

III – DISPOSIZIONI PROIBITIVE

Legislazione: c.c. 160, 161, 166bis, 1322 - c.c. (testo anteriore alla legge 151/75) 177-209 - c. abr., 1381 - l. 19.5.1975 n. 151, riforma dir. fam., art. 227 - l. 31.5.1995 n. 218, riforma dir. int. priv., art. 30

Bibliografia: Corsi 1979 - De Paola e Macrì 1978 – Finocchiaro e Finocchiaro 1984 – Finocchiaro 1980 – Fusaro 1990 – Maiorca 1986 – Pardolesi 1987

5. L'articolo 160

È particolarmente arduo attribuire un senso compiuto all'attuale testo dell'articolo 160, come scaturito dalla Riforma del 1975: "Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio".

Si vuole riferire l'articolo ai rapporti puramente morali? Ma allora l'articolo appare superfluo, poiché lo stesso art. 1321 c.c. è sufficiente ad escludere la negoziabilità di questi rapporti; ed inoltre la collocazione dell'articolo nel capo VI appare inesplicabile. L'articolo, nell'ipotesi in esame, dovrebbe dirsi formulato e collocato così per ragioni storiche; e sarebbe in ogni caso pleonastico. Si vuole riferire l'articolo ai rapporti regolati dal capo VI? Ma in tal caso bisogna dargli un contenuto. Non lo si può prendere alla lettera, in presenza di tutti gli articoli di legge incompatibili con tale soluzione, primo fra tutti il fondamentale inciso contenuto nell'art. 159 c.c. "in mancanza di diversa convenzione". Si vuole interpretare l'articolo come una interdizione dei patti non previsti dalle leggi? Non ci pare possibile: il legislatore, quando gli preme mettere all'indice questo o quello specifico regime patrimoniale, questa o quella clausola, ha cura di dirlo. Così vieta espressamente la costituzione della dote (nuovo art. 166bis); così vieta espressamente le convenzioni contenenti generici rinvii ad usi o leggi (art. 161 c.c.). (Sacco 1992, 17)

Se l'attuale dettato dell'articolo 160 appare di incerto ruolo precettivo, chiarissima ne è la sua origine storica. Nel testo del 1942 esso recitava: "Gli sposi non possono derogare né ai diritti che spettano al capo della famiglia, né a quelli che la legge attribuisce all'uno o all'altro coniuge". La norma attribuiva pertanto il crisma dell'inderogabilità alla posizione ineguale dei coniugi all'interno dell'istituto familiare: per quanto odioso possa risultare tale assetto, occorre senz'altro riconoscere la coerenza tecnica del testo. Un dettato simile si trovava nell'articolo 1379 del codice del 1865. L'articolo 1388 del Code Civil francese, da parte sua, oggi recita: "*Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits que résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle*": si ha qui, quanto meno, l'affermazione precisa dell'inderogabilità di alcune aree normative; lo stesso può dirsi dell'articolo 1509 del Codice Albertino: "Gli sposi non possono derogare né ai diritti risultanti dall'autorità maritale sopra la persona della moglie e dei figli, o che appartengono al marito come capo della famiglia, né ai diritti che vengono attribuiti al coniuge superstite dal titolo Della patria podestà e da quello Della minore età, della tutela e dell'abilitazione, né alle disposizioni proibitive contenute nel presente Codice".

Seguendo una tecnica di cui la Novella del 1975 offre diversi esempi, il legislatore ha invece svuotato la norma dei contenuti confliggenti coi nuovi indirizzi, ma senza rimpiazzarli in modo visibile con altri che non fossero una **simbolica proclamazione** di principi comunque desumibili aliunde: ne risultano frammenti normativi privi ormai di senso sul piano giuridico. In almeno un caso si è addirittura dettato un nuovo articolo (il 166bis) cui è difficile attribuire un significato positivo che non sia puramente politico.

La dottrina più autorevole si è comunque impegnata nell'attribuzione alla norma di un ruolo

sistematico: un margine di operatività è stato ravvisato (Maiorca 1986, 462; Sacco 1992, 18) nell'interazione con il capo IV, ed in specie gli articoli 143, 144 e 148: si trarrebbe dall'articolo 160 il divieto di patteggiare de sustinendo onere matrimonii, ossia di derogare a quanto in materia previsto appunto dalle norme da ultimo menzionate. Il pregio di tale lettura è fuori discussione, giacché fornisce un significato utile; se si vuole ci si può anzi spingere, col Maiorca, a ritenere quest'articolo come il "fulcro della parte invariabile della disciplina dei rapporti della famiglia". Non par dubbio, peraltro, che l'imperatività del regime primario, diretta applicazione di principi di rango costituzionale, si possa affermare indipendentemente dall'articolo 160.

La difficoltà di trarre dalla norma indicazioni pregnanti si scorge assai bene nella giurisprudenza

Dal coordinato disposto degli art. 160 e 1322 c.c. emerge, chiaramente - come già evidenziato in dottrina - che il principio contenuto nell'art. 1322 c.c. (secondo cui le parti possono determinare il contenuto del contratto, nei limiti posti dalla legge e che è considerato espressione del principio di autonomia privata nell'ambito contrattuale e, più precisamente, della libertà concessa ai soggetti di determinare il contenuto di una obbligazione o prestazione in genere) trova applicazione anche nella materia familiare in generale e in quella della separazione consensuale in particolare. E' evidente, infatti, che dall'art. 160 c.c. (secondo il quale gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio) emerge non già il divieto dei coniugi di far valere anche nella materia familiare la propria autonomia - che trova la propria fonte nel diritto-dovere di autorganizzare la propria vita di coppia (arg. ex art. 143 e 144 c.c.) e che sussiste anche quando fra gli stessi vige una situazione di separazione personale - ma solo il divieto di porre in essere accordi che derogano ai diritti ed ai doveri previsti dalla legge. (Appello Brescia 16.4.87, GM, 1987, I, 843)

Non vi oltrepassa lo stadio di una mera ripetizione del testo di legge, in un'evidente e poco fruttuosa circolarità: l'inderogabilità di questa o quella norma deve poi essere desunta ed argomentata caso per caso, in ricostruzioni che prescindono totalmente dal pleonastico articolo 160. Una rassegna delle disposizioni inderogabili è offerta da Sergio Maiorca.

