

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO I

PERSONE E FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Cenni sul regime patrimoniale della famiglia. – 1.1. Comunione legale e comunione *de residuo*. In particolare, lo scioglimento della comunione. – 1.2. Denaro personalissimo e denaro *de residuo* nella comunione legale tra i coniugi: la Suprema Corte richiede una separazione patrimoniale per vincere la presunzione di comunione (Cass. Sez. II, 13 luglio 2023, n. 20066). – 1.3. Divisione dell'immobile adibito a casa coniugale: le Sezioni Unite risolvono il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto (Sezioni Unite n. 18641 del 12 aprile 2022). – 1.4. Natura creditizia del diritto nascente dalla comunione *de residuo* (Sezioni Unite n. 15889 del 17 maggio 2022). – 2. Cessazione del rapporto coniugale. – 2.1. Riforma Cartabia: legittimo il cumulo di separazione e divorzio, anche in caso di ricorso congiunto. – 2.2. Riconoscimento in altro stato dell'U.E. del divorzio ottenuto in Italia (CGUE Grande Camera C646 20 – 15 novembre 2022). – 2.3. Trasferimenti immobiliari in sede di divorzio consensuale (Sezioni Unite n. 2176 del 2021). – 3. L'assegno di divorzio: modalità di determinazione e evoluzione giurisprudenziale. – 3.1. Stabile convivenza per l'ex coniuge beneficiario dell'assegno (Sezioni Unite n. 32198 del 2021). – 3.2. Alle Sezioni Unite la questione sul rilievo della convivenza prematrimoniale ai fini della determinazione dell'assegno divorzile (Cass. Civ., n. 30671 del 2022). – 3.3. Rilevanza della convivenza fra persone dello stesso sesso prima dell'introduzione dell'unione civile ai fini dell'assegno divorzile (Cass., ord. 27 gennaio 2023, n. 2507). – 3.4. La morte sopravvenuta di uno dei due coniugi non determina l'improcedibilità del giudizio sull'assegno divorzile (Sezioni Unite, 24 giugno 2022, n. 20494 e 20495). – 3.5. Ripetibilità dell'assegno di mantenimento e di divorzio in caso di accertamento della mancanza *ab origine* dei presupposti (Sezioni Unite, 8 novembre 2022, n. 32914). – 3.6. Il giudizio di disconoscimento di paternità è pregiudiziale rispetto a quello in cui viene richiesto l'accertamento di altra paternità (Sezioni Unite, 22 marzo 2023, n. 8268). – 4. Illegittimo l'automatismo che prevede l'attribuzione del cognome del padre al figlio (Corte Cost., sentenza n. 131 del 2022) – provvedimenti successivi alla dichiarazione di incostituzionalità. – 4.1. L'adottato maggiorenne può aggiungere anziché anteporre il cognome dell'adottante al proprio (Corte Cost., sentenza n. 135 del 2023). – 5. La nuova definizione di famiglia. – 5.1. Il concetto di famiglia e l'impresa familiare (Cass., ord. 24 gennaio 2023, n. 2121). – 5.2. Convivenza prematrimoniale e unioni civili: rilevanza sull'assegno divorzile (Cass., ord. 27 gennaio 2023, n. 2507). – 6. Procreazione medicalmente assistita: il consenso dell'uomo non può essere revocato dopo la fecondazione (Corte Costituzionale, sentenza n. 161 del 2023). – 7. Maternità surrogata. – 7.1. Brevi cenni in materia di maternità surrogata. – 7.2. La tutela dei figli nati all'estero con maternità surrogata (Corte Costituzionale, sentenza n. 33 del 2021). – 7.3. La disciplina normativa dopo la Corte Costituzionale secondo le Sezioni Unite (Cass. Civ. sez. unite, 30 dicembre 2022, n. 38162). – 7.3.1. Nuove prospettive *de iure condendo* in materia di maternità surrogata. – 8. Adozione legittimante e adozione in casi particolari: differenze, interferenze e loro profili evolutivi. – 8.1. Adozione legittimante: rottura dei rapporti con la famiglia d'origine. Sollevata la questione di legittimità costituzionale (ordinanza interlocutoria 230 del 5 gennaio 2023). – 9. Amministrazione di sostegno: i presupposti per la nomina dell'amministratore di sostegno. – 9.1. Cenni introduttivi in merito ai presupposti. – 9.2. Rivisitazione in chiave critica dell'istituto. – 9.3. Sentenza CEDU sulla nomina dell'amministratore di sostegno in caso di eccessiva prodigalità e indebolimento fisico e mentale (Corte Edu Calvi c. Italia).

1. Cenni sul regime patrimoniale della famiglia.

Nel capo VI, del titolo VI, del libro primo del codice, intitolato “del regime patrimoniale della famiglia”, viene tratteggiata la disciplina degli effetti patrimoniali derivanti dal matrimonio,

la quale viene estesa, nel rispetto dell'art. 1, commi 13 e 56, della legge 76 del 2016, anche alle persone unite civilmente e a quelle conviventi, ove direttamente richiamata nel relativo contratto.

Giova, innanzitutto, premettere che, con l'espressione regime patrimoniale si fa riferimento a tutte quelle spettanze e a quei poteri dei coniugi o delle parti dell'unione civile relativi all'acquisto o alla gestione di beni.

L'art. 159 c.c. regola la comunione dei beni, implicante la contitolarità e cogestione degli acquisti, quale regime patrimoniale legale dei coniugi, dunque automatico, derogabile, tuttavia, mediante diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162 c.c.

È ammessa, infatti, non solo la possibilità per quest'ultimi di escludere il regime *de quo*, in favore della separazione dei beni, con conseguente titolarità esclusiva degli acquisti che il singolo effettuerà, ma anche la possibilità di modificare il regime ordinario della comunione, includendo od escludendo specifiche categorie di beni a scelta degli stessi.

Inoltre, si tratta di un regime avente ambito oggettivo ristretto e non già universale dal momento che ne è tassativamente esclusa un'elencazione di cespiti dettagliata.

Viene, infine, riconosciuta la facoltà di costituire un fondo patrimoniale, scegliendo di destinare uno o più beni, in maniera vincolante, al soddisfacimento di appositi bisogni della famiglia.

Come è possibile rilevare dai brevi cenni sin qui tratteggiati, anche la materia dei rapporti patrimoniali, alla stregua di tutto l'ambito matrimoniale, si connota, significativamente, per il valore caratterizzante l'autonomia dei coniugi o le parti dell'unione civile.

Si tratta di un'autonomia dotata di un carattere considerevole e significativo che incontra, tuttavia, limiti appositamente individuati dal legislatore.

E infatti, è esplicitamente esclusa, dall'art. 160 c.c., la possibilità di derogare i diritti e i doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio o dell'unione civile.

Vige, altresì, il divieto di costituzione di dote di cui all'art. 166 *bis* c.c.

Infine, è prevista l'inderogabilità, in caso di modifica della comunione legale, della disciplina relativa all'amministrazione dei beni della stessa, volta a garantire l'uguaglianza delle quote dei beni oggetto di quest'ultima, *ex art.* 210 c.c.

1.1. Comunione legale e comunione de residuo. In particolare, lo scioglimento della comunione.

L'art. 159 c.c. individua nella comunione legale il regime patrimoniale legale della famiglia o delle unioni civili, in mancanza di diversa convenzione.

Tale previsione comporta *ope legis* non solo la contitolarità dei beni acquistati, anche separatamente, in costanza di matrimonio o di unione civile, ma anche la cogestione da parte degli stessi.

Tale comunione presenta caratteri peculiari. Si tratta, infatti, di una comunione derogabile dal momento che, come evidenziato, i coniugi possono intervenire mediante convenzione matrimoniale e modificarla.

È considerata dinamica poiché il suo ambito oggettivo viene modificato dall'acquisto di ogni bene non personale e, proprio con riguardo ad essi, può essere definita, inoltre, come una comunione non universale in quanto non comprende alcune tipologie di beni.

Ai sensi dell'art. 191 c.c., la comunione legale concerne automaticamente tutti gli acquisti futuri che i coniugi compiranno, anche singolarmente, fino al verificarsi di una causa di scioglimento della stessa.

È bene evidenziare, tuttavia, l'esistenza di tre diversi regimi giuridici operanti, cui ricondurre i beni dei coniugi in costanza di matrimonio o delle parti dell'unione civile: la comunione legale immediata, la comunione *de residuo* e la separazione dei beni.

L'art. 177 c.c. individua, quali beni che rientrano in comunione immediata, gli acquisti compiuti dai coniugi o dalle parti dell'unione, insieme o separatamente durante il matrimonio o durante l'unione civile, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali; le aziende gestite da

entrambi e costituite dopo il matrimonio o l'unione civile; gli utili e gli incrementi delle aziende costituite anteriormente al matrimonio o all'unione civile se gestite da entrambi.

Una questione particolarmente complessa si è posta con riguardo agli acquisti a titolo originario.

Ci si è chiesti, invero, se quest'ultimi possano essere considerati rientranti nella comunione o meno.

Va segnalata l'esistenza di un primo e più risalente orientamento volto a limitare l'ambito applicativo dell'art. 177 c.c. ai soli acquisti a titolo derivativo, nonostante l'insistenza di un diverso orientamento volto ad estendere l'oggetto della comunione anche a tutti gli acquisti a titolo originario.

A fronte di tali due opzioni interpretative, si è affermato, in dottrina e in giurisprudenza, un terzo e maggioritario orientamento che tende a distinguere, nell'ambito degli acquisti a titolo originario, due diverse ipotesi: gli acquisti fondati sulla c.d. attrazione reale, caratterizzati da una automaticità in forza del particolare rapporto intercorrente tra il bene acquisito ed il bene che lo attrae (es. accessione), e gli acquisti fondati sulla c.d. attrazione personale (es. usucapione o occupazione), contraddistinti dal comportamento attivo dell'acquirente.

In forza di tale distinzione, i primi sarebbero esclusi dalla comunione, alla luce del fatto che operano in regime di automaticità incompatibile con la terminologia "compiuti" utilizzata dal legislatore, mentre i secondi rientrerebbero nella sfera di applicazione dell'art. 177, lett. a). (Cass., 11 agosto 2016, n. 17033).

La giurisprudenza è, infine, intervenuta, a fronte della generica formulazione dell'art. 177, comma 1, lett. a), in materia di diritti di credito.

Sebbene l'orientamento tradizionale abbia da sempre negato la possibilità ai rapporti obbligatori di essere ricompresi tra i beni che cadono in comunione, recentemente la Suprema Corte ha superato il proprio orientamento tradizionale, affermando che i diritti di credito, aventi *ex se* un valore economico, sono suscettibili di cadere in comunione. (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21809).

Tale decisione, tenendo in considerazione come i titoli obbligazionari siano la forma di investimento della ricchezza più diffusa, valorizza la *ratio* delle disposizioni previste in materia di comunione circa la necessità di ricomprendere all'interno della stessa, in maniera generale, qualsiasi bene acquistato dai coniugi in costanza di matrimonio.

Con il termine comunione *de residuo*, invece, ci si riferisce a quella comunione avente carattere residuale che si crea nel momento della cessazione del regime patrimoniale legale quando i beni, che ne costituiscono oggetto, non sono stati consumati prima di tale momento.

In particolare, secondo l'art. 177, lett. b) e c) e l'art. 178 c.c. sono da considerarsi beni facenti parte della comunione *de residuo* i redditi personali dei coniugi o delle parti dell'unione civile, quando si tratta di frutti di beni propri o proventi di attività separata, beni destinati all'esercizio di un'impresa costituita, anche separatamente, dopo il matrimonio o dopo la costituzione dell'unione e gli incrementi dell'impresa costituita anteriormente.

La comunione *de residuo* si caratterizza per il fatto che tali beni cadono in comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento.

In tal senso è evidente come l'esigenza di tutela, che emerge nel caso della comunione *de residuo*, si riferisca alla specifica posizione del coniuge o della parte dell'unione civile non titolare dei beni c.d. *de residuo* a maggior ragione se si tiene in debita considerazione che, alla luce di consolidati insegnamenti giurisprudenziali, nel caso di separazione personale, il momento di scioglimento della comunione, rilevante per l'individuazione dei beni comuni *de residuo*, è quello del passaggio in giudicato della sentenza.

Pericolo da evitare è, pertanto, che nelle more del giudizio, il coniuge con maggiori ricchezze le consumi attuando veri atti depauperativi del patrimonio.

Alla luce di ciò, si registrano due orientamenti giurisprudenziali.

Per un primo orientamento, vanno considerati oggetto di comunione *de residuo*, non solo i redditi effettivamente presenti al momento dello scioglimento della comunione, ma anche quelli c.d. percipiendi, quando il coniuge non titolare non riesce a dimostrare che siano stati utilizzati per fronteggiare esigenze della famiglia o investimenti già rientranti in comunione.

