nell'ambito del contenzioso familiare. Il richiamo al concetto di «intestazione», invero, potrebbe forse indurre a rivedere (ma il discorso presupporrebbe ben altro approfondimento) posizioni tradizionalmente basate sul concetto giuridico di «appartenenza», al là dunque del fatto che i trasferimenti operati verso i terzi abbiano ad oggetto (asserite) situazioni di interposizione fittizia, o addirittura anche reale.

(12) Per una dettagliata illustrazione dei precedenti cfr. Ober-to, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 130 ss.; Id., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, 73 ss.; Id., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in *Il codice civile*. Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2005, 183 ss.

(13) V. per tutti Parry, *Cohabitation*, London, 1981, 14 ss.; Oliver, *The Mistress in Law*, in *Current Legal Problems*, 1978, 83 ss.; Pearl, *Rapports hors mariage*, in *Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit anglais)*, sous la direction de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Lyon, 1979, 144 ss.; Finlay, *The Informal Marriage in Anglo-Australian Law*, in *Eekelaar e Katz, Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto, 1980, 164 ss.; Riddal, *The Law of Trusts*, London, 1987, 178 s., 182 s. Per un'analitica rassegna delle ipotesi di trust nelle relazioni familiari (sia in presenza, che in assenza di matrimonio) cfr. Cretney e Masson, *Principles of Family Law*, London, 1997, 126 ss.

Note:

(continua nota 10)

mità che conferma la validità di una clausola legata al divorzio nel

fornito il denaro necessario per l'acquisto, la *beneficial ownership* «risulta» in favore di quest'ultimo (c.d. «presumption of resulting trust») (14).

La stessa regola è stata estesa anche al caso di *financial contribution* parziale per l'acquisto di determinati beni, come la casa d'abitazione (15). In tale ipotesi, alla parte che ha contribuito viene riconosciuto un *beneficial interest* proporzionato al valore del suo contributo rispetto al prezzo d'acquisto (16). La giurisprudenza ha poi fatto applicazione del principio attribuendo un *beneficial interest* al *partner* che aveva con denaro proprio estinto alcuni ratei di un mutuo per l'acquisto della casa dell'altro (17), così come - secondo un'intuizione di Lord Denning - a quello che aveva fornito una *direct contribution by labour* (18), o, ancora, aveva anticipato parte del denaro necessario all'effettuazione della ristrutturazione o del restauro della casa in cui si svolgeva la convivenza (19).

Peraltro, in questi due ultimi casi Lord Denning raggiunge tale risultato non già desumendo dal comportamento delle parti la sussistenza di un accordo sul (*resulting*) *trust*, ma facendo derivare quest'ultimo direttamente dall'*equity*, in base a un principio che lo stesso giudice aveva già enunciato in una causa precedente. Una vedova aveva corrisposto al genero una somma di denaro per realizzare un ampliamento della casa di quest'ultimo (si trattava dell'aggiunta di una camera da letto), in vista di un definitivo suo trasferimento presso la famiglia della figlia, ma, dopo quindici mesi di convivenza, essendo insorti dei contrasti, aveva mutato idea, chiedendo un indennizzo per l'esborso affrontato (20). L'istituto in esame prende il nome di *constructive trust*.

Esso viene comunemente definito come un rimedio di *equity* in base al quale il giudice può porre riparo a una situazione di ingiustificato arricchimento di una parte ai danni dell'altra (21). Lo stesso rimedio è alla base della soluzione del caso *Grant v. Edwards*, in cui il convivente aveva proceduto da solo all'effettuazione dell'acquisto della casa di abitazione prospettando falsamente alla donna l'eventualità che, nel caso di cointestazione dell'immobile, quest'ultimo avrebbe potuto essere almeno in parte rivendicato dal marito di lei, con il quale essa aveva in corso la causa di divorzio. La *Court of Appeal* del Regno Unito concesse alla donna una quota di proprietà sull'immobile corrispondente alla metà in considerazione del fatto che questa aveva fatto affidamento sulla falsa dichiarazione del *partner*, sebbene la stessa non avesse versato neppure in parte il prezzo del bene. Peraltro la convivente aveva pagato una parte dei ratei di mutuo, aveva partecipato alle spese di

gestione dell'immobile aveva svolto prestazioni di lavoro ed aveva allevato i figli.

La Corte derivò dall'affermazione dell'uomo, secondo cui il motivo che avrebbe impedito la cointestazione sarebbe stato rappresentato dal rischio di pretese del marito nel processo di divorzio, l'«*evidence of a common intention that Mrs Grant should have beneficial interest (a half share) in the property*» (22).

Note:

(14) «Where the home is conveyed to a person other than the one who provided the purchase money, there is a general rule that beneficial ownership 'results' to the one providing the purchase money»: v. Parry, *op. loc. cit.* Peraltro la presumption of resulting trust è rebuttable by other evidence. Sull'argomento cfr. inoltre Parker e Mellows, *The Modern Law of Trusts*, London, 1970, 32; Ford e Lee, *Principles of the Law of Trust*, Melbourne, 1983, 951 ss.

(15) Per un'applicazione del *trust* a un conto intestato a uno solo dei conviventi, ma alimentato da versamenti di provenienza di entrambi v. *Paul v. Constance*, 1977, 1 *Weekly Law Reports*, 527, in cui l'intenzione di costituire il *trust* venne tra l'altro dedotta dalle espressioni a più riprese usate dal titolare del conto, il quale aveva più volte dichiarato alla convivente: «The money is as much yours as mine».

(16) «The parties will have proportionate beneficial interests equivalent to their contribution»: cfr. Parry, *op. cit.*, 16; nello stesso senso cfr. Riddal, *op. cit.*, 178 s.

(17) «Mortgage repayments will count as contributions towards the purchase price»: cfr. *Diwell v. Farnes*, 1959, 1 *Weekly Law Reports*, 624.

(18) *Cooke v. Head*, 1972, 1 *Weekly Law Reports*, 518 (Lord Denning), in cui l'uomo aveva acquistato a proprio nome un terreno sul quale, con il consistente aiuto della convivente (che «did a great deal of heavy work, including mixing and carting cement»), aveva realizzato un *bungalow*. Il contributo della donna venne nella specie valutato in un terzo del valore della proprietà (cfr. anche Cretney, *The Law Relating to Unmarried Partners From the Perspective of a Law Reform Agency*, in Eekelaar e Katz, *op. cit.*, 360). La regola trova applicazione anche nei confronti delle coppie coniugate: v. per esempio *Smith v. Baker*, 1970, 1 *Weekly Law Reports*, 1160.

(19) *Eves v. Eves*, 1975, 1 *Weekly Law Reports*, 1338, in cui alla convivente venne riconosciuto un *interest* pari a un quarto del valore della proprietà.

(20) *Hussey v. Palmer*, 1972, 1 *Weekly Law Reports*, 1286.

(21) Cfr. Riddal, *op. cit.*, 359 ss.; Parker e Mellows, *op. cit.*, 32; Heydon, Gummow, Austin, *Cases and Materials on Equity and Trusts*, Sydney, 1982, 634; Furmston, *Law of Contract*, London, 1986, 442 ss.; per gli U.S.A. cfr. Jay Folberg, *Domestic Partnership: A No-fault Remedy for Cohabiters*, in Eekelaar e Katz, *op. cit.*, 349; sui rapporti tra *constructive trust*, *equity* ed *unjust enrichment* cfr. Dawson, *Unjust Enrichment. A Comparative Analysis*, Buffalo, 1999, 26 ss.; nel senso che il *constructive trust* è uno degli strumenti attraverso i quali si attua l'obbligo restitutorio gravante sull'arricchito cfr. P. Gallo, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, 473.