a) I regimi patrimoniali convenzionali devono non essere assimilabili a quello dotale; tali convenzioni, infatti, non devono, ai sensi dell'art. 166 bis, "comunque tendere alla costituzione dei beni in dote": il che significa che esse, nemmeno indirettamente, sia pur utilizzando uno schema negoziale legale ("frode alla legge"), possono stabilire un regime di beni che abbia le caratteristiche sostanziali di quello dotale, anche se non identificabile con esso (specie, ma non solo, in materia di "atipicità" delle convenzioni matrimoniali, resta, perciò, oggi decisivo conoscere a fondo l'ex regime dotale, proprio perché esso costituisce, per così dire, il "modello negativo" di regime patrimoniale fra coniugi, sì che da esso debbono desumersi a contrario taluni dei fondamentali caratteri del nuovo sistema di rapporti patrimoniali fra i coniugi): in altri termini, il diritto del coniuge (moglie) a non subire un regime di tipo dotale è proprio uno dei diritti "previsti dalla legge per effetto del matrimonio", ai sensi dell'art. 160.

b) Determinate categorie di beni - c.d. "riservati" (artt. 179, lett. c, d ed e; 210, 2° comma): beni di uso "strettamente personale"; beni connessi all'esercizio della professione; beni ottenuti a titolo di risarcimento, e pensioni ottenute per la perdita di capacità lavorativa - sono sottratte ad ogni vincolo derivante da regimi patrimoniali "secondari": per essi, in pratica, opererà uno stretto regime di separazione.

c) La casa di abitazione è comunque sottoposta ad una condizione giuridica a sé stante.

d) I beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi (art. 219, 2° comma).

Può parlarsi al riguardo di un principio di tendenziale sottoposizione dei beni coniugali al regime di comunione indivisa per pari quota. Ed anche questo diritto di comunione rientra nei diritti previsti dalla legge per effetto del matrimonio, e come tale è inderogabile.

e) Indipendentemente dal regime che viene ad instaurarsi, dovrà ammettersi l'amministrazione paritaria, da parte di entrambi i coniugi, di tutti i beni che cadano in comunione ("coniugale", cioè non "ordinaria"), in conformità alle regole di cui agli artt. 180 e seguenti (in materia di comunione legale), quando si tratti di beni che comunque formerebbero oggetto della comunione legale (principio desumibile dall'art. 210, 3° comma). Anche questo potere gestionale è inderogabile, in quanto previsto dalla legge per effetto del matrimonio.

f) Potere analogo sembra doversi pure ammettere, anche al di fuori della comunione, per l'amministrazione di tutti i beni che abbiano un vincolo di destinazione familiare (arg. ex art. 168).

g) Non può derogarsi al potere di chiedere la separazione dei beni in comunione (comunque questa si sia instaurata), nei casi previsti dalla legge.

h) Solo nei limiti di cui all'art. 182, è ammissibile che i coniugi si rilascino "procure" per l'amministrazione di beni in comunione (con riferimento, pur sempre, a quelli che abbiamo indicato al punto e), o di beni aventi un vincolo di

destinazione familiare (cfr. punto f). Più precisamente, l'ammissibilità di tale procura, che peraltro deve risultare da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, appare limitata - almeno in caso di procura "generale" - all'ipotesi di "lontananza o altro impedimento" di uno dei coniugi, ai sensi del 1° comma, art. 182; ma questo limite, ripetiamo, riguarda solo i beni che, trattandosi di comunioni diverse da quella legale, formerebbero oggetto di quest'ultima, mentre per i rimanenti la possibilità di deroga alle norme sull'amministrazione dei beni

in comunione legale è espressamente prevista all'ultimo comma dell'art. 210 (salvo il rispetto del principio che abbiamo indicato al punto a, o di quello che indicheremo al punto i). D'altro canto, l'esistenza del limite suddetto risulta confermata dal fatto che, a norma dell'ultimo comma dell'art. 182, soltanto nel caso di "azienda coniugale" (ossia, di "gestione comune di azienda") uno dei coniugi può essere delegato, senza limiti, al compimento di tutti gli atti necessari all'attività dell'impresa.

(Maiorca 1986, 469).

Deve avvertirsi che quest'ultimo argomento, come bene si è annotato (Fusaro 1990, 12), è stato oggetto di contrastanti prese di posizione, ed è tuttora controverso. Prosegue Maiorca la sua rassegna.

i) Anche al di fuori dell'assimilabilità alla dote, in nessun regime sarà ammissibile la concessione di poteri di amministrazione o di godimento di beni, a favore di un solo coniuge, che alteri il fondamentale criterio di eguaglianza operante nei rapporti patrimoniali fra i coniugi.

l) Nessuna convenzione (o altro atto) potrà andar contro i "preminenti interessi" della famiglia. Anche i "diritti della famiglia", come "società naturale fondata sul matrimonio", sono a fortiori (e persino a livello costituzionale) da considerarsi come "diritti" previsti dalla legge (e dalla Costituzione) per effetto del matrimonio (...).

m) Il regime "secondario" è sempre "mutabile", sia nel senso della possibilità di stipulare convenzioni in ogni tempo, sia in quello della modificabilità delle convenzioni già stipulate, ma in questo caso col consenso di tutte le persone che sono state parti delle convenzioni modificate (...). Il che importa il divieto di ogni rinuncia o limitazione pattizia al diritto di ciascun coniuge di dare o di non dare il proprio consenso al mutamento di tale regime: la "libertà negoziale (o contrattuale)" riferita alle convenzioni matrimoniali (e con specifico riguardo ai coniugi) va intesa, perciò, in modo rigoroso: come libertà (da parte dei coniugi) di stipulare o di non stipulare l'atto, ovvero di stipularlo con il contenuto voluto (beninteso, nel rispetto delle condizioni di legge), ovvero di modificare o non modificare l'atto precedentemente stipulato (ove, trattandosi di modifica di un precedente regime convenzionale, il requisito del consenso dei terzi che avessero partecipato alla sua costituzione va inteso in modo strettamente compatibile con la libertà negoziale dei coniugi ...), e ciò senza che sia ammissibile alcuna limitazione, sia pure volontaria, all'esercizio di tale diritto.

n) Non può derogarsi al potere di chiedere l'intervento del giudice, a norma dell'art. 145: disposizione, questa, che appare riferibile, oltre che ai rapporti e agli atti previsti al cit. capo IV (...), anche a quelli di cui al capo VI (...).

o) Non è derogabile il criterio legale di "responsabilità" per i debiti contratti per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, criterio che, peraltro, va articolato in relazione ai diversi regimi cui possono essere sottoposti i beni coniugali (...).

