

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

VITO VELLUZZI

*Tutele proporzionate, prognosi del comportamento
del coniuge (o ex coniuge) obbligato
e interpretazione giudiziale*

CEDAM

TUTELE PROPORZIONATE, PROGNOSE DEL COMPORTAMENTO DEL CONIUGE (O EX CONIUGE) OBBLIGATO E INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE [★]

di VITO VELLUZZI

SOMMARIO: 1. Una decisione «senza precedenti». – 2. La garanzia ipotecaria, la natura del credito e l'interpretazione della legge. – 3. Interpretazione letterale, sistematica e funzionale in che senso? – 4. Ancora un interrogativo: una questione di legittimità costituzionale per irragionevole differenziazione?

1. UNA DECISIONE «SENZA PRECEDENTI». Giovanni Tarello esortava i filosofi del diritto analitici a mettere alla prova i propri strumenti di lavoro, ad applicare un metodo piuttosto che discuterlo⁽¹⁾. Giacomo Gavazzi riteneva che la teoria del diritto potesse essere praticata anche, forse soprattutto, «dal basso», ossia a partire da problemi posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁽²⁾. Letizia Gianformaggio sosteneva che un filosofo del diritto, per definirsi tale, deve essere anche giurista⁽³⁾. Le pagine che seguono costituiscono un tentativo di soddisfare i propositi metodologici appena ricordati attraverso l'analisi di tre sentenze, una di legittimità e due di merito riguardanti la garanzia ipotecaria del credito del coniuge separato o dell'ex coniuge divorziato⁽⁴⁾.

[★] **Contributo pubblicato in base a referee.**

⁽¹⁾ Nell'opuscolo illustrativo della neonata rivista *Materiali per una storia della cultura giuridica* pubblicato da il Mulino, 1975, Tarello raccomandava «lo studio di cose piuttosto che lo studio di come bisognerebbe studiarle».

⁽²⁾ GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, 1969, 9, nella quale l'onere viene indicato come ideale punto d'incontro dei due modi di fare teoria del diritto, dall'alto e dal basso.

⁽³⁾ GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di DICIOTTI-VELLUZZI, Giappichelli, 2008, 25 ss.

⁽⁴⁾ Per un primo accostamento v. F. FINOCCHIARO, *Del Matrimonio*, 2, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1993, sub art. 156, 439 ss.

L'esposizione della vicenda mostrerà, si spera, le potenzialità delle questioni emergenti per l'applicazione di taluni strumenti di lavoro tipici del filosofo del diritto analitico (o analista che dir si voglia), del loro conseguente interesse per la tecnica e la teoria dell'interpretazione giuridica, della necessità di conoscere taluni ambiti del diritto civile per cogliere nella loro interezza i nodi teorici intrecciati con le questioni più squisitamente di diritto positivo.

I fatti controversi alla base delle tre sentenze sono sempre i medesimi: un coniuge o ex coniuge è obbligato da una sentenza di separazione o di divorzio o da un verbale di separazione consensuale omologata per decreto a versare una somma periodica all'altro coniuge o all'ex coniuge a titolo di mantenimento o di solidarietà post-coniugale. Facendo valere la sentenza o il decreto il coniuge o ex coniuge creditore iscrive ipoteca su un bene immobile dell'obbligato, basando l'istituzione della garanzia reale sulla disposizione del comma 5° dell'art. 156 cod. civ.: «La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale», o in caso di divorzio sull'art. 8, comma 2°, della l. n. 898/1970: «la sentenza di divorzio costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818»⁽⁵⁾. L'obbligato però chiede che l'ipoteca venga

⁽⁵⁾ Decreto di omologazione della separazione consensuale e sentenza costituiscono entrambi titoli idonei a iscrivere ipoteca giudiziale a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 158 cod. civ. pronunciata da CORTE COST., 18.2.1988, n. 186, in *Giust. civ.*, 1988, I, 879: «non la sola sentenza che pronunzia la separazione giudiziale ex art. 156, comma 5, ma anche il decreto di omologazione della separazione consensuale, ex art. 158, deve essere considerato titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 cod. civ.».

cancellata, in quanto non v'è stato, e/o non v'è ragione di ipotizzare che vi sarà da parte sua, inadempimento dell'obbligo che su di lui grava.

La sentenza della Corte di cassazione dalla quale prendere avvio risale al luglio del 2004⁽⁶⁾. In quella occasione la Corte stabilì che «*In tema di garanzie per il pagamento dell'assegno di separazione e di divorzio, la valutazione del coniuge, in favore del quale la sentenza di separazione riconosca l'assegno di mantenimento, circa la sussistenza, ai fini dell'iscrizione ipotecaria ai sensi dell'art. 2818 cod. civ., del pericolo di inadempimento del coniuge obbligato, resta sindacabile nel merito, onde la mancanza – originaria o sopravvenuta – di tale pericolo determina, venendo meno lo scopo per cui la legge consente il vincolo, l'estensione della garanzia ipotecaria e di conseguenza, il sorgere del diritto dell'obbligato ad ottenere dal giudice, dietro l'accertamento delle condizioni anzidette, l'emanazione del corrispondente ordine di cancellazione ai sensi dell'art. 2884 cod. civ.*».

Per prima cosa è bene rammentare le molte formulazioni normative coinvolte⁽⁷⁾. Il quadro di riferimento è il seguente: l'art. 156 cod. civ. dispone al comma 4° che «Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'art. 155»; il medesimo articolo stabilisce al comma 5° che «la sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818» e al comma 6°, primo inciso, dispone che «In caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato»; l'art. 8, comma 2°, della l. n. 898/1970 statuisce: «la sentenza di divorzio costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo

2818»⁽⁸⁾; l'art. 2818 cod. civ. regola i provvedimenti da cui deriva l'ipoteca giudiziale disponendo che «Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore»⁽⁹⁾; l'art. 2852 cod. civ. riguarda il grado dell'ipoteca: «L'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche se è iscritta per un credito condizionale. La stessa norma si applica per i crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente»; l'art. 2884 cod. civ. dispone che la cancellazione dell'ipoteca possa essere eseguita se ordinata per sentenza.

