

LA DESTINAZIONE A CASA FAMILIARE

THE DESTINATION TO FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 309 - 346

Fecha entrega: 10/10/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dra. EMANUELA MIGLIACCIO
Ricercatore dell'Università degli Studi del Sannio di Benevento
emanuela.migliaccio@gmail.com

RESUMEN: Il lavoro compie un percorso ricostruttivo attraverso le moderne teorie sulla destinazione dei beni allo scopo, per comprendere se possa o meno intravedersi una destinazione in senso tecnico nel provvedimento di assegnazione della casa familiare e/o se possa utilizzarsi il modello dell'art. 2645-*ter* c.c. per operare siffatta destinazione, accordando maggior tutela alla situazione abitativa.

PALABRAS CLAVE: Assegnazione; destinazione; separazione; interesse familiare.

ABSTRACT: The paper analyzes modern theories on the destination of assets in order to understand whether it will glimpse a destination in a technical sense in order for assignment of the family home and / or if the model can be used to art. 2645-*ter* of the Civil Code to operate such a target, giving more protection to the state housing.

KEY WORDS: assignment; destination; separation; family interest.

SUMARIO: I. IL PROBLEMA DELLA CASA FAMILIARE COME BENE DESTINATO AD UNO SCOPO. POSIZIONI DELLA DOTTRINA E PRIME APPLICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA.- II. DESTINAZIONE PATRIMONIALE E SEPARAZIONE NELLA IMPOSTAZIONE CLASSICA.- III. DIVERSA IMPOSTAZIONE DEL RAPPORTO TRA DESTINAZIONE E SEPARAZIONE. RILEVANZA ED EFFICACIA. - IV. LA QUALITÀ DELL'INTERESSE.- V. L'INTERESSE CD. ABITATIVO. INDICI DI RILEVANZA E DI EFFICACIA.- VI. ATTO ATIPICO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E INTERESSE FAMILIARE. MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE.- VII. LA DESTINAZIONE ALL'INTERESSE FAMILIARE NELLA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO.- VIII. LA DESTINAZIONE A SINGOLI SPECIFICI INTERESSI NELLA FAMIGLIA LEGITTIMA. LA CASA FAMILIARE.- IX. LA FAMIGLIA DI FATTO.

I. IL PROBLEMA DELLA CASA FAMILIARE COME BENE DESTINATO AD UNO SCOPO. POSIZIONI DELLA DOTTRINA E PRIME APPLICAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA.

L'indagine sul rapporto tra casa familiare e destinazione patrimoniale è sollecitata dalla numerose pronunce giurisprudenziali nelle quali la casa familiare viene qualificata alla stregua di un «bene destinato ad uno scopo», in particolare quello di soddisfare «esigenze abitative familiari»¹. Si tratterebbe di un vincolo, che investe «un complesso di beni funzionalmente attrezzato per assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare [...] ma non esauribile nell'immobile, spoglio della normale dotazione di mobili e suppellettili per l'uso quotidiano della famiglia [né] identificata dal legislatore una figura giuridica formale, quale potrebbe essere un diritto reale o personale di godimento, ma nella concreta *res facti* che prescinde da qualsivoglia titolo giuridico sull'immobile, di proprietà, di comunione, di locazione. Il giudice della separazione assegnando l'abitazione della casa familiare al genitore affidatario della prole [...] non tanto crea un titolo di legittimazione ad abitare quanto conserva la destinazione dell'immobile con il suo arredo alla funzione di residenza familiare»².

¹ Da ultimo Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, *Dir. fam.*, 2005, p. 53 e Cass., 14 maggio 2007, n. 10994, *Guida dir.* (2007), f. 32, p. 57. L'affermazione è stata per lo più strumentale a giustificare la circostanza che l'eventuale provvedimento di assegnazione a séguito di separazione o divorzio non modificherebbe «natura» e «contenuto» del titolo ma al più una concentrazione del diritto in capo all'assegnatario.

² In questo senso Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Rass. dir. civ.*, con nota di GIACOBBE, E., «L'assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio», la quale ha dichiarato illegittimo l'art. 155, comma 4, c.c., nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del

Parte della dottrina³, dal canto suo, ha convenuto sulla circostanza della esistenza di siffatto vincolo di destinazione, la cui fonte sarebbe il fatto stesso della permanenza di un determinato nucleo familiare in un immobile: la destinazione scaturirebbe dalla circostanza della “insistenza” del nucleo familiare nell’immobile. Da esso deriverebbe un regime che riguarda l’immobile e impegna indubbiamente entrambi indipendentemente dalla proprietà separata di uno di essi: «ne potrebbero derivare limitazioni non solo nei confronti del coniuge-proprietario ma anche nei riguardi di terzi che si trovino a trattare con l’uno dei coniugi». Ed un indice in tale senso sarebbe, per l’appunto, la disciplina dell’assegnazione al coniuge affidatario. Ma in difetto di una norma specifica in cui rinvenire un modello di *Zweckvermögen* (bene destinato ad uno scopo), il fondamento sarebbe da ricercare nel principio di «solidarietà coniugale», riposante negli artt. 29, 30, 31 cost., che a sua volta giustificerebbe il regime di contribuzione solidale (che ha sostituito il precedente mantenimento unilaterale), riposante negli artt. 143, 144 e 160 c.c.⁴.

Più di recente, si è reputato che il provvedimento di assegnazione crea un «regime giuridico funzionalizzato del bene» alla stessa stregua dei vincoli di destinazione di uso privato e pubblico (rispettivamente *ex art. 2645-ter e quater* c.c.), nel quale elementi di realtà, ed in particolare l’opponibilità, ed elementi di obbligatorietà coesistono. Al provvedimento di assegnazione sarebbe da assimilare il vincolo negoziale di destinazione della casa familiare, che troverebbe fondamento nel fatto della convivenza, unitamente al sistema normativo della solidarietà propria dei modelli familiari (riposante negli artt. 29, 30, cost., 143, 144 e 147 c.c.)⁵.

Di contro, si obietta a ragione, difettano del tutto indici di diritto positivo che diano conferma dell’esistenza di un vincolo di destinazione in senso tecnico, il quale dovrebbe contemplare «la inalienabilità del bene e la sua impignorabilità – come previsto per il fondo patrimoniale -»⁶. Altro, rispetto al considerare il fatto della permanenza del nucleo familiare nella casa come fonte di creazione del vincolo, si aggiunge, è invece che la casa familiare sia oggetto di un atto *negoziale* di destinazione ai sensi dell’art. 2645-ter c.c., frutto cioè dell’autonomia dei coniugi o dei conviventi, la cui introduzione nel

provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare ai fini della opponibilità ai terzi.

³ VECCHIO, D.: “Profili applicativi dell’art. 2645-ter c.c. in ambito familiare”, *Dir. fam. pers.* (2009), § 7.

⁴ DI MAJO, A.: “Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi”, *Riv. trim.* (1981), p. 365 ss.

⁵ In questo senso CORRIERO, V.: *Autonomia negoziale e vincoli negli atti di destinazione patrimoniale*, Napoli (2015), spec. p. 241 e p. 249.

⁶ FREZZA, G.: “La casa (già) familiare”, *Dir. fam.* (2006), § 2.

sistema dovrebbe percepirsi quale completamento dell'ampio potere di autonomia negoziale che già la l. n. 54 del 2006 avrebbe consacrato⁷.

La stessa recente ordinanza della Corte di Cassazione - di rimessione alle Sezioni unite della risoluzione del contrasto interpretativo sul potere di revoca del comodante della casa adibita a casa familiare -, aveva posto il quesito se i coniugi o i conviventi *more uxorio* potessero avvalersi del meccanismo dell'art. 2645-ter c.c., già anteriormente al momento patologico del matrimonio o della convivenza (e dunque a prescindere dal provvedimento giudiziale di assegnazione)⁸. La Corte di Cassazione a Sezione unite si è però pronunciata obliterando del tutto la questione relativa all'utilizzo del negozio di destinazione e ribadendo la sola scelta ermeneutica, che già era maggioritaria e consacrata dalle Sezioni unite del 2004, secondo la quale il sopraggiunto provvedimento di assegnazione non modifica la natura e il titolo del godimento dell'immobile quale già era precedentemente ad esso: «il diritto del coniuge assegnatario [...] resta modellato nel suo contenuto dalla disciplina del titolo negoziale preesistente, con la conseguenza che alla normativa regolatrice dell'originaria convenzione occorre far riferimento al fine di delineare il complesso dei diritti e doveri di detto coniuge nei confronti del proprietario contraente»⁹. La destinazione a casa familiare assume rilevanza solo se e nella misura in cui integra l'«uso convenuto» nel contratto di comodato e (solo) in tal senso è idonea a condizionare la durata del vincolo sull'immobile¹⁰.

⁷ Riformulando l'art. 155 c.c., il quale al secondo comma disponeva che il giudice nei procedimenti di separazione, cessazione degli effetti civili, annullamento e nullità e di affidamento di figli nati fuori dal matrimonio «prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori»: ciò a prescindere dalla natura personale o reale del diritto scaturente dal provvedimento di assegnazione, che a séguito della medesima novella è divenuto trascrivibile *ex art.* 2643 c.c. (secondo FREZZA, G.: *o.l.u.c.*) o soltanto nella misura in cui al diritto volesse attribuirsi consistenza reale (secondo VECCHIO, F.D.: *o.l.u.c.*): infatti sarebbe difficilmente conseguibile un coordinamento normativo tra il diritto personale di godimento e la natura reale del vincolo di destinazione.

⁸ Anche a prescindere, parrebbe, dalla titolarità nel disponente del diritto di proprietà sul bene: poichè appare superata, si afferma, «da tesi – di matrice essenzialmente amministrativistica – che riconosceva al solo proprietario il potere di destinazione, con conseguente riconduzione del vincolo che ne scaturisce alla figura della limitazione del diritto di proprietà, non sembra revocabile in dubbio che la destinazione possa essere realizzata non solo dal titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale sull'immobile, ma anche da parte di chi sul medesimo vanta un mero diritto personale di godimento»: Cass., ord., 17 giugno 2013, n. 15113, *Dir. fam. pers.* (2013), p. 1367, con nota di commento di CIPRIANI, N.: «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite».

⁹ Cass., Sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, cit.

¹⁰ «Il coniuge affidatario della prole minorenni, o maggiorenne non autosufficiente, assegnatario della casa familiare, può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile, l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o divorzio, solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi (salva la

Nelle more degli auspici e delle istanze degli operatori, la giurisprudenza di merito ha comunque compiuto sporadici (e discussi) utilizzi dello strumento in funzione del soddisfacimento dell'interesse abitativo familiare.

Emerge in particolare, oltre ad un provvedimento del Tribunale di Saluzzo¹¹, soprattutto una recente pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia¹² con la quale è stata rigettata l'opposizione all'esecuzione promossa su un immobile destinato *ex art. 2645-ter c.c.* «al soddisfacimento delle *esigenze abitative* ed *in genere ai bisogni* del nucleo familiare» sui presupposti che: *a)* la disposizione non riconoscerebbe la possibilità di «autodestinazione unilaterale» tramite negozio destinatorio puro, a pena di veder vanificato il principio della responsabilità patrimoniale ed il carattere eccezionale delle fattispecie limitative di responsabilità; *b)* in ogni caso mancherebbe, in un negozio di destinazione di tal fatta, l'ulteriore requisito della meritevolezza come comparazione degli interessi in gioco, poichè «per un verso, la destinazione di un immobile abitativo a soddisfare le esigenze abitative della famiglia, costituisca una tautologia; per altro verso, l'ulteriore fine del soddisfacimento in genere dei bisogni della famiglia, si appalesa del tutto generico ed inidoneo a chiarire gli specifici bisogni tutelati e le ragioni per cui una simile necessità è sorta»¹³; *c)* in ultimo, l'applicazione analogica dell'art. 170 c.c. in materia di fondo patrimoniale avrebbe imposto al debitore di provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, peraltro da interpretarsi nella maniera più ampia, comprensiva cioè

concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, ancorché diverso) il contratto in precedenza insorto abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare. Ne consegue che, in tale evenienza, il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 cod. civ., sorge per un uso determinato ed ha – in assenza di una espressa indicazione della scadenza – una durata determinabile “*per relationem*”, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dall'insorgere di una crisi coniugale, ed è destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile»: Cass., Sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, *Dir. giust.* (2014); *Guida dir.* (2014), f. 42, p. 20 e *GiustiziaCivile.com* (2015), 7 aprile.

¹¹ La quale ha accolto (e dichiarato non soggetta ad autorizzazione) la destinazione di un compendio immobiliare *ex art. 2645-ter c.c.*, da parte dei proprietari (padre e nonna) nei confronti della moglie e dei figli «per far fronte ai bisogni della “propria famiglia in senso esteso”», come bisogno di «abitazione gratuita e consona allo *status* familiare» ma anche «ai bisogni sanitari di tutti i beneficiari e alle spese di educazione, istruzione e formazione dei figli»: DI SAPIO, A. e GIANOLA, A.: “Un meccanismo di protezione che tutela le esigenze primarie comuni alla famiglia”, commento a Trib. Saluzzo, Ufficio del giudice Tutelare, 19 luglio 2012, *Fam. min.* (2012), p. IX.

¹² Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, *Arch. loc.* (2015), 3, p. 309.

¹³ La durata poi era stata fissata con termine finale al raggiungimento dei quarant'anni della figlia. Termine reputato irragionevole e chiaro indizio di intento fraudolento nei confronti dei creditori, posto che l'autosufficienza del figlio si consegue in un momento solitamente antecedente.

dei crediti rinveniente da attività lavorativa dei singoli e con esclusione delle sole esigenze voluttuarie e speculative¹⁴.

II. DESTINAZIONE PATRIMONIALE E SEPARAZIONE NELLA IMPOSTAZIONE CLASSICA.

Indagare il rapporto tra casa familiare e destinazione patrimoniale si traduce allora nella formulazione di una risposta al quesito se la c.d. “destinazione a casa familiare”, della quale discorrono sovente la dottrina e la giurisprudenza, rappresenti già di per sè una destinazione in senso tecnico o se si possa giungere ad una destinazione in senso tecnico avvalendosi degli strumenti negoziali a disposizione delle parti disponenti, ed in particolare dell’art. 2645-ter c.c.

