

PREFAZIONE

di Giacomo Oberto^(*)

È ormai da alcuni lustri che gli intrecci tra contratto e famiglia formano oggetto dell'attenzione di studiosi e pratici del diritto. Prima dell'acquisizione di tale consapevolezza, e per molto tempo, la dottrina era rimasta affascinata dalla «specialità isolana», se mi si passa l'espressione, del diritto di famiglia. Così, per decenni, gli autori giuridici erano stati attratti più dai profili personali, che non da quelli patrimoniali dei rapporti coniugali e paraconiugali, se si eccettuano due sintetici contributi, autorevolissimi, ma rimasti a lungo sconosciuti, di Francesco Santoro-Passarelli, sull'autonomia privata nel diritto di famiglia, e di Arturo Carlo Jemolo, sui contratti in vista dell'annullamento del matrimonio.

Per questo motivo il lavoro che presentai al pubblico esattamente vent'anni fa su «*I contratti della crisi coniugale*» ebbe l'effetto di un sasso lanciato nello stagno ed anche l'accademia cominciò finalmente ad interrogarsi sul ruolo che l'autonomia negoziale può svolgere nella concreta determinazione di quei complessi nodi d'affari, sangue e sentimenti che caratterizzano i vincoli endofamiliari.

La giurisprudenza, dal canto suo, aveva iniziato, quasi inconsapevolmente, a trattare di tali argomenti già dagli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo, per effetto dell'(allora) incipiente esplosione del contenzioso, che, parallelamente all'esplosione del numero degli avvocati, veniva ad interessare anche il settore giurifamiliare. Basti pensare al «filone» delle decisioni, anche di legittimità, in materia di trasferimenti immobiliari tra coniugi in crisi, per non parlare della giurisprudenza sugli accordi *a latere* tra separati o divorziati, o in materia di determinazione della sorte delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi in regime di separazione dei beni, o tra

(*) Consigliere di Cassazione, giudice presso il Tribunale di Torino.

conviventi *more uxorio*, ovvero, ancora, sul tema delle obbligazioni naturali nella famiglia di fatto, o sui primi contratti di convivenza, e così via.

A fronte della vera e propria rivoluzione copernicana che si stava attuando, il notariato presentò a lungo, almeno in parte, un atteggiamento piuttosto guardingo. Memorabili rimasero certe prese di posizione contrarie alla materia dei trasferimenti immobiliari in sede «giudiziale»: atteggiamenti, questi, che alla fin fine si dimostrarono controproducenti, poiché il notaio poteva avere solo interesse ad un pieno e completo sviluppo, a tutto tondo, dell'autonomia negoziale endofamiliare, come ampiamente dimostrato dal successivo fiorire di un'ampia e fruttuosa cooperazione proprio tra il notariato e gli altri protagonisti di questo settore (avvocatura, uffici giudiziari, commercialisti, geometri, mediatori familiari, etc.). Occorre però aggiungere che il ceto notarile, in questo contesto, scontava e continua a scontare un'altra difficoltà, costituita dal timore (purtroppo alimentato da una giurisprudenza talora ingiustificatamente severa) di incorrere, per il caso di letture troppo «innovative» della materia, nelle sanzioni comminate dall'art. 28 l. notar. Il tutto, certo, non agevolato dall'atteggiamento, talora spinto ai limiti del persecutorio, di troppi organi ispettivi, che, anche nel settore in esame, sembrano voler applicare antistoriche rigidità, degne di ben altre ed assai più allarmanti situazioni.