Il lettore noterà piuttosto agevolmente che dalla lettura *prima facie* degli enunciati normativi del comma 5° dell'art. 156 cod. civ. e dell'art. 8, comma 2°, l. n. 898/1970, non risulta il requisito del pericolo dell'inadempimento del coniuge obbligato per iscrivere e soprattutto per far permanere la garanzia ipotecaria del credito dell'altro coniuge⁽¹⁰⁾. La decisione dei giudici di legittimità era priva di precedenti in

⁽⁸⁾ È bene rammentare che il medesimo articolo prevede al comma 1°, al pari dell'art. 156, comma 4°, cod. civ., che «Il Tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi di mantenimento», e al comma 7° stabilisce che «Per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, su richiesta dell'avente diritto il giudice può disporre il sequestro dei beni del coniuge obbligato a somministrare l'assegno».

⁽⁹⁾ L'articolo si compone anche del comma 2°, in base al quale «Lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto».

⁽¹⁰⁾ Si vedrà tra poco che nella ricostruzione degli argomenti usati dal Tribunale di Milano e forse pure da quelli proposti dalla Cassazione, iscrizione e permanenza della garanzia ipotecaria vanno tenute concettualmente distinte (v. *infra* nt. 16). Si noti, per inciso, ma la notazione non è banale, che il requisito di cui si è appena detto nel testo è estraneo pure alla formulazione dell'art. 2818 cod. civ.

⁽⁶⁾ CASS., 6.7.2004, n. 12309, in *Foro it.*, 2005, I, 174.

⁽⁷⁾ Una puntualizzazione terminologica: nell'ambito di questo scritto si intende per disposizione normativa, formulazione normativa, enunciato normativo, un enunciato del discorso delle fonti del diritto.

termini, com'è abitudine dire, e resta ad oggi carente di riscontri successivi al medesimo grado di giudizio, ma ha avuto proseliti e raccolto critiche tra i giudici di merito ⁽¹¹⁾.

Infatti, nel marzo del 2007, il Tribunale di Roma si è posto in rotta di collisione con la sentenza di cui sopra affermando che «*Il verbale di separazione consensuale costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale e l'ipoteca è una facoltà del creditore prevista dall'ordinamento, facoltà che prescinde dall'inadempimento del debitore o dalla sussistenza di periculum in mora. La circostanza che il comma 6 dell'art. 156 cod. civ. preveda la possibilità di ottenere un sequestro in caso di inadempimento e che il comma 4 preveda che, in caso di pericolo di sottrazione all'adempimento, si possa ottenere una garanzia reale o personale rende palese che l'iscrizione ipotecaria di specie non possa ritenersi attuabile solo nella ricorrenza di presupposti di pericolo di sottrazione della garanzia dell'adempimento, ma ne prescinde, prevedendo che, ove vi sia titolarità di un credito accertato giudizialmente, il creditore abbia la facoltà di esercitare un diritto di garanzia previsto dalla legge*» ⁽¹²⁾. Nel discostarsi dal precedente di legittimità il giudice del tribunale romano si premura di replicare ad uno dei punti rilevanti dell'argomentazione adottata dalla Supr. Corte, vale a dire la necessità di istituire, per via di interpretazione, una *proporzione* tra la tutela accordata dal-

⁽¹¹⁾ Almeno è quanto risulta sino al momento in cui questo scritto è stato dato alle stampe. Per il vero una sentenza del 1991 (CASS., 20.11.1991, n. 12428, in *Giust. civ.*, 1992, I, 681) occupandosi della questione con riferimento ad una ipoteca giudiziale iscritta a seguito di divorzio e riprendendo giurisprudenza risalente agli anni Settanta, ha sì indicato nel pericolo di inadempimento un requisito per l'iscrizione dell'ipoteca, ma rimettendo la valutazione del pericolo medesimo al creditore e rendendola insindacabile in futuro da parte del giudice, al quale veniva sottratta ogni facoltà di valutare, su richiesta dell'obbligato, la legittimità della permanenza della garanzia. L'elemento significativo di novità introdotto con la sentenza del 2004 risiede nel fatto che il pericolo di inadempimento futuro non solo può, ma deve essere valutato dal giudice.

⁽¹²⁾ TRIB. ROMA, 21.3.2007, stralci della sentenza si possono leggere ne *Il civilista*, 2008, n. 5, 68 ss., con commento di VECCHI.

l'art. 156 ai commi 4° e 6° e quanto previsto dal medesimo articolo al comma 5° ⁽¹³⁾.

La tesi della Corte di cassazione è invece ripresa e fatta propria dal Tribunale di Milano in una sentenza del giugno 2009, nella quale si ribadisce che «*è consentita l'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del coniuge gravato da mensilità di assegno di mantenimento o divorzile non ancora scadute in caso di pericolo di un inadempimento futuro*», in più si aggiunge che «*qualora l'ex coniuge goda ancora di un cospicuo patrimonio immobiliare, non sussiste alcuna ragione per il mantenimento delle suddette ipoteche*» ⁽¹⁴⁾.