(22) *Grant v. Edwards*, 1986, Ch 638, 1986, 2 All ER 426. Nel caso *Burns v. Burns*, 1984, Ch 317, 1984, 1 All ER 244, di poco precedente, la stessa *Court of Appeal* rigettò, invece, la domanda della ex convivente che, pur non avendo contribuito direttamente all'acquisto della casa compiuto dal solo uomo, aveva allevato (segue)

In Italia, così come del resto in tutti gli ordinamenti di matrice romanistica, non sembra invece possibile riconoscere all'autore dei contributi in oggetto una qualche forma di partecipazione all'acquisto operato dal *partner* (così come dal coniuge in separazione dei beni), nonostante un precedente giurisprudenziale assai citato in dottrina (23). Invero, il nostro sistema, che pur conosce l'istituto della proprietà fiduciaria (24), non ne può ammettere una costituzione in via implicita, sulla base del comportamento delle parti e dei loro reciproci rapporti, ma presuppone invece sempre una chiara manifestazione di volontà, effettuata, per i trasferimenti immobiliari, nelle forme prescritte dalla legge (25). Lo stesso è a dirsi anche per il mandato senza rappresentanza, istituto che pur si presterebbe in astratto alla costruzione di una proprietà fiduciaria analoga al *trust* (26), ma la prova della cui stipulazione non può certo essere desunta sulla base del semplice comportamento delle parti consistente nella consegna di una somma di denaro in vista dell'acquisto di un be-

Note:

(continua nota 22)

la prole, eseguito i lavori domestici e contribuito a delle spese di manutenzione e di arredamento. In tale fattispecie la Corte decise che alla donna non spettava alcun beneficial interest sulla casa, «in the absence of a financial contribution which could be related to the acquisition of the property, for example to the mortgage repayments». Sovente compare anche l'*implied trust*, che, a somiglianza del *resulting*, viene ritenuto esistente sulla base del comportamento delle parti, come implicitamente voluto dalle medesime. La stessa dottrina inglese ammette peraltro che *resulting, constructive e implied trust* «are not easy to distinguish» (cfr. Parry, *op. loc. cit.*; cfr. inoltre Ford e Lee, *op. cit.*, 989). Sotto la nuova veste del *constructive trust* l'istituto è stato con successo esportato anche in altri sistemi di *common law*, come, per esempio, in Australia, Nuova Zelanda e Canada (cfr. Stenger, *Cohabitation and Constructive Trust - Comparative Approaches*, in *Journal of Family Law*, 27 (1988-89), 373 ss.; Bruch, *Nonmarital Cohabitation in the Common Law Countries: A Study in Judicial-Legislative Interaction*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1981, 217, 221). Per la peculiare situazione degli Stati Uniti d'America, ove l'applicazione dell'istituto del *trust* alla materia dei rapporti tra conviventi risale a data addirittura anteriore alle elaborazioni di Lord Denning v. i richiami in Oberto, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., 41 s., nota 80.

(23) Trib. Bari 21 gennaio 1977, in *Giur. merito*, 1978, 1156, e in *Dir. fam. pers.*, 1979, 86, con nota di Bessone, secondo cui l'acquisto della casa di abitazione, con «intestazione» della nuda proprietà alla donna e dell'usufrutto all'uomo, effettuato da uno dei conviventi nel corso del rapporto, non configurerebbe «una ipotetica liberalità dell'uomo nella forma di donazione indiretta». Esso possiederebbe invece «tutte le connotazioni sociali e psicologiche di un affare familiare» e come tale andrebbe «considerato come il risultato di una collaborazione tra i componenti del nucleo familiare», e perciò compiuto «con mezzi appartenenti ad entrambi i soggetti». Da queste premesse conseguirebbero, da un lato, la negazione della sussistenza di una simulazione dell'«intestazione» a vantaggio della

donna, e, dall'altro, l'irrilevanza della contestuale dichiarazione di debito da quest'ultima rilasciata in favore dell'uomo per la parte di prezzo relativa. In realtà, il rigetto della domanda diretta a far accertare la proprietà esclusiva dell'immobile in capo all'usufruttuario che aveva pagato l'intero prezzo e basata sul solo fatto che la convivente non aveva invece sborsato alcuna somma (ma anzi aveva rilasciato all'attore una dichiarazione di debito per venti milioni di lire) avrebbe potuto e dovuto essere argomentato sulla scorta di ben diverse considerazioni. Invero, la «fittizietà dell'intestazione» di un dato bene immobile può essere, come noto, solo il frutto di un'interposizione di persona, vuoi fittizia, vuoi reale. Ora, nel primo caso l'attore avrebbe dovuto allegare e dimostrare una simulazione relativa ai soggetti nel negozio d'acquisto del bene che, come tale, non avrebbe potuto non coinvolgere anche il dante causa. In quest'ipotesi, tra l'altro, si sarebbe ancora dovuto tenere presente che per l'interposizione fittizia di persona in materia immobiliare il negozio dissimulato deve risultare da apposito atto scritto concluso tra l'interponente e il terzo (cfr. Cass. 22 aprile 1986, n. 2816, in *Foro it.*, 1986, I, 1830, con nota di Straziota). Nel secondo caso, invece, si sarebbe dovuta allegare e dimostrare la sussistenza di un mandato senza rappresentanza. Ma anche tale negozio, in quanto avente ad oggetto un trasferimento immobiliare, avrebbe dovuto essere conferito - in base a quella che autorevole dottrina ha definito «regola ricevuta» - in forma scritta (cfr. Sacco, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, 454 s.; cfr. inoltre Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, 418; Vitucci, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, 62 s. Per la giurisprudenza, ferma sul punto ormai da più di trent'anni, v. Cass. 23 giugno 1980, n. 3939, in *Arch. civ.*, 1980, 900; Cass. 19 novembre 1982, n. 6239, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 903; Cass. 30 gennaio 1985, n. 560, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Giuramento in materia civile*, n. 7). È evidente, dunque, che non si sarebbe potuta comunque ritenere sufficiente, al fine di desumere la «fittizietà dell'intestazione», la semplice circostanza del mancato pagamento del prezzo da parte della convivente, e del rilascio da parte di quest'ultima di una dichiarazione di debito.

(24) Sull'ammissibilità della proprietà fiduciaria e dei negozi fiduciari nel nostro ordinamento cfr. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345 ss.; Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, 226 ss.; Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 411 ss.; Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, 44; Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 179 ss.; V.M. Trimarchi, voce *Negozio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 32 ss.; Carnevali, voce *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionari del diritto privato* a cura di Irti, Milano, 1980, 445 ss.; Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 10, Torino, 1982, 324 ss.; Graziadei, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrimestre*, 1990, 1 ss.

(25) Cass. 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Foro it.*, 1989, I, 101, secondo cui il negozio traslativo che prevede l'obbligo del fiduciario di trasferire beni immobili al fiduciante o ad altro soggetto, da quest'ultimo designato, deve rivestire *ad substantiam* la forma scritta. La giurisprudenza è costante in tal senso: cfr. Cass. 30 gennaio 1985, n. 560, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 295; in dottrina cfr. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1988, 324 ss.

(26) Sull'utilizzabilità del mandato senza rappresentanza al fine di realizzare una proprietà fiduciaria v. per tutti Luminoso, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1984, 236 ss., 241, 301 ss.; Santagata, *Del mandato*, nel *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1985, 264.

ne da usarsi in comune, ovvero nell'effettuazione di lavori sulla cosa di proprietà del *partner*.

È evidente, del resto, la difficoltà di ravvisare nei rapporti tra conviventi l'intento di costoro di vincolarsi giuridicamente: proprio la scelta di sottrarsi alla sfera del diritto deve indurre a presumere l'assenza di ogni *animus contrahendi* (27).

