

Il mutuo dissenso *del* terzo

ABSTRACT

Lo scopo del progetto è vagliare l'ammissibilità del mutuo dissenso, nella sua accezione strettamente risolutoria, tutte le volte in cui il negozio da sciogliere coinvolga *direttamente* la sfera giuridica dei terzi.

La ricerca mira ad accertare la corretta **qualificazione causale del consenso allo scioglimento prestato dal terzo**, dalla quale discendono notevoli conseguenze pratico-applicative: gli strumenti pubblicitari utilizzabili, l'obbligatorietà delle menzioni che concernono i trasferimenti immobiliari, la competenza in ordine alle autorizzazioni di volontaria giurisdizione, l'eventuale applicazione dello statuto delle donazioni o delle liberalità indirette e l'imposizione fiscale.

DESCRIZIONE DEL PROGETTO

A. Allo stato dell'arte, il mutuo consenso allo scioglimento del contratto, carente di uno statuto organico, trova cittadinanza nell'ordinamento in ragione di una serie di norme codicistiche che ad esso si riferiscono¹.

L'ammissibilità del mutuo dissenso, qualora questi sia diretto a sciogliere contratti ad effetti reali già prodotti, è da lungo tempo controversa.

Secondo un primo orientamento, il mutuo dissenso in funzione eliminativa sarebbe configurabile unicamente con riferimento ai contratti ad effetti obbligatori e non anche con riferimento ai contratti ad effetti reali, per i quali detta fattispecie dovrebbe causalmente qualificarsi in termini di "contro-negozio"².

Tale indirizzo afferma l'inidoneità della causa solutoria a sorreggere la retrocessione dei diritti in origine trasferiti con il contratto disciolto³.

¹ In particolare: l'art. 1321, nella parte in cui menziona espressamente i contratti "*estintivi*"; l'art. 1372, nella parte in cui consente lo scioglimento del contratto per "*mutuo consenso*"; l'art. 1399, a mente del quale «*Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica*»; l'art. 2655, nella parte in cui prescrive che la «*risoluzione [...] deve annotarsi a margine della trascrizione o all'iscrizione dell'atto*»; e l'art. 768-*septies*, a mente del quale è possibile "*sciogliere*" il patto di famiglia con il consenso di tutti i partecipanti.

² G. DEJANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, pp. 104 e ss., secondo il quale: «*il potere di influire, oltre che sul presente e sull'avvenire, anche sul passato è un potere del tutto eccezionale, che presenta questo carattere anche in riguardo agli organi dello Stato [...] e non può essere riconosciuto all'autonomia privata, se non quando ciò sia chiaramente disposto dalla legge*»; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, 3a ed., Milano, 1972, pp. 211 e ss.; e D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 2a ed., pp. 1024 e ss., per il quale «*in tutte le vendite immediatamente traslative [...] può aversi non uno scioglimento consensuale di un precedente rapporto di vendita, ma solo un nuovo contratto di ritrasferimento tra le medesime parti (retrovendita): quindi con efficacia ex nunc e con tutte le altre relative conseguenze*».

³ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, op. cit., p. 212, a mente del quale «*il trasferimento del diritto reale, anche se si attua attraverso il mero consenso, richiede nel nostro sistema un contratto che sia per sua funzione idoneo a realizzare tale risultato, e questo non può essere il mutuo dissenso, la cui ragione di essere si esaurisce nella eliminazione di un precedente contratto. Un siffatto effetto potrà invece realizzarsi dalle parti solo seguendo una via diversa e più complessa; e così ponendo in essere un nuovo contratto dello stesso tipo di quello precedente, ma di contenuto opposto (ad es. una compravendita, una donazione in senso contrario)*».

Un diverso orientamento, suffragato dalla dottrina maggioritaria⁴, dalla più recente Giurisprudenza⁵ e dalla prassi notarile⁶, al contrario, ammette il mutuo dissenso anche nell'ambito dei contratti ad effetti reali, in senso puramente risolutorio e retroattivo.