Orbene, quale sia il punto controverso a livello giudiziale è presto detto: l'avvenuto inadempimento o il pericolo che questo si realizzi in futuro è un requisito necessario per l'iscrizione e per il permanere della garanzia ipotecaria del credito al mantenimento o dell'assegno di solidarietà post-coniugale? La risposta positiva o negativa all'interrogativo passa dall'interpretazione delle disposizioni normative sopra ricordate ed è proprio da un esame più approfondito degli argomenti usati nelle sentenze che si potranno sviluppare molteplici considerazioni di teoria e di tecnica dell'interpretazione giuridica.

2. LA GARANZIA IPOTECARIA, LA NATURA DEL CREDITO E L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE. Vediamo più in dettaglio quali sono le argomentazioni proposte dalla giurisprudenza richiamata nel primo paragrafo.

Da un lato si trova l'affermazione del Tribunale di Roma, secondo la quale le disposizioni normative di cui agli articoli 156, comma 5°, cod. civ., e 8, comma 2°, l. n. 898/1970 sono chiare e non affette da equivocità o ambiguità

⁽¹³⁾ Il medesimo problema si pone per i commi 1°, 2°, 3° e 7° dell'art. 8, l. n. 898/1970. Nel resto della nota si farà riferimento all'art. 156 cod. civ., anche in ragione del fatto che le sentenze, pur quando riguardano casi di divorzio, argomentano prevalentemente riferendosi a quella disposizione normativa, per poi sostenere che altrettanto vale per lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

⁽¹⁴⁾ TRIB. MILANO, 18.6.2009, n. 7941, inedita, la massima è reperibile nella banca dati *De Jure*.

di sorta: sulla base della sentenza (o del verbale di separazione) il creditore ha titolo valido per iscrivere ipoteca, nonché per farla permanere nel tempo. Nessun altro requisito è richiesto, che piaccia o che non piaccia.

Dall'altro lato vi sono la Cassazione del 2004 e il Tribunale di Milano per i quali tale lettura del quadro normativo è semplicistica e inaccettabile: vediamo le ragioni.

I giudici di legittimità argomentano ispirandosi «al sistema normativo, subordinando l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ad un requisito, quello del pericolo, non letteralmente previsto dalle norme interpretate. Il quadro normativo, appunto, presuppone, per l'operare delle varie forme di garanzia dell'adempimento dell'assegno di mantenimento e divorzile, che vi sia quantomeno un fondato timore per le mensilità future. Anzitutto, il primo comma del citato art. 8 ed il quarto comma del parimenti citato art. 156, con disposizioni tra loro affini, prevedono che il giudice che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero la separazione, può imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale solo se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento nella corresponsione di quanto dovuto all'altra parte. Giusto il penultimo comma dell'art. 156 cod. civ., e le analoghe disposizioni dei commi dal terzo al settimo dell'art. 8, l. n. 898/1970, inoltre, anche le misure del sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e dell'ordine ai terzi di versamento diretto agli aventi diritto sono subordinate al caso di inadempimento dell'obbligato dunque ad un inadempimento già verificatosi»⁽¹⁵⁾.

Queste le parole della Cassazione che secondo il Tribunale di Milano «ha ritenuto di interpretare in chiave sistematica il combinato disposto dell'art. 156 comma 5 cod. civ. (o art. 8, comma 3, l. n. 898/1970) e dell'art. 2818 cod. civ. (...) Benché la soluzione interpretativa offerta richiedesse forse una più approfondita motivazione, soprattutto con riferimento alla non ben chiarita correlazione tra pericolo di inadempimento ed inadempimento già verificatosi, non si ritengono condivisibili le critiche mosse alla sentenza (...) sotto il profilo dell'interpretazione let-

terale, ossia nel senso che il testo delle norme non autorizzasse (...) una soluzione come quella che la Cassazione ha adottato». Prosegue il togato ambrosiano «In effetti, mancando nell'art. 2818 cod. civ. ogni riferimento di tipo applicativo al particolare caso di condanna al pagamento dei crediti futuri, una interpretazione letterale nel senso di una interpretazione chiaramente desumibile e dunque pedissequamente aderente alla lettera della norma (...) neppure pare configurabile (...) D'altra parte, ove si aderisse all'interpretazione sostenuta dalla convenuta nel senso di permettere sempre e comunque al coniuge o ex coniuge di iscrivere ipoteca sui beni immobili dell'obbligato a prescindere da ogni inadempimento o pericolo di inadempimento (...) si porrebbero a risultati inaccettabili che provano a contrario la bontà della tesi cui qui si accede. Così opinando, si sottoporrebbe infatti l'obbligato all'esercizio non solo potestativo, ma anche con effetti permanenti nel tempo (...) di una facoltà di iscrizione di ipoteca da parte dell'altro coniuge o ex coniuge (...) oltre agli effetti negativi sul patrimonio in termini di possibilità di vendere l'immobile (...) ai notori effetti negativi in caso di richieste di accesso al credito bancario o finanziario»⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ I corsivi sono aggiunti. Chiosa il Tribunale di Milano che l'interpretazione sistematica adottata porta a concludere che: è consentita l'iscrizione di ipoteca al coniuge (o ex coniuge) beneficiario anche in relazione alle mensilità dell'assegno di mantenimento o divorzile non ancora scadute, ma a condizione che vi sia il pericolo che l'obbligato possa sottrarsi all'adempimento delle sue obbligazioni; in un primo momento si lascia al solo beneficiario la valutazione della sussistenza del pericolo; tale valutazione, tuttavia, è sindacabile nel merito dal giudice, per cui ove l'obbligato chieda al giudice stesso di disporre la cancellazione dell'ipoteca ai sensi dell'art. 2884 cod. civ., il giudice può e deve verificare l'effettiva sussistenza del requisito del pericolo di inadempimento; la mancanza, originaria o sopravvenuta, del requisito del pericolo di inadempimento, determina l'insussistenza dello scopo per cui la legge consente il vincolo e fa sorgere, di conseguenza, il diritto dell'obbligato ad ottenere l'ordine di cancellazione.

