



CAMILLO VERDE

Professore Associato di Diritto Privato – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

PROFILI EVOLUTIVI DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE NELLE RELAZIONI DI TIPO "FAMILIARE" *

SOMMARIO: 1. La rilevanza della consensualità negoziale nel sistema delle relazioni interfamiliari. Profili evolutivi dell'autonomia e tendenziale rimodulazione della eteronomia. – 2. Discrezionalità nella individuazione dei bisogni familiari. La consensualità negoziale come strumento necessario per attuare i bisogni nel quadro degli indirizzi familiari concordati, ivi compresa la scelta dei regimi patrimoniali. – 3. Libertà negoziale di regolare il contenuto dei rapporti patrimoniali ancorché entro i confini inderogabili della eteronomia. La coesistenza di situazioni soggettive patrimoniali-personali diverse da quelle patrimoniali-comuni. – 4. I "contratti della crisi coniugale" segnalano, sul piano sistemico, il riconoscimento della rilevante incidenza dell'autonomia negoziale nella gestione della crisi. – 5. Il mutamento del costume sociale e culturale e il riconoscimento della rilevanza del ruolo individuale di ciascun partecipe alla "convivenza": suoi riflessi sullo jus positum. La famiglia si apre a sperimentazioni di plurime forme di convivenza supportate dalla logica dell'autonomia negoziale. – 6. Il contributo della funzione notarile nelle fattispecie in cui la consensualità negoziale "familiare-affettiva" tende ad esprimersi.

1. – È ormai opinione consolidata che la tradizionale concezione istituzionale della famiglia è da ritenersi in via di tendenziale superamento¹.

Questo orientamento di pensiero emerge da una diffusa giurisprudenza di legittimità motivata anche da pressioni culturali e da costumi sociali nuovi e da una dottrina dirompente, a cui ha fatto seguito un rinnovato corpus legislativo nella seconda metà del secolo scorso².

Vero è che la concezione istituzionale ha trovato e trova tuttora, per buona parte, il proprio risvolto operativo nella natura pubblicistica (più esattamente d'ordine pubblico normativo) della disciplina positiva, con il corollario della presenza di norme inderogabili fondate sulla im-

* Il contributo costituisce parte della relazione dal titolo "Regime patrimoniale della famiglia tra esigenze e bisogni da tutelare" svolta al Convegno dal titolo "La tutela del Patrimonio familiare: attualità e prospettive" tenutosi a Gaeta il 18 maggio 2012 organizzato dal Comitato Notarile Pontino in collaborazione con l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Si rinvia sul punto a G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, XXXX, 2002, 175 ss.; e G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, 1, Giuffrè, 2002, 161 ss..
Sull'evoluzione della famiglia in seguito ai mutamenti sociali e culturali, v., tra gli altri, G. COLLURA, *Il civilista, la famiglia e le sue trasformazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 627 ss.

² Nell'ampia discussione sul tema si rinvia alle pagine di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, in particolare 33 ss.; A. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2002, 708 ss.; S. PATTI e M.G. CUBEDDU, *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2010, in particolare p. 115 ss.; per un quadro del dibattito dottrinale e delle decisioni giurisprudenziali si veda G. OBERTO, *Diritto di famiglia, Crisi coniugale e Autonomia privata*, in Atti del Convegno di studi dal titolo: "Destinazione e circolazione dei beni in ambito familiare" tenutosi a Taormina il 3 e 4 aprile 2009; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Giuffrè, 1999, 103 ss.



postazione della famiglia legittima come primaria cellula della struttura esistenziale della società-Stato, attesa la naturale propensione verso la procreazione della prole, nella quale si incardina il contributo alla costituzione ed alla continuazione del terzo elemento costitutivo di una società giuridicamente elevatasi a Stato.

Inoltre il dato pubblicistico d'ordine normativo, si situa anche nella necessità – universalmente riconosciuta – della tutela dei soggetti “deboli” nelle relazioni interfamiliari, sociologicamente incentrati sulle figure del coniuge-moglie e della prole minore di età.

Da questo impianto generale derivava, ovviamente, una diffusa cultura della rigorosa limitazione all'autonomia privata, da cui scaturiva la inconciliabilità sistematica tra l'organizzazione familiare e le pattuizioni private fra coniugi dirette a regolare il *menage* familiare, sia sotto il profilo personale sia anche sotto il profilo patrimoniale³.

La riforma del 1975, com'è noto, ha aperto spazi di notevole spessore rispetto al passato anche in virtù della spinta culturale diretta a completare ed attuare nella legislazione ordinaria l'*input* costituzionale degli artt. 29 e 30 Cost., e ciò con particolare riguardo al riconoscimento – già implicito nella scelta della uguaglianza morale, giuridica ed economica di “ciascun” coniuge – del potere di “concordare” la regolamentazione giuridica della vita familiare. In tal modo, come noto, è definitivamente crollata l'organizzazione codicistica di natura gerarchica a vantaggio di una concezione democratica, dove il ruolo del singolo trova spazi operativi e di tutela più intensi rispetto al passato⁴.

Decisiva, al riguardo, la norma dell'art.144 c.c.

In questa norma i bisogni della famiglia non appartengono solo “agli interessi preminenti della famiglia stessa” in sé considerata (evocando una concezione unitaria contigua alla logica di una eventuale soggettività propria del gruppo familiare in se, opinione che appartiene ad una dottrina da tempo superata), ma appartengono anche ai bisogni di entrambi i coniugi, in virtù della logica della solidarietà morale e materiale che inerisce al rapporto. A parte la circostanza che la normativa codicistica, come risulta dalle disposizioni della novella del 1975, difetta della specificazione della tipologia dei bisogni, sulla cui base si possa anche identificare il bisogno individuale come bisogno della famiglia (e comunque non vengono neppure indicati i criteri da seguire per selezionare i bisogni stessi) appare evidente che questa selezione dei bisogni non

³ Per tutti si rinvia a A. CICU, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Giuffrè, 1965, 127 ss.