p) E' escluso che le parti ("gli sposi", od eventualmente terzi partecipanti alle convenzioni) possano efficacemente pattuire che la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi possa, in tutto o anche solo in parte, essere basata sul riferimento "generico" (ossia, sul mero richiamo) a norme diverse da quelle delle leggi alle quali tali rapporti sono sottoposti: ed è comunque stabilito che le parti stesse debbano "enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi rapporti" (principio che può dirsi, ad un tempo, di "stretta autonormazione", nonché di "determinatezza" del contenuto delle convenzioni matrimoniali "atipiche", o degli elementi - singoli patti o clausole - "atipici" di quelle legalmente tipizzate: arg. ex artt. 161 e 210, 1° comma, in fine). Ciò al fine del controllo della liceità dei medesimi; nonché per favorire la tutela dell'affidamento dei terzi; e, non ultimo, per consentire alle parti la massima conoscibilità di quanto è oggetto della convenzione, e quindi la maggior possibile consapevolezza dell'impegno assunto, dandosi in tal modo un particolare, ulteriore risalto all'esercizio del potere negoziale attribuito ai coniugi nella stipulazione delle convenzioni (...).

(Maiorca 1986, 469).

Tali principi imperativi, in qualunque relazioni si desideri porli con l'articolo 160, sono per pacifica opinione applicabili a qualunque sorta d'atto, ivi compresi gli atti unilaterali ed i contratti di diritto comune (Maiorca 1986, 463; Sacco 1992, 18).

Se l'articolo 160 è talora richiamato in giurisprudenza, ciò ha appunto il significato di un **rinvio sintetico** al complesso dei principi inderogabili. È il caso del noto orientamento della Cassazione in materia di accordi intervenuti tra coniugi già separati.

Nella realtà delle cose, le parti, se d'accordo, potranno in essere la pattuizione modificativa e la attueranno in concreto, e certo non può dirsi, come è stato da taluno sostenuto, che in conseguenza di ciò la separazione muta titolo, trasformandosi da consensuale omologata in consensuale di fatto. La separazione resta "omologata" e il patto modificativo di un aspetto particolare trova fondamento nell'art. 1322 c.c., essendo apprezzabile la possibilità che l'accordo originario sia adeguato da successive messe a punto affidate all'intesa e al senso di responsabilità dei coniugi. Se uno di questi si convinca poi che la modificazione urta nel limite più volte ricordato dell'art. 160 c.c., potrà portarla davanti al giudice con un ordinario processo contenzioso e chiedere l'accertamento negativo della sua validità; ma più spesso, poiché il patto modificativo così stipulato non ha efficacia di titolo esecutivo, la parte obbligata si asterrà dall'adempimento e sarà l'altra a dover adire il giudice per l'accertamento della validità del patto. Comunque la questione pervenga al giudice, certo è che la parte, la quale nega la validità del patto modificativo, non potrà limitarsi a denunciare la diversità di esso rispetto all'accordo omologato (perché questo aspetto è già superato dalla rilevanza che si è riconosciuta all'autonomia delle parti), ma dovrà dedurre che la modificazione varca il limite di derogabilità consentito dal citato art. 160 c.c. Insomma un controllo giurisdizionale resta anche secondo la costruzione qui indicata, pur se operante soltanto in forma virtuale attraverso il processo contenzioso.

(Cass. 24.2.93 n. 2270, CG, 1993, 820)

6. Leggi straniere ed usi

L'articolo 160, uno tra i pochi ad aver attraversato indenne la Riforma, riproduce il contenuto dell'articolo 1390 del Code Civil francese, del quale è celeberrima l'origine storica: si intendeva evitare che i nubendi avessero la possibilità di optare sic et simpliciter per l'*ancien droit*; come molto acutamente osserva Rodolfo Sacco (Sacco 1992, 20) preoccupava non tanto la fuga dalla nuova normativa in sé e per sé, quanto il significato politico di una pura e semplice adesione al regime previgente. La norma è stata formalmente soppressa in Francia, dopo che la giurisprudenza (Cassation 20.12.1938, Dalloz, 1939, 115) ne aveva dato un'interpretazione assai restrittiva ed in definitiva abrogante; sopravvive, paradossalmente, nel nostro Codice, ove è approdata per il tramite dell'articolo 1511 del Codice Albertino e 1381 del codice del 1865. A quest'ultimo si riferisce una delle rare pronunzie di legittimità, risalente al 1940, che dimostra di saper fare un uso assai cauto (ed in definitiva decisamente moderno!) della norma. La fattispecie è delle più rettilinee; una coppia italiana, contraendo matrimonio in un paese straniero, aveva optato per l'applicazione della legislazione di quel paese, ove intendeva vivere; la Corte d'Appello aveva dichiarato senz'altro nulla tale convenzione, senza ammettere le parti a provare se l'opzione per la legge straniera fosse avvenuta in termini generici o meno. La sentenza è cassata; la Cassazione inizia con il mettere a fuoco i presupposti d'applicabilità della norma: in primis la riconducibilità della fattispecie alla normativa italiana.

La legge italiana vieta agli sposi di stipulare che il loro matrimonio sia regolato da consuetudini locali o da leggi alle quali essi non siano legalmente sottoposti, quando ciò avvenga in modo generico. Due sono pertanto le condizioni in detto articolo richieste perché il divieto in esso fatto abbia luogo e, cioè, che il riferimento a consuetudini locali ed a leggi diverse sia fatto in modo generico e che tali leggi e consuetudini non siano quelle alle quali i coniugi sono legalmente sottoposti.

Quanto al concorso, nella specie, di questa seconda condizione non pare sia possibile discutere.

La Corte ha senz'altro ritenuto, sulla esatta premessa, della quale pertanto costituiva una logica e necessaria conseguenza, che entrambi i coniugi erano stati ed erano rimasti cittadini italiani e che, per quanto riguardava i rapporti obbligatori, i quali derivavano dal matrimonio, fossero appunto per la suddetta loro condizione, regolati dalla legge italiana alla quale, in tal guisa, erano da ritenere fossero legalmente sottoposti e non alla legge peruviana.