Sotto il profilo della disciplina, infatti, il diritto di abitazione è incredibile e intrasmissibile, si estingue «nel caso che l’assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio». Dalla riforma del 2006, poi, il relativo provvedimento di assegnazione e revoca è «trascrivibil[e] ed opponibil[e] ai terzi ai sensi dell’art. 2643». Il richiamo è compiuto in luogo di quello, più corretto, all’art. 2644 c.c.¹⁵, ma è da ritenersi adempimento indispensabile soltanto ai fini dell’opponibilità (anche) ultranovenale: in caso contrario, la mancata tempestiva esecuzione della formalità rischierebbe di vanificare la tutela dell’interesse della prole alla quale è diretto l’istituto dell’assegnazione¹⁶.

¹⁴ Lo stesso Tribunale di Reggio Emilia aveva segnato una delle prime applicazioni della nuova disposizione, avallando (ed anzi suggerendo) l’utilizzo dell’art. 2645-ter c.c. in luogo del mero trasferimento dal marito alla moglie in sede di separazione giudiziale, con obbligo di utilizzo dei frutti per il mantenimento dei figli, ritenuto possibile sotto il profilo formale e più rispondente all’interesse dei figli (Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, *Dir. fam.* (2008), p. 194, con nota di FREZZA, G.: “Sull’effetto “distintivo” e non traslativo, della separazione ex art. 2645-ter c.c.”), e *ivi*, 2009, p. 1199, con nota di MARRA, A.: “Il vincolo di destinazione a norma dell’art. 2645-ter c.c. nell’accordo di separazione fra coniugi”; *Il civilista* (2008), 12, p. 53). In epoca successiva, il medesimo Tribunale aveva invece disconosciuto questa soluzione, in ragione del detto divieto – oramai maturato – di vincolo destinatorio “autoimposto”, e suggerito invece l’adozione del *trust* quale strumento più idoneo al fine di regolare efficacemente, in sede di separazione personale dai coniugi «i propri rapporti economici per quanto concerne il mantenimento dei nipoti [per il] soddisfacimento delle esigenze abitative e/o economiche dei propri nipoti sino al compimento del ciclo di studi ed al raggiungimento dell’autosufficienza economica dei medesimi»: in questo senso Trib. Reggio Emilia, 22 giugno 2012, *Giuda dir.* (2012), f. 49-50, p. 15.

¹⁵ FREZZA, G.: “Tutela del minore fra residenza e casa familiare”, cit., p. 92.

¹⁶ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Problemi dell’assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola”, *Foro nap.* (2013), p. 22 s.; nonché FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, Milano (2008), p. 6; GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, *Dir. fam. pers.*

L'orientamento ha trovato conferma in una recentissima statuizione a tenore della quale la tutela della situazione abitativa scaturente dalla convivenza sarebbe opponibile anche nei confronti dei terzi ed anche a prescindere dall'avvenuta trascrizione del provvedimento, in quanto il genitore collocatario, «in virtù dell'*affectio* che costituisce il nucleo costituzionalmente protetto della relazione di convivenza, è comunque detentore qualificato dell'immobile ed esercita il diritto di godimento su di esso in posizione del tutto assimilabile al comodatario»¹⁷.

Nell'ottica di accordare allora una tutela più stabile ad una situazione, che di là dalle affermazioni di principio – e quasi di stile-, la rinviene solo mediante il provvedimento giudiziale di assegnazione (anche se probabilmente anche prima della sua trascrizione), e comunque soltanto nei confronti del coniuge non assegnatario e dei suoi aventi causa, l'attenzione si è appuntata sulla disposizione dell'art. 2645-ter c.c.¹⁸, la quale ha ridestato l'attenzione sulla

(2008), p. 742. Ciò si pone in armonia e continuità anche con il precedente orientamento vigente nel vigore della l. 74 del 1987 che in materia di divorzio prevedeva che «l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 c.c.». Nel silenzio dell'art. 155 previgente, la disposizione era stata ritenuta applicabile per analogia da Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Arch. loc.* (1989), p. 443; *Cons. Stato* (1989), II, p. 1063; *Arch. civ.* (1989), II, p. 1052; *Foro it.* (1989), I, p. 3336; *Giust. civ.* (1989), I, p. 2244; *Dir. fam.* (1989), I, p. 491; *Giur. cost.* (1989), I, p. 2075; *Vita not.* (1989), I, p. 449; *Nuova giur. civ. comm.* (1990), I, p. 292. Rimaneva però il problema se la trascrizione fosse necessaria per l'opponibilità ultranovenale (in questo senso in particolare Cass., 18 agosto 1997, n. 7680 e Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, *Vita not.* (1997), I, p. 280 e *Foro it.* (1997), I, p. 3331) o in ogni caso, anche per il periodo inferiore al novennio (Cass., 6 maggio 1999, n. 4529, *Foro it.* (1999), I, p. 2215; *Giust. civ.* (1999), I, p. 2305; *Arch. civ.* (1999), p. 975; *Riv. not.* (2000), II, p. 109). Il contrasto è stato composto, nel primo senso, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione del 26 luglio 2002, n. 11096: «i sensi dell'art. 6, comma 6, l. n. 898 del 1970 e successive modifiche, il provvedimento di assegnazione della casa familiare, in caso di divorzio o di separazione personale, avente per definizione data certa, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, pur se il provvedimento “*de quo*” non è stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione, ed anche dopo il novennio ove il titolo sia stato in precedenza trascritto».

¹⁷ Cass., 21 maggio – 11 settembre 2015, n. 17971, *Guida dir.* (2015), f. 41, p. 52.

¹⁸ La disposizione, di recente introduzione, consente la trascrizione di atti redatti in forma pubblica con i quali beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri siano destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, «alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma». Dal momento della sua introduzione i contributi sono stati innumerevoli: si rinvia per una esauriente bibliografia generale a MIGLIACCIO, E.: *Parità di trattamento e concorso dei creditori*, Napoli (2012), p. 22, da integrarsi, per quanto riguarda l'applicazione dell'istituto in ambito familiare con CHIAPPETTA, G.: *Famiglia e minori nella leale collaborazione tra le corti*, Napoli (2001), spec. cap. III; FRANCESCA, M.: “La destinazione all'interesse familiare: autonomia privata e fondamento solidaristico”, *Riv. not.* (2012), p. 1036 ss.; PETTI, G.: “Atto di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c. e separazione consensuale dei

problematica piú generale della destinazione patrimoniale.

Si è considerato allora come la destinazione abbia assunto nella dottrina un significato ampio, quale elemento caratterizzante tutta una serie variegata di fenomeni, tra i quali sono stati ricompresi anche la destinazione a pertinenza o a servitù, la destinazione a universalità di beni¹⁹, la apposizione di vincolo forestale o paesaggistico²⁰, il mutuo di scopo e l'atto di dotazione nei fenomeni associativi²¹. Cionondimeno, nell'ambito delle piú ampie situazioni di destinazione, soltanto talune importano separazione del patrimonio e incidono sulle regole della responsabilità comportandone una limitazione

coniugi", *Obbl. contr.* (2008), p. 233 ss.; ROMANO, C. e MINNITI, G.: "Atto di destinazione di bene immobile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. e di trasferimento in ottemperanza ad accordi in sede di separazione personale dei coniugi", in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato* (2012), p. 339; PANZANI, L.: "Fondo patrimoniale, trust, patto di famiglia, patrimoni destinati, vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c. ed azioni a tutela dei creditori", *Il nuovo diritto delle Società* (2012), p. 9 ss.; CEOLIN, M.: "Regolamenti di condominio e vincoli di destinazione, anche alla luce del nuovo art. 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2009), p. 873; MARRA, A.: "Il vincolo di destinazione a norma dell'art. 2645-ter c.c., nell'accordo di separazione fra coniugi", cit.; VECCHIO, D.: "Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare", cit.; PARTISANI, R.: "L'art. 2645-ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia", *Fam. pers. succ.* (2007), p. 779.

¹⁹ FALZEA, A.: "Introduzione e considerazioni conclusive", AA.VV., "*Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*", Milano (2003), p. 4, il quale prospetta una teoria generale della destinazione dei beni allo scopo, che si avvale, da un lato, delle fattispecie codicistiche (fondate però sul criterio dell'utilità procurata dalla cosa oggetto di destinazione alla cosa a vantaggio della quale la destinazione veniva disposta piuttosto che all'interesse delle persone: fattispecie che, in quanto oggettive, si differenziano da quella introdotta dall'art. 2645-ter c.c., prevalentemente soggettiva, riferita direttamente alle persone), dall'altro della tradizione e della erezione della persona giuridica sul patrimonio allo scopo (*Zweckvermögen*).

²⁰ GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", *www.iudicium.it*, p. 2.

²¹ BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", *Riv. dir. civ.* (2007), p. 200. Non sono mancati utilizzi del concetto in senso strettamente aderente al suo significato letterale di «determinazione di un destino», purché accompagnato da autonoma qualificazione normativa, con conseguente ricomprensione della destinazione della somma consegnata al debitore ad estinzione di un proprio debito specifico mediante imputazione a pagamento ex art. 1193 c.c. o la destinazione della somma ricevuta a mutuo ad estinzione del proprio credito da parte del debitore che voglia produrre la surrogazione ex art. 1202 c.c.: in questo senso LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2007), p. 1073 s. La destinazione secondo l'A. è infatti atto materiale cui non segue alcuna modificazione in senso giuridico fattuale e che resta irrilevante giuridicamente in assenza di una norma di diritto sostanziale che ne opera una qualificazione giuridica. Sono stati in tale senso richiamati anche i vincoli imposti dai regolamenti condominiali contrattuali, i provvedimenti amministrativi che limitano il potere di godere e disporre dei beni, quali i limiti imposti a tutela dell'interesse culturale da ultimo indicati dal d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, oppure quelli imposti dai Comuni nell'esercizio della potestà urbanistica: GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", *Riv. dir. civ.* (2007), I, p. 322.

rilevante, ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c. E soltanto in relazione ad esse può discorrersi di destinazione in senso tecnico²²: esattamente quella, cioè tendenzialmente esclusa per la attuale disciplina della casa familiare e rispetto alla quale dovrebbe invece poter operare l'art. 2645-ter c.c.

Quest'ultima disposizione, dunque, oggetto di ampio dibattito, è stata reputata confermativa di un già esistente atto negoziale atipico di destinazione²³, sostanzialmente secondo due indirizzi: il primo che lo

²² LENZI, R.: "Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.", *Contr. impr.* (2007), p. 229 ss.; FALZEA, A.: "Introduzione", cit., p. 27 ss.; DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata", *Rass. dir. civ.* (2007), p. 989. «Nell'ambito dei vari significati che la destinazione può rivestire, la destinazione del patrimonio ad uno scopo assurge ad autonoma categoria giuridica. In questa accezione tecnica la destinazione comporta sempre un fenomeno di separazione patrimoniale, in quanto si tratta di vincolo reale di destinazione. Qui destinazione e separazione sono elementi inscindibili»: così BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., pp. 198, 200, 201. In particolare per la riconducibilità delle varie (a-tecniche) accezioni di destinazione alla logica del diritto soggettivo, DI RAIMO, R.: "Persona giuridica, destinazione e segregazione", *Corti pugliesi* (2008), p. 25 s.

²³ Sebbene si sia ritenuto, da parte di taluni, che essa abbia soltanto la funzione di confermare la trascrivibilità del *trust* (LUPOI, M.: "Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di *trust*", *Taf* (2006), p. 469 s.; MANES, P.: "La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti", *Contr. impr.* (2006), p. 626 ss.), la dottrina prevalente attribuisce alla norma una valenza sostanziale, quale disciplina anche della fattispecie e (non solo dell'effetto) dell'atto atipico di destinazione: in questo senso GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1 s.; DE NOVA, G.: "Esegesi dell'art. 2645-ter cod. civ.", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano 19 giugno 2006, www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 1, il quale ravvisa nella nuova norma «un "ministatuto" dell'atto di destinazione»; BIANCA, M.: "L'atto di destinazione: problemi applicativi", *Riv. not.* (2006), p. 1175, la quale intravede nella norma la «ratifica» della legittimità del negozio di destinazione. Secondo NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, www.scuoladinotariatodellalombardia.org, p. 4 s., vi sarebbe nell'art. 2645-ter c.c. una categoria presupposta riguardante l'atto di destinazione in sé produttiva di soli effetti obbligatori «consentendo, ad esempio, di pretendere l'amministrazione dei beni secondo le indicazioni dell'atto», ed una seconda «riguardante l'opponibilità della separazione», «volta a disciplinare la fattispecie secondaria produttiva di questo specifico effetto»; per il tramite della disposizione, ad avviso di GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 327, il legislatore avrebbe abdicato al suo potere di individuare, a monte della tipizzazione, la meritevolezza della separazione patrimoniale, in favore di una valutazione rimessa al privato ed alla sua autonomia negoziale. In particolare ad avviso di DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 948, la norma non introduce nel sistema gli atti di destinazione, quali atti preordinati all'effetto di destinazione ma dà per presupposta l'esistenza di tali atti ed il loro proprio effetto, stabilendo i requisiti in presenza dei quali questi possono essere trascritti. Nel senso che la norma estenda, senza interferenze con i casi di separazione già riconosciuti «la capacità dell'autonomia di creare altri casi di realizzazione "patrimonialmente separata", di

ricostruisce quale atto ad efficacia reale²⁴, il secondo, quale atto ad efficacia obbligatoria²⁵, eventualmente riducendo la realtà del suo contenuto alla

un fine meritevole», OPPO, G.: “Riflessioni preliminari”, in BIANCA, M. (a cura di): *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano (2007), p. 4.