La considerazione esce rafforzata dall'esame di quella giurisprudenza che, in materia di rapporti tra i coniugi in regime di separazione, suole pretendere prove ben più rigorose che non quella della semplice effettuazione di apporti in denaro da parte del non «intestataro» al fine di affermarne la comproprietà sull'immobile acquistato dall'altro, ritenendo invece sempre imprescindibile la presenza di un documento comprovante l'interposizione reale o l'interposizione fittizia (28); situazione che, in materia immobiliare, deve risultare da idoneo atto scritto, solitamente assente: è noto infatti che, nel momento in cui siffatti tipi di acquisto hanno luogo, le parti non si curano mai, attesi i rapporti personali tra le stesse in atto, di munirsi di un documento del genere (29).

3. L'inapplicabilità della presupposizione alla convivenza *more uxorio*

Per le stesse ragioni testé illustrate in merito alla peculiarità dei rapporti endofamiliari non può accogliere il suggerimento di una parte della dottrina e della giurisprudenza tedesche, secondo cui le contribuzioni in esame riposerebbero su di un «fondamento negoziale» (*Geschäftsgrundlage*), costituito dal rapporto *more uxorio*, il cui venir meno consentirebbe al loro autore di ripeterle, o comunque di ottenere una qualche sorta di revisione del contenuto del negozio (30).

Note:

(27) In Germania il *BGH* ha avuto modo di affrontare il problema della possibilità di dedurre dal comportamento dei conviventi e dalla loro stessa comunione di vita la conclusione di un mandato senza rappresentanza in relazione, però, non all'acquisto di un bene, ma alla stipula di un contratto d'appalto. Nel caso di specie il convivente, che aveva commissionato e pagato una serie di lavori a imprese edili per ristrutturare la casa della convivente e trasformarla in *Gastwirtschaft*, aveva chiesto, dopo la rottura, l'applicazione della regola di cui al § 670 *BGB* (in base a cui, analogamente a quanto disposto dall'art. 1720 c.c., il mandante è obbligato a rimborsare al mandatario le spese affrontate nel corso dell'esecuzione del mandato), asserendo di aver agito come mandatario della convivente e pretendendo di essere tenuto in dette da quest'ultima di tutte le spese affrontate. La Corte ha però negato che dal comportamento dei conviventi si potesse ricavare la conclusione di un contratto di mandato per fatti concludenti, affermando la regola per cui, nell'ambito di una convivenza *more uxorio*, «sind rechtliche Bindungen und rechtlichverbindliche Geschäfte in aller Regel nicht gewollt, sondern die Ausnahme» e che pertanto «mangels besonderer Vereinbarung ist (...) grundsätzlich davon auszugehen, daß persönliche und

wirtschaftliche Leistungen, die im Interesse solcher Gemeinschaft liegen, nicht gegeneinander auf-oder untereinander abgerechnet, sondern ersatzlos von demjenigen erbracht werden sollen» (v. *BGH*, 3 ottobre 1983, in *FamRZ*, 1983, 1213). Del medesimo avviso è *LG Aachen*, 30 settembre 1987, *ivi*, 1987, 717: «Die nichteheliche Lebensgemeinschaft selbst bildet keinen Kooperationsvertrag. Voraussetzung ist vielmehr ein rechtlicher Bindungswille der Parteien. Im allgemeinen lehnen aber die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Übernahme von Pflichten ab. Deshalb stellt die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche keine Rechtsgemeinschaft dar». Nello stesso senso in dottrina v. Schlüter e Belling, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und ihre vermögensrechtliche Abwicklung*, in *FamRZ*, 1986, 409; Diederichsen, *Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, in *FamRZ*, 1988, 894. La costruzione di uno *stillschweigend abgeschlossener Kooperationsvertrag* di cui a *OLG Hamm*, 28 gennaio 1983, in *FamRZ*, 1983, 494, è invece rimasta isolata.

(28) L'argomento è stato sviluppato in Oberto, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*. Artt. 215-219, cit., 339 ss. Per una decisione di merito che fa applicazione di tali principi alla famiglia di fatto cfr. App. Genova 17 novembre 2007, in *Leggi d'Italia professionale*, archivio *Corti di merito*. La decisione, ribaltando la sentenza di primo grado, che aveva dichiarato la ex convivente comproprietaria dell'immobile acquistato dal solo compagno durante il *ménage*, con denaro anche della donna, ha affermato doversi rilevare «che l'accertamento che il compratore effettivo sia persona diversa da quella indicata nel contratto (come nella specie era stato appunto addotto) comporta l'applicazione della normativa sulla simulazione, con la conseguenza che la domanda rivolta ad ottenere la dichiarazione di nullità per simulazione relativa (interposizione fittizia) di un contratto di vendita immobiliare non può essere accolta ove l'accordo simulatorio non risulti per atto scritto a norma dell'art. 1350 c.c. (cfr. Cass. nn. 3937/1977; 13459/2006; 21111/2004), e ciò anche tra coniugi (Cass. n. 1482/1995); - nel caso in esame, tuttavia, non risulta formulata dalle parti alcuna domanda di tal genere, né adottata alcuna prova di accordo simulatorio al fine della dimostrazione del negozio dissimulato, né tantomeno risulta effettuata la produzione in giudizio di alcun atto contenente la controdeklarazione sottoscritta dalle parti o comunque dalla parte contro la quale è esibita (cfr. Cass. nn. 12487/2007; 21111/2004), sicché, in difetto dei requisiti richiesti dalla legge per la prova del trasferimento immobiliare in capo alla L., le domande da lei proposte debbono essere respinte». Entra invece, inspiegabilmente, nel merito dell'accertamento della fonte dei versamenti (peraltro per respingere, per difetto di prova, la rivendica dell'ex convivente che, nel contraddittorio con l'erede della *partner* defunta, asseriva aver integralmente pagato il prezzo dell'immobile acquistato dal medesimo in comunione con la compagna e con questa per parti uguali cointestato), Trib. Salerno 21 giugno 2010, in *Leggi d'Italia professionale*, archivio *Corti di merito*.

(29) Sull'inidoneità delle prestazioni di servizi a formare oggetto di donazione cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 45 ss.

(30) Cfr. in maniera particolare Lipp, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-methodische Studie*, in *AcP*, 1980, 597 ss. (il quale limita peraltro l'applicabilità della teoria in esame ai soli negozi la cui esecuzione sia ancora in corso all'atto dello scioglimento del legame); Schwab, *Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, in *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Herausgegeben im Auftrag der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften von Götz Landwehr, Göttingen, 1978, 66. In senso favorevole all'applicazione della presupposizione alle prestazioni tra conviventi cfr. anche Hausmann, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich*, München, 1989, 620 ss.; Grziwotz, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München, 1999, 76 s. Per una sentenza favorevole all'applicazione della presupposizione al caso del contributo fornito da un convivente all'altro in mi-
(segue)

L'applicazione della teoria del *Wegfall der Geschäftsgrundlage* - da noi nota come presupposizione - a rapporti familiari non è ignota alla giurisprudenza tedesca, la quale vi ha fatto più volte ricorso con riguardo a coppie coniugate in regime di separazione dei beni (31). Così, escluso il carattere liberale delle contribuzioni in discorso (32), qualificate invece come «attribuzioni patrimoniali innominate» (*unbenannte Zuwendungen*), o «negozi giuridici paramatrimoniali sui generis» (*ehebezogene Rechtsgeschäfte eigener Art*), se ne è affermata la ripetibilità, una volta venuto meno, per effetto di divorzio, quel rapporto matrimoniale che ne costituiva la base (*Geschäftsgrundlage*) (33), peraltro richiedendosi l'ulteriore condizione che l'attribuzione «superi la misura da ritenersi congrua in relazione al lavoro prestato» dal beneficiario dell'atto sino al momento dello scioglimento del matrimonio (34). La regola è stata

Note:

(continua nota 30)

sura superiore al 50%, per l'acquisto di un bene intestato ad entrambi in misura paritaria, cfr. *BGH*, 9 luglio 2008, disponibile alla pagina web seguente: http://www.recht-in.de/urteil/a_lang_leitsatz_xii_zr_39_06_bgh_urteil_145224.html. Secondo la decisione, «Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommen wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde, nicht nur gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB) sowie nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung, vgl. etwa *BGH* Urteile vom 6. Oktober 2003 - II ZR 63/02 - FamRZ 2004, 94 und vom 8. Juli 1996 - II ZR 193/95 - NJW-RR 1996, 1473 f.). Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Partner Miteigentümer einer Immobilie zu je ½ sind, der eine aber erheblich höhere Beiträge hierzu geleistet hat als der andere». Da notare che in motivazione si fa riferimento, ai fini dell'applicazione della presupposizione, all'idea di un contratto di cooperazione giusfamiliare *sui generis*, *ad instar* di quanto si ritiene accada tra coniugi.