Al riguardo è da osservare che se la legge alla quale i coniugi (...) erano legalmente sottoposti, dovesse essere veramente quella peruviana, in tal caso, la prova chiesta dovrebbe essere assolutamente frustranea, perché la sottoposizione alla detta legge, e cioè alla legge peruviana, dovrebbe direttamente discendere, senza bisogno di alcuna stipulazione o dichiarazione, dal semplice fatto di essere, la medesima, la legge alla quale essi coniugi erano legalmente soggetti. La ipotesi invece prevista dalla nostra legge è del tutto diversa, anzi, è sostanzialmente opposta, perché in essa si considera il caso in cui gli sposi abbiano voluto che il loro matrimonio fosse regolato da una legge diversa da quella alla quale erano già legalmente sottoposti, vietando che ciò potesse farsi in modo generico e consentendo quindi che il riferimento si potesse fare e fosse perciò valido in modo specifico, particolare, mediante una clausola speciale con la quale tale loro volontà fosse chiaramente ed univocamente manifestata.

Se così non fosse, se si dovesse cioè ritenere che nel caso, la legge alla quale i coniugi (...) erano legalmente sottoposti fosse quella peruviana, l'applicazione della legge peruviana dipenderebbe direttamente dal fatto di essere essa quella

alla quale gli sposi erano legalmente sottoposti.

La Corte passa quindi a verificare la compatibilità della convenzione con la norma proibitiva in esame.

Invece, dovendosi ritenere che gli sposi stessi fossero, essendo entrambi cittadini italiani, sottoposti alla loro legge nazionale, per quanto si riferiva ai rapporti obbligatori derivanti dal matrimonio, per poter essi invocare a regolamento dei rapporti stessi, la legge peruviana, occorre che, in tale senso, essi avessero espressamente manifestata la loro volontà nel modo consentito dalla legge per non incorrere nel divieto stabilito nell'articolo in esame.

Ora su questo punto, il che attiene alla seconda condizione di cui all'articolo stesso, la Corte non ha portato il suo attento e completo esame, come avrebbe dovuto fare, anche all'infuori di ogni sollecitazione delle parti, per vedere, ai fini dell'applicazione della norma speciale, se il detto richiamo, che si sosteneva fosse stato fatto dagli sposi alla legge peruviana, fosse veramente generico, ovvero, esso fosse specifico per il modo come sarebbe avvenuto, per il suo contenuto particolare, in quanto relativo al regolamento che i coniugi stessi avrebbero voluto dare, evidentemente sotto l'aspetto patrimoniale, nel che veramente, sostanzialmente, essi si concretavano, ai rapporti che fra di loro sarebbero sorti, e si assumeva anzi che fossero senz'altro sorti, in dipendenza del matrimonio che avevano celebrato secondo il rito riconosciuto valido dalla legge dove avevano la loro stabile residenza. E' nota la ragione per la quale dalla legge quel divieto è fatto. Il legislatore ha voluto evitare che, per indagare la volontà dei contraenti, si dovessero consultare leggi alle quali essi non sono sottoposti e che bene potevano o ignorare o non esattamente conoscere, donde la possibilità di molteplici questioni. Di qui la necessità che il riferimento alla consuetudine locale e alla legge cui non sono legalmente sottoposte, fosse fatto dalle parti chiaramente. La genericità o meno adunque del detto riferimento deve essere posta e ricercata in sostanziale e diretta relazione col modo più o meno chiaro con cui esso è fatto, poiché assolutamente la legge non vieta che le convenzioni matrimoniali possano contenere clausole le quali siano conformi a consuetudini locali od a leggi a cui gli sposi non sono legalmente sottoposti.

(Cass. Regno 3.7.1940 n. 2179, FI, 1941, I, 27).

L'impostazione di fondo fatta propria da questa risalente pronuncia è ripresa, sostanzialmente invariata, anche da dottrina recente (Maiorca 1986, 483). Si può quindi distinguere (Fusaro 1990, 25) tra:

- **convenzioni atipiche** forgiate dagli interessati, sicuramente lecite (almeno ai fini della norma in esame; sul piano sostanziale deve ovviamente assicurarsi il rispetto delle norme imperative);
- convenzioni strutturate secondo un **mero rinvio** alla fonte straniera od agli usi, sicuramente vietate;
- convenzioni che **riproducono il contenuto** della normativa straniera o consuetudinaria, ammissibili in quanto non "generiche", ai sensi dell'articolo 161.

E' lecito però domandarsi se tale disposizione abbia conservato una qualche attualità. Propende per l'affermativa Rodolfo Sacco.

Il valore attuale dell'articolo sta nell'evitare tre inconvenienti. Si evita che i paciscenti si sottraggano al rigoroso formalismo dell'art. 162 adottando per relationem norme e regole di cui il notaio non potrebbe dar loro lettura. Si evita al giudice una troppo penosa ricerca sul diritto straniero o, peggio, sugli usi. Si evita ai terzi di veder frustrare il meccanismo della pubblicità mediante rinvii ad indici che in ipotesi potrebbero essere difficilmente reperibili, disagevoli da tradurre e da interpretare.

(Sacco 1992, 20).

Sull'esattezza di tali argomenti non si può dubitare, e si potrebbe anzi aggiungere che in tal modo si elidono anche le problematiche connesse alla variabilità della legge straniera nel tempo. In contrario si può forse osservare che gli inconvenienti sottolineati sono pacificamente accettati dal sistema in ogni altra area negoziale, e non si vede motivo di una loro speciale pericolosità in ambito matrimoniale (Gabrielli-Cubeddu 1997, 238). Laddove una legislazione straniera sia richiamata (o forse dovrebbe dirsi: riprodotta) in modo compatibile con l'articolo 161, pare certo che l'interpretazione di ogni singola disposizione dovrà operarsi secondo una logica puramente interna al negozio, senza far ricorso, tra l'altro, agli ordinari strumenti ermeneutici che fanno riferimento all'interazione delle disposizioni interpretande con le altre appartenenti al sistema giuridico di provenienza.

A chi scrive appare **estranea** al divieto di cui all'articolo 161 l'opzione di cui all'articolo 30 della legge 218/95, ad un tempo *lex posterior et specialis*.

1. I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede.

2. L'accordo dei coniugi sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.

(L. 31.5.95 n. 218, art. 30)

In dottrina è stata però affacciata una differente interpretazione.

In ordine alla validità degli accordi tra coniugi aventi ad oggetto la scelta di una legge straniera, l'ultimo quesito che ci si pone è quello dell'attuale valenza dell'art. 161 c.c., relativo al divieto di fare riferimento in modo generico ad una legge straniera. In altre parole la convenzione matrimoniale con la quale, in applicazione del secondo capoverso del primo comma dell'art. 30, il notaio italiano che ha davanti un cittadino italiano ed una cittadina inglese che vogliono adottare la legge inglese, si limitasse a dire che la legge che regolerà i rapporti patrimoniali tra i coniugi è quella inglese sarebbe valida o no? Personalmente ritengo di no e per una ragione di chiarezza prima ancora che di conflitto di leggi. Poniamo infatti che i due stessi coniugi dell'esempio precedente decidano invece di adottare la legge italiana, ma quale legge direbbe il notaio?