Il giudice ambrosiano rimprovera alla Cassazione di non aver tenute distinte in maniera espressa, ma soltanto implicita, le fattispecie di titolo al-

⁽¹⁵⁾ I corsivi sono aggiunti.

Tutto ciò si legherebbe alla natura del credito, ossia al carattere futuro del credito vantato dal coniuge o *ex* coniuge beneficiario⁽¹⁷⁾. Sostiene, infatti, il giudice lombardo che: *a*) la funzione dell'ipoteca è rivolta a tutelare crediti, cioè «posizioni giuridiche di diritto relativo *in atto*»; *b*) la corresponsione periodica di un assegno determina il sorgere di un credito del beneficiario nei confronti dell'obbligato, credito che al momento della sentenza e prima della scadenza di ciascun termine periodico di pagamento, non è attuale e nemmeno esigibile; *c*) manca una norma generale in tema di garanzia ipotecaria per crediti non ancora sorti; *d*) la formulazione dell'art. 2852 cod. civ. «*pare sottintendere, quale principio generale, che l'ipoteca può essere concessa anche per crediti futuri, ma col limite che i crediti futuri da garantire non*

l'iscrizione e titolo alla permanenza della garanzia. Nella ricostruzione «sistematica» riportata poco sopra, infatti, è il Tribunale di Milano a trarre tutte le conseguenze dell'impostazione configurata dai giudici di legittimità, conseguenze rimaste nell'ombra nella pur lunga motivazione della sentenza del 2004.

Per approfondire ulteriormente: il giudice interviene sempre *ex post*, cioè dopo che l'iscrizione ipotecaria è avvenuta, ma al giudice stesso possono essere chieste due cose differenti: *a*) riscontrare che non vi era una valida ragione per operare l'iscrizione, visto che in quel momento non sussisteva alcun inadempimento o pericolo di adempimento dell'obbligo e la situazione, al tempo della domanda, non è mutata; *b*) verificare che pur essendo giustificata l'iscrizione non è giustificato il protrarsi della garanzia ipotecaria, poiché non sussiste più il pericolo di inadempimento futuro. Quest'ultimo chiarimento però è dell'autore di questo scritto, mentre non appare formulato con nitore nel periodare della Supr. Corte e nemmeno nelle parole del giudice lombardo. Che il giudice possa intervenire solo dopo l'iscrizione dell'ipoteca, su impulso del debitore, è confermato dalla giurisprudenza per la quale la domanda del coniuge (o *ex* coniuge) creditore rivolta a ottenere l'autorizzazione all'iscrizione di ipoteca è inammissibile per difetto di interesse, in quanto lo stesso coniuge (o *ex* coniuge) creditore può procedere direttamente all'iscrizione (in questi termini CASS., 20.11.1991, n. 12428, cit.).

⁽¹⁷⁾ Anche su questo punto si dovrà tornare.

dipendano da rapporti non ancora insorti»⁽¹⁸⁾.

Ecco, quindi, che nell'argomentazione dei vari giudici sono emerse l'interpretazione letterale con i suoi esiti palesi (ma per taluni inaccettabili) e con quelli oscuri, una chiave sistematica di lettura alternativa a quella letterale, il ruolo rilevante della funzione e della natura degli istituti coinvolti. A fronte di questo quadro è giunto il momento di mettere un po' di ordine lessicale e concettuale al suo interno, di fare una minima opera di terapia linguistica e attraverso questa svelare alcune debolezze argomentative di tutte o soltanto di alcune delle decisioni sin qui riassunte.

3. INTERPRETAZIONE LETTERALE, SISTEMATICA E FUNZIONALE IN CHE SENSO? Riassumendo. Il Tribunale di Roma caldeggia l'interpretazione letterale dell'art. 156, comma 5° (e dell'omologa disposizione normativa in tema di divorzio), mentre la Cassazione e il Tribunale di Milano si oppongono a questa impostazione e ostracizzano l'interpretazione letterale dell'art. 2818 cod. civ., a cui l'art. 156, comma 5°, rinvia⁽¹⁹⁾.

Ma la nozione di interpretazione letterale utilizzata nei discorsi dei giudici è la stessa? Sembra di no. Il Tribunale di Roma sostiene che la massima estensione semantica della disposizione normativa di cui all'art. 156, comma 5°, cod. civ. non contempla il requisito

⁽¹⁸⁾ I corsivi sono aggiunti.

⁽¹⁹⁾ Il significato letterale è il risultato dell'interpretazione compiuta per mezzo dell'argomento letterale, ma visto che usare l'argomento letterale vuol dire far capo al significato letterale, i due sintagmi «significato letterale» e «interpretazione letterale» possono considerarsi sinonimi. Sul tema sono tutt'ora importanti i saggi di CHIASSONI, LUZZATI, MAZZARESE, PASTORE e VILLA contenuti in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di VELLUZZI, Giappichelli, 2000, *passim*. Per riferimenti bibliografici più recenti v. POGGI, *Significato letterale: una nozione problematica*, in *Analisi e diritto* 2006. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di COMANDUCCI-GUASTINI, Giappichelli, 2007, 196 ss., e CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, 2007, 60, nt. 14. Una curiosità: i giudici di merito e di legittimità non menzionano l'art. 12, comma 1°, delle preleggi e i criteri interpretativi in esso contenuti.