⁴ Sul punto si rinvia per tutti a P. PERLINGIERI, *Il diritto*, cit., 782; P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, 428; P. PERLINGIERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legal. e giust.*, 1986, 484 ss. e ora in P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 367 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e Comunità*, Il Mulino, 1966, p. 3 ss.; M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, Giappichelli, 1971; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, 140 ss.; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, 1983, 150 ss.; BONILINI, *Il Matrimonio-La nozione*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Utet, 1997, 63 ss.; per un'ampia rassegna di interventi sul tema si rinvia a G. OBERTO, *Diritto*, cit., p. 7 ss. e G. OBERTO, *I Contratti*, cit., 121 ss.

JUS CIVILE



può che essere di competenza dei coniugi, ai quali spetta anche “mediare” tra interessi dei singoli componenti della famiglia e gli interessi del gruppo in sé⁵. E le scelte si incardinano negli accordi di natura negoziale bilaterale, per i quali non può correttamente applicarsi la logica ermeneutica dominata dai profili pubblicistici e tralasciare il ruolo che ha assunto la consensualità negoziale nella dinamica delle relazioni familiari.

Pertanto la stessa scelta dei bisogni da soddisfare è affidata alla libera e discrezionale volontà dei coniugi. Si tratta cioè di scelte negoziali legate alle esigenze esistenziali (che sono morali, materiali e patrimoniali) presenti all’interno del nucleo familiare e modulate, ai fini della loro concreta realizzazione, dalle stesse volontà dei coniugi i quali, anche liberamente, decidono sul programma attuativo ed esecutivo del progetto. La qual cosa postula una impostazione culturale lontana dalla logica propria della concezione istituzionale e l’apertura sicura ad una filosofia della utilizzabilità del negozio giuridico familiare, quale strumento attuativo dell’autonomia dei coniugi, con la conseguenza (tutta giuridica) del passaggio da una “concezione istituzionale” ad una “concezione costituzionale”⁶.

L’art. 144 c.c. è l’indice sintomatologico più significativo di questo processo (anche sociologico) del diritto di famiglia in senso democratico.

Questo diritto viene così fondato e supportato dalla logica della uguaglianza e della pari dignità dei coniugi quale si desume dagli artt. 3 e 29 Cost. ma anche, e contestualmente, dal riconoscimento dei diritti fondamentali dell’individuo come singolo, operante all’interno della formazione sociale, comprensiva anche dell’istituto familiare, così come può argomentarsi dall’articolo 2 della Costituzione.

Questi ultimi accennati profili fanno emergere come e perché il concetto dell’autonomia dei privati all’interno della comunità familiare ha trovato sia nel testo della Riforma del 1975 e sia nella successiva legislazione un ampio riconoscimento.

Pertanto, i segnali di un mutamento radicale sono già presenti nella decisione della Corte Costituzionale con la nota sentenza 27 giugno 1973 n. 91 abolitiva del divieto di donazioni fra coniugi. La dottrina ha subito constatato che la caduta di questo divieto ha aperto le porte alla legittimità delle attività negoziali operate dai coniugi, insieme e anche da soli (ciò può desumersi, fra l’altro, dallo stesso art. 144, ult. co., c.c.). In particolare è stato osservato⁷ che se è vero, come lo è, che il crollo di quel divieto, postula il consolidamento di un principio nuovo per il quale anche la regolamentazione del rapporto matrimoniale è fondata e giustificata dal riconoscimento per ciascuno dei coniugi di situazioni soggettive individuali (quali ad esempio il

⁵ M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi sub artt. 143-148*, in *Il Cod. Civ.*, Commentato a cura di P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1990, *passim*; F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il diritto privato oggi* a cura di P. CENDON, Giuffrè, 2000, 120 ss.

⁶ Sul punto per ampi richiami di dottrina e giurisprudenza si rinvia a G. OBERTO, *I contratti*, cit., 121 ss. e G. OBERTO, *Diritto*, cit.

⁷ G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, 1996, 182 ss.

JUS CIVILE



senso della riconoscenza, lo spirito di liberalità, gli affetti, l'amore) è evidente che l'autonomia negoziale ha assunto, sul piano del principio, una forza espansiva che tende a frenare l'eteronomia, caratterizzante la filosofia istituzionalistica della famiglia.

Giova, incidentalmente, rilevare che in dottrina e da tempo voci autorevoli del pensiero giuridico della seconda metà del '900 si sono espresse favorevolmente per l'autonomia privata nel campo familiare e, sia pure in modo non unanime, per l'estensibilità dei principi contrattuali anche agli accordi ed alle convenzioni (soprattutto patrimoniali) del diritto familiare. In particolare partendo dalla premessa che il codice civile non contempla la figura del negozio giuridico, il cui impianto sistematico è deducibile dalla disciplina dei contratti in generale, si è osservato – e cito testualmente – che “le norme sui contratti, in quanto compatibili, sono suscettibili di applicazione non solo agli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale, ma al negozio giuridico anche fuori del diritto patrimoniale”⁸. A ciò è da aggiungere che la figura del negozio giuridico nel diritto familiare è supposta dal codice (e la sua utilizzazione si impone perciò all'interprete), tanto è vero che nella disciplina positiva si fa richiamo a nozioni caratteristiche del negozio, come i vizi della volontà (quali ad es. la violenza e l'errore inquinanti il consenso al matrimonio), come le modalità conclusive del negozio, nel senso della intollerabilità e comunque della inopponibilità di termini e condizioni, come il regime giuridico della irrevocabilità del riconoscimento del figlio naturale oppure quello, della revocabilità dell'atto di procura di gestione dei Beni in sede di comunione convenzionale, od infine come la disciplina afferente l'invalidità del matrimonio giusto il regime giuridico dell'art. 117 e ss.