²⁴ In questo primo orientamento si colloca chi aveva già effettuato un tentativo di conferire legittimità e meritevolezza al negozio di destinazione con riferimento al *trust* sulla base della sola corretta valutazione dell'ampiezza dell'autonomia negoziale, sancita dall'art. 1322 c.c., espressivo a sua volta degli artt. 2 e 41 cost.: si tratterebbe di un'attribuzione, di natura puramente strumentale, «operata in favore del soggetto, che assume su di sé il vincolo – essendo tenuto all'attività gestoria ed altresì dispositiva, occorrente al perseguimento del finale assetto di interessi» e di una attribuzione ulteriore nei confronti del soggetto, o dei soggetti, cui il disponente ha inteso far pervenire i propri beni, le relative rendite o l'eventuale ricavato dalla loro alienazione, a séguito della quale il vincolo di destinazione, una volta ottenuto il risultato, andrà a risolversi: PALERMO, G.F.: “Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano”, *Riv. dir. comm.* (2000), p. 396 ss. (la riflessione è stata svolta con riferimento al *trust* ed alla sua ammissibilità nel nostro ordinamento). Appartiene a questa corrente anche chi ha riconosciuto nella destinazione una modificazione del contenuto della proprietà, con limitazione del potere di disposizione del proprietario e compressione del potere di aggressione da parte dei creditori, e nell'art. 2645-ter c.c. la disciplina sino ad allora assente della trascrizione di atti modificativi del contenuto del diritto di proprietà: secondo PETRELLI, G.: “La trascrizione degli atti di destinazione”, *Riv. dir. civ.* (2006), p. 169, la norma «ridisegna completamente il panorama normativo sul quale poggiava la costruzione concettuale del negozio fiduciario», nel senso della creazione di un diritto reale funzionalizzato che incide altresì sul meccanismo delineato dall'art. 1707 (consentendo la immediata opponibilità a prescindere dalla trascrizione della domanda giudiziale; nello stesso senso GRASSO, B.: “L'art. 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni”, *Riv. not.* (2006), I, p. 1196); ed ancora chi intravede nella destinazione «una nuova modalità di disposizione del bene, una disposizione *conformativa*, capace di incidere sulla struttura della situazione soggettiva, modellandola dall'interno» e «contribuendo, sotto il profilo sistematico, a ridisegnare i tradizionali confini tra autonomia privata, contratto e circolazione dei beni»: LA PORTA, U.: “L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.”, cit., 1073. I problemi ricostruttivi posti dalla presunta tipicità dei diritti reali e dalla altrettanto presunta tipicità delle cause traslative (scambio o donazione) vengono risolti ponendo in rilievo che il potere conformativo rientra in quello di disposizione, quale potere «diretto allo sfruttamento del bene in forme diverse da quelle tradizionalmente note ma ugualmente legittime». L'interesse del disponente, realizzato destinando, alla stessa stregua dell'interesse realizzato vendendo o donando, trova il suo punto di equilibrio nell'esperibilità dell'azione revocatoria e nei meccanismi di pubblicità: LA PORTA, U., *o.u.c.*, pp. 1092, 1094 (la tesi descritta è condivisa da GRASSO, B.: “L'art. 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni”, cit., p. 1192).

²⁵ Nell'ambito del secondo orientamento si collocano quanti – già prima della introduzione dell'art. 2645-ter c.c. – ammettevano che l'autonomia negoziale potesse esplicarsi con il compimento di un atto di destinazione, ma con effetti che fossero già ricompresi nel *pactum fiduciae* o nel *pactum de non alienando* di cui all'art. 1379 c.c. o, ancora, nel mandato a vendere (o ad acquistare), mancando nel nostro ordinamento una disposizione che consentisse di procurare l'opponibilità propria della situazione reale: in questo senso GAZZONI, F.: “Tentativo impossibile (osservazioni di giurista «non vivente» su *trust* e trascrizione)”, *Riv. not.* (2001), p. 11 ss. (la cui posizione è stata considerata da PALERMO, G.: “Contributo allo studio del *trust* e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano”, cit., p. 416,

opponibilità del vincolo²⁶.

In coerenza con le diverse premesse, è stato poi differentemente risolto il problema del rapporto tra destinazione e separazione. Le tesi cioè che attribuiscono portata reale all'atto di destinazione²⁷ relegano la separazione a

espressione di positivismo giuridico di tipo statalista). «Là dove la destinazione non è regolata dalla legge vige [...] la libertà e l'autonomia privata, sul piano ovviamente obbligatorio, almeno per chi, come me, ancora crede nel principio di tipicità dei diritti reali, collegato al principio di tipicità della trascrizione e ai limiti che derivano dall'art. 1372² c.c.»: GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit. Tra gli atti di destinazione previsti dalla legge cui l'A. accorda rilevanza reale (la servitù costituita per destinazione del padre di famiglia, art. 1062 c.c., il vincolo pertinenziale, art. 817, o il vincolo paesaggistico e forestale), e quelli affidati all'autonomia negoziale ad effetto puramente obbligatorio, l'A. annovera «ipotesi intermedie», quali sarebbero le obbligazioni *propter rem* (la destinazione di parte dell'edificio condominiale ad alloggio del portiere, *ex art.* 1117, n. 2).

Peraltro, non è mancato chi, definita la destinazione come «dissociazione tra il potere giuridico (del proprietario) e il suo contenuto economico (destinato ad altri)», ha ritenuto che l'atto, in quanto sorretto da un interesse di rango superiore rispetto al generico "apprezzabile interesse" di cui all'art. 1379 c.c., consente ora, intervenuta la disposizione dell'art. 2645-ter c.c., il superamento dei limiti ivi indicati. In questo senso LUMINOSO, A.: "Contratto fiduciario, *trust*, e atti di destinazione *ex art.* 2645-ter c.c.", *Riv. not.* (2008), p. 998 ss., ad avviso del quale la carica innovativa della disposizione non riposerebbe nella previsione di uno schema di atto di destinazione, in quanto già rientrava nel potere dei privati porre in essere atti di destinazione seppure con effetti puramente obbligatori, bensì nella deroga al principio generale sancito dall'art. 1379 c.c., sia quanto ad estensione temporale della limitazione, sia quanto alla sua opponibilità a terzi. La posizione in punto di interpretazione ed ambito di applicazione dell'art. 1379 c.c. non è comunque unanime: in senso contrario alla sua interferenza con i vincoli di destinazione in particolare FUSARO, A.: "La posizione dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.", in Aa.Vv.: *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano (2006), p. 30 ss.

²⁶ In particolare si è sottolineato che «la bipartizione tra vincoli reali ed obbligatori di destinazione può infatti accettarsi solo se il riferimento alla realtà o alla personalità del vincolo non riguarda la natura del diritto ma la opponibilità dello stesso»; e si è così giunti a concludere che «i patrimoni separati si caratterizzano dunque quali vincoli reali di destinazione incidenti sulla sfera dei terzi, creditori, comportando una deroga al principio di illimitata responsabilità patrimoniale, o acquirenti, prospettando un diverso regime di circolazione dei beni separati»: BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 219 (l'analisi più recentemente sollecitata dall'introduzione dell'art. 2645ter, si era già sviluppata in questo senso).

²⁷ Si tratta delle tesi di Palermo, G. e La Porta, U. annoverate da BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 211, fra le tesi c.d. negoziali: «secondo questa impostazione, la separazione patrimoniale non sarebbe altro che un effetto dell'atto negoziale di destinazione voluto dalle parti. Indipendentemente dall'accoglimento di questa soluzione, grande merito di questa dottrina è stato quello di concepire la destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, in cui per la prima volta si individua la rilevanza della causa di destinazione. Il risultato evidente sul piano sistematico è stato quello di rivendicare ai privati l'atto di destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale. Questa costruzione, brillante nelle premesse, ha tuttavia comportato una preferenza per

mero effetto della destinazione, risultato anch'esso dell'autonomia negoziale. La trascrizione avrebbe, così, funzione dichiarativa dell'effetto reale di destinazione (comportante in quanto tale separazione)²⁸.

In senso contrario si sono mossi i fautori della tesi della natura meramente obbligatoria dell'atto di destinazione: l'intervenuta trascrizione è idonea a produrre costitutivamente l'effetto di separazione²⁹. Nella stessa direzione si pone altresì l'opinione secondo la quale la trascrizione sarebbe momento ineliminabile per conferire non soltanto efficacia ma altresì rilevanza alla destinazione, in sé atto neutro, rappresentante eventualmente solo una fase del procedimento finalizzato alla opponibilità, unico effetto rilevante³⁰: «destinazione e separazione sono elementi inscindibili»³¹.

Entrambe le ricostruzioni scontano il limite di non riuscire ad intravedere la destinazione al di là del meccanismo pubblicitario dal quale sia eventualmente assistita, che produrrebbe – dichiarativamente o costitutivamente – l'effetto di separazione rispetto al patrimonio del disponente, unico momento rilevante della vicenda. E quale che sia la opzione, tra le due, eventualmente

l'elemento della destinazione e una svalutazione della separazione, relegata ad *effetto* dell'atto negoziale di destinazione».

²⁸ LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1075. Si orienta per la natura dichiarativa anche LUMINOSO, A.: "Contratto fiduciario, *trust*, e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1001, nota 28.

²⁹ Opera una distinzione (affidata alla meritevolezza) tra atto di destinazione trascrivibile con conseguente limitazione di responsabilità e atto «ordinario» di destinazione che dà solo luogo ad un vincolo obbligatorio per il quale è sufficiente un giudizio di liceità GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", cit., p. 7. Si tratterebbe ad avviso di PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 191 s., di pubblicità dichiarativa ai fini del vincolo di indisponibilità e costitutiva ai fini della separazione patrimoniale, ferma restando la nascita dell'effetto obbligatorio di destinazione anche prima della trascrizione.

³⁰ Ad avviso di SPADA, P.: "Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo", Relazione al Convegno della Scuola di notariato della Lombardia, Milano, 19 giugno 2006, www.scuoladidotariadellalombardia.org, e ID.: "Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta", in Aa.Vv.: *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata: atti del convegno / Fondazione italiana per il notariato*, Milano (2007), p. 122.

A quest'area, ancora, appartiene la dottrina che, individuato il fulcro dell'effetto reale nella opponibilità dell'atto, distingue nettamente la destinazione che opera sul piano dell'atto, e la separazione, che opera sul piano della opponibilità: BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 219.

³¹ «Una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione»: così BIANCA, M., *o.u.c.*, pp. 198, 200, 201. Anche la dottrina più risalente descrive la destinazione quale giustificazione della separazione, che resta elemento centrale ineliminabile: v. in particolare, FERRARA SR., F.: *Trattato di diritto civile italiano*, Roma (1921), rist. Camerino-Napoli (1985), p. 875 ss.; PINO, A.: *Il patrimonio separato*, Padova (1950), p. 12 ss.; BIGLIAZZI GERI, L.: "Patrimonio autonomo e separato", *Enc. dir.*, XXIII, Milano (1976), p. 280 ss.

prescelta, poichè l'effetto di separazione incidente sulla responsabilità patrimoniale è essenziale per entrambe e difetta nella disciplina della casa familiare - differentemente, per l'appunto, dal fondo patrimoniale-, in questo senso non vi è possibilità alcuna di intravedere una destinazione.

III. DIVERSA IMPOSTAZIONE DEL RAPPORTO TRA DESTINAZIONE E SEPARAZIONE. RILEVANZA ED EFFICACIA.

Invero, però, la destinazione è un fenomeno assai ampio, non rappresentabile unitariamente né per categorie rigide, che nel suo significato più generale si riscontra ogni qualvolta vi sia l'individuazione un interesse, da parte dei privati o dell'ordinamento, differente da quello preso in considerazione nella disciplina dei rapporti aventi come terminale oggettivo un bene: «la mutazione dell'interesse induce una correlativa modificazione della consistenza del bene *sub specie iuris* di una cosa o di una utilità»³².

La destinazione può avere quindi un suo proprio effetto indipendente dalla eventuale separazione patrimoniale dalla quale sia assistito, ed è effetto organizzativo e regolamentare ³³, caratteristico della prospettiva procedimentale. Essa necessita della predeterminazione di un interesse che abbia caratteristiche di oggettività tali da potersi tradurre in termini di funzione e si attua mediante apposizione di una regola che formalizza la funzione del patrimonio e che, in quanto stabile, si sottrae alla disponibilità di chi l'ha posta. Questi sul patrimonio destinato perde il potere libero acquistando (o determinando il sorgere in capo ad un terzo di) una funzione amministrativa³⁴. «La separazione esprime [invece] una misura e una modalità di efficacia della destinazione»³⁵.

In questo senso si tratta di effetto meramente oggettivo che «non si esprime sul piano della titolarità bensì su quello della funzione della situazione disposta» ³⁶, rappresentabile indipendentemente dall'attribuzione - impregiudicato (ed indifferente) restando l'aspetto della titolarità del bene investito³⁷- e dalla eventuale separazione patrimoniale dalla quale può essere

³² DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 988.

³³ FERRO LUZZI, P.: *I contratti associativi*, Milano (1971), p. 170; SPADA, P.: "Il vincolo di destinazione", cit., p. 3; ID., "Articolazione del patrimonio", p. 122 s. e p. 125; DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 957.

³⁴ DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 958.

³⁵ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 950.

³⁶ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 952.

³⁷ È stato correttamente rilevato in questa direzione che la destinazione «viene pur sempre concepita come regola che astrae dalla titolarità» e che «il valore culturale innovativo rispetto al passato è la liberazione della nozione di patrimonio separato dalle

o meno assistito.

Sì che, per un verso, non è necessario che l'atto coinvolga due situazioni giuridiche soggettive, né in senso reale, né in senso obbligatorio: non è trasferimento di un proprietà conformata da un soggetto ad un altro³⁸; non è obbligazione legata all'attuazione dello scopo³⁹. E ne deriva, in punto di struttura dell'atto di destinazione, che esso *debba* essere unilaterale, dunque né bilaterale modellato sullo scambio, né variabile⁴⁰: la minima unità effettuale della destinazione alla scopo è realizzata già con un atto unilaterale di predeterminazione dell'interesse.

Per altro verso, l'interesse sotteso alla destinazione ammette diverse modulazioni, per sua intrinseca natura o per scelta del disponente che con la sua intrinseca natura non collida; e, per conseguenza, richiede differenti

concettualizzazioni relative alla costruzione della nozione di persona giuridica e di soggetto di diritto» (BIANCA, M.: "Atto negoziale di destinazione e separazione", cit., p. 205).

³⁸ Ove presente, il trasferimento risulterebbe altro rispetto al momento regolamentare, momento eventualmente successivo ma inessenziale, che darebbe luogo ad un negozio complesso: DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 965.

³⁹ L'attività del mandatario, in cui consisterebbe l'attività gestoria, si risolverebbe in una attività di natura personale diretta a realizzare l'interesse del mandante-proprietario: DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 966.