del pericolo dell'inadempimento: l'interpretazione letterale equivale qui all'insieme dei significati attribuibili alla disposizione normativa. Lo stesso giudice, infatti, scrive che introdurre il requisito del pericolo dell'inadempimento significherebbe limitare una facoltà del coniuge creditore prevista dalla legge. Di tenore assai diverso è, invece, l'affermazione del Tribunale di Milano che rivolge in via principale l'attenzione all'art. 2818 cod. civ., disposizione normativa della quale una interpretazione letterale non pare configurabile, poiché manca un significato *chiaramente desumibile* dalla formulazione della disposizione normativa oggetto di interpretazione. Il significato letterale parrebbe essere qui non uno qualsiasi dei significati attribuibili alla disposizione normativa, bensì il significato chiaro (palese?) e se la chiarezza non v'è, allora non v'è neppure il significato letterale. La Cassazione, invece, non sembra negare l'esistenza di un significato letterale dell'art. 156, comma 5°, ma ritiene che esso vada corretto e superato alla luce dell'interpretazione sistematica.

Sofferamoci sugli argomenti spesi dalla Supr. Corte e dal Tribunale di Milano.

Iniziamo dal secondo. Per prima cosa vale la pena notare che il giudice lombardo sposta l'attenzione dalla formulazione dell'art. 156, comma 5°, cod. civ., alla formulazione dell'art. 2818 cod. civ.; sarebbe quest'ultima disposizione normativa a non avere un chiaro significato e quindi non sottoponibile a interpretazione letterale. Tuttavia la domanda da porsi è: che cosa c'è di tanto oscuro nella disposizione normativa che dispone «Ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore»? Ovviamente si può discutere su quali provvedimenti siano sentenze di condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione⁽²⁰⁾, ma non v'è

⁽²⁰⁾ Una sintetica, ma ben curata, rassegna della dottrina e della giurisprudenza si trova nel *Commentario al codice civile*, a cura di CENDON, Giuffrè, 2008, *sub art.* 2818, 747 ss.

dubbio che lo sia la sentenza di cui all'art. 156, comma 5°, cod. civ., tanto è vero che i commentatori hanno ritenuto questa disposizione normativa ridondante, pleonastica, superflua, iterativa dei contenuti dell'art. 2818⁽²¹⁾. Insomma, vista la formulazione dell'art. 2818 cod. civ., non v'è dubbio che essa abbia quale suo possibile significato, ossia a essa attribuibile applicando le regole semantiche e sintattiche della lingua italiana, quello che consente l'iscrizione e la sua permanenza sulla base della sentenza o del decreto di omologazione. L'argomento per il quale la lettera è oscura, troppo oscura per poter essere seguita, non persuade. A fare chiarezza dovrebbe soccorrere il sistema. Ma a questo punto è evidente che l'appello all'interpretazione sistematica non trova fondamento nell'assenza di chiarezza della formulazione normativa dell'art. 2818 cod. civ., bensì nella sua inadeguatezza. E infatti il Tribunale di Milano, dopo aver ritenuto che l'interpretazione letterale non è configurabile, afferma, contraddicendosi, che se si seguisse la stessa interpretazione letterale (dunque configurabile) si giungerebbe a risultati inaccettabili: *«si sottometterebbe infatti l'obbligato all'esercizio non solo potestativo, ma anche con effetti permanenti nel tempo (...) di una facoltà di iscrizione di ipoteca da parte dell'altro coniuge o ex coniuge (...) oltre agli effetti negativi sul patrimonio in termini di possibilità di vendere l'immobile (...) ai notori effetti negativi in caso di richieste di accesso al credito bancario o finanziario»*.

Non v'è da scandalizzarsi se questioni semanticamente chiare sono ritenute giuridicamente opache, o trasformate in situazioni giuridicamente opache, ma è importante vagliare in base a quali argomenti l'opacità è sostenuta

⁽²¹⁾ Si tengano presenti le parole di GORLA e ZANELLI, *Del pegno e delle ipoteche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1992, *sub art.* 2818, 289: «Quanto all'ipotesi del comma 2° (ora art. 156, comma 5°) si è osservato che detta espressa previsione è rimasta, nonostante l'unanime riconoscimento della sua superfluità perché ogni condanna a prestazioni alimentari è sempre stata considerata titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale, a sottolineare l'importanza della tutela del coniuge (...) economicamente più debole».

o costruita⁽²²⁾. Nel caso del giudice meneghino mi pare che egli abbia individuato una lacuna assiologica, ovvero non una mancanza di disciplina, bensì la presenza di una disciplina inidonea alla luce di supposte considerazioni sistematiche⁽²³⁾. Il significato chiaro è per il giudice l'equivalente del significato adeguato e da preferire, per cui il significato letterale non essendo chiaro è inadeguato e va scartato, mentre il significato frutto per lui di argomentazioni sistematiche è chiaro, adeguato e quindi da adottare.

Vale la pena, allora, spendere qualche parola sull'interpretazione sistematica per comprendere in qual guisa il giudice milanese ne abbia fatto uso. Se si guarda al modo in cui giudici, giuristi e teorici del diritto trattano dell'interpretazione sistematica, si nota che la nozione è polisensa, ovvero ad essa sono ricondotte svariate tecniche interpretative. Non solo. Molteplici sono pure le nozioni di sistema che le tecniche interpretative presuppongono⁽²⁴⁾. Un modo affatto generico di intendere l'interpretazione sistematica è quello per il quale si interpreta sistematicamente se si combinano tra loro più disposizioni normative o parti di esse (cosiddetto combinato disposto). Ma v'è da dubitare seriamente che il ricorso al combinato disposto sia costruttivo⁽²⁵⁾. Vediamo il per-