Nell'ambito della nostra legislazione occorrerebbe infatti distinguere tra il regime di separazione e quello di comunione e stante le enormi differenze non basterebbe certo una indicazione generica della legge italiana. Per non parlare poi del regime di comunione convenzionale. Sembra quindi avere unicamente valenza dogmatica l'affermazione che il divieto di cui all'art. 161 debba operare solo in presenza di un riferimento generico a leggi alle quali i coniugi non siano sottoposti, mentre non possono considerarsi tali quelle che le parti possono scegliere in via convenzionale. Parlando di riferimento generico, il legislatore voleva espressamente evitare l'indeterminatezza dell'oggetto della pattuizione e quindi del suo contenuto, non già distinguere tra un *relatio* formale ed una sostanziale. Ritengo pertanto tuttora vigente e cogente per il notaio rogante - la limitazione di cui all'art. 161 c.c. e la prescrizione di "enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare i loro rapporti".

(Andrini 1996, 3).

In contrario potrebbe osservarsi che la *ratio legis* invocata dall'Autrice non trova corrispondenza né nell'origine storica della norma né nelle ricostruzioni operate dalla dottrina successiva (Sacco 1992, 20): obiettivo della norma è proprio evitare la *relatio*, e non proibire un rinvio indeterminato ed indeterminabile, di cui si può infatti predicare senz'altro la nullità in base ai principi, senza bisogno alcuno di invocare disposizioni ad hoc. Infine, se è ben vero che in determinati ordinamenti si riscontra una pluralità di regimi, ciò non impedisce che, nel silenzio, si abbia per operante il rinvio al regime legale.

7.1. Il divieto di costituzione in dote

L'articolo 166bis vieta "ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione dei beni in dote". Nessun dubbio, naturalmente, sul significato ideologico/politico della norma, una pietra tombale simbolica e deliberatamente vistosa (".. che *comunque* tenda ...") sull'istituto probabilmente più lontano in assoluto dallo spirito che informa di sé la Novella. Il semplice obiettivo dell'eliminazione della dote dal nostro ordinamento avrebbe potuto essere perseguito con la semplice abrogazione degli articoli relativi, giacché quell'istituto si sostanziava in vincoli di natura reale che all'autonomia privata è precluso ricreare in assenza di un supporto normativo (Gabrielli-Cubeddu 1997, 239). Non è questo il punto, evidentemente. Ciò che la norma colpisce è il creazione di assetti **equipollenti in linea di fatto**; occorre quindi che l'interprete contemporaneo si provveda di una nozione sostanziale (e non tecnico/formale) della dote, che operi da cartina di tornasole per l'identificazione dei tentativi d'elusione del divieto. Paradossalmente, poteva farne a meno il giurista del passato, che non aveva motivo di ragionare in termini di frode rispetto ad una fattispecie (allora) lecita (Sacco 1992, 41).

Secondo un'interpretazione più rigorosa, cadrebbe sotto la scure dell'articolo 166 bis "ogni tipo d'apporto patrimoniale femminile al marito" (Avanzini 1975, 572). La formula appare troppo ampia, giacché vi rientrano convenzioni sicuramente lecite come la costituzione di fondo patrimoniale ad opera della moglie. La dottrina più autorevole propende per nozioni un poco più vaghe, od almeno più attente al momento teleologico che a quello strutturale: "diritto il cui scopo sta nel potere o nella potestà di comando o nel privilegio di un coniuge" (Sacco 1992, 42); "apporti che si rivelano come una sorta di corrispettivo, di indennizzo, per aver preso in moglie l'altra metà" (Corsi 1979, 15). Volendo azzardare un'ipotesi concreta, si può pensare alla donazione di un immobile alla moglie, da parte dei suoi genitori, con usufrutto a favore del marito per tutta la durata del matrimonio; ma anche questa fattispecie, prima facie la più evidente che si possa concepire, è alquanto scivolosa in quanto "se lo sposo fosse incapace a lavoro, lo scopo potrebbe anche essere quello di assicurarlo, e il negozio sarebbe lecito" (Sacco 1992, 42).

E' discusso se il divieto di cui alla norma in esame colpisca solo gli apporti della moglie al marito (Corsi 1979, 15), oppure anche, simmetricamente, quelli del marito alla moglie; recisamente in quest'ultimo senso una parte della dottrina (Finocchiaro 1984, 789; Sacco 1992, 42) secondo la quale se così non fosse si farebbe luogo ad una ingiustificata **disparità di trattamento basata sul sesso**, costituzionalmente rilevante. Una soluzione così netta dovrebbe essere probabilmente stemperata nel confronto con un'articolata problematica ormai classica (Gianformaggio 1996): se in presenza di una pregressa situazione di discriminazione sia lecito, ed in quali termini, predisporre strumenti legislativi (formalmente anch'essi discriminatori, ma di segno contrario) tesi al riequilibrio dei rapporti tra le categorie di cittadini interessate (U.S. Supreme Court, Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 1980; U.S. Supreme Court, City of Richmond v. J. A. Croson Co., 488 U.S. 469, 1989, GiC, 1992, 681; C. giust. CE 17.10.1995, 450/93/1995, Kalanke v. Glibmann, GC, 1995, I, 2863; C. giust. CE 11.11.1997, C-409/95, Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, FI, 1998, IV, 295). In quest'ottica potrebbe probabilmente reputarsi lecito un divieto asimmetrico, che colpisca (in quanto "sospetti") i contributi di parte femminile, e resti indifferente a quelli di parte maschile.

L'articolo 227 della Riforma stabilisce che le doti esistenti continuano ad essere disciplinati dalle leggi anteriori; pertanto s'applica tuttora, tra gli altri, l'articolo 184 abrogato, che attribuiva al marito l'amministrazione esclusiva dei beni dotali. Non desta meraviglia che tale assetto abbia attirato sospetti di incostituzionalità.

L'art. 184 impugnato di incostituzionalità, faceva parte di un sistema di norme (v. l'art. 173, a proposito dell'amministrazione dei beni costituenti il patrimonio familiare, per cui la moglie comproprietaria o non proprietaria amministrativa se designata dal costituente: in mancanza amministrativa il marito; v. l'art. 220 per cui solo il marito poteva amministrare i beni della comunione degli utili e degli acquisti e stava in giudizio per le azioni riguardanti le medesime) in cui si privilegiava, se non imponeva, il potere di gestione del marito.