⁴⁰ Il dibattito della dottrina è stato infatti intenso anche in relazione alla struttura dell'atto: essa sarebbe necessariamente bilaterale e gratuita secondo GAZZONI, F.: "Osservazioni sull'art. 2645-ter", cit., p. 7 ss., in ragione soprattutto del principio di tipicità degli atti unilaterali; eventualmente anche onerosa secondo GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 335 s., il quale reputa possibile la stipulazione nella forma dell'art. 1333 c.c. nel caso della gratuità e nella forma della promessa al pubblico nel caso, dall'A. ammesso, che l'interesse faccia capo ad una collettività di persone indeterminate, oltre che in ipotesi di ricorso alla forma testamentaria (in questo senso anche PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 164, M. MAGGIOLO, "Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", in AA.VV.: *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli (2008), p. 1158); variabile, dunque tanto unilaterale che bilaterale, onerosa o gratuita secondo FALZEA, A.: "Introduzione", cit., p. 5 s. e NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", cit., p. 1 s.; unilaterale ma con possibilità di costituzione bilaterale al fine di rafforzare la posizione del beneficiario secondo DORIA, G.: "Il patrimonio finalizzato", cit., p. 507. L'atto ammetterebbe anche l'inserimento in una vicenda traslativa purché sorretta dalla sola causa di destinazione in quanto scambio e liberalità sarebbero compatibili solo con un'attribuzione definitiva e finale in favore del destinatario, secondo LA PORTA, U.: "L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1088 s. L'atto può prevedere o meno il trasferimento della proprietà al beneficiario anche secondo LUPOI, M.: "Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di *trust*", cit., o prevedere il trasferimento della proprietà al terzo il quale dovrà attuarla secondo lo schema della fiduciar germanistica secondo MORELLO, U.: "La pubblicità immobiliare dell'atto negoziale di destinazione e del *trust*", www.magistra.it (2006).

regolamenti. Non necessariamente esige la separazione patrimoniale quale unica regola di efficacia, essendo possibile cogliere il fenomeno anche soltanto in punto di rilevanza o di limitata o parziale efficacia.

IV. LA QUALITÀ DELL'INTERESSE

La soluzione del problema circa la configurabilità di una destinazione a casa familiare non può risolversi, allora, escludendola in radice in ragione della mancanza (che pur è reale) di un effetto di separazione, né in ragione della impossibilità di configurare un negozio unilaterale destinatorio «puro», poiché invece il fenomeno, da un lato, può cogliersi secondo gradi differenziati di efficacia (o in punto di mera rilevanza) e, dall'altro, richiede per la sua funzione una struttura unilaterale.

Il problema si sposta invece sulla possibilità di intravedere, nei tratti di disciplina che l'ordinamento accorda alla casa familiare, gli estremi della destinazione, a prescindere dalla separazione, come mutamento dell'«interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è terminale oggettivo», con conseguente modifica del suo statuto e del rapporto tra esso e il soggetto proprietario⁴¹.

Innanzitutto si pone un problema di *qualità* dell'interesse⁴². La vicenda destinataria si caratterizza per «incidere sullo statuto di cespiti patrimoniali in funzione del perseguimento di interessi *differenti* rispetto a quelli che presiedono la sua regolamentazione generale»⁴³. Essa non può allora cogliersi ove vi sia mero esercizio di una prerogativa proprietaria, come esercizio della facoltà di godere del bene secondo il proprio interesse (individualistico e volontaristico), il medesimo che connota cioè la situazione soggettiva di partenza, senza predeterminazione e programmazione conseguente dell'attività. In via generale, il proposito soggettivo di un certo impiego del bene (ed anche il suo materiale impegno in quel senso) non sarebbe sufficiente, occorrendo invece che si tratti di un interesse *a)* puramente oggettivo, come «necessità o opportunità presunte dall'ordinamento che sia data soddisfazione a certi bisogni»⁴⁴, o di sintesi tra vari interessi tra i quali eventualmente anche quello egoistico del disponente (ad es. l'attività di impresa), *b)* o del tutto alieno rispetto a quello personale del proprietario-

⁴¹ DI RAIMO, R.: «La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali», *Rass. dir. civ.* (2010), p. 1109.

⁴² DI RAIMO, R.: «Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.», cit., p. 966.

⁴³ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 952.

⁴⁴ Per tutti, v. MIELE, G.: «Potere e diritto soggettivo», *Riv. dir. comm.* (1944), p. 115. V. per ogni altro approfondimento in ordine al concetto di diritto oggettivo, MIGLIACCIO, E.: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Napoli (2012), *passim*.

disponente; c) o, se egoistico e ricompreso tra le prerogative proprietarie, particolarmente meritevole di tutela e riferibile anche a soggetti diversi: ad esempio, e proprio, i bisogni della famiglia.

Emblematica della natura oggettiva dell'interesse e dei diversi gradi di separazione da cui esso è potenzialmente assistito è la destinazione dell'azienda ad attività di impresa (elemento di sintesi di molteplici interessi, collettivi e individuali insieme)⁴⁵; ed in chiave di destinazione assistita da «graduale» separazione, la s.n.c. e poi la s.p.a.⁴⁶.

E, nella stessa ottica, si pensi proprio al rapporto tra comunione legale e fondo patrimoniale (il quale si innesta a sua volta su un regime patrimoniale secondario di comunione o separazione): in entrambi i casi si tratta di patrimonio connotato dal medesimo interesse, che è quello della famiglia, da ricostruirsi unitariamente⁴⁷ (al di là delle sfumature terminologiche)⁴⁸, non quale interesse superindividuale di cui è titolare la famiglia, entità distinta dai suoi componenti, ma come complesso di situazioni giuridiche che nascono nella comunità familiare quale formazione sociale nel cui ambito trovano realizzazione il valore della dignità umana «e ogni altra istanza rispondente alla tutela degli interessi primari della persona, sia esistenziale che patrimoniale»⁴⁹. Interesse oggettivo, nonostante la sua matrice egoistica, in ragione della sua particolare rilevanza nell'ordinamento, e che conosce differenti modulazioni in chiave di rapporto tra destinazione e separazione.

L'asservimento del patrimonio all'interesse familiare determina, infatti, per il fondo, che ai creditori che hanno contratto consapevolmente per scopi estranei *sia del tutto preclusa l'azione esecutiva*; mentre per la comunione, che

⁴⁵ Quello generale allo svolgimento corretto dell'attività di impresa, che ingloba quello dei prestatori di lavoro e dei creditori e dello stesso imprenditore. Le regole poste dall'ordinamento tali sarebbero anche se difettassero lavoratori o creditori, anche se i beni destinati fossero tutto in proprietà dell'imprenditore o nessuno (per ogni ulteriore approfondimento DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 958 ss.).

⁴⁶ DI RAIMO, R., *o.l.u.c.*

⁴⁷ Come ricomprendente «qualsiasi necessità o esigenza riguardante l'intero gruppo familiare o anche uno solo dei suoi componenti», assunta dai coniugi nell'ambito dell'indirizzo concordato (così GALASSO, A.: *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma (2003), p. 413); nel senso che il fondo patrimoniale sarebbe caratterizzato da una diversa intensità del bisogno, invece, RUSSO, E.: *Le convenzioni matrimoniali*, Milano (2004), p. 241 ss., cui sembra opporsi Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, *Nuova giur. civ. comm.* (1995), I, p. 19).

⁴⁸ "Bisogni" per il fondo patrimoniale, artt. 167, 168 e 170 c.c.; "interesse" per la comunione, artt. 181, 186, 192 e 193 c.c.: RUSSO, T.V.: *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, Napoli (2004), p. 30, ed *ivi*, ulteriori ampi riferimenti.

⁴⁹ RUSSO, T.V.: *Obbligazioni familiari e responsabilità patrimoniale nel regime di comunione legale*, cit., p. 30.

anche i creditori che hanno contratto per scopi estranei possano aggredirne i beni, ma *in via sussidiaria e per la metà del valore* (art. 189 cpv. c.c.). Come dire cioè che la rilevanza dell'interesse ed un certo grado di efficacia è già rinvenibile nella comunione legale (dove la regola che formalizza la funzione è posta dalla legge, il che risolve in radice anche il problema della pubblicità), dei quali è indice l'esistenza del beneficio di escussione. Ed il fondo patrimoniale, nel destinare al medesimo interesse, semplicemente realizza – mediante una rafforzata pubblicità della regola – un grado più intenso di separazione.

V. L'INTERESSE CD. ABITATIVO. INDICI DI RILEVANZA E DI EFFICACIA.

Ricostruito, come si è fatto, il rapporto tra rilevanza ed efficacia della destinazione, e chiarito che l'interesse familiare, pur essendo egoistico, è dunque di per sé idoneo ad essere oggettivato – per essere sintesi di interessi diversi da quelli del proprietario e per essere comunque dotato di particolare meritevolezza – occorre domandarsi se si rinvengono indici di *rilevanza della destinazione a siffatto interesse*, ed in particolare all'interesse *abitativo* familiare, che ne rappresenta una componente.

Indici di rilevanza che, si è detto, a prescindere dalle regole di efficacia e pur con le più varie sfumature possibili, sono dati innanzi tutto dall'esistenza di una regola stabile, dalla definibilità di una funzione amministrativa (e contabile), da regole di controllo e procedimenti liquidativi.

Ebbene non pare che, prima del provvedimento di assegnazione adottato *ex art. 337-sexies*, comma 1, c.c., laddove l'interesse abitativo pertiene indistintamente alla famiglia, vi sia la possibile configurazione di una *regola* abitativa predeterminata o predeterminabile, come interesse abitativo del nucleo che si appunti necessariamente su un certo immobile, con stabilità e indisponibilità tale da mutarne lo statuto. Vi sono però invero indici del fatto che un certo *uso* – e non un atto puntuale – *ha mutato la funzione del bene*, senza che ciò sia accaduto in un momento preciso, *determinando il mutamento dell'interesse epicentro della situazione cui il bene è asservito*⁵⁰.

⁵⁰ DI RAIMO, R.: “La «proprietà pubblica»”, cit., p. 1109: considerazioni in tal senso sono svolte con riferimento ai beni culturali nei quali il valore storico artistico emerge già prima della certificazione: «la caratteristica del bene, ciò che lo rende il bene culturale, preesiste a tutto»; «nel tempo, è impossibile individuare un momento preciso, il bene cambia: con l'uso, non in conseguenza di un atto puntuale. A cambiare non è ovviamente la cosa – che è sempre la stessa – ma l'interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è termine oggettivo».

In questa prospettiva, indici dell'uso in chiave di rilevanza della destinazione all'interesse abitativo, in un momento in cui, aspecifico, pertiene alla famiglia nel suo complesso, la quale *di fatto* destina ad esso un cespite, sono, nella fisiologia, l'art. 540 c.c. che dispone un legato *ex lege* al coniuge superstite sulla casa familiare e i mobili che la arredano; nonché l'art. 6 della l. n. 392/78, che in caso di morte del conduttore dispone la successione nel contratto di locazione del coniuge (o convivente *more uxorio*, a séguito della sentenza della Corte costituzionale, 7 aprile 1988, n. 404) e degli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi.

Rilevante inoltre è, soprattutto, l'art. 47, comma 2, l. fall., di grande valore sistematico forse non compiutamente colto, a tenore del quale «la casa del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua familia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione dell'attività: la norma è indice indiscutibile di un beneficio di preventiva escussione, indipendentemente dalla configurabilità di una responsabilità sussidiaria in senso tecnico tra due porzioni di patrimonio. La regola è inserita nella legge fallimentare e dunque si applica all'esecuzione concorsuale dell'imprenditore di medie dimensioni; ma in quanto applicazione del principio di solidarietà costituzionale e di tutela della famiglia e delle fomazioni sociali in cui si esplica la personalità dell'individuo, indice della sua prevalenza rispetto agli interessi meramente patrimoniali⁵¹, dovrebbe essere suscettibile di applicazione analogica anche nell'esecuzione individuale, quanto meno come facoltà di *indicazione* dei beni sui quali procedere da parte del debitore (secondo il previgente art. 517 c.p.c.).

In ogni caso, è solo con il provvedimento *ex art. 337-sexies*, comma 1, c.c. che viene riconosciuto e cristallizzato l'*uso abitativo*, che già prima di quel momento aveva contraddistinto l'emersione del relativo valore, «con conseguente stabilizzazione funzionale del bene apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico», mediante apposizione della regola che formalizza la funzione abitativa o asunzione *a regola* dell'accordo dei coniugi «se non contrari[o] all'interesse dei figli» (nel connubio tra autonomia privata e intervento giudiziale noto al diritto di famiglia).

A quel momento, infatti, la nozione di casa familiare pare presentare, nella ricostruzione operata dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁵², effettivamente,

⁵¹ In questo senso MORACE PINELLI, A.: «Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo», *Riv. dir. civ.* (2013), § 2.

⁵² Luogo della famiglia «finalizzat[o] all'esistenza domestica della comunità familiare e all'esigenza di conservare, anche nelle fasi patologiche, l'*habitat* domestico, inteso quale centro di affetti e di interessi in cui si esprime e si articola la vita familiare, e sarà individuata in ciò che era lo «stato duraturo e prevalente della convivenza familiare» in questo senso

una connotazione funzionale ed oggettiva⁵³, legata alla «stabilità, abitudine e continuità dell'ambiente domestico»⁵⁴, con lo scopo «di tutelare, in via preferenziale, i soggetti deboli, ossia i figli in particolar modo se minorenni», e non già soggettiva, ancorata alle determinazioni dei genitori, e che preclude al giudice di considerare situazioni di fatto, eventualmente volontarie, ma differenti: in sede di assegnazione, infatti, si può solo prendere atto di situazioni abitative *consolidatesi* in questo senso in favore della prole e non possono invece essere considerati immobili né di utilizzo soltanto saltuario⁵⁵, né di utilizzo costante e stabile ma non da parte dei figli che eventualmente si siano allontanati da essi per ragioni di studio o di lavoro⁵⁶. L'interesse unico del quale il provvedimento di assegnazione deve riconoscere la rilevanza è, cioè, un interesse alla *continuità* abitativa, interesse rigorosamente non patrimoniale e che si appunta non già su un qualsivoglia immobile che possa astrattamente soddisfare esigenze abitative, ma su quello nel quale la vita familiare si sia *già* svolta sino al momento dello scioglimento del nucleo; e non già su ciascun membro della famiglia ma solo sulla *prole*⁵⁷.

Tale destinazione attenderà il suo momento di efficacia con la trascrizione *ex* art. 2643(2644) c.c.: si tratta però di un momento di efficacia con portata, anch'essa, poco chiara e molto limitata. Il provvedimento assunto e trascritto, infatti, determina incedibilità e intrasmissibilità, ma: a) non vincola l'assegnatario ad abitare l'immobile, posto che la destinazione cessa qualora egli non abiti o smetta di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva

FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 2, nonché ID.: "I luoghi della famiglia", Torino (2004), *passim*, al quale si rinvia per ogni riferimento ad ogni più puntuale analisi terminologica sulle varie dizioni tramite le quali si individuano i cd. luoghi della famiglia.