In contrapposizione alla precedente posizione, autorevole dottrina rileva come «*il mutuo dissenso rimane distinto rispetto agli altri contratti restitutori, mediante i quali le parti, senza risolvere il contratto originario, tendono a realizzare una vicenda contrattuale inversa*»⁷.

In siffatta ipotesi, la retrocessione degli affetti reali traenti titolo nel contratto disciolto sarebbe automatica e retroattiva, sia pur non idonea ad incidere sulla sfera giuridica dei terzi in ossequio al principio di relatività contrattuale.

Un terzo orientamento, intermedio rispetto ai primi due e riconducibile al Gazzoni⁸, pur riconoscendo al mutuo dissenso natura risolutoria, ne denuncia l'inidoneità al ritrasferimento *sic et simpliciter* dei diritti originariamente ceduti.

Secondo la tesi in analisi, il mutuo dissenso elimina il titolo che radica le prestazioni nelle sfere giuridiche delle parti originarie, rendendole oggettivamente indebite, con la conseguenza che saranno necessari tanti negozi unilaterali di adempimento⁹ quante sono le prestazioni da restituire. Tali negozi (relativamente) astratti trarranno causa (esterna) nell'obbligo di ripetizione delle prestazioni oggetto del contratto disciolto.

B. Muovendo dalle sopra esposte premesse, risulta evidente come il dibattito in ordine alla natura giuridica del mutuo dissenso sia copioso e ricco di prestigiosi contributi, per cui parrebbe poco fecondo indagare ulteriormente lo stesso **oggetto**.

Consapevole di ciò, la presente ricerca vuole puntare il riflettore su un palcoscenico limitrofo e poco illuminato, sul quale si erge a protagonista della scena lo scioglimento di una serie di fattispecie che consentono il radicarsi di situazioni giuridiche soggettive, più o meno intense, nella sfera di soggetti qualificabili come “terzi”.

La ricerca prenderà le mosse dal contratto a favore di terzo, per poi spostarsi su fattispecie più sfumate, ma di grande rilevanza sistematica.

⁴ *Ex pluribus*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, 2a ed., Torino, 1950, p. 25; F. MESSINEO, v. *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, p. 815; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9a ed., 1966, p. 217; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III (*Il contratto*), 2a ed., Milano, 1999, p. 735; e A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 256.

⁵ Cass. Ord. 30 aprile 2021, n. 11401.

⁶ F. ALCARO, *Il mutuo dissenso*, Studio civilistico n. 434-2012/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 17 gennaio 2013; M. CEOLIN, *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, Studio civilistico n. 52-2014/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 21 marzo 2014.

⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III (*Il contratto*), cit., pag. 735; ma allo stesso modo, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, op. cit., pag. 47.

⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, pp. 1034 e ss.. Per l'Autore, gli effetti del mutuo dissenso non dipendono dalla natura del contratto, ma dalla circostanza per cui gli effetti reali si siano già verificati o meno: «*con tale contratto è possibile porre in essere gli effetti di un contratto traslativo o costitutivo solo se essi non si siano ancora prodotti*». Sulla stessa lunghezza d'onda, sia pur con riferimento a fattispecie diverse rispetto a quella in analisi, D. RUBINO, *La compravendita*, op. cit., p. 1078.

⁹ Sul concetto di “pagamento traslativo”, F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giustizia civile*, 1991.

Verrà analizzato lo scioglimento del fondo patrimoniale in presenza di figli, i quali giocano il ruolo di *terzi* rispetto alla convenzione matrimoniale che costituisce il vincolo; nonché lo scioglimento del fondo patrimoniale costituito *inter vivos* dal terzo e accettato dai coniugi.

Successivamente, si passerà in rassegna lo scioglimento del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter*, rispetto al quale il beneficiario dello stesso ha da considerarsi *terzo* con riguardo alla fattispecie costitutiva, pur acquistando diritti che traggono fonte dal programma destinatorio.

In ultimo, si affronterà la problematica dello scioglimento del contratto concluso da uno soltanto dei coniugi in comunione legale dei beni, per il medio del quale il coniuge non acquirente, pur qualificandosi come *terzo* rispetto al negozio stipulato dall'altro coniuge, acquista il bene al proprio patrimonio senza possibilità di rifiuto.