Un secondo orientamento, a dire il vero maggioritario, ritiene che, sulla scia di una interpretazione letterale della norma, siano da considerarsi rientranti in comunione solo i beni effettivamente sussistenti al momento dello scioglimento della comunione.

Fino a quel momento la proprietà degli stessi è esclusivamente del singolo coniuge che può autonomamente disporne. (Cass., 7 febbraio 2006, n. 2597).

Secondo tale approdo giurisprudenziale, il coniuge proprietario può disporre senza condizionamenti o vincoli di destinazione giacché, in capo all'altro coniuge, deve riconoscersi una mera aspettativa di fatto simile a quella dell'erede rispetto al contenuto della successione.

Recentemente, la Suprema Corte, con la sentenza 15889/2022, ha confermato la natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione *de residuo*.

Pertanto, l'ordinamento riconosce al coniuge non percettore dei suddetti redditi, strumenti di tutela quali la separazione giudiziale dei beni di cui all'art. 193 c.c., l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. e la domanda di risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c., volti a fronteggiare non solo l'esposizione al pericolo degli interessi del coniuge non proprietario o della comunione ma anche l'abuso di ogni condotta in spregio agli interessi familiari.

Sono sempre esclusi dalla comunione i beni personali individuati dall'art. 179 c.c. ed in particolare: i beni di cui ciascun coniuge o parte dell'unione era proprietario o era titolare di un diritto reale di godimento prima del matrimonio; i beni acquisiti, anche successivamente al matrimonio o all'unione, per effetto di donazione o successione se nell'atto di liberalità o nel testamento non è esplicitamente richiesto di ricomprenderli nella comunione; i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge o parte dell'unione e i relativi accessori; i beni destinati all'esercizio della professione del coniuge o della parte se non si tratta di un'azienda facente parte della comunione; i beni ottenuti a titolo di risarcimento dei danni o la pensione per perdita della capacità lavorativa; i beni acquistati con il prezzo del trasferimento o con lo scambio di beni personali o, per analogia, con denaro acquisito gratuitamente, anche se le somme siano state depositate in un conto corrente comune, purché ciò sia dichiarato all'atto dell'acquisto, e nel solo caso di dubbio sulla provenienza personale del denaro.

I coniugi possono, infine, optare, mediante convenzione matrimoniale, per il regime della separazione dei beni conservando la titolarità esclusiva dei beni acquistati durante il matrimonio.

In tale ipotesi, è opportuno precisare che il coniuge potrà provare, con ogni mezzo, la proprietà esclusiva del bene a pena di riconoscimento del dominio indiviso per pari quota, a norma dell'art. 219 c.c.

Le differenze più significative tra comunione e separazione dei beni attengono, chiaramente, al profilo dell'amministrazione dei beni stessi.

In costanza di comunione dei beni, l'amministrazione ordinaria e la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi viene riconosciuta disgiuntamente ad entrambi i coniugi, mentre nella straordinaria amministrazione, nonché con riguardo alla relativa rappresentanza, i coniugi devono agire congiuntamente.

Nei casi di separazione dei beni, invece, ciascun coniuge ha il godimento e l'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo o, nell'ipotesi di sussistenza di apposita procura, può amministrare anche i beni dell'altro senza obbligo, in via generale, di rendiconto.

Tali distinzioni si fondano sulla regola chiave, in materia di comunione, dell'uguaglianza di poteri di gestione e di diritti in applicazione ai principi generali di parità e solidarietà insistenti, specie in ambito familiare, secondo quanto previsto dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.

È bene rilevare che, nonostante la natura inderogabile, ex art. 210, comma 3, c.c., della norma sull'amministrazione dei beni della comunione, dettata dall'art. 180 c.c., gli artt. 181, 182 e 183 c.c., vengono disciplinati taluni casi eccezionali nei quali il coniuge o la parte dell'unione civile può compiere atti di straordinaria amministrazione anche senza il consenso dell'altro o a fronte del rifiuto di quest'ultimo.

Si tratta di ipotesi eccezionali al di fuori delle quali l'assenza del consenso dell'altro coniuge o parte dell'unione civile comporta, secondo quanto previsto dall'art. 184 c.c., conseguenze diverse a seconda del bene oggetto dell'atto di straordinaria amministrazione.

Nel caso di beni immobili o beni mobili registrati, l'atto potrà essere annullato, da parte del coniuge o parte dell'unione civile pretermessa, entro l'anno dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'atto e, in ogni caso, entro un anno dalla data della trascrizione.

In caso di mancanza di trascrizione o nel caso in cui il coniuge o la parte dell'unione civile non ha avuto conoscenza prima dello scioglimento della comunione, l'azione non può essere proposta oltre l'anno dallo scioglimento stesso.

Nell'ipotesi di beni mobili, invece, pur rimanendo l'atto pienamente valido, viene riconosciuto l'obbligo del coniuge o parte dell'unione civile, che lo ha compiuto senza il consenso dell'altro di ripristinare, previa richiesta di quest'ultimo, il patrimonio comune, agendo sia in natura che per equivalente.

La disamina della disciplina dell'amministrazione dei beni in comunione, incentrata sulla distinzione ad opera dell'art. 180 c.c., tra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione, richiedendo solo nel secondo caso il consenso necessario di entrambi i coniugi, ha fatto sorgere diverse questioni giurisprudenziali.

In particolare, relativamente al contratto preliminare di vendita di un immobile stipulato senza il preventivo consenso dell'altro coniuge, giova preliminarmente sottolineare che esso viene ricondotto tra gli atti di straordinaria amministrazione, in quanto eccedente la normalità degli atti da valutarsi, secondo gli insegnamenti giurisprudenziali e dottrinali, sotto il profilo qualitativo e quantitativo.

Alla luce di ciò, nell'ipotesi di preliminare di vendita di un bene comune, stipulato in assenza del necessario consenso dell'altro, il contratto sarà da quest'ultimo annullabile e, finché tale azione non viene proposta, il preliminare sarà produttivo di effetti.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, cristallizzando tale impostazione, hanno, per di più, riconosciuto l'esperibilità dell'azione di cui all'art. 2932 c.c. da parte del promissario acquirente nei confronti del coniuge pretermesso, ponendo in luce, sulla base della peculiarità del regime della comunione legale tra i coniugi, la necessaria integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo.

Ulteriore aspetto meritevole di approfondimento in materia di regime patrimoniale, attiene alla responsabilità per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia.

Alla luce degli artt. 186 – 190 c.c., è possibile affermare che i debiti contratti da uno dei coniugi o parti dell'unione civile, per il perseguimento di interessi comuni della famiglia, debbano essere fronteggiati innanzitutto con i beni della comunione.

Viene riconosciuta, successivamente, ai creditori la possibilità di agire, seppur in via sussidiaria, sui beni personali dei coniugi o parti dell'unione civile seppur con differenze quantitative notevoli.

Invero, potrà procedersi per l'intero, nei confronti del coniuge o parte dell'unione civile che ha contratto personalmente il debito, nel limite della metà del debito stesso, nei riguardi dell'altro coniuge o parte dell'unione civile.

Tuttavia, nel caso di debiti assunti da un coniuge o parte dell'unione civile nel perseguimento di interessi personali o di obbligazioni contratte per atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il consenso dell'altro coniuge, è prevista una deroga consistente dal momento che il creditore potrà agire sui beni personali del coniuge o parte dell'unione debitrice e in via subordinata su quelli costituenti la comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge o parte dell'unione obbligata (art. 187, 188 e 189 co. 2).

È, infine, previsto che, nel caso di conflitto che potrebbe sorgere tra creditori della comunione e creditori personali del coniuge o della parte dell'unione, i primi saranno preferiti ai secondi tranne nel caso in cui quest'ultimi siano chirografari o il titolo di questi trovi fondamento su un atto di straordinaria amministrazione non preventivamente autorizzato.

L'art. 186 del codice prevede, inoltre, che i beni della comunione rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su essi al momento dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia, per l'istruzione e l'educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi o parti dell'unione civile, anche separatamente, nell'interesse della famiglia, di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi o parti dell'unione civile.

Anche in tale previsione, si dimostra che alla responsabilità della comunione si affianca la responsabilità dei coniugi o parti dell'unione civile che ha natura sussidiaria.

Ai sensi dell'art. 190 c.c., infatti, i creditori della comunione possono agire in via sussidiaria sui beni personali di ciascun coniuge o parte dell'unione civile nella misura della metà del credito, quando i beni della comunione non siano sufficienti a soddisfare i debiti su di essa gravanti.

È necessario rapportare l'art. 190 c.c. con il principio sancito dall'art. 2740 c.c. ed evidenziare che non si tratta di un contrasto tra le norme dal momento che, la giurisprudenza prevalente ha valorizzato l'importanza di una lettura combinata delle due disposizioni.

Alla luce di ciò, all'art. 190 c.c. deve essere riconosciuto l'apposito significato di tutela nei confronti del creditore della comunione dal momento che consente al creditore di rivalersi anche nei confronti dell'altro coniuge o parte dell'unione civile non stipulante per la misura della metà del credito.

Viene prevista, infine, nell'ipotesi in cui il coniuge o la parte dell'unione civile abbia dovuto sostenere spese nell'interesse della famiglia, in base al terzo comma dell'art. 143 c.c., la possibilità di richiedere la restituzione di quanto sostenuto all'altro coniuge o all'altra parte dell'unione civile, stante obbligo sussistente, in capo a entrambi i coniugi, di contribuire ai bisogni familiare in relazione alle proprie capacità di lavoro.

Per quanto concerne lo scioglimento della comunione, va evidenziato che sono previsti dei casi tassativamente elencati dall'art. 191 c.c.

Si fa riferimento, in particolare, alla dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, all'annullamento (art. 117 e ss. c.c.) o scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 149 c.c.), alla separazione personale (artt. 150 e 151 c.c.), alla separazione giudiziale dei beni (art. 193 c.c.), al mutamento convenzionale del regime patrimoniale (art. 163 c.c.) e al fallimento di uno dei coniugi.

È bene considerare come in materia sia intervenuta la legge 6 maggio 2015, n. 55, che, alla luce di un annoso dibattito giurisprudenziale, ha stabilito che nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati ovvero alla data di sottoscrizione del verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato.

È riconosciuta una deroga speciale nel caso di azienda di cui alla lett. d) dell'art. 177 c.c., dal momento che, in tale ipotesi, lo scioglimento della comunione può essere deciso, per accordo dei coniugi o delle parti dell'unione civile, nel rispetto della forma prevista dall'art. 162 c.c.

Conseguenza dello scioglimento della stessa è il sorgere dell'obbligo di restituzione e/o di rimborso ai sensi dell'art. 192 c.c., mentre, per i beni della comunione *de residuo*, l'altro coniuge vanterà un diritto di credito pari alla metà del loro valore.

Ipotesi peculiare si verifica nel caso di riconciliazione e, quindi, al venir meno di separazione legale o consensuale. Insegnamenti giurisprudenziali hanno sostenuto, in tale caso, la necessità che sia ripristinata automaticamente *ex nunc* la comunione legale con esclusione degli acquisti effettuati durante il periodo di separazione.

In tale situazione, secondo parte della dottrina, ai terzi aventi causa a qualsiasi titolo sarebbe inopponibile il ripristino della comunione nel rispetto dei principi generali ricavabili anche dagli artt. 2 e 41 Cost. Conseguenza di ciò sarebbe che, se il terzo acquistasse un bene che il coniuge aveva acquisito separatamente, dopo la riconciliazione non annotata, prevarrebbe sull'altro coniuge che agisca *ex art.* 184 c.c.

Secondo altra dottrina, tuttavia, tale tesi sarebbe inaccettabile perché confonde tra buona fede soggettiva e oggettiva e, soprattutto, perché in sede di circolazione immobiliare i conflitti vanno risolti sulla base delle regole disciplinanti la pubblicità degli atti.

Infine, deve evidenziarsi che la dottrina e la giurisprudenza prevalente hanno affermato come, nell'ipotesi di sussistenza di una causa di scioglimento della comunione, ma permanenza della contitolarità della proprietà di un dato bene, la cessazione della comunione legale tra i coniugi trasforma automaticamente ed istantaneamente tale situazione in una ipotesi di comunione ordinaria.

In conclusione, si precisa che in materia di unioni civili, la l. 20 maggio 2016, n. 76, stabilisce che l'unione deve considerarsi sciolta nel caso di morte o di dichiarazione di morte presunta di una delle parti. Per quanto concerne le ipotesi differenti dal decesso, deve rilevarsi che per l'unione civile non è prevista la separazione personale quanto piuttosto solo ipotesi definitive di scioglimento.

A fronte del verificarsi di quest'ultima, in merito ai rapporti patrimoniali tra le parti, occorrerà procedere alla divisione dei beni comuni, la quale deve avvenire inderogabilmente in parti uguali (artt. 194 e 210 c.c.).