⁵³ FREZZA, G., *o.l.u.c.*

⁵⁴ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola", cit., p. 27.

⁵⁵ Cfr. Cass., 4 luglio 2012, n. 14553, cit., con riferimento ad un immobile di uso estivo.

⁵⁶ In questo senso le recenti Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, *Foro it.* (2012), I, c. 1384, e Cass., 8 giugno 2012, n. 9371, cit., le quali hanno negato al genitore l'assegnazione di una casa rispettivamente dalla quale lui stesso si era allontanato insieme al figlio da anni e nella quale il figlio non abitava più stabilmente per ragioni di studio o di lavoro. Rappresenta invero ipotesi eccezionale, ma non esclusa dalla dottrina, quella di attribuire «una casa che, sebbene non abbia rappresentato il centro di aggregazione della comunità familiare, appaia nelle circostanze concrete della crisi coniugale, il luogo più favorevole allo sviluppo armonioso della personalità dei figli» (CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, G.R., *o.l.u.c.*, p. 29).

⁵⁷ Non è dunque un generico interesse abitativo quello del quale si discorre negli artt. 155-*quater* c.c. ed oggetto di provvedimento di assegnazione ma un interesse abitativo frutto della *conservazione* di un *habitat* che tale sia divenuto in quanto *di fatto già luogo* di svolgimento della vita familiare e che trova i propri riferimenti costituzionali fondanti nel principio di promozione della personalità degli figli, riposante negli artt. 2 e 30 cost.: si tratta del «luogo (già) familiare [che] residua alla fase patologica solo avendo riguardo alla tutela della prole»: FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 1.

more uxorio o contragga nuovo matrimonio; b) non pare vincolare il proprietario del bene (che sia il non assegnatario o il terzo) a non alienare.

L'alienazione non pregiudicherà, infatti, l'asservimento del bene all'interesse in caso di proprietario non assegnatario o se il bene era oggetto di locazione (in forza della regola per la quale *emptio non tollit locatum*); lo pregiudicherà – così come del resto lo avrebbe pregiudicato anche a prescindere dall'assegnazione - se si trattava di comodato (in forza della opposta regola *emptio tollit commodatum*)⁵⁸. In questi ultimi casi si reputa infatti che il provvedimento conferisca l'efficacia della concentrazione al godimento del bene in capo al coniuge assegnatario, senza alterare la struttura del contratto dal quale sia stato sino ad allora regolato.

Il che non vale, però, se è la sola funzione abitativa a disciplinare la situazione, ovverosia nel caso del proprietario non assegnatario: si pensi all'immobile destinato di fatto, da parte del medesimo proprietario, all'abitazione familiare⁵⁹. Caso nel quale il provvedimento assume una efficacia ulteriore o diversa rispetto alla concentrazione in capo ad uno delle situazioni negoziali che prima pertinevano ad entrambi: trascritto il provvedimento di assegnazione, la destinazione acquisirà un ulteriore grado di efficacia nel senso della opponibilità anche all'avente causa del proprietario non assegnatario

Il profilo non appare discusso⁶⁰ e si spiega ancor più agevolmente considerando che l'avvenuta destinazione ad interesse abitativo familiare, consolidato e cristallizzato dal provvedimento che lo ha assunto a presupposto, ha mutato l'interesse epicentro della situazione proprietaria, modificandone lo statuto ed annullando o attenuando le prerogative proprietarie.

L'opponibilità ai danti causa del proprietario vale anche a differenziare la situazione successiva al provvedimento, in cui l'interesse ha acquisito un ulteriore grado anche di oggettività e rilevanza in quanto appuntatosi sulla prole, da quella precedente. Non può dubitarsi infatti, che la lesione dell'interesse da parte del medesimo coniuge o convivente in epoca anteriore alla crisi conclamata, ad esempio mediante alienazione unilaterale della casa familiare, integrerebbe un comportamento rilevante in sede di addebito della separazione (art. 151 c.c.), perchè in violazione dei doveri coniugali (*ex art.* 143, 144 c.c.), o rilevante *ex art.* 2043 c.c., quale danno ingiusto.

⁵⁸ CIPRIANI, N.: "Il comodato di casa familiare sotto esame", cit., p. 1401.

⁵⁹ Che rappresenta il caso risolto nella statuizione da ultimo richiamata: Cass., 21 maggio – 11 settembre 2015, n. 17971, cit.

⁶⁰ Cfr. *retro* nota 16.

Ciò che risulta discusso invece è che, scomparso il riferimento all'art. 1599 c.c. ed affidata la pubblicità al solo meccanismo dell'art. 2643 c.c., si possa ancora argomentare nel senso della opponibilità infranovenale a prescindere dalla trascrizione.

Invero, tecnicamente, se la trascrizione è la misura della efficacia della destinazione in chiave di opponibilità, sino al compimento di detta formalità l'interesse abitativo (ancora) familiare dovrebbe presentare solo indici di rilevanza e nessuna efficacia, sì da non consentire se non una tutela risarcitoria analoga a quella vigente in epoca precedente al provvedimento (artt. 151 e 2043 c.c.). Peraltro, neppure il riferimento all'art. 1599 c.c. e al relativo termine appare congruente rispetto alla costruzione proposta. La disciplina della locazione veniva utilizzata per lo più per somiglianza tra i caratteri della situazione scaturente dal provvedimento di assegnazione e quelli della locazione, entrambi reputati diritti personali di godimento⁶¹. Mentre la qualificazione in senso di destinazione della situazione scaturente dall'uso e cristallizzata dal provvedimento, come si è visto, dovrebbe consentire di superare ogni possibile questione circa la sua natura reale o personale, portando con sé altresì la possibilità di costruire una disciplina differente, ma coerente con la l'interesse cui la situazione è asservita.⁶²

Nella sostanza, dunque, a giustificare l'efficacia della destinazione a prescindere dalla trascrizione vi è il pericolo di compromissione dell'interesse, connesso al ritardo nell'adempimento dell'onere pubblicitario, oltre che la disparità di tutela rispetto alla situazione locatizia, colto dalla dottrina più sensibile⁶³. Pericolo che si condivide e che pure potrebbe essere parzialmente

⁶¹ Il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge assegnatario occupa da sempre dottrina e giurisprudenza: non potendosi approfondire in questa sede la relativa problematica si segnala soltanto che la qualificazione è per lo più nel senso di un diritto personale di godimento (tra le altre, Cass., 8 aprile, 2003, n. 5455, *Vita not.* (2003), p. 884; Cass., 17 settembre 2001, n. 11630, *Giust. civ.* (2002), I, p. 55), orientamento cui ha dato maggior vigore, per l'appunto, il richiamo all'art. 1599 c.c. poi compiuto dall'art. 6, l. div. Nel senso del diritto personale di godimento si veda in particolare MOROZZO DELLA ROCCA, R.: "Separazione personale", *Enc. dir.*, XLI, Milano (1989), p. 1936; CIPRIANI, N., *o.u.c.*, p. 1397; qualifica la situazione alla stregua di un diritto atipico di locazione BARBIERA, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna (2001), p. 62; si tratterebbe di un diritto che assume le fattezze della realtà o della obbligatorietà a seconda della situazione di partenza sulla quale il provvedimento incide, secondo BIANCA, C.M.: *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, 2, 4^a ed. (2005), p. 223.

⁶² Resterebbero problemi di coordinamento con l'art. 6 della l. 898/1970: cfr. anche per questo aspetto FREZZA, G.: "La casa (già) familiare", cit., § 4.

⁶³ CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Problemi dell'assegnazione della casa familiare nella giurisprudenza italiana e spagnola, cit., p. 22 s.; nonché FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, cit., p. 6; MARINI, A.: "La separazione personale dei

evitato, o comunque arginato, ove si ammettesse la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa, come ragionevolmente si auspica.⁶⁴

È dunque la peculiare rilevanza *dell'interesse abitativo familiare* - non patrimoniale quindi prevalente di per sé rispetto agli interessi patrimoniali -, il suo fondamento costituzionale (art. 2 e 30 cost.), ulteriormente oggettivatosi e funzionalizzatosi in favore della *prole* con il provvedimento di assegnazione, che può fondare, assiologicamente, anche una sua eccezionale efficacia per l'epoca precedente alla trascrizione.

In conclusione, dunque, seppure esistono (blandi) indici di rilevanza della destinazione ad abitazione familiare, in epoca antecedente al provvedimento di assegnazione il relativo interesse resta nella disponibilità delle parti che possono regolamentarlo nel senso che ritengono più opportuno, nell'ambito del più ampio interesse familiare. L'unico elemento, invece, in grado di accordare al bene una nuova qualificazione *sub specie iuris* è il provvedimento di assegnazione, il quale consolida, cristallizza e stabilizza in una regola l'uso abitativo: quest'ultimo - e non *l'affectio* che darebbe corpo alla qualità di detentore qualificato in capo all'assegnatario (come vorrebbe la recente statuizione della Corte di Cassazione richiamata)⁶⁵ - ha (già) determinato, in punto di rilevanza, il mutamento funzionale interno alla situazione proprietaria.

VI. ATTO ATIPICO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E INTERESSE FAMILIARE. MERITEVOLEZZA DELL'INTERESSE.

Tenendo conto delle medesime sfumature occorre indagare sulla possibilità di compiere un atto di destinazione negoziale a casa abitativa, prima della disgregazione della famiglia, quindi in chiave di sviluppo fisiologico della sua esistenza, e dopo la sua disgregazione, quindi in chiave patologica. Ciò anche in una ottica chiarificatrice, poiché nelle applicazioni operate dalla giurisprudenza e nelle elaborazioni della dottrina, la questione specifica della possibilità di vincolare un immobile *a casa familiare* risulta calata, mescolata e

coniugi", in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 275.

⁶⁴ Cfr. in tale senso diffusamente FREZZA, G.: *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger, P. e diretto da Busnelli, F.D., Milano (2014), p. 321 ss., ad avviso del quale, nella impossibilità di addivenire alla soluzione della trascrivibilità tramite coordinamento sistematico tra le disposizioni già esistenti, sarebbe necessario interpellare nuovamente la Corte costituzionale (già pronunciatasi due volte) per conseguire una pronuncia additiva.

⁶⁵ V. *retro* § 2.

confusa con la risoluzione di piú generiche problematiche di mantenimento fra coniugi o rispetto ai figli, e talora riferite alla fisiologia della vita familiare, talaltra – in maniera speculare – alla patologia.

L'utilizzo dell'art. 2645-*ter* c.c. per colmare le lacune di disciplina e rendere la destinazione stabile in favore della prole aggiunge al problema della natura oggettiva dell'interesse anche quello della meritevolezza dello stesso «ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.». Il richiamo è stato oggetto di ampio dibattito⁶⁶: la piú accreditata tra le posizioni reputa che il requisito debba essere riferito all'effetto di separazione e non all'atto di destinazione, già sottoposto ad un controllo di meritevolezza in quanto atto di autonomia negoziale⁶⁷; e intravede nel requisito la necessità di adeguatezza e congruità della struttura all'attività programmata⁶⁸, nonché di proporzionalità (tra bene destinato, scopo perseguito e patrimonio residuo), di «altruità dell'interesse e specificità

⁶⁶ Mentre secondo alcuni la meritevolezza avrebbe contenuto analogo a quello prescritto per ogni altro atto di autonomia privata (GENTILI, A.: “Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645-*ter* c.c.”, *Rass. dir. civ.* (2007), p. 13; FALZEA, A.: “Introduzione”, cit., p. 7), secondo altri necessiterebbe di differente valutazione, in ragione della deroga alla universalità della responsabilità patrimoniale e alla *par condicio creditorum*: deroga che si giustifica con l'autonomia privata della solidarietà e con riferimento particolare alle finalità individuate dall'art. 2 della legge sull'impresa sociale (SPADA, P.: “Il vincolo di destinazione”, cit., p. 4 ss.), o alla pubblica utilità che era richiesta per le fondazioni dal d.P.R. 361 del 2000 (in ragione del riferimento «freudiano» all'autore della destinazione come al “conferente”: GAZZONI, F.: “Osservazioni sull'art. 2645-*ter*”, cit., p. 5); nello stesso senso con accezione peculiare della pubblica utilità, idonea a ricomprendere anche interessi che avvantaggino nel medio o lungo periodo anche il titolare del patrimonio, DORIA, G.: “Il patrimonio finalizzato”, *Riv. dir. civ.* (2007), II, p. 504 ss., e LUMINOSO, A.: “Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645-*ter*”, cit.). Nel senso contrario, che non si richieda invece la «particolare pregnanza dell'interesse del disponente» come «sua graduazione poziore rispetto all'interesse dei creditori o alla libera circolazione dei beni», ma che «il sacrificio di questi ultimi interessi è stato legittimato una volta per tutte dal legislatore con l'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c., agli effetti del quale è sufficiente individuare [...] un interesse “sufficientemente serio da prevalere sull'interesse economico generale”, che può esser sia di natura patrimoniale che di natura morale», PETRELLI, G.: “La trascrizione degli atti di destinazione”, cit., p. 179 s. La meritevolezza si risolverebbe secondo LENZI, R.: “Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-*ter* c.c.”, cit., p. 241, in un controllo di conformità al sistema che tenga conto tanto dell'aspetto funzionale quanto di quello strutturale dell'atto: in questa chiave risulta imprescindibile cogliere la relazione tra fattispecie tipiche (fondo patrimoniale o patrimoni destinati societari) e atipica in chiave di genere a specie. Precisa LA PORTA, U., *o.c.*, pp. 1086 s. e 1090 s., che il giudizio di meritevolezza deve riguardare l'interesse del disponente e non quello dei beneficiari dell'atto; essa inoltre è delimitata in negativo dalla inidoneità strutturale, dalla tipizzazione per mezzo di altra norma di legge e dalla futilità e/o capriccio del disponente.

⁶⁷ Il questo senso in particolare PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza negli atti di destinazione”, *Foro nap.* (2014), p. 60 e DI RAIMO, R.: “Considerazioni sull'art. 2645-*ter* c.c.”, cit., p. 983.

⁶⁸ DI RAIMO, R., *o.n.c.*, p. 983, e PERLINGIERI, G., *o.l.n.c.*

dello scopo», in «una possibile valutazione comparativa [...] tra l'interesse del beneficiario della destinazione e l'interesse del quale è portatore il singolo creditore»⁶⁹. Fermo restando che l'atto non deve sovrapporsi alle ipotesi tipiche «dove un bilanciamento è già operato dal legislatore»⁷⁰.