C. Definito lo stato dell'arte e descritto l'oggetto dell'indagine, le **domande che muovono la presente ricerca** possono essere sintetizzate nei termini che seguono:

- 1) È possibile sciogliere i predetti negozi in forza di un mutuo dissenso con effetti puramente risolutori senza sconfinare in diverse fattispecie, come il *contrarius actus*, la rinuncia abdicativa o la remissione del debito? e se sì
- 2) Qual è la natura giuridica del consenso che il terzo presta allo scioglimento?

D. Per dare una risposta ai superiori interrogativi, seguendo una **metodologia di indagine mista**, la quale volgerà ora dalla teoria alla pratica ed ora dalla pratica alla teoria, si prenderanno le mosse dalle più importanti opere dottrinali sul tema¹⁰, per poi analizzare le sentenze più rilevanti della Suprema Corte di Cassazione¹¹.

In **chiave comparatistica** si volgerà lo sguardo verso l'ordinamento francese, il quale presenta simmetrie e assonanze di adamantina chiarezza con l'ordinamento italiano, per analizzare come la giurisprudenza d'oltralpe, e segnatamente la Corte di Cassazione Francese¹², ha risolto le questioni che ivi si sono poste sul tema.

In accezione strettamente prognostica e precaria, i **risultati attesi** verranno *infra* descritti e discussi.

La dottrina che si è approcciata alla tematica del mutuo dissenso, al netto delle individuali posizioni, di regola non si è astenuta dall'affrontare il tema dell'intangibilità dei diritti acquistati *medio tempore* dai terzi, sostenendo che lo scioglimento dei negozi testé citati potesse avvenire soltanto con il consenso di quest'ultimi.

¹⁰ Il riferimento va ad A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, op. cit., che costituisce il punto di partenza per chiunque voglia misurarsi con il tema in oggetto.

¹¹ Cass. Ord. 30 aprile 2021, n. 11401, sulla natura giuridica del mutuo dissenso; e Cass., 8 agosto 2014, n. 17811, sullo scioglimento del fondo patrimoniale in presenza di figli.

¹² Sulle ragioni storiche poste a fondamento delle analogie tra ordinamento francese e italiano, si confronti G. CHIODI, *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di G. Chiodi, I. Birocchi e M. Grondona, Roma, 2020.

Tuttavia, non si riscontra la stessa profondità di analisi in ordine all'individuazione del *titolo* al quale i predetti terzi partecipano allo scioglimento.

D.1 Prendendo le mosse dal **contratto a favore di terzo**, secondo una certa dottrina¹³, pur senza essere parte in senso strutturale del negozio da sciogliere, il terzo dovrebbe considerarsi *parte del rapporto* che detto negozio, una volta stabilizzato, instaura.

Allorquando si ritenesse di aderire a siffatta posizione, ne deriverebbe logicamente che il consenso del terzo allo scioglimento sarebbe connotato della stessa causa solutoria che informa il consenso delle parti.

L'orientamento testé citato, non da tutti condiviso¹⁴, presenta diverse criticità.

In primo luogo, si ponga mente alla difficoltà, logica ancor prima che giuridica, di ritenere uno stesso soggetto ora *terzo*, all'alba della conclusione del contratto, ed ora *parte*, al tramonto dell'esecuzione del rapporto.

In secondo luogo, considerare *parte del rapporto* il terzo beneficiato dal negozio, contrasterebbe con la circostanza per cui non è ravvisabile alcun "rapporto" nei contratti ad effetti reali, dal momento che questi non sono dotati di ultrattività¹⁵.