Mi sia consentito qui riferire, per la prima volta, di un episodio occorsomi diversi anni or sono, allorquando era il tribunale ad occuparsi in primo grado della responsabilità disciplinare dei notai. Ricordo che venne assegnata alla mia sezione ed a me come relatore proprio un'azione disciplinare, originata dalla relazione di un sin troppo zelante ispettore (quale norma del vigente ordinamento, per l'amor di Dio, stabilisce che i contratti in vista del divorzio sono «espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico»?), nei confronti di un notaio, «reo» di aver rogato una convenzione matrimoniale nella quale i futuri coniugi prevedevano talune conseguenze patrimoniali in caso di scioglimento del matrimonio. Il collegio emise un «non luogo a provvedere», perché il notaio (disgustato, evidentemente, dall'idea di dover continuare ad operare in un ambiente tanto retrivo) decise di collocarsi a riposo; peraltro ricordo bene che, in una pre-camera di

consiglio, dissi ai colleghi che, anziché meritare una sanzione disciplinare, il predetto professionista avrebbe dovuto ricevere un premio.

Curioso Paese, davvero, il nostro, nel quale, tanto per portare qualche esempio tratto dalla mia esperienza professionale, si tollera allegramente che taluni avvocati tentino di esercitare indebite pressioni sul giudice chiamato a decidere le loro controversie (magari impegnandosi in privati colloqui con coloro che dell'autonomia e dell'indipendenza dei magistrati di un certo ufficio giudiziario dovrebbero essere i primi garanti), o, ancora, permette l'inserimento nell'atto d'appello di espressioni offensive nei riguardi del magistrato, «colpevole» di aver dato loro torto in prime cure. Allo stesso tempo – e con ben altri pesi e misure – si pretende invece punire il notaio che, nel solco di una tradizione risalente al diritto romano e pienamente recepita in ordinamenti di matrice romano-germanica (e sulla base di dati normativi, si badi, del tutto simili ai nostri), quali, ad es., quello tedesco o quello olandese, tenta di venire incontro alle legittime esigenze dei propri clienti, realizzando appieno quella «funzione di adeguamento» che dell'attività notarile rappresenta il vero fulcro!

Grande è, purtroppo, la rigidità dimostrata da molti settori (e *in primis*, purtroppo, proprio da quello cui appartiene il sottoscritto) verso la piena esplicazione dell'immenso potenziale di cui è portatore il notariato italiano, ricco di brillanti soluzioni dei grovigli patrimoniali che possono crearsi all'interno delle famiglie. Tale rigidità finisce con il dar vita ad un vero e proprio circolo vizioso. I notai non innovano, perché (giustamente) temono azioni disciplinari: così non emergono innovazioni su cui i giudici possano pronunziarsi, evitando in tal modo di dar luogo a quella giurisprudenza che, pure, i notai attendono con ansia per poter a loro volta innovare...

Un esempio chiarissimo, da chi scrive riportato in svariati lavori, è rappresentato da una delle convenzioni più «sagge» che l'esperienza giuridica abbia mai partorito: la c.d. clausola alsaziana, che consente al notaio francese di far nascere e crescere, per una coppia che viva «felice e contenta», un regime comunitario, pronto a sciogliersi con efficacia *ex nunc* nel caso di crisi del rapporto. Clausola, questa, che – come dimostrato dalle ricerche storiche da me effettuate – oltre ad essere praticata in Sicilia, già alcuni secoli fa, risulta assolutamente conforme al nostro ordinamento giuridico positivo.

Un ordinamento che, come da sempre mi permetto di ribadire (e lo scritto qui in commento consente di confermare), ammette la possibilità di apporre condizioni risolutive alle convenzioni matrimoniali. Peraltro, lo stesso autore di questa prefazione deve confessare di non avere il coraggio di promuovere presso il notariato il ricorso a siffatta clausola, stante la quasi certezza che l'intesa (non rientrando tra gli schemi collaudati) potrebbe un giorno risultare sgradita agli organi ispettivi.