C'è, insomma, nell'impianto normativo del 1975, anche sul terreno dei rapporti personali, il seme evidente di un futuro sviluppo dell'autonomia, che puntualmente oggi stiamo registrando.

È sufficiente ricordare, infatti, il ruolo che l'autonomia privata ha acquisito in tema di risoluzione degli effetti civili del matrimonio, e specificatamente alla risoluzione consensuale, di pregnante significato sistematico. Né va tralasciata l'ampia sperimentazione giurisprudenziale, fondata su un rinnovato vigore dottrinale, che rivaluta, nella economia dei rapporti familiari, una rilevanza decisiva della consensualità, letta questa alla luce dell'*imput* sistematico che si desume dall'art. 1322 c.c.⁹.

⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, 1961, 381-388.

⁹ Nella ampia discussione dottrinale si segnalano tra le più risalenti le pagine di A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 529-530 e più recentemente oltre alle pagine degli Autori citati in precedenza quelle di P. RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Dir.*, IX, Giuffrè, 1-33; E. RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti “matrimoniali” di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam. pers.*, 1079 ss.; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass. 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, I, 1, 1319-1322; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Gius. civ.*, II, 1996, 377 ss.; G. DORIA, *Autonomia*, cit., 56 ss.



È noto che in questa norma viene consacrato, sotto il profilo precettivo, il principio della libertà negoziale, che procede ben oltre i confini fissati dalla collocazione della norma nell'ambito della disciplina del contratto a contenuto patrimoniale, potendo coinvolgere anche le pattuizioni a contenuto non patrimoniale, quali ad esempio le pattuizioni concernenti la cura dei figli minori di età¹⁰.

La dottrina più recente, nell'esaminare le tematiche di carattere generale, sta via via evidenziando la presenza di una cultura nuova favorevole alla espansione della logica della negozialità nell'assetto degli interessi e nella regolamentazione dei rapporti correlati a tali interessi di natura squisitamente "familiare".

Si parla, in particolare, di autonomia privata e di potere di disposizione nei rapporti familiari¹¹, di contratti della crisi coniugale¹² di rapporti tra autonomia privata e "causa familiare"¹³, tanto che le esigenze di determinazione e predeterminazione della sorte dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia giungono, e ritengo correttamente, a portare "scompiglio" finanche in un settore ritenuto tradizionalmente più "sereno" quale quello delle successioni. E non mi riferisco solo a quel movimento d'opinione favorevole all'abolizione del divieto dei patti successori ma anche e soprattutto a quell'idea che ritiene doversi, per così dire, "rivisitare" persino la disciplina della successione dei legittimari (o necessaria), adeguandone la disciplina ai mutamenti socio-economici e alle nuove esigenze dell'autonomia privata¹⁴.

Si assiste, dunque, ad una sempre più evidente accentuazione della rilevanza del profilo consensuale fuori dello schema rigido di uno *status* che tradizionalmente ha caratterizzato le po-

¹⁰ G. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 155 ss.

¹¹ M. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, 198, *passim*.

¹² G. OBERTO, *I Contratti*, cit., *passim*.

¹³ G. DORIA, *Autonomia*, cit., *passim*.

¹⁴ Sul tema si vedano, tra gli altri, M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 493 ss.; A. FUSARO, *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contratto e impresa*, 2009, 427 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 540 ss.; G. AMENTA, *La successione necessaria: essere o non essere*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 605 ss.; M. PARADISO, *Sulla progettata abrogazione della successione necessaria*, in *Testamento e istituti alternativi*, a cura di A. PALAZZO, Padova, 2008, 708 ss.; S. DELLE MONACHE, *Scenari attuali in materia di tutela del legittimario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 57 ss.; A. PALAZZO, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (Riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Pers. e danno*, 2007, 5, 1 ss.; G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Riv. not.*, 2007, 803 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 581 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, I, 815 ss.; F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 3 ss.; A. PALAZZO, *Le norme sulla successione dei legittimari: problemi e prospettive*, in *Persone, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale* a cura di M. SESTA, V. CUFFARO in *50 anni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 559 ss.



sizioni soggettive dei protagonisti principali del rapporto familiare, quale sono i coniugi nel quadro della famiglia legittima.

Non va, peraltro, disattesa la presenza, nel sistema dei valori giuridicamente rilevanti, anche della c.d. famiglia di fatto: per questa fattispecie, ancorché non ancora pienamente giuridicizzata, sia la legge (che ne dà timidi ma significativi cenni), sia la giurisprudenza (che ha fatto spesso opera di supplenza normativa), sia la ormai imponente esplorazione dottrinarica, hanno evidenziato il ruolo della sicura rilevanza del consenso negoziale in luogo di una legge (che non c'è), per la disciplina dei rapporti intercorrenti tra i conviventi, con riguardo non solo a rapporti patrimoniali ma anche a quelli di natura personale¹⁵.

2. – Nella Novella del 1975, come si è fatto cenno, l'elemento della consensualità negoziale dei coniugi assume una visibilità più marcata sul terreno delle scelte di natura patrimoniale, sia con riguardo alle scelte occasionate dalla necessità o dalla opportunità di venire incontro al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, sia con riguardo alla scelta del regime patrimoniale.