In ultimo luogo, si oppone alla predetta tesi un argomento di carattere sistematico: l'art. 1411, è posto in una *sedes materiae*, in seno allo statuto codicistico del contratto in generale, in cui il legislatore guarda a tale istituto dalla specola degli effetti, non della

¹³ A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, op. cit., p. 296, il quale corrobora la tesi secondo la quale il terzo ex art. 1411 sarebbe comunque *parte del rapporto negoziale*, muovendo le proprie argomentazioni dall'analisi del contratto per sé o per persona da nominare e dalla cessione del contratto. Secondo l'Autore, dalla circostanza che allo scioglimento dei predetti negozi partecipino *l'electus* o il cessionario, ne deriverebbe la prova che le parti dell'originario contratto ben possano essere diverse dalle parti del mutuo dissenso. Dette obiezioni non sembrano determinanti, in quanto non vi è dubbio che, mentre *l'electus* ed il cessionario divengono "parte" in senso stretto del contratto che li riguarda, il terzo ex art. 1411 resta tale anche a seguito di adesione. Argomentando *a contrario*, l'analisi delle fattispecie testé citate sembra quasi deporre a sfavore di quanto sostenuto da tale dottrina; M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, V, Torino, 2002, p. 49, il quale afferma: «Le parti del mutuo dissenso sono quelle sulle quali ricadono direttamente gli effetti del contratto da sciogliere; queste non necessariamente coincidono con le persone che hanno concluso l'originario atto». L'Autore, in realtà, nel caso di specie, recita detta affermazione con riguardo al problema della legittimazione allo scioglimento dei successori a titolo universale o particolare delle parti originarie del contratto da sciogliere, lasciando impregiudicata la questione in ordine alla legittimazione allo scioglimento dei terzi interessati dal contratto.

¹⁴ Sul punto, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, op. cit., p. 211, osserva quanto segue: «Le diverse costruzioni che in materia si sono prospettate, risolvendo tale atto in una duplice rinuncia gli effetti obbligatori del contratto, o ancora in una categoria di negozi accomunati solo dalla finalità di neutralizzare gli effetti prodotti da un precedente contratto, si pongono del resto contro la reale determinazione delle parti rivolta a porre nel nulla il contratto, e non soltanto a paralizzarne gli effetti». Per l'Autore, il mutuo dissenso è negozio che indice direttamente sulla struttura dell'atto e soltanto indirettamente sui suoi effetti.

¹⁵ La questione che riguarda l'ultrattività dei contratti ad effetti reali immediati si scorge in seno al controverso istituto della proprietà temporanea, ma con gli stessi caratteri viene in rilievo anche ai presenti fini. Sul punto, D. RUBINO, *La compravendita*, op. cit., p. 1078, afferma che «non solo la vendita, ma ancor più in generale tutti i contratti traslativi hanno per loro natura una efficacia definitiva»; allo stesso modo N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979, pp. 133 e ss.; *contra* N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, p. 442, secondo il quale il divieto di introdurre un termine finale deriva dai modi romanistici di acquisto della proprietà: la *mancipatio* e la *in jure cessio*. Tali figure non sopportavano nessuna modifica al rigido formalismo che ne connotava la struttura. Secondo l'Autore, stante le cessate ragioni storiche da cui trae fondamento il divieto, è ben possibile ipotizzare l'apposizione di un termine finale ai negozi ad effetti reali.

struttura: in buona sostanza, il legislatore del 1942 quando definisce testualmente “terzo” il beneficiario del contratto, lo considera tale proprio rispetto al rapporto.

Sulla scorta delle predette obiezioni, non pare ammissibile un’adesione acritica alla qualificazione del medesimo soggetto ora come *terzo rispetto alla struttura* ed ora come *parte rispetto al rapporto*. Pertanto, detta tesi, se pur tenuta in debita considerazione vista l’autorevolezza di chi la sostiene, sarà sottoposta ad uno scrupoloso vaglio critico.

Lo scioglimento del contratto a favore di terzo si presenta intriso di criticità anche qualora si scegliesse di approcciare al mutuo dissenso dall’ottica del Gazzoni sopra esposta.

Per l’Autore, pur rimanendo necessario l’intervento di tutti i soggetti interessati dal contratto – le parti ed il terzo – il profilo risolutorio resta nettamente separato dal profilo traslativo.

Ne consegue che, al mutuo dissenso dovrebbero partecipare esclusivamente le parti originarie del contratto da sciogliere, mentre la successiva restituzione del bene dovrebbe essere effettuata da colui che ne ha la titolarità: il terzo.