L'art. 227 della legge n. 151 del 1975, rendendo ultrattiva la norma mentovata sia pure limitatamente alle doti già costituite anteriormente al 20 settembre 1975, permette il permanere nel corpo legislativo di un principio, prevalenza del marito nei rapporti patrimoniali tra coniugi, coerente con quelli espressi nel codice civile del 1942 come sopra dimostrato, ma in contrasto con quello dell'art. 29, comma 2, cost. come attuato nella legge c.d. di riforma del diritto di famiglia.

(Trib. Catania 21.2.1980, GC, 1980, 1159).

La Corte si sottrae (Fusaro 1990, 29) alla questione di costituzionalità così sollevata invocando la discrezionalità del legislatore.

L'ordinanza postula, in tal modo, un intervento additivo di questa corte, svolto a sostituire, a quella disposta dalla normativa impugnata, una distribuzione più equa e così più conforme al cennato precetto costituzionale.

Ma la tecnica manipolativa e adeguatrice sollecitata non appare alla corte sperimentabile nel caso concreto. E' ardua, invero, la pura e semplice estensione (che sembra ipotizzata dall'ordinanza di rimessione) alla dote (particolarmente in riferimento all'ipotesi di acquisto da parte del marito della proprietà dei beni dotali, ma anche in riferimento all'ipotesi di conservazione della proprietà da parte della moglie) della struttura propria di altri regimi patrimoniali (quale quella del fondo patrimoniale, che si adegua in parte qua - art. 168, 3° comma, 180 c.c. novellato - a quella della comunione legale, istituto certo non affine alla dote sotto il profilo del regime della proprietà dei beni che ne sono oggetto). Una siffatta soluzione non si presenta infatti come obbligata, ben potendo darsene altre (eventualmente differenziate in relazione all'ipotesi di modificato assetto dei rapporti personali fra i coniugi) non contrastanti sotto l'aspetto considerato con il precetto costituzionale in argomento: come quella, ad esempio, di conferire alla moglie, anche se non attributaria dell'amministrazione, poteri di opposizione agli atti di amministrazione del marito attributario. Non essendo configurabile una sola soluzione - e quindi una soluzione obbligata - ma più soluzioni, la sentenza additiva che ne adottasse una invaderebbe un ambito riservato alla discrezionalità insindacabile del legislatore. La questione va pertanto dichiarata inammissibile. (Corte. Cost. 11.7.1984, FI, I, 2417).

Più agevole si presentava il compito della Corte dinanzi alla figura, ignota alla precedente legislazione, della separazione personale (giudiziale) senza addebito. La Corte ha fatto luogo ad un intervento additivo, così da permettere anche in tal caso la separazione della dote dai beni del marito, su domanda della moglie (Corte Cost, 19.1.1987 n. 6, FI, 1987, I, 668; CS, 1987, II, 29; GC, 1987, I, 766; Ipr, 1987, 517; AC, 1987, 594; NLCC, 1987, 465; SCI, 1987, 384; DPF, 1987, 520; GI, 1987, I, 1, 1704; VN, 1987, 194; GiC, 1987, I, 47).

7.2. Principali questioni in tema di dote

Ci si chiesto se nell'odierna applicazione si debba rispettare nella sua interezza il profilo storico dell'istituto, maturato e sviluppatosi in un contesto radicalmente divergente dall'attuale, oppure se l'interprete contemporaneo debba leggere le norme transitoriamente conservate in vita alla luce dei principi della Riforma. E' il caso del principio di **immodificabilità** della dote.

Assume il reclamante che il regime dotale, se pure solo in via transitoria, è un regime patrimoniale che coesiste con quelli introdotti o modificati dalla riforma, onde non v'è ragione per sottrarlo alla disciplina sulla modificazione delle convenzioni matrimoniali di cui agli artt. 162 e 163 c.c.; che la formulazione dell'art. 227 l. 151/75 ben può interpretarsi come un richiamo limitato alla disciplina specifica della dote (artt. 177-209 c.c. 1942: amministrazione ed atti di disposizione dei beni dotali), mentre ne esula il principio dell'immodificabilità dopo le nozze di cui all'art. 162 c.c. 1942, norma non peculiare della dote ed anche sistematicamente del tutto distinta; e che le esigenze di diritto transitorio potevano forse giustificare il mantenimento in vita del regime dotale per le doti precostituite, ma non la sua immodificabilità nonostante la concorde volontà contraria dei coniugi: risultato che contrasterebbe con i principi costituzionali di cui agli artt. 29, comma 2, e 3 della Costituzione; donde la necessità di interpretare il citato art. 227 nel senso che non conduca a profili di illegittimità costituzionale o, in subordine, di proporre questione alla Corte Costituzionale. (App. Torino 16.7.1990, DFP, 1991, 180).

La Corte piemontese respinge l'ipotesi di interpretazione evolutiva sottoposta alla sua attenzione.

Il reclamo è infondato e deve essere respinto.

Ancorché non esclusivamente peculiare della dote, ma comune a tutte le convenzioni matrimoniali previste dal codice del 1942, il principio della immutabilità dopo le nozze, di cui all'art. 162, comma 2 c.c. 1942, era una caratteristica essenziale dell'istituto della dote, non meno che le altre disposizioni appositamente per esso dettate dagli artt. 177-209 di quel codice: una dote revocabile prima dello scioglimento del matrimonio - sia pure con il consenso di entrambi i coniugi e, se del caso, del terzo costituente - non avrebbe potuto assolvere la sua funzione specifica di vincolare un complesso di beni, apportati dalla moglie o da terzi ad ferenda onera matrimonii.