1.2. Denaro personalissimo e denaro de residuo nella comunione legale tra i coniugi: la Suprema Corte richiede una separazione patrimoniale per vincere la presunzione di comunione (Cass. Sez. II, 13 luglio 2023, n. 20066).

Al fine di inquadrare al meglio la pronuncia della Suprema Corte in esame, risulta necessario procedere a una breve disamina dei fatti in causa e delle statuizioni che hanno preceduto l'intervento della stessa.

In particolare, a seguito della pronuncia del Tribunale di Treviso con la quale si procedeva alla divisione della comunione formata nel corso del ventennale matrimonio tra i coniugi ricorrenti e alle relative assegnazioni, conguagli e restituzioni, gli stessi ricorrevano dinanzi alla Corte d'Appello di Venezia che confermava sostanzialmente la sentenza di primo grado.

Nel dettaglio, la Corte, non solo ha sostenuto che il patrimonio della VDR s.r.l. apparteneva alla comunione, in quanto costituita dopo il matrimonio e sussistente al momento dello scioglimento della comunione, in applicazione degli artt. 178 e 194 c.c. e del principio della distribuzione in pari quote di attivo e passivo, ma ha, inoltre, dichiarato che la prova offerta da uno dei coniugi di aver utilizzato denaro personale per la ricomposizione del capitale della società, fosse irrilevante e tardiva.

In particolare, si riteneva inapplicabile alla fattispecie l'art. 192, co. 3, c.c., in base al quale è possibile richiedere in restituzione le somme prelevate del patrimonio personale ed investite per il patrimonio comune preventivamente costituito.

Nel caso di specie, infatti, il denaro utilizzato doveva essere considerato come denaro personale utilizzato per aumentare acquisizioni che avevano congiuntamente formato la massa comune e, pertanto, risultava applicabile l'art. 194, co. 1, c.c. in base al quale, in sede di scioglimento dell'attivo e del passivo, deve essere suddiviso in pari quote al di là dell'effettiva misura partecipativa di ognuno dei coniugi.

Successivamente, la Corte sostenne la natura di bene comune, ex art. 177, co. 1, c.c., della percentuale della quota sociale di un'altra società, in particolare una s.p.a., acquisita da uno dei due coniugi in epoca successiva al matrimonio, seppure con denaro personale. Tale statuizione si fondava sull'evidenza che sul punto non era stata fornita alcuna prova della natura personale della stessa in quanto oggetto di donazione. Potevano, invece, essere ritenuti appartenenti alla comunione *de residuo* determinati importi relativi alla liquidazione di un fondo presumibilmente esistente già nella comunione prima del suo scioglimento. Infine, veniva esclusa la restituzione di svariate somme sulla base di un deficit probatorio legato non solo alla vigenza della comunione ma anche all'impiego delle stesse. Tale mancanza non poteva, a giudizio della Corte, essere colmata dalle prove orali offerte da uno dei coniugi perché le stesse risultavano inidonee a superare la grave carenza documentale esistente.

Avverso tale sentenza veniva proposto ricorso a cui, successivamente, si resisteva con controricorso.

Secondo la Suprema Corte, tuttavia, il ricorso risultava inammissibile.

In particolare, procedendo con ordine alla disamina dei motivi sostenuti, nel primo motivo veniva prospettato, in riferimento al n. 3 del comma 1, dell'art. 360 c.p.c., la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e, in riferimento al n. 4, la nullità della sentenza o del procedimento e, infine, in riferimento al n. 5, l'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio.

Dinanzi a tale doglianza, la Suprema Corte ha ritenuto non fondato il primo motivo dal momento che nella motivazione i giudici d'appello hanno confermato "l'inammissibilità delle prove orali per superare la carenza di prove documentali degli assunti dell'appellante", non incorrendo nell'omesso esame di fatti decisivi per il giudizio.

Nel secondo motivo, il ricorrente ha sostenuto la violazione e falsa applicazione degli artt. 177, 178, 179, 192, 194, 1105, 1107 e 2082 c.c., in relazione al n. 3 del comma I dell'art. 360 c.p.c. e, in riferimento al n. 5, l'omesso esame di fatto decisivo nella conferma della statuizione relativa alla quota di partecipazione alla VDR s.r.l.

Secondo l'appellante, infatti, i giudici avrebbero mal interpretato la *ratio* ispiratrice della disciplina di cui agli artt. 177 e ss. c.c. e, proprio tale errore, ha comportato un'assegnazione tacita alla controparte delle somme confluite in società allo scopo di ripianare le perdite e ricostituire il capitale, seppure provenienti esclusivamente dal patrimonio personale dello stesso.

Anche tale motivo, tuttavia, è stato ritenuto infondato dalla Suprema Corte dal momento che, a giudizio della stessa, la Corte d'Appello ha correttamente applicato i principi in materia di partecipazione societaria acquisita da uno dei due coniugi, anche con denaro personale, in pendenza di comunione legale, come proprio accaduto per la VDR S.r.l. che è stata costituita in epoca successiva alla celebrazione del matrimonio.

Sul punto, viene integralmente richiamato quanto enunciato in una precedente sentenza della Cassazione civile (sent. n. 6876/2013), in cui viene stabilito che "nella fattispecie considerata nell'art. 178 cod. civ., sebbene il coniuge non destini dei beni "all'esercizio dell'impresa", ma all'acquisto di una partecipazione in una società e sarà quest'ultima (e non il singolo coniuge) ad esercitare l'impresa, la dottrina prevalente, evidenziando l'identità di *ratio*, condivisibilmente ritiene che la quota societaria del coniuge non cada in comunione legale ex art. 177 c.c., lett. a), ma appunto in quella ex art. 178 cod. civ."

Deve, infatti, essere considerato che la comunione *de residuo* si caratterizza anche per il fatto che l'attivo della massa comune si arricchisce proprio nel momento in cui il vincolo di solidarietà tra i coniugi si allenta per effetto dello scioglimento della comunione legale (art. 191 c.c.).

Questo perché la compartecipazione al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias* dall'altro coniuge deve sempre essere differita al momento della separazione.

Con il terzo motivo veniva censurata la sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 177 e 192 cod. civ., in relazione al n. 3 del comma I dell'art. 360 cod. proc. civ. e, nuovamente, anche in riferimento al n. 5, per avere la Corte territoriale escluso la sussistenza della prova che l'incremento della quota di proprietà sia avvenuto mediante utilizzo di denaro personale o, in ogni caso, sia stato oggetto di donazione diretta o indiretta.

In particolare, la Corte non avrebbe adeguatamente considerato le prove documentali offerte.

Anche tale motivo veniva considerato infondato.

Ed infatti, secondo consolidata giurisprudenza di legittimità e dottrina maggioritaria, l'azione di sottoscrizione di azioni di società, in sede di aumento di capitale, operata da parte di un coniuge in pendenza di comunione legale, implica che le azioni sottoscritte costituiscano incrementi patrimoniali sussumibili fra gli acquisti di cui all'art. 177, lett. a), c.c.

L'operazione di sottoscrizione si caratterizza per il carattere di investimento patrimoniale assolutamente prevalente rispetto ai diritti e agli obblighi connessi con lo status di socio in esse incorporato.

Pertanto, in tema di scioglimento della comunione legale tra coniugi, l'art. 192, co. 3, c.c. attribuisce a ciascun coniuge il diritto alla restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune ma non quello alla ripetizione, sia essa totale o parziale, del denaro personale e dei proventi dell'attività separata impiegati per l'acquisto di beni costituenti oggetto della comunione legale, ex art. 177 c.c.

Questi, infatti, sono da considerarsi rientranti nella comunione *de residuo* solamente per la parte non consumata al momento dello scioglimento essendo, in tale ipotesi, applicabile il principio inderogabile, posto dall'art. 194 c.c., secondo cui, "in sede di divisione, l'attivo e il passivo

sono ripartiti in parti eguali indipendentemente dalla misura della partecipazione di ciascuno dei coniugi agli esborsi necessari per l'acquisto dei beni caduti in comunione".

Gli Ermellini evidenziano, infatti, come nel caso di specie la motivazione resa dalla Corte sulla mancanza di prova della natura personale del denaro utilizzato per la sottoscrizione deve essere considerata come elemento ulteriore, non indispensabile alla *ratio decidendi*.

Quanto stabilito dai giudici di seconde cure, infatti, si fonda su una valorizzazione del principio di diritto suesposto in base al quale non vi è diritto alla ripetizione del denaro personale impiegato per l'acquisto delle azioni costituenti oggetto della comunione legale.

Per quanto concerne le doglianze relative alla valutazione delle prove formulate, esse vengono ritenute dai giudici di legittimità inammissibili perché basate su una mera differente ricostruzione dei fatti in esame.

Con il quarto motivo, il ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli artt. 177, 192, 2729 c.c. e 115 c.p.c. in relazione al n. 3, co. 1, art. 360 c.p.c., oltre che al n. 5.

In particolare, a giudizio del ricorrente sarebbero state considerate erroneamente sussistenti circostanze che hanno portato a considerare bene comuni somme di denaro che, essendo maturate *ante nuptias*, sarebbero state da scomputare interamente e non è stata considerata la provenienza di altre che, essendo frutto di successione, non possono essere che considerate personali.

Viene, infine, contestato l'utilizzo inappropriato del ragionamento deduttivo da parte dei giudici di seconda istanza.

In tale ipotesi, la Suprema Corte, pur riconoscendo infondato il motivo in approfondimento, evidenzia che si tratta di una specifica contestazione nel merito della vicenda inammissibile dal momento che è precluso alla stessa il sindacato sulla correttezza dell'operazione interpretativa, compiuta in sede di merito.

Viene ritenuta ugualmente inammissibile la critica del ragionamento dal momento che il ricorrente si è limitato a contrapporre che non fosse invece verosimile il dato in esame senza argomentare logicamente.

Per principio consolidato, invece, vi è violazione o falsa applicazione dell'art. 2729 cod. civ., ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3, cod. proc. civ. "quando il giudice di merito afferma che il ragionamento presuntivo può basarsi su presunzioni non gravi, precise e concordanti ovvero fonda la presunzione su un fatto storico privo di gravità o precisione o concordanza ai fini dell'inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota e non anche quando la critica si concreti nella diversa ricostruzione delle circostanze fattuali o nella mera prospettazione di una inferenza probabilistica diversa da quella ritenuta applicata dal giudice di merito".

Si ha vizio di motivazione per l'utilizzo o meno del ragionamento presuntivo solo se emerge l'assoluta illogicità e contraddittorietà del ragionamento decisorio.

Per quanto attiene al denaro di provenienza dalla successione paterna, non viene tenuto in considerazione che la prova della provenienza del denaro non rileva per sé sola ai fini del diritto di prelievo.

Ed infatti, i beni personalissimi, quali quelli derivanti da successione, non sono soggetti al regime della comunione *de residuo* e quindi devono essere attribuiti al solo titolare al momento dello scioglimento della stessa, ai sensi dell'art. 195 cod. civ. In tale ipotesi, è necessaria una prova contraria in assenza della quale si presume che i beni mobili facciano parte della comunione.

A tal proposito, la Corte di legittimità evidenzia come, in materia di regime patrimoniale della famiglia, la comunione legale si incentra sulla forza lavoro di ciascun coniuge destinata a divenire provento corrispondente al credito dell'altro coniuge. Esistendo uno scambio continuo tra i coniugi in tal senso, è possibile che i "proventi", allora, seppure provenienti dall'attività personale separata di ciascuno, in quanto conseguiti durante il matrimonio, divengano denaro "familiare" (identificato così dalla dottrina) nel senso che sono scambiati con beni che diventano comuni (lett. a dell'art. 177) o diverranno oggetto delle ragioni dell'altro coniuge come comunione legale differita, in sede di scioglimento (lett. c dell'art. 177). Il denaro individuato nelle categorie dell'art. 179 c.c., invece, non è oggetto di comunione legale differita e sicuramente può

essere oggetto di surrogazione, nel senso che il suo impiego dà luogo ad acquisto di beni personali (per scambi), purché siano rispettate le formalità della lett. f) dello stesso articolo”.

In tal senso, il legislatore ha identificato due aree diverse di denaro: la prima costituita dai “proventi” dell’attività separata e la seconda dal denaro proveniente dai titoli elencati nell’art. 179 c.c. Il problema si pone alla luce della natura fungibile e consumabile del denaro, perché ciò che resta difficile è provare che le spese per i bisogni della famiglia non siano state sostenute con quel denaro. Si crea una sovrapposizione pratica, infatti, tra il denaro personalissimo e il denaro personale divenuto mezzo di sostegno della famiglia alla luce dell’obbligo di contribuzione gravante in ambito matrimoniale.