ché. Si possono individuare almeno tre accezioni di combinato disposto. In una prima accezione per combinato disposto si intende ciò di cui si è appena parlato: l'interpretazione effettuata combinando tra loro più enunciati normativi, o più parti di diversi enunciati normativi o dello stesso enunciato. Così inteso, il combinato disposto non indica uno specifico argomento interpretativo, diviene sinonimo di attività interpretativa, in quanto, tranne che in rare occasioni, l'operazione interpretativa comporta il coinvolgimento di una serie di enunciati normativi e non solo di un singolo enunciato delle fonti. In una seconda accezione combinato disposto equivale a interpretazione adeguatrice. Si fa riferimento al combinato disposto per indicare che il processo interpretativo è condizionato dalla rilevanza di gerarchie normative, per cui l'esito dell'interpretazione è il frutto della combinazione degli enunciati normativi sovraordinato e gerarchicamente inferiore, o per essere più precisi, del condizionamento che il contenuto di significato della fonte di rango gerarchico superiore opera sulla determinazione di significato dell'enunciato di rango inferiore. In una terza accezione la formula del combinato disposto evoca il rinvio ad altre disposizioni normative, vale a dire del rinvio che un enunciato normativo può operare ad altro enunciato normativo. In questo caso l'interprete lavora tenendo conto dell'enunciato in cui v'è il rinvio, e non può però evitare di operare la determinazione del significato dell'enunciato oggetto del rinvio. In sintesi, il combinato disposto è una formula che individua un oggetto dell'interpretazione, ma non individua uno specifico argomento interpretativo. Dietro il sintagma si celano una serie di operazioni interpretative che possono essere compiute con uno o vari argomenti interpretativi, sistematici e non.

Nella pingue motivazione della sentenza del Tribunale di Milano v'è senza dubbio lo sforzo di leggere in maniera congiunta le formulazioni normative coinvolte dalla fattispecie

⁽²²⁾ Cfr. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2003, 227.

⁽²³⁾ Sulle lacune assiologiche v. per tutti GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, interpretazione*, in ID., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Aracne, 2008, 97 ss.

⁽²⁴⁾ Sul tema rinvio al mio *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, 2002, *passim*, dove gli argomenti sistematici vengono raggruppati in quattro distinti tipi di interpretazione: sistematico-dogmatica; sistematico-testuale; sistematico-teleologica; logico-sistematica. Sull'interpretazione sistematica si veda anche l'ottima trattazione di RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, 2008, specie X e XI e da ultimo GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2011, 296 ss.

⁽²⁵⁾ Riprendo in breve quanto già scritto a suo tempo in *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, cit., 161 ss. Nel testo si usano le espressioni argomento interpretativo e tecnica interpretativa come fungibili, vengono entrambe assunte nel

significato di discorsi rivolti ad accreditare, sostenere un risultato interpretativo, ossia la determinazione del significato di una o più disposizioni normative.

(156, comma 5°, 2818, 2852, cod. civ.), anche in ragione dell'espresso rinvio all'art. 2818 compiuto dall'art. 156, comma 5°, ma nulla più di questo. La chiave di lettura sistematica evocata, per riprodurre il lessico giudiziale, presuntivamente risolutrice, destinata a far luce sulla vicenda, se intesa come sopra evidenziato, ovvero riferita al combinato disposto nella prima e nella terza delle accezioni segnalate, si rivela una luce fioca, poco adatta ad illuminare il cammino. Ciò che conta, infatti, è ben altro. Senza mezze misure bisogna rilevare che dietro il combinato disposto v'è, nel nostro caso, il soggettivo sentimento di giustizia del giudice: il sistema di riferimento del giudice è il suo personale senso di giustizia e sulla base di questo viene vagliata la normativa che c'è, giungendo alla conclusione che se fosse interpretata in una certa maniera (la si può chiamare letterale o in altro modo, poco importa), condurrebbe a esiti inaccettabili. Per dirla con altre parole. Più che costruire un'interpretazione sistematica alternativa il giudice supera la formulazione normativa, va oltre i suoi possibili significati linguistici colmando la lacuna assiologica per mezzo dell'aggiunta di un requisito, l'avvenuto inadempimento o il pericolo attuale o futuro di inadempimento, conforme al suo senso di giustizia, ma non riconducibile al significato delle formulazioni normative esaminate, nemmeno guardando alla loro massima estensione semantica, pur ottenuta combinandole assieme⁽²⁶⁾. Viene introdotta una eccezione implicita all'art. 156, comma 5°, cod. civ., una condizione di applicazione non riconducibile alla sua formulazione (comunque interpretata), rendendola, così, defettibile⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ L'interpretazione giuridica è intesa nell'arco del saggio non in senso generico, ossia come un'attività giuridica compiuta per individuare una norma generale che offra una soluzione ad un caso, bensì è intesa in senso specifico, ossia come determinazione del significato degli enunciati normativi (v. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Giappichelli, 2009, 250 s.).

⁽²⁷⁾ Sui vari significati di defettibilità nel diritto v. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 2, 471 ss. Chiassoni individua undici contesti d'uso dell'agget-

Si potrebbe obiettare che per dipanare la matassa a favore della soluzione adottata dal Tribunale di Milano è decisivo l'argomento della natura del credito vantato dal coniuge (o *ex* coniuge) creditore e della ragione della tutela a esso accordata attraverso l'ipoteca giudiziale, una sorta di interpretazione funzionale dell'ipoteca giudiziale associata al carattere futuro del credito garantito⁽²⁸⁾. Tuttavia questo argomento è per un verso incoerente e per l'altro verso suicida, nel senso che accredita la tesi opposta a quella caldeggiata.

Scendiamo nei dettagli.