(31) L'applicazione della presupposizione viene invece, almeno di regola, esclusa per le coppie sottoposte alla *Zugewinnngemeinschaft* (v. *BGH*, 3 dicembre 1975, in *NJW*, 1976, 328 e in *BGHZ*, 65, 320; *BGH*, 27 aprile 1977, in *BGHZ*, 68, 299; *BGH*, 26 novembre 1981, in *BGHZ*, 1982, 227), proprio perché le regole del regime legale e del relativo procedimento di *Ausgleich* in sede di scioglimento sono ritenute costituire già di per sé una particolare estrinsecazione normativa (*eine spezielle gesetzliche Ausprägung*) dei principi sulla presupposizione.

(32) E ciò sia in considerazione dell'assenza di un *animus donandi*, desunta dalla circostanza che l'acquisto era servito «der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft», nonché del fatto che comunque esisteva un contributo, seppure indiretto, da parte della moglie, consistente nella prestazione di lavoro domestico: cfr. per esempio *BGH*, 7 gennaio 1972, in *NJW*, 1972, 580 e *BGH*, 26 novembre 1981, cit., che hanno escluso la natura di donazione delle prestazioni consistenti, rispettivamente, nell'acquisto con denaro del marito di titoli di credito cointestati e nell'acquisto di un bene immobile a nome di entrambi, ma con assunzione del debito derivante dal mutuo bancario, sia per il capitale che per gli interessi, da parte del solo marito.

(33) La presupposizione viene, come noto, definita come quella circostanza esterna che, pur senza essere espressamente prevista quale condizione (sospensiva o risolutiva) del contratto, ne costituisce pur sempre un presupposto oggettivo. In altri termini, si ritiene che determinate circostanze di fatto, estranee alla volontà dei contraenti e non dedotte espressamente in condizione, abbiano a tal punto determinato i contraenti a concludere quel certo negozio che quest'ultimo non possa più ritenersi efficace qualora quei presupposti di fatto vengano meno (cfr. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, 435 ss.). Non è possibile in questa sede fornire sull'argomento neppure una limitata panoramica delle opinioni dottrinali e dei precedenti giurisprudenziali. Si vedano per tutti i lavori di Comporti, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in *Studi senesi*, 1960, III, 492 ss.; Id., *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 102 ss.; Pietrobbon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 505 ss.; Girino, voce *Presupposizione*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 775 ss.; Cantelmo, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969; Roppo, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 211; Bessone, «*Presupposizione*» di eventi e circostanze dell'adempimento, in *Foro pad.*, 1971, I, 806; Id., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211; Id., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 63 ss.; Id., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, 281 ss.; Id., *La finzione delle presupposizioni «comuni ad entrambi i contraenti» e gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 355; Perego, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 735 ss.; Costanza, *La presupposizione nella giurisprudenza*, in *Quadrimestre*, 1984, 597 ss. Per quanto concerne la giurisprudenza, va detto che la Corte di Cassazione, dopo aver ammesso per la prima volta la presupposizione nel 1932 (v. Cass. 15 febbraio 1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 57), ha mostrato la sua piena adesione alla teoria in esame in un notevolissimo numero di casi. Per i meno risalenti v. Cass. 6 luglio 1971, n. 2104, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 282; Cass. 6 ottobre 1972, n. 2878, in *Foro pad.*, 1973, I, 361; Cass. 19 aprile 1974, n. 1080, in *Foro it.*, 1975, I, 968; Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, *ivi*, 1977, I, 2339; Cass. 6 dicembre 1974, n. 4070, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Contratto in genere*, n. 172; Cass. 10 dicembre 1976, n. 4601, *ivi*, 1977, voce cit., n. 136; Cass. 8 luglio 1978, n. 3864, *ivi*, 1978, voce cit., n. 131; Cass. 24 gennaio 1980, n. 588, *ivi*, 1980, voce cit., n. 102; Cass. 9 maggio 1981, n. 3074, *ivi*, 1981, voce cit., n. 194; Cass. 22 settembre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, 104; Cass. 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, 362; Cass. 2 gennaio 1986, n. 20, *ivi*, 1986, 5; Cass. 15 maggio 1987, n. 4487, in *Foro pad.*, 1988, I, 399, e in *Notiz. giur. lav.*, 1988, 3; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9272, in *Foro it.*, 1988, I, 1579; Cass. 11 agosto 1990, n. 8200; Cass. 3 dicembre 1991, n. 12921; Cass. 23 gennaio 1992, n. 728; Cass. 13 maggio 1993, n. 5460; Cass. 9 novembre 1994, n. 9304; Cass. 5 gennaio 1995, n. 191; Cass. 28 gennaio 1995, n. 1040; Cass. 24 marzo 1998, n. 3083; Cass. 21 novembre 2001, n. 14629; Cass. 9 dicembre 2002, n. 17534; Cass. 23 settembre 2004, n. 19144; Cass. 29 settembre 2004, n. 19563; Cass. 22 febbraio 2005, n. 3579; Cass., sez. un., 17 novembre 2005, n. 23242; Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2331; in *Contratti*, 2006, 1079, con nota di Ambrosoli; Cass. 24 marzo 2006, n. 6631; Cass. 25 maggio 2007, n. 12235; Cass. 18 settembre 2009, n. 20245; Cass. 3 dicembre 2009, n. 25401.

(34) Cfr. *BGH*, 5 luglio 1974, in *NJW*, 1974, 2045; v. inoltre *BGH*, 8 luglio 1982, in *BGHZ*, 1984, 361 (in relazione alla corresponsione di una somma di denaro da parte del marito per l'acquisto della casa d'abitazione a nome della sola moglie). *BGH*, 29 maggio 1974, in *NJW*, 1974, 1554, pur ammettendo in linea di principio l'assoggettamento delle prestazioni in discorso ai principi della

(segue)

ribadita, almeno in un caso, anche per la contribuzione consistente nel lavoro fornito personalmente dal marito nella costruzione di una casa di proprietà della moglie. Il BGH, riconoscendo anche qui un *besonderer familienrechtlicher Vertrag* a titolo oneroso (posto che la prestazione era controbilanciata, almeno nell'intenzione delle parti, dalla concessione della co-disponibilità dell'alloggio stesso), il cui fondamento negoziale sarebbe venuto meno per effetto del sopravvenuto divorzio, è pervenuto a una soluzione assai simile a quella raggiunta da Lord Denning (35) percorrendo vie molto diverse (36). Successivamente la stessa Corte ha applicato le medesime regole per un caso in cui il contributo della moglie era consistito nella collaborazione prestata per diversi anni nell'impresa del coniuge (37).

Ma l'applicazione della presupposizione - a parte le obiezioni che a livello generale vengono autorevolmente prospettate sulla trasferibilità dell'istituto al nostro ordinamento (38) - postula necessariamente, negli atti in esame, il positivo accertamento di quella negozialità che, per altra via, si è invece ritenuto di dover escludere, per lo meno in difetto di un espresso contratto di convivenza (39) ed è proprio su questa considerazione che la giurisprudenza tedesca si fonda per respingere le opinioni della dottrina favorevole all'estensione alla convivenza *more uxorio* della teoria della presupposizione.