Nel momento dello scioglimento della comunione, si crea un deficit probatorio fondato sulla difficoltà di dimostrare che il denaro rimanente non sia familiare ma, piuttosto, personalissimo. Secondo la Corte, è essenziale che il coniuge titolare distingua quanto denaro è stato prodotto da frutti dei beni propri e dai proventi conseguiti durante il matrimonio e quanto denaro, appartenendogli prima del matrimonio o provenendo dai titoli elencati nell’art. 179, sia andato a costituire una sorta di patrimonio separato, suscettibile di trasformazione ai sensi della lett. f) dell’art. 179 cod. civ. o di prelievo ex art. 195 cod. civ.

Evidenzia, infatti, la Corte, che “ai fini dell’esercizio del diritto di prelievo di cui all’art. 195 cod. civ., la prova del carattere personalissimo del denaro deve essere accompagnata da indicazioni (anche presunzioni) relative alla “conservazione” di quel denaro e al suo “non impiego” per i bisogni della famiglia, perché in mancanza deve presumersi che il denaro che residua è comune”.

Alla luce di tali considerazioni, viene, pertanto, ritenuto infondato anche il quinto motivo, con cui il ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli articoli da 2721 a 2727 c.c. e da 244 a 257 c.p.c., in relazione al n. 3 del comma 1 dell’art. 360 c.p.c. dal momento che la Corte territoriale ha ritenuto inammissibile la prova orale diretta a dimostrare l’avvenuto conferimento in comunione di somme pervenute in successione.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva richiesto alla Corte d’Appello di poter provare di aver ricevuto, in pendenza di comunione, per successione ereditaria dalla madre e dal padre, diverse somme di denaro depositate in apposito conte corrente intestato ai fratelli e poi transitata su conto corrente a lui intestato unitamente agli interessi maturati.

Con riguardo a tale doglianza, i giudici di seconda istanza, come già evidenziato, dichiaravano inammissibili le prove orali presentate per superare le carenze documentali esistenti dal momento che, trattandosi di somme cospicue, è indispensabile mancando la documentazione necessaria a ricostruirli ed attestarli.

I giudici di legittimità, in tal caso, evidenziano come il giudizio di inammissibilità non può essere sovrapposto a quello di attendibilità preventiva dal momento che non esiste alcuna disposizione che consente di negare l’ammissione di una prova testimoniale in considerazione del suo probabile esito negativo perché viene ritenuto inverosimile il fatto che si intende provare.

Nel caso di specie, deve considerarsi che, per principio consolidato, “il vizio di motivazione per omessa ammissione della prova testimoniale o di altra prova può essere denunciato per cassazione soltanto nel caso in cui esso investa un punto decisivo della controversia e, quindi, ove la prova non ammessa o non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l’efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la *ratio* decidendi risulti priva di fondamento”.

Nel caso in esame deve essere valorizzato il principio suesposto in base al quale la prova del carattere personalissimo del denaro deve essere accompagnata da indicazioni, anche presuntive, in merito alla conservazione di quel denaro e al suo non impiego per i bisogni della famiglia.

Si tratta di indicazioni che, a giudizio della Suprema Corte, sono da ritenersi inidonee ad invalidare la statuizione precedente.

Alla luce di ciò, gli Ermellini si pronunciano respingendo il ricorso, con conseguente condanna della parte ricorrente, risultata soccombente, al pagamento delle spese processuali.

1.3. Divisione dell'immobile adibito a casa coniugale: le Sezioni Unite risolvono il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto (Sezioni Unite n. 18641 del 12 aprile 2022).

“Nel caso in cui lo scioglimento della comunione immobiliare avvenga mediante l'attribuzione dell'intero bene al coniuge affidatario dei figli, il valore dell'immobile oggetto di divisione non può risentire del diritto di godimento già assegnato allo stesso a titolo di casa coniugale, poiché esso viene ad essere assorbito o a confondersi con la proprietà attribuitagli per intero, con la conseguenza che, ai fini della determinazione del conguaglio in favore dell'altro coniuge, bisognerà porre riferimento, in proporzione alla quota di cui era comproprietario, al valore venale dell'immobile attribuito in proprietà esclusiva all'altro coniuge, risultando, a tal fine, irrilevante la circostanza che nell'immobile stesso continuino a vivere figli minori o non ancora autosufficienti rimasti affidati allo stesso coniuge divenutone proprietario esclusivo, in quanto il relativo aspetto continua a rientrare nell'ambito dei complessivi e reciproci obblighi di mantenimento della prole da regolamentare nella sede propria, con la eventuale modificazione in proposito dell'assegno di mantenimento”.

“Nell'ipotesi in cui la comunione immobiliare venga sciolta a seguito della divisione giudiziale con l'attribuzione dell'immobile in proprietà esclusiva a favore del coniuge non assegnatario dello stesso quale casa coniugale (e non affidatario della prole), quest'ultimo si troverà in una situazione comparabile a quella del terzo acquirente dell'intero, ovvero diventerà titolare di un diritto di proprietà il cui valore dovrà essere decurtato dalla limitazione delle facoltà di godimento da correlare all'assegnazione dell'immobile al coniuge affidatario della prole, permanendo il relativo vincolo sullo stesso con i relativi effetti pregiudizievoli derivanti anche dalla sua trascrizione ed opponibilità ai terzi ai sensi dell'articolo 2643 c.c.”.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ha risolto un contrasto giurisprudenziale sorto in materia di diritto di famiglia, avente ad oggetto la divisione dell'immobile adibito a casa coniugale, superando i precedenti e contrapposti orientamenti.

In particolare, la questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite pone l'attenzione sul “se, in sede di divisione di un immobile in comproprietà di due coniugi legalmente separati già destinato a residenza familiare e, per tale ragione, assegnato, in sede di separazione, al coniuge affidatario della prole, occorra tenere conto della diminuzione del valore commerciale del cespite conseguente alla presenza sul medesimo del diritto di godimento del coniuge a cui è stata affidata la prole, pure nel caso in cui la divisione si realizzi mediante attribuzione a quest'ultimo della proprietà dell'intero immobile con conguaglio in favore del comproprietario e, quindi, determinandolo non in rapporto al valore venale dello stesso immobile, bensì in misura ridotta che tenga conto dell'incidenza della permanenza di tale vincolo, opponibile anche ai terzi”.

In primo luogo, si osserva come l'assegnazione della casa familiare è volta a tutelare l'interesse dei figli ed a garantire il normale svolgimento della loro vita (in continuità con la vita familiare), in quanto la stessa casa rappresenta il luogo degli affetti, degli interessi e delle abitudini familiari.

L'ordinamento italiano regola i rapporti familiari con disposizioni generali contenute negli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione.

Tali disposizioni trovano sviluppo e precisazione all'interno della disciplina del codice civile.

L'art. 337 *sexies* c.c., introdotto all'interno del codice civile mediante l'art. 55, comma 1, D.lgs. n. 154/2013, riproducendo il contenuto del precedente art. 155-*quater* c.c., in sede di separazione tra i coniugi, dispone che, in tema di presupposti dell'assegnazione della casa coniugale, debba essere tenuto conto prioritariamente dell'interesse dei figli.

Si rileva che, dell'assegnazione della casa familiare, il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà.

Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili ed opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643 c.c.

Quanto, invece, alla fase divorzile, l'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970 dispone che l'abitazione della casa familiare spetti di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età ma non ancora economicamente autosufficienti.

L'assegnazione della casa familiare, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 c.c.

In linea generale, l'assegnazione della casa coniugale non costituisce, di fatto, una misura assistenziale per il coniuge più debole economicamente, ma richiede una connessione con l'affidamento dei figli minori o la convivenza con figli maggiorenni non ancora autosufficienti.

Sul punto rileva una pronuncia della Corte Costituzionale n. 454 del 1989, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'allora vigente articolo 155-*quater*, comma 4, c.c., nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole, ai fini dell'opponibilità ai terzi, specificando che il titolo ad abitare "il cespite familiare è strumentale alla conservazione della comunità domestica nel solo interesse della prole".

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, tuttavia, sottolinea come l'art. 337 *sexies* c.c., sebbene tuteli l'interesse prioritario dei figli, non preveda alcun obbligo di assegnazione della casa coniugale inteso come criterio automatico di attribuzione al coniuge affidatario della prole minorenni o non autosufficiente.

Nell'assegnare la casa familiare, il giudice deve tenere conto anche della determinazione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge che vanta tale diritto.

La valutazione del godimento della casa familiare costituisce chiaramente un'utilità suscettibile di valutazione economica dal momento che si verifica un risparmio economico nei confronti del coniuge assegnatario.

Inoltre, l'uso dell'immobile comporta una limitazione del diritto di godimento e di disposizione in capo al proprietario.

La circostanza che il coniuge assegnatario sia comproprietario dell'immobile non esclude la possibilità di valutare, al fine di determinare l'importo dell'assegno di mantenimento, l'incidenza del provvedimento sull'eguale diritto spettante all'altro coniuge che, a sua volta, è comproprietario dell'immobile.

L'esclusività dell'uso del bene, da parte del coniuge assegnatario, non si fonda sulla comproprietà dello stesso bensì sul provvedimento di assegnazione emesso dal giudice.

Il godimento del bene immobile viene dunque sottratto all'altro coniuge non assegnatario, limitando conseguentemente anche la facoltà di disporre liberamente della propria quota.

Nell'ipotesi di una divisione avente per oggetto un bene immobile sul quale grava un provvedimento di assegnazione della casa coniugale, le eventuali risultanze a seguito di operazioni divisionali del bene sono quelle tipiche dell'istituto giuridico della comunione.

Sulla natura giuridica del diritto di assegnazione della casa coniugale, la Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, condivide la tesi secondo cui lo stesso sia da identificare come un diritto di godimento *sui generis* poiché generato dal provvedimento di assegnazione. Si esclude, pertanto, la facoltà di poterlo considerare come un diritto reale o come un semplice vincolo di destinazione.

Tale diritto di godimento viene meno nell'ipotesi in cui il coniuge assegnatario cessi di abitare stabilmente nell'immobile, ovvero conviva o contragga nuovo matrimonio o, infine, qualora i figli raggiungano un'autonomia economica.

Viene esclusa, tuttavia, l'ipotesi di estinzione del diritto di godimento del bene qualora si verifichi la morte del coniuge assegnatario, stante il fondamento delle norme volte alla tutela e al benessere dei figli.

Pertanto, nella ricostruzione giuridica del vincolo di destinazione si considera come detenzione qualificata il diritto del coniuge assegnatario a seguito del provvedimento di assegnazione.

Quanto al regime della trascrizione, regolato dall'articolo 337 *sexies* c.c. per la fase di separazione e, dall'art. 6, co. 6, legge n. 898 del 1970, per la fase divorzile, l'assegnazione della casa coniugale è opponibile ai terzi.

Il provvedimento di assegnazione della casa familiare, inoltre, deve considerarsi opponibile, avendo una data certa, sebbene non sia stato trascritto, al terzo acquirente in una data successiva, per nove anni a quella dell'assegnazione.

Viceversa, il predetto provvedimento può essere opponibile ai terzi, anche oltre i nove anni, qualora sia stato trascritto in data antecedente al titolo.

Se il provvedimento di assegnazione della casa familiare non viene trascritto, l'opponibilità del vincolo viene esclusa, oltre il periodo di nove anni, al terzo che abbia successivamente acquistato l'immobile dal coniuge che ne era proprietario, senza tenere in alcun modo in considerazione l'ipotesi che il titolo di acquisto del terzo contenga l'indicazione dell'esistenza del diritto del coniuge assegnatario.

In tema di revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare ed azionabilità da parte del terzo acquirente, la giurisprudenza di legittimità prevede l'esclusiva facoltà per quest'ultimo, qualora sia stata raggiunta l'indipendenza economica dei figli, di avviare un'azione preordinata alla liberazione del cespite con eventuale condanna al pagamento dell'indennità per illegittima occupazione, previa declaratoria di inefficacia del titolo.

Per quanto concerne la divisione dell'immobile adibito a casa coniugale, giova rilevare che sull'argomento si sono formati due contrapposti orientamenti giurisprudenziali.

Il primo orientamento afferma che il provvedimento di assegnazione della casa familiare non incide sul valore di mercato dell'immobile quando lo stesso, in sede di divisione, viene concesso al coniuge affidatario della prole, poiché le finalità perseguite, con l'attribuzione di tale diritto atipico di godimento, sono volte alla sola tutela dei figli minori o non autosufficienti, stante il rispetto della conservazione delle proprie abitudini di vita.

Secondo tale orientamento viene, quindi, esclusa l'incidenza dell'assegnazione della casa familiare sulla valutazione dell'immobile, in sede di divisione dello stesso, al fine della determinazione del valore di mercato del bene nell'ipotesi in cui venga attribuito al coniuge titolare del diritto di godimento stesso.

Qualora, invece, l'assegnazione della casa familiare incidesse sulla valutazione dell'immobile si verificherebbe un indebito arricchimento del coniuge affidatario, in quanto quest'ultimo, dopo la divisione, potrebbe alienare il bene a terzi senza alcun vincolo ed applicando il prezzo integrale.