In ordine alle prime scelte (bisogni), giova ribadire che il legislatore attraverso "riconoscimento" del potere di concordare l'indirizzo della vita familiare ex art. 144 c.c. ha posto in essere "un regime consensuale permanente"¹⁶. Da questa regola, è emersa la compatibilità sistematica e la conseguente validità degli accordi con i quali i coniugi ripartiscono fra loro l'adempimento del dovere di contribuzione ex art. 143, comma 3, c.c. secondo le percentuali prestabilite: la logica della proporzionalità prospettata nella citata norma aggira a quella della equivalenza dei valori in campo, così come prospettata dal comma 1 dell'art. 143 c.c.

È *in re ipsa* che le scelte negoziali su indicate, restano comunque, ancorate per alcuni profili nei confini della inderogabilità espressamente stabilita dall'art. 160 c.c., da cui deriva, ad esempio, la nullità del patto che esoneri del tutto uno dei coniugi dal dovere di contribuzione.

Per quanto attiene al regime patrimoniale della famiglia, ed in merito alla natura negoziale, e specificatamente contrattuale, è *jus receptum* che il consenso è elemento dominante delle scelte, ancorché queste possano operare entro i confini della tipicità dei negozi utilizzabili ed entro i limiti della logica della rigorosa uguaglianza delle quote (così come si deduce dall'art. 194 c.c.).

All'interno di questo schema sussiste un ampio margine di discrezionalità negoziale e quindi di autonomia mentre, *a contrario*, gli spazi alla eteronomia sono ridotti se non del tutto azzerati.

Analizziamo, sia pur sinteticamente, i punti più significativi del menzionato profilo dell'autonomia negoziale riconosciuta dalla legge stessa ad entrambi i coniugi o, addirittura, ad uno solo dei coniugi.

¹⁵ S. ASPREA, *Mantenimento e casa coniugale*, Milano, 2011, 125 s.

¹⁶ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 609-637.



3. – Una prima rapida notazione. Come è noto il regime base del sistema patrimoniale è quello della comunione legale, ma la legge stessa postula il regime alternativo della separazione dei beni: la qual cosa segnala che è il sistema stesso a porre la discrezionale volontà negoziale di scegliere o l'uno o l'altro regime patrimoniale. Vero è che la tipicità non consente ai coniugi di “creare” nuovi modelli: ma la discrezionalità della scelta fra i vari tipi previsti dal sistema (o il menzionato alternativo regime della separazione dei beni, o quello aggiuntivo della comunione convenzionale, o quello della costituzione di un fondo patrimoniale integrativo di uno dei su indicati sistemi scelti), discrezionalità che implica anche la modifica convenzionale della comunione legale (cfr. art. 210 c.c.), comporta una attenuazione della rigidità del sistema ed innesta una libertà negoziale assegnata non solo ai due coniugi insieme ma anche ad uno solo, come conferma la fattispecie della costituzione del fondo patrimoniale da parte di “ciascuno” dei coniugi (art. 167, comma 1, c.c.).

Non va inoltre disatteso il tenore dell'art. 210, comma 1, c.c. che, pur nei limiti di un percorso ben delineato dalla legge (si vedano i commi secondo e terzo della stessa norma), consente all'autonomia privata di operare scelte discrezionali sul contenuto regolamentare della gestione dei beni della comunione, in attuazione ed in coerenza della logica della proporzionalità postulata dall'art. 143, ult. comma, c.c. ed in relazione all'impianto normativo circa le scelte sull'indirizzo della vita familiare ed individuale all'interno della famiglia, di cui all'art. 144 c.c.

Giova rimarcare, incidentalmente, che l'intero sistema dei rapporti patrimoniali nella famiglia, si incardina nella regola del dovere di contribuzione di cui all'art. 143, secondo ed ultimo comma, c.c., norma che costituisce il minimo comun denominatore del sistema patrimoniale della famiglia, assumendo in particolare carattere generale e valore di principio fondamentale da coordinarsi con le altre regole pur generali del sistema familiare, come quella della parità e del rispetto della personalità degli individui.

Pertanto i coniugi hanno libertà negoziale nel regolare i propri rapporti patrimoniali ancorché entro i confini risalenti a norme inderogabili, quali la disciplina della gestione dei beni della comunione ex art. 180 e ss. e l'uguaglianza delle quote secondo la disciplina dell'art. 194 c.c. Decisivo al riguardo il suggerimento normativo dell'art. 161 c.c. che, da una parte, postula piena autonomia decisionale, purché le pattuizioni non contengano rinvii generici a leggi e consuetudini ed usi e, dall'altra parte, prevede che i coniugi “devono enunciare in modo concrete il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti”.

Non possiamo non registrare anche qui, e ribadirla, la sicura presenza di una sottesa ansia sistematica di apertura all'autonomia privata all'interno della disciplina del regime patrimoniale della famiglia.

Consegue, da queste riflessioni, che la possibilità della scelta di un regime patrimoniale della famiglia alternativo a quello legale o di un regime integrativo dello stesso, e la possibilità di



pattuizioni sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali, enunciano l'esistenza, sul piano sistematico, di un valore giuridico per il quale l'autonomia privata può incidere sul contenuto dei rapporti patrimoniali modulandoli secondo le esigenze concrete ed adattandoli alle dinamiche, anche quotidiane, della vita familiare.