Per prima si segnala l'incoerenza. Pur tenendo ferma la natura futura del credito vantato dal coniuge o dall'*ex* coniuge e pur accettando la tesi che la funzione dell'ipoteca sia quella di garantire posizioni giuridiche di diritto relativo in atto (sono le parole della motivazione della sentenza milanese), non si vede come si possa affermare che non v'è una norma in tema di garanzia ipotecaria per crediti non ancora sorti e subito dopo indicare nell'art. 2852 cod. civ. un principio generale. Il

tivo defettibile e del sostantivo defettibilità e nell'esaminarli ripercorre gran parte della vasta letteratura in lingua italiana, castigliana e inglese. Ovviamente l'operato del Tribunale di Milano risulta più o meno problematico a seconda della teoria del diritto che si assume: un accanito giusrealista, per esempio, si limiterà a registrare l'accaduto e a farne tesoro per il futuro; mentre un giuspositivista, per quanto non ingenuo e dotato di un atteggiamento critico, ossia colui «che cerca di determinare cosa dicono le fonti del diritto e qualora il risultato gli sembri ancora incompleto e contraddittorio (...) cerca di distinguere quanto è ricavabile con i mezzi interpretativi concessi dalle fonti stesse e quanto in tale operazione deriva invece dai suoi valori, dalle sue opinioni e dai suoi interessi» (così JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Ets, 2011, 120), troverebbe l'argomentazione carente proprio riguardo alla distinzione raccomandata.

⁽²⁸⁾ Sulla funzione dell'istituto ipotecario e dei vari tipi di ipoteca v. CHIANALE, *L'ipoteca*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, VI, Utet, 2005, *passim*; sulla natura del credito del coniuge separato e sulle garanzie predisposte dall'art. 156 cod. civ., v. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2006, *sub* art. 156.

contenuto di questo principio sarebbe appunto quello di consentire l'iscrizione ipotecaria per i crediti futuri, per quanto col limite della loro dipendenza da rapporti giuridici già sorti. Quindi non solo non v'è carenza di regolamentazione della materia, ma la disciplina fa capo addirittura a una norma che assurge al rango di principio generale.

Per seconda si indica la parte suicida del ragionamento. Per quanto la nozione di rapporto giuridico sia concettualmente controversa, al punto da aver impegnato e interessato anche i filosofi del diritto, sarebbe davvero arduo e molto complicato sostenere che il credito del coniuge o dell'ex coniuge non si fonda su un rapporto già in essere⁽²⁹⁾. Basta rammentare, infatti, che si verte in materia di ipoteca giudiziale e il beneficiario procede all'iscrizione dopo aver ottenuto un titolo valido per legge, ovvero una sentenza o un decreto di omologa della separazione, provvedimenti che di certo istituiscono un rapporto giuridico tra debitore e creditore, rapporto sul quale si basa l'obbligo dello stesso debitore di adempiere con regolare periodicità le prestazioni future. Orbene: il credito (futuro) del coniuge (o ex coniuge) trova saldo ancoraggio in un rapporto esistente; che l'ipoteca possa garantire crediti futuri fondati su rapporti esistenti è un principio generale sancito dall'art. 2852 cod. civ.; ergo la permanenza della garanzia pare attuazione del principio e non in contrasto con esso. In tal guisa la natura futura del credito e la funzione dell'ipoteca non forniscono alcun sostegno all'introduzione dell'avvenuto inadempimento o del pericolo dell'inadempimento futuro quale requisito per la sopravvivenza della garanzia ipotecaria⁽³⁰⁾.

Ora la Cassazione. A dire il vero l'argomento principale addotto dai giudici di legittimità è più lineare e meno fumoso di quelli sostenuti dal giudice di merito meneghino. L'attenzione

⁽²⁹⁾ Non a caso il giudice non lo dice apertamente ma è vagamente allusivo. Il filosofo del diritto a cui ci si riferisce è BAGOLINI, *Note intorno al rapporto giuridico*, in *Arch. giur.*, 1944, II, 193 ss.

⁽³⁰⁾ Si parla solo della sopravvivenza della garanzia ipotecaria e non anche della condizione per la sua istituzione in virtù di quanto detto *retro* nt. 16.

è tutta rivolta all'art. 156 cod. civ. (e alla corrispondente normativa in materia di divorzio) e l'interpretazione sistematica evocata si gioca internamente alle tutele apprestate dalle disposizioni normative sulla separazione personale tra coniugi (e sul divorzio). Questo argomento è stato speso pure dal Tribunale di Milano, ma come un argomento tra i molti e senza attribuirgli un peso determinante, mentre nella motivazione della sentenza della Supr. Corte acquista valore decisivo. Anzi per il giudice di merito l'interpretazione sistematica coinvolgeva primariamente le disposizioni normative in materia di ipoteca e secondariamente le disposizioni riguardanti la separazione personale e il divorzio.

Per la Supr. Corte vale l'opposto. Più in particolare, è opportuno sottolinearlo, il Collegio ha scritto che «non è, tuttavia, da trascurare, il fatto che il primo comma del citato art. 8 ed il quarto comma del parimenti citato art. 156, con disposizioni tra loro affini, prevedono che il giudice che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ovvero la separazione, può imporre all'obligato di prestare idonea garanzia reale o personale solo se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento nella corresponsione di quanto dovuto all'altra parte [dunque] pare inevitabile dover concludere sulla base di una lettura in chiave "sistematica" (...) la quale tenga altresì conto, da un lato, pur sempre dell'autonomia, rispetto all'art. 2818 cod. civ., delle previsioni di cui all'art. 8, comma secondo, l. n. 898/1970 e di cui all'art. 156, quinto comma cod. civ., nonché, dall'altro lato, del fatto che anche le misure del sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e dell'ordine ai terzi di versamento diretto agli aventi diritto sono subordinate a norma del penultimo dell'art. 156 cod. civ., come pure ai sensi delle disposizioni affini dell'art. 8 della citata legge, commi dal terzo al settimo (...) al "caso di inadempimento" dell'obligato (...) la relativa mancanza, originaria o sopravvenuta, determina, venendo appunto meno lo scopo per cui la legge consente il vincolo, l'estinzione della garanzia ipotecaria già prestata»⁽³¹⁾. Sostenendo l'autonomia delle