Il secondo orientamento sostiene, invece, che l'assegnazione della casa familiare ad uno dei due coniugi, cui l'immobile non appartenga in via esclusiva, incide sul valore di mercato del bene.

In particolare, la predetta assegnazione andrebbe ad instaurare un vincolo oggettivo sul bene tale da creare una decurtazione del valore della proprietà di cui è titolare anche l'altro coniuge, il quale resta condizionato dal provvedimento sino a quando quest'ultimo eventualmente non venga modificato o revocato.

Nell'ipotesi suddetta, dunque, il coniuge assegnatario si troverebbe da un punto di vista patrimoniale nella medesima situazione del coniuge non assegnatario o dell'eventuale terzo acquirente sino a quando il provvedimento di assegnazione non venga modificato o eventualmente revocato.

Sulla base di tale orientamento, in sede di divisione del bene, occorre tener conto dell'incidenza dell'assegnazione della casa familiare ad uno dei due coniugi dal momento che, anche il coniuge assegnatario subisce la diminuzione patrimoniale del cespite, a prescindere dal fatto che il bene venga attribuito in piena proprietà all'uno o all'altro coniuge, ovvero venduto a terzi acquirenti.

Giova rilevare che anche la dottrina si è mostrata divisa nell'affrontare il tema dei rapporti tra il provvedimento di assegnazione della casa familiare e la valutazione del cespite stesso.

Le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, condividono l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale nell'ipotesi in cui lo scioglimento della comunione immobiliare avvenga mediante l'attribuzione dell'intero bene al coniuge affidatario dei figli, "il valore dell'immobile oggetto di divisione non può risentire del diritto di godimento già assegnato allo stesso a titolo di casa coniugale, poiché esso viene ad essere assorbito o a confondersi con la proprietà attribuitagli per intero, con la conseguenza che, ai fini della determinazione del conguaglio in favore dell'altro

coniuge, bisognerà porre riferimento, in proporzione alla quota di cui era comproprietario, al valore venale dell'immobile attribuito in proprietà esclusiva all'altro coniuge, risultando, a tal fine, irrilevante la circostanza che nell'immobile stesso continuino a vivere figli minori o non ancora autosufficienti rimasti affidati allo stesso coniuge divenutone proprietario esclusivo, in quanto il relativo aspetto continua a rientrare nell'ambito dei complessivi e reciproci obblighi di mantenimento della prole da regolamentare nella sede propria, con la eventuale modificazione in proposito dell'assegno di mantenimento".

Tale statuizione si fonda sulla sussistenza di una totale autonomia tra l'istituto dell'assegnazione della casa familiare e quello della divisione dell'immobile adibito per la tutela ed il benessere della prole in seguito allo scioglimento della comunione.

Pertanto, in sede di valutazione economica del cespite adibito a casa familiare, ai fini della divisione, il diritto di godimento di esso non potrà avere alcuna incidenza sulla determinazione del conguaglio dovuto all'altro coniuge, dal momento che lo stesso viene considerato come un diritto atipico personale di godimento che viene meno con l'assegnazione della casa in proprietà esclusiva al coniuge a cui sono stati affidati i figli.

Tale diritto di godimento, qualora persista anche in presenza del provvedimento di assegnazione, sarebbe privo di qualsiasi fondamento logico-giuridico, anche in virtù dell'applicazione del principio generale secondo cui "*nemini res sua servit*".

L'assegnazione di un immobile adibito a casa familiare in proprietà esclusiva dell'assegnatario, configura una causa automatica di estinzione del diritto di godimento, con la conseguenza che, allo stesso immobile, venga riconosciuto un valore economico pieno e corrispondente a quello venale di mercato.

L'immobile sul quale incombe il provvedimento di assegnazione della casa familiare, attribuito in proprietà esclusiva al coniuge assegnatario, non può essere considerato decurtato di alcuna utilità, dal momento che, la qualità di titolare del diritto dominicale e quella di titolare del diritto di godimento vengono a coincidere.

I giudici di legittimità nel condividere il primo dei due orientamenti e per completezza espositiva specificano, altresì, che di contro, qualora la comunione immobiliare venga sciolta a seguito della divisione giudiziale con l'attribuzione dell'immobile in proprietà esclusiva a favore del coniuge non assegnatario dello stesso quale casa coniugale, né non assegnatario della prole, si realizza una situazione comparabile a quella del terzo acquirente dell'intero.

Il coniuge non assegnatario, dunque, diventerà titolare di un diritto di proprietà il cui valore dovrà essere decurtato dalla limitazione delle facoltà di godimento da correlare all'assegnazione dell'immobile al coniuge affidatario della prole, permanendo il relativo vincolo sullo stesso, con i relativi effetti pregiudizievoli derivanti anche dalla sua trascrizione ed opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 2643 c.c.

1.4. Natura creditizia del diritto nascente dalla comunione de residuo (Sezioni Unite n. 15889 del 17 maggio 2022).

"Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, ricadente nella cd. comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data."

Alle Sezioni Unite è stata rimessa un'annosa questione concernente la natura del diritto vantato dal coniuge non titolare dell'azienda sui beni della stessa, ex art. 178 c.c.

La questione riguarda la natura giuridica della comunione *de residuo*, stante la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale e, soprattutto dottrinale in merito.

La Corte, nella sentenza in commento, ripercorre analiticamente i diversi orientamenti e le diverse tesi sostenute dalla dottrina sul punto.

Preliminarmente si rileva che, il primo orientamento si fonda sul presupposto che, il diritto vantato dal coniuge non titolare dell'azienda abbia natura di diritto pari alla metà del valore dell'azienda al momento dello scioglimento della comunione.

Il secondo orientamento, in antitesi con il primo, sostiene che, in capo al coniuge non titolare dell'azienda sussista un diritto di compartecipazione alla titolarità dei singoli beni individuali, in ragione della sua posizione subordinata al previo soddisfacimento dei creditori dell'impresa.

Com'è noto, l'art. 178 c.c. dispone che i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio e gli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente, si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa.

A tal proposito, anche la lett. b) e c) del comma 1 dell'art. 177 c.c., regolano la materia dei beni personali che ricadono nella comunione *de residuo*.

Costituiscono, infatti, oggetto della comunione i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati all'atto dello scioglimento della comunione, nonché i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati.

I beni che generalmente rientrano nella comunione *de residuo*, antecedentemente allo scioglimento della comunione, restano nella piena disponibilità del coniuge o della parte dell'unione civile che ne risulta proprietario.

Viceversa, gli acquisti effettuati con la vendita di beni rientranti nella comunione *de residuo* ricadono immediatamente in comunione.

Successivamente alla legge n. 151 del 1975, la comunione legale è divenuta il regime patrimoniale legale dei coniugi, che risulta attualmente applicabile anche alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, per effetto dell'art. 1, comma 13, della legge n. 76 del 2016, nonché alle convivenze di fatto in presenza di determinate condizioni.

In virtù di un'interpretazione letterale e sistematica degli articoli suddetti, sia la dottrina, sia la giurisprudenza si sono divise sulla natura giuridica di tali beni dal momento che, alcuni ritengono che abbiano natura di diritto reale, altri, invece, sostengono la natura di diritto di credito degli stessi, pari alla metà del valore dell'azienda al momento dello scioglimento della comunione.

Il legislatore, in materia di regime patrimoniale della famiglia, ha cercato di garantire l'uguaglianza delle sorti economiche dei coniugi in relazione alle diverse circostanze che si sono verificate dopo il matrimonio ed ha provato, altresì, ad assicurare al singolo coniuge un adeguato spazio di autonomia nell'esercizio delle proprie attività professionali o imprenditoriali.

Ci si è sforzati, dunque, di realizzare una disciplina che tenesse conto dell'equilibrato bilanciamento fra alcuni principi, tutti contenuti all'interno della Costituzione, quali la tutela della famiglia, *ex art. 29*, il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3, la libertà di iniziativa economica, ai sensi dell'articolo 41, nonché la remunerazione del lavoro, *ex art. 35*.

Il legislatore ha previsto che, accanto ai beni che ricadono in comunione immediata (rientrando immediatamente nel patrimonio comune al momento dell'acquisto), vi siano svariati beni che, invece, ricadono nella comunione *de residuo*, restando personali durante tutta la vigenza del regime patrimoniale legale, ma che comunque afferiscono alla disciplina della comunione legale, qualora gli stessi siano sussistenti al momento dello scioglimento della comunione.

L'art. 178 c.c. persegue la finalità di non coinvolgere il coniuge non imprenditore nella responsabilità illimitata dell'altro, assicurando, pertanto, a quest'ultimo la piena libertà d'azione nell'esercizio della sua attività d'impresa.

Quanto all'accennato contrasto sorto in relazione alla natura giuridica del diritto nascente dalla comunione *de residuo*, la Corte, nella sentenza in commento, ripercorre le diverse tesi formulate dalla dottrina sull'argomento.

In primo luogo, giova rilevare che, secondo parte della dottrina, orientata sul riconoscere natura reale del diritto dei beni del coniuge, dalle norme non si ricava una chiara indicazione alla natura creditizia della comunione residuale sciolta, stante l'assenza di una specifica previsione dell'art. 192 c.c. che regola, invece, i rimborsi e le restituzioni da effettuare allo scioglimento della comunione.

Tale tesi si fonda su un'interpretazione letterale della norma che, per i casi specifici di cui alla lett. a) e b) dell'art. 177 c.c., dispone che i beni interessati costituiscono oggetto della comunione e, per l'ipotesi regolata dall'art. 178 c.c., prevede che i beni destinati all'esercizio dell'impresa si considerano anch'essi oggetto della comunione sempre che siano sussistenti al momento dello scioglimento della comunione legale.

Inoltre, secondo codesta tesi, l'art. 192 c.c., nel regolare i rimborsi e le restituzioni da effettuare tra i coniugi allo sciogliersi della comunione tra gli stessi, non fa alcun riferimento ai beni oggetto della comunione *de residuo*, e pertanto, anche dal tenore letterale di tale disposizione dovrebbe escludersi la natura creditizia del diritto.

Precisa, altresì, la Corte che i "beni in esame, da reputarsi beni personali 'manente comunione' legale, divengono quindi automaticamente beni comuni, il che offrirebbe maggiori garanzie anche al coniuge, che, divenendone comproprietario, eviterebbe il concorso con i creditori dell'altro coniuge, che invece subirebbe, ove si accedesse alla tesi contrapposta".

I sostenitori di tale tesi ritengono che possa crearsi, nell'ambito del diritto reale del coniuge, una comunione solo in relazione ai beni (si esclude una eventuale partecipazione all'attività di impresa svolta dall'altro coniuge) evitando così, che lo stesso coniuge possa essere responsabile per i debiti scaturenti dall'attività imprenditoriale, in quanto il diritto reale deve essere calcolato sul valore del patrimonio al netto dei debiti contratti in epoca anteriore allo scioglimento della comunione.

Secondo i sostenitori della tesi opposta, ossia quella che riconosce natura di diritto di credito ai beni del coniuge, l'oggetto della comunione *de residuo* comprende sia le somme di denaro, sia i beni mobili ed immobili.

La legge, secondo tale tesi, utilizzando il verbo "considerare" fa intendere che non sussista una piena equiparazione tra il regime dei beni in argomento e quello predisposto, invece, per i beni immediatamente oggetto della comunione legale.

I fautori della tesi in questione, escludono, infatti, la possibilità che possa trovarsi una soluzione che imponga l'insorgere di una comunione su alcuni specifici beni proprio al momento del disfacimento della comunione legale.

Il venir meno della comunione legale, pur determinando la creazione della comunione *de residuo*, non comporta il dissolvimento dell'impresa individuale continuando così a restare operativa anche successivamente a tale periodo.

La dottrina, nel criticare e smentire la natura reale del diritto vantato dal coniuge, sostiene che sia del tutto illogico limitare, dopo lo scioglimento della comunione legale, creando un vincolo legale di natura reale sui beni destinati alla comunione *de residuo*, la libertà di godimento e di disposizione sui frutti e proventi assicurati al coniuge ricevente sino a quel momento.

Non viene in alcun modo, infatti, giustificata una soluzione che mira a cristallizzare i vincoli patrimoniali tra i coniugi, a seguito dello scioglimento della comunione legale, ovvero ad attenuarli in considerazione del fatto che gli stessi beni, invece, dovrebbero incrementarsi con l'instaurarsi di nuove ipotesi di contitolarità reale.

Le Sezioni Unite precisano, altresì, che, in relazione alla comunione *de residuo*, concernente l'azienda gestita da uno solo dei coniugi, è stata elaborata un'ulteriore tesi che sostiene, con specifico riferimento all'art. 178 c.c., che sarebbe impossibile concepire una "comunione reale" legata agli incrementi aziendali, i quali consistono in aumenti di valore dei beni aziendali connessi all'attività d'impresa, all'avviamento o al mutamento delle condizioni di mercato.