Ma non basta ancora. Determinate resistenze sembrano venire addirittura dall'interno dell'organismo che costituisce la massima espressione del notariato di questo Paese. Certo, il momento non è dei più felici, atteso che i notai italiani sono oggi impegnati in una battaglia tutta giocata sulla difensiva, di fronte alla straripante invadenza di altre categorie professionali, assai meno qualificate, ma dotate di formidabili entrate ed appoggi a livello politico, legislativo, governativo ed amministrativo. Un'offensiva, questa, cui i notai sembrano talora voler reagire in modo autolesionistico ed autoflagellatorio (mostrando, qui, singolari similitudini con la categoria cui appartiene chi scrive queste righe): basti pensare ad uno studio approvato dal CNN dopo l'entrata in vigore della «Riforma Cirinnà», che sembra voler tarpare quanto più possibile le ali alla libertà negoziale in sede di stipula del contratto di convivenza (affermando, tra l'altro, che «la comunione eleggibile dai conviventi è soltanto quella legale, non potendosi adottare un regime di comunione convenzionale»).

A fronte di quanto sopra, il volume che con queste modeste righe vengo a presentare contiene, se mi si passa l'espressione, un vero e proprio «scatto d'orgoglio». Un atto di fede, proclamato forte e chiaro, nelle potenzialità della libertà contrattuale endofamiliare e nel ruolo-guida del notaio in tale settore. Qui può dirsi veramente che vengono esaminati ed approfonditi tutti i profili in cui l'idea della negozialità si coniuga con il diritto patrimoniale della famiglia italiana, nelle sue tre attuali forme di manifestazione (matrimonio, unione civile e convivenza di fatto), con particolare attenzione agli aspetti pratici ed al contributo che il notaio può concretamente prestare.

Esemplare è il caso della trattazione della materia delle convenzioni matrimoniali, in cui, dalla natura contrattuale delle stesse viene

fatta derivare l'ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche, delle quali vengono presentate numerose concrete esemplificazioni, dimostrandosi altresì la configurabilità (entro certi limiti) del preliminare, la liceità della stipula tramite rappresentante (sebbene, a sommosso avviso di chi scrive, entro limiti eccessivi, in quanto negativamente influenzati da una sin troppo «arcigna» giurisprudenza disciplinare), nonché l'ammissibilità dell'inserimento di elementi accidentali, etc.

Da segnalare, poi, la particolare attenzione prestata alla negoziabilità di coniugi, civilmente uniti e conviventi nel modellare le proprie relazioni patrimoniali nella fase fisiologica del rapporto, a cominciare dalla comunione legale. Con riguardo a quest'ultima, va segnalata l'adesione alla tesi, da tempo propugnata dallo scrivente, circa la necessità di riconoscere all'autonomia delle parti il potere di validamente escludere, in relazione a singoli beni, l'operatività del principio del coacquisto automatico *ex art. 177, lett. a)*, c.c. Notevole e condivisibile è anche la possibilità di prevedere cause pattizie di scioglimento del regime, al di là delle ipotesi contemplate dall'art. 191 c.c.

L'analisi prosegue verificando la tenuta del principio di negoziabilità nella fase fisiologica del rapporto familiare della coppia coniugata (o, il che è lo stesso, civilmente unita) in relazione ai regimi alternativi di separazione dei beni e di comunione convenzionale, nonché al fondo patrimoniale e all'impresa familiare, non senza trascurare la questione (di notevole rilievo pratico, avuto riguardo al numero ed all'entità di controversie sul punto) della sorte degli apporti dell'uno o dell'altro dei coniugi per l'acquisto di beni in costanza di regime di separazione, tenuto conto del ruolo che un accorto uso dei poteri di autonomia privata può giocare, anche in via preventiva, al fine di eliminare alla radice tale tipo di contenzioso.

Non manca poi neppure un approfondito studio dei vincoli destinazione *ex art. 2645-ter* c.c. a garanzia di interessi familiari e, naturalmente, del *trust* familiare: istituti in relazione ai quali viene sottolineata la riconducibilità, a determinate condizioni, alla categoria delle convenzioni matrimoniali, con le conseguenze che *naturaliter* derivano da siffatta collocazione sistematica.