La difficoltà di una così peculiare impostazione si rivela allorquando si cerchi di individuare la causa che sorregge il negozio traslativo di cui il terzo è autore.

Per costui, infatti, il pagamento traslativo non svolge la funzione di restituire la prestazione indebita, poiché l’eliminazione del titolo in virtù del quale questi ha acquistato non è lui opponibile: la retroattività convenzionale del mutuo dissenso, infatti, opera sulla base dello schema delineato dall’art. 1458.

In altre parole, nell’ottica del Gazzoni, una volta eliminato il titolo, la prestazione rimane indebita per le parti, non per il terzo. Pertanto, nessuna ripetizione, con causa restitutoria, potrà configurarsi tra il terzo ed il promittente.

Sulla base di quanto appena esposto, si proverà a indicare un diverso percorso interpretativo volto, da un lato, ad affermare la natura risolutoria di tutti i consensi in gioco e, dall’altro, a salvaguardare l’estraneità del terzo rispetto al contratto da sciogliere.

Il risultato atteso mira a configurare un *mutuo dissenso a struttura trilaterale*, in cui il consenso del promittente e dello stipulante è diretto a sciogliere il contratto, mentre il consenso dello stipulante e del terzo è volto a sciogliere la clausola di stipulazione.

Una fattispecie complessa in cui tutti i consensi negoziali, pur essendo diretti a sciogliere entità differenti, sottendono una causa strettamente risolutoria.

D’altro canto, la possibilità di incidere direttamente sulla clausola di stipulazione non pare del tutto estranea al sistema: l’art. 1411, co. 2, infatti, consente di revocare la sola clausola di stipulazione, senza caducare l’intera fattispecie.

D.2 Diversa l'analisi ricostruttiva che si dovrà intentare in ordine allo **scioglimento del fondo patrimoniale**, tanto in presenza di figli, tanto in caso di costituzione del medesimo ad opera di un terzo¹⁶.

Con riferimento alla prima fattispecie, la Corte di Cassazione, pur riconoscendo ai figli «una posizione giuridicamente tutelata in ordine agli atti di disposizione del fondo»¹⁷, non chiarisce quale funzione causale svolga il loro consenso allo scioglimento.

Tale consenso, da un lato, potrebbe essere ricostruito in termini abdicativi dei diritti (reali) di cui all'art. 168, co. 2¹⁸; dall'altro, potrebbe essere espressione di un potere dispositivo della prole sul fondo patrimoniale.

Con riferimento allo scioglimento del fondo patrimoniale costituito *inter vivos* dal terzo ed accettato dai coniugi, invece, l'obiettivo sarà, quello di valutare se il terzo, che a monte aveva partecipato alla costituzione del vincolo, a valle debba partecipare al suo scioglimento.

In entrambe le fattispecie oggetto di analisi, il risultato che si attende deve fare i conti con la difficoltà di configurare un consenso allo scioglimento del fondo patrimoniale che provenga da soggetti diversi dai coniugi.

Le convenzioni matrimoniali, e dunque anche il loro scioglimento, sono negozi a parti qualificate, che non sopportano l'ingerenza di soggetti estranei¹⁹.

Ne deriva logicamente che, allo stato attuale, il risultato atteso propende per qualificare il consenso dei figli allo scioglimento come abdicativo dei diritti di cui all'art. 168, co. 2; e di considerare inammissibile la partecipazione del terzo costituente allo scioglimento del fondo patrimoniale, che verrà eliminato ad opera dei soli coniugi.

D. 3 Con riferimento allo **scioglimento convenzionale del vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter**, la dottrina che si è occupata del tema ha ritenuto che questi possa essere sciolto con il consenso del costituente e del beneficiario²⁰, pur senza qualificare causalmente il consenso di quest'ultimo.

I risultati attesi sono strettamente dipendenti dalla individuazione dell'oggetto su cui incide il mutuo dissenso: la struttura del negozio o il rapporto che da esso trae fonte.

¹⁶ La *vexata quaestio* dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale è soltanto lambita dalla presente ricerca, sul punto si rimanda a A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, 2a ed., Milano, 1984; G. GABRIELLI, v. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*; L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali Notarili*, a cura di L. Genghini, vol. 2, 2010, Padova.

¹⁷ Cass., 8 agosto 2014, n. 17811.

¹⁸ Se è pacifica la natura reale del diritto di cui all'art. 168, co. 2, discussa ne resta in dottrina l'esatta qualificazione. F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, vol. 3, Padova, 1992, p. 353, ne afferma la natura di usufrutto ordinario; G. GABRIELLI, v. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale (dir. priv.)*, op. cit., pag. 269, ne afferma la natura di usufrutto legale; G. CIAN e G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1982, p. 833, ne affermano la natura di diritto reale *sui generis*, ma tipico.

¹⁹ Le eccezioni positivamente previste, come ad esempio la costituzione del fondo patrimoniale ad opera di soggetti terzi, devono ritenersi eccezionali e come tali insuscettibili di applicazione analogica.

²⁰ M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006, p. 39.

Qualora si decidesse di aderire alla tesi per la quale il mutuo dissenso incide sulla struttura del negozio, il consenso del beneficiario non potrà qualificarsi in termini risolutori del vincolo, in quanto l'unico consenso allo scioglimento ammesso sarebbe quello dell'unica parte strutturale del negozio da eliminare: il costituente.

Pertanto, il consenso del beneficiario assumerà natura abdicativa o remissiva dei diritti che dal vincolo promanano.

Precisamente, qualora si considerasse il beneficiario come titolare di un diritto personale²¹, il suo consenso allo scioglimento dovrebbe qualificarsi in termini di remissione del debito.

Qualora, invece, si considerasse il beneficiario come titolare di un diritto reale²², il suo consenso allo scioglimento dovrebbe qualificarsi in termini di rinuncia abdicativa.

Al contrario, allorché si decidesse di aderire alla tesi per la quale il mutuo dissenso incide sul rapporto instaurato dal negozio, il consenso del beneficiario si potrebbe qualificare in termini causalmente risolutori.

A stretto rigore, inoltre, non pare necessario il consenso dell'*attuatore*, il quale non è direttamente interessato dal negozio costitutivo del vincolo di destinazione, ma svolge le sue funzioni in virtù di un mandato *a latere* collegato²³.

Tuttavia, qualora nell'atto costitutivo fosse prescritto lo scioglimento con l'intervento dell'attuatore medesimo, tale consenso potrebbe qualificarsi in termini di *autorizzazione privata*²⁴.

D.4 Ultima fattispecie oggetto di analisi, riguarda lo **scioglimento del contratto con cui un coniuge acquista in regime di comunione legale dei beni** ex art. 177, co.1, lett. a).

Pacifico l'assunto per il quale il ripristino dello *status quo ante* dovrà avvenire con la partecipazione del coniuge non acquirente. Discutibile se per raggiungere tale risultato si possa ricorrere al mutuo dissenso risolutorio, ovvero se l'unica via percorribile resti quella del *contrarius actus*.

Allo stato, i risultati attesi non sono percepibili con chiarezza, in quanto la letteratura non offre spunti che, *prima facie*, possano consentire di determinare un pronostico.

²¹ F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia civile*, 2006, fasc. 3, p. 167; M. CEOLIN *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, p. 242.

²² G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, fasc. 2, pt. 2, p. 187; M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO e C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, op. cit., p. 46.

²³ M. CEOLIN *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, cit., p. 187.

²⁴ Sul concetto di autorizzazione privata, sia pur con riferimento alla cessione del credito, P. PERLINGERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1982, p. 69; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV (*L'obbligazione*), Milano, 1993, p. 581; sulla differenza tra autorizzazione privata ed autorizzazione di diritto amministrativo, cfr. Cass., 20 febbraio 1991, n. 1786.

Anche in tale ipotesi, valgono le riflessioni sopra svolte. Pertanto, la qualifica del consenso del coniuge non acquirente dipende dalla concezione che del mutuo dissenso si decide di assumere.

Aderendo alla tesi per cui il mutuo dissenso incide sulla struttura del contratto da sciogliere, sarebbe possibile percorrere due strade.

La prima è segnata dal ricorso al *contrarius actus* ad opera delle parti originarie e del coniuge non acquirente.

La seconda strada si imbecca sposando la concezione del Gazzoni e seguendo uno schema bifasico: lo scioglimento del contratto viene posto in essere dalle parti originarie, mentre l'atto di ritrasferimento viene posto in essere da entrambi i coniugi. In tal caso, si porranno gli stessi problemi, già sopra evidenziati, nel qualificare causalmente il (ri)traferimento del coniuge non acquirente.

Per converso, aderendo alla tesi per cui il mutuo dissenso incide sul rapporto instaurato dall'originario contratto, e non sulla sua struttura, il consenso del coniuge non acquirente ben potrà essere qualificato in termini risolutori.

E. Descritto il percorso che la presente ricerca vuole intraprendere, la metodologia di analisi ed i risultati attesi, dalla specola delle **implicazioni pratiche** e dei **riflessi applicativi**, si consideri quanto segue.

In materia pubblicitaria, ad esempio, qualificare lo scioglimento come *contrarius actus* o come negozio risolutorio muta lo strumento cui ricorrere: la trascrizione nel primo caso, l'annotazione a margine nel secondo.

Detta qualificazione avrà, altresì, dirette refluenze in ordine alla obbligatorietà di talune menzioni (urbanistiche e catastali) nell'atto di scioglimento.

In materia di volontaria giurisdizione, sposare una qualificazione piuttosto che un'altra, in ordine al consenso espresso dal terzo, significa incidere potenzialmente sulla competenza funzionale ad emettere il relativo provvedimento autorizzativo.

In ordine alla disciplina sostanziale dell'atto, si consideri che qualora l'operazione posta in essere dal terzo venisse qualificata in termini di liberalità indiretta, entrerebbe in gioco la disciplina di cui all'art. 809.

In ultimo, nonostante spesso si assista a discrasie sul piano fiscale tra natura giuridica di un istituto e regime impositivo cui questi viene assoggettato, ciò non toglie che la qualifica dell'operazione negoziale posta in essere dal terzo nell'ambito dello scioglimento di un negozio che lo interessa, possa avere notevoli conseguenze sul piano tributario.

BIBLIOGRAFIA

ALCARO F., *Il mutuo dissenso*, Studio civilistico n. 434-2012/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 17 gennaio 2013.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 2a ed., Torino, 1950.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, III (*Il contratto*), 2a ed., Milano, 1999.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, IV (*L'obbligazione*), Milano, 1993.

BIANCA M., D'ERRICO M., DE DONATO A. e PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006.

BOVE B., *Fondo patrimoniale: Aspetti discussi di una disciplina controversa*, Torino, 2014.

CARRESI F., *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, vol. 3, Padova, 1992.

CEOLIN M., *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010.

CEOLIN M., *Sul mutuo dissenso in generale e, in specie, parziale del contratto di donazione*, Studio civilistico n. 52-2014/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del 21 marzo 2014.

CHIODI G., *Costruire una nuova legalità: il diritto delle obbligazioni nel dibattito degli anni Trenta*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di G. Chiodi, I. Birocchi e M. Grondona, Roma, 2020.

CIAN G. e CASAROTTO G., *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1982.

COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924.

DEJANA G., *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939.

DI PRISCO N., *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979.

FINOCCHIARO A. e FINOCCHIARO M., *Diritto di famiglia*, 2a ed., Milano, 1984.

FRANZONI M., *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, V, Torino, 2002.

GABRIELLI G., v. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*.

GAZZONI F., *Babbo Natale e l'obbligo di dare, nota a Cass. 9 ottobre 1991, n. 10612*, in *Giustizia civile*, 1991.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia civile*, 2006, fasc. 3.

GENGHINI L., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Manuali Notarili*, a cura di L. Genghini, vol. 2, 2010, Padova.

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

MESSINEO F., v. *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*.

PERLINGERI P., *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1982.

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, fasc. 2, pt. 2.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1962, 2a ed..

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9a ed., 1966.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, 3a ed., Milano, 1972.