Pertanto, si ritiene che non si possa parlare di beni materiali bensì di valori contabili scaturiti dalla differenza tra il valore dell'azienda, al momento dell'instaurarsi della comunione legale, ed il loro valore al successivo momento dello scioglimento, pertanto, insuscettibili di "contitolarità reale".

Da segnalare, sul punto, una soluzione c.d. intermedia (adottata da altra parte della dottrina) la quale ritiene che la natura giuridica del diritto possa variare a seconda del bene cui collegare l'istituto, ovvero possa essere differenziata in base alla diversa causa di scioglimento della comunione legale.

La natura reale del diritto, pertanto, verrebbe affermata con esclusivo riferimento ai beni di cui all'art. 177, comma 1, lett. b) e c) ed ai beni di cui all'art. 178 c.c., qualora lo scioglimento della comunione legale avvenga nell'ipotesi in cui l'imprenditore venga a mancare definitivamente o provvisoriamente per cause legate alla sua morte, anche presunta, ovvero assenza.

Per tutte le restanti ipotesi si aderirà, invece, alla tesi che riconosce natura creditizia al diritto vantata dal coniuge.

Viene ulteriormente sostenuta una tesi secondo cui, in vista della sostanziale tutela della libertà imprenditoriale, la soluzione creditizia andrebbe affermata per i beni e gli incrementi aziendali, mentre andrebbe riconosciuta la tesi reale per gli utili derivanti dall'attività imprenditoriale e per i frutti e i proventi *ex art. 177 b) e c) c.c.*, essendo tale soluzione maggiormente aderente anche al dettato normativo.

Significativo è il riferimento, da parte della Corte di Cassazione, commentando la tesi della dottrina a favore della natura creditizia, ad una pronuncia delle Sezioni penali (Cass. pen., Sez. 3, n. 42182/2010, Lombardi), che ha statuito "la legittimità della confisca per l'intero del complesso aziendale acquistato in regime di comunione legale dal solo coniuge imprenditore poi condannato, anche nel caso in cui l'attività imprenditoriale continuava ad essere svolta dopo lo scioglimento della comunione, in quanto bene strumentale rientrante nella cosiddetta comunione *"de residuo"*.

La Corte, nella pronuncia de qua, ha ritenuto che al momento dello scioglimento della comunione legale dei beni, al coniuge non imprenditore spetti unicamente un diritto di credito di natura personale pari alla metà del valore dei beni facenti parte della comunione *"de residuo"*.

Quindi, l'effettiva disponibilità, a titolo di proprietà, di detti beni può essere attribuita al coniuge non imprenditore soltanto se vi sia stata una cessazione dell'impresa o, se il bene sia stato sottratto alla sua originaria destinazione mediante la richiesta di divisione dei beni oggetto della comunione, così che in difetto di tali condizioni il bene continui ad essere soggetto a confisca per l'intero.

Tuttavia, le Sezioni Unite citano una pronuncia (Cass. n. 2680 del 2000) a sostegno della tesi sulla natura reale del diritto in esame, che afferma che il fallimento di uno dei coniugi in comunione legale "determina la comunione *de residuo*, sui beni destinati post nuptias all'esercizio dell'impresa, soltanto rispetto ai beni che dovessero residuare dopo la chiusura della procedura". Analogo principio si riscontra nella sentenza della Corte di Cassazione n. 7060 del 2004.

Con preciso riferimento alle diverse tesi, giova rilevare che, la dottrina prevalente ritiene che la scelta del regime patrimoniale della famiglia sia legata al c.d. consortium omnis vitae ed alla specifica esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole.

Ciò in funzione complementare rispetto al sistema degli obblighi nascenti dal matrimonio stesso ed incidenti in modo diretto od indiretto sul patrimonio dei coniugi.

Risulta, quindi, indispensabile, ai fini dell'insorgenza del diritto dell'altro coniuge su alcuni beni che questi siano effettivamente esistenti nel patrimonio dei coniugi al momento dello scioglimento della comunione.

La sussistenza della comunione *de residuo* è riconosciuta nell'ordinamento italiano come evento incerto nell'an, in quanto viene subordinato alla circostanza della sussistenza del residuo dei beni al momento dello scioglimento della comunione legale.

Il suddetto evento è ritenuto incerto anche sul quantum, poiché la contitolarità dei beni riguarderebbe soltanto quella parte del residuo al momento della cessazione del regime patrimoniale legale.

Dunque, secondo i giudici di legittimità, nella sentenza in commento, i beni oggetto della comunione *de residuo* (con specifico riferimento a quelli di cui all'art. 178 c.c.) non possono in alcun modo essere considerati comuni, almeno sino al verificarsi di una causa di scioglimento del regime legale.

Non rileva, sul punto, neanche la sola cessazione della destinazione dei beni all'impresa o il venir meno della qualità di imprenditore in capo al coniuge.

Le Sezioni Unite, nel ripercorre le diverse tesi citate, ritengono di dover condividere la tesi della natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione *de residuo*.

Tale tesi, sostiene la Corte, non solo non vanifica l'aspettativa, in termini patrimoniali, vantata dal coniuge sui beni in oggetto, bensì assicura la disponibilità dei frutti e dei proventi e dell'autonomia gestionale, in relazione all'impresa in capo all'altro coniuge, nelle ipotesi citate e regolate dall'art. 178 c.c.

Riconoscendo natura di diritto di credito ai beni oggetto della comunione *de residuo*, si sconfigge un eventuale pregiudizio per le ragioni dei creditori, garantendo così la sopravvivenza dell'impresa, e senza che le vicende dei coniugi possano avere una diretta incidenza sulle sorti della stessa.

I problemi che presenta l'opposta tesi della natura reale del diritto conducono ad una maggiore adesione alla tesi creditizia del diritto, dal momento che, l'eventuale insorgenza di una comunione anche sui beni mobili ed immobili che confluiscono nell'azienda con la conseguente titolarità degli stessi, comporta contrasti nei rapporti con i terzi che abbiano avuto, a loro volto, legami con l'impresa individuale del coniuge.

I terzi acquirenti, in tale circostanza ed, a seguito dello scioglimento della comunione legale, troverebbero i beni non più appartenenti per l'intero all'imprenditore, ma in comunione con l'altro coniuge con l'inevitabile effetto che si crei una diminuzione della garanzia patrimoniale dai medesimi offerta, con l'eventuale possibilità che anche i creditori possano scoraggiarsi dal continuare a riporre fiducia nella gestione successiva allo scioglimento della comunione legale.

La contitolarità dei beni oggetto della comunione *de residuo*, infatti, comporterebbe il verificarsi del rischio di una paralisi dell'esercizio dell'attività di impresa anche qualora sussista l'ipotesi che la qualità di imprenditore resti in capo al solo coniuge che l'aveva prima dello scioglimento della comunione.

I giudici di legittimità, sostenendo la tesi creditizia del diritto, criticano i motivi posti a fondamento della natura reale del diritto, stante l'eventualità che, nell'ipotesi di morte del coniuge non imprenditore, determinando inevitabilmente lo scioglimento della comunione legale, si creerebbe la comunione sui beni *ex art. 178 c.c.* tra il coniuge imprenditore e gli eredi dell'altro coniuge.

Inoltre, gli stessi sostenitori della tesi della natura reale del diritto ritengono che la comunione non insorga automaticamente sull'azienda o sugli incrementi, bensì sul "saldo attivo del patrimonio aziendale".

Affermano le Sezioni Unite, infatti, che il "saldo attivo del patrimonio aziendale" è tuttavia un'entità astratta che si riferisce al valore monetario del complesso dei beni che costituiscono l'azienda stessa, dedotte le passività. Si esclude, pertanto, che sia possibile sostenere l'esistenza di una reale contitolarità di diritti sui beni in oggetto. Si propende, invece, per la soluzione che attribuisce al coniuge non titolare del diritto reale una pretesa di carattere creditorio.

Alla luce delle superiori considerazioni, la Corte ritiene di dover condividere la tesi della natura creditizia del diritto nascente dalla comunione *de residuo*, statuendo il seguente principio: "nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. comunione *de residuo*, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data".

Viene riconosciuto, dunque, un diritto di compartecipazione sul piano creditizio, pari alla metà dell'ammontare del denaro o dei frutti oggetto di comunione *de residuo*, o pari alla metà del controvalore dei beni aziendali e degli eventuali incrementi, al netto delle passività.

La soluzione che intende condividere la Corte di Cassazione, (ossia natura creditizia del diritto sui beni oggetto della comunione *de residuo*) si fonda anche sul rispetto di quanto previsto dall'art. 12, co. 1, delle Preleggi, che impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, dal momento che la disposizione di cui all'articolo 178 c.c. risulta non univoca.

Tale non univocità della norma comporta, conseguentemente, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno "strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*".

I giudici di legittimità nell'affrontare il problema dell'interpretazione letterale della norma richiamano la sentenza della Corte di Cassazione, S.U. n. 24413/2021, secondo cui "l'attività interpretativa, quindi, non può superare i limiti di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza".

Deve ritenersi, dunque, priva di fondamento l'eventuale obiezione che sostenga che l'attribuzione di un mero credito pecuniario invaliderebbe l'aspettativa del coniuge non imprenditore alla partecipazione all'ulteriore aumento di valore dei beni aziendali intervenuto dopo lo scioglimento della comunione legale.

Tale obiezione può essere superata, invero, portando avanti la gestione dell'impresa da parte del coniuge che lo effettuava da prima, in quanto non è giustificabile alcuna aspettativa del coniuge non imprenditore, essendo venute meno, con la cessazione del regime della comunione legale, quelle necessità solidaristiche che erano poste a fondamento della pretesa di compartecipazione alle fortune del coniuge imprenditore.

La Corte, infine, aderendo alla tesi della natura creditizia del diritto nascente dalla comunione *de residuo*, rigetta il primo motivo di ricorso ritenendo che la sentenza impugnata abbia statuito in maniera conforme, dal momento che, la stessa ha optato per la natura creditizia del diritto.

Ed invero, in relazione alla pretesa della ricorrente circa il soddisfacimento del proprio credito, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 192 c.c., si evidenzia che la norma richiamata presuppone la sussistenza di beni comuni, intesi però nell'accezione reale, quale contitolarità effettiva, avuto riguardo ai beni già ricadenti in comunione in costanza di matrimonio.

Tuttavia, l'avere negato, con specifico riferimento ai beni di cui all'art. 178 c.c., l'esistenza di una comunione effettiva e reale tra i coniugi ha precluso la possibilità di effettuare prelievi nel senso richiesto dalla ricorrente.

La Corte accoglie, invece, il terzo motivo proposto dalla ricorrente (domanda di divisione) ritenendo che, di fatto, non fosse possibile addivenire ad una condanna del convenuto al pagamento della somma spettante, ma che il giudizio dovesse essere limitato al solo accertamento dell'entità del credito.

Sul punto, ritengono le Sezioni Unite che "la conclusione sia frutto di un approccio eccessivamente formalistico del giudice di merito e che la soluzione adottata non tenga conto del diverso principio secondo cui il giudice del merito, nell'indagine diretta all'individuazione del contenuto e della portata delle domande sottoposte alla sua cognizione, non è tenuto a uniformarsi al tenore meramente letterale degli atti, ma deve aver riguardo al contenuto della pretesa fatta valere in giudizio e può considerare, come implicita, un'istanza non espressa ma connessa al '*petitum*' ed alla '*causa petendi*'".

2. Cessazione del rapporto coniugale.

Per lungo tempo nel nostro ordinamento il matrimonio è stato considerato come un vincolo la cui indissolubilità fosse per certi versi assoluta; diverse sono state le spinte che hanno portato prima all'introduzione del divorzio nel 1970 e poi nel 2015 al divorzio breve.

Il fatto che questo vincolo fosse considerato "blindato" si comprende dalla disposizione delle norme nel codice: la prima norma che, infatti, afferisce alla possibilità di "scalfire" il matrimonio è l'art. 149 c.c., che al primo comma si riferisce allo scioglimento del vincolo (che ha come cause la morte accertata e "altri casi previsti dalla legge") e al secondo comma alla cessazione dei suoi effetti civili, senza alcun espresso riferimento al divorzio.

La motivazione andrebbe rintracciata nel fatto che solo diverso tempo dopo l'introduzione nel codice, con la L. 1.12.1970, n. 898, viene definitivamente disciplinato il divorzio come causa di scioglimento giudiziale del vincolo matrimoniale.

L'art. 1 l. cit. fa riferimento, da un lato, allo scioglimento del matrimonio civile e, dall'altro, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario: il divorzio, orsù, fa venir meno i

doveri reciproci che derivano dal matrimonio (doveri di fedeltà, coabitazione, assistenza morale e materiale, collaborazione) ma anche i diritti sorti in capo ai coniugi con lo stesso.