Così, in un caso deciso nel 1996, il BGH ha negato l'applicazione del *Wegfall der Geschäftsgrundlage* agli eredi dell'ex convivente che chiedevano il pagamento della somma dovuta dalla compagnia assicuratrice presso la quale il *de cuius* aveva stipulato un'assicurazione sulla vita a favore della compagna, sostenendo il venir meno del presupposto dell'attribuzione alla terza beneficiaria per effetto della rottura del vincolo affettivo che aveva preceduto il decesso dello stipulante (40). Ancora più esplicitamente, una successiva decisione della stessa Corte Suprema Federale ha ribadito che di presupposizione si può parlare soltanto laddove sussista una chiara volontà negoziale in ordine alla produzione di effetti giuridici; volontà negoziale che non può dedursi dal solo fatto che due persone abbiano deciso di convivere (41).

Note:

(continua nota 1)

presupposizione, lo ha invece negato nella fattispecie concreta. Per la giurisprudenza più recente cfr. BGH, 4 febbraio 1998, in *FamRZ*, 1998, 669, 670; BGH, 30 giugno 1999, in *BGHZ*, 142, 137, 150. In dottrina cfr. Graba, *Das Familienheim bei Scheitern der Ehe*, in *NJW*, 1987, 1721 ss.; Heinle, *Zwanzig Jahre „unbenannte Zuwendung“*, in *FamRZ*, 1992, 1256 ss.; Holzhauser,

Schuld- und güterrechtlicher Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten, in *BGHZ*, 1982, 227 ss., in *JuS*, 1983, 830 ss.; Koch, *Schulden und Scheidung*, in *FamRZ*, 1994, 537 ss.; Kollhoser, *Ehebezogene Zuwendungen und Schenkungen unter Ehegatten*, in *NJW*, 1994, 2313 ss.; Kotzur, *Die Rechtsprechung zum Gesamtschuldnerausgleich unter Ehegatten*, in *NJW*, 1987, 817 ss.; Lipp, *Ehegattenzuwendungen und Zugewinnausgleich*, in *JuS*, 1993, 89 ss.; Pridik, *Zuwendungen unter Ehegatten*, in *JA*, 2004, 318 ss.; Waas, *Zur Dogmatik der sogenannten „ehebezogenen Zuwendungen“*, in *FamRZ*, 2000, 453 ss.

(35) Cfr. *supra*, nel § precedente.

(36) Cfr. BGH, 8 luglio 1982, cit. La decisione, enunciato il principio di diritto, ha però lasciato aperto il problema della sussistenza nel caso di specie di una pretesa in favore della parte attrice, affermando che la risposta a tale interrogativo sarebbe dipesa dall'accertamento delle particolari circostanze del caso, quali la durata del matrimonio, l'età delle parti, il tipo e l'entità delle prestazioni eseguite, la misura dell'incremento patrimoniale conseguite, in relazione ai redditi e patrimoni reciproci. Sull'argomento in esame e su quello, a esso in qualche modo collegato, della revocazione delle donazioni tra coniugi per ingratitudine in caso di divorzio cfr. ancora Kühne, *Schenkungen unter Ehegatten, insbesondere ihre Rückabwicklung nach der Scheidung, im deutschen materiellen un internationalen Privatrecht*, in *FamRZ*, 1969, 371 ss. e, in giurisprudenza, BGH, 18 ottobre 1968, in *FamRZ*, 1969, 28 ss.; BGH, 22 novembre 1968, in *FamRZ*, 1969, 78; BGH, 15 febbraio 1966, in *FamRZ*, 1969, 409; BGH, 4 novembre 1987, in *FamRZ*, 1988, 481. Per la giurisprudenza più recente sul tema cfr. BGH, 4 febbraio 1998, in *FamRZ*, 1998, 669; v. inoltre Krause, *Eheliches Güterrecht*, al sito web seguente: http://www.rak-freiburg.de/rak/fileadmin/dokumente/Referendare/Krause_Eheliches_Gueterrecht.pdf, 50 ss.

(37) BGH, 13 luglio 1994, in *BGHZ*, 127, 48; in *NJW*, 1994, 2545, in *JA* 1995, 95.

(38) Non è mancato infatti chi ha posto in dubbio la possibilità di estendere la sfera di rilevanza dell'imprevidenza al di là dei casi disciplinati dall'art. 1467 c.c.: cfr. Sacco e De Nova, *Il contratto, in Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 10, Torino, 1982, 335; nello stesso senso v. anche qualche isolata pronuncia di legittimità, come per esempio Cass. 6 maggio 1949, n. 1143, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, 471, che ha negato ogni rilievo alla presupposizione invocata da un tale il quale, avendo venduto alla fidanzata del figlio un immobile, richiedeva lo scioglimento del contratto per effetto della mancata celebrazione del matrimonio. *Contra*, nel senso che l'art. 1467 c.c. non esclude che vi possano essere altri casi di presupposizione in relazione a situazioni non previste né prevedibili v. Bessone e D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 341.

(39) «Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist (...) ein Mittel der Vertragsanpassung und daher vom Ansatz her unanwendbar, wenn kein Vertragsverhältnis besteht»: v. OLG Hamm, 11 dicembre 1989, in *FamRZ*, 1990, 626, che ha escluso l'applicabilità dell'istituto della presupposizione proprio al caso di spese effettuate da un *partner* per la costruzione di un immobile di proprietà dell'altro.

(40) Cfr. BGH, 8 luglio 1996, in *NJW*, 1996, 2727.

(41) Cfr. BGH, 25 settembre 1997, in *NJW*, 1997, 3371: «Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung die bei Abschluß eines Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (...). Ein solcher Vertrag liegt nicht in dem Umstand, daß zwei Partner sich zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen. Regeln sie ihre Beziehungen nicht besonders, so handelt es sich um einen rein tatsächlichen Vorgang, der keine Rechtsgemeinschaft begründet».

A quanto sopra esposto si può aggiungere ancora la considerazione seguente. È noto che il carattere della presupposizione, da soggettivo che era in origine, è andato progressivamente oggettivizzandosi (42), al punto che ora si tende a negare rilievo a quelle situazioni di fatto sulla cui verifica possa in qualche modo influire la volontà delle parti (43). E quest'ultimo è proprio il caso della convivenza *more uxorio*, cui ciascuno dei *partners* può in ogni momento porre fine mediante decisione unilaterale.

L'obiezione decisiva è però ancora un'altra. Non sembra infatti che tra i conviventi possa affermarsi la sussistenza di una presupposizione sulla durata del rapporto. Invero, chi effettua una prestazione a titolo gratuito al convivente confidando nella futura utilizzazione in comune del bene acquistato dal compagno, non può ragionevolmente presupporre, proprio per l'assenza di vincoli giuridici al riguardo, che la comunione di vita attualmente in atto proseguirà anche per il tempo a venire (44). Né in proposito appare logico invocare il parallelo con la promessa di matrimonio, che potrebbe rompersi anche dopo breve tempo (45), atteso che in tal caso la soluzione normativa - esplicitamente predisposta da una norma che, tra l'altro, non appare analogicamente riferibile alla convivenza *more uxorio* (46) - è determinata dalla presenza di un chiaro impegno a sottoporre i propri futuri rapporti patrimoniali a ben precisi effetti giuridici, ciò che le parti di una *union libre* invece chiaramente escludono.

L'idea che sta alla base di tali rilievi, del resto, è nota da secoli alla dottrina: «Per quam differentiam concubinatus excluditur: etsi enim in concubinato cohabitandi animus adsit, poeniteri tamen dividique possunt, etiam sine causa, si velint. Quod non est in matrimonio: nam qui matrimonio coniunguntur, talem habent animum, ut perpetuo convivere velint, scientes, quod, etsi eorum animus mutaretur, tamen, nisi lege ipsa censente, resiliare non possunt» (47).

4. Il ricorso allo schema causale del mutuo (e le relative difficoltà)

Una via assai «gettonata» in giurisprudenza appare essere quella del ricorso allo schema causale del mutuo.

Sul punto sarà il caso di ricordare quella decisione di legittimità del 2010 (48), la quale ha escluso che la semplice consegna al venditore del prezzo di un immobile acquistato dal *partner* possa rappresentare la prova della stipula di un mutuo tra i conviventi per l'importo versato, atteso che - potendo una somma di danaro essere consegnata per varie cause - la con-

testazione, ad opera dell'asserito mutuatario (nella specie: l'ex compagno), della sussistenza di un'obbligazione restitutoria impone all'attore in restituzione (nella specie: la ex convivente) di dimostrare per intero il fatto costitutivo della sua pretesa, onere questo che si estende alla prova di un titolo giuridico implicante l'obbligo della restituzione, mentre la deduzione di un diverso titolo, ad opera del convenuto, non configurandosi come eccezione in senso sostanziale, non vale ad invertire l'onere della prova. Sulla medesima *ratio decidendi* si fonda un successivo arresto con il quale, nel 2013, la Suprema Corte ha ribadito che la semplice prova della *datio* di una somma di denaro tra conviventi, pur se basata sulla

Note:

(42) La prima elaborazione della teoria della presupposizione è dovuta a Windscheid (cfr. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, 1 ss.; Id., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt a. M., 1882, 282 ss.), ad avviso del quale già il diritto romano avrebbe riconosciuto la rilevanza della *unentwickelte Bedingung*, attribuendo al soggetto interessato a eccepire l'evento in essa dedotto l'*exceptio doli*. L'idea venne poi ripresa e compiutamente sviluppata da Oertmann (*Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, 1921) e da Larenz (*Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München und Berlin, 1963; Id., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, 320 ss.), cui va anche imputato (come sottolineano Bessone e D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 326 ss.) il passaggio dalla iniziale concezione soggettivistica a quella oggettivistica, attualmente prevalente.

(43) Cass. 6 dicembre 1974, n. 4070, cit.; Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, cit.; Cass. 9 maggio 1981, n. 3074, cit.; Cass. 15 aprile 1981, n. 2278, cit.; Cass. 24 gennaio 1980, n. 588, cit.; Cass. 15 maggio 1987, n. 4487, cit.; Cass. 15 dicembre 1987, n. 9272, cit.; App. Firenze 26 aprile 1966, in *Foro pad.*, 1968, I, 669; App. Napoli 27 febbraio 1982, in *C.E.D. - Corte di cassazione, Archivio giurisprudenza*, 820931; cfr. inoltre Costanza, *La presupposizione nella giurisprudenza*, cit., 605 s.

(44) Per queste conclusioni cfr. già Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 139 ss. In senso conforme cfr. Derleder, *Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft*, in *NJW*, 1980, 548, il quale nota come «mit der Auflösung der ehelosen Verbindung sehr viel eher gerechnet werden muß, als Ehegatten mit der Eheauflösung rechnen müssen». Anche del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 978, sembra voler contestare l'applicabilità del rimedio in esame alla convivenza *more uxorio*. *Contra* Trib. Savona 7 marzo 2001, in questa *Rivista*, 2001, 529, con nota di Dogliotti, che, in relazione ad un contratto di usufrutto vitalizio su di un immobile, esclusa la natura donativa dell'attribuzione, ha ammesso (peraltro solo *in obiter*) la possibilità per il nudo proprietario di far valere la presupposizione, con conseguente risoluzione del contratto, una volta venuta meno la convivenza. Per una critica a tale ultima decisione cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 176 s.

(45) Così invece Grziwotz, *op. cit.*, 76 s.

(46) Sul punto cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 73 s.

(47) Cfr. Mysingeri, *Apotelesma, sive corpus perfectus scholiorum ad quatuor libros institutionum iuris civilis*, Venetiis, 1569, 38.

(48) Cfr. Cass. 22 aprile 2010, n. 9541.

confessione dell'uomo, non esonera la parte attrice *ex mutuo* (nella specie la *ex convivente*) dall'onere di dimostrare l'assunzione, da parte dell'uomo, dell'impegno alla restituzione del detto importo, rammentando che la dimostrazione della consegna di una somma di denaro «non vale, di per sé, a fondare la richiesta di restituzione, allorquando, ammesse la ricezione, l'*accipiens* non confermi il titolo posto *ex adverso* alla base della pretesa di restituzione, ed, anzi, ne contesti la legittimità». Ed invero, nella specie, l'uomo «in sede di interrogatorio formale, lungi dal confessare di avere ricevuto in prestito le somme (...) aveva riconosciuto soltanto di averle ricevute, durante il periodo di convivenza (...), in rimborso o in vista delle spese straordinarie, da lui solitamente anticipate per esigenze familiari, come acquisto di mobili, vacanze estive ed invernali, prima comunione della figlia della [ex convivente]» (49).

Per una sentenza in un certo senso «parallela» a queste due, relativamente, però, ad una coppia coniugata, potrà citarsi quella decisione di legittimità del 2009 (50), che ha confermato la decisione d'appello, la quale aveva rigettato l'istanza di condanna, presentata da una coppia di coniugi nei confronti dell'ex genero, alla restituzione della somma corrisposta alla figlia, all'epoca dei fatti ancora coniugata con il resistente, per l'acquisto della casa coniugale. La Corte ha qui ribadito che, specie in un contesto caratterizzato dalla solidarietà familiare, era necessaria una prova «specificata e precisa» circa i termini della restituzione del debito, non essendo all'uopo sufficienti le testimonianze acquisite, che non avevano «saputo dare alcuna attendibile indicazione circa i tempi della pattuita restituzione e della regolazione circa gli interessi».

La presenza di un contratto di mutuo nella dazione di una somma per l'acquisto di un bene è stata talora riconosciuta dalla giurisprudenza di merito, peraltro sulla base di risultanze istruttorie piuttosto chiare in questo senso.

Così, ad esempio, il tribunale di Vicenza ha stabilito nel 2010 che, sulla base delle prove raccolte durante la fase istruttoria (deposizioni testimoniali sostanzialmente convergenti, lineari spiegazioni rese dall'attrice, comportamento processuale del convenuto), poteva dirsi adeguatamente comprovato l'assunto di una *ex convivente*, la quale asseriva di avere concesso a favore del suo compagno la somma complessiva di lire 20 milioni, tra il 1995 ed il 1996, «a titolo di prestito per finanziarne l'esecuzione di lavori edili di sistemazione all'immobile in proprietà che il medesimo doveva sostenere».

Aggiunge significativamente la decisione che non «osta, a livello logico, a tale ricostruzione dei fatti, ed alla loro qualificazione giuridica conforme agli assunti attorei, la circostanza che la [ex convivente], nonostante l'entità della somma data in prestito, non si fosse fatta rilasciare alcuna ricevuta o ricognizione di debito sottoscritta dall'*accipiens*, risultando invero del tutto coerente con le condizioni soggettive delle parti all'epoca che le elargizioni di danaro avvenissero sulla fiducia, essendo a quel tempo [i contendenti] legati da un risalente vincolo sentimentale» (51).