La legge 151/75 - nel modificare radicalmente, per il futuro, il regime patrimoniale della famiglia, introducendo, fra l'altro, il principio della modificabilità delle convenzioni matrimoniali anteriori o successive al matrimonio, previa autorizzazione del giudice (autorizzazione poi soppressa per la modifica delle convenzioni stipulate dopo l'entrata in vigore della legge 10 aprile 1981 n. 142), e nel vietare per il futuro, sotto pena di nullità, ogni ulteriore convenzione tendente alla costituzione di beni in dote (art. 166 bis c.c., introdotto dall'art. 47 della l. 151/75) - ha però stabilito, con la disposizione transitoria dell'art. 227, che le doti e i patrimoni familiari costituiti prima dell'entrata in vigore della presente legge continuano ad essere disciplinati dalle norme anteriori. Il legislatore del 1975, così, ha inteso impedire,

per il futuro, la costituzione di nuove doti - in consonanza con l'orientamento di eliminare ogni disposizione che, a qualsiasi effetto, differenziasse la condizione della moglie da quella del marito (la dote era apportata dalla moglie, o da altri per lei, ed era, salvo casi eccezionali, amministrata dal marito) - ma ha ritenuto tollerabile, o compatibile con il nuovo indirizzo di politica legislativa, che le doti (ed i patrimoni familiari) già costituite continuassero ad essere regolate dalle "norme anteriori": dove il riferimento non può esser fatto che all'intero complesso di norme che integravano il regime giuridico proprio dei beni dotali, ivi compresa quella, essenziale, sulla irrevocabilità ed immutabilità del vincolo in pendenza del matrimonio, e non limitato, invece, alle sole norme contenute nella sezione III del capo VI del titolo VI del libro I del codice del 1942, riservata all'istituto della dote. Ha inteso, cioè, far sopravvivere in via transitoria la particolare condizione patrimoniale dei beni costituiti in dote, vincolati per tutta la durata del matrimonio ad *sustinenda onera matrimonii*: condizione strettamente inerente a quei beni (sui quali sussiste una sorta di "diritto quesito" della famiglia), e che non impedisce in alcun modo l'immediata applicazione, nei rapporti propriamente personali tra i coniugi, della nuova disciplina egualitaria introdotta dalla riforma del 1975.

La norma transitoria speciale dell'art. 227 l. 151/75, del resto, deroga, per il principio stesso di specialità, alla coeva norma generale contenuta negli artt. 162 e 163 novellati del codice civile: dalla modificabilità, in generale, delle convenzioni matrimoniali sono escluse le doti ed i patrimoni familiari già esistenti, per loro natura immodificabili in costanza di matrimonio, e tali mantenuti dalla suddetta norma transitoria. (App. Torino 16.7.1990, DFP, 1991, 180).

La pronunzia appena riportata è rappresentativa di una tendenza dominante in giurisprudenza nel senso di una piana ed aproblematica applicazione delle **regole proprie del sistema abrogato** (Cass. 1.12.1993 n. 11875, DE, 1994, II, 87; Cass. 26.5.1990 n. 4907; Trib. Milano 30.10.1980, RN, 1980, 1648). Conservano pertanto (decescente) attualità alcune classiche questioni.

Conformemente all'indirizzo prevalente prima della Riforma, si ritiene che in caso di edificazione o sopraelevazione su immobile costituito in dote non si abbia comunicazione del vincolo dotale alla nuova costruzione (App. Bologna 15.10.1984, RN, 1985, 180; Trib. Lucera 20.2.1986, RN, 1986, 927). Secondo la contraria opinione (Trib. Bologna 19.6.1984, RN, 1985, 180) per effetto dell'**accessione** si estende al nuovo bene non solo lo status dominicale del suolo ma anche i vincoli sul medesimo esistenti, così come disposto in tema d'ipoteca dall'articolo 2811. L'argomento era stato respinto in passato dalla giurisprudenza di legittimità.

Il ricorrente ha costantemente sostenuto nel corso del giudizio, e sostiene tuttora con il ricorso in esame, che tale soluzione non è applicabile nelle ipotesi in cui ha luogo il fenomeno dell'accessione di un bene ad un altro bene; egli esprime l'avviso, infatti, che in tali ipotesi il bene non soltanto diviene di proprietà del proprietario del bene cui accede, ma resta anche automaticamente assoggettato al regime che regola tale bene, sì che, se il bene nei confronti del quale ha luogo l'accessione è assoggettato a vincolo dotale o ad altro vincolo, il bene che accede diviene, a seguito dell'accessione, soggetto allo stesso vincolo.

A sostegno di tale tesi il ricorrente fa rilevare che, nella disciplina dell'ipoteca, l'articolo 2811 c.c. espressamente assoggetta al vincolo ipotecario tutte le accessioni al bene sottoposto ad ipoteca; che nelle ipotesi in cui siano costituiti in dote titoli azionari o titoli cui inerisce il diritto a premi la dottrina ha affermato che sia le azioni attribuite a titolo di distribuzione delle riserve, sia i diritti di opzione, sia i premi, sono sottoposti al vincolo dotale; che, ove sia costituita in dote la nuda proprietà di un bene gravato di usufrutto, con la cessazione dell'usufrutto rimane assoggettato a vincolo dotale anche il diritto al godimento del bene. Inoltre il ricorrente invoca l'opinione di un autorevole scrittore che, pur nel vigore del codice abrogato, che sanciva, come si è detto, l'immutabilità della dote nel corso del matrimonio, affermava che dovevano intendersi dotali anche le costruzioni e piantagioni inerenti al fondo dotale.

La corte di merito ha, rettamente osservato che dalla norma espressa in tema di ipoteca non soltanto non può essere tratto un principio applicabile ad altre ipotesi, in cui manchi una specifica previsione legislativa, ma piuttosto debba ricavarsi una deduzione in senso contrario, e cioè nel senso che qualora mancasse tale norma, le accessioni rimarrebbero sottratte al vincolo di garanzia reale, e cioè che, per principio generale, ove manchi un atto od una norma espressa, l'accessione non soggiace ai vincoli, cui sia soggetto il bene a favore del quale ha luogo l'acquisto. La corte ha rilevato, pure, che l'ipotesi della cassazione dell'usufrutto sul bene dotale non ha alcuna attinenza con il caso in esame, in quanto dà luogo a consolidamento della nuda proprietà con il godimento, non ad acquisto di un nuovo bene. La stessa corte ha anche esattamente osservato che la tesi secondo la quale i diritti azionari od i premi, inerenti a titoli costituiti in dote, sono sottoposti al vincolo dotale nel momento dell'attribuzione trova giustificazione nel rilievo che l'acquisto si verifica indipendentemente da un atto del titolare del diritto, sì che manca la possibilità di una espressa dichiarazione di costituzione del vincolo, mentre l'acquisto si pone, sul piano economico, come mero incremento del valore dei titoli costituiti in dote.