Il divorzio si atteggia quale rimedio al fallimento coniugale ed è quindi pronunciabile solamente quando la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita. L'accertamento di tale dissoluzione dell'unione coniugale, ai fini dello scioglimento, è però ammissibile esclusivamente quando ricorra una delle cause indicate dall'art. 3 l. cit. Tra queste cause quella statisticamente e socialmente più importante è costituita dalla separazione.

La separazione personale differisce nettamente dal divorzio, perché non comporta la cessazione degli effetti giuridici del matrimonio, ma un nuovo modo di essere del rapporto, con cui le parti acquistano un diverso status, quello appunto di coniuge separato. La separazione sospende gli effetti in attesa del divorzio: in questa situazione cessano i doveri di coabitazione e di fedeltà (anche se secondo un orientamento il secondo sarebbe attenuato e non escluso) mentre altri obblighi (come collaborazione economica e assistenza) sono modificati.

Il nostro codice civile si occupa solo della separazione legale; si può però anche avere una separazione di fatto, voluta ed attuata liberamente sulla base di un previo accordo informale dei coniugi e non determinante automatiche conseguenze giuridiche. La separazione legale può essere giudiziale o consensuale (art. 150 c.c.) a seconda che sia oggetto rispettivamente di accordo dei coniugi omologato dal Giudice oppure ci si arrivi con sentenza.

Ciò detto, posto le ratio della separazione e del divorzio attengono ad aspetti diversi, diverse saranno le conseguenze dal punto di vista patrimoniale: la prima differenza riguarda l'assegno che il coniuge più forte economicamente deve a quello più debole. Nella separazione l'assegno di mantenimento deve assicurare al coniuge beneficiario lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; l'assegno divorzile invece, anche alla luce delle ultime sentenze della Cassazione (*ex multis* la Cass. n. 1154/2017; Cass. n. 2043/2018) non deve più garantire al coniuge più fragile economicamente lo stesso tenore di vita, esso deve limitarsi ad assicurargli l'autonomia e l'indipendenza economica e il giudice dovrà accertare, tra l'altro, le ragioni dello squilibrio economico tra i coniugi stessi, nonché, in particolare, i motivi della decisione dell'ex coniuge richiedente di non aver trovato un'attività lavorativa dopo il matrimonio.

La seconda differenza relativa agli effetti patrimoniali della separazione e del divorzio riguarda i diritti successori in caso di morte di uno dei due coniugi: in tema di separazione, il coniuge a cui non è stata addebitata la separazione e che sopravvive al coniuge defunto, mantiene inalterati i propri diritti ereditari, esattamente come il coniuge non separato; se invece il coniuge che sopravvive è quello a cui è stata addebitata (vale a dire quando viene accertato che la separazione derivi dalla violazione dei doveri coniugali di uno dei due coniugi) la separazione con sentenza passata in giudicato, ai sensi dell'art. 548 comma 2, egli ha diritto a un assegno vitalizio commisurato all'entità delle sostanze ereditarie e al numero degli altri eredi legittimi, solo se, quando è stata aperta la successione, godeva del diritto agli alimenti. L'importo dell'assegno vitalizio, non può superare quello dell'assegno alimentare. Nel caso di divorzio all'ex coniuge non spetta nulla: in questo caso venendo meno il vincolo matrimoniale e gli effetti civili del matrimonio si perdono tutti i diritti successori acquisiti con il matrimonio. Va precisato però che anche in questo caso resta la possibilità di percepire un assegno periodico a carico dell'eredità sulla base delle condizioni e nei limiti previsti dall'art. 9 *bis* della L. n. 898/1970.

Medesime considerazioni vanno fatte per la pensione di reversibilità che spetta interamente al separato e in quota al divorziato ed a condizione che questi non sia beneficiario dell'assegno di divorzio e non si sia risposato.

Va precisato però che *ex art. 3, L. n. 898/70*, le altre cause che rendono ammissibile il divorzio sono: una condanna penale passata in giudicato di particolare gravità; una condanna penale per reati in danno di un coniuge o di un figlio; l'assoluzione per vizio totale di mente da uno dei delitti per i quali la condanna comporterebbe causa sufficiente a giustificare la domanda di divorzio; l'annullamento del matrimonio o il divorzio ottenuti all'estero dal coniuge straniero; la mancata consumazione del matrimonio. Ricorrendo una delle fattispecie sopra elencate, ciascuno o entrambi i coniugi possono chiedere al giudice di pronunciare lo scioglimento del matrimonio,

ovvero la cessazione degli effetti civili nel caso di matrimonio “concordatario”, celebrato secondo il rito religioso, e trascritto nei registri dello stato civile.

In ogni caso il giudice deve esperire preventivamente un tentativo di conciliazione. Se la conciliazione non riesce il giudice deve accertare che la comunione spirituale e materiale dei coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per una delle cause previste dall’art. 3 L. n. 898/70.

Va in fine sottolineato che vanno tenuti distinti dallo scioglimento del matrimonio, l’annullamento e la dichiarazione di nullità del matrimonio: infatti, mentre lo scioglimento trova fondamento in una causa successiva alla celebrazione del matrimonio, le invalidità matrimoniali estinguono il vincolo per una causa che colpisce il matrimonio al momento della sua celebrazione e, dunque, rimuovono lo stesso atto di matrimonio.

2.1. Riforma Cartabia: legittimo il cumulo di separazione e divorzio, anche in caso di ricorso congiunto.

L’intero quadro normativo della crisi di coppia è stato interessato da una serie di interventi succedutisi nel tempo che, via via, ne hanno cambiato la fisionomia.

Con la riforma Cartabia un altro ulteriore e importante tassello è stato aggiunto: in particolare tra le novità introdotte spicca l’art. 473 *bis* co. 49 c.p.c. con cui viene data la possibilità alle parti di presentare la domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, unitamente alla domanda di separazione.

Tale innovazione ha però aperto un acceso dibattito.

Da un lato, coloro che si sono posti favorevoli al cumulo delle domande (in dottrina *ex multis*, M. Paladini, F. Danovi) partono da un’interpretazione estensiva dell’art. 473-*bis*.49 c.p.c., basata su diverse ragioni: in primis, tenendo in conto la Relazione illustrativa al Decreto Legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, sembrerebbe che la norma in questione miri a realizzare “economie processuali, considerata la perfetta sovrapponibilità di molte delle domande consequenziali che vengono proposte nei due giudizi (affidamento dei figli, assegnazione della casa familiare, determinazione del contributo al mantenimento della prole) e, pur nella diversità della domanda, la analogia degli accertamenti istruttori da compiere ad altri fini (si pensi alle domande di contributo economico in favore del coniuge e di assegno divorzile per l’ex coniuge), con considerevole risparmio di tempo e di energie processuali”, per cui sarebbe contraddittorio se tale vantaggio processuale dovesse ritenersi limitato nella *ratio legis* ai soli procedimenti contenziosi, con esclusione di quelli su domanda congiunta.

In secundis, tale interpretazione estensiva sarebbe sostenuta da un importante dato letterale: l’art. 473-*bis*.49, primo comma, c.p.c. non distingue tra ricorso e comparsa di costituzione, limitandosi a prevedere che “negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse”. Poiché la separazione consensuale si chiede con ricorso (che è un atto introduttivo, ancorché unico, del giudizio) non si comprende perché il medesimo non si possa annoverare tra gli ‘atti introduttivi’ a cui fa riferimento la norma e, consentire il cumulo delle domande.

A tale impostazione aderisce una parte della giurisprudenza.

Il Tribunale di Genova (08.03.2023), infatti, ammette il cumulo di domande *ex art.* 473 *bis*.49 c.p.c. anche nell’ipotesi di separazione consensuale, sottolineando che “quando diventa procedibile la domanda di divorzio, i coniugi dovranno essere riconvocati per confermare le condizioni precedentemente proposte ed in caso di mancata conferma delle condizioni non potrà essere pronunciata sentenza di divorzio congiunto”; vien così stabilito che il giudice, in caso di cumulo di domande congiunte di separazione e divorzio, all’esito del giudizio di separazione, dopo aver pronunciato la sentenza di omologa, rimetta la causa al ruolo e fissi una nuova udienza per la comparizione delle parti in data successiva al maturare dei termini per la procedibilità della domanda di divorzio.

A favore dell'ammissibilità del cumulo, sulla base di questo ragionamento, si sono espressi anche il Tribunale di Rovigo (31.03.2023), di Modena (27.02.2023), di Bolzano (21.04.2023), di Vercelli (15.4.2023) che, pur senza espressa motivazione, indicano i nuovi codici per le iscrizioni a ruolo della domanda congiunta di separazione consensuale e divorzio (cod. 111003: separazione consensuale e domanda congiunta per la cessazione degli effetti civili; cod. 111004: separazione consensuale e domanda congiunta per lo scioglimento del matrimonio).

Il Tribunale di Milano, con la sentenza del 5 maggio 2023, n. 3542, si è unito a tale filone: infatti, dopo il deposito del ricorso congiunto con richiesta di sostituire l'udienza di comparizione con il deposito di note scritte, esaminate le condizioni, ha accolto le domande dei coniugi, compresa quella di cessazione degli effetti civili del matrimonio, enunciando le condizioni connesse a tale pronuncia e precisando che la richiesta di divorzio sarebbe stata procedibile solo dopo il decorso del termine di cui all'art. 3, n. 2 lett. b) della legge 898/70, ossia sei mesi. Le parti (con lo scambio di note scritte) dovrebbero ribadire di non volersi riconciliare e confermare le condizioni già concordate, diversamente, la modifica unilaterale di tali condizioni sarebbe ritenuta ammissibile solo in presenza della allegazione di fatti nuovi *ex art. 473-bis.19, 2° comma, c.p.c.*: in questo caso, se le parti non dovessero riuscire a raggiungere un nuovo accordo al fine di depositare nuove condizioni congiunte, il Tribunale dovrà rigettare la domanda congiunta di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Di diverso avviso coloro (in dottrina *ex multis*, C. Cecchella, A. Neri, R. Donzelli) che escludono la possibilità del cumulo: i Tribunali di Bari (06.04.2023) e Padova (07.04.2023) aderendo a tale impostazione, non reputano ammissibile "in caso di domanda congiunta, il cumulo di domande di separazione e divorzio e quindi l'estensione della disciplina dettata dall'art. 473 *bis.49* c.p.c. ai procedimenti disciplinati dall'art. 473 *bis.51* c.p.c." e ciò sulla base di due ordini di motivi: *in primis*, si ritiene che l'art. 473 *bis.51* c.p.c. introduca un rito unico per i procedimenti di separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta e tale disciplina, specifica, articolata e per fasi, non permette e non prevede il cumulo tant'è che nessuna menzione è fatta all'art. 473 *bis.49* c.p.c. (Né può essere estesa); *in secundis*, viene sottolineato che nel nostro diritto civile vige il principio, consolidato in giurisprudenza, che vieta alle parti di disciplinare già in sede di separazione eventuali patti relativi al loro futuro divorzio (che quindi sono invalidi). Va detto però che il Tribunale di Padova, riconosce alle parti la possibilità, anche nel caso di deposito di domanda congiunta di separazione e divorzio, di "salvare la domanda di separazione" (posto che verrà comunque fissata un'udienza nella quale i coniugi potranno confermare la loro volontà limitatamente agli accordi presi per la separazione, con conseguente dichiarazione di inammissibilità limitata alla sola domanda di divorzio).

In questa ottica si pone anche il Tribunale di Firenze (del 15 maggio 2023, n. 4458) che ha rilevato d'ufficio l'inammissibilità di un ricorso contestuale di separazione consensuale e divorzio congiunto nel decreto di fissazione dell'udienza di comparizione dei coniugi, evidenziando che nel caso di specie sarebbe stato applicabile l'art. 473 *bis.51* c.p.c. e non il n. 49: il Collegio giudicante fiorentino, riprendendo l'ottica di coloro che considerano distinte le discipline dell'art. 473 *bis.51* e dell'art. 473 *bis.49* c.p.c. per i giudizi contenziosi, arriva a considerare che la possibilità di cumulo delle domande sia riservata dalla legge esclusivamente alle ipotesi di esistenza di contenzioso tra le parti; inoltre, sempre a sostegno di tale tesi il Tribunale di Firenze, ritiene che manchi un *iter* da seguire dopo la pronuncia della separazione.