I principi di cui sopra non sono stati capovolti da una successiva decisione di legittimità, che ha confermato le sentenze di merito che avevano accolto la domanda di restituzione di una somma di denaro dalla *ex convivente* all'*ex convivente* per la realizzazione di un immobile in vista del matrimonio che non aveva avuto luogo. La Cassazione, invero, ribadendo il principio secondo cui la semplice prova della dazione del denaro non dimostra il titolo per la sua restituzione, ha rilevato che nella specie tale regola non era applicabile, atteso che l'*accipiens* non aveva eccepito un diverso titolo della dazione di denaro, non implicante una obbligazione restitutoria (donazione valida o non revocabile, pagamento di un debito, ecc.), ma un diverso titolo comunque implicante una obbligazione restitutoria. Nella specie, infatti, l'*accipiens* aveva ammesso di aver ricevuto il versamento a titolo fiduciario sul proprio conto corrente bancario, al fine di consentire alla compagna di sottrarre la relativa somma all'aggressione dei suoi creditori. Da quanto sopra è stato fatto derivare che, di conseguenza, una volta provata dalla donna la dazione di denaro, sull'*accipiens* gravava, in forza dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare di aver restituito il denaro, ma che tale prova non era stata fornita (52).

5. I contributi forniti per l'acquisto di beni e l'arduo percorso per il recupero degli stessi. Il ricorso allo schema causale della donazione (diretta) e le relative difficoltà

È indiscutibile che un inquadramento nell'ambito della donazione (diretta) del denaro permetterebbe, almeno il più delle volte, la ripetizione dei finanzia-

Note:

(49) Cass. 13 marzo 2013, n. 6295.

(50) Cfr. Cass. 7 aprile 2009, n. 8386.

(51) Trib. Vicenza 28 settembre 2010, in *Leggi d'Italia professionale*, archivio *Corti di merito*.

(52) Cfr. Cass. 24 maggio 2012, n. 8216.

menti erogati per acquisti (o miglioramenti) di beni di proprietà esclusiva dell'altro sotto il profilo della nullità per mancato rispetto della forma solenne che, nei casi di cui si discute, non è quasi mai presente. Si tratta, in buona sostanza, dello stesso ragionamento seguito (senza esito, come detto) dalla difesa della ex convivente nel caso qui in commento, applicato però non all'attribuzione dell'immobile, bensì a quella del denaro.

Ma anche una simile ipotesi ricostruttiva appare viziata alla radice.

Innanzitutto il richiamo a tale istituto non sarebbe ipotizzabile, per effetto della definizione di cui all'art. 769 c.c., in relazione alle prestazioni consistenti in meri servizi, ma andrebbe limitato ai soli diritti trasferiti (nella maggior parte dei casi: la proprietà di somme di denaro), oppure a obbligazioni eventualmente assunte (si pensi a un'espromissione conclusa con il debitore del *partner*). In secondo luogo appare comunque assai problematico, per non dire impossibile, rinvenire la presenza di un *animus donandi* in quegli atti diretti, sì, a rendere possibile un acquisto esclusivamente in capo al ricevente, ma relativamente a beni che, nell'intenzione del «donante», sarebbero destinati a servire a entrambi: si pensi al caso classico della casa d'abitazione, o dell'appartamento di villeggiatura, di un'automobile, del *camper* per le vacanze, ecc.

Su questa linea sembra essersi posta, ancorché in maniera ancora assai timida, una parte della giurisprudenza chiamata a pronunciarsi in materia di attribuzioni tra coniugi effettuate durante il periodo della convivenza. Ad esempio, in un caso risalente al 1980, l'attore agiva per la restituzione di beni intestati alla moglie, in base alla considerazione che questi, oggetto di donazione indiretta, dovevano essere destinati a vantaggio della famiglia e alla normale convivenza dei coniugi. I giudici del merito avevano escluso che incombesse alla donataria l'onere di provare lo spirito di liberalità del donante, per poter trattenere i beni in questione nonostante la sopravvenuta separazione giudiziale tra i coniugi, ritenendo che, per contro, spettasse al donante dimostrare che la donazione fosse preordinata o subordinata alle pretese finalit , divenute irrealizzabili o frustrate dalla donataria. La Corte Suprema conferm  questa decisione, cos  ammettendo, quanto meno in astratto, la possibilit  di dimostrare l'insussistenza di un *animus donandi* per effetto della prova che i beni oggetto dell'attribuzione sarebbero stati «destinati a vantaggio della famiglia e alla normale convivenza dei coniugi» (53).

Andr  ancora aggiunto che, successivamente, una

pronuncia di merito ha mostrato di accogliere siffatta impostazione, con riguardo ad un caso presentato proprio in relazione ad una famiglia di fatto. In proposito, invero, il Tribunale di Firenze (54) ha ritenuto di dover escludere il ricorso alla figura della donazione, in relazione ai contributi per un acquisto immobiliare effettuato da uno solo dei *partners* «mancando lo spirito di liberalit , laddove si debba ritenere, in assenza di prova contraria, che colui che investe il proprio danaro in un bene primario come la casa del proprio nucleo familiare ci  faccia, nella previsione che di quella casa continuer  ad usufruire e non con l'intento di donarla alla sola altra parte».

A riprova di queste conclusioni si pone infine anche la corale esclusione del carattere donativo e liberale in relazione a tutte quelle attribuzioni effettuate senza corrispettivo in seno ad una regolamentazione pattizia della crisi coniugale (55). Il tutto, poi, in un clima pi  generale in cui la giurisprudenza sembra muoversi (anche al di l  delle ipotesi di attribuzioni endofamiliari) con i piedi di piombo nel dedurre la presenza di un *animus donandi* semplicemente sulla base di fenomeni di intestazione o cointestazione (56).

Note:

(53) Cass. 13 maggio 1980, n. 3147, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2515.

(54) Cfr. Trib. Firenze 12 febbraio 2000 (inedita, n. 594/2000, in procedimento n. 15/1997 R.G., A. c/ M.), su cui v. in dettaglio gi  Oberto, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., 93 s. e ora anche Id., *I diritti dei conviventi. Realt  e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 55 s.

(55) Cfr. al riguardo Cass. 27 ottobre 1972, in *Foro it.*, 1973, I, 1878; in *Giust. civ.*, 1973, I, 221; *ivi*, 1974, I, 173, con nota di Bergamini, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista di un futuro divorzio*; in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 810; in *Dir. fam. pers.*, 1973, 60; in *Riv. notar.*, 1973, II, 495; Cass. 11 maggio 1984, in *Giust. civ. Mass.*, 1984; Cass. 21 dicembre 1987, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233; in *Riv. notar.*, 1989, 210; in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237; Cass. 23 dicembre 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1320; Cass. 17 giugno 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 70; App. Torino 9 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, 19; per una disamina pi  approfondita delle varie questioni e per l'individuazione della causa delle attribuzioni qui ricordate si fa rinvio per tutti a Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 634 ss.

(56) Significativo   il caso risolto da Cass. 14 gennaio 2010, n. 468, secondo cui «La possibilit  che costituisca donazione indiretta l'atto di cointestazione, con firma e disponibilit  disgiunte, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito - qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere appartenuta a uno solo dei contestatari pu  essere qualificato come donazione indiretta solo quando sia verificata l'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, nel momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalit . (Nella specie il giudice di appello aveva escluso l'esistenza dell'*animus donandi* (segue)

Ma proprio la tendenziale esclusione della presenza di un *animus donandi* nelle fattispecie in esame (57) apre la via ad una possibile soluzione che, pur non muovendosi sul «piano proprietario», consentirebbe quanto meno all'autore dell'attribuzione patrimoniale il recupero dell'esborso a suo tempo effettuato, una volta naufragata l'unione sentimentale (suggerita o meno dal vincolo matrimoniale).

6. La soluzione proposta e l'applicazione delle norme in tema di ripetizione dell'indebito

Va qui infatti ribadita la soluzione, già prospettata in altre sedi (58), che, muovendo dalla comparazione con i sistemi di *common law* e con i rimedi adottati negli altri principali sistemi europei, ha concluso per l'applicazione (una volta che l'indagine da svolgersi sul singolo caso concreto dovesse escludere altre cause giustificatrici dello spostamento patrimoniale: dal mandato, al negozio fiduciario, al mutuo, alla donazione, alla liberalità indiretta) dell'azione di ripetizione dell'indebito, pure essa, a ben vedere, espressione della regola generale del divieto di arricchimento senza giusta causa.

Con riguardo, infatti, a tale tipo di prestazioni, va chiarito che, se è vero che pure queste, come quelle di *facere*, dovrebbero ritenersi irripetibili per effetto dell'obbligazione naturale in adempimento della quale sono state compiute, resta sempre il fatto che il mancato reciproco adempimento, da parte dell'*accipiens*, alla sua obbligazione naturale determina un arricchimento ingiustificato in capo a quest'ultimo (59). Trova così risposta, senza la necessità di ricorrere a istituti quali il *trust* o la presupposizione, anche il grave problema del riequilibrio tra quelle prestazioni che dovessero risultare «sbilanciate» per effetto di una imprevista rottura del legame: si pensi al contributo effettuato per l'acquisto della casa o dell'automobile destinate a un uso comune, anche se «intestate» a uno solo dei conviventi, immediatamente seguito da un'improvvisa «fuga» del beneficiario dell'esborso.

Ma la conclusione non muta allorché, pur in presenza di un reciproco adempimento delle obbligazioni naturali, il vantaggio attribuito da una parte all'altra esorbita dai limiti di una normale contribuzione e pertanto esuli dallo schema dell'obbligazione naturale. In tal caso, infatti, trattandosi di prestazione di dare, e non sussistendo il rischio di pervenire ad uno «scambio imposto», il peculiare rimedio che dovrà trovare applicazione sarà quello dell'indebito oggettivo (60), pure esso, come si è appena chiarito, espressione della regola generale del divieto di arricchimento senza giusta causa (61).

La soluzione proposta, come altrove illustrato (62), non si può estendere alle prestazioni di *facere*, per le quali la volontà del prestatore di impoverirsi può raggiungere immediatamente e senza ostacoli formali l'effetto desiderato di dar luogo ad un arricchimento (definitivo e irrecuperabile) nella controparte. Nonostante ciò, come detto, il rimedio dell'arricchimento può essere indicato come risolutivo in tutta una serie di ipotesi, che si sono altrove illustrate (63).

Va pertanto ribadito come, nelle sue multiformi applicazioni, il rimedio dell'arricchimento ingiustificato possa ergersi a regime patrimoniale della famiglia di fatto, concorrendo con quello, parallelo, dell'obbligazione naturale, ed eventualmente integrandolo. Invero, mentre quest'ultimo sarà da solo suffi-

Note:

(continua nota 56)

non ravvisabile in astratto nella delegata da parte del titolare di un conto corrente a terzi per operare sul conto medesimo e sul deposito titoli, ancorché senza obbligo di rendiconto, essendo la delega stata conferita in occasione del ricovero del delegante in ospedale a distanza di meno di un mese della morte e ciò - aveva sottolineato il giudice *a quo* - per l'evidente ragione che non avrebbe più potuto effettuare operazioni bancarie per le sue gravi condizioni di salute. In applicazione del principio di cui sopra la Suprema Corte ha confermato sul punto la pronuncia di merito».

(57) A meno che, ovviamente, lo stesso autore dell'attribuzione non sia così sprovveduto, come nel caso di cui alla decisione qui in commento, da ammettere la presenza di una liberalità, così rendendo sostanzialmente irrevocabile l'attribuzione effettuata.

(58) Cfr. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 130 ss.; Id., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., 73 ss.; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 72 ss., nonché, per i coniugi in regime di separazione dei beni, Id., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, cit., 347 ss.

(59) L'attribuzione è infatti stata eseguita sulla base dell'affidamento, noto alla controparte, o comunque da questa conoscibile, che del bene conseguentemente acquistato entrambi avrebbero usufruito.

(60) Sempre che, naturalmente, il negozio non sia qualificabile alla stregua di una donazione (e di questa siano stati rispettati i requisiti formali).

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

(62) Cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 45 ss., 54 ss.

(63) Cfr. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 41 ss., 54 ss.

ciente a governare i casi in cui il reciproco dovere morale e sociale di contribuzione abbia ricevuto concreta e bilaterale attuazione, il primo entrerà in gioco per ristabilire l'equilibrio alterato di fatto dalla esecuzione soltanto unilaterale dell'obbligazione naturale, contributiva e reciproca, tra conviventi. Potrà ancora aggiungersi che proprio la via della ripetizione dell'indebito sembra essere percorsa da una parte della giurisprudenza di merito. Così, ad esempio, la Corte d'appello di Genova, nel 2001, ha riconosciuto la parziale (nei limiti, ovviamente, della prova raggiunta sui versamenti effettuati) fondatezza della domanda proposta da un ex convivente che aveva corrisposto somme per l'acquisto e la ristrutturazione di un alloggio che la ex convivente «si era poi intestato» (64). Si è così deciso che «Si attaglia alla fattispecie l'ipotesi disciplinata dall'art. 2033 c.c.: il mancato verificarsi dello scopo vanifica la causa del pagamento, ed è, siccome è noto, assolutamente irrilevante, per l'applicazione della norma in parola, che la causa del negozio manchi all'origine, o

venga meno successivamente (così per tutte Cass. n. 88/4708) per essere il negozio annullato, sottoposto a condizione o risolto, giacché il difetto della *causa solutionis* rileva in sé e per sé, legittimando il *solvens* alla ripetizione. Deve conseguentemente concludersi che la teorica impostazione della domanda principale dell'appellante è corretta» (65).

Note:

(64) Cfr. App. Genova 26 marzo 2001, in *Leggi d'Italia professionale*, archivio *Corti di merito*.

(65) L'appellante aveva, per l'appunto agito per la ripetizione delle somme versate per l'acquisto e la ristrutturazione dell'alloggio che la ex convivente si era all'epoca intestato. La corte ha invece ritenuto «infondata (...) la pretesa riconvenzionale della [ex convivente], di vedersi riconosciute prestazioni per vitto e alloggio, stante quanto si è premesso sull'applicabilità dell'art. 2034 c.c. alle prestazioni di siffatta natura tra ex conviventi» (potrà aggiungersi, per la cronaca, che il relativo procedimento di cassazione è stato dichiarato estinto per rinuncia agli atti con ordinanza della Corte Suprema in data 7 ottobre 2005, n. 19520).

RIVISTE

Il Corriere del Merito

Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata

Direzione scientifica Civile: Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

Direzione scientifica Penale: Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

Direzione scientifica Amministrativa: Francesco Caringella, Giuseppe Chiné, Rosanna De Nicolis, Fabio Francario, Marco Lipari

L'obiettivo della rivista è quello di offrire un **panorama giurisprudenziale ricco ed aggiornato** con un'attenzione particolare alla **fruibilità dei contenuti**.

Le Sezioni:

- "Osservatori", organizzati per Regione ed arricchiti dall'esposizione del **caso concreto** ("in fatto") ricavato dal testo ufficiale dei provvedimenti massimati;
- "In evidenza" con l'introduzione delle **parole chiave in neretto** e l'**evidenziazione dei passaggi più importanti** all'interno del commento;
- "I Contrasti", una **tabella di sintesi** segnalerà i **principali orientamenti giurisprudenziali** inerenti all'argomento trattato;
- "Primo piano" un **abstract d'autore** fornisce un sunto dell'argomento di attualità trattato.

In più, **ogni anno riceverà due fascicoli**

che tratteranno, di volta in volta, **Rassegne di giurisprudenza e dottrina ragionata** in ambito di diritto **civile, penale e amministrativo**.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorriere del merito**, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale € 199,00
Supporto: carta, web, tablet

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – info.commerciali@wki.it)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>