Le stesse considerazioni possono essere espresse in relazione ad ogni altra ipotesi in cui ha luogo l'acquisto della proprietà per fatto naturale, indipendentemente dall'attività del soggetto, come nelle ipotesi tradizionali dell'alluvione,

degli incrementi fluviali, della unione e specificazione non volontarie, ed in altre ipotesi consimili. Ma la tesi dell'assoggettamento del bene al vincolo cui è soggetto il bene al quale esso accede non sembra che possa essere accolta, come anche esattamente ha giudicato la corte di merito, quando l'accessione abbia luogo a seguito dell'attività del titolare o di un terzo, ossia, appunto, nelle ipotesi di costruzione e di piantagione. (Cass. 20.11.1964 n. 2773, GC, 1965, I, 308).

L'estensione del vincolo dotale è invece pacifica per quanto concerne le **accessioni naturali** (Cass. 15.3.1965, GC, 1965, I, 890). I beni non propriamente dotali, ma sottoposti ad **ipoteca a garanzia delle ragioni dotali**, sono liberamente negoziabili, giacché l'alienazione, non incidendo sull'ipoteca, non può recare nocimento alcuno (Cass. 26.1.1980 n. 642, AC, 1980, 681).

Il debito del marito di restituzione del denaro dotale, ai sensi dell'articolo 182 nel testo anteriore alla legge di riforma del diritto di famiglia costituisce **debito di valuta**, non soggetto a rivalutazione monetaria, ancorché il marito, proprietario del detto denaro, lo abbia investito in beni non soggetti a svalutazione, salvo l'obbligo di corresponsione degli interessi dalla data della domanda giudiziale, valendo questa anche come atto di costituzione in mora (Cass. 18.2.1985 n. 1375, DFP, 1985, 532).

In passato la giurisprudenza non aveva dubitato della **validità dei preliminari** di vendita conclusi senza assistenza del marito e senza autorizzazione del Tribunale.

Come questa Corte suprema ha altra volta affermato, la promessa di vendita di un bene dotale non può ritenersi inclusa tra gli atti di alienazione della dote che, se non espressamente consentiti nell'atto di costituzione della stessa, non possono essere compiuti durante il matrimonio se non con il consenso del marito e della moglie e con l'autorizzazione del tribunale (v. sent. n. 3893 del 1957, Foro it., Rep. 1957, voce Coniugi (rapp.), n. 13). Invero, poiché lo scopo del divieto di alienazione dei beni dotali è quello di conservarli giuridicamente intatti ad sustinenda onera matrimoni, il concetto di alienazione va inteso in senso ampio, ma in guisa da comprendervi qualsiasi atto che abbia effetto immediato sui beni dotali e non pure quegli atti che, sebbene abbiano attinenza con tali beni, producano effetti meramente obbligatori per il soggetto che li ha posti in essere. Ora la promessa di vendita non rientra tra gli atti di alienazione, in quanto essa non è un atto di disposizione, avendo per oggetto, non il trasferimento della proprietà del bene, ma soltanto la obbligazione di concludere la vendita di esso. Né a diversa conclusione può indurre il rilievo che l'art. 2932 cod. civ. prevede la possibilità della esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, perché, stabilendo tale articolo che la sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso può ritenersi qualora sia possibile e non escluso dal titolo, è evidente che in caso di inadempimento della promessa di vendita di un bene dotale, tale sentenza può ottenersi soltanto se si siano verificate le condizioni che la legge richiede per poter procedere all'alienazione di tale bene. (Cass. 14.3.1963 n. 640, FI, 1963, 1765).

Alquanto inopinato fu dunque un revirement alla metà degli anni Settanta (Cass. 17.11.1976, FI, 1976, I, 2792) che riguardava però, a dire il vero, una fattispecie di confine, la cui qualificazione oscillava tra il preliminare propriamente detto ed il definitivo con patto di futura documentazione in atto pubblico. Nella scarna giurisprudenza di merito si ebbero sia voci favorevoli al nuovo indirizzo (Trib. Napoli 26.4.1982, DG, 1982, 932) che conferme delle antiche posizioni (App. Catania 2.7.1982, FI, 1983, I, 207); si propiziò così una pronunzia delle Sezioni Unite, in esito alla controversia decisa in secondo grado con la pronunzia da ultimo citata: un ultimo inaspettato rullo di tamburi, un soprassalto di vitalità per un istituto ormai sulla soglia dell'estinzione per cause naturali, prima ancora che per la (troppo dolce) opera demolitrice della Corte Costituzionale.

Ritengono queste sezioni unite che tra le due soluzioni contrastanti (quella di oltre un trentennio di giurisprudenza nello stesso senso, e l'altra sostenuta con un'unica decisione) debba ritenersi più rispondente ad esatti principi giuridici la prima.

Non va infatti dimenticato che, pur trattandosi di materia avente carattere e riflessi pubblicistici (secondo la concezione della dote nella vigenza di tale istituto, il legislatore sancì, con l'art. 190, una nullità singolare o sui generis (sent. 294/62 dell'alienazione e dell'obbligazione della dote, in quanto la nullità stessa non poteva essere né rilevata di ufficio né chiesta dal terzo contraente, ma soltanto dal marito e dalla moglie).

Questa particolarità ha influenza anche sulla soluzione del problema che qui interessa perché dimostra che, in definitiva, il legislatore ha rigorosamente perseguito soprattutto lo scopo di conservare alla dote la sua tipica funzione di essere destinata ad onera matrimoni sustinenda, sicché la valutazione sulla rilevanza o meno, a tali fini, del vizio inficiante di

nullità l'atto dispositivo, fu rimessa ai soggetti interessati alla conservazione della dote (il marito e la moglie). In questa situazione, non sembra possa ritenersi addirittura colpita da nullità la semplice promessa di vendita di un bene dotale (promessa che, come ha posto in evidenza la citata prevalente giurisprudenza, non incide in se stessa e immediatamente sul bene assoggettato al vincolo), allorché le parti stipulanti il preliminare abbiano esplicitamente, come è avvenuto nel caso di specie, subordinato il loro accordo di futura vendita all'autorizzazione del tribunale (prevista, per l'alienazione dall'art. 187 cit.) poi di fatto intervenuta. (Cass., Sezioni Unite, 12.2.1985, n. 1167, FI, 1985, I, 687; GC, 1985, I, 1335; RN, 1985, 932; SCI, 1985, 662; VN, 1984, 1548; DFP, 1985, 504).

Nello stesso senso un successiva pronunzia di legittimità (Cass. 23.10.1991 n. 11219). Nella vicenda decisa dalle Sezioni Unite, il preliminare faceva espressa riserva a proposito della necessità d'ottenere l'autorizzazione, il che facilitò senza dubbio il compito del supremo consesso; va però annotato che la giurisprudenza più risalente affermava la validità del preliminare prescindendo da tale circostanza.