In questo contesto emerge l'esigenza della tutela della posizione di ciascuno dei coniugi nella sua individualità, soprattutto nella considerazione, non infondata, di prevenire una censura di incostituzionalità. Peraltro la preoccupazione di una siffatta censura, com'è noto, ha spinto il legislatore della Riforma a prevedere la sussistenza di una categoria di beni personali (artt. 177, comma prime lett. b e c, e comma 2 e artt. 178 e 179 c.c.); beni per la cui gestione l'autonomia negoziale è indiscussa, fermo restando ovviamente l'onere della contribuzione a soddisfare gli interessi, o meglio i bisogni della famiglia.

Qui è la legge stessa che, optando fra una comunione immediata ed una comunione *de residuo*, registra, dandola per scontata, la piena autonomia gestionale in capo al titolare del frutto e/o del provento durante la vigenza del regime legale della comunione, pur prevedendo l'automatica attrazione alla comunione legale, nel momento stesso in cui questa si scioglie, dei frutti e dei proventi non consumati. Il frutto ed il bene residuali, pertanto, sfuggono alla libera disponibilità del suo titolare non appena scatta la forza di attrazione al senso comunitario della famiglia: evidentemente prima dello scioglimento della comunione legale i frutti ed i beni sono pienamente disponibili, fermo restando, comunque, l'onere della contribuzione di cui al più volte menzionato art. 143 c.c.

Tutto ciò implica che gli accordi dei coniugi stipulati ai sensi dell'art. 144 c.c. possono avere per oggetto anche i beni personali di ciascuno dei coniugi, nella misura in cui questi siano idonei alla destinazione del contributo per soddisfare i bisogni della famiglia, previa, ovviamente, l'identificazione – anch'essa concordata – dei bisogni stessi e la contestuale regolamentazione delle modalità di versamento del contributo medesimo.

In sintesi, è penetrata nella cultura civilistica¹⁷ la convinzione che anche nel diritto di famiglia risulta riconosciuta la legittimazione all'attribuzione, all'assunzione ed alla distribuzione convenzionale di diritti e di obblighi all'interno del *menage* familiare, con poteri di discrezionalità decisionale propri della logica della negozialità, pur nel rispetto dei confini tracciati dalla legge per esigenze d'ordine pubblico normativo, alle quali, come già accennato, la struttura dello "istituto famiglia" è sensibile, soprattutto là dove occorre considerare la posizione dei figli minori e di quella del coniuge che, solo nel caso concreto, cioè caso per caso, si situa in una posizione di soggetto debole del rapporto e che non è detto debba individuarsi nel coniuge – moglie.

¹⁷ Si rinvia alle pagine di P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, 117 e di A. FALZEA, *Il dovere*, cit., 614.



4. – Il terreno sul quale è agevole constatare il ruolo decisivo dell'autonomia privata di ciascuna individualità componente il nucleo familiare, e segnatamente ciascun coniuge, è quello delle pattuizioni concluse in sede di crisi familiari, con carattere di mediazione personale e patrimoniale sulla crisi medesima, oppure quello degli accordi stipulati in vista di una futura eventuale separazione personale, o dello scioglimento degli effetti civili del matrimonio. Pattuizioni ed accordi ricostruiti in termini di “contratti della crisi coniugale” da parte della dottrina che ha percorso un approfondito itinerario esplorativo in questa materia¹⁸. Interessanti al riguardo le vicende che hanno coinvolto il diritto di assegnazione convenzionale della casa familiare e sul relativo regime di opponibilità alla luce della lettura interpretativa della nota Corte Costituzionale 27 luglio 1989 n. 454. La Corte Costituzionale aveva, fra l'altro, enunciato il principio che l'abitazione della casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli e, sul terreno della opponibilità, aveva rilevato il vizio di costituzionalità dell'art. 155, comma 4, del codice civile nella parte in cui non prevede la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione della menzionata casa di abitazione della famiglia rendendolo, in tal modo, inopponibile ai terzi.

Da questo impianto interpretativo emerge con chiarezza che la predetta assegnazione al coniuge affdatario non è vincolante, non si incardina cioè in una esigenza d'ordine pubblico normativo, per cui, a rigore, la materia è attratta dall'autonomia privata. I coniugi, cioè possono prevedere e possono decidere sull'attribuzione della casa familiare anche al coniuge non affdatario della prole, in un clima di negoziazione privatistica dell'oggetto in esame.

La dottrina, infatti, ha sostenuto¹⁹ che è validamente operativo il ruolo dell'autonomia contrattuale nella stesura di un accordo preventivo sull'assegnazione dell'immobile già facente parte della comunione legale e che, a seguito della separazione personale, è transitato in comunione ordinaria. Vero è che questa scelta pone problemi di coordinamento soprattutto con l'art. 1111 c.c.; infatti una eventuale rinuncia al diritto potestativo o una riserva di esercizio di tal diritto *ad nutum* pongono, nel primo caso, problemi di validità se il patto di indivisione ricadesse al di sotto della previsione del cpv. dell'art. 1111 cit., nel secondo caso sollevano problemi di incertezze regolamentari in caso di inopponibilità ai terzi del diritto di abitazione²⁰.

In ogni caso resta documentato che la volontà negoziale assume una rilevanza non di poco conto a prescindere dalle menzionate sollecitazioni critiche di sistema.

Inoltre la dottrina e la giurisprudenza hanno sempre sottoposto ad attenzione particolare, gli atti (negoziali) traslativi di diritti in sede stragiudiziale, valutandoli alla stregua dell'indirizzo

¹⁸ G. OBERTO, *I Contratti*, cit., *passim*.

¹⁹ C.M. BIANCA, *Su alcune questioni in tema di riconciliazione dei coniugi separati*, in *Giur. merito*, 1982, 66-68.

²⁰ G. OBERTO, *I Contratti*, cit., 881 ss.



autonomistico dell'art. 1322 c.c. in previsione della tutela della famiglia dove si situano gli interessi del gruppo ma anche, e va ribadito i bisogni del singolo²¹.

Su questo percorso del recupero dell'autonomia negoziale/contrattuale si collocano alcune decisioni di legittimità particolarmente significative.

Si pensi ad esempio a Cass. 5 luglio 1984 n. 3940 secondo la quale l'interesse all'attuazione di un'obbligazione di mantenimento, avente causa lecita, trova non solo nella legge pieno riconoscimento e tutela, ma anche analoga considerazione coinvolge la fattispecie negoziale dell'accordo (contrattuale), sulla regolamentazione ex art. 1322 c.c. afferente al menzionato interesse al mantenimento, ed a prescindere dalla eventuale posizione di debolezza di uno dei coniugi: l'*in idem placitum* contrattuale, purché immune da vizi di sorta, stempera, assorbe e supera la condizione di debolezza, se ed in quanto sussistente. Osserva in particolare il giudice di legittimità che è inconcepibile sul piano giuridico che lo stesso interesse riceve protezione se previsto dal legislatore e difetterebbe di protezione quando sia ricollegato all'autonomia privata.

La sentenza della Cassazione 13 gennaio 1993 n. 348 ha ritenuto validi gli accordi preventivi tra coniugi sulle conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio; lo stesso giudice di legittimità, pronunciandosi in tema di sistemazione dei rapporti patrimoniali in occasione di una separazione personale, ha identificato nel relativo accordo fra i coniugi la natura di "contratto atipico", in perfetta linea con il ricorrente pensiero, della piena compatibilità della libertà negoziale operante all'interno della famiglia al fine di regolare le posizioni patrimoniali in conformità delle concrete esigenze di entrambi e di ciascuno dei coniugi (così Cass. 8 novembre 2006 n. 23801).

Non va disatteso, anzi va sottolineato, che l'autonomia negoziale rileva anche in sede di sistemazione di rapporti di natura patrimoniale ma collegati risolutivamente ad un impegno personale e cioè al fatto dell'insorgenza di una convivenza (non solo eterosessuale ma anche omosessuale) del coniuge fruitore dell'attribuzione patrimoniale, oppure a quelle condizioni comunemente note come "galateo per separati (o divorziati)". Si tratta in sostanza di regolamentare minuziosi aspetti del comportamento dei protagonisti sulla base di intese negoziali/contrattuali.

Questo modo di argomentare non farebbe dunque apparire eretiche quelle opinioni sopra cennate che tendono alla rivisitazione anche della disciplina delle successioni in genere.

Ancora, della rilevanza del ruolo dell'autonomia negoziale si parla anche per gli accordi non patrimoniali concernenti l'affidamento della prole (Cass. 1 febbraio 1983 n. 858) ed il diritto di

²¹ Al riguardo si vedano le pagine di P. RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, 25 ss.; per richiami alla dottrina sul tema si rinvia a SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1037; per l'idea contraria, in generale, all'autonomia privata nel campo familiare e per l'affermazione dell'esistenza, nella famiglia, di un interesse "superiore" a quello dei singoli componenti si veda per tutti C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G. Fuccillo, Ipsa, 7 ss.



visita (Trib. Napoli 18 giugno 1990).

A prescindere dell'ampio dibattito sulla validità di tali pattuizioni²², emerge un dato sicuro e consolidato. La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere compatibile con il sistema del diritto di famiglia, come si è evoluto nel tempo, soprattutto dopo la novella del 1975, l'utilizzazione degli strumenti propri dell'autonomia negoziale per una sistemazione adeguata di tutti gli interessi e diritti patrimoniali e non patrimoniali, sia pure nei limiti e nei confini tracciati dalle norme d'ordine pubblico, che investe ogni attività di natura privatistica ai fini della compatibilità di questa con il progetto sistematico degli istituti di riferimento (nel caso, in esame, il diritto di famiglia).

5. – Dalle riflessioni che precedono emerge con chiarezza una tendenza culturale orientata, con decisione, verso l'accentuazione dell'autonomia quale forma di regolamentazione dei rapporti fra coniugi, sia di quelli di natura patrimoniale sia anche di quelli di impianto personale.

Vari sono i segnali di questa svolta culturale con il riscontro di un vero e proprio rinnovato costume sociale.

Fra questi segnali è indicativa la notevole espansione della opzione a favore del regime patrimoniale della separazione dei beni, scelta favorita in parte anche da esigenze di carattere fiscale, in parte dalla consapevolezza delle difficoltà operative dei meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime della comunione legale, riscontrati particolarmente in sede di soluzione della crisi familiare²³. Da queste scelte emerge un sostanziale rifiuto del sistema della comunione legale, posta (o meglio imposta) dalla legge e un favore del recupero di una libertà decisionale all'interno della famiglia.

Non va sottaciuta la presenza di segnali normativi orientati verso l'autonomia più che della eteronomia. Interessante in tal senso l'art. 30 della legge n. 218 del 1995 in tema di diritto internazionale privato, secondo il quale i coniugi possono derogare al criterio della legge per la disciplina del regime patrimoniale applicabile. Il principio fondante è che trova applicazione la legge di regolamentazione dei rapporti personali, ma è consentito ai coniugi di "convenire per iscritto" l'applicazione di una diversa disciplina statutale, quella cioè incardinabile nella cittadinanza o nella residenza di uno dei coniugi. In definitiva però viene qui affidata all'autonomia privata una forza derogatoria di una norma di legge.

Inoltre il mutamento della coscienza sociale e del costume hanno accolto nel sistema dei valori giuridici, individuando anche una copertura costituzionale di notevole spessore, le così

²² Per un'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza si rinvia a G. OBERTO, *I contratti*, cit., *passim*.

²³ M. SESTA, *Lezioni di diritto di famiglia*, Cedam, 1997, *passim*.



dette famiglie “senza matrimonio”, caratterizzate da relazioni intersoggettive eterosessuali (ma, ai confini del sistema, avanzano anche relazioni omosessuali) fondate su una convivenza stabile.

In queste fattispecie di fatto ha rilievo il *rapporto affettivo* e non l'*atto costitutivo* del rapporto. Sotto il profilo della giuridicità, pertanto, non viene trascurato il senso di responsabilità per le azioni compiute reciprocamente, fra i conviventi e, soprattutto, nei confronti dei figli. E questi rilievi si incardinano nel sistema costituzionale letto alla luce della evoluzione della famiglia, così come essa si struttura nella moderna dinamica delle convenzioni eterosessuali. Queste, sul piano della coscienza sociale, sono considerate equivalenti alle convivenze coniugali, perché entrambe caratterizzate dalla stabilità del rapporto, dall'impegnatività dello stesso rapporto *inter partes* e dalla relazione parentale con i figli procreati in costanza del rapporto medesimo.

Si è avuto occasione di riferire che la famiglia si è evoluta da una posizione istituzionale a quella costituzionale, caratterizzata questa da una democraticità dei rapporti interni (al posto della logica della gerarchia, cui era ispirato il testo originario del codice civile). E questo diverso impianto sistematico ha aperto, *tout court*, le porte alla logica della consensualità e della autonomia nella gestione della famiglia. Inoltre l'esegesi dell'impianto costituzionale ha evidenziato uno stretto collegamento, tra il concetto ed il fatto delle formazioni sociali enunciate nell'art. 2 Cost. ed il fatto della società naturale ex art. 29, comma 1, Cost., assegnando ad entrambe un unico impianto sociologico e giuridico. Ne consegue che il fatto ed il concetto della *formazione sociale* costituisce il *prius* logico ed ontologico di ogni comunità umana dove si svolge la personalità di ciascun individuo, e dove si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

La famiglia legittima è una società naturale e, come tale, non può risalire alla fattispecie della formazione sociale, con una sua particolare connotazione tradizionale e storica che tuttora, la contraddistingue, nella misura in cui distingue la specie dal genere di appartenenza.

La novella del 1975 si è posta su questa linea costituzionale applicando alla famiglia legittima la logica della democraticità e dando anche rilievo alle individualità, nella misura equivalente alle formazioni sociali, giusta i tipi enunciati, per il profilo della individualità, nell'art. 2 Cost. e, per il profilo della democraticità, nell'art. 39, comma 3, Cost.

In conclusione, fermi restando i ruoli costituzionali diversi, sia nelle convivenze di fatto (risalenti alle formazioni sociali) sia nelle convivenze coniugali (famiglia legittima), i rapporti sostanziali confluiscono su un terreno comune, almeno sotto il profilo della identificazione dei compiti e delle funzioni similari. E, più esattamente, in entrambe le comunità si realizzano – e sono giuridicamente vincolanti – la solidarietà di coppia e la funzione educativa²⁴.

²⁴ G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di dir. Civ. e comm.*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, 175 ss.



Tutto quanto detto comporta la necessaria rivisitazione dell'impianto positivo come è emerso e come è stato inteso in sede della riforma del 1975.

Spinge, anzi obbliga, a rivisitare il progetto organizzativo della famiglia, anche la constatazione del mutato ruolo della donna, affrancata da un destino di soggetto deputato esclusivamente alla procreazione ed alle cure domestiche della famiglia ed immessa nelle attività lavorative, diventando apporta anche di capitali per la realizzazione dei bisogni comuni oltre che individuali.

Appare chiaro come tutto ciò ha rivoluzionato il tradizionale assetto dell'organismo familiare, provocando fra l'altro la presa d'atto che la donna stessa non può più essere considerata il "soggetto naturalmente debole" della relazione coniugale, su cui era intessuta l'esigenza di un ordine pubblico normativo da tutelare e che, ritengo, debba restare inderogabile se riferita alla prole di minore età.

Di qui il potenziamento della contrattualità che implica equivalenti situazioni giuridiche dei contraenti, dove la tutela delle singole posizioni ha un fondamento ben diverso da quello tradizionalmente incardinato nel senso del menzionato ordine pubblico normativo.

L'accordo esprime, infatti, la logica di una negozialità che media le posizioni dei singoli. Tanto è vero, in questa ottica, che la così detta mediazione familiare si è diffusa a macchia d'olio nella prassi dei servizi sociali (anche se manca tutt'ora una disciplina positiva *ad hoc*) con il preciso obiettivo di consentire ai coniugi di passare da una situazione conflittuale ad una situazione consensuale, in particolar modo in tema di affidamento della prole²⁵.

Questo processo storico, tutt'ora in atto, e non concluso, implicante il mutamento degli equilibri tradizionali delle relazioni personali e patrimoniali fra i coniugi sul terreno delle dinamiche decisionali della loro convivenza, evidenzia la *ratio* giustificatrice degli atti di diritto familiare nella menzionata equivalenza di valori di cui ciascun coniuge è titolare nella dialettica degli interessi paralleli e/o confliggenti, orientati all'*in idem placitum* nell'ottica contrattualistica²⁶.

La contemporanea presenza nel sistema della famiglia senza matrimonio, dove la negozialità privata è *in re ipsa*, rende le valutazioni evolutive sopra segnalate meglio comprensibili.

6. – La decisiva e progressiva rilevanza dell'accordo e la natura contrattuale di siffatto concordare, costituente il fondamento ontologico del *menage* familiare (argomentando ex art. 144 c.c. in relazione agli artt. 1321 e 1322 c.c.) con particolare riguardo alle decisioni d'ordine patrimoniale, aprono spazi di riflessioni sulle attribuzioni e sulle competenze della funzione

²⁵ S. CHIARAVALLOTTI, G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, 2012, *passim*.

²⁶ R. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in *Comm. riforma dir. fam.* a cura di CARRARA, OPPO, TRABUCCHI, I, 1, Cedam, 1977, 334 ss.



notarile, in una materia, tuttora attratta – sia pure con progressiva attenuazione – dalla mano pubblica, soprattutto giurisdizionale.

Ove si consideri che il diritto notarile postula, fra l'altro, una duplice funzione e cioè quella di adeguamento della negoziazione fra i privati al sistema dei valori giuridici presenti nell'ordinamento positivo²⁷ e quella spiccatamente antiprocessuale, con lo scopo di prevenire le liti e/o di transigerle²⁸, appare evidente l'opportunità di rivalutare questo settore di assetti extragiudiziari degli interessi personali e patrimoniali assegnando, *ex lege* e quindi *de jure condendo*, spazi di competenza del notariato nella materia su cui si è riflettuto.

Non è peregrino pensare alla stipula degli accordi preliminari in previsione di separazione e divorzio, agli accordi circa la gestione del patrimonio comune, fermi restando i limiti quantitativi ex art. 194 (peraltro la previsione della stipula del contratto di mandato ex art. 182 c.c. è su questa linea direttiva). Pensare ancora agli accordi in materia di assegno alimentare e di mantenimento, agli accordi sull'assegnazione della casa familiare e così via. Ma spingendoci oltre, in ambito di convivenze in genere e dunque anche di quelle omosessuali, prevedere un sistema, snello, che non toccando in nulla la disciplina dettata per la famiglia legittima laddove “tuteli” interessi non disponibili per il singolo, consenta ai conviventi di regolare i rapporti patrimoniali come essi ritengono, con il solo limite della prevalenza dei diritti della prole di minore età.

Tutto ciò ora può apparire di difficile applicazione, ma se riflettiamo, costituirebbe solo un semplice corollario di quei radicali cambiamenti, da più parti auspicati, e che sembrano essere dietro l'angolo.

Nella ormai nota difficoltà di disciplinare le esigenze del continuo e sempre più veloce mutamento del contesto socio-economico-culturale si trascura troppo spesso di considerare che spesso, come nella materia su cui si è riflettuto, è lo stesso sistema ad offrire valide soluzioni a fattispecie ritenute non ancora tutelate né tutelabili senza la predisposizione di una regolamentazione “*ad hoc*”.

In altre parole ed in sintesi, una rivisitazione della materia oggetto di riflessione orientata verso un'abolizione di “lacci” e “laccioli” alla volontà dei singoli e beninteso fatti salvi i diritti della prole di minore età, potrebbe non rendere così necessario un continuo intervento normativo che non gioverebbe certo alla certezza e alla “unitarietà del sistema”.

Tutto ciò, naturalmente, dovrebbe avvenire in un ambito per così dire “protetto” ed al vaglio di una figura/istituzione “garante” dei valori giuridici presenti nell'ordinamento positivo sì da evitare prevaricazioni e storture, ma sempre e soltanto in ambiti che non impegnino la funzione giurisdizionale, questa ultima, invero, se così ci si orientasse, ne trarrebbe sicuro giovamento.

²⁷ M. DI FABIO, *Manuale del Notariato*, Giuffrè, 2007, 15 ss.

²⁸ F. CARNELUTTI, *Revocabilità del consenso del coniuge alla separazione personale*, in *Riv. dir. civ.*, 1948 II, 298-304.

JUS CIVILE



In un ritorno ad un passato non troppo lontano di un diritto di famiglia di spiccata natura privatistica, invero oggi richiesto a gran voce dal contesto economico-sociale-culturale, è di tutta evidenza che la funzione notarile possa e debba assumere un ruolo decisivo nella materia su cui si è riflettuto, sia per la funzione istituzionale svolta, sia anche per antica e consolidata esperienza sul terreno delle convenzioni e dei contratti in ambito familiare e affettivo.

ABSTRACT

The economic and social changes of the postwar period and the cultural thrust of the Constitution have sparked an interest in reform implemented in the Reform of Family Law in 1975. This reform will deliver a double result: the overcoming of the traditional conception of the family institution directing it towards a conception of a constitutional democratic organization. And the other was acknowledged an authoritative school of thought according to which family relationships must have relief activities properly negotiating family type, due to the logic of autonomy family.

This openness to independence, although co-existing with heteronomy is anchored in public policy regulatory legitimate family type, allowed over time to a progressive tolerability of individual choices alternative to some established patterns in the legal tradition (eg . Choice of no cohabitation) and to experience the experiences of heterosexual cohabitation of fact and then homosexual unions and other forms of communion of life “atypical” by going to their legal recognition. In this cultural climate, in particular the research is oriented to determine the ability of the powers of negotiating autonomy to regulate private relations of a family, despite the persistent and apparent rigidity of the constitutional system. Tracks consisting of private autonomy, which is anchored in consensual negotiation, are found in the regulation of marital agreements, in the choice of property regimes, in the choice of the addresses of family life, and in the whole dynamic of contracting the marital crisis (custody of children, allocation of the marital home, content asset maintenance ...).