Ebbene, sotto questa luce, allo stato della dottrina e della giurisprudenza l'interesse familiare (in cui è ricompreso l'interesse abitativo familiare e quello della prole in particolare), che in quanto tale è idoneo già a superare il vaglio di oggettività pur essendo parzialmente egoistico, si mostra dotato di una particolare ambivalenza. Esso presenta infatti caratteristiche tali da avere indubbia rilevanza al fine dell'asservimento ad esso di un bene o di un complesso di beni, per il suo indiscutibile fondamento costituzionale⁷¹: ci si

⁶⁹ PERLINGIERI, G., *Il controllo di meritevolezza negli atti di destinazione*, cit., p. 79.

La meritevolezza assumerebbe rilievo relazionale imponendo un bilanciamento tra l'interesse dedotto (individuabile sulla base di *classi di interesse*, le stesse già prese in considerazione dalla legge, o secondo altri criteri, purché risulti espressione di principi generali del sistema: NUZZO, M.: "Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio", cit., p. 7 ss.) e l'esigenza di preservare la garanzia generale del credito (DORIA, G.: "Il patrimonio finalizzato", cit., p. 503; nel medesimo senso QUADRI, R.: "L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", *Contr. impr.* (2006), p. 1736, e GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 329 ss. ad avviso del quale, in particolare, consentire la separazione dal restante patrimonio in presenza di qualunque fine non illecito determinerebbe una disparità di trattamento irragionevole rispetto alla disciplina delle ipotesi di separazione già disciplinate: per non incorrere in siffatta lesione deve potersi affermare la prevalenza dell'interesse perseguito rispetto a quello dei creditori e «la selezione degli interessi [...] non può operarsi che sulla base del sistema costituzionale: potrà ammettersi, allora, la costituzione del vincolo non soltanto se diretto al perseguimento di un interesse collettivo [...], ma anche di un interesse individuale, purché incondizionatamente tutelato e, quindi, di natura non meramente patrimoniale» (nello stesso senso MAGGIOLO, M.: "Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.", cit., p. 1154).

Nel senso della necessità che gli interessi meritevoli di tutela sottesi all'atto di destinazione siano esplicitati nell'atto di costituzione e siano «prevalenti rispetto agli interessi sacrificati dai creditori del disponente estranei al vincolo», Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, *Arv. Loc.* (2015), 3, p. 309.

⁷⁰ DI RAIMO, R.: "Considerazioni sull'art. 2645-ter c.c.", cit., p. 984.

«[O]ccorre [cioè] che l'atto di destinazione persegua uno *scopo specifico* e un *interesse altrui*. Ciò non soltanto perché l'*autodestinazione* può favorire un intento fraudolento, ma perché la destinazione a se stessi di un bene proprio configura, di regola, un atto manchevole di causa concreta. Il proprietario di un bene già percepisce le utilità dello stesso; un atto di autodestinazione, quindi, difficilmente può innovare la situazione giuridica del proprietario». La valutazione tuttavia non può essere compiuta in astratto ma in relazione alla singola fattispecie concreta, al fine di evitare soluzioni generalizzanti: PERLINGIERI, G., *o.l.u.c.*

⁷¹ Attribuito oramai anche alla famiglia non fondata sul matrimonio: è indiscutibile come nel tempo non solo sia emersa e si sia rafforzata l'istanza sociale di tutela di coppie che scelgono di non avvalersi dell'istituto del matrimonio, ma si sia anche affinata la sensibilità

riferisce, condivisibilmente, ad esso come dotato di «meritevolezza [...] *in re ipsa*»⁷². Ma al contempo esso presenta consistenza tale da limitare (e secondo alcuni impedire in radice) il dispiegarsi dell'autonomia negoziale, il cui esercizio l'atto di destinazione invece implica, in ragione della concorrenza che subisce con il fondo patrimoniale, che ha peraltro rappresentato come noto il (prototipo di) patrimonio destinato ad uno scopo (come già prima il patrimonio familiare).

In considerazione allora della presenza di siffatto istituto nel sistema, numerose voci della dottrina hanno negato che potesse accedersi ad una forma di destinazione diversa da quella già posta, quale disciplina reputata esito di una valutazione legale, e quindi di un già compiuto bilanciamento, dell'interesse familiare rispetto ad ogni altro, ed in particolare a quello creditorio. Allo stato due paiono gli orientamenti sul punto.

Il primo, secondo il quale sarebbe del tutto precluso il ricorso all'atto atipico di destinazione essendovi l'istituto tipico deputato all'asservimento di beni all'interesse familiare⁷³. Il diverso orientamento riconosce invece la possibilità che anche la famiglia legittima si avvalga dello strumento dell'atto di destinazione atipico e a sua volta ricomprende una posizione di massima apertura ed una, più cauta, attenta ai problemi di (pretesa) armonia e coerenza

degli interpreti in punto di legittimità e meritevolezza della scelta e della qualificazione dell'unione di fatto come formazione sociale nell'ambito della quale l'individuo, pur in assenza di vincolo formale, realizza e sviluppa la propria personalità ai sensi dell'art. 2 cost. (per una evoluzione del concetto v. TRIMARCHI, G.A.M.: "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e famiglia di fatto", *Notariato* (2009), § 2, il quale comunque argomenta diffusamente sulla prevalenza, ancora riscontrabile nel sistema, della famiglia legittima). Ciò oramai a prescindere anche dalla omosessualità della coppia: v. da ultimo Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, *Fam. dir.* (2010), p. 653, Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, *ivi*, (2012), p. 678.

⁷² FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", *Rass. dir. civ.* (2007), p. 618: «in questa prospettiva, il controllo di meritevolezza appare pleonastico in presenza di atti negoziali di destinazione ambientati nel contesto dei rapporti familiari e diretti alla soddisfazione di interessi leciti che, connessi in modo indissolubile all'attuazione della personalità e del suo libero sviluppo nella comunità familiare, devono essere considerati – come tali – meritevoli di tutela *in re ipsa*».

⁷³ Nell'ambito di questa corrente di pensiero, taluni rinvencono un ostacolo nella regola di sistema che impone la prevalenza della *lex specialis* rispetto alla *lex generalis*: in questo senso PETRELLI, G.: "La trascrizione degli atti di destinazione", cit., p. 183; TRIMARCHI, G.A.M.: "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e famiglia di fatto", cit., p. 438. Talaltri intravedono l'impedimento nel rischio che attraverso l'utilizzo dello strumento atipico si produca un aggiramento elusivo della disciplina inderogabile posta per il fondo: in particolare CEOLIN, M.: "Il punto sull'art. 2645-ter a cinque anni dalla sua introduzione", *Nuova giur. civ. comm.* (2011), II, p. 376 e, dubitativamente, ANZANI, G.: "Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645-ter cod. civ.", *ivi* (2007), II, p. 413.

del sistema. Da un lato, si afferma che la famiglia legittima può avvalersi del vincolo di destinazione essendo “ente” e quindi espressamente ricompresa tra i soggetti beneficiari indicati dalla disposizione (e senza bisogno di specificazione dei singoli componenti) o, comunque, che possa soddisfare alcuni bisogni predeterminati facenti capo ad alcuni membri⁷⁴, con conseguente costituzione di un effetto separativo più forte rispetto al fondo patrimoniale e con durata potenzialmente maggiore rispetto alla durata del vincolo matrimoniale⁷⁵. Dall’altro lato, si riconosce invece la possibilità di utilizzo dello strumento dell’art. 2645-ter c.c. purché siano soddisfatti i medesimi generici bisogni della famiglia⁷⁶ e, soprattutto, purché siano rispettate le norme inderogabili relative all’amministrazione del fondo (e della comunione) dall’art. 168, ultimo comma, c.c. e l’art. 169⁷⁷, ove non addirittura sia recuperato l’art. 170 c.c. sulla buona fede del creditore⁷⁸.

Pare invece comune ai più l’opinione secondo la quale l’art. 2645-ter c.c. sarebbe idoneo a supplire le lacune del sistema o a coprire gli ambiti non

⁷⁴ MORACE PINELLI, A.: “Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo”, cit., § 2: «da protezione costituzionale della persona consente di ritenere certamente meritevoli siffatti interessi, indipendentemente dal fatto che già esista una fattispecie tipica (il fondo patrimoniale, appunto), che attesta una sicura valutazione di meritevolezza operata dal legislatore con riguardo all’interesse rappresentato dalla soddisfazione dei bisogni della famiglia».

⁷⁵ OBERTO, G.: “Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi”, *Fam. dir.* (2007), 2, p. 203 s.

⁷⁶ AULETTA, T.: “Riflessioni sul fondo patrimoniale”, *Fam. pers. succ.* (2012), p. 334 ss.

⁷⁷ CALVO, R.: *Vincoli di destinazione*, Bologna (2012), p. 176, nonché QUADRI, R.: “L’art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione”, cit., p. 1756 s., e AULETTA, T., *o.l.u.c.* Secondo MORACE PINELLI, A., *o.l.u.c.*, solo allorché si intenda destinare ex art. 2645-ter c.c. per un interesse genericamente familiare e non per esigenze determinate, eventualmente di taluni soltanto dei componenti, non potrà eludersi la disciplina inderogabile del fondo nella quale non è però ricompreso l’art. 169, potendo i coniugi prevedere nell’atto costitutivo la libera alienabilità, ipotecabilità e vincolatività (cfr. *ivi*, nota 76).

⁷⁸ LENZI, R.: “Tecniche di redazione dell’atto di destinazione. Breve note su atto di destinazione e circolazione giuridica”, richiamato da FUSARO, A.: “Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?”, Studio n. 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato, www.notariato.it; BELLOMIA, V.: “La tutela dei bisogni della famiglia tra fondo patrimoniale e atti di destinazione”, *Dir. fam.* (2013), § 6, la quale pone gli istituti in rapporto di concorrenza e di alternatività e non di esclusività, avendo l’art. 2645-ter c.c. introdotto «una nuova ipotesi di articolazione patrimoniale che si affianca alle altre già previste dal legislatore»; inoltre, salva la «concreta valutazione delle specifiche esigenze che si vogliono realizzare, in punto di meritevolezza», deve distinguersi tra le regole del fondo poste a presidio della migliore tutela possibile della famiglia e dei suoi componenti, tra le quali sicuramente l’art. 168 c.c., in quanto tali inderogabili anche in sede di utilizzo dell’art. 2645-ter c.c., e regole che attengono alla disciplina della separazione e al bilanciamento dei contrapposti interessi, tra i quali l’art. 170 c.c., di cui deve escludersi la applicazione automatica.

coperti dall'istituto tipico. L'atto di destinazione atipico fungerebbe in particolare da strumento utile ai bisogni della famiglia non fondata sul matrimonio, terreno anzi di elezione per l'applicazione di esso: l'interesse al mantenimento dei figli nelle unioni di fatto, o del convivente piú debole, tanto in costanza di legame quanto al dissolversi dello stesso e/o per l'epoca successiva alla morte del disponente, sarebbero indubbiamente meritevoli di tutela ai fini di cui all'art. 2645-ter c.c.⁷⁹.

Nella fisiologia della vita familiare, allora, due paiono gli ostacoli che si frappongono all'utilizzo dell'art. 2645-ter c.c.: il primo, meno grave, connesso al rischio di autodesinazione⁸⁰ cui porterebbe l'utilizzo dello strumento in favore della famiglia nella quale è ricompreso il medesimo destinante; limite che si coglie in punto di oggettività dell'interesse e del quale si è già detto: la oggettività è un portato della natura dell'interesse, che è comunque di sintesi rispetto ad interessi riferibili a soggetti diversi, se pure anche al proprietario disponente⁸¹.

Il secondo è connesso alla esistenza di un modello tipico di destinazione

⁷⁹ CINQUE, M.: "L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645-ter cod. civ.", *Nuova giur. civ. comm.* (2008), p. 697; BELLOMIA, V.: "La tutela dei bisogni della famiglia", cit., § 6. Con la particolarità, rispetto alla famiglia legittima, che sarà al piú necessaria l'indicazione espressa dei beneficiari, i quali non potranno avvalersi del dato formale (l'atto di matrimonio) che li individua come gruppo: TRIMARCHI, G.A.M., "Negozio di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto", cit., § 2.3; nello stesso senso QUADRI, R.: "L'art. 2645-ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione", cit., p. 1736. Pur nella condivisa necessità di riferimento specifico ai beneficiari, si pongono in senso contrario alla applicazione analogica della disciplina del fondo alla famiglia di fatto improntata «a criteri di assoluta libertà» MORACE PINELLI, A.: "Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo", cit., § 5 e GABRIELLI, G.: "Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", cit., p. 334.

⁸⁰ In questo senso anche la giurisprudenza: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28 novembre 2013, *Riv. not.* (2014), 6, p. 1246, che ha giudicato inefficace nei confronti dei creditori precedenti all'esecuzione la trascrizione di un atto di destinazione posto su «una serie di beni immobili in sua titolarità al fine di assicurare la cura e l'assistenza della madre (persona dichiarata disabile e "beneficiaria" della destinazione) [...] mercé la finalizzazione dei detti beni e dei relativi frutti allo scopo di garantire alla persona beneficiaria "una esistenza sorretta da dignità, autonomia personale e sociale e di vita relazionale"», in quanto «sotto il profilo testuale, la norma presenta rilevanti indici che depongono in senso contrario alla cosiddetta "auto-destinazione" patrimoniale a carattere unilaterale; poi, sotto il profilo sistematico, in un sistema caratterizzato dal principio della responsabilità patrimoniale illimitata e dal carattere eccezionale delle fattispecie limitative di tale responsabilità (art. 2740 c.c.), la portata applicativa della norma deve essere interpretata in senso restrittivo e, quindi, limitata alle sole ipotesi di destinazione "traslativa"». Nello stesso senso è la giurisprudenza costante del Trib. Reggio Emilia, 10 marzo, 2015, cit.; Trib. Reggio Emilia, 12 maggio 2014, *Riv. not.* (2014), 6, p. 1261.

⁸¹ DI RAIMO, R., *o.u.c.*, p. 975.

patrimoniale che impedirebbe ai coniugi l'utilizzo dello strumento atipico, o che lo consentirebbe con applicazione analogica delle norme di amministrazione del fondo patrimoniale e della regola relativa allo stato soggettivo del creditore (espressamente utilizzata, peraltro, dalla richiamata statuizione del Tribunale di Reggio Emilia⁸²); limite che si può cogliere in punto di meritevolezza dell'interesse e di esso, certamente più problematico, si dirà.