Sul versante della crisi coniugale viene dedicato molto spazio all'analisi dei possibili contenuti delle clausole patrimoniali degli

accordi di separazione e divorzio: indicazioni, queste, arricchite da preziosi suggerimenti circa le «formalità notarili» da espletare per la validità e la regolarità dei trasferimenti immobiliari ed i relativi risvolti fiscali, anche in relazione alle procedure stragiudiziali dirette a determinare per via consensuale la separazione personale o il divorzio. Fondamentale l'attenzione prestata in questo contesto al tema della disponibilità degli assegni di separazione e divorzio ed alla ammissibilità di rinunce, anche preventive.

Naturalmente un'ampia analisi concerne gli accordi prematrimoniali, la cui ammissibilità (conformemente all'opinione dello scrivente) viene dedotta dalla considerazione per cui siffatte intese non sono certo qualificabili alla stregua di accordi sullo *status*: semmai – ed è concetto ben diverso – trattasi di accordi sulle conseguenze patrimoniali derivanti dal mutamento di *status*, esattamente come avviene per le convenzioni matrimoniali stipulate prima delle nozze.

In questo contesto un giusto rilievo viene dato pure al recente *revirement* giurisprudenziale in materia di assegno di divorzio. In proposito potrà dirsi che, sebbene non certo caratterizzato dal pregio della linearità, il sommovimento che ha variamente scosso *ab imis* le (relativamente) placide acque della illogica ed antistorica lettura in termini di «indissolubilità patrimoniale» del vincolo coniugale, viene a porre in primo piano il tema della «natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco», secondo l'espressione testualmente usata dalla motivazione della decisione delle Sezioni Unite del 2018. Espressione, questa, che, a sua volta, riecheggia i lavori dello scrivente, da decenni impegnato nel tentativo di dimostrare che la c.d. «solidarietà post-coniugale» è criterio nella specie determinante, sì, ma solo laddove i coniugi non decidano di comune accordo di ritenersene svincolati.

Invero, i criteri di pari dignità e di uguaglianza morale e giuridica tra coniugi (artt. 2, 3 e 29 Cost.), pure evocati dalle Sezioni Unite, costituiscono un baluardo della parte debole in caso di disaccordo, ma non sono certo contraddetti dal riconoscimento ai coniugi (soggetti, da tempo, ormai, non più colpiti da alcuna forma di incapacità) del diritto di liberamente disporre dei propri diritti e di fare affidamento vicendevole sugli impegni congiuntamente e liberamente assunti: in omaggio, del resto, proprio a quel principio di

«autoresponsabilità» e di «autodeterminazione», che la stessa Corte espressamente più e più volte richiama nella decisione del 2018. E ciò per non dire del fatto che l'inevitabile esasperazione del contenzioso e l'incremento del tasso di discrezionalità decisionale del giudice, conseguenti al non troppo felice intervento delle Sezioni Unite, non faranno che porre in risalto l'utilità dei rimedi negoziali preventivi qui in discorso.

Del resto, la valorizzazione della componente compensativa delle prestazioni post-divorzili non può effettuarsi se non a discapito, quanto meno parziale, di quella assistenziale, a sua volta troppe volte confusa con quella alimentare (non presente, ovviamente, nell'assegno di divorzio): con conseguente equivoco sulla asserita indisponibilità (anche) della prima. Di fronte al *revirement* delle Sezioni Unite sulla natura dell'assegno divorzile, è perciò ragionevole attendersi che il nuovo insegnamento sulla funzione composita e prevalentemente compensativa dell'assegno abbia l'effetto di rendere consapevoli dottrina e giurisprudenza del fatto che il relativo diritto è negoziabile, posto che chi ha fatto o si accinge a fare un sacrificio e deve essere indennizzato per esso è perfettamente in grado di valutare i propri interessi e può validamente disporre del proprio diritto.

La svolta giurisprudenziale qui ricordata, quindi, pur senza introdurre, di per sé, alcuna novità in relazione ad una situazione normativa già più che chiaramente orientata nel senso della validità dei patti prematrimoniali, ha se non altro il merito di rimuovere alcuni elementi che ancora impediscono a molti (troppi) interpreti di vedere le cose per come realmente sono.

Il volume che qui si presenta non manca poi di trattare a fondo anche del tema dei rapporti patrimoniali tra conviventi di fatto (o *more uxorio*, come si diceva un tempo), per il quale viene data una chiave di lettura basata, condivisibilmente, sulla negoziabilità. Una negoziabilità che non può vedersi limitata, quanto al contenuto delle possibili intese, al riduttivo elenco di cui al comma 53 dell'articolo unico della riforma del 2016, né, con riguardo all'estensione temporale, ai soli accordi relativi al momento «fisiologico» del rapporto.

Tutto al contrario, sulle orme del *vademecum* pubblicato nel 2013 dal Consiglio Nazionale del Notariato, deve ritenersi consentita una

vastissima serie di clausole che rispondono a criteri di meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, così come deve considerarsi senz'altro ammissibile la deroga al criterio di proporzionalità nella contribuzione nelle spese del *ménage*, criterio previsto, invece, come intangibile per i coniugi (e analogo principio vale per i civilmente uniti) da quell'art. 143 c.c. che non appare estensibile ai conviventi. Inoltre non possono sussistere dubbi sull'ammissibilità (ed anzi, sulla consigliabilità) di accordi preventivi in vista della possibile crisi del rapporto di fatto, sulla falsariga di quanto ampiamente consentito e praticato all'estero.

Chiude il lavoro un'ampia analisi delle vie contrattuali legate ai profili successori endofamiliari. L'argomento si trova ancora, come noto, sotto la nefasta influenza del perdurante principio che fa divieto di stipulare patti successori. Peraltro (e in attesa di una riforma auspicata da sin troppo tempo) le soluzioni che, ancora una volta, il notariato – ed in particolare l'autore del lavoro qui in commento – propone risultano più che idonee, già oggi, ad una razionale pianificazione del passaggio generazionale della ricchezza all'interno delle compagini familiari.

Concludendo questa presentazione, dirò che, come già rimarcato in altra occasione, proprio l'autoresponsabilità nella gestione delle relazioni domestiche sembra l'obiettivo cui puntare, quale reazione ad una situazione legislativa caratterizzata dall'incertezza più assoluta, in conseguenza di interventi normativi scomposti, affrettati, abborracciati, quali quelli che – in un crescendo tutt'altro che rossiniano... – abbiamo dovuto subire nel corso degli ultimi anni. Ne deriva un'ulteriore sprone alla conclusione di quelli che lo scrivente per primo ha definito (con espressione che sembra aver riscosso un certo successo) «contratti della crisi coniugale», nonché di accordi tra conviventi, sul versante di quell'unione di fatto che della famiglia legittima rappresenta ormai anche in Italia – a dispetto della miopia di molti – l'altra «faccia della medaglia» della famiglia del ventunesimo secolo.

In fondo, parafrasando Tolstoj, ogni famiglia «giuridicamente infelice» lo è a modo suo, perché infinite sono le peculiarità dei problemi legali che possono affliggerla. Ora, non vi è miglior esperto del notaio nel «processo maieutico» consistente nel lavorare su

quell'idea di autoresponsabilità dei membri della compagine familiare, cui si faceva poc'anzi riferimento: autoresponsabilità che, declinata e modellata sulle necessità imposte dalle singole contingenze, può accompagnare le famiglie italiane, mercé un accorto utilizzo dell'*ars notaria*, nella scelta personalizzata delle soluzioni più adatte ai variegati problemi che le affliggono, o potrebbero un giorno affliggerle.

Il presente volume costituisce certamente un'ottima guida in questo senso.