⁽³¹⁾ I corsivi sono aggiunti.

disposizioni normative dell'art. 156, comma 5°, cod. civ., e dell'art. 8, comma 2°, l. n. 898/1970 rispetto all'art. 2818 cod. civ., la Supr. Corte sembra voler dire che se si leggessero queste disposizioni normative in maniera subalterna all'art. 2818 cod. civ., la tesi maggioritaria (ripresa dal Tribunale di Roma) sarebbe ineccepibile, è solo guardando al sistema delle tutele apprestate dall'art. 156 cod. civ. e dall'art. 8, l. n. 898/1970, e al loro scopo che è possibile, anzi necessario, attribuire al debitore diligente, non inadempiente e dalla prognosi di adempimento favorevole, il diritto alla cancellazione dell'ipoteca.

Insomma, anche la Cassazione rende defettibile il comma 5° dell'art. 156 cod. civ., tuttavia non usa l'interpretazione sistematica e funzionale in modo contraddittorio, confuso e generico a mo' di cortina fumogena per occultare ragioni equitative calibrate su un proprio metro di giustizia. I giudici di legittimità richiamano, invece, la necessità di una proporzione delle tutele apprestate per garantire il credito del coniuge o ex coniuge. Se garanzie personali, altre garanzie reali (rispetto all'ipoteca), versamenti diretti da parte del datore di lavoro del debitore, possono essere disposti, a seconda dei casi, soltanto se ricorre inadempimento o il pericolo del medesimo, è irragionevole, ingiustificato, sproporzionato, permettere che la garanzia ipotecaria gravi su uno o più beni del debitore in assenza di una di queste condizioni. Si evidenzia una lacuna assiologica, ovvero la presenza di una disciplina inadeguata, in quanto la garanzia ipotecaria è trattata, senza ragione, in maniera diversa dalle altre garanzie reali, personali e dalle ulteriori forme di tutela previste del credito del coniuge e dell'ex coniuge.

4. ANCORA UN INTERROGATIVO: UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE PER IRRAGIONEVOLE DIFFERENZIAZIONE? L'argomentazione della Cassazione è quindi meno articolata, ma indubbiamente più lineare, dei ragionamenti sviluppati dal Tribunale di Milano, per quanto i giudici di legittimità e di merito giungano alla stessa conclusione.

V'è, però, un punto importante da valutare sulla base dell'assetto costituzionale dei poteri proprio dell'ordinamento giuridico italiano,

ovvero se l'introduzione del requisito dell'inadempimento o del pericolo dell'inadempimento, estraneo alla formulazione e alle possibili interpretazioni del comma 5° dell'art. 156 cod. civ., spettasse alla Cassazione oppure no. Ovviamente questo punto rileva sempre che si vogliono prendere le norme giuridiche, costituzionali e non, sul serio.

Si è visto che l'argomento sistematico e teleologico usato dalla Cassazione solleva una questione di proporzione delle tutele che si traduce in un problema di ingiustificata differenziazione del trattamento di situazioni riconducibili alla medesima *ratio*. Si tratta pertanto di un tipico problema rilevante *ex art. 3*, comma 1°, Cost. ⁽³²⁾. Per risolvere il problema la Cassazione non procede a una determinazione di significato dell'art. 156, comma 5°, conforme a Costituzione, non aveva spazi semantici per farlo, ma colma la lacuna assiologica innestando il requisito previsto in altri commi del medesimo articolo nel comma 5°.

È il modo corretto di procedere o si sarebbe dovuta sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 3*, comma 1°, della Costituzione per irragionevolezza della disciplina disposta dall'art. 156, comma 5°? Se si dismettono gli abiti del teorico del diritto e si indossano quelli del dogmatico a questo interrogativo si deve rispondere: è necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale ⁽³³⁾. La Cassazione non può seguire scorciatoie decisionali sostituendosi al giudice delle leggi, può solamente agevolargli il lavoro adottando interpretazioni costituzionalmente orientate, ma ove ciò non sia possibile è ai giudici costituzionali che bisogna rivolgersi. In ambito giuridico non conta soltanto il risultato, ma anche il modo at-

⁽³²⁾ Sui legami tra art. 3, comma 1°, Cost., irragionevolezza e analogia giuridica si rinvia alle pagine di BONCINELLI, *I valori costituzionali tra testo e contesto*, Giappichelli, 2007, IV, e alla bibliografia *ivi cit.*

⁽³³⁾ Così come di accoglimento avrebbe dovuto essere l'eventuale pronuncia della Corte costituzionale sul quesito di legittimità. Se la questione di legittimità costituzionale fosse stata sollevata avrebbe comportato da parte del Collegio costituzionale una sentenza di incostituzionalità dell'art. 156, comma 5°, cod. civ. per la parte in cui non prevede etc.

traverso il quale il risultato è conseguito e il rispetto delle competenze istituzionali è essen-

ziale per ritenere una decisione adottata «secondo diritto»⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Per dirla con le autorevoli parole di M. GALLO, *Moralité*, Esi, 2011, 170, bisogna fare sempre attenzione alle soluzioni che «possono trasformare un ordinamento in qualcosa che assomiglia ad una veste di Arlecchino, fatta di pezze scelte di volta in volta dal gusto di chi deve fornire di abito un ignudo».