VII. LA DESTINAZIONE ALL'INTERESSE FAMILIARE NELLA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO

Il problema deve essere riguardato, dunque, in chiave di coesistenza e compatibilità, ovvero integrazione reciproca, ovvero ancora incompatibilità tra fondo patrimoniale e art. 2645-*ter* c.c., e scomposto nei due ambiti applicativi della destinazione ai bisogni della famiglia legittima e della famiglia di fatto.

Invero l'argomento legato all'esistenza di uno strumento tipico per attuare la funzione non è insuperabile in sé considerato, posto che, come si è visto, all'attuazione della medesima funzione sono deputati già due strumenti, che si pongono in una diversa gradazione di intensità quanto all'effetto di separazione patrimoniale: la comunione legale, da un lato, nella quale alla inesistenza di alcuna forma di separazione si accompagna la sola regola della responsabilità sussidiaria per i debiti personali (indice comunque della esistenza e della rilevanza dell'interesse familiare); il fondo patrimoniale, dall'altro, nel quale la separazione unilaterale si esprime nella responsabilità dei beni in fondo per i soli debiti contratti per i bisogni della famiglia e quelli contratti - ma senza consapevolezza del creditore - per scopi estranei, e ad essa fa da contrappeso la parziale indisponibilità della regola (solo in presenza di figli minori).

Il che dimostra, peraltro, come il fondo patrimoniale sia un istituto in realtà orientato al conseguimento della (più marcata) limitazione di responsabilità⁸³ (potendo il medesimo interesse essere realizzato con diversa efficacia in punto di responsabilità patrimoniale) e conferma la possibilità che, quanto meno in astratto, il medesimo interesse conosca un terzo grado di intensità di separazione tramite lo strumento dell'art. 2645-*ter* c.c., che si esprime mediante totale asservimento del bene alla sola responsabilità connessa alla funzione svolta, indipendentemente da ogni valutazione circa lo stato soggettivo del creditore, ma con totale indisponibilità della regola rispetto a

⁸² V. *retro* § I.

⁸³ FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari", cit., p. 618.

chi l'ha posta.

Il problema però pare emergere, in concreto, sotto il profilo della disciplina ed in particolare, come è stato rilevato, con riguardo all'applicazione degli artt. 168, 169 e 180, nonché 170 c.c.: si tratta di regole di amministrazione comuni (tranne che per il caso di presenza di figli minori) alla comunione legale e al fondo patrimoniale; per quest'ultimo *financo nell'ipotesi in cui il costituente riservi a sé la proprietà o la attribuisca ad un solo coniuge (art. 168, comma 1, c.c.)*. Il che conduce a ritenere, innanzi tutto, che le richiamate regole non si giustificano in ragione del grado di separazione dei beni dal restante patrimonio dei coniugi, ma più probabilmente si spiegano guardando alla tanto agognata ed infine conseguita equiordinazione dei coniugi nel matrimonio.

Senonché però la realizzazione della piena comunione materiale e spirituale anche sotto il profilo patrimoniale (*ratio* giustificatrice della opzione legale per la comunione dei beni, che porta con sé l'amministrazione congiunta) rappresenta un indice tendenziale ed un mero auspicio, posto che vi sono numerosi elementi che militano nel senso della sua superabilità. La comunione, infatti, è sì il regime legale ma è suscettibile di deroga da parte dei coniugi con le convenzioni matrimoniali (almeno certamente quelle tipiche), quindi a mezzo di separazione dei beni e di comunione convenzionale: entrambi gli istituti si avvalgono di un criterio di amministrazione disgiunta, la prima necessariamente; la seconda facoltativamente, mediante opzione in deroga alla parità delle quote e alle regole di amministrazione, purché non si tratti di beni che sarebbero caduti in comunione legale (art. 210 c.c.)⁸⁴.

⁸⁴ Precisa CAVALLARO, M.: "Le convenzioni matrimoniali", in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 170, come «l'intento di affidare alla disciplina del regime legale la funzione di garantire la realizzazione della parità sostanziale dei coniugi e, per tale via, rafforzare, sotto il profilo patrimoniale, quella comunione materiale e spirituale che rappresenta fondamento e fine ultimo del vincolo coniugale risulti indebolito già sul piano normativo [...]. In tal senso depongono tanto la 'derogabilità' della comunione da parte dei coniugi – i quali possono impedirne l'instaurazione con la scelta della separazione, effettuata prima o durante la celebrazione del matrimonio (art. 159 e 162, comma 2, c.c.), ovvero decretarne la cessazione attraverso un'apposita convenzione, stipulata in qualsiasi momento del rapporto matrimoniale (art. 210 c.c.) – quanto la peculiarità del sistema vigente, consistente in una comunione degli acquisti e pertanto destinato a non interferire sulla situazione di originaria diseguaglianza economica dei coniugi»; cfr. altresì GABRIELLI, G. e CUBEDDU, M.G.: *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano (1997), p. 14; DI MAJO, A.: "Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi", cit., p. 371; VETTORI, G.: "Il dovere coniugale di contribuzione", in *Tratt. Bonilini e Cattaneo, Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1997, p. 1 ss. Sulle convenzioni matrimoniali, v. in particolare CONFORTINI, M.: "La comunione

Né potrebbe mai dirsi, per l'appunto, che il regime di separazione non sia, a sua volta, pienamente compatibile con i principi di parità e solidarietà nell'ambito della famiglia costituzionale, posto che essi, in realtà, trovano la loro più immediata applicazione nelle norme degli artt. 143-145 c.c. sulla contribuzione partitaria e sul pari concorso nell'indirizzo familiare.

Le regole dell'amministrazione necessariamente congiunta, dunque, sono in parte frutto di un regime ancora vincolato alla ricerca di una simmetria tra imputazione del bene e regole di amministrazione (tanto nella comunione quanto nel fondo le relative situazioni soggettive si pretendono o si presumono attribuite ad entrambi con correlativi poteri di amministrazione)⁸⁵, costruito con attenzione, ed anzi in odio, al previgente sistema fondato sulla dote ed ancora raffigurato nel divieto di sua costituzione posto all'art. 166-*bis* c.c.⁸⁶. Se si trattasse però della mera necessità di ricostituzione della simmetria tra imputazione e gestione, il problema della gestione congiunta e della inderogabilità della relativa disciplina si porrebbe soltanto per i beni *già* in comunione o in fondo patrimoniale, il cui statuto cioè sia già mutato nel senso della necessaria cogestione. Ed anzi, neppure per essi posto che l'art. 2645-*ter* c.c. è espressivo proprio della logica opposta della irrilevanza della imputazione rispetto alla funzione cui è asservito il bene, a sua volta figlia di un diverso e più moderno rapporto tra soggetto e patrimonio. E se così fosse, allora, il coniuge dovrebbe poter destinare *ex art. 2645-ter* c.c. un proprio bene ai bisogni della famiglia ed entrambi dovrebbero destinare un bene in comunione, ma una volta realizzata la destinazione, come vorrebbe la disposizione, la sua attuazione dovrebbe poter essere effettuata *da chiunque, anche un terzo, trattandosi di un ufficio di diritto privato*. Così sarebbe, cioè se si

convenzionale tra coniugi”, *ivi*, p. 285; DONISI, C.: “Convenzioni modificative del regime della comunione legale tra i coniugi e nullità parziale”, *Rass. dir. civ.* (1992), p. 515 ss.

⁸⁵ In questa chiave infatti anche l'art. 168, comma 2, c.c., che fa salva la possibilità che la proprietà *non* spetti ad entrambi i coniugi, viene interpretata unitamente alla norma che prevede la trascrizione del fondo a carico di entrambi e la norma che in ogni caso ne impone la gestione secondo la regola della comunione, nel senso della impossibilità di attribuire ad un coniuge la proprietà e all'altro la semplice gestione poichè ciò si risolverebbe in una deroga al principio che fonda il potere sulla spettanza del bene: AULETTA, T.: *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. Cod. Civ.* Schlesinger, Milano (1992), p. 172. In senso contrario CARRESI, F.: *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, III, Padova (1992), p. 55; CIAN, G. e CASAROTTO, G.: “Fondo patrimoniale della famiglia”, *Nss. D.I., App.*, III, Torino (1982), p. 833.

⁸⁶ Poichè il divieto di dissociazione tra imputazione e amministrazione è posto a tutela del coniuge più debole, rappresenta ancora oggi un limite generale dell'autonomia delle parti quella di non costituire un patrimonio che presenti le stesse caratteristiche dell'istituto della dote, ovvero la scissione tra poteri di gestione e spettanza della titolarità: CAVALLARO, M.: “Le convenzioni matrimoniali”, in LIPARI, N. e RESCIGNO, P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, cit., p. 221; nello stesso senso FEDERICO, A., *o.l.u.c.*

trattasse di qualunque altro contesto e non di quello familiare, nel quale invece si coglie, già istintivamente, una stonatura.

L'art. 168, comma 1, c.c. rivela infatti come la gestione congiunta si mostri opzione costante di disciplina *anche laddove la proprietà resti di un solo coniuge o di un terzo*, e vi sia *destinazione* di un cespite all'interesse familiare (e non già semplice attuazione dell'interesse familiare, che pur può avvenire in separazione dei beni). E la ragione emerge da una interpretazione sistematica ed assiologica e riposa nella ricollocazione dell'art. 2645-ter c.c. accanto agli artt. 143-145 e soprattutto all'art. 144 c.c. La realizzazione della piena comunione materiale e spirituale, invero, ha il suo riflesso patrimoniale nella opzione della comunione come regime legale ma, prima ancora, il suo più significativo indice, anche non patrimoniale, nell'art. 144 c.c. che attribuisce ad entrambi il potere di determinare, congiuntamente, l'indirizzo familiare e di attuarlo disgiuntamente. Le regole di impiego dei beni, cioè, che si fondino sull'amministrazione congiunta o disgiunta, quali che siano dunque, si pongono sempre a valle dell'avvenuta imprescindibile fissazione congiunta dell'indirizzo familiare. Lo strumento dell'art. 144 c.c. è il medesimo attraverso il quale, nell'ambito di quell'ampio e generico interesse familiare (cui eventualmente siano stati asserviti i beni con il fondo patrimoniale o comunione) i coniugi opereranno le continue, necessarie, specificazioni sostanziali, in senso soggettivo ed oggettivo, scegliendo fra i concreti bisogni, essenziali come voluttuari⁸⁷.

Nella *destinazione di un cespite all'interesse familiare* (e non nella generica attuazione dell'interesse familiare), l'amministrazione congiunta, indipendentemente dalla spettanza della titolarità del bene, è coesistente alla realizzazione della funzione (che ha come contrappeso il vantaggio della limitazione di responsabilità o della sussidiarietà), nella peculiarità di cui quell'interesse consiste: la confondibilità o sovrapposibilità a monte dell'interesse familiare, con quello generico o specifico di ciascun membro della famiglia, ed in particolare del proprietario-destinante, comporta che esso, pur in sé idoneo come si è detto ad essere rappresentato in termini di funzione, non riesce ad essere completamente scisso dal profilo soggettivo. E la gestione congiunta è indice della *oggettività dell'interesse* ma soprattutto *garanzia della stabilità della regola*. Affidata la gestione ad uno solo, l'interesse familiare rischierebbe di degradare e retrocedere continuamente – o comunque senza controllo e rimedi – a mero interesse del singolo, con grave lesione tanto dei creditori che subiscono la limitazione della responsabilità (al costo di una autodesignazione) ma anche dell'altro coniuge, eventualmente più debole.

⁸⁷ Coglie la problematicità della destinazione all'interesse familiare in rapporto all'art. 144 c.c. FEDERICO, A.: *o.l.c*

Altro e diverso fondamento ha invece la regola dell'art. 170 c.c., pur essa però riposante sulle particolarità che caratterizzano l'interesse generico familiare. Consentire anche al creditore che abbia contratto, ma inconsapevolmente, per bisogni estranei di agire sui beni del fondo, si giustifica in relazione alla indeterminatezza connaturata al generico interesse familiare e alla necessità di tutelare al massimo l'«affidamento del terzo, che non può essere direttamente proporzionale all'ampiezza del concetto stesso di bisogno familiare, se non si vuole [...] ignorare la varietà e la dinamicità delle relazioni che fanno capo alla famiglia e alla *difficile se non impossibile riconoscibilità da parte di un soggetto estraneo, della pertinenza di un atto alle esigenze del nucleo familiare*»⁸⁸. La regola, quindi, non si spiegherebbe dinanzi ad un interesse che reca in sé i suoi chiari elementi identificativi, sì che l'attività spiegata si possa immediatamente riferire (o non riferire) ad esso.

Il punto nevralgico, allora, ed il vero impedimento non è strutturale, di necessario concorso o meno dei coniugi nell'amministrazione del bene (ad entrambi imputato), bensì funzionale, di natura dell'interesse: la regola di destinazione nell'interesse familiare (in sé meritevole ed oggettivabile nonostante la componente individuale da cui è caratterizzato, per la sua ampiezza e la sua confondibilità con l'interesse dei singoli) non pare suscettibile di acquisire la stabilità e indisponibilità necessarie, se non con la partecipazione alla sua attuazione di entrambi i coniugi.

La destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, dunque, difficilmente si attaglia, in termini di adeguatezza della struttura alla funzione, alla funzionalizzazione all'interesse generico familiare⁸⁹, con salvezza dei casi nei quali l'atto costitutivo riservi a entrambi l'amministrazione, in applicazione analogica degli artt. 168, comma 3, e 180 c.c., e come concretizzazione dell'art. 144 c.c., quindi anche qualora la destinazione sia fatta su un bene dei singoli in separazione. Caso nel quale, la confondibilità dell'interesse e la sua genericità dovrebbero altresì richiedere l'applicazione della regola dell'art. 170 e

⁸⁸ GALASSO, A.: *Del regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 171.

⁸⁹ Dubita della utilizzabilità del modello dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare FEDERICO, A.: "Atti di destinazione del patrimonio", cit., p. 627, secondo il quale per l'appunto, «la validità di atti di destinazione di beni alla soddisfazione di interessi cd. familiari spesso deve essere esclusa. Sospinge in questa direzione il divieto, *ex art. 166-bis c.c.* di costituzione della dote – inteso come divieto di ogni sostanziale dismissione di qualsiasi potere decisionale e di amministrazione da un coniuge all'altro – che rende illecita la causa di un atto di destinazione che in concreto rechi il risultato vietato dalla richiamata disposizione; nonchè, nelle ipotesi previste dall'art. 210 c.c., l'inderogabilità delle disposizioni della comunione legale relative all'amministrazione dei beni e all'eguaglianza delle quote, ovvero il fondamentale principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. [...]. Per tacere del rilievo che la destinazione di beni allo scopo, nella fase fisiologica della famiglia, può confliggere ora con l'esclusiva attribuzione ai coniugi del potere di determinare l'indirizzo della famiglia, ora con l'inderogabilità dei doveri nei confronti dei figli».

l'apertura del concorso a coloro che, in buona fede, non erano in grado di comprendere l'estraneità dell'obbligazione rispetto all'(ampio) scopo familiare.

Il che però, al contempo, genera un sospetto di inutilità dello strumento per la famiglia legittima, che diviene per questa via un mero duplicato del fondo patrimoniale.

VIII. LA DESTINAZIONE A SINGOLI SPECIFICI INTERESSI NELLA FAMIGLIA LEGITTIMA. LA CASA FAMILIARE.

Altro è l'utilizzo del modello dell'art. 2645-ter c.c. *dopo* che il confondibile e generico interesse familiare abbia subito la doverosa specificazione e concretizzazione congiunta da parte dei coniugi: caso nel quale la destinazione si risolverebbe non in un pericolo di spoglio del potere (non tanto di amministrazione del bene quanto) di governo della famiglia in danno del coniuge più debole, ma in una mera esecuzione di condotte funzionali ad interessi che per la loro specificità hanno già superato, con l'operare dell'art. 144 c.c., il rischio di deviazione dalla funzione (familiare in favore di quella individuale), per divenire determinati o, meglio, *predeterminati*.

Potrebbe allora l'art. 2645-ter c.c. meglio attagliarsi, in chiave di adeguatezza, e superare più agevolmente il vaglio di meritevolezza, ad un interesse specifico, quale quello legato all'adempimento di obbligazioni attuative della solidarietà familiare. La specificità dell'interesse porterebbe con sé la possibilità di disapplicare le esposte disposizioni di amministrazione congiunta e di buona fede del creditore, sempre da escludersi o ammettersi a quel punto sulla base del solo vaglio – che diviene possibile – di oggettiva inerenza dell'obbligazione all'interesse.

Nella fisiologia della vita familiare ciò potrebbe riguardare l'«obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, che grava su entrambi i coniugi (*ex art. 143, comma 3, c.c.*) e sul figlio convivente (*ex art. 315 c.c.*); [nonché il] dovere di mantenimento del figlio che grava sui genitori (*ex art. 147 c.c.*) e, in via sussidiaria, sugli ascendenti (*ex art. 148 c.c.*)»⁹⁰; ovvero, nella patologia, in caso di separazione personale, il mantenimento di un coniuge che non abbia redditi propri ed al quale non sia addebitabile la separazione rispetto all'altro e di entrambi nei confronti dei figli.

E, tanto nella fisiologia quanto nella patologia, l'art. 2645-ter c.c. potrebbe essere utilizzato per la soddisfazione dell'interesse abitativo della famiglia nel

⁹⁰ PERLINGIERI, G.: "Il controllo di «meritevolezza»", cit., p. 74.

suo complesso o della prole in particolare: a seconda di come sarà concretamente modulato lo specifico interesse, si tratterà di un vincolo che investe un bene immobile determinato, come impegno del bene o dei suoi frutti, la cui attuazione potrà realizzarsi mediante necessaria insistenza del nucleo in quell'immobile (si pensi ad una storica residenza di famiglia) ovvero come impiego dei frutti di esso per il soddisfacimento di esigenze abitative che si esplicano su altro immobile. E si tratterà di un altro strumento negoziale (oltre al comodato e alla locazione, ad esempio), tramite il quale le parti avranno regolamentato l'interesse.

Occorre precisare che se nella fisiologia della vita familiare l'utilizzo dell'atto atipico di destinazione soffre la concorrenza o l'interferenza con lo strumento tipico, per il diverso ambito della regolamentazione della crisi coniugale la concorrenza si avverte per lo più tra l'art. 2645-ter c.c. e il *trust*, istituti reputati indifferentemente (ma erroneamente) volti, in potenza, allo svolgimento della medesima funzione.

Il *trust*, in particolare, conosce nella sua matrice di diritto inglese il *constructive* o *resulting trust*, strumento attraverso il quale si soddisfa proprio la esigenza di realizzazione della casa familiare pur nel più complesso contesto dei rapporti economici di famiglie fondate o no sul matrimonio, ed anche attraverso la creazione giudiziale del vincolo⁹¹. Nel nostro ordinamento, a fronte del divieto di costituzione giudiziale contenuto nell'art. 20 della Convenzione dell'Aja, i tribunali hanno in numerosi casi omologato accordi di separazione e di divorzio nei quali hanno preso semplicemente atto della volontà dei coniugi di soddisfare l'esigenza abitativa del coniuge o dei figli, anche ricavando risorse economiche dal bene⁹².

Invero, il *trust* e l'atto atipico di destinazione, sono strumenti del tutto diversi, ed anzi il primo, a rigore, non sarebbe volto per sua propria vocazione ad operare una destinazione nel senso più innanzi descritto ma a conferire efficacia reale ad un rapporto di gestione: l'interesse cioè, pur diverso da quello del titolare formale (*trustee*) ed esterno alla relativa situazione, è interesse *soggettivo* del disponente (in altre parole si tratterebbe di separazione senza destinazione). Ciò nondimeno, di là dall'ampia prassi applicativa che si riscontra in ogni ambito dell'ordinamento, nello specifico si tratta di un

⁹¹ MANES, P.: "Il *trust* abitativo, l'art. 2545-ter come norma sugli effetti e prove di un *trust* giudiziale", cit., § 1: «il *trust* che ha ad oggetto la casa familiare è in Inghilterra uno o dei terreni più significativi nei quali l'istituto si palesa come strumento di tutela surrettizia, di natura rimediabile e di sanzione che *l'equity* fa di un comportamento scorretto che porterebbe un soggetto a profittare ingiustamente di una situazione a danno di un altro».

⁹² Cfr. in particolare Trib. Milano, 15 novembre 2011, *Taf* (2012), p. 408, Trib. Torino, 31 marzo 2009, *ivi* (2009), p. 413; Trib. Genova, 1 aprile 2008, *ivi* (2008), p. 392; Trib. Pordenone, 20 dicembre, *ivi* (2006), p. 247.

interesse soggettivo ricompreso nell'interesse familiare e dunque, come detto, in qualche modo elevato a rango di interesse oggettivo e meritevole, tanto da consentire una convergenza tra i due istituti, o l'operatività combinata degli stessi, mediante trascrizione a mezzo dell'art. 2645-ter c.c. dei cd. *trust* interni, ammesso «purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela in concreto»⁹³.

Il negozio di destinazione patrimoniale al bisogno abitativo dei coniugi o dei figli, effettuato durante la fisiologia della vita familiare *ex art.* 2645-ter c.c. o in funzione della crisi, potrà rappresentare il contenuto del provvedimento assunto dal giudice in sede di regolazione della patologia, integrando gli «accordi» di cui il medesimo deve prendere atto; ma solo dinanzi alla sussistenza anche dei caratteri dell'interesse più sopra individuati. L'interesse dovrà sussistere deprivato di ogni sua componente patrimoniale e assicurato a prescindere dai riflessi patrimoniali che pure avrà inevitabilmente nell'assetto economico dei coniugi della separazione: non apparterrà quindi all'attuazione di quell'interesse (ma sarà attuazione di altro specifico interesse) la destinazione da parte del coniuge per far fronte all'obbligo di mantenimento dell'altro coniuge e/o della prole stessa. Laddove il bene sia assunto a riferimento di questa specifica finalità ci si trova al di fuori dalla *destinazione e casa familiare*⁹⁴.

Trattandosi inoltre di un interesse che pertiene *alla prole* non deve essere confuso con l'interesse del coniuge a rimanere nella residenza familiare: tutto ciò che attiene alla tutela di siffatto interesse, che pure frequentemente si

⁹³ In questo senso PERLINGIERI, G., *o.c.*, p. 90.

⁹⁴ In questo senso FREZZA, G.: "Il luoghi della famiglia", cit., p. 133 ss.; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 152; GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: "Separazione personale e divorzio", in *Tratt. Sacco*, II, *Il matrimonio*, Torino (2011), p. 286; CARAPEZZA FIGLIA, G. e DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *o.n.c.*, p. 33; AMAGLIANI, R.: "Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare", *Rass. dir. civ.* (1982), p. 8; BRECCIA, U., "Separazione personale dei coniugi", *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XVIII, Torino (1998), p. 403 ss. In senso contrario, della possibilità di tutelare attraverso l'assegnazione della casa coniugale anche il coniuge più debole, in particolare AULETTA, T.: "*sub art.* 155-*quater*", in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, I, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, p. 727, e LUMINOSO, A.: "Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura", *Fam. dir.* (2008), p. 1059 (in epoca antecedente alla riforma del 2006, CABEDDU, M.G., *La casa familiare*, Milano (2005), p. 299 ss, JANNARELLI, A., "L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi", *Foro it.* (1981), I, c. 1382; QUADRI, E.: "Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole", *Nuva giur. civ. comm.* (1986), II, p. 339). In giurisprudenza propendono per la soluzione che nega rilevanza all'interesse del coniuge più debole ai fini dell'assegnazione Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, cit., Cass., 22 marzo 2007, n. 6979, cit., Cass., 26 gennaio 2006, n. 1545, *Giust. civ.* (2006), I, p. 1183, Cass., 18 settembre 2003, n. 13747, *Dir. fam. pers.* (2005), p. 33. Nel senso opposto Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, *Giur. it.* (2000), p. 2235 e Cass. 7 luglio 1997, n. 6106, *Fam. dir.* (1998), p. 161.

rinvieni affermato nella giurisprudenza, autonomamente o unitamente a quello della prole, esorbita invece dall'interesse idoneo a fondare l'assegnazione. In questo senso trova conferma e ulteriore giustificazione l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina che nega l'attribuzione della casa familiare al coniuge pur senza figli o comunque nega che abbia fondamento in un interesse non patrimoniale simile a quello della prole e riposante nella medesima disposizione normativa, eventualmente applicata per analogia.

IX. LA FAMIGLIA DI FATTO

Infine, non paiono doversi necessariamente applicare i medesimi parametri posti per la famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia di fatto e alla ampia gamma di forme che essa può rivestire (convivenze di coppie omosessuali ed eterosessuali, famiglie monoparentali, famiglie organizzate secondo modelli stranieri, addirittura poligamici, famiglie ricomposte⁹⁵), o automaticamente disapplicarli, in ragione della inesistenza del vincolo matrimoniale.

A prescindere dalla circostanza che l'unione di fatto sia una reale scelta (in presenza della possibilità alternativa, come nella famiglia eterosessuale), o una 'scelta imposta' dall'ordinamento che non offre una disciplina applicabile (come nella famiglia omosessuale), in ogni caso (ed è universalmente riconosciuto) si tratta di una formazione sociale (art. 2 cost.) «costituzionalmente garantit[a] nei limiti della sua conformità ai valori caratterizzanti i rapporti civili, in particolare la dignità umana: per quanto diverse possano essere le sue modalità di organizzazione, essa è finalizzata all'educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono»⁹⁶. Superata definitivamente la teoria della irrilevanza giuridica della formazione e della sua totale assimilazione alla famiglia legittima, è indiscutibile che l'ordinamento interno sia rimesso per gran parte alla determinazione dei singoli i quali potranno discostarsi dal modello legale (con ciò dando ragione della scelta di libertà compiuta) o ricalcarlo; tenendo conto però, in entrambi i casi, del grado di imperatività delle disposizioni di cui esso consta. Nell'autoregolamentare i propri interessi le parti non potranno che attenersi ai principi di ordine pubblico costituzionale e alle regole che ne sono

⁹⁵ Cfr. GAGGIA, F.: "Modelli e fonti del diritto di famiglia", in LIPARI, N. e RESCIGNO P. (diretto da), *Diritto civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, II, *La famiglia*, cit., p. 5.

⁹⁶ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli (2006), p. 919.

applicazione⁹⁷.

Ed apparentemente non vi sarebbe ragione per reputare indispensabili al modello di destinazione atipico nell'ambito della famiglia di fatto le regole di amministrazione della comunione e del fondo, già derogabili nell'ambito della famiglia legittima e funzionali alla necessità di simmetria tra imputazione e amministrazione. Se non fosse che, come si è detto, si tratta di regole coesenziali alla realizzazione della funzione dell'interesse familiare, per le peculiarità da cui esso è caratterizzato: la cogestione è una necessità legata alla natura dell'interesse generico familiare, indice della sua oggettività e garanzia di stabilità della relativa regola, connesso al profilo interno, dell'eguaglianza morale e giuridica e della tutela del coniuge più debole, ed esterno, della tutela dei creditori dall'abuso della limitazione della responsabilità.

Entrambi gli aspetti risultano presenti anche nella particolare formazione sociale che è la famiglia di fatto. L'ordinamento rifugge infatti da «ogni forma di gerarchia autoritaria nelle comunità intermedie», ed esige all'interno di esse libero confronto e deliberazione: personalismo, solidarismo ed eguaglianza costituzionale esigono che anche l'ordinamento interno della famiglia di fatto, per quanto liberamente scelto e autonomamente composto, come di ogni altra comunità intermedia, si ispiri al principio di democraticità che conforma l'intero sistema.

Pertanto, se all'apparenza non vi è nessuna disposizione che vieti al singolo componente della famiglia di fatto di destinare ai bisogni della famiglia *ex art.* 2645-*ter* c.c., riservando a sé l'amministrazione e la specificazione continua di siffatti bisogni, nella realtà il disponente sarà sottoposto agli stessi vincoli cui sarebbe sottoposto nell'ambito di una famiglia fondata sul matrimonio (ciò ovviamente tenendo in considerazione le specificità che le singole organizzazioni presentano: il problema ad esempio non si porrà per le famiglie monogenitoriali).

Anche nella famiglia di fatto, quindi, si potrà destinare ai generici bisogni familiare (questa volta lasciando percepire la maggiore utilità dello strumento) con il rispetto delle regole di amministrazione congiunta e dell'art. 170 c.c.; o destinare a bisogni specifici, tra i quali ed in particolare quello abitativo, senza il rispetto di esse.

ÍNDICE

⁹⁷ PERLINGIERI, P., *o.n.c.*, p. 938; ID., “La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima”, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli (2005), p. 486.