In tale contesto, di recente il tribunale di Verona (Sez. I, Sent., 20/06/2023) si è unito a chi risponde favorevolmente alla domanda sull'ammissibilità del cumulo delle domande di separazione consensuale e di divorzio congiunto, replicando, per certi versi, ad alcune argomentazioni sostenute da chi ritiene queste domande non cumulabili: secondo il tribunale veronese, *in primis*, dall'analisi del 473 *bis.51* c.p.c. appare chiaro che trattasi di una norma la cui ampiezza consente di cumulare nel ricorso congiunto tutte le domande rientranti nel suddetto elenco, purché tra loro compatibili, quali sicuramente sono quella di separazione e quella di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio. In questo modo il Collegio giudicante veronese arriva all'assunto opposto rispetto all'orientamento negativo: nei procedimenti congiunti la cumulabilità

delle domande tra loro compatibili costituisce la regola mentre in quelli contenziosi è l'eccezione. Il Tribunale di Verona si è poi interrogato sul problema della mancanza di una disciplina dell'*iter* da seguire dopo la pronuncia della separazione, arrivando a ritenere che esso non sia un vero ostacolo, posto che tale incertezza, caratterizza anche i procedimenti contenziosi in cui siano cumulate le medesime domande: in realtà si tratterebbe poi di una problematica già "superata" in via interpretativa ritenendo che occorra procedere all'adozione di una sentenza (necessariamente parziale) di omologa della separazione e di una contestuale ordinanza di remissione sul ruolo per la prosecuzione della fase divorzile davanti al giudice relatore (e l'udienza dovrà tenersi a distanza di almeno sei mesi dalla omologa della separazione).

Appare quindi chiaro che la risoluzione della questione di diritto non sia agevole, attesa la difficoltà di rinvenire un'interpretazione univoca, nella giurisprudenza di merito ("allo stato gli orientamenti dei Tribunali non appaiono sufficientemente stabilizzati" cfr. nota del Tribunale di Macerata del 21.04.2023) ma anche in dottrina, relativamente all'ammissibilità della proposizione, in via consensuale, del cumulo delle domande di separazione e di divorzio.

In conclusione va però precisato che la questione è stata sottoposta, con un recente rinvio pregiudiziale, alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363-*bis* (Tribunale Treviso, Sez. I, Ord., 01/06/2023): il Tribunale di Treviso, infatti, dopo aver esaminato entrambi i filoni dottrinali e giurisprudenziali, ha ritenuto necessario rivolgersi alla Suprema Corte al fine di creare un argine a questa situazione, considerando inoltre che "le cifre dei provvedimenti di divorzio e separazione consensuale nei Tribunali costituiscono annualmente un numero considerevole di provvedimenti giurisdizionali e le domande cumulate congiunte sono già state proposte in tutto il territorio dello Stato (...) con risposte allo stato eterogenee da parte della giurisprudenza di merito di primo grado. Secondo le analisi statistiche elaborate dall'Istat, infatti, nel 2021 vi sono stati 34.225 casi di divorzio congiunto, mentre, per quanto concerne la separazione consensuale, nello stesso anno si contano 60.452 provvedimenti".

2.2. Riconoscimento in altro stato dell'U.E. del divorzio ottenuto in Italia (CGUE Grande Camera C646 20 – 15 novembre 2022).

Con sentenza del 15 novembre 2022, n. 646, la Grande Camera della Corte di Giustizia europea si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale proposta dalla Corte federale di giustizia tedesca (organo di ultima istanza nel sistema giurisdizionale in Germania), in merito al regime giuridico di un accordo, ricevuto dall'ufficiale di stato civile italiano, avente ad oggetto lo scioglimento del matrimonio tra coniugi: uno cittadino italiano, l'altro con doppia cittadinanza tedesca e italiana.

La questione verteva su un interrogativo di non poco conto: la possibilità che il divorzio redatto da un ufficiale dello stato civile di uno Stato dell'UE potesse essere valido in tutta l'Unione oppure no, e nel caso specifico se il divorzio ottenuto da un ufficiale di stato civile italiano potesse essere valido negli altri stati.

Il quesito ad un primo sguardo sembrerebbe di facile risoluzione posto che l'art. 65 dell'attuale regolamento comunitario del 25 giugno 2019, n. 1111, cd. "Bruxelles II *ter*" recita così "Gli atti pubblici e gli accordi in materia di separazione personale e divorzio aventi effetti giuridici vincolanti nello Stato membro di origine sono riconosciuti negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento"; ma la controversia che è stata sottoposta alla CGUE risale ad un momento anteriore al primo agosto 2022, data di entrata in vigore del nuovo regolamento. Per cui al caso di specie si applicherebbe l'art. 21 del regolamento comunitario del 27 novembre 2003, n. 2201, cd. "Bruxelles II *bis*" che stabiliva che "Le decisioni pronunciate in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento".

La questione ha quindi riguardato la qualificazione della nozione di "decisione".

La Suprema corte tedesca, visto che il Ministero berlinese dell'Interno non aveva autorizzato l'immediata trascrizione dell'atto di divorzio formato in Italia, ha infatti sottoposto la questione alla Corte di Giustizia, per ottenere un chiarimento definitivo in tal senso: la Corte federale di

giustizia tedesca ha chiesto, infatti, se la nozione di “decisione” dovesse essere interpretata nel senso che essa comprenda meramente gli atti che promanano da un’autorità giurisdizionale o da un’autorità che esercita prerogative di pubblici poteri e che hanno un’efficacia costitutiva di diritti oppure se essa comprenda anche gli atti giuridici privati rientranti nell’autonomia delle parti, adottati senza una siffatta partecipazione con efficacia costitutiva dell’autorità statale, come si verificherebbe in Italia *ex art. 12 del d.l. n. 132/2014*.

La CGUE precisa, anzitutto, che, in materia di divorzio, la nozione di “decisione” contenuta in tale regolamento comprende qualsiasi decisione di divorzio emessa nell’ambito di un procedimento giudiziario o extragiudiziale, purché il diritto degli Stati membri attribuisca competenze in materia di divorzio anche alle autorità extragiudiziali.

Pertanto, “qualsiasi decisione emessa dalle autorità extragiudiziali competenti in materia di divorzio in uno Stato membro deve essere riconosciuta automaticamente, fatto salvo il rispetto delle condizioni previste dal citato regolamento”.

Per quanto riguarda il caso di specie, la Corte rileva che, in quanto autorità legalmente costituita, l’ufficiale dello stato civile italiano sia competente a pronunciare il divorzio in modo giuridicamente vincolante, registrando per iscritto l’accordo di divorzio redatto dai coniugi dopo aver effettuato un esame. Esso “si sincera infatti del carattere valido, libero e informato del consenso dei coniugi a divorziare e verifica altresì il contenuto dell’accordo di divorzio alla luce delle disposizioni giuridiche in vigore, assicurandosi che l’accordo riguardi unicamente lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, con l’esclusione di qualsiasi trasferimento patrimoniale o del coinvolgimento di figli che non siano maggiorenni ed economicamente autosufficienti”.

La Corte conclude che si tratta quindi effettivamente di una “decisione” ai sensi dell’art. 22 del regolamento Bruxelles II *bis*, che prevedeva espressamente che “Gli atti pubblici e gli accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro dovrebbero essere equiparati a decisioni ai fini dell’applicazione delle norme sul riconoscimento e l’esecuzione”. Anche per il pregresso, vale, dunque, il principio generale di cooperazione giudiziaria in materia civile, volto a stabilire una stretta collaborazione tra le autorità dei diversi Stati membri per eliminare ogni ostacolo derivante dalle discrepanze esistenti tra i diversi sistemi giudiziari e amministrativi; ovviamente non in via assoluta ma con dei limiti previsti dallo stesso articolo summenzionato (ossia laddove il riconoscimento sia manifestamente contrario all’ordine pubblico dello Stato membro richiesto, ovvero quando la decisione sia assunta in contumacia o senza rispetto del diritto al contraddittorio ovvero sia incompatibile con una decisione resa tra le medesime parti dal giudice dello Stato membro richiesto o di un altro Stato membro o di un Paese terzo) che non sono violati nel caso di specie.

Così la CGUE stabilisce che “qualsiasi decisione emessa dalle autorità extragiudiziali competenti in materia in uno Stato membro deve essere riconosciuta automaticamente”.

2.3. Trasferimenti immobiliari in sede di divorzio consensuale (Sezioni Unite n. 2176 del 2021).

In sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto è oggi possibile pattuire il trasferimento contestuale di un bene immobile, tipicamente la casa familiare o le seconde case, da un coniuge all’altro, o da un coniuge ai figli, senza necessità di ricorrere ad un successivo atto notarile per formalizzare il passaggio.

Per lungo tempo però il dibattito ha riguardato proprio questa possibilità poiché, per un certo periodo, la contestualità del trasferimento immobiliare in sede di separazione o divorzio non è stata tecnicamente possibile (mentre lo era sino a una decina di anni fa), in virtù di interpretazioni restrittive della giurisprudenza che ne impedivano l’attuazione.

In precedenza infatti l’orientamento prevalente, e contrario alla contestualità del trasferimento immobiliare in separazione o divorzio, sosteneva in particolare due argomentazioni: *in primis* che gli accordi di separazione non potessero avere un contenuto ulteriore rispetto a quello

strettamente necessario, ossia la disciplina dell'affidamento dei figli minori, il loro mantenimento, le regole sulla responsabilità genitoriale, il mantenimento del coniuge e l'assegnazione in godimento della casa coniugale; *in secundis* veniva dato rilievo al dato letterale delle disposizioni relative alla separazione (art. 158 c.c. e artt. 710 e 711 c.p.c.) e a quelle del divorzio (art. 4, comma 16, L. 1 dicembre 1970, n. 898) le quali non prevedono tale possibilità.

Altra impostazione, sostenitrice di una tesi mediana, riteneva che gli accordi di separazione potessero avere anche contenuto eventuale oltre a quello necessario, come l'impegno al trasferimento di un immobile tra coniugi, purché l'efficacia traslativa fosse riservata ad una fase successiva davanti al notaio, rimanendo l'atto di separazione una sorta di contratto preliminare di compravendita senza effetti reali ma soltanto obbligatori.

Un orientamento liberale e più ampio dei precedenti si è poi, man mano, fatto largo ed è stato condiviso dalla Corte di Cassazione nel 2021, che ha accolto il concetto di contratto della crisi coniugale, o contratto post-matrimoniale, volto a consentire la costituzione di diritti reali e così il trasferimento di immobili, anche senza corrispettivo, in occasione della risoluzione della crisi coniugale, ossia in sede di separazione o di divorzio, senza necessità di ricorrere all'atto notarile (al rogito del Notaio).

In realtà la giurisprudenza si è sempre mostrata favorevole a questa apertura considerando la separazione consensuale come un negozio di diritto familiare, disciplinato dalle norme del codice civile e di procedura, redatto da un ausiliario del giudice e avente efficacia subordinata alla omologazione da parte del Tribunale. La tipicità di tali contratti deve essere intesa, secondo le più recenti pronunce, in senso lato, considerata la finalità comune di regolamentazione della situazione economica della famiglia in seguito alla sua disgregazione, ed in particolare di tutti i rapporti aventi riflessi patrimoniali più o meno diretti sorti in costanza di matrimonio.

Orsù con la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 21761 del 29/07/2021 (su impulso di Cassazione ord. n. 3089 del 10/02/2020) viene data piena efficacia ai trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio contenuti nel verbale di udienza redatto dal cancelliere, il quale assume la forma dell'atto pubblico costituendo, con il decreto di omologazione della separazione o la sentenza giudiziale di divorzio, un valido titolo per la trascrizione nei registri immobiliari.

La Suprema Corte stabilisce, *in primis*, sia nella separazione consensuale che nel divorzio a domanda congiunta, per quanto procedimenti con caratteristiche diverse, che il giudice possa intervenire sull'accordo raggiunto dai coniugi solo quando contrasti con disposizioni inderogabili, come quelle relative all'affidamento dei figli, non potendo pertanto modificare la volontà delle parti contenuta negli accordi di tipo patrimoniale, se non ledendo l'autonomia privata delle stesse. Inoltre, in riferimento alla nullità prevista dall'art. 29 comma 1 *bis*, della L. 52 del 1985, viene affermato che essa non sia legata alla necessaria presenza del notaio, quanto piuttosto alla mancata realizzazione dei controlli espressamente previsti dalla legge: si sposta quindi l'angolo prospettico, non si inquadra il soggetto ma la certificazione, cioè è il potere certificativo ad avere rilievo, potere che può essere esercitato da qualsiasi altro pubblico ufficiale.

Per cui, in sede di separazione consensuale e divorzio a domanda congiunta, l'unica verifica che l'ausiliario del giudice dovrà compiere in tale sede, a pena di nullità, sarà quella relativa al deposito delle dichiarazioni di conformità catastale.

Va segnalato in conclusione che a seguito di questa epocale pronuncia, diversi tribunali si sono attivati per regolamentare l'attuazione dei trasferimenti immobiliari in sede di separazione consensuale e divorzio congiunto (*ex multis*: il Tribunale di Milano ha elaborato con l'Ordine degli Avvocati il Protocollo n. 19020/2022; il Tribunale di Taranto e l'Ordine avvocati e Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento il Protocollo n. 294/2023).

3. L'assegno di divorzio: modalità di determinazione e evoluzione giurisprudenziale.

L'assegno di divorzio è un istituto introdotto con l. 898/1970 (introduttiva, altresì, dell'istituto comunemente conosciuto con il termine "divorzio") con cui, in attuazione del principio di

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX