

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



*Corso di Dottorato di ricerca in Diritto
Curriculum privatistico
(XXXIV ciclo)*

TESI DI DOTTORATO

***Il regime patrimoniale dei coniugi e dei conviventi quale diritto privato
patrimoniale “di secondo grado”***

Tutor:

Chiar.mo Prof. Andrea Fusaro

Dott. Andrea Alberto Belloli

(matr. 4612731)

A.A. 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE	7
1. LA COMUNIONE LEGALE COME FIGURA <i>SUI GENERIS</i> DI COMUNIONE CIVILISTICA	11
Natura e struttura della comunione legale	11
La fisionomia della comunione ordinaria	14
Profili di specialità di tipo soggettivo e oggettivo	19
Comunione legale come soggetto di diritto	20
Patrimonio di destinazione	24
Fattispecie a formazione progressiva (o mero vincolo sui beni)	26
Contitolarità di diritti per quote	27
Tesi della “comproprietà solidale” (comunione a mani riunite)	31
Rilievi critici	34
Un confronto con la comunione ereditaria	36
Considerazioni conclusive sulla natura della comunione legale	38
2. VICENDE TRASLATIVE DEI DIRITTI E “COACQUISTO AUTOMATICO”. UN’IPOTESI PECULIARE DI TRASFERIMENTO <i>EX LEGE</i> ?	41
Dissociazione tra intestazione (formale) e titolarità (sostanziale)	47
Ulteriori peculiarità del meccanismo di coacquisto automatico. Interferenze con la disciplina generale della simulazione	51
3. COMUNIONE LEGALE E DIRITTI DI CREDITO	55
Crediti e comunione ordinaria	55
Crediti e comunione ereditaria	57
Crediti e comunione legale	60
4. COMUNIONE LEGALE E MODALITÀ ACQUISITIVE DELLA PROPRIETÀ A TITOLO ORIGINARIO	73
Usucapione e comunione legale	73
Acquisti per usucapione e giustificazione dell’arricchimento	77
Acquisti per accessione e comunione legale	79
5. COMUNIONE LEGALE E AMMINISTRAZIONE	85
Contratti relativi alla concessione o acquisto di diritti personali di godimento. Un sottosistema con logiche proprie, irriducibile alle categorie generali	86
Regole generali e Regole Speciali	87
Amministrazione congiunta e Invalidità dei negozi	90
Limiti alle ordinarie regole in tema di rappresentanza volontaria	102
Regime legale e limiti al conferimento di procure a favore di terzi	104
6. COMUNIONE LEGALE E RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE	107
Responsabilità patrimoniale generica – Regola generale e regole speciali	108

Aporie in tema di procedimento esecutivo.....	118
La soluzione della Cassazione.....	120
Inadeguatezza delle forme ordinarie di pignoramento	123
Espropriazione di beni indivisi.....	123
Espropriazione contro il terzo proprietario.....	125
Espropriazione ordinaria contro il debitore.....	126
Rilievi conclusivi e criticità.....	128
7. ALCUNI PROFILI IN TEMA DI REGIME DI SEPARAZIONE DEI BENI.....	131
Limiti all'autonomia nell'amministrazione e disposizione di beni personali.....	131
Variazione delle regole ordinarie in tema di mandato.....	136
Regole speciali sulla titolarità e prova della proprietà di beni	140
Deroghe alle regole generali in materia di prova della simulazione	143
Presunzione ex art. 219 comma II c.c. e regole generali sull'onere della prova	144
8. PROFILI DI RILEVANZA, ALL'ESTERNO DELLA COPPIA, DEI RAPPORTI PATRIMONIALI TRA FAMILIARI.....	147
Regime primario e principio di relatività degli effetti contrattuali. Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia.....	147
Rilievi storici e comparatistici.....	148
Regime primario e relatività degli effetti contrattuali nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale	150
La giurisprudenza pratica	151
La giurisprudenza teorica	156
Possibile rilevanza esterna di fattispecie diverse dalle obbligazioni assunte unilateralmente da un coniuge. Atti giuridici in senso stretto e fatti giuridici. Alcune annotazioni teoriche.....	161
RILEVANZA ESTERNA - E SPECIALITÀ DI DISCIPLINE - IN RELAZIONE AI DIRITTI SULLA CASA CONIUGALE	166
Una nozione <i>sui generis</i> di riserva "qualitativa"	166
Diritto di abitazione ex art. 540 comma II c.c. e regole ordinarie sulla trascrizione.....	168
Diritto di abitazione ex art. 540 comma II c.c. e diritti dominicali di terzi.	171
Destinazione di immobili a residenza familiare e interferenze coi diritti dominicali dei terzi.....	172
Alcuni spunti di riflessione a proposito di procure generali rilasciate dal coniuge in regime di separazione dei beni, e di eventuale estensione degli obblighi contributivi anche al procuratore	177
9. GIUSTIFICAZIONE CAUSALE DELLE ATTRIBUZIONI E DEGLI ARRICCHIMENTI TRA CONIUGI E CONVIVENTI.....	183
DONAZIONI TRA CONIUGI.....	184
Donazioni e regime di comunione legale	186
Donazioni tra coniugi e conviventi, e paradigmi normativi sulla forma	187
Donazioni dirette e la questione della configurabilità di una <i>causa donandi</i>	187
Doni tra conviventi, tra modicità del valore e liberalità d'uso. Le ricostruzioni giurisprudenziali.....	190
Operatività della disciplina sulla donazione remuneratoria nel rapporto di coniugio	195
Donazioni indirette e rapporti familiari.....	196

Regime di comunione legale	199
Regime di separazione dei beni e convivenze di fatto.....	201
CONIUGI, CONVIVENTI E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA	204
Restituzioni e arricchimenti tra coniugi	205
Arricchimento senza causa tra conviventi.....	214
Prestazioni professionali o lavorative tra coniugi e conviventi.....	222
10. RAPPORTI FAMILIARI, POSSESSO E DETENZIONE.....	231
Casa familiare e compossesso del coniuge.....	231
Una figura di detenzione atipica?	234
La detenzione del convivente <i>more uxorio</i> e l'azione di spoglio.....	238
CONCLUSIONI.....	245
BIBLIOGRAFIA.....	247

INTRODUZIONE

La bibliografia in tema di regime patrimoniale della famiglia è pressoché sterminata.

Sono molteplici le questioni con cui la giurisprudenza si è dovuta confrontare nel corso degli ultimi decenni, ed in particolare a far tempo dall'introduzione della riforma del diritto di famiglia del 1975¹; altrettanto ricca e raffinata può dirsi la riflessione dottrinale raggiunta, sulla materia, dagli interpreti. Sotto altro versante, la diffusione ed accettazione sociale della famiglia di fatto (oltre a rappresentare l'immagine più nitida di una giuridicità che, nel tempo presente, appare in costante e crescente trasformazione), è stata foriera di esigenze di tutela sempre nuove, a cui si è cercato di dare risposta individuando le soluzioni giuridiche più adeguate dapprima attraverso l'intervento giurisprudenziale, attingendo agli istituti del diritto privato (ora del diritto di famiglia, ora del diritto privato generale) vigente², dappoi attraverso appositi interventi normativi, ritenuti necessari³.

La maggior parte dei temi (teorici e pratici) scaturenti dal *corpus* di norme sul regime patrimoniale della famiglia sono, dunque, abitualmente visitati dalle trattazioni giuridiche.

Meno usuale, invece, appare la trattazione della stessa materia sotto un'altra angolazione, ossia da un punto di vista che si potrebbe dire "sistematico", e che attrae particolarmente il giurista sensibile alla coerenza e uniformità dell'ordinamento privatistico.

Col presente studio, si intende dunque proporre l'analisi di alcuni significativi temi della materia⁴, che vengono ripercorsi attraverso una chiave di lettura alternativa a quelle tradizionali, e che muove dalla considerazione che la fisionomia di molteplici istituti, nonché le stesse categorie del diritto privato patrimoniale delineati dal codice civile, nell'ambito del regime patrimoniale secondario della famiglia sembrano ricevere sovente modificazioni e adattamenti, sia in considerazione della circostanza per cui il rapporto giuridico viene imputato non al singolo soggetto, bensì alla coppia (prima la coppia coniugata, oggi in seguito all'entrata in vigore della Legge n. 76/2016, anche la coppia unita civilmente, senza escludere le convivenze di fatto), sia in generale, per le logiche diverse che sottendono alla relativa disciplina, e che non sono riconducibili a quella del diritto privato generale.

¹ Avvenuta con L. 19 maggio 1975 n. 151.

² Ora attingendo alle norme e agli istituti del diritto di famiglia in ragione della loro *ratio* (ravvisata anche nella famiglia di fatto), ora al diritto privato generale, quale serbatoio delle regole, dei principi e delle categorie dogmatiche in grado di regolare gli aspetti che non trovano una specifica risposta nel diritto di famiglia.

³ La legge n. 76 del 2016 che ha introdotto gli inediti istituti dell'unione civile e del contratto di convivenza.

⁴ Attesa la vastità della materia, il presente studio si concentrerà, volutamente e necessariamente, soltanto su alcuni istituti e tematiche tra quelli ritenuti maggiormente rilevanti, non potendo abbracciare tutti i campi, ma suggerendo una chiave di lettura che può senz'altro essere estesa ad altre tematiche.

L'isola della coppia coniugata (ed ora anche di quella unita civilmente, o solo convivente di fatto) appare, invero, attraversata da una griglia di regole che, anche a livello interpretativo, si sovrappongono, modificandola, alla trama del diritto privato patrimoniale, sì da sembrar configurare – in termini ora più, ora meno marcati – un vero e proprio micro-sistema di diritto privato, informato a *logiche e rationes* sue proprie.

Obiettivo della presente indagine è, dunque, quello di verificare, ripercorrendo i temi tradizionali della materia, se e quanto la sussistenza di un coniugio, di una unione civile o in ogni caso di interessi o situazioni famigliari, anche di fatto, possano venire in rilievo sì da modificare, *in toto* o solo parzialmente, la fisionomia (legislativa o applicativa) dell'istituto o della categoria del diritto civile di riferimento. Anche un esito negativo, invero, potrebbe costituire una soluzione, laddove si accerti che in relazione all'applicazione di un determinato istituto gli interessi famigliari coinvolti risultino sostanzialmente irrilevanti, rimanendo sullo sfondo (come se i coniugi fossero due soggetti estranei), con conseguente applicazione delle regole di diritto comune.

L'indagine conoscitiva è stimolata dal raffronto tra le soluzioni legislative e giurisprudenziali adottate in questo ambito, e le soluzioni proprie del diritto comune (di questa necessità di confronto tra diritto privato generale e diritto patrimoniale della famiglia, sembra del resto avveduta anche la dottrina francese⁵ in relazione all'ordinamento d'Oltralpe che costituirà il sistema privilegiato di confronto, sotto il profilo comparatistico, della presente trattazione).

Si procederà dunque a vagliare alcuni dei più significativi ambiti del regime patrimoniale secondario per verificare come, in questa sede, i principali istituti, principi, e categorie del diritto privato generale (quali, tra gli altri: la contitolarità di diritti, i modi di acquisto della proprietà, l'invalidità del negozio giuridico, l'obbligazione solidale, l'apparenza giuridica, la rappresentanza, la relatività degli effetti contrattuali, la responsabilità patrimoniale generica) trasferiti dal tronco centrale del diritto comune all'ambito in questione, vi assumano una fisionomia peculiare, declinandosi in modo tale da far configurare gli artt.159-230-ter cod. civ. (ma anche le norme di cui alle L. 76/2016, ed il diritto giurisprudenziale stratificatosi a margine delle famiglie di fatto) quale vero e proprio sotto-sistema (o micro sistema, come si preferisce dire oggi) privatistico, dotato di regole proprie, all'interno del diritto privato patrimoniale generale.

Sotto il profilo metodologico, il riepilogo dei tratti fondamentali dell'istituto, del principio ovvero della categoria originari, anche nella loro applicazione giurisprudenziale, costituisce il *prius* logico

⁵ Cfr. p.es P. MALAURIE – L. AYNÉS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LDGJ, 2019^{7^{ed.}}, p 13; G. THOMAS, *Les interferences du droit des obligations et du droit matrimonial*, con Préface di P. Lagarde, Grénoble, 1974.

necessario, ed il termine di confronto tenuto costantemente sullo sfondo, per indagare su come questi si atteggiino nel comparto del regime patrimoniale della famiglia.

Una volta censite le fattispecie più rilevanti, oltre a descriverne le peculiarità normative, l'indagine cercherà altresì di vagliare il grado di specificità raggiunto nell'elaborazione giurisprudenziale sia teorica, sia pratica.

Sempre sotto il profilo metodologico, il presente studio intende, altresì, tenere sullo sfondo le acquisizioni teoriche maturate sino ad oggi, in seno alla civilistica italiana⁶, sui rapporti tra diritto privato generale e diritti speciali o diritti secondi⁷ – volta a descrivere quei sistemi di regole privatistiche che, pur derivando dal diritto generale, non sono più descrivibili, rispetto a questo, nei termini di un rapporto di regola-eccezione, ovvero di “specificazione” rispetto alle norme di diritto civile, ma, ormai dotati di una fisionomia propria e rispondenti ad assiologie proprie, si fondano su autonomi criteri di disciplina e seguono un proprio ritmo di sviluppo; purtuttavia non potrebbero essere compresi, né ricomposti, senza le categorie e gli istituti del diritto privato generale⁸.

⁶ Inaugurata già a partire dalla fine degli anni '70 del XX secolo da N. IRTI, con il noto saggio *L'età della decodificazione*, 1978.

⁷ Secondo la fortunata, e nota, espressione coniata da C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *JUS*, 1981, p. 158 e ss.; ID., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa Dir. Priv.*, 1/2006, p. 397 e ss..

⁸ Il tema viene sviluppato anche in PLAIA A. (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008.

1.

LA COMUNIONE LEGALE COME FIGURA *SUI GENERIS* DI COMUNIONE CIVILISTICA

NATURA E STRUTTURA DELLA COMUNIONE LEGALE

Il primo istituto che viene in rilievo quale oggetto del presente studio è, ovviamente, la comunione legale tra i coniugi, che dal 1975 costituisce il regime legale nell'ordinamento italiano⁹.

L'istituto apporta al sistema del diritto privato patrimoniale una falda, quasi inestinguibile, di questioni di teoria generale, senza trascurare il ricco ventaglio di problematiche di ordine pratico che l'introduzione della sua disciplina ha comportato.

Ai presenti fini, ci si intende soffermare, anzitutto, a considerare come la sua stessa fisionomia sembri porsi in contrasto e collidere con la coerenza dell'ordinamento privatistico intriso del concetto di comunione di derivazione romanistica.

L'operare delle sue peculiari regole e meccanismi (in particolare quella del coacquisto automatico), poi, interseca molteplici principi e norme generali interferendo e incidendo, in plurime occasioni, con l'operare di queste.

⁹ In seguito all'entrata in vigore della legge n. 76/2016 (che ha introdotto l'istituto delle unioni civili tra coppie dello stesso sesso), tale regime è stato esteso, quale regime legale, anche ai soggetti uniti civilmente. Giova annotare sin da subito come la comunione legale non costituisca un regime proprio della tradizione italiana, bensì tipico della tradizione francese (ed in particolare dell'antico *droit coutumier*). Ci è dato sapere che quando, nel 1806, nei territori italiani fu introdotto il Code Napoléon, l'istituto attecchì scarsamente, e la popolazione continuò ad attenersi alle proprie consuetudini, escludendo il regime legale con apposite clausole. Tornati in uso, con la Restaurazione, gli antichi ordinamenti, talune disposizioni si affrettarono a decretare espressamente la soppressione della comunione come regime legale. Così in seguito, sia il codice albertino del 1837 (vigente nel Regno di Piemonte e Sardegna) sia il successivo codice civile del Regno di Italia del 1865, che pur erano ampiamente modellati sul *code civil* francese, in punto di regime patrimoniale della famiglia si discostarono da esso, prevedendo la comunione quale regime puramente convenzionale e facoltativo, e giustificando il rifiuto di seguire, sul punto, il *Code* sulla base del rilievo che l'istituto era «*contrario alle nostre costumanze*» (Relazione del 26 settembre 1863 del Guardasigilli G. Pisanelli, al primo codice dell'Italia unificata). Per un ampio approfondimento sui profili storici della comunione coniugale in Europa si veda G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, dir. da Cicu e Messineo (continuato da L. Mengoni e da P. Schesinger), Milano, 2010, pp. 120-135. Anche il Codice civile italiano del 1942, sino alla riforma del 1975, sostanzialmente prevedeva come regime legale un sistema di separazione dei beni, salvo consentire l'istituto dotale che costituiva la convenzione matrimoniale socialmente più diffusa. L'estraneità del regime comunitario alla tradizione italiana sembra tuttora permanere e ravvisarsi in un dato più propriamente sociologico: dopo una iniziale adesione, registrata negli anni immediatamente successivi alla riforma, ancor oggi la maggior parte delle famiglie italiane (71,4% – dati Istat per l'anno 2020), opta per il regime di separazione dei beni che rappresenta, pertanto, il modello socialmente più diffuso in Italia. Nondimeno, in pieno contrasto con la prassi oggi seguita dai cittadini italiani, come accennato la L. 7/2016 ha esteso tale regime *sic et simpliciter* ai soggetti uniti civilmente. Per un recente studio *de iure condendo* sui correttivi normativi ed interpretativi da apportare alla disciplina dell'istituto, al fine di incoraggiare la sua adozione anche da parte delle nuove coppie cfr. G. OBERTO, *Attualità del regime legale* in *Fam. dir.* 1, 2019 p. 85 ss..

Nel configurarsi come comunione *degli incrementi e degli acquisti*, l'istituto è riconducibile, sia pur con le proprie specificità, alla comunione legale tipica del diritto francese (*cf.* artt. 1401 e ss. *code civil*) che rappresenta invero il modello comunitario più imitato¹⁰.

Come noto, la comunione legale delineata nell'ordinamento italiano non rappresenta un tipo di comunione universale, poiché non comprende tutti i beni di ciascun coniuge, ma esclude i beni di cui essi erano titolari prima del matrimonio, nonché una serie di altri *beni personali* (che restano di proprietà esclusiva, anche se acquistati dopo il matrimonio). La legge prevede che alcuni beni entrino immediatamente nella comunione (*comunione immediata*), mentre altri beni vi entrino solo al momento dell'eventuale scioglimento, se ancora esistenti, al fine della divisione (*comunione differita*), secondo una disciplina particolareggiata¹¹.

Il fondamento dell'istituto, elevato nel 1975 a regime legale, è stato variamente individuato nell'intento del riformatore di assicurare un compenso al lavoro casalingo femminile¹², nel «concorso alla cura della famiglia e alla formazione del suo patrimonio»¹³, nella volontà di dare attuazione al principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancito dall'art. 29 Cost.¹⁴, nell'«intento di far

¹⁰ Nella versione emendata dalla legge francese n. 65-570 del 13.7.1965 che, rispetto alla configurazione precedente, ha ridotto l'oggetto della comunione ai soli acquisti, ai proventi dell'attività di ciascun coniuge, nonché ai frutti dei beni personali, lasciando fuori qualsiasi cespite (non solo immobile ma pure mobile) posseduto anteriormente o ricevuto in eredità o donazione.

¹¹ Riassumendo la griglia di regole offerte dal codice civile, i beni che compongono il patrimonio del coniuge in regime di comunione legale possono essere distinti in tre categorie. Costituiscono oggetto di comunione immediata: tutti gli acquisti compiuti – sia insieme all'altro coniuge sia separatamente – durante il matrimonio nonché le aziende costituite dopo il matrimonio con beni comuni e gestite da entrambi i coniugi; gli utili e gli incrementi delle aziende appartenenti ad un solo coniuge prima del matrimonio (o acquistate dopo il matrimonio con beni personali), ma gestite da entrambi durante il matrimonio (Art. 177 lett. a) e lett. d) c.c.).

Costituiscono oggetto di comunione differita: i frutti dei beni personali dei coniugi e i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge, l'azienda costituita da un coniuge dopo il matrimonio ma gestita separatamente, e gli incrementi dell'azienda costituita prima del matrimonio e gestita separatamente, se sussistono al momento dello scioglimento della comunione (Art. 177 lett. b), lett. c), e Art. 178 c.c.).

Costituiscono beni personali (e sono dunque sottratti alla comunione sia immediata sia differita) i beni che appartenevano ai coniugi prima del matrimonio, quelli pervenuti durante il matrimonio per successione o donazione, i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno (nonché la pensione di invalidità o da perdita di capacità lavorativa), i beni di uso strettamente personale, i beni destinati all'esercizio dell'attività professionale del singolo coniuge, ed infine i beni acquistati 'per surrogazione', cioè con il prezzo del trasferimento di beni personali o con il loro scambio (Art. 179 c.c.).

¹² V. E. RUSSO, *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 375 ss..

¹³ G. OPPO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia in Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972*, Padova, p. 72.

¹⁴ M. BASILE - G. SILVESTRI, *Eguaglianza dei coniugi e divisione del lavoro nella famiglia*, in AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi: atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, p. 231.

corrispondere anche la disciplina dei rapporti patrimoniali al modello di matrimonio come *consortium omnis vitae* quale risulta delineato dal nuovo testo degli artt. 143-144 c.c.»¹⁵.

D'altro canto si è correttamente osservato che se, per un verso, è innegabile che la considerazione del lavoro domestico sia stata determinante per la scelta legislativa a favore della comunione quale regime legale, per altro verso non si può dire che in tale regime quest'ultima rappresenti il 'corrispettivo' di quello, avendo il legislatore adottato un regime legale *perequativo* che si colloca non già al livello della contribuzione (c.d. regime primario) bensì, muovendosi sullo stesso terreno del regime (convenzionale) di separazione dei beni, al livello della distribuzione della ricchezza che circola per la sfera giuridica dei coniugi (c.d. regime secondario)¹⁶. Anzi poiché, come si è poc'anzi accennato, la comunione investe soltanto determinati beni dei coniugi (ma non tutti), sembrerebbe corretto affermare che il regime legale presupponga sempre, sul suo sfondo, quello di separazione a cui si aggiunge, senza mai eliderlo completamente, ma operando negli spazi in cui esso non opera¹⁷.

Della comunione legale sono state sottolineate, anzitutto, le caratteristiche che la renderebbero irriducibile alla comunione ordinaria (*cf.* art. 1100 c.c. e ss.), mettendo in rilievo il fatto che l'istituto non si configura soltanto come un insieme di beni e di diritti, in cui per quel che concerne l'amministrazione, l'alienabilità, la soggezione patrimoniale, trovano applicazione norme del tutto speciali rispetto a quelle del diritto comune (profilo statico), bensì anche come un insieme di regole a cui sono sottoposti i coniugi, e che disciplinano in maniera peculiare i loro rapporti giuridici, interni ed esterni, durante la vita coniugale (profilo dinamico). Nella sua essenza, dunque, la comunione legale si configura anche come un congegno di spartizione della ricchezza accumulata, coinvolgente

¹⁵ P. SCHLESINGER, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, 1977, p. 364.

¹⁶ La Dottrina più autorevole in materia ha messo a fuoco, in termini nitidi, come lo scopo della comunione legale attenga precipuamente al momento distributivo, e non possa essere confuso o sovrapposto al principio primario di contribuzione, che deve tenersi su un piano distinto. Le tesi che chiedono 'in prestito' al momento contributivo lo scopo della comunione legale dei coniugi non colgono, invero, come non vi sia coincidenza tra la (ben più ampia) amministrazione della famiglia e la (più circoscritta) amministrazione della comunione; tra soddisfazione dei bisogni della famiglia, che può avvenire anche attraverso debiti assunti personalmente da ciascun coniuge, e debiti gravanti sulla comunione, che ai sensi dell'articolo 186, lett. d), possono essere anche quelli assunti *congiuntamente* dai coniugi non solo per soddisfare bisogni famigliari, ma anche per scopi estranei a questi. D'altro canto, si è sottolineato come le obbligazioni contratte per soddisfare i bisogni della famiglia si affrontino perlopiù con il denaro; di converso la comunione, così come strutturata dalla legge, ricade sugli acquisti (mentre i frutti e i proventi dei beni personali non cadono in comunione immediata (*cf.* art. 177 lett. b) e c)). È agevole quindi dedurre che il legislatore ha sottratto alla comunione proprio lo strumento usuale e principale attraverso cui si attua lo scopo contributivo (F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo*, Milano, 1979, pp. 61-64).

¹⁷ F. CORSI *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo*, Milano, 1979, p. 66 nota 42. Ne consegue che non vi sarebbero altresì ragioni per sostenere la sussistenza di un *favor* per il regime comunitario nel nostro ordinamento privatistico.

solo determinate categorie di beni, ed operante mediante criteri fissi predisposti per un'applicazione meccanica.

La riflessione sulla natura e sulla struttura della comunione legale si pone come necessario presupposto per cercare di inquadrarne adeguatamente la sua collocazione dogmatica nel contesto dell'ordinamento privatistico italiano.

Tra le tesi che si sono avvicinate nell'elaborazione giurisprudenziale teorica, le più significative hanno qualificato la comunione legale ora quale autonomo soggetto di diritto, dotato di una vera e propria soggettività giuridica – ravvisando analogie con la normativa in tema di società personali – ora come un patrimonio separato e di destinazione, vincolato allo scopo di sostenere gli oneri del matrimonio. Un'altra tesi ha qualificato la comunione come fattispecie complessa “a formazione progressiva”. Vi è poi chi in essa ravvisa una classica situazione di contitolarità di diritti riconducibile alla comunione ordinaria, e nondimeno caratterizzata da accentuate peculiarità, sotto vari profili.

La giurisprudenza pratica, invece, nel suo orientamento ormai consolidato, ha rigettato ogni raffronto con la disciplina degli articoli 1100 e ss. c.c., ed ha qualificato la comunione legale quale “proprietà solidale” in cui la quota avrebbe la sola funzione di stabilire la misura in cui i beni della comunione e quelli personali sono aggredibili dai creditori, nonché di fissare la proporzione di ripartizione dei beni in caso di cessazione del regime.

Una corretta ricostruzione dell'istituto tuttavia non può prescindere, in via di premessa, dal confronto con l'intima struttura e fisionomia della comunione ordinaria disciplinata nel libro III del codice civile, che si pone quale stampo originario di comunione offerta dall'ordinamento privatistico, e quale costante pietra di paragone per ogni riflessione.

LA FISIONOMIA DELLA COMUNIONE ORDINARIA

Con il termine comunione, in senso proprio, si indica il fenomeno della contitolarità dei diritti, ossia quelle ipotesi in cui più soggetti sono titolari di un diritto del medesimo contenuto su un unico bene¹⁸. Nel codice civile italiano, tale situazione viene descritta dall'art. 1100 c.c. indicando che «la proprietà o altro diritto reale spetta *in comune* a più persone».

¹⁸ Si parla, invece, di comunione in senso *improprio*, allorquando il godimento sul medesimo bene spetti a più soggetti, ma *a diverso titolo*: è il caso, per esempio, del godimento spettante in comune all'usufruttuario *pro quota* e al pieno proprietario *pro quota*. Viene considerata, altresì, comunione in senso improprio quella dell'inerenza sullo stesso fondo servente di più diritti di servitù a contenuto identico (ad esempio, di passaggio), ma spettanti a proprietari di fondi dominanti diversi: essa non implica, infatti, una facoltà di godimento in comune del fondo servente, ma la coincidenza puramente occasionale di distinte facoltà di godimento sullo stesso oggetto.

Bisogna sin d'ora osservare, dunque, come il sistema privatistico sembri almeno in linea di principio escludere dall'istituto generale della comunione i diritti di credito, in piena conformità alla tradizione romanistica.

Va pure notato che, sebbene l'art. 1100 qualifichi come meramente dispositive le norme degli articoli che seguono («se il titolo o la legge non dispone diversamente, si applicano le norme seguenti»), dal successivo art. 1101 comma I c.c. si deduce l'esistenza di un altro requisito essenziale e strutturale dell'istituto: la necessaria determinazione delle quote le quali, in mancanza di altre indicazioni, «si presumono eguali»¹⁹.

Un preclaro Autore del XX secolo²⁰ aveva rilevato, acutamente, come la comproprietà stessa costituisca in sé un “paradosso” dal momento che al suo interno si consuma una contrapposizione tra la pluralità dei titolari e l'unicità della situazione giuridica in questione, alterando così la fisionomia del diritto di proprietà, caratterizzato da assolutezza, esclusività e pienezza²¹.

Nell'istituto generale, la conciliazione tra pluralità di soggetti e unicità della situazione giuridica viene operata proprio tramite il concetto di quota, che riveste un ruolo centrale.

A questo riguardo si possono richiamare brevemente le due principali ricostruzioni dottrinarie della comunione quotaria: la teoria della comunione come proprietà plurima parziale, intesa come spettanza, ad ogni singolo comunista, di un diritto di godimento su una frazione del bene comune, corrispondente appunto alla propria quota²², nonché la teoria della comunione come proprietà plurima

¹⁹ A. GUARINO, voce *Comunione*, § 1, in *Enc. Dir.*, VIII, 1961 ora in *DeJure*.

La regola trova un omologo nell'ordinamento tedesco al § 742 BGB, a tenore del quale nel dubbio deve ritenersi che ai partecipanti spettino quote uguali (*gleiche Anteile*) fissando così una presunzione (per comune interpretazione, come nel diritto italiano, *iuris tantum*) di uguaglianza delle quote.

²⁰ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 145 e ss.

²¹ Consultando le fonti romane, del resto, tale “paradosso” sembra ben presente già a Celso, in D. 13.6.5.15 ove si legge che «*Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*». In sostanza, dunque, secondo il Giurista romano non possono concettualmente consistere due diritti di proprietà pieni ed esclusivi sulla medesima cosa; è tuttavia possibile che la proprietà si ripartisca, per quote ideali (*pro indiviso*) tra due o più contitolari. In ogni caso, sembra già chiara al mondo romano la condizione ‘anomala’ in cui la proprietà si viene a trovare, in costanza di comunione, lontana dalla sua natura più pura, di signoria esclusiva sulla cosa. Il concetto di potere pieno ed esclusivo sulla cosa infatti mal tollera la singolare limitazione proveniente dalla coesistenza di signorie analoghe sul medesimo oggetto. Tale ragione, anzitutto concettuale, insieme agli inconvenienti di carattere pratico relativi alle regole sull'amministrazione, giustificerebbe che l'ordinamento guardi a questo istituto con atteggiamento di disfavore, incoraggiando la divisione, che può essere determinata da ogni compartecipe, autonomamente e indipendentemente dal concorso di volontà degli altri, mediante l'apposito procedimento giudiziario. Sulla comunione nel diritto romano *amplius* cfr. B. BIONDI, voce *Comunione (dir. romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, p. 855 e ss. nonché A. GUARINO, voce *Comunione (dir. romano)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 236 ss.

²² Questa formulazione è quella accolta dalla Pandettistica cfr. G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877, p.37. Nella letteratura italiana p.es. F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, IX, Roma, 1870, § 3, p. 773 ss.; G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912, § 114, p. 147.

integrale, secondo cui oggetto del diritto sarebbe il bene comune *interamente* considerato ma con il limite, per ogni contitolare, del concorrente diritto *pro quota* spettante agli altri contitolari che ne conterrebbe, quantitativamente, l'esercizio²³.

Quest'ultima ricostruzione sembra essere quella destinataria di maggiori consensi sia nella dottrina²⁴, sia nella giurisprudenza di legittimità²⁵.

Giova rimarcare come l'elemento essenziale qualificante dell'istituto sia in ogni caso la quota che, nella ricostruzione delineata, non rappresenterebbe né un diritto in sé, né l'oggetto di un diritto, bensì la "misura" e il "limite" delle concrete possibilità di godimento della cosa comune da parte di ciascun comproprietario, per la compresenza degli altri compartecipi (in questo senso essa segna anche la rilevanza riguardo alle decisioni sull'amministrazione del bene secondo la regola di maggioranza)²⁶. Nondimeno, la quota è altresì "rappresentativa" di un diritto autonomo (che esiste solo *in fieri* in quanto destinato a realizzarsi in sede di divisione) e che può formare oggetto sia di disposizione giuridica, sia di espropriazione da parte dei creditori del singolo comunista²⁷.

²³ Cfr. A. LENER, *La comunione*, in *Trattato Rescigno*, 8, II, *Proprietà*, 2002^{2ed.}, p. 306. In letteratura la tesi è sostenuta da V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà*, Roma, 1928, 435 ss., il quale incisivamente definisce il condominio come un rapporto di uguaglianze che si limitano a vicenda, un rapporto di equilibrio che rende possibile la coesistenza di diritti pari sulla medesima cosa, limitando in ciascuno la potestà di godimento e di disposizione degli altri. Cfr. inoltre L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 101 ss.; M. ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto privato*, Torino, 1939, p. 225 ss.

²⁴ *Ex multis*, V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma 1928, p. 432 ss.; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano 1951, p. 137 ss.; A. GUARINO, voce *Comunione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 251 ss.; B. TOTI, *Comunione e masse comuni plurime*, Milano 2009, p. 168 ss.. Di diverso avviso pare, invece R. CALVO, *Comunione in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2019, p. 25 il quale argomenta di una diversità ontologica tra proprietà solitaria e proprietà del comunista, che avrebbero natura e fondamenti diversi.

²⁵ *Ex multis* Cass. 22 maggio 1997, n. 4571, in *Rep. Foro it.* 1997, voce *Procedimento civile*, n. 229; Cass. Civ. n. 19460/2005 in *DeJure*; Cass. civ. SS. UU. 28 novembre 2007, n. 24657, in *Riv. not.* 2008, p. 944.

²⁶ A. LENER, *La comunione*, in *Trattato Rescigno*, 8, II, *Proprietà*, 2002^{2ed.}, p. 308; v. anche R. CALVO, *Comunione in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, 2019, sub. art. 1100 c.c., p. 139.

²⁷ Sul piano comparatistico, nell'ordinamento tedesco il BGB regola sia la comunione dei diritti (§ 741), sia la comproprietà (§ 1008 BGB). Entrambi gli istituti, coerentemente con l'impostazione romanistica di comunione, sono caratterizzati dal fatto che ogni compartecipe è titolare di una quota determinata sul bene comune, di cui può disporre liberamente. Per l'adozione degli atti di amministrazione vige il principio di maggioranza per quote; quello del consenso unanime per gli atti di disposizione dell'intero bene comune; nonché la possibilità di poter richiedere in ogni momento lo scioglimento. La disciplina generale si colloca solidamente nell'alveo della tradizione romana (ancorché l'elaborazione dottrinale che rimonta alla Pandettistica tradizionale sembri aver accolto la teoria della comunione quale proprietà plurima parziaria, intesa come spettanza ad ogni singolo comunista di un separato diritto di godimento qualitativamente identico ma con estensione limitata su una frazione, ideale, del bene). Nell'ordinamento tedesco si possono comunque trovare alcune forme di comunione che si avvicinano al modello della comunione a mani riunite. In particolare, il BGB è chiaro nel disciplinare la comunione ereditaria (*Erbengemeinschaft* §§ 2032 e ss.) come una *gesamthand*. Essa, diversamente dalla comunione romanistica, si caratterizza per la preclusione per il singolo partecipante della possibilità di alienare, con immediata efficacia traslativa, i *singoli beni* che sono oggetto della comunione, e ciò sia per quanto riguarda i singoli beni interi (§ 2033 absatz 2 BGB) sia i singoli beni *pro quota*. Il coerede può, invece, alienare la sua quota sull'intero asse ereditario (§ 2033 absatz 1, BGB).

Quanto all'ordinamento francese, invece, la *indivision* è disciplinata dagli articoli 815 e ss. del *code civil*. L'istituto, oltre alla possibile origine pattizia, regola per legge la comunione ereditaria, nonché la contitolarità sui beni che si crea allo

Può essere utile –in vista delle successive riflessioni sulla fisionomia della comunione legale tra coniugi nel quadro delle comunioni civilistiche contemplate dall’ordinamento – ricordare che il tratto distintivo della comunione, rappresentato, come visto, dal regime di appartenenza del diritto reale a più soggetti e *pro indiviso*, aveva in passato persuaso alcuni Autori a proporre che dalla comunione medesima potesse nascere una soggettività giuridica, distinta e nuova rispetto a quella dei singoli partecipanti, a cui imputare la titolarità del diritto. Secondo tale teorica, dal ‘paradosso logico’ per cui non possono coesistere concettualmente due domini delimitati sul medesimo bene, si potrebbe evincere l’unificazione della situazione di appartenenza – che verrebbe a dividersi idealmente fra i partecipi secondo le quote – in capo ad un ente dotato di una propria soggettività giuridica e di poteri di gestione²⁸.

Di tale costruzione fu a suo tempo criticata, anzitutto, l'arbitrarietà, trovando un appiglio soltanto apparente nella formula dell'art. 1100 c.c., nonché osservando come essa risulti semmai smentita da altra norma, l'art. 1108 comma III c.c., secondo cui gli atti di disposizione della cosa comune sono possibili, salvo diversa determinazione del titolo o della legge, solo col consenso di tutti i partecipanti: ciò che rende poco credibile immaginare che il legislatore abbia inteso “entificare”, organizzandola,

scioglimento della *communauté entre époux* in seguito al divorzio, alla morte di un coniuge, o al cambio di regime matrimoniale, mediante convenzione.

Sullo sfondo dell’istituto si staglia il *principe relatif de la précarité*, a mente del quale «*nul ne peut être contraint à demeurer dans l’indivision et le partage peut toujours être provoqué à moins qu’il n’y ait été sursis par jugement ou convention*» (art. 815 *code civil*).

La Loi n. 2006-7 del 23 giugno 2006 ha modificato l’intero Capitolo VII del Libro III del *Code*, rubricato *Du régime légal de l’indivision*, ed è intervenuta, in particolare, sulle regole dell’amministrazione apportando una disciplina più duttile rispetto a quella previgente. Per l’innanzi, infatti, tutte le decisioni dovevano essere prese all’unanimità (Loi 1286 del 31 dicembre 1976) salvo diversa ed apposita convenzione; questa regola poteva diventare paralizzante nel caso in cui la situazione di *indivision* si fosse protratta nel tempo, per il disaccordo (ma anche per l’inerzia) di uno solo degli *indivisaires*.

Dal 1° gennaio 2007 le regole sull’amministrazione completate dalla legge sono le seguenti (v. artt. 815-2, 815-7 *code civil*): ciascun *indivisaire* può adottare le misure necessarie per la conservazione dei beni indivisi “*même si elles ne présentent pas un caractère d’urgence*” (art. 815-2).

Gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione possono essere compiuti dalla maggioranza dei 2/3 (ristrutturazione, locazione etc.). La stessa maggioranza può conferire ad uno dei compartecipi, o ad un terzo, un mandato generale di amministrare il bene indiviso, salvo in ogni caso l’obbligo di informare gli altri *indivisaires*, a pena di inopponibilità delle decisioni assunte. Gli atti di disposizione del bene comune (alienazione, costituzione di diritti reali) richiedono, invece, l’unanimità degli *indivisaires*; tuttavia, la vendita di beni mobili allo scopo di pagare i debiti e gli oneri della *indivision* può essere decisa con la maggioranza dei 2/3. Nel caso in cui un comproprietario si opponga, gli altri possono rivolgersi al Tribunale affinché vi provveda. Il Tribunale può altresì autorizzare un *indivisaire* ad agire allorché uno degli altri comproprietari neghi il proprio consenso all’atto e ciò metta in pericolo l’interesse comune o gravi eccessivamente i diritti degli altri compartecipi.

²⁸ La prima formulazione di questa teoria in Italia sarebbe stata fatta da R. LUZZATO, *La comproprietà nel diritto civile italiano*, Torino, 1908, p. 2 e p. 19 ss.; v. anche F. CARNELUTTI, *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 143 ss. nonché M. DOSSETTO, *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova, 1948, p. 16 ss.

la pluralità dei titolari²⁹. A tale teoria, inoltre, è stato obiettato che di soggettività giuridica ha senso parlare solo nelle ipotesi in cui un gruppo sia organizzato *in funzione del perseguimento di uno scopo che vada oltre la mera situazione di appartenenza e godimento*: questo è il caso, ad esempio, delle associazioni non riconosciute, ma non è appunto il caso della comunione ordinaria che non contempla finalità ulteriori che trascendano il mero godimento dei beni che ne costituiscono l'oggetto³⁰.

In definitiva, la descrizione della comunione ordinaria che è dato ricavare nel nostro diritto positivo privatistico, e che costituisce il modello di comunione di riferimento per ogni tipo di raffronto con altri esemplari di comunioni civilistiche, corrisponde alla comunione di tipo romano (anche detta di tipo individualistico) e può essere definita come “titolarità plurima integrale”, commisurata per quote, derivante dalla coincidenza, sullo stesso bene, di identici diritti reali di godimento³¹.

La Dottrina civilistica ha cura di rilevare, all'interno dell'ordinamento privatistico, una prima distinzione degna di nota tra la comunione ordinaria e comunioni “speciali”, intendendo queste ultime come figure regolate da norme di legge speciali, appunto, a cui le regole della comunione ordinaria si applicano solo in quanto compatibili³². Un primo esempio di comunione speciale sarebbe costituito dal condominio, che concreta una particolare forma di comunione su di un immobile, caratterizzata dalla coesistenza di parti di proprietà esclusiva e parti di proprietà comune. Un secondo esempio di comunione speciale sarebbe costituito dalla comunione ereditaria, caratterizzata da una specialità che la differenzia sensibilmente da altre forme di contitolarità di diritti, segnatamente dal punto di vista contenutistico. Infatti si compone di molteplici situazioni soggettive, spesso eterogenee e qualitativamente diverse, non solo diritti reali (di godimento e di garanzia), ma anche diritti personali di godimento, e in generale crediti³³.

La comunione legale tra i coniugi presenta tuttavia delle peculiarità così accentuate, all'interno dell'ordinamento privatistico, che non sembrerebbe certo accostabile a tali esemplari, pur “speciali”, di comunioni civilistiche.

²⁹ A. GUARINO, voce *Comunione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1961, ora in *DeJure*.

³⁰ G. CIAN -A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile. Note Introduttive al Titolo VII Della comunione*, Padova, 2018, p. 1092. Marginali sono, poi, le teorie che sempre negando la spettanza del diritto di proprietà al singolo partecipante, ravvisano nella comunione un'ipotesi di proprietà collettiva, che tuttavia non corrisponde al modello civilistico della proprietà di tradizione romanistica (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1958 p. 168ss.).

³¹ A. GUARINO voce *Comunione (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, § 2 in *DeJure*.

³² C. CICERO, *Della comunione*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, 2017, p. 38.

³³ L'inclusione dei crediti nell'oggetto della comunione ereditaria rappresenta uno dei tratti maggiormente distintivi di quest'ultimo istituto rispetto alla comunione ordinaria, e rileva in quanto la comprensione dei crediti nel proprio oggetto si è posta anche in relazione alla comunione legale tra i coniugi, ed è intrecciata con la riflessione sulla natura della comunione stessa (sul punto si ritornerà nel prosieguo).

PROFILI DI SPECIALITÀ DI TIPO SOGGETTIVO E OGGETTIVO

La novella del 1975 ha infatti impollinato il sistema privatistico con un istituto la cui disciplina è caratterizzata da accentuati elementi di originalità, ed è soprattutto imperniata su di una logica nuova e su di un lessico nuovo.

Dal punto di vista soggettivo, si è già accennato il profilo di specialità consistente nel fatto che la comunione in esame non può coinvolgere altri soggetti diversi da quelli tassativamente individuati dalla legge³⁴, né la comunione può proseguire, dopo la morte di uno dei coniugi, con gli eredi di quest'ultimo³⁵. Un simile limite è del tutto assente, invece, nella disciplina della comunione ordinaria, in base a cui il diritto sulla quota può essere ceduto liberamente dal titolare a terzi ex art. 1103 c.c.³⁶. Considerata la peculiarità del rapporto coniugale, la Dottrina considera per sua natura personalissima, e dunque esperibile in via esclusiva (ex art. 2900 c.c.) dal coniuge estraneo all'atto, l'azione di annullamento ex art. 184 c.c., che si fonda su di una valutazione *a posteriori* della convenienza dell'atto medesimo alla luce degli interessi della famiglia, e che dunque solo questi potrebbe compiere³⁷.

La peculiare struttura, oltre ad evidenti ragioni di ordine pratico, esclude poi un'estensione analogica delle sue regole a situazioni di mero fatto. L'impossibilità di dare alla comunione legale un rilievo verso l'esterno, mediante il meccanismo pubblicitario, priverebbe il convivente pretermesso di qualsiasi forma di tutela nei confronti degli atti dispositivi compiuti senza il consenso del *partner*.

³⁴ I coniugi, ovvero i soggetti uniti civilmente ai sensi della L.76/2016.

³⁵ G. OBERTO, *La comunione legale cit*, I, p. 298 ss.

³⁶ Una tendenziale impermeabilità all'ingresso di terzi nella contitolarità dei diritti si registra, a dire il vero, anche nella comunione ereditaria, ove a favore dei coeredi opera il diritto di prelazione, nonché quello di riscattare ex art. 732 c.c. la quota ereditaria alienata da altro coerede a terzi, la cui *ratio* deve ricercarsi, anche qui, nella particolare qualificazione del gruppo dei coeredi stessi: nella maggioranza dei casi legati da vincoli – non forti come quello di coniugio – ma comunque di carattere familiare, e dunque con una – non assoluta e inderogabile, bensì più gradata – propensione tendenziale a mantenere intatta la composizione soggettiva della comunione al fine di contenere il numero dei coeredi stessi e agevolare le operazioni divisionali, cui la comunione è istituzionalmente finalizzata. U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 438 e ss.

³⁷ M. PALADINI, *Oggetto della comunione legale, sub art. 177*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2010, p. 113 (e del resto, in caso di alienazione di beni oggetto di comunione legale, il creditore potrà tutelare le proprie ragioni mediante l'esercizio dell'azione ex art. 2901 c.c.). Di avviso opposto, invece G. BIBOLINI, *I rapporti bancari alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV. *Fideiussione omnibus, i rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi di diritto penale bancario, atti del convegno di studi con la collaborazione scientifica del Centro internazionale di studi giuridici (CIDIS) Ferrara-Cento, 3-4-5 giugno 1976*, Milano, 1978, p. 83 e ss.. Parimenti, deve escludersi che, in caso di fallimento del coniuge legittimato a proporre l'azione di annullamento, il curatore fallimentare possa agire ex art. 184 c.c.. In questo senso, L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in *Trattato Bessone*, III, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2011, p. 305.

Sotto il profilo oggettivo, oltre all'indisponibilità della quota da parte del suo titolare a favore di soggetti terzi, un altro elemento di disarmonia fisionomica della figura – tanto rispetto alla comunione ordinaria quanto alla comunione ereditaria – è la perentoria parità ed uguaglianza delle quote sancita dal legislatore, che assurge a tratto caratterizzante dell'istituto.

La regola inderogabile dell'eguaglianza (quantitativa e qualitativa) delle quote opera dunque sostituendosi alla volontà stessa dei coniugi qualora intendessero compiere un acquisto (congiuntamente o singolarmente) per quote diverse.

Infine, come visto, essa è in pari tempo sia una massa di beni sia un 'regime', ossia un insieme di regole di spartizione della ricchezza.

Considerati questi tratti, come detto, l'elaborazione dottrinale ha consumato lo sforzo di mettere a fuoco la natura della comunione legale, alla luce delle categorie dogmatiche del diritto positivo esistenti, onde poterne offrire anzitutto un convincente inquadramento teorico, senza trascurare il problema delle ricadute più propriamente operative di tale inquadramento, legate alla necessità di individuare gli istituti generali da cui attingere, in via suppletiva e 'residuale', la regolamentazione dei profili non espressamente disciplinati dalla lacunosa (e a volte ambigua) disciplina contenuta negli artt.li 177 e ss. c.c.³⁸.

A margine di questo istituto è stata così sviluppata una varietà di configurazioni di cui risalta la profonda eterogeneità.

COMUNIONE LEGALE COME SOGGETTO DI DIRITTO

Sulla scorta di una considerazione che, come visto, si era infruttuosamente tentata per la comunione ordinaria, anche per la comunione legale tra i coniugi si è registrato il tentativo di rendere conto della presenza di beni e debiti comuni distinti da quelli personali attribuendo ad essa personalità giuridica, e in ogni caso qualificandola come soggetto di diritto terzo, diverso rispetto alle persone dei coniugi³⁹.

³⁸ Invero, l'interrogativo sulla natura della comunione tra i coniugi quale istituto a cavaliere tra diritto patrimoniale e diritto di famiglia, era stato oggetto in Italia di riflessioni teoriche già prima della riforma del 1975, ma la rara diffusione sociale aveva confinato la rilevanza del suo studio. Un dibattito più ampio e articolato si è invece aperto, dai primi anni successivi alla riforma, quando la scelta del regime comunitario come regime legale ha favorito una maggiore considerazione del tema, poi oggetto di un'attenzione specifica anche da parte della giurisprudenza pratica.

³⁹ Sia pur in termini dubitativi G. CIAN, *Caratteri generali della riforma*, in *Commentario alla riforma del dritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, pp. 53-56. Nel senso di una vera e propria soggettività giuridica G. CIAN – A. VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Noviss. Dig.it., Appendice, II*, Torino, 1981, p. 190; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, tomo II, Milano, 2002, p. 236 ss.. Si riscontra una simile tesi anche in A. FIGONE, *Comunione legale ed esecuzione sui beni personali del coniuge*, in *Giur. merito*, 2002, Nota a Trib. Palermo 28 marzo 2001, p.725 e ss.

Una simile tesi trova un corrispondente nell'elaborazione dottrinale francese svolta a margine della *communauté entre époux*, ove la configurazione in termini di *personne morale* è tuttavia oggi minoritaria e superata⁴⁰.

Secondo questa impostazione, la comunione legale, pur non assurgendo a soggetto dotato di autonomia patrimoniale perfetta, configurerebbe un vero e proprio soggetto di diritto (dunque, un centro di imputazione di rapporti giuridici autonomi, rispetto alle persone dei coniugi), dotato di «un proprio patrimonio, una propria autonomia negoziale ed una propria capacità processuale»⁴¹.

⁴⁰ Il più noto assertore di tale configurazione nell'ordinamento d'Oltralpe è il doyen J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, tesi dottorale presso la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 1932; nonché ID. *La communauté entre époux est-elle une personne morale?* TAHC, VIII, 1953, p. 280. Un altro assertore della *thèse personnaliste* è il doyen G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 1984^{4éd.} pp. 290-291 nonché pp.300-301).

Gli argomenti addotti a sostegno di questa tesi risiederebbero, *inter alia*, nella distinzione dei beni in tre masse: la comunione avrebbe i suoi creditori, così come i coniugi hanno i propri. Vi sarebbe poi una serie di articoli del *code civil* che potrebbero sottintendere una 'personalizzazione' della comunione, come ad esempio l'art. 1405 alinéa 2 c.c. a mente del quale «*La libéralité peut stipuler que les biens qui en font l'objet appartiendront à la communauté. Les biens tombent en communauté, sauf stipulation contraire, quand la libéralité est faite aux deux époux conjointement*»

Secondo questa ricostruzione nella *communauté* si ritroverebbero in un certo senso gli elementi essenziali della *société civile*: «*mise en commun d'apports, recherche de bénéfices puisque la communauté a vocation à être un jour partagée*» (J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial cit.* p. 308).

A dispetto di una certa seduzione che la tesi della *personnalité morale* può esercitare, essa è stata tuttavia disattesa dalla giurisprudenza pratica (per tutte v. Cass. Civ. 2^{ème} 6 dicembre 1995 n. 93-17.841) e respinta dalla dottrina maggioritaria (A. COLOMER, *Droit Civil. Régimes Matrimoniaux* 2005, 12^{éd.}, LexisNexis, p- 195; P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 ^{7éd.}, n. 39 pp. 32-33). Quanto all'accostamento della *communauté* alla figura della società civile, si è insistito sul fatto che nel regime legale manca l'*affectio societatis*; soprattutto è impossibile separare la *communauté* dalle persone dei coniugi: senza di essi, la *communauté* non può esistere, né può avere interessi o perseguire scopi diversi da quelli dei coniugi né può sopravvivere in caso di decesso di uno dei due.

Si è altresì osservato che la distinzione tra debiti propri e debiti comuni è relativa. In qualunque situazione sia sorto un debito "della comunione" questo è necessariamente, in pari tempo, debito personale di un coniuge, almeno dal punto di vista dell'aggregabilità da parte dei creditori. Per quanto riguarda le passività sorte durante la vigenza del regime legale infatti nella disciplina vigente non vi sono più debiti esclusivamente personali: ogni debito assunto da uno dei coniugi può sempre essere soddisfatto aggredendo beni comuni, e ciò anche allorquando non sia stato contratto nell'interesse della comunione (v. art. 1409 *code civil*).

Infine, vi sarebbero precisi indici normativi che contrasterebbero irrimediabilmente con la *thèse personnaliste*: uno per tutti sarebbe l'art. 1832-2 àl. I e II, secondo cui «*Un époux ne peut, sous la sanction prévue à l'article 1427, employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte. La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition [...]*». Ebbene, se la comunione legale avesse una personalità propria, sarebbe la comunione stessa che, nell'ipotesi prevista da tale norma, assumerebbe la qualità di "associée". Ma non è così: infatti la partecipazione sociale appartiene personalmente, a seconda delle circostanze, al solo coniuge conferente o anche all'altro per la metà. A. COLOMER, *Droit Civil. Régimes Matrimoniaux cit.* n. 403, p. 195.

⁴¹ F. CARLUCCI, *Natura giuridica della comunione legale*, in AA. VV. *Il nuovo diritto di famiglia, Contributi notarili*, Milano 1975, p. 19.

La comunione legale sarebbe così caratterizzata da una separazione *parziale* tra patrimonio comune e patrimonio dei coniugi (con una fisionomia, a ben vedere, simile a quella che si ravvisa nelle società personali)⁴².

Tuttavia, altra Dottrina ha eccepito come ogni volta che esista un soggetto di diritto, per impegnarne la sua responsabilità e far ricadere su di esso gli effetti dei negozi stipulati, i suoi organi devono dichiarare di agire *in nome per conto* del soggetto rappresentato, cioè spendendo il nome del soggetto rappresentato⁴³.

Questo non può dirsi nel caso della comunione legale, in cui la norma fondamentale contenuta nell'art. 177, lett. a), c.c. stabilisce che sono realizzati a favore della comunione gli acquisti compiuti, anche separatamente, da ciascun coniuge, *senza alcuna menzione* del regime legale⁴⁴.

Si è d'altra parte constatata la presenza di significativi indici idonei a convalidare un accostamento della comunione con le società di persone, ed in particolare con la società semplice (cfr. artt. 2247, 2257, 2270 e 2305 c.c.)⁴⁵: il carattere "programmatico" della comunione legale⁴⁶, la regola inderogabile⁴⁷ dell'amministrazione disgiuntiva per gli atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione (Art 180, comma I c.c.), e ancora la disciplina particolare sulla responsabilità patrimoniale dei coniugi che, attraverso il meccanismo della sussidiarietà di cui agli Artt. 189 190 c.c. realizza una, pur limitata, separazione dei patrimoni.

Tuttavia, con riferimento all'amministrazione⁴⁸ questa analogia apparirebbe subito inficiata, atteso che per alcuni atti (Art 180, comma II c.c.) è prescritto sempre e inderogabilmente il consenso di

⁴² I beni della comunione costituirebbero, in sostanza, la primaria garanzia diretta per le obbligazioni assunte in nome e per conto della stessa, e solo sussidiaria per le obbligazioni assunte in nome proprio dai coniugi. Nell'ordinamento positivo italiano questa tesi troverebbe fondamento, in particolare, su tre dati: 1) la legge sembra distinguere tra patrimonio personale dei coniugi e patrimonio della comunione attribuendo, a ciascuno di questi, regole diverse; 2) l'art. 180 c.c. fa parola di 'rappresentanza in giudizio' per gli atti relativi alla comunione; 3) l'art. 186 c.c. menziona la responsabilità dei beni della comunione.

⁴³ G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, in *Trattato di diritto civile commerciale Cicu-Messineo*, 2010 p. 277.

⁴⁴ La Dottrina citata ha poi ravvisato un'altra differenza rispetto al meccanismo della rappresentanza, nel senso che, se lo schema di riferimento per la comunione legale fosse davvero quello di un ente autonomo, ogniqualvolta il coniuge contragga obbligazioni per la comunione senza averne il potere, non dovrebbe rimanere obbligato personalmente (come stabilisce l'art. 189 comma I c.c.) bensì dovrebbe esser tenuto al risarcimento del danno subito dalla controparte, come prevedono le norme generali in tema di attività svolta dal *falsus procurator* (cfr. art 1398 c.c.).

⁴⁵ Cfr., L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 3, *Persone e Famiglia*, Tomo II, Torino, 1996, p. 469.

⁴⁶ Nel senso che il regime non riguarda una semplice situazione di godimento comune attuale, ma ha come termine di riferimento essenziale acquisti futuri ed eventuali (Art 177 c.c.).

⁴⁷ Art. 210, comma III c.c..

⁴⁸ Diversamente da quanto avviene per le società di persone in cui, salvo diversa pattuizione, l'amministrazione spetta disgiuntamente a ciascuno dei soci, senza distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (art. 2257 comma I c.c.)

entrambi i coniugi, e se si guarda alla griglia di regole speciali stabilite a proposito di responsabilità patrimoniale, non ne risultano i tratti di responsabilità separata che possano, in qualche modo, asseverare la tesi della comunione legale quale soggetto autonomo di diritto. I creditori personali di ciascun coniuge possono infatti aggredire i beni della comunione (fino al valore corrispondente alla quota) sempre, in ogni momento, e anche prima dello scioglimento della comunione stessa, diversamente da quanto accade per le società di persone, sul cui patrimonio i creditori personali del singolo socio possono soddisfarsi solo dopo che la partecipazione del debitore sia stata liquidata, e quindi separata dal patrimonio comune, secondo le regole stabilite per i diversi tipi di società.

Se, inoltre, è pur vero che nella società semplice il creditore particolare del socio può chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore⁴⁹ (liquidazione che deve avvenire entro tre mesi dalla domanda *ex art. 2270 comma I c.c.*)⁵⁰, è parimenti vero che non può intraprendere azioni esecutive prima della liquidazione della quota del socio stesso; nella società in nome collettivo, addirittura, il creditore particolare non può chiedere la liquidazione della quota del socio debitore per tutta la durata della società e dunque – *a fortiori* – nemmeno può chiederne l'espropriazione forzata finché la società è in vita (Art. 2305 c.c.)⁵¹.

Alla comunione legale, poi, mancherebbe un preciso scopo, che trascenda e vada oltre il semplice fatto di essere criterio di distribuzione della ricchezza che transita nella sfera dei coniugi; ciò che metterebbe ulteriormente fuori gioco un suo accostamento sistematico con le figure societarie.

In sostanza, è stato osservato che «alla comunione legale non potrebbe attribuirsi una soggettività di diritto negli stessi limiti (né più né meno) in cui è pacifico che non la si possa attribuire alla comunione ordinaria»⁵².

⁴⁹ il debitore può paralizzare tale iniziativa laddove indichi l'esistenza di altri beni personali sufficienti a soddisfarlo, preservando così il patrimonio sociale (Art. 2270 comma II c.c.).

⁵⁰ Salvo che la società non deliberi lo scioglimento (Art. 2270, comma II c.c.); in tal caso il creditore si soddisferà sulla c.d. *quota di liquidazione del socio*, cioè sulla somma o sui beni che, dopo il pagamento dei creditori sociali, spetteranno al socio (su tale quota di liquidazione il creditore particolare può compiere, anche prima dello scioglimento, atti conservativi, *ex art. 2270 comma I c.c.*)

⁵¹ La severità di questa norma, che tutela in massimo grado l'integrità patrimoniale della società e la personalità della partecipazione (e che può far della quota di partecipazione in s.n.c. un efficace strumento di sottrazione dei beni ai propri creditori) risulta mitigata dalla possibilità per il creditore particolare del socio di opporsi alla proroga della società entro tre mesi dall'iscrizione della delibera relativa nel registro delle imprese e, in caso di opposizione vittoriosa (qualora dimostri di non potersi altrimenti soddisfare), di ottenere la liquidazione della quota del socio (G. PRESTI – M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Società*, Vol. II, Bologna, 2011^{5.ed.}, p. 32).

⁵² F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1979, p. 60.

PATRIMONIO DI DESTINAZIONE

Senza giungere alla soluzione della soggettività giuridica, autorevole Dottrina⁵³ è pervenuta ad un'altra conclusione per mezzo di itinerari argomentativi che, sempre muovendo dal raffronto con la comunione ordinaria e con le società di persone, pongono in evidenza una sostanziale inconciliabilità di fondo tra i due citati istituti⁵⁴, e per altro verso ravvisano, del pari, alcune similitudini tra le relative discipline.

Da tali similitudini non si dovrebbero tuttavia trarre conclusioni errate, come quella di riconoscere un'identità o anche soltanto un'analogia strutturale tra la comunione legale e le società di persone.

Sulla scorta di tali considerazioni, la citata Dottrina ha dunque proposto un'autonomia dogmatica della figura che, pur irriducibile tanto alla comunione ordinaria quanto allo schema della società semplice, nondimeno si atterrebbe in via tendenziale più che come un soggetto di diritto, bensì come patrimonio separato, *rectius* patrimonio "di destinazione", in quanto vincolato *ad sustinenda onera matrimonii*⁵⁵. Detto con parole diverse, la comunione legale configurerebbe un «complesso di beni trattenuti insieme dal vincolo finalistico»⁵⁶.

Pur non dubitando della destinazione funzionale della massa di beni in comunione, sottoposta al medesimo e peculiare regime giuridico, anche per tale qualificazione sono state sottolineate rilevanti fragilità, atteso che la disciplina della comunione legale non consente di qualificare i beni comuni come patrimonio separato *totalmente*, bensì solo separato *limitatamente* rispetto a quello dei coniugi. Sul punto, è stato correttamente osservato che se ad oggi, sul piano concettuale, la destinazione di un patrimonio ad un preciso scopo non presupporrebbe necessariamente la sussistenza di un'autonomia patrimoniale perfetta (né la personificazione dell'ente che tale scopo debba realizzare)⁵⁷, nel comparto

⁵³ F.D. BUSNELLI, *La comunicazione legale del nuovo diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.* 1976, pp. 40-41;

⁵⁴ In particolare, nella comunione ordinaria manca uno scopo ulteriore rispetto al mero godimento dei beni; la regola dell'amministrazione è congiuntiva e si fonda sul criterio di maggioranza nelle decisioni; vi è la piena libertà di ciascun partecipante di disporre della propria quota, nonché di domandare lo scioglimento della comunione in qualsiasi momento.

⁵⁵ F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p.40.

⁵⁶ A. ATTARDI, *Profili processuali della comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.* 1978, pp. 39-42, il quale scrive di patrimonio autonomo come di «una non del tutto ingiustificata ipotesi di lavoro». La ricostruzione della comunione come patrimonio separato e destinato ad uno scopo si riscontra anche in V. DE PAOLA-A. MACRÌ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, p. 87 e ss.; sembra altresì trasparire in V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 19, Torino, 1997, p. 516 ove si fa parola di una "specifica destinazione" a cui i beni della comunione sono tendenzialmente finalizzati e che giustificerebbe la modifica delle ordinarie regole sulla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c.; infine P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005 p. 815, si riferisce ai beni della comunione come «patrimonio allo scopo».

⁵⁷ G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, cit. I, p. 282. Ciò sarebbe confermato dall'istituto di cui all'art. 2645-ter c.c.. Sul concetto di destinazione patrimoniale e negozio di destinazione in generale, cfr. A. FUSARO, *Voce Destinazione (vincoli di)* in *Digesto disc. Priv. Sez. civ. V*, Torino, 1989, p 321 e ss.; nonché ID., *L'atto di destinazione nella concorrenza*

del regime patrimoniale della famiglia una simile configurazione apparirebbe appropriata solo con riferimento al peculiare istituto del fondo patrimoniale, rispetto a cui la «destinazione» dei beni viene esplicitamente codificata negli artt. 167, 168 e 171 c.c. così come l'insensibilità del fondo stesso rispetto a debiti diversi da quelli contratti per realizzare i bisogni della famiglia (art. 170 c.c.)⁵⁸.

Non altrettanto sembra prospettarsi riguardo alla comunione legale, rispetto a cui è stato autorevolmente osservato che «*i sintomi di una autonomia patrimoniale sfumano nella “preferenza” accordata ai creditori della comunione ai sensi dell’art. 189 comma II c.c. rispetto a quelli personali chirografari, che però possono, anch’essi, agire sui beni comuni nei limiti della “misura della metà del credito” ai sensi dell’art. 190. Se si aggiunge che i beni comuni rispondono non solo dei pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell’acquisto, dei carichi dell’amministrazione e, in genere, di tutte le obbligazioni contratte per la famiglia, ma anche “di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi” (quale che essa sia), la “destinazione” dei beni comuni appare invero sfiorata tutt’al più*»⁵⁹.

Come già osservato, alla comunione legale mancherebbe poi un preciso scopo, in quanto istituto predisposto per il godimento necessariamente e inderogabilmente *congiunto*, dei beni comuni; ciò spiegherebbe la deviazione di questo istituto rispetto alla disciplina della comunione ordinaria, ma non sarebbe sufficiente a far uscire la comunione legale dall’ambito delle comunioni di godimento⁶⁰.

Altra Dottrina, pur critica nei confronti della qualificazione della comunione legale come patrimonio destinato ad uno scopo, si è espressa in termini di “*patrimonio separato*” a determinati fini, intendendo con tale locuzione che i beni facenti parte della comunione sono soggetti ad uno statuto “speciale” che li contrappone, quindi, sia ai cespiti ‘personali’, sia ai cespiti oggetto di una normale contitolarità.

La ricostruzione appena citata appare degna di nota ai fini del corretto inquadramento sistematico della figura in commento, poiché scorge singolari analogie esistenti tra comunione legale e comunione ereditaria, sottolineando come, al pari di quella, i beni della comunione legale siano assoggettati ad una disciplina che li considera non già individualmente, bensì in massa, nel loro

tra strumenti giuridici, in *Contratto e Impresa* 2/2018, p. 1004 e ss.; ID. *Il fondo patrimoniale, i vincoli di destinazione e il trust in ambito familiare*, in A. Fasano e A. Figone (dir.), *Matrimonio, unione civile, convivenza. Costituzione della famiglia e regimi patrimoniali*, Milano, 2019, pp. 393-425; cfr. anche P. IAMICELI, *Patrimoni destinati tra codice civile e legislazione speciale*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell’autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 115 e ss.

⁵⁸ G. OBERTO, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

⁵⁹ F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, 1979, p. 59.

⁶⁰ F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia cit.*, p. 63, osserva che «*se una qualche finalizzazione si vuole scorgere questa risiede piuttosto nel momento finale, quello (appunto) distributivo, della divisione, verso il quale in realtà ogni comunione sarebbe avviata in forza di una tendenza naturale e legislativa allo scioglimento*».

complesso (arg. ex art. 189 comma II, e 190 c.c.). In relazione ai singoli beni, dunque, nella comunione legale non sarebbe possibile parlare di comproprietà di diritto comune, bensì di una «...contitolarità che grava solo in via mediata sui singoli cespiti, e che potrà (eventualmente) trasformarsi in una comproprietà (ordinaria) solo al momento dello scioglimento della comunione...»⁶¹.

FATTISPECIE A FORMAZIONE PROGRESSIVA (O MERO VINCOLO SUI BENI)

Le obiettive difficoltà riscontrate, sul piano teorico-dogmatico, nell'inquadrare la comunione legale tra i coniugi in termini appaganti e convincenti alla luce del diritto positivo vigente, ha stimolato altra dottrina⁶² ad elaborare una descrizione, minoritaria, della comunione legale quale fattispecie atipica "a formazione progressiva", articolata in tre momenti distinti (costituzione, acquisto dei beni, scioglimento del regime). Non potendosi predicare la sussistenza di un *vincolo di destinazione* in senso proprio, sui beni comuni sussisterebbe un mero *vincolo di inalienabilità*, mentre la fattispecie si completerebbe solo in sede di scioglimento, producendo i suoi effetti tipici, ossia sfociando in una situazione di contitolarità ordinaria, mediante un'operazione di conguaglio tra patrimoni⁶³.

Tuttavia, si è obiettato come l'idea di una contitolarità "sospesa" sino allo scioglimento del regime appaia in contrasto con la stessa *ratio* dell'istituto, finalizzato ad assicurare al coniuge l'effettiva compartecipazione agli incrementi di ricchezza operati dall'altro. Parlare, poi, di titolarità individuale di beni, pur soggetti ad un vincolo, contrasterebbe con gli ampi poteri concessi ad entrambi i coniugi

⁶¹ P. SCHLESINGER, *Comunione legale*, in *Commentario alla riforma del nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Cian – G. Oppo – A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 367 secondo cui, appunto, la comunione legale non darebbe luogo ad una titolarità per quote su *singoli cespiti*, bensì su una *massa patrimoniale complessivamente considerata* similmente a quanto si ritiene che avvenga per la comunione ereditaria. In termini simili, benché sembri adottare la configurazione della comunione quale fattispecie atipica a formazione progressiva, anche L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato Rescigno*, 3, *Personae e Famiglia*, Tomo II, Torino, 1996^{2ed.}, p. 469 osserva che «l'indeterminatezza dei beni oggetto della comunione legale la avvicina, sotto il profilo della possibile pluralità di beni, alla comunione ereditaria». Definisce la comunione legale in termini di "comunione di patrimonio" anche G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997 p. 357. L'istituto viene similmente definito come un'ipotesi di "comunione di massa" anche da L. BULLO *Titolarità e legittimazione a disporre nelle comunioni "civilistiche"*, in *Riv. dir. civ.* 6/2018, p. 1462 che tuttavia, accostandolo sul piano dogmatico alla comunione ereditaria, riconduce entrambe al modello della comunione a mani riunite (su cui v. *infra*). Nella giurisprudenza pratica, si segnala Cass. 11 novembre 1996 n. 9846 in *Pluris (OneLegale)*, ove la comunione legale viene definita quale contitolarità di massa relativa ad una *universitas*.

⁶² M. MAZZOLA - G. RE, *Proposta di un diverso modo di intendere la comunione dei beni tra coniugi*, in *Riv. not.*, 1978, p. 757 e ss. La tesi, appena proposta, aveva riscosso un isolato seguito nella giurisprudenza di merito, ormai risalente (Tribunale di Ivrea, 27 giugno 1978). Cfr. anche L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato Rescigno*, 3, *Personae e Famiglia*, Tomo II, Torino, 1996^{2ed.}, pp. 471-472.

⁶³ G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi cit.*, t. I, p. 257-260.

sui beni della massa comune; poteri che descrivono proprio la situazione di chi è contitolare di un diritto⁶⁴.

Soprattutto, una simile tesi sarebbe in contrasto col diritto positivo. È la stessa legge infatti a distinguere espressamente tra *comunione immediata* (art. 177 lett. a, d c.c.), e *comunione de residuo* (art. 177 lett. b, c, 177 cpv., 178 c.c.), situazione quest'ultima in cui effettivamente il coniuge, non titolare di veri diritti sino al momento dello scioglimento, vedrebbe allora realizzata una "aspettativa". L'art. 1356 c.c., tuttavia, concede al titolare di un'aspettativa di diritto il solo potere di compiere atti conservativi, e non possono certo considerarsi tali tutti quegli atti in cui si estrinsecano i poteri di amministrazione ex art. 180 e ss. c.c. di entrambi i coniugi sui beni comuni; il rimedio offerto dall'art. 184 c.c. risulta poi sproporzionato rispetto ad una mera situazione di aspettativa⁶⁵.

CONTITOLARITÀ DI DIRITTI PER QUOTE

Un autorevole filone dottrinale⁶⁶ ritiene, dunque, che il fenomeno della comunione legale, nonostante le deviazioni della sua disciplina, vada pur sempre inquadrato nel *genus* della *contitolarità, per quote, dei diritti* sullo schema della comunione ordinaria (artt. 1100 ss. c.c.), pur riconoscendo che la stessa concreterebbe un'ipotesi di comunione "speciale", "eccezionale" o comunque "irregolare".

Secondo alcuni Autori, l'ascrizione della figura all'alveo della contitolarità di diritti legittimerebbe il ricorso alle regole di cui agli artt. 1100 ss. c.c., se non in via diretta, in via *analogica*⁶⁷.

⁶⁴ Nel censurare tale ricostruzione, T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, p. 21 osserva che «*seguendo la tesi criticata potrebbe verificarsi la paradossale situazione in cui il coniuge non titolare riceva l'autorizzazione (giudiziale) ad alienare o vincolare un bene che non gli appartiene, contro la volontà del titolare o addirittura che amministri beni non suoi (ma in comunione) in quanto il titolare è stato escluso dall'amministrazione*».

⁶⁵ G. OBERTO, *La comunione legale dei coniugi cit.*, p. 260.

⁶⁶ G. OBERTO, *La comunione legale dei coniugi cit.* p. 286; A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1979, Vol. III, pp. 422-424; IID. *Diritto di Famiglia*, I, Milano, 1984, p.861; T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato Bessone*, Vol. IV, tomo II, Torino, 1999, p. 29; F. PROSPERI, *Sulla natura della comunione legale*, Napoli, 1983 p. 145; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 69.

⁶⁷ T. AULETTA, *La comunione legale cit.*, p. 21, aggiunge che dai lavori preparatori non emergerebbe in alcun modo l'intento di ripudiare lo schema della contitolarità di beni, seguito dalla normativa precedente. Anche secondo F. BOCCHINI, *L'amministrazione dei beni in comunione legale*, in *Dir. priv.*, 2000, p. 40, «l'archetipo ideale rimane quello della contitolarità dei diritti, come del resto la stessa espressione letterale di "comunione" evoca: sicché più spesso alla stessa potrà accedersi per la soluzione di taluni problemi tecnici, come ad es. in sede di operazioni divisionali (v. gli artt. 1116 e 713 cc. ss.), attraverso un'interpretazione analogica della relativa normativa».

Si ritiene infatti che l'abrogazione, da parte del legislatore della Riforma del 1975, dell'art. 216 c.c. (che stabiliva espressamente, in mancanza di «patti speciali» l'applicabilità alla comunione coniugale delle regole sulla comunione in generale) non assurgerebbe a preclusione dall'ascrivere l'istituto al *genus* della contitolarità di diritti, ma semmai potrebbe intendersi nel senso di non automatica applicazione delle regole sulla comunione ordinaria in caso di lacune, essendo del resto apprestata una disciplina particolareggiata ed avendo la comunione legale logiche proprie di cui bisogna primariamente tenere conto. G. OBERTO, *La comunione cit.*, I, p. 286.

Giova osservare come invece, nel passaggio dal codice del 1865 al codice del 1942, la mancata riproduzione dell'art. 1434 c.c. 1865 avesse assunto un significato molto più pregnante rispetto all'abrogazione dell'art. 216 c.c. 1942 da parte del

Secondo altri⁶⁸, invece, sarebbe possibile l'integrazione delle lacune attraverso l'applicazione *diretta* delle norme stabilite per la comunione ordinaria, data la fondamentale affinità tra le due figure, che sarebbe riconosciuta dallo stesso legislatore a cominciare dalla terminologia scelta che, per l'appunto, utilizza pianamente sia il termine "*comunione*", sia il termine "*quote*".

Sotto distinto profilo, si è altresì osservato⁶⁹ come anche la disciplina sulla comunione ordinaria (art. 1100 e ss. c.c.) contemplerebbe la possibilità di introdurre limiti ai principi che informano tale istituto, quale ad esempio il diritto potestativo di ogni compartecipe di ottenere sempre lo scioglimento della comunione, che può subire restrizioni ove lo scioglimento immediato pregiudichi gli interessi di altri compartecipi: in tal caso l'autorità giudiziaria può stabilire una congrua dilazione delle operazioni divisionali (art. 1111 c.c.); per altro verso, anche a considerare l'altro fondamentale esemplare di comunione civilistica offerto dall'ordinamento, ossia la comunione ereditaria, e qualificando anch'essa come *species*, del *genus* comunione ordinaria, in questa il principio fondamentale della libera disponibilità della quota di ogni contitolare (Art 1103 c.c.) può venir paralizzato dal possibile esercizio del retratto successorio (art. 732 c.c.).

Alla luce di queste considerazioni, sarebbe dunque plausibile sostenere che la comunione legale tra i coniugi corrisponda, nella sua essenza, alla comunione ordinaria, e sia dunque ascrivibile sul piano "ontologico", o per meglio dire dogmatico, all'ambito delle contitolarità di diritti per quote.

Si tratterebbe, dunque, di una figura di comunione *sui generis*, le cui consistenti variazioni dalla disciplina generale troverebbero giustificazione nella peculiare situazione in cui i coniugi si trovano,

legislatore della Riforma del '75. Infatti, l'art. 1434 c.c. 1865 consentiva espressamente di colmare le lacune della disciplina sulla comunione coniugale con le disposizioni in tema di società civile (figura contemplata dal codice civile previgente). Ricordiamo come nel codice Pisanelli la figura della società fosse contemplata tanto sia per il godimento collettivo, sia per l'esercizio collettivo "di un qualche mestiere o professione" (art. 1706 c.c. 1865) – c.d. società civile – quanto, nel momento in cui l'esercizio collettivo di una produzione di beni o servizi comportasse anche il compimento di "atti di commercio" (art. 3 cod. comm. 1882), per l'esercizio di un'attività commerciale (in questo caso attraverso la costituzione di società commerciali ex art. 77 c. comm. 1865). Come noto, invece, il nuovo codice del 1942 ha unificato il diritto delle società (per l'innanzi ricavabile dal codice civile e dal codice di commercio) emarginando dal concetto il contratto funzionale al "solo" godimento collettivo, concluso cioè per costituire o mantenere una comunione "al solo scopo del godimento di una o più cose" intendendosi con questa locuzione l'esercizio finale (cioè non strumentale alla ricerca di ulteriori utilità) delle facoltà d'uso e di disposizione di un diritto cointestato (*cf.* l'attuale art. 2248 c.c.).

Dunque, il Legislatore del 1942, una volta espunta dall'ordinamento la figura della società civile, e sostituita con la società semplice – il cui carattere economico lucrativo (pur non legato ad uno svolgimento di attività commerciale) la rendeva incompatibile con lo schema della comunione tra coniugi – mediante l'art. 216 c.c. avrebbe inteso espressamente colmare le lacune in tema di comunione tra coniugi con le norme in tema di comunione ordinaria. Per un recente studio sul rapporto tra figure societarie e scopo di godimento nell'attuale ordinamento vedasi P. SPADA, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, Studio del CNN n.69/2016/I in www.notariato.it.

⁶⁸ G. OBERTO, *La comunione cit.*, I, pp. 286-287.

⁶⁹ G. OBERTO, *op.ult. cit.*, p 287.

e nelle logiche diverse sottese alla relativa disciplina, che non sono riconducibili a quella della comunione ordinaria.

Accogliere la proposta interpretativa che riconduce la comunione legale allo schema della comunione ordinaria comporterebbe, quale conseguenza, di individuare nella normativa di quest'ultima il riferimento a cui attingere per colmare eventuali lacune⁷⁰. Ciò potrebbe essere agevolato, *inter alia* dall'assenza di esplicite indicazioni sui criteri di formazione delle quote al momento della divisione, rispetto a cui il rinvio alla disciplina della comunione ordinaria potrebbe costituire la soluzione più ragionevole⁷¹.

Autorevole Dottrina, che ascrive concettualmente la comunione legale all'ambito delle comunioni di godimento, ha tuttavia scoraggiato il ricorso alla disciplina sulla comunione ordinaria per colmare eventuali lacune, rimarcando in pari tempo la sua spiccata *diversità* rispetto a quella disciplinata dagli artt.li 1100 ss., e sottolineando come il suo oggetto sia considerato una massa fluida e mutevole e quindi una *entità-valore*, piuttosto che una (con)titolarietà di beni in senso proprio⁷².

Sul versante comparatistico, bisogna notare come la riconduzione della comunione legale quale ipotesi di contitolarietà di diritti risulti accreditata nell'ordinamento francese in relazione alla *communauté entre époux* – sulla cui matrice sarebbe poi modellata anche la nostra comunione legale – ove la maggioritaria opinione dottrinale d'Oltralpe ascrive l'istituto al *genus* all'istituto della *indivision* (artt. 815 e ss. *code civil*), corrispondente alla nostra comunione ordinaria⁷³.

La tesi che riconosce nella comunione una contitolarietà di diritti riconducibile al modello della *indivision* sembrerebbe confortata, nell'ordinamento francese, dal raffronto tra alcune regole stabilite dal *code* per tale istituto, e analoghe regole che disciplinano la *communauté*.

Tuttavia, la stessa Dottrina francese appare ben consapevole dell'impossibilità di una piena assimilazione della *communauté* all'istituto della *indivision*, ed ha cura di metterne in risalto le peculiarità che la caratterizzano, rispetto alla figura ordinaria.

⁷⁰ Ciò era espressamente previsto dalla legge, vigente l'abrogato Art. 216 c.c.

⁷¹ G. OBERTO, *La comunione legale cit.*, I, p. 287, nonché T. AULETTA, *La comunione legale cit.*, p. 21.

⁷² F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia cit.*, pp. 59, 60-61, e 63 che, in modo assai originale – pur fermo tale inquadramento – ritiene invece possibile, a seconda dei casi, ricorrere alla disciplina della società semplice, nella quale ravvisa maggiori affinità.

⁷³ J. FLOUR - G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 2001^{2éd.}, n. 246 e ss.; A. COLOMER, *Droit Civil, Régimes Matrimoniaux*, Éditions du JurisClasser, 2005^{12 éd.}, n. 404 '*Indivision certe, mais spécifique?*' (p. 196) ove precisamente si attesta come «*C'est la thèse qui semble bien avoir les faveurs du gros des auteurs*»; R. CABRILLAC, *Les régimes matrimoniaux*, coll. "*Domat droit privé*", LGDJ, 2019^{10éd.}, n. 133; P. MALAURIE – L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019^{7éd.}, n. 39 (pp. 32-33);

La *communauté* presenterebbe infatti divergenze e variazioni riguardo a svariati profili particolarmente importanti.

In primo luogo, si è evidenziato il carattere tendenzialmente indisponibile della *communauté* (sia pur mitigato dalle più recenti riforme), che ha vocazione a perdurare sintantoché perduri il matrimonio ed i coniugi possono farla venir meno, mediante una nuova convenzione matrimoniale ex art. 1397 *code civil*, solo quando ciò sia giustificato da un interesse della famiglia⁷⁴, né possono chiedere la divisione dei singoli beni che ne fanno parte sino allo scioglimento della stessa. Al contrario, la *indivision* ha carattere strutturalmente precario, e può essere sciolta in qualsiasi momento, ove lo stesso *code* espressamente sancisce che «*nul ne peut être contraint à la demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué*» (art. 815)⁷⁵.

Si è poi sottolineato, particolarmente, come nell'*indivision* ciascun comunista possa disporre della propria quota, che fa parte del proprio patrimonio personale, viceversa nella *communauté* la massa comune appare dotata di una propria 'individualità', nel senso che è distinta dalle masse di proprietà esclusiva dei coniugi ed appartiene ad entrambi senza che la quota di ciascuno possa essere determinata e separata, fintantoché il regime perduri⁷⁶. Ancora: l'amministrazione della *communauté* è soggetta a regole ben più elaborate e specifiche rispetto a quelle stabilite per la *indivision*.

La *indivision* costituirebbe un "mond clos" che si incrementa solo per la percezione dei frutti, mentre la *communauté* ha un potere di espansione indefinito⁷⁷, *et cetera*.

In definitiva, la *communauté entre époux* viene classificata come una *indivision "de type particulier"*, o precisamente come una "*indivision sui generis*"⁷⁸, caratterizza rispetto al modello generale da una "*autonomie incontestable*"⁷⁹, e ciò sarebbe asseverato anche dalla giurisprudenza pratica che risulta incline a precludere alla *communauté* l'applicabilità, anche in via suppletiva, delle regole sulla *indivision*⁸⁰.

⁷⁴ L'art. 8 della recente L. 2019-222 del 23 marzo 2019 ha abrogato l'inciso che nella disposizione citata prevedeva altresì il divieto di modificare il regime legale prima che fossero decorsi almeno due anni dalla sua adozione.

⁷⁵ Salvo che la divisione sia stata sospesa dal giudice o mediante la pattuizione di *conventions d'indivision* ex art. 1873-1 *code civil*.

⁷⁶ Una dimostrazione di questa diversità risiederebbe, per esempio, nella tecnica delle *récompenses* cfr. artt. 1468-1470 *code civil*.

⁷⁷ P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 ⁷éd., p.32.

⁷⁸ In questi precisi termini A. COLOMER, *Droit Civil, Régimes Matrimoniaux*, Éditions du JurisClasseur, 2005¹²éd., n. 404 p 196.

⁷⁹ P. MALAURIE – L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux cit.* n. 41. 4°), p.33.

⁸⁰ Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2000, in *Recueil Dalloz* 2001, p. 664, note J. THIERRY; in precedenza Cass 1^{re} civ. 9 novembre 1993, in *JCP Semaine Juridique* 2004, IV, p. 63;

TESI DELLA “COMPROPRIETÀ SOLIDALE” (COMUNIONE A MANI RIUNITE)

Nel senso di una contitolarità, ma rifiutando radicalmente l'accostamento con la comunione ordinaria, si è invece pronunciata la Corte Costituzionale italiana nella nota sentenza 10 marzo 1988 n. 311 a cui poi ha fatto seguito, più volte, la Cassazione, anche a Sezioni Unite⁸¹, avallando così una ricostruzione che ad oggi può ben dirsi orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁸². Nel rigettare ogni equiparazione con la disciplina degli articoli 1100 ss. c.c., la giurisprudenza ha infatti denegato la qualificazione della fattispecie quale esemplare di comunione per quote, e ne ha affermato la peculiare natura di “comproprietà solidale”, giacché i coniugi sarebbero “solidalmente titolari” dei diritti sui beni che ne fanno parte.

Proprio allo scopo di delineare una netta linea di confine rispetto alla comunione ordinaria, la giurisprudenza è giunta a definire la comunione legale come “*proprietà solidale*”, sintagma che intende esprimere il concetto di concorrenza sui suoi beni di diritti unici e pieni. Secondo questa tesi, nella comunione legale sembrerebbe così configurarsi una vera e propria *trasposizione, nell'ambito dei diritti reali, delle norme sulle obbligazioni solidali* (con tutte le conseguenze che da tale assunto possono derivare)⁸³.

Alla base della teoria che giustifica la diversità di struttura, risiederebbe la logica per cui la comunione legale - diversamente dalla comunione ordinaria - non è finalizzata alla tutela della proprietà individuale, bensì alla tutela dei bisogni della famiglia, attraverso particolari forme di protezione della posizione dei coniugi nel suo ambito, con particolare riferimento al regime degli acquisti.

Nulla si può aggiungere alla ricostruzione operata nella celebre sentenza della Corte Costituzionale, se non ricordarla: in particolare, il giudice delle leggi ebbe modo di affermare che «[...] *dalla disciplina della comunione legale dei beni tra i coniugi risulta una struttura normativa difficilmente riconducibile alla comunione ordinaria. [...] Infatti, mentre quest'ultima è una comunione per quote, quella legale è una comunione senza quote; in quella ordinaria le quote sono oggetto di un diritto individuale dei singoli partecipanti e delimitano il potere di disposizione di ciascuno sulla cosa comune, in quella legale i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione; nella*

⁸¹ Cass. Civ. SS. UU., 24 agosto 2007, n. 17952 in *DeJure*.

⁸² Tra le ultime, *ex multis*, Cass. Civ. 24 luglio 2012 n. 12923; Cass. Civ. 25 ottobre 2011 n. 11082; Cass. Civ. 9 ottobre 2007 n. 21098; Cass. 28 ottobre 2004 n. 20867; In precedenza, Cass. 14 gennaio 1997, n. 284 (in *Pluris OneLegale*).

⁸³ M. PALADINI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano 2019, p. 352.

comunione legale la quota non è un elemento strutturale di essa ma ha solo la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari, la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni personali verso i creditori della comunione, e la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo ed il passivo sono ripartiti tra i coniugi o i loro eredi» (evidenze nostre).

La qualificazione della comunione legale in termini di 'proprietà solidale' sembra così *sovertire* dalle fondamenta l'impostazione generale accolta da sistema privatistico, che conosce solo l'istituto romanistico della comunione, imperniata sul concetto di quota, introducendo all'interno del sistema una figura concettuale, invero, del tutto assente nel diritto positivo italiano⁸⁴.

Infatti, nella sostanza l'istituto verrebbe ricondotto all'archetipo germanico della comunione a mani riunite, ossia la *Gemeinschaft zum gesamte Hand*. Essa «si porge quale stampo della comunione germanica⁸⁵, ed è descritta nel suo lato interno quale forma di *proprietà collettiva* priva del riferimento

⁸⁴ Nell'elaborazione giurisprudenziale europea, la tesi della comunione tra i coniugi come comunione di stampo germanico rimonta agli inizi del Novecento. Fu sostenuta da L. MASSE, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Parigi, 1902, che propose la descrizione della comunione tra coniugi contemplata dal Code Napoléon, non già nei termini di *indivision* o *personne morale* (le due tesi tradizionali che, come visto, si contendono il campo nella riflessione dottrinale d'Oltralpe), bensì ravvisando in essa un peculiare caso di "*copropriété en main commune*" (riconducibile dunque al citato archetipo germanico). L'Autore, in particolare, teorizzava una derivazione dell'istituto dalla *communauté entre gens mariés* propria del diritto consuetudinario (in particolare della *coutume* di Parigi le cui norme avevano notoriamente costituito la base per la redazione delle disposizioni in materia) dall'antico diritto franco, a sua volta storicamente legato al diritto germanico. Altri Autori come M. MEYNIAL, *Le caractère juridique de la communauté entre époux*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 1903, II, p. 811 e ss, tuttavia, eccesero come tale modello fosse rimasto sullo sfondo, senza informare di sé puntualmente gli istituti cosicché col tempo nel diritto francese sarebbe sfumato nella comunione romanistica. La tesi del Masse, tuttavia, aveva persuaso alcuni prestigiosi Autori italiani degli anni '10 del XX secolo, che riconobbero in tale modello anche la comunione coniugale contemplata dal Codice Pisanelli, cfr. ad es. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1915, 481; G.P. CHIRONI, *Comunione degli utili tra coniugi*, in *Saggi e questioni*, III, 1914, p. 494; A. CICU, *Il diritto di famiglia: teoria generale*, Roma, 1914, p. 101. Bisogna notare come invece F. MESSINEO, nella celebre opera *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, negasse tale configurazione rilevando che «il silenzio di tutto il nostro diritto privato» su tale figura chiarisse come essa fosse ad esso ignota, e sottolineava come dalla indisponibilità della quota *manente comunione* non potesse essere desunta la tesi della proprietà solidale, in quanto la ragione dell'indisponibilità del diritto del coniuge contitolare sulla propria quota non derivava dal fatto che la contitolarità fosse priva di quote, bensì discendeva dal vincolo di indivisione *pro tempore*. Successivamente, l'estraneità della *Gesamte Hand* al diritto italiano veniva registrata, tra gli altri da L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, p. 328. Successivamente alla comparsa in Italia della monografia del Messineo, in Francia uno studio di H. DESCENEAUX, *La nature juridique de la communauté des biens ente époux d'après les droits français, allemand et suisse*, 1934, p. 227 e ss. muoveva articolate critiche alla teorica della *Gesamte Hand*. In particolare l'Autore evidenziava le insormontabili difficoltà nel mettere a fuoco i contorni di questa figura, e di assicurarle una posizione convincente all'interno del sistema, concludendo che "*La gesamte hand est une institution "bâtarde"*" (*op. ult. cit.* p. 229).

⁸⁵ Cfr. O.V. GIERKE, *Deutsches privatrecht*, I, 2010, Taschenbuch, p.664 ss. Come già osservato, tale istituto sarebbe conservato, in Germania, anche con l'introduzione del BGB, con particolare riguardo alla comunione tra coeredi (§ 2032 e ss. spec. § 2040 BGB).

a quote; quanto al suo funzionamento, è caratterizzata dalla circostanza che ciascun contitolare è investito di tutte le facoltà di godimento sull'intero patrimonio. La distinzione rispetto alla comunione romanistica risiede, dunque, nel difetto di titolarità individuale di quote, singolarmente alienabili sinché la contitolarità perdura, salvo il loro affiorare soltanto in sede di scioglimento, senza tuttavia tendere alla divisione, a differenza di quella»⁸⁶.

Come accennato, la teoria della comunione legale senza quote, predicata dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia del 1988, è stata fatta propria soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità, che da tale configurazione ha poi fatto derivare molteplici conseguenze.

È anzitutto sviluppando tale premessa teorica che la Corte Costituzionale è giunta ad affermare che l'acquisto del terzo dal singolo coniuge, contemplato dall'art. 184 comma I c.c., costituirebbe un caso di acquisto *a domino*, ma in base a titolo viziato, e non invece un'ipotesi di acquisto da alienante non legittimato, con la conseguenza che, in tale prospettiva, la sanzione dell'annullabilità prevista dall'art. 184 c.c. risulta giustificata⁸⁷.

La qualificazione è stata poi utilizzata per cercare di spiegare molte delle regole peculiari dell'istituto, quali l'indisponibilità della quota e la sua intrasferibilità a soggetti estranei alla coppia⁸⁸; è stata usata quale premessa teorica per assegnare a ciascun coniuge il potere di disporre dell'intero bene, relegando il consenso dell'altro a requisito di regolarità del procedimento formativo del negozio⁸⁹; per affermare l'identità del titolo di acquisto anche per il coniuge rimasto estraneo al contratto⁹⁰; per assecondare la facoltatività del contraddittorio nell'azione di esecuzione in forma specifica intentata ai sensi dell'art. 2932 c.c.⁹¹; per escludere che l'esecuzione forzata da parte dei creditori sia della comunione che particolari, possa avere ad oggetto la quota⁹²; ancora, per giungere alla conclusione

⁸⁶A. FUSARO, *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino 2017² ed., p. 231.

⁸⁷ Anche in tempi più recenti, la Cassazione ha confermato che la disciplina sopra ricordata, contenuta nell'art. 184 c.c., presuppone l'effettiva disposizione di un bene comune. Cfr. Cass. civ. 6 aprile 2018 n. 8525 (in *DeJure*).

⁸⁸ Cass. 14 gennaio 1997, n. 284, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 26.

⁸⁹ Cass. 24 novembre 2000, n. 15177, in *Riv. not.*, 2003, p. 958, con nota di R. GUGLIELMO. Se la comunione legale configurasse una comunione senza quote, i coniugi sarebbero solidalmente titolari di un diritto avente a oggetto i beni di essa. In tale prospettiva, il consenso dell'altro coniuge richiesto dall'art. 180 c.c. assurgerebbe a negozio unilaterale autorizzativo, che rimuove un limite all'esercizio del potere dispositivo sul bene: tale consenso rappresenta, dunque, un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, non solo nei confronti dei terzi ma, innanzi tutto, nei riguardi dei coniugi stessi. Così, a differenza di quanto previsto per la comunione ordinaria, ciascun coniuge non può disporre singolarmente della propria quota potendo invece, verso i terzi, disporre dell'intero bene solo dopo avere acquisito il consenso, *sub specie* autorizzativo, dell'altro coniuge. Sul tema si ritornerà nel prosieguo.

⁹⁰ Cass. 6 luglio 2004, n. 12313, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 705.

⁹¹ Cass. 7 marzo 2006, n. 4890, in *Giur. it.*, 2007, 2, p. 346.

⁹² Cass. SS.UU. 4 agosto 1998, n. 7640, in *Giur. it.*, 1999, p. 741 nonché in *Corr. giur.* 2, 1999, p. 204 ss. con nota di V. DE PAOLA, *La responsabilità sussidiaria della comunione legale ex art. 189 c.c.: responsabilità al 50% o per intero?*; Cass. Civ. III Sez. 13 marzo 2013, n. 6575, e di recente Cass. Civ. II Sez. 24 gennaio 2019, n. 2047, in *DeJure*.

che al coniuge trasportato, che subisca un sinistro stradale per il contegno dell'altro coniuge alla guida del veicolo in comunione, spetti il risarcimento del danno per intero, benché il coniuge trasportato sia pure (almeno astrattamente) soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'articolo 2054 c.c. «così come per intero la responsabilità del conducente ancorché coniuge»⁹³, *et cetera*.

Si è tuttavia avvertito criticamente come non tutti questi assunti appaiano corollari logici della qualificazione della comunione legale in termini di comunione a mani riunite, e che alle conclusioni citate appaia talora sin più agevole approdare transitando per itinerari argomentativi alternativi, laddove la giurisprudenza «pare tributare un omaggio più labiale che sostanziale alla predetta teoria, limitandosi a riportare senza commenti (e senza farne derivare conseguenze pratiche) un insegnamento che, presso i giudici di legittimità, può dirsi ormai divenuto tralatizio»⁹⁴.

RILIEVI CRITICI

La ricostruzione della comunione legale in termini di 'comproprietà solidale' cioè quale esemplare di contitolarità senza quote operato dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Corte Cost. n. 311/1988 è stata oggetto di severe critiche da parte di autorevole Dottrina⁹⁵.

Sarebbe arbitrario, in primo luogo, inferire tale struttura dalla semplice indisponibilità delle quote *manente comunione* e dall'impossibilità del subentro nel rapporto di un soggetto estraneo al vincolo stesso⁹⁶.

Avuto riguardo al diritto positivo, le quote a ben vedere sarebbero espressamente considerate dalla stessa normativa in svariate disposizioni: in punto di inderogabilità delle norme sulla loro uguaglianza (art. 210 comma III c.c.); come misura e limite della responsabilità comune nei debiti personali nei confronti dei terzi creditori (art. 189 cpv. c.c.); come parametro per stabilire *inter coniuges* la misura

⁹³ Cass. civ. 15 gennaio 2003, n. 487 in *DeJure*.

⁹⁴ G. OBERTO *La comunione legale cit.*, p. 272. Si aggiunga che l'impressione è che la giurisprudenza di legittimità si sia adagiata su questa ricostruzione confidando nell'autorevolezza del preclaro Estensore (Luigi Mengoni) della sentenza Corte Cost. n. 311/1988, più che per una convinta condivisione dell'assimilazione a tale figura, sul piano dogmatico. Ci sembra che questo dato consenta di rilevare un fenomeno interessante di singolare pregnanza del formante dottrinale nell'ordinamento italiano, che qui avrebbe assunto una peculiare espressione. Sotto il profilo comparatistico, la tesi della *Gesamte Hand* avrebbe riscosso un favore determinante anche nell'ordinamento spagnolo, ove la *sociedad de gananciales* disciplinata dagli artt.li 1344 ss. *código civil*, viene parimenti descritta in termini di "comunidad germanica" cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Derecho de la Familia*, in *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Madrid, 2022, Lección V, p. 108 ss.

⁹⁵ G. OBERTO *op. ult. cit.* pp. 273-276.

⁹⁶ A questo proposito, è stato osservato come per altro verso sia pacifica in dottrina l'ammissibilità della disposizione delle quote della comunione legale non già per atto tra vivi, bensì *mortis causa* ossia con disposizione «destinata ad avere efficacia dopo lo scioglimento della comunione». Cfr. F. D. BUSNELLI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 268.

in cui i beni comuni verranno ripartiti (*cf.* art. 194 c.c.), *ad instar* di quanto accade nella comunione ordinaria.

La ricostruzione in discorso sembrerebbe poi porsi, a livello teorico, in termini del tutto destabilizzanti rispetto al sistema dei diritti reali offerto dall'ordinamento privatistico, non esistendo per i diritti reali una normativa circa la solidarietà. Rispetto ai diritti reali, la solidarietà sarebbe finanche inconcepibile sul piano concettuale, atteso che il nostro sistema della comunione, come si è già avuto modo di osservare, sarebbe incentrato sul già evocato principio romanistico (poi ripreso dal Code Napoléon) a mente del quale *duorum vel plurimum in solidum dominium vel possessionem esse non potest*⁹⁷.

Cercare di applicare ai diritti reali le regole in tema di obbligazioni solidali darebbe cioè corso ad aporie e contraddizioni insanabili, collocando la disciplina della comunione legale in termini di profonda incoerenza rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni offerta dal diritto positivo (artt. 1292-1313 c.c.).

Il concetto stesso di solidarietà, infatti, implica che ogni atto di esercizio del diritto (ivi compresi gli atti dispositivi di uno solo dei soggetti coobbligati) sia per definizione atto lecito, e valido, *ex art.* 1292 c.c..

Viceversa, la normativa sulla comunione legale tra coniugi tratteggia una disciplina in cui gli atti, compiuti da un coniuge senza il consenso dell'altro *ex art.* 180 c.c., sono sanzionati in termini di invalidità, di talché, avverso tali atti, al coniuge preterito viene accordato il rimedio dell'azione di annullamento *ex art.* 184 c.c..

La figura sarebbe, in definitiva, estranea al nostro ordinamento e la sua affermazione ad opera delle Corti si porrebbe in caratteri dissonanti e incoerenti.

La *Gesamte Hand* sembra tuttavia esercitare un singolare fascino nella dottrina civilistica, ed è infatti stata ripresa, anche in studi più recenti⁹⁸, che hanno proposta tale figura come idonea a spiegare anche le regole operative dell'altro macro-modello di comunione civilistica, ossia la comunione ereditaria, su cui appare dunque opportuno porgere lo sguardo.

⁹⁷ Cfr. D. 13,6,5,15, *cit.*

⁹⁸ L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005

UN CONFRONTO CON LA COMUNIONE EREDITARIA

Si è già accennato al fatto che accanto alla comunione ordinaria, il sistema privatistico contempla la comunione ereditaria, ossia quel particolare rapporto di contitolarità di diritti che si costituisce allorquando (come sovente accade) l'eredità venga acquistata da più persone, senza che il *de cuius* abbia previamente e totalmente identificato i beni attribuiti a ciascuno dei coeredi.

Il diritto positivo riserva a questa figura un numero molto esiguo di norme: nel libro secondo, dove ci si aspetterebbe di trovare la sua regolamentazione, viene tuttavia disciplinata solo la divisione (la cui applicazione è espressamente richiamata dall'art. 1116 c.c. per la comunione ordinaria), insieme agli istituti connessi propri del diritto successorio (ad es. la collazione).

La figura rimane perciò sullo sfondo né emerge dal diritto positivo una posizione esplicita sul tipo di contitolarità che si instaura tra i coeredi sul patrimonio ereditario né su quali rapporti vi siano inclusi. La tesi "tradizionale" inquadra anche la comunione ereditaria quale figura *speciale* di quella ordinaria e così, visto anche il richiamo reciproco ex art. 1116 c.c., ritiene di estenderne in quanto compatibile la relativa disciplina (art. 1100 c.c. e ss.)⁹⁹.

La letteratura ha cura di evidenziare, tuttavia, come questo istituto vanti una specialità capace di differenziarla sensibilmente da altre forme di contitolarità di diritti, e tanto sia dal punto di vista genetico¹⁰⁰, sia funzionale¹⁰¹ sia contenutistico, nonché per la sussistenza di alcuni istituti tipici – come il diritto di prelazione e il retratto successorio – sì da poter conferire all'istituto una propria *autonomia dogmatica*¹⁰².

⁹⁹ Secondo C. CICERO, *Della comunione*, cit., p. 38 ss. e gli AA. ivi citati, la comunione ereditaria non è che una *species* del *genus* comunione sui singoli diritti reali di cui agli artt. 1100 ss. c.c..

¹⁰⁰ Trattasi di una situazione giuridica che si costituisce indipendentemente dalla volontà dei successibili, per questo viene tradizionalmente ascritta alle comunioni incidentali.

¹⁰¹ Si caratterizza per la sua istituzionale transitorietà, nel senso che è stata concepita come fenomeno che deve fisiologicamente evolvere verso la sua cessazione (e, del resto, la maggior parte delle norme che il codice civile ad essa riserva, si riferisce proprio alla divisione).

¹⁰² F.D. BUNSELLI, voce *Comunione Ereditaria*, in *Enc. Dir.*, 1961, p. 278, il quale anzi si esprime in termini di *autonomia dogmatica* della comunione ereditaria, avuto speciale riguardo al suo oggetto. Sulla natura *sui generis* della comunione ereditaria, *ex multis* v. P. SCHLESINGER - A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. Anelli e C. Granelli), Milano 2017²³, p. 356, ove riguardo alla sua genesi si afferma che la comunione legale non potrebbe essere inclusa né tra le comunioni incidentali – come ritiene la prevalente dottrina – perché il suo formarsi presuppone un atto volontario quale è l'accettazione dell'eredità, né tra quelle volontarie perché essa comunque presuppone un fatto estraneo alla volontà degli eredi quale è, per converso, la chiamata ereditaria. V. anche G. F. BASINI, *La comunione ereditaria. Nozione e natura*, in *La comunione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 3 ss., nonché G. WERTHER ROMAGNO, *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della corte di cassazione a sezioni unire n. 5068 del 2016*, in *Dir. Suc. Fam.*, III, fasc. 1, Napoli, 2017.

Con riferimento al profilo contenutistico, si è accennato che quella ereditaria si caratterizza in particolare per la complessità del suo oggetto, poiché si comporrebbe di molteplici situazioni soggettive, spesso eterogenee e qualitativamente diverse: diritti reali e diritti di credito¹⁰³.

I risultati offerti dalla riflessione dottrinale e dall'elaborazione giurisprudenziale riguardo al suo oggetto, e specificamente riguardo all'inclusione dei crediti ereditari, non solo rilevano in termini di disciplina applicabile, ma estendono i loro riflessi anche al tema della ricostruzione dell'effettiva natura della comunione ereditaria, che – al pari della comunione legale tra i coniugi – si atteggia come comunione di patrimonio.

Rinviando al prosieguo della trattazione la questione circa la suscettibilità dei crediti a costituire oggetto della comunione legale, in questa sede ci sembra importante rilevare come anche in relazione alla comunione ereditaria, partendo dall'assunto che si tratti di una comunione che non riguarda, se non in via mediata, singoli beni bensì un intero patrimonio, si siano iniziate ad affacciare in dottrina proposte per un suo inquadramento – come per la comunione legale dei coniugi – in termini di comunione a mani riunite, caratterizzata da una imputazione collettiva e non individuale dei diritti che ne costituiscono l'oggetto¹⁰⁴.

Riflettendo sulle più recenti pronunce giurisprudenziali, si potrebbe poi dubitare se anche la Suprema Corte nella sua composizione più autorevole¹⁰⁵ si stia muovendo, sia pur implicitamente, verso tale direzione. Ciò potrebbe infatti trasparire dall'asserto - confermato anche di recente - per cui, nell'includere i crediti *anche divisibili* nell'oggetto della comunione ereditaria, ha specificato che non è necessaria la partecipazione di tutti i coeredi all'azione promossa contro il debitore del *de cuius*. Ciascun partecipante alla comunione ereditaria, cioè, può esercitare singolarmente le azioni a vantaggio della cosa comune, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli

¹⁰³ Cfr. G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile, Della comunione in generale*, Padova, 2018, p. 1093. Sul tema si tornerà nel prosieguo.

¹⁰⁴ L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, al cui contenuto si rimanda, puntualizzando qui che la suggestiva proposta di un ripensamento circa la natura giuridica della comunione ereditaria, nel senso di comunione a mani riunite, risulta approfonditamente vagliata alla luce della disciplina codicistica sia delle obbligazioni plurisoggettive sia di istituti propri del diritto successorio, quali quello della separazione dei beni ereditari e del beneficio di inventario, con cui l'affermata autonomia patrimoniale della massa indivisa presenta delle significative interrelazioni.

¹⁰⁵ Cass. SS. UU. 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. giur.*, 2008, p. 165 con nota di V. CARBONE, «*Crediti ereditari e litisconsorzio necessario*»; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 4 con nota di N. DI MAURO, «*Crediti del de cuius e pluralità di eredi*»; nello stesso senso, *ex multis* anche Cass. civ. Sez. III, 16 aprile 2013 n.9158 in *DeJure*.

altri partecipanti, perché il diritto di ciascuno di essi investe la cosa comune nella sua interezza¹⁰⁶; ed una ricostruzione di questo tipo fa correre la mente al modello della *Gesamte Hand*.

Ai presenti fini ci sembra importante sottolineare il fatto che accreditare un inquadramento, in tali termini, anche per la struttura della comunione ereditaria, ridimensionerebbe i tratti di anomalia ed ‘eversività’ della stessa comunione legale così come ricostruita dalla giurisprudenza pratica, rispetto al sistema civilistico il quale, accedendo a questa impostazione conterrebbe così – a scapito di quanto potrebbe apparire *prima facie* – ben due esemplari di comunioni le cui regole si pongono in termini dissonanti dal paradigma comunitario ordinario di matrice romanistica, contenuto e disciplinato nel Libro III del codice civile.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLA NATURA DELLA COMUNIONE LEGALE

A voler tirare le fila del, pur breve, discorso fin qui svolto, la peculiarità dell’istituto della comunione legale ha suscitato un’approfondita e ricca riflessione dottrinale intorno alla sua stessa natura.

Si è registrata soprattutto una divaricazione tra la configurazione accolta dalla giurisprudenza di legittimità, e quella accolta dalla dottrina.

La prima sembra ormai adagiata sulla qualificazione in termini di comunione a mani riunite, quale esemplare di stampo germanico, senza quote, ancorché – come si è osservato – da tale qualificazione vengano fatte discendere conseguenze che potrebbero raggiungersi anche mediante argomentazioni giuridiche diverse.

La parte maggioritaria della seconda invece (salvo Autorevoli eccezioni¹⁰⁷), riconduce la comunione legale all’alveo della comunione ordinaria di stampo romanistico, e dunque alla natura della contitolarità di diritti per quote, pur riconoscendole un carattere “speciale”, “eccezionale” o comunque “irregolare”, che è risultato in sintonia con le riflessioni dottrinali elaborate Oltralpe a margine della *communauté entre époux*.

In ogni caso, la consapevolezza del tratto fortemente eccentrico della figura sembra emergere in termini indiscutibili e pacifici sia nella dottrina che nella giurisprudenza.

Infatti, sia aderendo alla tesi che riconduce la comunione legale al modello di comunione di stampo germanico, sia qualificandola come ‘normale’ esemplare di contitolarità di diritti per quote alla

¹⁰⁶ Per il che ciascun erede, secondo le Sezioni Unite, può agire singolarmente per far valere l'intero credito ereditario comune.

¹⁰⁷ M. PALADINI, *La comunione legale come “proprietà solidale”: le conseguenze sistematiche e applicative*, in *Fam. dir.*, 7, 2008 p. 685 e ss.; R. CALVO, *Comunione in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2019, p. 93.

stregua della comunione ordinaria, una serie di differenze, rispetto a quest'ultima, renderebbero l'istituto senz'altro una fattispecie *sui generis*.

Per quanto riguarda le modalità attraverso cui l'originalità della figura si esprime, poi, pare utile ricordare come, secondo una ricostruzione ormai classica, mentre la normativa speciale svolge la logica interna alla norma generale aggiungendovi un effetto *ulteriore*, la normativa eccezionale rompe la logica della norma regolare, ponendo una fattispecie solo in parte uguale ed introducendovi effetti *diversi*. Detto altrimenti, nel valutare la nota differenziale di una normativa rispetto a quella generale, bisognerebbe sondare se questa specifichi la valutazione della fattispecie più semplice ovvero se si discosti e la abbandoni¹⁰⁸. In questo senso, si configurerebbe come una figura 'eccezionale' di comunione¹⁰⁹.

Quando poi, come sembra nel presente caso, la normativa speciale si struttura in un vero e proprio sotto-sistema, unificato dal soggetto (la coppia) attorno a cui la trama di norme è intessuta, e da autonomi criteri di disciplina rispondenti ad una logica specifica (quella perequativa-famigliare), sembra divenire semplicistico lo stesso discorso giuridico in termini di mera specialità (che, almeno in senso tradizionale, significherebbe specificazione di principi, già contenuti nel sistema) ed eccezionalità (nel senso anzidetto di semplice difformità degli effetti a fronte di una parziale diversità di fattispecie) mentre per chiarire i profili sistematici dell'istituto parrebbe più adeguato parlare di vero e proprio 'diritto secondo', espressione autorevolmente impiegata nel pensiero dottrinale¹¹⁰ nel senso di 'diritto derivato', e per giunta, derivato per contrapposizione, ossia quale diritto che si discosta appositamente dal diritto privato generale (o 'diritto primo'¹¹¹) per l'esigenza di elaborare regole peculiari e specifiche che, pur connotate dall'essere concretizzazione di regole generali,

¹⁰⁸Lo schema regola-eccezione si applica perciò in presenza di parziale identità di fattispecie, a fronte di totale alterità di effetti. Per utilizzare un'immagine elaborata dalla dottrina, dal lato della fattispecie il rapporto tra generale e speciale si colloca sempre disponendosi nella figura dei *cerchi concentrici*; dal lato degli effetti invece, la norma eccezionale appare *decentrata*, poiché introduce un nuovo criterio di disciplina ed apre la logica ad un'altra serie di effetti. Cfr. N. IRTI *L'età della decodificazione*, Milano, 1999^{4ed.} pp. 59-60

¹⁰⁹ Sul piano metodologico, giova peraltro annotare come la valutazione circa il carattere speciale o eccezionale di una normativa non si debba definire avuto riguardo alla sede in cui essa si colloca, bensì per la relazione in cui questa si pone rispetto ad un altro impianto di norme, individuato come generale, poiché tesoriere di quei criteri di disciplina che (almeno) nell'originario disegno del legislatore storico dovrebbero innervare e orientare di coerenza la trama dell'intero sistema privatistico, garantendo l'omogeneità delle soluzioni accolte. Dunque istituti di diritto speciale o eccezionale possono essere regolati da una normativa intracodificistica, penetrata al suo interno attraverso la forma della novella o, come nel caso della comunione legale dei coniugi, attraverso la sostituzione di un intero plesso normativo con uno nuovo, provvisto di una logica e finalità autonome ed innovative (in particolare, l'attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt.li 29, 30, 31 Cost.) N. IRTI *L'età della decodificazione*, Milano, 1999^{4ed.} p. 58.

¹¹⁰ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. Dir. priv.*, 2006, pp. 397-423; ID., *Diritto privato generale e diritti secondo. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 178 ss.

¹¹¹ Espressione, quest'ultima, da intendere nell'accezione di diritto primigenio e di portata ordinatrice ed unificatrice.

risultano fortemente modellate sulle esigenze esclusive della materia, nonché informate a logiche diverse e, per l'appunto, irriducibili a quelle che animano le regole generali.

In questo senso la normativa sulla comunione legale potrebbe dunque essere intesa quale 'diritto secondo', situato all'interno di un poli-sistema privatistico delle comunioni civilistiche, e qualificata da una specificità che segna, come visto, una frattura con l'ordine concettuale del codice civile, all'interno del quale la normativa pur rimane collocata¹¹².

¹¹² S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 279.

2.

VICENDE TRASLATIVE DEI DIRITTI E “COACQUISTO AUTOMATICO”. UN’IPOTESI PECULIARE DI TRASFERIMENTO *EX LEGE*?

Si è già osservato come la comunione legale non configuri soltanto una *massa di beni* (profilo statico) ma anzitutto un *insieme di regole* a cui sono sottoposti i coniugi, che presiedono al compimento di atti giuridici, comportando il prodursi di determinati effetti (profilo dinamico)¹¹³.

Il regime di comunione legale costituisce quindi, anzitutto, un congegno automatico di distribuzione della ricchezza.

In questo capitolo si intende osservare il peculiare meccanismo acquisitivo sancito ex art. 177 lett. a) c.c., per confrontarlo con l’ordinario operare delle regole in tema di acquisto e trasferimento dei diritti. La Cassazione a Sezioni Unite ha precisato espressamente che, in grazia il tale meccanismo¹¹⁴, «[...] si verifica l’immediata ed automatica estensione ex lege degli acquisti al coniuge in comunione con l’acquirente. [...] In sintesi, per quanto riguarda gli acquisti, in virtù del relativo contratto, stipulato da un solo coniuge, sorge direttamente la contitolarità del bene in capo al coniuge rimasto estraneo all’atto – in quanto beneficiario ex lege degli effetti reali del negozio – pur non essendosi instaurato alcun rapporto contrattuale con il terzo»¹¹⁵.

Tanto considerato, il regime legale sembrerebbe anzitutto porsi come dato giuridico idoneo a modificare l’applicazione delle regole generali del diritto privato, in deroga a quelle che opererebbero se i soggetti non fossero coniugati, suscitando questioni teoriche e pratiche di particolare rilievo.

Il diritto acquistato separatamente dal coniuge agente non entra infatti nel solo patrimonio di quest’ultimo, bensì in una situazione di comproprietà (sostanziale) paritaria tra i due coniugi¹¹⁶. Il

¹¹³ Questo comporta, tra l’altro, che due coniugi potrebbero teoricamente trovarsi in regime di comunione legale pur non essendo, attualmente, titolari di alcun bene in comunione (Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1979, p. 66 nota 42

¹¹⁴ Sotto il profilo letterale, la dottrina rinviene il fondamento normativo del meccanismo di c.d. coacquisto automatico nell’inciso “*insieme o separatamente*”.

¹¹⁵ Cass. Sez. Un. 23 aprile 2009 n. 9660 in *DeJure*

¹¹⁶ Con un effetto che, laddove si tratti di immobili, si produce indipendentemente e - anche difformemente - dalle risultanze dei pubblici registri immobiliari (in cui l’acquisto viene trascritto a favore del singolo coniuge che ha agito solitariamente).

meccanismo del c.d. coacquisto automatico sembrerebbe così apportare una vera e propria deroga al principio generale di relatività degli effetti del contratto sancito dall'art. 1372 c.c.¹¹⁷.

Appare dunque corretta l'osservazione, già a suo tempo sollevata dalla Dottrina, secondo cui «lo *status* di coniuge determina una modifica dei normali effetti giuridici degli atti posti in essere da una persona sposata, nel senso che automaticamente gli acquisti da lui compiuti cadono in comunione»¹¹⁸. Il coacquisto automatico opera *ex lege*, e non già per effetto di un atto negoziale, potendo l'altro coniuge co-acquirente, in ipotesi, anche essere totalmente ignaro dell'acquisto e finanche non dividerlo (salvo il rimedio concesso dall'art. 184 c.c., quando azionabile)¹¹⁹.

Il carattere legale dell'acquisto sembra collocare in termini problematici il suo inquadramento – che pare costituire un *unicum* di incerta configurazione nel contesto delle regole privatistiche sul trasferimento dei diritti – e va ad interferire inesorabilmente con le altre regole (sia sostanziali che processuali), suscitando delicate questioni con cui la riflessione degli interpreti si è dovuta confrontare.

A fronte delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza, le posizioni della dottrina sulla *natura* del coacquisto automatico rimangono, infatti, divergenti.

Da un lato vi è chi ha ravvisato un trasferimento diretto dal terzo al coniuge non agente; dall'altro chi lo ha descritto come ritrasferimento *pro quota*, inteso ora come operante tra la sfera patrimoniale del coniuge acquirente e la comunione, quale espressione rappresentativa di entrambi i coniugi¹²⁰, ora come operante tra la sfera giuridica del coniuge agente e quella dell'altro coniuge¹²¹.

¹¹⁷ Principio che, nel nostro ordinamento, trova il suo antesignano nell'art. 1123 del Codice Civile 1865, che a sua volta riproduce alla lettera il disposto dell'antico art. 1134 del *code civil*.

¹¹⁸ P. SCHLESINGER, in *Commentario alla riforma del dritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, p. 69 ss.

¹¹⁹ In forza di tale meccanismo, allorché il coniuge agente abbia impiegato per l'acquisto risorse strettamente personali, o destinate alla comunione *de residuo*, il meccanismo sembra, anzitutto, un arricchimento *de facto* del coniuge estraneo all'atto. Lo *status* di coniuge sembrerebbe così inserire un'ulteriore deroga rispetto alle regole generali in tema di arricchimento senza causa. Qui, infatti la locupletazione non potrebbe dirsi ingiustificata ex art. 2041 c.c. potendosi affermare che trovi la sua causa nella stessa legge - e nella stessa *ratio* della comunione legale, congegno operante con finalità perequative - con esclusione, altresì della configurazione di liberalità 'indirette'. Si potrebbe altresì osservare come l'operare dell'acquisto a favore del coniuge ignaro, anche contro la sua stessa volontà, sembri concretare un'ulteriore deroga al generale principio secondo cui *volenti non fit donatio*, anche se, a ben vedere, il meccanismo *ex lege* di perequazione metterebbe fuori gioco quella della donazione, escludendo che l'atto di acquisto, per quanto compiuto da uno solo dei coniugi con denaro personale, possa configurarsi come un atto di liberalità (su questi temi si tornerà, più diffusamente, nel prosieguo al Cap. 9).

¹²⁰ P. SCHLESINGER, in *Commentario alla riforma del dritto di famiglia*, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, I, p. 370 ss.

¹²¹ E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, nel *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 1999, sub art. 177, p. 402.

Quanto alla prima tesi, l'acquisto diretto dal terzo al coniuge non acquirente avverrebbe in forza di una “*deviazione ex lege*”¹²² dei normali effetti del negozio stipulato.

Altra dottrina¹²³ ha cercato di descrivere il fenomeno in termini di “conversione” degli effetti, anche se nel lessico del diritto generale dei contratti tale espressione si trova usata precipuamente in relazione alla conversione degli effetti di un negozio nullo (cfr. art. 1424 c.c.) – ciò che non costituisce il presente caso – cosicché una descrizione di questo tenore apparirebbe, quanto meno a livello lessicale, fuorviante per precisare i contorni dell'istituto.

Per altro verso, anche a tematizzare la configurazione del coacquisto come trasferimento diretto dal terzo al coniuge non agente, tuttavia non sembrerebbe possibile ritenere che ciò comporti anche il sorgere, in capo a quest'ultimo, della qualità di *parte* del negozio traslativo.

È stato infatti correttamente osservato che nell'ordinamento italiano vigente (diversamente da quanto accade nell'ordinamento tedesco, e in passato nel diritto romano), in grazia del principio consensualistico il trasferimento dei diritti è normalmente operato direttamente dall'accordo (*titulus acquirendi*), senza l'intervento di alcun distinto atto esecutivo (*modus acquirendi*): in un simile quadro, teorizzare l'attribuzione di effetti acquisitivi di un contratto ad un soggetto che di tale contratto non è parte significherebbe intervenire sulla struttura del negozio stesso¹²⁴. Ma a nessuno sfuggirebbe il carattere eversivo di un simile esito rispetto ai principi dell'autonomia privata e della libertà negoziale, non essendo ammissibile vincolare ad un accordo chi, rispetto al medesimo, non abbia emesso alcuna manifestazione di volontà¹²⁵.

In realtà l'art. 177 comma 1 lett a) c.c. fa semplicemente parola di “acquisti”. A partire da questo dato vi è chi, per inquadrare la figura, ha insistito sulla necessità di distinguere tra acquisto (che costituisce l'effetto) e vicenda acquisitiva (che ne è la causa)

Si segnala altresì la posizione marginale di chi, ravvisando nella comunione legale un autonomo soggetto di diritto, attribuisca l'acquisto, compiuto dal coniuge quale organo rappresentativo della comunione, direttamente alla medesima.

¹²² La puntuale espressione è usata da G. CIAN - A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Rivista dir. civ.*, 1980, I, p. 352.

¹²³ P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit. p. 92 secondo cui l'effetto *ex lege* di cui all'art. 177 c.c. va considerato un'automatica e necessaria “conversione” degli effetti negoziali dell'atto. Inoltre, una simile descrizione sembrerebbe evocare una modifica della struttura della vicenda acquisitiva, incidendo sulla fattispecie negoziale, che come si vedrà nel prosieguo, deve negarsi.

¹²⁴ G. OBERTO, *La comunione cit.*, t. I. p. 719.

¹²⁵ *In thesi*, in capo al coniuge non agente dovrebbe sorgere anche una responsabilità solidale ex art. 1294 c.c. al pagamento del prezzo convenuto, nonché, sul piano processuale, una legittimazione sia attiva che passiva in ordine ad ogni azione contrattuale, come quella di risoluzione e quella di risarcimento danni (su cui *infra*)

Non potendo per le ragioni anzidette spiegare il fenomeno del coacquisto automatico in termini di modifica *ex lege* della struttura del negozio acquisitivo, bisognerebbe cioè concludere che nel meccanismo in commento si trasmetterebbe solo l'effetto¹²⁶.

Non si realizzerebbe, dunque, una modifica *ex lege* della struttura del titolo d'acquisto, bensì un distinto trasferimento automatico dal coniuge contraente all'altro coniuge. Vi sarebbe sostanzialmente un "doppio trasferimento" articolantesi in due diverse fasi, di cui la prima a vantaggio del solo coniuge agente e la seconda – logicamente distinta, benché alla prima immediatamente collegata – a beneficio, *pro quota*, del relativo coniuge (non agente) in comunione legale¹²⁷.

Una ricostruzione in questi termini porta tuttavia con sé ulteriori elementi di complessità, nonché di singolare delicatezza, circa il carattere del secondo acquisto.

Configurare l'acquisto del coniuge non agente come acquisto derivativo dal coniuge diretto acquirente dovrebbe infatti comportare, a logica, l'applicazione di tutte le disposizioni che a certe condizioni fanno salvi i diritti dei terzi sub-acquirenti (es. art. 1458 comma II c.c.). Ciò che viene, tuttavia, negato dalla dottrina.

Si tratterebbe, pertanto, di un caso di acquisto del terzo del tutto peculiare, operante in modo anomalo rispetto a quello ordinario, considerato che il coniuge acquirente *ex lege* rimane in una posizione di totale soggiacenza rispetto a quella del coniuge agente, sottoposto al principio per cui *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis* qualora il negozio dovesse essere risolto da quest'ultimo¹²⁸.

Si registra, poi, la tesi di chi ha descritto la vicenda traslativa in commento in termini di "ritrasferimento", facendo parola di trasferimenti a catena¹²⁹.

Tuttavia, se appare indubbio che il coniuge coacquirente consegua la propria posizione soggettiva solo in quanto sia stata validamente trasferita dal terzo al coniuge agente, permarrrebbe la problematicità di configurare il coacquisto automatico come una *successione nel diritto* in senso

¹²⁶ *ibidem* ove si evidenzia come, in caso contrario si dovrebbe altresì affermare, per esempio, che il coniuge acquirente *ex lege* del diritto di usufrutto vitalizio in forza di un contratto stipulato dall'altro coniuge agente, goda di tale diritto sino alla morte propria - e non invece sino alla morte del coniuge acquirente *ex contractu*. Parimenti, il coniuge del coerede acquirente di un bene in comunione ereditaria dovrebbe vedersi esposto all'esercizio del retratto successorio per la sua quota, in quanto il transito di quest'ultima non toccherebbe neppure per un istante il patrimonio del coniuge coerede, così dando corso ad una violazione o deroga al principio dell'art.732 c.c. in tema di retratto successorio.

¹²⁷ G. OBERTO, *La comunione cit.*, t. I. p. 717.

¹²⁸ G. CIAN E A. VILLANI, *La comunione legale dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)* cit. p. 352. Con riferimento alla fattispecie ex art. 1445 c.c. si potrebbe, ulteriormente, porre la questione se l'acquisto automatico del coniuge possa effettivamente qualificarsi acquisto "a titolo oneroso" come prevede la norma, atteso che ogni indagine sul fondamento causale sembrerebbe soverchiata dall'automatismo del meccanismo acquisitivo.

¹²⁹ A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, I, Milano, 1984, I, p.869.

proprio¹³⁰, vista la peculiare posizione in cui i coniugi permangono, dopo l'acquisto (senza trascurare, altresì l'interferenza della regola ex art. 184 c.c.)¹³¹.

Consapevole di questi tratti di spiccata originalità, e constatata l'impossibilità di ricondurre il fenomeno nell'alveo di istituti o categorie esistenti, Autorevole Dottrina¹³² ha dunque ritenuto di descrivere la vicenda traslativa genericamente come *comunicazione* del diritto all'altro coniuge, proprio per sottolineare una vicenda ulteriormente traslativa, purtuttavia non inquadrabile, tecnicamente, nell'istituto generale della successione nel diritto.

Nella riflessione dottrinale si segnala, ancora, chi ha cercato di descrivere il fenomeno del coacquisto automatico come ipotesi peculiare di contratto a favore del terzo, riscontrando in questo modello la fisionomia più simile, offerta dall'ordinamento positivo, all'acquisto del coniuge coacquirente, ed accostando la posizione di questi a quella che assume il terzo in tale schema contrattuale¹³³. Si è tuttavia eccepito, al riguardo, che il fenomeno in esame avrebbe in comune con tale istituto la sola circostanza che un soggetto acquista un bene in virtù di una vicenda negoziale rispetto a cui rimane, sul piano della fattispecie, estraneo. Per tutto il resto, le due fattispecie presenterebbero indici di marcata divergenza, per cui l'una non potrebbe essere ricondotta all'altra: in particolare sul piano genetico l'effetto acquisitivo qui non deriva dalla volontà delle parti, bensì è fissato *ex lege*, e soprattutto si produce anche, *pro quota*, in capo allo stipulante. Sempre diversamente dal contratto a favore di terzi, qui il dante causa del coniuge stipulante può ignorare l'esistenza del "terzo

¹³⁰ Col nome tecnico di successione, in senso proprio, si designa infatti il mutamento di soggetto nella posizione attiva o passiva di un rapporto giuridico (il soggetto che esce dal rapporto è notoriamente definito autore della successione o dante causa; il soggetto che vi subentra, successore o avente causa). La successione comporta la conservazione del rapporto giuridico: il rapporto continua nel successore, che viene a trovarsi nella stessa posizione concreta in cui si trovava l'autore della successione, salva la modificazione del rapporto. Il fenomeno della successione fa sempre capo a un'alienazione, o comunque ad una trasmissione. Quest'ultimo termine è invero più generico, comprendendo anche l'ipotesi in cui non può parlarsi di alienazione, poiché il trasferimento del rapporto coincide con l'estinzione dell'autore: si parla infatti di trasmissione (e non di alienazione) a causa di morte. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012⁹, p. 90

¹³¹ Altra Dottrina ha isolatamente inquadrato il fenomeno come peculiare caso di acquisto *a titolo originario*, sulla scorta del fatto che «se si esclude che la posizione solidale dei coniugi derivi, per via di trasferimento, da quella che il coniuge stipulante aveva acquistato in virtù del precedente contratto (di compravendita) deve escludersi, per conseguenza, che lo stesso fenomeno possa essere inquadrato in una vicenda successoria, sia pure *ex lege*» V. DE PAOLA, *Quale è il modo di acquisto dei beni oggetto della comunione legale*. Nota a Cass. SS.UU. 1° luglio 1997, n. 5895, in *Corr. giur.* 1998, p. 315.

¹³² F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1979, p.68.

¹³³ T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato Bessone*, Vol. IV, tomo II, Torino, 1999, p. 44. Propone un accostamento tra coniuge coacquirente *ex lege* e terzo beneficiario ex art. 1411 c.c. anche L. MASCALI, *La simulazione ed i rapporti tra coniugi in regime di comunione legale: il conflitto tra simulato alienante e coniuge del simulato acquirente*, Nota a Trib. Lucera, 20 ottobre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 39 e ss..

beneficiario”, ossia il fatto che la sua controparte sia coniugata in regime di comunione dei beni, senza che ciò rilevi o incida minimamente rispetto al prodursi dell’effetto acquisitivo¹³⁴.

La medesima Dottrina, constatata l’unicità della fattispecie introdotta nel sistema, ha piuttosto rinvenuto elementi di maggior analogia (sia pur *latu sensu*) nella fattispecie ex art 1478 c.c. (vendita di cosa altrui), laddove il legislatore sancisce un caso di acquisto *ex lege*, dunque ‘automatico’, a prescindere dalla volontà del venditore di cosa altrui che, per il semplice fatto di acquistare il bene dal vero proprietario rende, per ciò solo, il suo avente causa proprietario¹³⁵.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, ciò che sembra un punto fermo è solo che il trasferimento *pro quota* del diritto nel patrimonio del coniuge non agente avvenga per effetto di un titolo, individuato dalla dottrina nella stessa legge, necessariamente diverso ed operante al di fuori della ordinaria logica dello scambio, non improntato alle regole sulla *circolazione* della ricchezza, ma a quelle, del tutto peculiari, della *perequazione* della ricchezza¹³⁶.

In definitiva, il peculiare meccanismo acquisitivo *ex lege* risulta fortemente improntato ad una logica propria rispetto a quella che anima le regole generali, spiegabile solo in quanto derivazione della *ratio* della comunione legale.

Pur configurando una vicenda ulteriormente traslativa rispetto all’acquisto del coniuge dal terzo, il meccanismo in commento non darebbe comunque luogo ad un vero e proprio fenomeno successorio, intercorrente *inter coniuges*, ma si atteggierebbe quale fenomeno diverso e atipico, modellato dalle esigenze proprie ed ‘esclusive’ della materia, che si sovrappone a quello ordinario, scalzando i suoi principi e le sue regole.

Per queste ragioni, anche la posizione del coniuge coacquirente rispetto al titolo che si pone alla base del suo stesso acquisto risulta una posizione giuridica ibrida e *sui generis*: né parte del negozio, e nemmeno terzo avente causa. Questo comporterebbe altresì, quale conseguenza, la sottrazione del coniuge acquirente *ex lege* alle regole poste dal diritto comune a tutela dei terzi subacquirenti¹³⁷, regole che trovano il loro fondamento nell’esigenza generale di protezione del traffico giuridico, la quale nella fattispecie (salvo alcune eccezioni¹³⁸) non verrebbe in considerazione.

¹³⁴ G. OBERTO, *La comunione cit.*, I, p. 727.

¹³⁵ G. OBERTO, *La comunione cit.*, I, p. 727.

¹³⁶ A questo proposito, si è correttamente fatto riferimento all’ipotesi dell’acquisto operato congiuntamente dai coniugi, ma secondo quote diseguali. In forza di questa logica perequativa e ‘pareggiatrice’, anche qui la legge opererebbe una “correzione automatica” sull’oggetto dell’acquisto che avverrebbe dunque, al di là della volontà delle parti, per quote uguali. G. OBERTO, *La comunione cit.*, I, p.712 nota 2.

¹³⁷ artt.li 1415, 1417, 1445, 1452 e 1458 e 2901 c.c..

¹³⁸ V *infra* il tema della simulazione del negozio posta in essere ai danni del coniuge.

DISSOCIAZIONE TRA INTESTAZIONE (FORMALE) E TITOLARITÀ (SOSTANZIALE)

Tra le più rilevanti conseguenze dell'operare del meccanismo del coacquisto automatico risalta senza dubbio l'interferenza di quest'ultimo col sistema di pubblicità immobiliare, derivante dalla circostanza che il legislatore del 1975 ha consapevolmente rinunciato a sottoporre ad apposita segnalazione il regime di comunione legale disciplinando, invece, solo una pubblicità delle eccezioni a tale sistema (cioè dei regimi convenzionali), così predisponendo un sistema pubblicitario del tutto singolare che è stato qualificato come di pubblicità "negativa", nel senso che rispetto agli acquisti compiuti il regime non emerge dai registri immobiliari, bensì le risultanze di questi debbono essere necessariamente integrate dalla simultanea consultazione dei registri matrimoniali, dando corso ad una peculiare, e del tutto "anomala", situazione in cui può crearsi una dissociazione tra l'intestazione formale e l'appartenenza sostanziale dei cespiti acquistati *manente comunione*¹³⁹.

Intestazione formale ed appartenenza sostanziale potrebbero, dunque, divaricarsi e muoversi su binari diversi: la conseguenza prevista dall'art. 177 lett. a) è infatti che gli acquisti effettuati *separatamente* da un sol coniuge si estendano *ope legis* alla comunione, e ciò a prescindere dal fatto che, in tal caso, sui registri immobiliari l'acquisto venga trascritto solo a favore del coniuge agente, che risulta così unico intestatario¹⁴⁰.

Ben potrebbe risultare, dunque, che intestatario formale di un bene sia tale coniuge, mentre sul piano sostanziale siano comproprietari entrambi¹⁴¹.

L'operatività delle regole sul coacquisto automatico sembrerebbe così segnare un'ulteriore, e pregnante, differenza di fondo tra il regime di comunione legale e quello della comunione ordinaria:

¹³⁹ Secondo F. CORSI, *Il regime patrimoniale cit.* tomo I, p. 73, sarebbe più adeguato constatare che il regime legale "non è soggetto a pubblicità". In particolare essa non emerge neppure dai registri immobiliari, i quali non forniscono un quadro completo delle posizioni dei beni. Di *pubblicità omissiva* fa parola L. GIACOBBE *L'attività notarile di fronte alla nuova legge sul diritto di famiglia 19 maggio 1975 n. 151*, in *Riv. not.*, 1975, I, p. 836. Porre l'accento sull'aspetto sostanziale dell'appartenenza, al di là e indipendentemente da quelli che sono gli aspetti formali dell'intestazione, sarebbe lo strumento attraverso cui il legislatore ha voluto perseguire il risultato di attribuire alla comunione la massima capacità "espansiva" svincolando la sua operatività da qualsiasi forma pubblicitaria "in positivo". Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale cit.* p. 72, nonché G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Comm. Busnelli-Schelsinger*, Milano 2005, p. 98.

¹⁴⁰ Una dinamica simile, per inciso, sembrerebbe intravedersi anche a favore del coniuge collaboratore nell'impresa familiare in relazione agli acquisti e agli incrementi dell'azienda, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro svolto (cfr. art. 230-bis c.c.).

¹⁴¹ Si segnala, altresì, l'originale accostamento della posizione del coniuge intestatario esclusivo del bene a quella, *mutatis mutandis*, dell'intestatario fiduciario (Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale cit.* I, p. 72). In questa configurazione, tuttavia, il "fiduciante" sarebbe sostanzialmente ed attualmente comproprietario del bene, non semplicemente creditore verso il titolare formale.

quest'ultima è imperniata, infatti, sulla coesistente e necessaria contitolarità – anche formale – in ordine ai beni comuni.

Si aggiunga altresì che in quest'ultima l'intestazione del comproprietario nei registri immobiliari viene segnalata con indicazione, espressa mediante frazione aritmetica, della relativa quota. La quota del resto, come si è ampiamente avuto modo di illustrare, oltre a definire la grandezza della partecipazione nel diritto, costituisce altresì il rispettivo peso del comproprietario nel procedimento decisorio relativo all'amministrazione, sia ordinaria che straordinaria (viceversa, nella comunione legale non si pone necessità alcuna di puntualizzazioni sulle quote, essendo queste inderogabilmente paritarie, né le regole sull'amministrazione vengono correlate a tale concetto, essendo l'amministrazione ordinaria disgiuntiva, mentre quella straordinaria obbligatoriamente congiuntiva).

Se dunque, in difformità dalle risultanze dei pubblici registri, gli acquisti compiuti da un sol coniuge e trascritti solo a proprio nome vanno a proiettare i loro effetti sostanziali anche sull'altro, reciprocamente, tutti i terzi creditori o aventi causa del coniuge-intestataro formale possono vedersi opporre tale partecipazione anche dall'altro titolare-sostanziale¹⁴².

Questo esito, derivante dal combinato operare del regime di pubblicità 'negativa' della comunione legale insieme al meccanismo del coacquisto automatico, si presenta dunque in antagonismo rispetto ai principi alla base dell'istituto della trascrizione stessa, introducendo una vistosa crepa nella coerenza del sistema di regole che presiedono alla sicurezza dei traffici immobiliari (e dei beni mobili registrati)¹⁴³.

¹⁴² G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni cit.* p. 100.

¹⁴³ Confrontando questo fenomeno con l'altro macro-modello di comunione civilistica offerta dall'ordinamento privatistico, ossia la comunione ereditaria, si potrebbe tuttavia osservare un ulteriore elemento di similitudine nella circostanza che, anche in questo ambito, sovente accade che le risultanze dei pubblici registri immobiliari non offrano un quadro affidabile circa la titolarità sostanziale dei beni. Spesso infatti, soprattutto in presenza di più coeredi (ed in assenza di legittimari), le risultanze dei pubblici registri non permettono di per sé nemmeno di risalire al titolare effettivo dei cespiti, senza che, in questi casi, il difetto di trascrizione della successione abbia quale conseguenza l'inopponibilità ai terzi della titolarità sostanziale dei beni stessi.

D'altro canto - e ciò in termini nettamente distinti dalla comunione legale - tale dissociazione non avviene per effetto dell'operare di un apposito meccanismo stabilito dalla legge informato ad una specifica *ratio*, ma solo *in via di fatto*, quale "inconveniente pratico", per così dire, dell'operare ineluttabile di una successione *mortis causa*. Nondimeno, anche qui la dissociazione tra intestazione e titolarità sostanziale non comporta inopponibilità ai terzi della situazione sostanziale medesima. In una situazione di questo tipo, peraltro, sembrano messe fuori gioco anche le eventuali criticità relative ai profili di invalidità degli atti dispositivi dei beni caduti in successione: in caso, infatti, a disporre del bene sarà sempre un soggetto (l'erede) diverso dall'intestataro effettivo (salvo rendersi necessario accertare la sussistenza del titolo che legittima l'esercizio del diritto, atteso che le risultanze dei pubblici registri riferite ad un soggetto deceduto). Sul punto vedasi Cass. SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5068 con nota di G. WERTHER ROMAGNO, *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della corte di cassazione a sezioni unire n. 5068 del 2016*, in *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, III, fasc. 1, Napoli, 2017.

A questo proposito, una peculiare incoerenza sembra poi inerire, segnatamente, al tipo di pubblicità che si viene ad attuare con l'annotazione o con la trascrizione.

Poiché l'annotazione ai sensi dell'art. 162 ultimo comma c.c. ha la funzione di rendere pubblico e opponibile il regime patrimoniale dei coniugi ai terzi (quale che sia il traffico giuridico che lo interessa, immobiliare, mobiliare od anche soltanto obbligatorio), e con la novella del 1975 è scomparso l'ultimo comma del previgente art. 2647 c.c. (secondo cui il vincolo dotale e quello derivante da comunione non potevano essere opposti ai terzi finché non venissero trascritti), la giurisprudenza teorica è giunta a concludere che la pubblicità prevista dall'articolo da ultimo citato sarebbe derubricata a mera pubblicità notizia, con evidente stravolgimento della funzione che presiede, in generale, l'istituto medesimo della trascrizione¹⁴⁴.

Tale conclusione è stata poi recepita dalla giurisprudenza pratica, sia di merito che di legittimità, che a più riprese ha sostenuto la necessità dell'annotazione – e dunque l'insufficienza della trascrizione – al fine di opporre ai terzi, aventi causa o creditori, la sussistenza di una particolare convenzione matrimoniale¹⁴⁵.

Il carattere eversivo di questa interpretazione, ormai accreditata dalla giurisprudenza pratica, è stato severamente censurato da altra dottrina che, sotto il profilo tecnico, non ha mancato di sottolineare come peraltro il sistema dell'annotazione presenti notevoli carenze strutturali tali da impedirne il concreto funzionamento ad un minimo livello di affidabilità¹⁴⁶. Parimenti è stata criticata la teoria secondo cui l'abrogazione dell'art. 2647 ult. comma c.c. impedirebbe alla trascrizione delle convenzioni matrimoniali di fungere da condizione di opponibilità delle stesse. Infatti tale effetto potrebbe ben essere ricavato dal complesso della disciplina sul sistema pubblicitario in cui questo

¹⁴⁴ *Ex plurimis* G. GABRIELLI - M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, p. 321; M. D. FEOLA, *La pubblicità del regime patrimoniale dei coniugi*, in A.A.V.V., *Il diritto di famiglia*, Torino, 1997, p.411 e ss.; GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto disc. priv., Sez. civile*, XVI, Torino, 1997, p. 396 ss..

¹⁴⁵ *Ex multis*, Cass 15 marzo 1990 n.2104 in *Pluris*, Cass 27 novembre 1987 n. 8824, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 667 ss. con nota di G. GIUSTINIANI.

¹⁴⁶ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Comm Busnelli-Schelsinger*, Milano 2005, p. 103. In generale, osserva poi R. LENZI, *La trascrizione dei trasferimenti e degli atti costitutivi di diritti nel diritto patrimoniale della famiglia. Formalità ed efficacia*. in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1846 che «Il ridimensionamento del ruolo della trascrizione può essere giustificato dalla preminente esigenza di far sì che le regole dettate in tema di regime patrimoniale della famiglia non incontrino ostacoli o limitazioni alla loro piena operatività. Indipendentemente dall'assolvimento degli oneri pubblicitari generalmente previsti per gli atti relativi ai beni immobili, anche al costo di pregiudicare esigenze di certezza e di sicurezza del traffico giuridico e l'auspicabile completezza del sistema pubblicitario, limitandosi ad affidare al soddisfacimento di tali esigenze ad un sistema pubblicitario compenetrato al diritto di famiglia, non completo e, anche sul piano delle modalità di esecuzione, non idoneo ad assolvere adeguatamente i compiti di solito affidati alla trascrizione, in particolare come mezzo di risoluzione di conflitti».

articolo si inserisce, senza così dover affermare una “sterilizzazione”, in questa materia, della funzione tipica della trascrizione¹⁴⁷.

Preso atto di queste incoerenze, l’elaborazione dottrinale ha proposto soluzioni ancorate ad un’interpretazione di tipo teleologico delle stesse norme introdotte dalla riforma del diritto di famiglia, per effetto della quale le due forme di pubblicità potrebbero ritenersi alternativamente necessarie e complementari, cioè tali da integrarsi l’una con l’altra. Detto altrimenti, si potrebbe sostenere che basti l’effettuazione di una sola di esse per rendere le relative eccezioni al sistema legale opponibili ai terzi aventi causa o creditori¹⁴⁸.

Anche accogliendo la tesi del permanere dell’efficacia dichiarativa della trascrizione delle convenzioni matrimoniali¹⁴⁹, in ogni caso, l’operare del regime del coacquisto automatico introduce il problema del coordinamento tra l’istituto della trascrizione e quello dell’annotazione, a cui per espressa previsione normativa il legislatore ha inteso riconoscere la natura di condizione di opponibilità nei confronti dei terzi, dando così forma ad un vero e proprio sotto-sistema pubblicitario, che appare all’osservatore come sensibilmente discostato, anche in questo campo, dal sistema di regole che sono altrimenti offerte dal diritto privato patrimoniale generale.

¹⁴⁷ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Comm. Busnelli-Schelsinger*, Milano 2005, p. 98 e ss., in particolare, ha osservato come non manchino gli elementi testuali per concludere che l’intenzione del legislatore della riforma fosse quello di conservare, comunque, alla trascrizione la sua tipica efficacia di pubblicità dichiarativa. L’art. 2685 c.c., richiamando in materia di beni mobili soggetti a trascrizione gli effetti stabiliti per i beni immobili della trascrizione ex art. 2647 c.c., presuppone appunto che questa trascrizione produca un qualche effetto giuridico, e che quindi non si tratti di mera pubblicità notizia. Ancora, l’art. 2915 c.c. continua ad imporre la trascrizione dei vincoli di indisponibilità sugli immobili ai fini della loro opponibilità ai creditori chirografari. Lo stesso Autore ritiene «veramente assurdo negare l’opponibilità [...] della proprietà esclusiva di un certo bene», per il sol fatto che l’eventuale convenzione costitutiva del regime di separazione dei beni, pur se trascritta, non sia stata annotata a margine dell’atto di matrimonio (*ibidem*, p. 103).

¹⁴⁸ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni cit.* p. 104, e nelle precedenti opere del medesimo Autore, *ibidem* citate in nota 294.

¹⁴⁹ La tesi è stata sostenuta in Dottrina da R. SACCO *Del regime patrimoniale della famiglia* in *Commentario Carraro-Oppo-Trabucchi*, Padova, 1977, p. 29 ss; A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, Milano, 1984, p. 2470 ss; L. BARCHIESI, *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995, p. 61 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, Milano, 2004, pp. 144, 158, 162 ss. il quale tuttavia (pp. 510 e 519), sembra poi riproporre l’impostazione di F. CORSI, *Il regime patrimoniale cit.* p. 78, secondo cui mentre l’annotazione a margine dell’atto di matrimonio realizzerebbe una pubblicità *in generale* del regime patrimoniale prescelto, la trascrizione nei registri immobiliari attuerebbe la pubblicità della *situazione particolare di beni determinati*, che si porrebbero come eccezioni ad un vigente regime di comunione. La dubbia efficacia di questa tesi era però già stata a suo tempo obiettata, considerato che le convenzioni hanno ad oggetto l’instaurazione tra i coniugi di certi regimi, mentre ai terzi non interessa sapere che tali regimi sussistono fino a quando questi non vengano ad incidere sulla situazione giuridica di determinati beni, ed è in tale sede che si pongono le questioni di opponibilità. (cfr. G. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 195).

Il meccanismo del coacquisto automatico finisce così per incidere sulla tradizionale regola della continuità delle trascrizioni, che in questa materia viene deformata alla luce del principio che costringe alla c.d. consultazione “incrociata” dei registri immobiliari e degli atti di matrimonio. La conseguenza nota è infatti che anche quando, in ipotesi, l’alienazione di un immobile in comunione fosse trascritta contro uno solo dei coniugi, senza la menzione del regime, tale situazione sarebbe comunque opponibile *ex lege* ai terzi che – con operazione diversa (e ben più onerosa) di quella ordinaria – sono chiamati ad evincere la natura comune del bene dal raffronto tra data d’acquisto del disponente e data di celebrazione delle sue nozze (in assenza di trascrizioni o annotazioni in deroga).

ULTERIORI PECULIARITÀ DEL MECCANISMO DI COACQUISTO AUTOMATICO. INTERFERENZE CON LA DISCIPLINA GENERALE DELLA SIMULAZIONE

Si è già rilevato, per l’innanzi, che in caso di acquisto separato il coniuge coacquirente nel regime legale verrebbe a trovarsi in una posizione giuridica del tutto singolare, non potendosi considerare né parte del negozio stipulato dal coniuge agente, né terzo avente causa di quest’ultimo.

Questa peculiare posizione del coniuge risulta interferire, in modo particolare, con l’istituto della simulazione determinando, anche qui, un adattamento nell’operare delle sue regole.

La singolarità della posizione del coniuge ha infatti costretto l’elaborazione giurisprudenziale ad interrogarsi se, in riferimento all’azione di accertamento della simulazione¹⁵⁰, ai fini dell’applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1414, 1415, 1417 c.c. debba esser considerato “parte” ovvero “terzo” giacché, come visto, la peculiarità del meccanismo acquisitivo automatico non lo rende, in senso proprio, né l’uno né l’altro.

Anzitutto, in punto di legittimazione attiva, a considerare l’azione di accertamento della simulazione come un’azione dichiarativa di nullità, il coniuge ne risulterebbe sempre legittimato pur non avendo partecipato al negozio, purché secondo le regole di diritto comune dimostri di averne interesse (*cf.* art. 1421 c.c.), che nella fattispecie sarebbe l’accertamento dell’entità e consistenza del patrimonio in comunione.

Sempre in via preliminare, è da dire che l’inclusione del bene nella comunione legale ex art. 177, lett. a) c.c. costituisce un effetto *ope legis* che discende dall’efficacia del titolo d’acquisto. Se il contratto simulato non produce effetti in capo al contraente (per la presenza di un contestuale contratto dissimulato), sarebbe logico ritenere che sia improduttivo di effetti anche in capo al coniuge non contraente, e dunque il coacquisto automatico non avrebbe luogo.

¹⁵⁰ e conseguente declaratoria di nullità dell’atto simulato, secondo la ricostruzione più accreditata in dottrina.

Sotto questo profilo la posizione del coniuge, rispetto all'azione di accertamento della simulazione nei confronti del simulato alienante, è stata assimilata dalla giurisprudenza pratica in alcune pronunce sia di merito¹⁵¹ che di legittimità¹⁵² a quella della parte (con l'applicazione anche della relativa disciplina in tema di prova della simulazione cfr. art. 1417 c.c.).

In deroga all'art. 1415 co. I c.c., la Dottrina ritiene invece che la simulazione possa essere opposta senza limiti dal coniuge simulato acquirente al coniuge (non) co-acquirente, a prescindere dalla buona o mala fede di questi, per il fatto che la figura del terzo acquirente di buona fede previsto dalla regola in questione non potrebbe essere dilatata sino al punto di comprendervi anche il coniuge co-acquirente *ope legis* ex art. 177 lett.a) c.c.¹⁵³.

La *ratio* della comunione legale opererebbe infatti su un piano diverso da quello in cui opera la *ratio* sottesa alle norme dettate dall'art. 1415, comma I, ravvisata nell'esigenza di salvaguardare la certezza nella circolazione dei beni oggetto del negozio simulato, impedendo che restino pregiudicati i diritti acquistati da terzi in buona fede dal soggetto che si presentava come il titolare effettivo¹⁵⁴. La dinamica del coacquisto automatico è modellata su logiche proprie che, visto anche il rapporto qualificato che lega le parti coinvolte, non consente di qualificare il coniuge alla stregua di un terzo avente causa. In questo senso, l'operare *inter coniuges* delle regole in tema di simulazione in relazione al negozio acquisitivo compiuto separatamente, risulterebbero parzialmente deformate o, *rectius*, adattate al peculiare rapporto e al peculiare regime.

Tanto premesso, la riflessione dottrinale si è fatta carico di teorizzare, riguardo al coniuge non partecipante all'atto, l'assimilazione piena alla posizione di *terzo* allorché il negozio traslativo simulato fosse posto in essere per ledere i suoi interessi (un esempio potrebbe essere il caso di una simulazione relativa in cui il coniuge, al fine di sottrarre un acquisto alla comunione, ex art. 179 c.c., stipuli un contratto di donazione che dissimula una vendita, palesandosi in atti come apparente donatario, ma in realtà pagando di nascosto al suo dante causa il prezzo di tale acquisto). È stato affermato che, in questo caso, alla stregua dei terzi il coniuge "escluso" possa fornire, in confronto del terzo, la prova della simulazione con ogni mezzo, e dunque anche mediante testimoni ai sensi dell'art. 1417 c.c. (e presunzioni ex art. 2729 cpv c.c.)¹⁵⁵.

¹⁵¹ Trib. Lucera, 20 ottobre 2004

¹⁵² Cass. 11 agosto 1997 n. 7470.

¹⁵³ P. SCHLESINGER, *Della comunione legale* cit. p. 92; T. AULETTA, *La comunione legale*, cit. p. 44; L. MASCALI, *La simulazione ed i rapporti tra coniugi in regime di comunione legale* cit. p. 39 e ss..

¹⁵⁴ ed esponendo i simulatori a subire da un lato le conseguenze della finzione da essi posta in essere nei confronti dei creditori in buona fede di detto soggetto e, dall'altro lato, le conseguenze dell'eventuale scoperta della simulazione attraverso l'esperienza della relativa azione concessa agli aventi causa del finto alienante, e ai creditori dello stesso anteriori all'atto simulato.

¹⁵⁵ G. OBERTO, *La comunione* cit. I, p 740 il quale ha acutamente accostato la sua posizione quella dell'erede legittimario, che pur trovandosi nella medesima posizione giuridica del *de cuius*, nondimeno, qualora azioni i suoi diritti di riserva può

L'esame riscontrato esibisce, pertanto, come anche in questo campo il meccanismo acquisitivo della comunione legale sembra comportare, almeno nella riflessione degli interpreti, una speciale torsione delle regole in materia di simulazione, in adattamento alle peculiarità del regime che astringe i soggetti coinvolti. La posizione del coniuge coacquirente *ex lege* risulterebbe, così, non definibile come parte o come terzo in termini univoci e *a priori*, bensì solo in termini variabili (azione contro il terzo o contro l'altro coniuge) e *a posteriori*. La giurisprudenza teorica pare assimilarlo al coniuge simulato acquirente, in confronto del simulato alienante; viceversa la giurisprudenza teorica sostiene autorevolmente il suo accostamento alla posizione del terzo rispetto ad un eventuale accordo simulatorio tra il coniuge e un terzo, che lo vedesse come "parte lesa".

far valere come terzo l'eventuale simulazione dei negozi posti in essere dal suo dante causa (sul punto *ex multis* Cass. 7 settembre 2009, n. 19284 in *DeJure*), ancorché si debba notare come nel presente caso, diversamente da quello, non si configurerebbe un fenomeno di successione in senso proprio.

3.

COMUNIONE LEGALE E DIRITTI DI CREDITO

In questa parte ci si intende soffermare sulla questione – destinataria di speciale attenzione della giurisprudenza, sia teorica che pratica – relativa all’oggetto della comunione immediata, ed in particolare se essa, diversamente da quella ordinaria, possa comprendere oltreché diritti reali, anche diritti di credito.

Il tema necessita di essere collocato partendo, anche qui, dal raffronto con l’istituto della comunione ordinaria, e con la comunione ereditaria.

CREDITI E COMUNIONE ORDINARIA

La questione teorica circa l’idoneità dei diritti di credito a formare oggetto di una contitolarità riconducibile allo schema della comunione ordinaria ha già costituito, infatti, oggetto di apposito approfondimento da parte della Dottrina civilistica italiana.

Secondo l’opinione tradizionale le obbligazioni plurisoggettive sul lato creditorio sarebbero necessariamente o parziarie – e cioè divise sul nascere – ovvero solidali – e allora si avrebbe un mero concorso di diritti di credito in cui l’esercizio dell’uno esclude quello degli altri. Mancherebbe, in questi rapporti, quel fine di godimento dello stesso bene che rende necessaria l’organizzazione della collettività, e che si pone alla base dell’istituto della comunione.

Si aggiunga che le regole sulle obbligazioni solidali all’interno del Libro IV del codice civile risulterebbero del tutto slegate da quelle appositamente dettate per la comunione nel Libro III¹⁵⁶.

Si registrano, d’altro canto, importanti acquisizioni dottrinali in merito all’estensione del concetto di ‘comunione’ anche alla contitolarità di situazioni giuridiche soggettive, diverse dai diritti reali.

Muovendo dal rilievo per cui la contitolarità (che letteralmente significa condivisione nel ‘titolo’) di una situazione giuridica soggettiva attiva non sarebbe appannaggio esclusivo dei diritti reali¹⁵⁷, autorevole Dottrina ha infatti sostenuto la configurazione di una vera e propria comunione del rapporto obbligatorio nelle obbligazioni c.d. soggettivamente complesse, categoria comprensiva di

¹⁵⁶ In questo senso A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XLII, Milano, p. 366 e ss.; A. PALAZZO, *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. III, Torino, 1988, p. 158 e ss. secondo cui non sarebbe altresì possibile trarre un argomento in senso contrario dall’art. 2248 c.c., che si limiterebbe a circoscrivere la nozione di società rispetto a quella di comunione, senza ampliare la portata di quest’ultima alla contitolarità di diritti personali di godimento. Nella disciplina generale delle obbligazioni, contenuta nel Libro IV del Codice Civile, non vi è peraltro contenuto alcun rinvio, né generale né per specifici profili, agli artt. 1100 e ss. c.c..

¹⁵⁷ È assai frequente che, nell’ambito di un rapporto giuridico, un diritto di credito spetti a più soggetti, oppure vi sia comunanza di più figure soggettive nel debito.

tutte le c.d. obbligazioni *ad interesse comune*, negando quella configurazione che le trattazioni classiche tradizionalmente esprimono in termini di “fascio di obbligazioni distinte”¹⁵⁸, ed affermando invece la sussistenza di un’obbligazione *unica*, sia pur plurisoggettiva, quindi in comunione tra tali soggetti¹⁵⁹.

In quest’ottica, bisognerebbe tenere distinte la questione della *configurabilità ed ammissibilità concettuale* dell’istituto, e quella – diversa – della sua espressa regolamentazione normativa¹⁶⁰.

Nell’ordinamento vigente non si ricaverebbero indicazioni dirette circa l’inammissibilità di figure di comunione diverse dalla comunione di diritti reali. La normativa di cui agli artt. 1100 e ss. c.c. non sarebbe cioè intesa a circoscrivere la figura della comunione bensì soltanto, e più limitatamente, a definire l’ambito di applicazione di una determinata disciplina, dettata per i diritti reali, ma suscettibile di applicazione analogica ogniqualvolta ne ricorrano i presupposti¹⁶¹.

Nulla osterebbe, dunque, alla configurazione concettuale del *concredito* e del *condebito*.

¹⁵⁸ Secondo la nozione tradizionale delle obbligazioni plurisoggettive: sul punto v. p. es. C. M. BIANCA, *L’obbligazione*, Milano, 1995, p. 699 e p. 762 e ss. con riguardo, rispettivamente, alla struttura delle obbligazioni solidali e parziarie, mentre circa l’assimilazione, da un punto di vista strutturale, delle obbligazioni indivisibili con pluralità di soggetti alle obbligazioni solidali, ivi, p. 759. Cfr. anche A. D’ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2019, pp. 205, 209 e *passim*.

¹⁵⁹ F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa (Profili sistematici)*, Milano, 1974. Tra coloro che ammettono la possibilità di costruire, in via interpretativa, la categoria della comunione del debito o del credito vedasi anche L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I. Milano, 1963, p. 181 e ss.; nonché A. GUARINO, *Comunione (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 252, il quale ammette la comunione sui diritti personali di godimento; ed anche C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili* in *Trattato Rescigno*, vol. IX, Torino, 1996² ed. p. 591 e ss..

¹⁶⁰ In sostanza «[...] cadrebbe in errore chi, constatato il silenzio del legislatore quanto alla seconda questione, intenda desumere *sic et simpliciter* la soluzione negativa della prima. Da un punto di vista eminentemente logico, sembrerebbe infatti incontestabile che non vi sia alcuna difficoltà ad ammettere la comunione del diritto di credito, quando il diritto alla medesima prestazione spetti a più soggetti» F.D. BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse* in *Enc. del diritto*, 1979, § 5; *Amplius*, IDEM *L’obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 25 e ss.. Per l’innanzi già R. LUZZATO, *La comproprietà nel diritto privato. Nuovi studii*, Torino, 1909, p. 6 nota 3, aveva affermato che «in quella stessa guisa che vi ha nel nostro sistema una *comunione* quanto al diritto di proprietà ed agli altri diritti reali, così è ben naturale che vi sia comunione quanto ai diritti obbligatori: ed è veramente strano che questa ultima forma abbia avuto una così generale trascuranza, un così persistente disconoscimento». A tale «generale trascuranza» fa cenno anche F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma, 1951, p. 202 ove l’illustre Autore, dopo aver affermato che «può darsi comunione non solo di... diritti patrimoniali assoluti, sibbene anche dei diritti di credito così nel lato attivo come nel lato passivo» precisa che «sotto questo aspetto... dev’essere costruita, in ordine alla teoria generale, la figura della coobbligazione, attiva o passiva, divisibile o indivisibile, semplice o solidale».

¹⁶¹ F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano 1974, p. 95 e ss. Detto in altri termini, l’esclusione della comunione dei crediti dalla previsione degli art. 1100 ss. non assumerebbe il significato di un’implicita negazione della sua ammissibilità, ma troverebbe anzi un chiarimento nel testo stesso della Relazione al progetto del Libro III ove si riconosce «evidente che il luogo opportuno per il regolamento di tale comunione non sarebbe questo, ma invece quello delle obbligazioni»(cfr. *Relazione al progetto del secondo libro del codice civile, «Delle cose e dei diritti reali»*, Roma, 1937, p. 127).

In questa originale prospettiva, i concetti di parziarietà e di solidarietà delle obbligazioni verrebbero di conseguenza traslati dal piano della struttura, e quindi della titolarità del rapporto obbligatorio (a cui solitamente vengono riferiti), a quello della semplice modalità di attuazione della prestazione¹⁶².

In senso contrario a quello sopra esposto, altri Autori hanno addotto la chiarezza del dato testuale degli artt.li 1100 e ss. c.c. che delinerebbe un modello di comunione di tipo romano e così affermano che la relativa disciplina – imperniata attorno al concetto di quota – debba estendere il suo orizzonte operativo tassativamente all’ambito dei diritti reali.

Ancora, altri Autori nondimeno hanno sostenuto l’estensione della disciplina in tema di comunione ordinaria limitatamente alle situazioni di contitolarità di quei particolari crediti costituiti dai diritti personali di *godimento*, non in via diretta bensì tramite applicazione *analogica*. Più in dettaglio, si è affermata l’estensione analogica a tali situazioni giuridiche (almeno) delle norme di cui agli artt. 1101, 1102, 1103 comma I, 1104 c.c., che sanciscono l’autonomia di ogni singolo comunista nell’uso e nella gestione della propria quota, nonché la partecipazione dei medesimi alle spese comuni.¹⁶³

La giurisprudenza pratica, nell’affermare per esempio che la divisione può avere ad oggetto esclusivamente i diritti reali, si mostra invece granitica nel denegare l’applicazione della normativa sulla comunione ordinaria a tutti i diritti di credito, rigettando l’ammissibilità di situazioni accostabili alla comunione, anche in relazione ai diritti personali di godimento¹⁶⁴.

CREDITI E COMUNIONE EREDITARIA

Il tema della caduta in comunione dei crediti è destinatario di comune attenzione giurisprudenziale e dottrinale anche in relazione all’altro macro-modello di comunione civilistica, ossia la comunione ereditaria, e si è presentato quale specifico nodo problematico nell’ambito della divisione di eredità. L’opinione tradizionale e più risalente nel tempo (ormai superata) affermava che pur subentrando i coeredi non solo nella contitolarità dei beni ereditari bensì nell’*universum ius defuncti*, nondimeno

¹⁶² F.D. BUSNELLI, *L’obbligazione soggettivamente complessa cit.*, p. 25 e ss. L’Autore, in particolare, accoglie un concetto diverso, rispetto all’impostazione tradizionale, di parziarietà e di solidarietà, intendendo le obbligazioni parziarie come quelle che risultano dalla *divisione della prestazione* tra più soggetti. Ritiene cioè parziaria l’obbligazione avente ad oggetto una prestazione *indivisa*, benché suscettibile di esecuzione parziaria.

¹⁶³ C. CICERO, *Della comunione*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2017, p. 14. Cfr. anche A. LENER, *La comunione*, in *Trattato Rescigno*, 8, II, *Proprietà*, 2002^{2ed.} p. 251; A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988 p. 158.

¹⁶⁴ Cass. 30 giugno 2005, n. 13948, in *DeJure*, (una isolata pronuncia, ormai risalente, la aveva invece ammessa: Cass. 12 novembre 1984, n. 5688, in *Rep. Foro It.*, 1984).

né i crediti né i debiti del *de cuius* costituirebbero oggetto di comunione: sarebbe infatti operante il principio espresso dal noto brocardo *nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur*¹⁶⁵.

Altra Dottrina, distaccandosi dalla posizione tradizionale, ha invece sostenuto che i crediti del *de cuius* debbano includersi nella comunione ereditaria, come si ricaverebbe dall'art. 727 c.c. e dall'art. 760 c.c., e che alla luce del diritto positivo non sia possibile negare la stessa sorte anche ai debiti¹⁶⁶.

La giurisprudenza di legittimità, invece, muovendo dal disposto ex art. 754 c.c., ha affermato l'automatica divisione dei debiti ereditari tra i coeredi, in ragione delle rispettive quote. Quanto invece ai crediti, muovendo dal disposto degli artt. 700, 727, 757, 760 c.c., ha precisato che – a differenza dei debiti – essi entrano tutti (compresi i crediti *divisibili*) a far parte della comunione ereditaria ed ha osservato, tra l'altro, come il mantenimento di uno stato di comunione anche sui crediti (ancorché divisibili) sino alla divisione dell'intera massa comune si giustifichi per l'esigenza di conservare l'integrità della stessa, istituzionalmente finalizzata alla liquidazione, prima ancora che alla sua divisione, evitando così iniziative individuali che possano compromettere l'esito divisionale.

La Suprema Corte a Sezioni Unite¹⁶⁷ ha poi asseverato l'indirizzo interpretativo ed i percorsi argomentativi delle precedenti pronunce¹⁶⁸ circa l'inclusione nella comunione ereditaria di tutti i crediti, *anche divisibili*, fornendo una specifica indicazione di ordine processuale particolarmente pregnante, ossia ha riconosciuto la legittimazione di ciascun coerede ad agire singolarmente per far valere l'intero credito ereditario comune, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri coeredi¹⁶⁹.

Come già accennato, il riconoscimento di tale *legitimatio ad causam* si potrebbe rivelare, a ben vedere, particolarmente espressiva in merito alla configurazione stessa di questo esemplare di comunione civilistica.

¹⁶⁵ A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1961, p. 364; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Tomo II, Milano, 1978, p. 119 e ss.; P. FORCHIELLI - F. ANGELONI, *Divisione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2000, p. 214 e ss..

¹⁶⁶ L'art. 754 c.c. si limiterebbe infatti a sancire che i coeredi sono tenuti al pagamento dei debiti e pesi ereditari proporzionalmente alla rispettiva quota, senza esprimersi chiaramente sulla configurazione di tale situazione giuridica soggettiva (ossia se si tratti di obbligazione parziaria o di comunione del debito)

¹⁶⁷ *Cfr.* Cass. SS. UU. 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. giur.*, 2008, p. 165 con nota di V. CARBONE, «*Crediti ereditari e litisconsorzio necessario*»; in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 4 con nota di N. DI MAURO, «*Crediti del de cuius e pluralità di eredi*»; nello stesso senso, *ex multis* anche Cass. civ. Sez. III, 16 aprile 2013 n. 9158 in *DeJure*.

¹⁶⁸ Cass. 11128/1992, nonché le successive Cass. 640/2000 e Cass. 19062/2006.

¹⁶⁹ Costituisce applicazione del medesimo principio anche la massima secondo cui, ove il titolo esecutivo giudiziale si sia formato a favore di tutti i coeredi senza limitazione di quote, ciascuno di questi ultimi può agire per il pagamento dell'intero credito ereditario, essendo la regola della ripartizione automatica di cui all'art. 752 c.c. applicabile ai soli debiti (*cf.* Cass. civ. n.9158/2013).

Già prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, si erano infatti levate voci in Dottrina nel senso della permanenza in comunione sia di tutti i crediti sia dei debiti del *de cuius*¹⁷⁰, muovendo dall'osservazione che nell'ordinamento vigente non vi sarebbe un'esplicita presa di posizione del legislatore sul principio di divisione automatica, e nemmeno figurerebbe una specifica regolamentazione della situazione di coeredità che, come si è già avuto modo di osservare, viene dal legislatore presupposta e lasciata sullo sfondo; ciò ha suscitato, a partire dalla disciplina positiva, una originale riconduzione anche della comunione ereditaria al modello germanico di comunione a mani riunite¹⁷¹.

Sul fronte opposto, e in senso contrario all'inclusione in comunione tanto dei crediti quanto dei debiti, si segnalano le voci di chi riscontra come la regola tradizionale, secondo cui *nomina et debita haereditaria ipso iure dividuntur*, troverebbe sicure conferme proprio nel diritto positivo, ed in particolare negli artt.li 752 e 754 c.c., ma anche nell'art. 1295 c.c. e *a contrario* negli artt.li 1315, 1318, 1319 c.c.¹⁷²

Neppure la regola ex art. 727 c.c., secondo cui nelle porzioni ereditarie devono comprendersi immobili, mobili e 'crediti', sarebbe prova sufficiente dell'esistenza di uno stato di comunione sopra questi ultimi, dato che l'assegnazione ai coeredi di crediti e debiti del *de cuius* non postulerebbe la preesistenza di una situazione di comunione sugli stessi, né parrebbe possibile spingersi a mutare questa conclusione all'esito del sopra citato intervento delle Sezioni Unite; al di là delle parole utilizzate, infatti, il *dictum* sembrerebbe far semplice applicazione delle regole ordinarie in tema di

¹⁷⁰ In questo senso si erano già pronunciati, a suo tempo, F. D. BUSNELLI *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, p. 470 e ss.. Peraltro l'Autore, affrontando il problema dei crediti ereditari, alla luce del dato normativo assumeva una posizione più sfumata per i debiti, tanto da riconoscere una "relativa autonomia che, nel nostro ordinamento, i debiti stessi hanno rispetto all'oggetto della comunione ereditaria" *ibidem*, p. 478 nota 68.; ID., voce *Comunione ereditaria*, in *Enc. del Diritto*, Milano, 1961; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 193 e ss.

¹⁷¹ Il tema è stato approfondito nel pregevole studio monografico di L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005. Riguardo alla comunione ereditaria, secondo l'Autrice affermare l'ammissibilità di un rapporto obbligatorio unico con pluralità di soggetti pone da una parte il problema dell'individuazione della disciplina applicabile ai crediti e debiti ereditari indivisi – benché divisibili – fino al momento della divisione ereditaria, contrattuale o giudiziale che sia. Un'identità di disciplina applicabile, *manente comunione hereditaria*, ai crediti e ai debiti comuni dei coeredi (e ciò in quanto tali, a prescindere dalla natura divisibile o meno della prestazione che ne è oggetto) necessariamente comporterebbe una rilettura degli artt. 1318 e 1319 c.c. nonché la conseguente disapplicazione, per tutta la durata di tale periodo, della disciplina della parziarietà e della solidarietà prevista in via generale agli artt. 1314-1320 c.c. per le obbligazioni plurisoggettive. D'altra parte, ed in via preliminare, come già osservato pone la delicata questione di chi sia da considerare il titolare dei beni e dei rapporti obbligatori ereditari indivisi, cioè il tipo di appartenenza e quindi, in definitiva, il problema della natura giuridica da riconoscere alla comunione ereditaria; problema a cui l'Autrice risponde con la suggestiva teoria, sopra citata, che anche questa comunione configuri, pur con le proprie peculiarità, un altro significativo esemplare, all'interno dell'ordinamento privatistico, della germanica *Gesamte Hand*.

¹⁷² E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2013^{2ed.}, p. 158.

obbligazioni solidali *ex latere creditoris*, con la conseguenza pratica che ciascun coerede potrà agire per il recupero dell'intero credito.

Tanto doverosamente premesso, ciò che preme sottolineare riguardo all'esame del rapporto tra comunione legale e diritti di credito, oggetto del presente esame, è che il tema della ricomprensione dei crediti nell'oggetto della comunione non risulta estraneo alla riflessione teorica del diritto privato, ed ha occupato l'attenzione degli interpreti tanto con riguardo alla comunione ordinaria, quanto alla comunione ereditaria¹⁷³.

Come già annotato, la questione della suscettibilità di un credito a costituire oggetto della comunione si rivela altresì strettamente interrelata a quella del corretto inquadramento del modello comunitario, nell'ambito del diritto privato patrimoniale.

Già oggetto di visitazione da parte dei civilisti, il rapporto tra comunione e crediti sembra tuttavia assumere tratti di ancor più accentuata originalità e complessità proprio nel regime legale tra coniugi, atteso il duplice profilo – statico e dinamico – attraverso cui l'istituto opera, per la peculiarità delle sue regole acquisitive, e per la *ratio* che le attraversa, la quale come vedremo sembra incidere in modo determinante sul discorso dell'inclusione dei crediti in questo modello.

CREDITI E COMUNIONE LEGALE

A partire dalla formulazione letterale dell'art. 177 lett. a) c.c., la questione interpretativa ruota anzitutto attorno all'interrogativo se la locuzione che include nell'oggetto della comunione attuale tutti gli “*acquisti compiuti*” comprenda, oltre all'acquisto di diritti reali, anche quello di diritti relativi.

¹⁷³ In quest'ultima, la problematica della trasmissione *mortis causa* dei vincoli obbligatori in caso di pluralità di eredi sembra porsi in termini per certi versi simili a quelli che si pongono in merito alla comunione legale immediata tra i coniugi, poiché si intreccia da un lato al problema del rapporto tra oggetto e soggetto del diritto, e dall'altro delle forme di soggettività c.d. intermedie tra persona fisica e giuridica.

Un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁷⁴, confortato dall'opinione di autorevole dottrina¹⁷⁵, ha tradizionalmente precluso l'estensione della comunione immediata degli acquisti ai diritti di credito genericamente intesi, sino all'importante *revirement* del 2007¹⁷⁶ quando la Suprema Corte, muovendo sostanzialmente dalla considerazione dell'economia moderna vieppiù caratterizzata dalla "smaterializzazione" della ricchezza¹⁷⁷, è giunta all'affermazione teorica secondo cui «in linea di principio anche i crediti, in quanto "beni" ai sensi degli artt.li 810, 812, e 813 c.c., sono suscettibili di entrare nella comunione»¹⁷⁸.

¹⁷⁴ La giurisprudenza di legittimità ha mantenuto per molti anni una posizione piuttosto stabile, compendiata nelle numerose massime che in termini ricorrenti ci è dato di leggere che «*la comunione legale tra i coniugi di cui all' art. 177 c.c. riguarda gli acquisti, ovvero gli atti impicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della res o la costituzione di diritti reali sulla medesima e non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali all'acquisizione di una res, non sono suscettibili di cadere in comunione*» Cass. 24 gennaio 2008, n. 1548, in *I Contratti*, 2008, p. 1014 ss., con nota di F. VELTRI, *Preliminare di vendita concluso da un coniuge senza il consenso dell'altro*. Nella giur. di merito, *ex multis*, le recenti Trib. Bari 7 marzo 2017, n. 1228; Corte App. Palermo, sez. II, 18 settembre 2013; Trib. Salerno, sez. I, 4 agosto 2008, che in particolare nega la caduta in comunione del diritto di credito sorto dal contratto preliminare stipulato da uno solo dei coniugi. Per l'innanzi, Cass. 11 settembre 1991, n. 9513, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 624, con nota di F. REGINE; Cass. 27 gennaio 1995, n. 987, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 889, con nota di F. REGINE; Cass. 1° febbraio 1996, n. 875, in *Fam. dir.*, 1996, p. 369, con nota di P. SCHLESINGER; Cass. 18 febbraio 1999, n. 1363, in *Vita not.*, 2000, p. 1363; Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2832.

¹⁷⁵ V. p. es. P. SCHLESINGER, sub *art. 177 c.c.*, in L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, cit., p. 374 ss. (l'illustre Autore, tuttavia, modificherà la propria posizione nella successiva opera *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, III, Padova, 1992, p. 106 ss.); F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano 1979, p. 87 s.; M. DETTI, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *R. not.*, 1976, I, p. 1176 ss.; M. COMPORI, *Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1979, p. 74 s.; L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Tratt. Rescigno*, II, *Personae e Famiglia*, Torino 1984, p. 432 ss. p. 477 ammette la caduta dei crediti in comunione avuto riguardo al momento in cui sorge la fonte del credito, ma ne ammette la caduta in comunione differita. Si consideri anche la circolare n. 63 del 21 ottobre 1975 (in *Riv. not.*, 1975, I, p. 1377 ss.), emanata dall'ABI all'indomani della riforma del diritto di famiglia per escludere categoricamente la caduta in comunione dei diritti di credito ed evitare che i coniugi dei correntisti potessero vantare pretese sul saldo attivo dei conti correnti dei consorti (sul punto v. S. ALAGNA, *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Padova 1988, p. 21 ss.). Vedasi inoltre A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, p. 870 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino 1995, p. 77 ss. e p. 443 ss., ove l'Autore precisa però di ritenere i titoli di credito, in quanto assimilabili ai beni, compresi nella comunione; E. RUSSO, *Concetti vecchi ed istituti nuovi: a proposito della comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 423 ss.; F. ANELLI, *Il matrimonio. Lezioni*, Milano 1998, p. 150 ss.; C. RIMINI, *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 8 ss.;

¹⁷⁶ Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098 in *DeJure*. La Giurisprudenza italiana ha chiarito che la nozione di acquisti comprenderebbe non solo i beni mobili e immobili, ma anche i crediti allorquando rappresentino forme di investimento alternative all'acquisto di mobili e immobili, mentre non entrano in comunione i crediti solo "strumentali" all'acquisizione di un incremento patrimoniale come ad esempio il diritto alla conclusione di un contratto definitivo, derivante dalla stipulazione di un contratto preliminare, che resta nella esclusiva titolarità del coniuge che lo ha stipulato.

¹⁷⁷ La principale forma di ricchezza non è più costituita precipuamente da beni tangibili (immobili e mobili), bensì da strumenti finanziari oggetto di scambio nei mercati regolamentati (azioni, obbligazioni, quote di fondi).

¹⁷⁸ La pronuncia, infatti, ha semplicemente confermato le soluzioni già da tempo adottate dalla giurisprudenza di legittimità, anche per i titoli di partecipazione azionaria e le quote di fondi di investimento, statuendo la comunione legale dei titoli obbligazionari acquistati da un coniuge. Il principio trovasi affermato, coi medesimi termini, anche nella giurisprudenza di merito, cfr. p. es. Trib. Rovereto 5 ottobre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2009.

Di questa pronuncia è stato tuttavia censurato il tentativo di inferire l'inclusione dei crediti nella massa comune proprio dalla configurazione giuridica della comunione legale in termini di "proprietà solidale"¹⁷⁹: secondo la Corte sarebbe cioè la *diversità ontologica* rispetto alla comunione ordinaria a consentire che la prima, a differenza della seconda, possa avere ad oggetto anche diritti di credito¹⁸⁰. Ma se da un lato, come visto poc'anzi, importanti acquisizioni dottrinali permettono di non escludere *tout court* i diritti relativi dal concetto di comunione¹⁸¹, dall'altro si è osservato che non risulterebbe argomentato il nesso logico per cui dalla nozione di 'proprietà solidale' discenderebbe che l'oggetto della comunione legale debba comprendere anche i diritti di credito¹⁸².

Se si volge lo sguardo all'elaborazione giurisprudenziale teorica, la questione relativa alla sorte dei crediti non ha mancato di evidenziare, sin dall'entrata in vigore della riforma, un'elevata potenzialità divisiva.

Si contendono il campo una tesi "restrittiva" contraria all'inclusione, ed una tesi "estensiva" che ne è favorevole ma che a sua volta si suddivide tra assertori di un'inclusione *tout court* di tutte le posizioni creditorie indistintamente, e tra chi si sforza di isolare solo quei tipi di crediti che, sul piano ermeneutico, possano coerentemente conciliarsi col debole rilievo lessicale costituito dal lemma "acquisti" ex art. 177 lett. a) c.c..

Chi nega l'ammissione alla comunione legale dei rapporti obbligatori parte dall'assunto che la comunione legale, quanto meno riguardo al suo c.d. profilo statico, costituirebbe sempre una *species* del *genus* comunione ordinaria, e dunque troverebbe un primo elemento di contrasto nel già citato art. 1100 c.c. che, continuando a porsi quale termine di confronto normativo residuale, definisce l'istituto con riferimento esclusivo alla "proprietà o ad altro diritto reale"¹⁸³.

¹⁷⁹ Cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098 *cit.* che in motivazione richiama espressamente Corte Cost. 17 marzo 1988, n. 311.

¹⁸⁰ Vi si sostiene infatti che mentre la comunione ordinaria può avere ad oggetto soltanto diritti reali, al contrario la comunione legale in quanto «schema normativo non finalizzato... alla tutela della proprietà individuale, ma alla tutela della famiglia attraverso particolari forme di protezione della posizione dei coniugi nel suo ambito, ... trascende il carattere del bene della vita che venga acquisito e la natura reale o personale del diritto che forma oggetto» *Verbatim*, parte motiva di Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098 *cit.*

¹⁸¹ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano 1974, spec. p. 87 ss.

¹⁸² M. PALADINI, *Oggetto della comunione legale, sub art. 177*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2010, p. 13.

¹⁸³ E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia (diretto da P. Zatti)*, Milano, 2013^{2ed}, p. 157; G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Libro III, *Della proprietà*, artt. 1110-1139, *Bologna-Roma* 1982, p. 42 ss.; G. DI FERRA, *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano 1967, p. 2 ss.; A.M. FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, Milano, p. 873; M. FRAGALI, *La comunione*, II, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1978, p. 119 ss., questo Autore, peraltro, riconosce alcuni crediti in comunione, come nel caso del bene comune, che determini il credito: crediti per frutti o per risarcimento; A. PALAZZO, voce *Comunione*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*,

Tra gli argomenti a sostegno della tesi negativa, degno di nota appare quello per cui ammettere i crediti nella comunione implicherebbe ammettervi l'intero rapporto obbligatorio e dunque, specularmente, anche i debiti: il rapporto giuridico è infatti strutturalmente unitario, e non potrebbe venire frazionato¹⁸⁴.

La specifica questione potrebbe, a ben vedere, essere anche letta in senso più ampio, alla luce del dibattito della teoria generale sulla struttura ontologica del diritto soggettivo, astrazione concettuale nel segno della signoria del volere, attorno a cui la scuola Pandettistica ha coagulato situazioni giuridiche in realtà eterogenee, comprendenti sia quelle caratterizzate da facoltà di azione nella sfera propria, sia quelle che contemplano la possibilità di intervento nella sfera altrui¹⁸⁵.

La dottrina civilistica italiana, già alla fine degli anni '30 del secolo XX aveva svolto un'indagine critica sul carattere omnicomprensivo della nozione nonché sulle sue classificazioni; fu in particolare un Autore¹⁸⁶ ad affermare l'ontologica e strutturale diversità tra diritti assoluti e diritti relativi¹⁸⁷, laddove solo i primi sarebbero diritti in senso proprio, giacché essi soltanto consentono un *agere licere*, cioè una signoria esclusiva ed una situazione di soddisfacimento immediato di un interesse, nell'ambito di una relazione con una *res*.

Viceversa, gli altri si atteggierebbero come il versante *inscindibile* di un rapporto giuridico ove, come per i due lati della stessa medaglia, senza una 'collaborazione' sul lato passivo dell'auspicato dovere altrui¹⁸⁸, dal lato attivo l'unica possibilità per soddisfare il proprio interesse si riduce all'esperimento di un'azione giudiziale.

La differenza strutturale si coglierebbe altresì nella distinzione concettuale, anch'essa propria della teoria generale, tra *rapporto giuridico*, consistente in una relazione tra due *soggetti* regolata dal

Torino, 1988, p. 158 ss.; A. GUARINO, *Comunione (diritto civile) cit.* p. 252; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 456-511, Bologna-Roma 1997, p. 50 ss.

¹⁸⁴ E. SPITALI, *op.ult. cit.*, pp. 157, e 161. A militare in questo senso vi sarebbe finanche un appiglio letterale: l'art. 186 lett. c) c.c. consente infatti l'esecuzione sui beni comuni per i debiti contratti dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia, come se appunto i debiti entrassero in comunione.

¹⁸⁵ Cfr. A. GENTILI, *Argomentazione e diritti soggettivi*, in *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 279

¹⁸⁶ D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro. it.*, 1939, IV, p. 1 ss.

¹⁸⁷ Proprio nel diritto romano si potrebbe cogliere la diversità ontologica e strutturale di diritti reali e diritti di credito se si confrontano per esempio il concetto di *dominium* rispetto a quello di *obligatio*, la quale altro non è che un *vinculum iuris* secondo la celebre definizione delle Istituzioni di Giustiniano (*Inst.* 3.13pr.). Ed invero il termine *ius* nel diritto romano sembra per lo più utilizzato (ancorché non esclusivamente) nel senso di diritto oggettivo (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*, *ius naturale*, *ius publicum* contrapposto a *ius privatum*, et cetera) laddove nella mentalità del giurista romano le situazioni giuridiche soggettive sono concepite invece in relazione alla loro tutela, ossia come *actiones*.

¹⁸⁸ In realtà sussiste anche nei diritti assoluti, ma solo nei limiti di una mera astensione dalla turbativa dell'altrui esercizio.

diritto, e *relazione giuridica*, ossia nesso tra un soggetto ed un oggetto, *non* mediato nell'ambito di un rapporto¹⁸⁹.

In questa prospettiva, risulterebbe allora compatibile col concetto di *acquisti ex art. 177 lett. a) c.c.* solo l'acquisizione alla comunione di quelle situazioni giuridiche che danno corso a relazioni giuridiche nel senso appena indicato (e non a rapporti); viceversa la tesi dell'inclusione dei crediti inciderebbe sul rapporto giuridico, che come visto è per definizione relativo ed è appunto *res inter alios acta*, quindi impermeabile all'intromissione *ex lege* di un soggetto estraneo a fianco dell'originario titolare, salvo voler sovvertire la sua stessa fisionomia intrinseca¹⁹⁰.

Come accennato, sarebbe precluso scorporare i crediti dai debiti, in quanto connessi da un vincolo funzionale «che non sembra consentire che la stessa parte contrattuale sia unica sotto il profilo dell'obbligo, duplice sotto il profilo del diritto»¹⁹¹.

Se poi si volesse, comunque, forzare il suddetto scorporo dei due lati del rapporto, alla luce delle considerazioni appena svolte l'inclusione dei crediti nella massa comune si porrebbe in contrasto con vari istituti del diritto privato generale quali ad esempio – uno per tutti, nella disciplina generale dei contratti sinallagmatici – quello dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., il cui legittimo esercizio in capo alla controparte del coniuge *stipulator*, almeno a livello teorico, sembrerebbe paralizzato dalla circostanza 'anomala' per cui uno dei concreditori della prestazione (*i.e.* l'altro coniuge, estraneo al contratto) avrebbe comunque diritto all'adempimento, senza tuttavia esser tenuto al correlativo obbligo: dunque senza poter essere mai ritenuto, tecnicamente, inadempiente.

Se ciò non bastasse si è poi osservato che l'inclusione dei crediti nell'oggetto della comunione legale susciterebbe contraddizioni altresì con l'impianto stesso della normativa: per esempio finirebbe per abrogare l'art. 177 lett. c) c.c., che assoggetta a comunione soltanto *de residuo* i proventi di attività separata¹⁹². Ponendo mente alla regola di cui all'art. 177 lett. b) c.c., con riferimento ai frutti civili (quali i canoni di locazione di immobili messi a reddito) anch'essi traggono origine da stipulazioni, e si atteggiano come il corrispettivo del godimento della cosa (*cf.* art. 820 c.c.); nemmeno i frutti civili

¹⁸⁹ Trattasi quest'ultima di quel collegamento tra i beni della vita ed un soggetto, che a ben vedere si compendia nella somma delle facoltà riferibili ai soli diritti reali, caratterizzati dalle qualità dell'immediatezza e dell'assolutezza, giuridicamente significative di questa autonomia. D. MINUSSI, *Il rapporto e la relazione giuridica*, in M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano 2019, pp. 189-190.

¹⁹⁰ E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale cit.*, p. 161.

¹⁹¹ E. SPITALI, *ibidem*, p. 160.

¹⁹² Invero l'attività separata di ciascun coniuge produce ricchezza, in larga misura, mediante la stipulazione di contratti sinallagmatici, col conseguente sorgere di crediti che, una volta adempiuti dai terzi, rappresentano i proventi. Di conseguenza i guadagni derivanti dell'attività separata sarebbero sempre mediati dal sorgere dei rapporti obbligatori. E se i rapporti obbligatori fossero inclusi nell'oggetto della comunione, il consorte estraneo alla stipulazione acquisterebbe la veste di concreditore dei proventi dell'attività separata. In questo modo, nessun introito rimarrebbe esclusivamente personale, e, come tale, suscettibile di cadere in comunione differita.

parrebbero così costituire oggetto della comunione differita, poiché l'altro coniuge acquisterebbe il diritto sulla metà degli stessi, sin dal momento della loro maturazione.

In definitiva, l'inclusione dei crediti nella comunione legale avrebbe una portata dirompente nei confronti della fisionomia della comunione ordinaria, che nel diritto positivo italiano esaurirebbe la propria portata solo nell'ambito dei diritti reali¹⁹³ e sovvertirebbe altresì il concetto teorico-generale di rapporto giuridico; ma a ben vedere contrasterebbe anche con la normativa della comunione legale stessa, ponendosi in termini dissonanti rispetto a gran parte delle sue stesse regole o addirittura sterilizzandone la portata operativa¹⁹⁴.

L'orientamento dottrinale favorevole all'inclusione dei crediti nella comunione immediata ha invece utilizzato un variegato arsenale di argomentazioni tentandone anzitutto una spiegazione alla luce delle regole privatistiche generali.

Si è *in primis* insistito sulla considerazione del credito (pur inteso quale posizione attiva del rapporto obbligatorio) come *effetto* del contratto stipulato avulso - in quanto effetto - dal rapporto contrattuale e dall'interdipendenza delle prestazioni¹⁹⁵.

Si è poi guardato alla disciplina generale delle obbligazioni contenuta nel Libro IV del codice civile, ove il credito viene effettivamente considerato dal legislatore quale diritto suscettibile di scambio, entità cedibile in forza di un apposito insieme di regole (artt. 1260-1267 c.c.). Nella *cessio crediti* la posizione debitoria riguarda un altro soggetto col quale, proprio per la definitività del rapporto medesimo, il creditore più nulla ha da spartire, se non ciò che riguarda la fase esecutiva dell'adempimento.

La scissione tra rapporto contrattuale e suo effetto, e l'assimilazione del credito ad entità suscettibile di scambio, farebbero così scorgere, nella comunione legale, un'ipotesi inedita e *sui generis*, di cessione del credito *ex lege*¹⁹⁶.

¹⁹³ D. MINUSSI, *La comunione*, in M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano 2019, p. 989.

¹⁹⁴ Per gli stessi motivi, coloro che negano l'inclusione di una comunione riferita a diritti relativi estendono l'esclusione anche ai diritti personali di godimento (locazione, comodato, anticresi), la cui struttura giuridica è comunque la medesima.

¹⁹⁵ A. SPATUZZI, *L'acquisto del credito in regime di comunione legale tra coniugi*, in *Riv. dir.civ.* 3/2015, p. 683. Bisognerebbe cioè distinguere tra contratto (ad effetti obbligatori), e credito che, nel contratto, trova la sua fonte (*cf.* art. 1173 c.c.). Dunque, se è vero che il credito, da un lato, resta pur sempre una componente del rapporto obbligatorio (il quale non può per natura e definizione prescindere dalla personalizzazione del rapporto intersoggettivo), dall'altro lato potrebbe esser considerato autonoma entità economica, oggetto di scambio - e per questo assimilato al bene - senza che ciò sconvolga i principi del diritto privato generale. A. SPATUZZI, *ibidem*.

¹⁹⁶ V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002 p. 350 ss.

Anche spostando il discorso sul diverso piano della modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio (e dei negozi che la compiono), la soluzione non risulterebbe tuttavia priva di problematiche, in quanto si troverebbe intrecciata con quella dell'operatività del c.d. coacquisto automatico, risultando coerente solo con la costruzione dottrinale¹⁹⁷ che concepisce il meccanismo in termini di ritrasferimento alla comunione ad iniziativa del contraente creditore, piuttosto che come contemporaneo ed automatico coacquisto del coniuge non contraente: conseguirebbe, in tal modo, un mutamento soggettivo della posizione creditoria, che si determinerebbe nella contitolarità con un diverso soggetto.

Anche in quest'ottica sembrerebbe scorgersi un'evidente modificazione delle regole generali, poiché resterebbe da interrogarsi se e come possano conciliarsi l'istituto della cessione del credito, come regolato nella disciplina generale delle obbligazioni, con l'automatismo acquisitivo ex art. 177, lett. a), c.c., spiegato dalla dottrina e dalla recente giurisprudenza in termini di atipica "comunicazione" del diritto, da un coniuge all'altro¹⁹⁸.

La soluzione del problema sembrerebbe passare dalla necessità di far rientrare nell'«acquisto compiuto» un credito che sarebbe anche *oggetto* di una (successiva) cessione del credito «*ex lege*» atta a rendere il coniuge non agente contitolare della posizione attiva del rapporto obbligatorio col debitore, prescindendo in questo da un'apposita iniziativa negoziale del creditore cedente.

Così si determinerebbe, però, un'ipotesi di cessione del credito che diversamente dal suo normale operare non estinguerebbe, dal punto di vista soggettivo, una delle parti del congenito rapporto medesimo, bensì solo la *muterebbe*, atteso che il contraente ceduto, pur *pro quota*, continuerebbe a far parte del rapporto.

In questo peculiare esemplare di comunione, pertanto, a differenza che nelle altre, anche gli snodi del meccanismo acquisitivo automatico si presentano necessariamente coinvolti nella questione dell'inclusione dei crediti nel suo oggetto, e pur ad affermarne un'astratta e teorica suscettibilità degli stessi, essi generano difficoltà e problematiche interpretative ineludibili.

Invero, se si guarda al tema da un punto di vista più generale, non sembra che negli ordinamenti continentali ci si spinga a sostenere un'incompatibilità "ontologica" dei diritti relativi con la comunione (sia essa la comunione ordinaria o la comunione legale tra coniugi), tant'è che altri ordinamenti la contemplanò espressamente.

Nell'ordinamento tedesco, per esempio, dottrina e giurisprudenza non esitano a ritenere oggetto del regime (convenzionale) della *Gütergemeinschaft* anche i crediti risarcitori di ogni genere, ivi

¹⁹⁷ P.es. G. CIAN – A. VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 352.

¹⁹⁸ Cass. SS.UU. 23 aprile 2009 n. 9660 (in *DeJure*).

compresi i crediti risarcitori per danno alla persona e danno morale, nonché i crediti derivanti da *Ausgleich* (perequazione) di un precedente regime di *Zugewinnngemeinschaft*¹⁹⁹. Lo stesso dovrebbe dirsi proprio riguardo al citato regime legale germanico rispetto a cui, per il calcolo dello *Zugewinn*, si ritiene pacifico computare nel concetto di incremento patrimoniale, oltre ai diritti reali, *tutti i diritti* che abbiano un valore patrimoniale misurabile, tra i quali si annoverano anche i diritti di credito²⁰⁰. Quanto poi all'ordinamento che, *in subiecta materia*, risulta più vicino a quello italiano, ossia l'ordinamento francese, storicamente la caduta immediata in comunione dei crediti sarebbe stata ritenuta pacifica sin dai tempi delle *coutumes* – da cui l'istituto deriverebbe – e così anche nella redazione dello stesso Code Napoléon, come dimostrerebbero i suoi lavori preparatori²⁰¹. Ancora oggi nell'ordinamento francese i crediti vengono ritenuti pienamente «*acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage*» ai sensi dell'art. 1401 del *code*, e a dispetto dell'assai frequente impiego, anche legislativo, della sola locuzione “*des biens*” per indicare l'oggetto della *communauté*²⁰², si ritiene comunemente che «*la qualification d'acquêt de communauté s'applique indifféremment à toutes les variétés des biens: meubles et immeubles, corporels et incorporels, droits réels et droits de créance*»²⁰³.

Il giro d'orizzonte comparatistico rivelerebbe, dunque, una generalizzata propensione all'inclusione dei crediti in comunione tra i coniugi, che incoraggerebbe ad accreditarla a livello teorico anche nel diritto interno, pur permanendo la necessità di confrontarsi, sul piano dogmatico, col tipo di comunione civilistica a cui ascrivere la figura in questione nonché, come poc'anzi illustrato, con le peculiarità del meccanismo acquisitivo automatico; ma soprattutto con la *ratio* che innerva la normativa sugli acquisti, e che sembra incidere in modo del tutto particolare all'impostazione del discorso in esame.

La *ratio* speciale della comunione legale ha infatti suggerito agli interpreti di impostare il tema dell'inclusione dei crediti nella massa comune proprio spostando il discorso sulla relazione tra le nozioni di *credito* e di *acquisto*: in quest'ottica, non sempre la posizione creditoria costituisce in sé

¹⁹⁹ Cfr. G. OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2010, vol. I., p. 524.

²⁰⁰ «*Das sind neben Sachen alle Rechte, die einen messbaren Vermögenswert innenhaben*» (evidenze nostre) R. SCHMIDT, *Familienrecht*, Grasberg bei Bremen, 2018¹⁰auflage, §213, p. 110. Tale principio sembra affermato anche dalla giurisprudenza della *Bundesverfassungsgericht* (cfr. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2002, pp. 527-529). Sono escluse invece le eredità e le donazioni, e ciò che ricade nel conguaglio previdenziale (*Versorgungsausgleich*).

²⁰¹ In particolare, prevalse l'opinione di Tronchet «*de confondre également dans la communauté légale et les capitaux de rentes et les capitaux des obligations*» (cfr. P. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, éd. 1836, ristampa edita da Hachette-Bnf, Parigi, 2012).

²⁰² Cfr. G. OBERTO, *La comunione legale cit.*, p. 523.

²⁰³ FR. TERRÉ – PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 2015⁷éd., p. 211 ; nello stesso senso v. anche J. FLOUR – G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, A . Colin 2001²éd., p. 221 e ss.; nonché G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 1997⁹éd., p.318 ss..

un incremento di ricchezza che giustificerebbe l'attivazione della regola di condivisione che sta alla base del regime comunitario.

Ciò ha quindi suggerito, nell'elaborazione giurisprudenziale sia teorica che pratica, una *valutazione diversificata dei crediti*, riconducendo così il concetto di credito al concetto di *acquisto*, e considerando al fine del loro ingresso in comunione solo quei crediti che possano ritenersi *elementi patrimoniali attivi*, ossia frazioni oggettive di ciò che, anche rispetto ai terzi, costituisca patrimonio in senso economico e giuridico (art. 2740 c.c.) e che si aggiunge a quello esistente²⁰⁴.

Sarebbero perciò oggetto della comunione legale solo i diritti di credito che costituiscano forme di investimento²⁰⁵ quali, ad esempio, le azioni, le obbligazioni e i fondi comuni, perché esprimono posizioni contrattuali oggettivate, che andrebbero considerate quali beni immateriali equiparabili ai beni mobili non iscritti in pubblico registro, ai sensi dell'art. 812 c.c..

Questo assunto troverebbe un riscontro anche nell'orientamento prevalente della giurisprudenza pratica, che ritenendo pacifica, in forza dell'incorporazione nella *chartula*, l'inclusione dei titoli di credito nella comunione attuale, non ha faticato poi ad includervi, mediante interpretazione estensiva, quelli "dematerializzati" e di conserva anche gli altri strumenti di investimento di consimile tipo, tradizionalmente impiegati dai risparmiatori²⁰⁶.

Al contrario, il saldo attivo del deposito bancario in conto corrente, poiché non rappresenterebbe una forma d'investimento, è ricondotto dalla stessa giurisprudenza pratica alla comunione *de residuo*, ai sensi dell'art. 177, 1. co., lett. c), c.c.²⁰⁷.

Non è mancato tuttavia chi ha osservato, anche a questo riguardo, che una diversificazione di soluzioni in base alla logica dell'investimento — che escluderebbe dalla comunione i crediti aventi mero carattere strumentale²⁰⁸ (cioè costituenti un mezzo per l'acquisto di altri diritti) includendovi solo quelli che realizzano veri investimenti²⁰⁹ — riposerebbe su criteri "metagiuridici" (l'investimento è infatti privo di significato tecnico-giuridico, in senso proprio) e in ogni caso su basi

²⁰⁴ M. PALADINI, sub *art. 177 c.c.*, in G. DI ROSA (a cura di), *Comm. Gabrielli, Della famiglia*, II, Torino 2018, p. 1313.

²⁰⁵ La tesi era già stata autorevolmente sostenuta da alcuni Autori in sede di primo commento della riforma del diritto della famiglia da F. D. BUSNELLI, *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, I, 42.

²⁰⁶ Cass. 9 ottobre 2007 n. 21098 *cit.*

²⁰⁷ Ne consegue che il coniuge non intestatario del conto non può vantare diritti per le somme depositate o comunque per i crediti che sorgono dal rapporto. Cfr. Cass. 1° aprile 2003 n. 4959 in *DeJure*. In termini analoghi, in Dottrina, si era espresso GABRIELLI, *Comunione coniugale ed investimento in titoli*, Milano, 1979, p. 6 e ss.

²⁰⁸ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia cit.* I, p. 87;

²⁰⁹ In giurisprudenza, cfr. la nota pronuncia di Cass. civ. 9 ottobre 2007 n. 21098, secondo cui entrano in comunione legale i titoli azionari e obbligazionari, le quote di fondi comuni di investimento, e tutti gli altri crediti che secondo le circostanze costituiscano forme diffuse e significative di investimento della ricchezza. In dottrina, M. DETTI, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *Riv. not.* 1976, I, pp. 1176, 1183, e 1193; M. FRAGALI, *La comunione*, II, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1978, p. 91; p. 123.

malferme atteso che, anche sul piano economico, il concetto di investimento esprime contenuti assai eterogenei (ed opinabili), che vanno dall'impiego produttivo di beni — realizzabile, quindi, anche mediante l'acquisto di beni durevoli e produttivi — all'investimento in beni fruttiferi, all'immobilizzazione di capitale in varie forme *et cetera*.

È dunque rispetto a questa specifica tipologia di crediti c.d. 'strumentali', ossia relativi alle fattispecie qualificabili come a 'formazione progressiva' (quali ad esempio la pretesa all'adempimento di un contratto preliminare o il contratto di opzione) che nella riflessione dottrinale è emerso un singolare contrasto (viceversa, l'orientamento della giurisprudenza pratica risulta recisamente contrario alla loro inclusione nell'oggetto della comunione²¹⁰).

In particolare, alcuni Autori risultano favorevoli all'inclusione di *tutti* i crediti indistintamente, soffermandosi sull'idea già menzionata per cui i crediti sarebbero pur sempre beni (dunque entità cedibili, suscettibili di essere acquistati), ed affermandone la cedibilità al pari degli altri²¹¹. Proprio la cedibilità, comune alle situazioni nascenti da contratto non ancora eseguito da entrambi i contraenti, dimostrerebbe che il credito rappresenta un bene che, se liquido e certo, non potrebbe venir sottratto al patrimonio in comunione nell'arco temporale della vigenza del regime legale. Ne conseguirebbe che i crediti apparterrebbero alla comunione ove il relativo negozio (contratto preliminare, opzione)

²¹⁰ *Ex multis*, Cass. civ. 3 giugno 2016, n. 11504 in *DeJure*; Cass. civ. 4 marzo 2003 n. 3185; Cass. civ. 18 febbraio 1999 n. 1363; Cass. Civ. 27 gennaio 1995, n. 987 in *Pluris(OneLegale)* che al riguardo, infatti, non nutre dubbi sulla legittimazione esclusiva del coniuge promissario acquirente rispetto all'azione ex art. 2932 c.c. contro il promittente venditore, senza nemmeno l'obbligo dell'estensione del contraddittorio nei confronti del coniuge non stipulante (anche dopo il *revirement* del 2007, *cfr. etiam* Cass. 24 gennaio 2008, n. 1548. Per l'innanzi *cfr.* Cass. Civ. 7 marzo 2006, n. 4823 in *Pluris OneLegale*).

²¹¹ Nel senso dell'inclusione del diritto di credito nel concetto di "bene" si erano già espressi A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano 1948, p. 225; F. RUSCELLO, *Lineamenti di Diritto di Famiglia*, Milano 2005, p. 120 ss.; E. QUADRI, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: i beni in comunione immediata*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 188 ss.; A. SPATUZZI, *L'acquisto del credito in regime di comunione legale tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.* 2015, p. 680; R SCOTTI, *Comunione legale e titoli di credito*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 8 ss., nonché G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, cit., p. 533 ss.;

Un criterio diversificato viene offerto da S. SCOLA, *Il credito derivante dal contratto preliminare di acquisto stipulato da un solo coniuge: ingresso in comunione legale e disciplina conseguente*, in *Riv. dir. civ.* 1/2022, p.183, secondo cui dovrebbero escludersi, oltre ai crediti inidonei ad accrescere in termini differenziali il patrimonio dell'acquirente (quale, per esempio quello derivante da un mutuo), i crediti privi di certezza e definitività dell'incremento, in quanto eventuale e rimesso al libero volere del coniuge che lo acquista (come il diritto di opzione). Infine, ulteriori criteri di esclusione dei crediti dalla comunione dovrebbero ritenersi quelli derivanti da precise previsioni normative che integrano il regime della comunione legale, delimitandone i confini, con riferimento all'acquisto tanto dei diritti reali quanto dei diritti di credito: è il caso, in particolare, dei crediti rientranti in una delle categorie di beni personali elencate nell' art. 179 c.c. o in quelle dei beni della comunione differita, di cui agli artt. 177, comma 1°, lett. b) e c), e 178 c.c., in quanto tali esclusi dalla comunione immediata e destinati ad essere condivisi solo al momento in cui questa si scioglie, e solo per la parte che residua a quella data. È critico invece C. RIMINI, *I diritti di credito fra comunione immediata e comunione differita: una questione ancora aperta*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 574 ss..

sia stato concluso *manente comunione*, ancorché il procedimento acquisitivo si completi dopo lo scioglimento del regime²¹².

In sintesi, il tema dell'inclusione dei crediti nella comunione immediata, nella prospettiva che si è cercato di delineare, esibisce un quadro denso di snodi concettuali problematici, derivanti dal confronto sistematico tra le regole dell'istituto in esame e le regole generali del diritto privato patrimoniale coinvolte nell'acquisto, le cui forme, tuttavia, come in un gioco ad incastri, sembrano attagliarsi sempre in modo inadeguato alla fisionomia strutturale ed operativa della comunione stessa. In termini generali, giova rimarcare come il problema dell'inclusione dei crediti nella comunione immediata contribuisca a definire il livello di originalità di cui la figura della comunione legale tra i coniugi sarebbe fornita, rispetto alle altre comunioni civilistiche.

Se si ritiene ormai pressoché pacifica l'inclusione dei crediti nella comunione ereditaria, e forse compatibile la configurabilità di situazioni di contitolarità (concredito e condebito) nelle obbligazioni soggettivamente complesse, sul modello della comunione ordinaria, non risulta tuttavia questo (la possibilità cioè di comprendere, a livello teorico, anche i crediti nel suo oggetto) il profilo che conferisce i maggiori tratti di originalità all'istituto in esame.

Il tema dell'inclusione dei crediti (già visitato a margine delle altre comunioni civilistiche) nella comunione legale sembrerebbe, piuttosto, atteggiarsi diversamente rispetto a come si pone nelle altre comunioni, proprio ed esclusivamente in ragione della specificità della sua *ratio*.

Sarebbe soprattutto questa – certo insieme all'illustrata, difficoltosa, composizione dei meccanismi operativi dell'istituto con le questioni teorico-generalì – a conferire alla questione in *subiecta materia* i tratti di peculiarità più marcati, rispetto a come si pone negli altri esemplari di comunione presenti nell'ordinamento privatistico.

Detto altrimenti, è precipuamente l'operare dei principi, del tutto speciali, che presiedono alle regole della comunione legale – e che innervano l'istituto di una *ratio* peculiare, configurandola come esemplare *sui generis* di comunione civilistica – a dar conto delle soluzioni adottate in via interpretativa, e che si sono cercate di descrivere.

Le regole della comunione legale altro non tendono infatti che a realizzare una parità di condizione patrimoniale tra i coniugi, determinando così che, ai fini del discorso in esame, il diritto di credito in questa sede si presenti in una singolare forma di espressione, concepito in un senso del tutto nuovo – poiché alla luce di una *ratio* nuova – non già quale situazione giuridica intesa secondo l'ordinaria disciplina e regole, bensì in quanto *incremento patrimoniale realizzato*, dunque slegato, in questa luce

²¹² L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1996, pp. 477-478.

nuova, almeno in via diretta, dalla titolarità giuridica del rapporto obbligatorio che lo ha fatto sorgere (e acquistare automaticamente), e dagli altri profili giuridici ordinariamente considerati²¹³, che nell'elaborazione degli interpreti appaiono messi in ombra o addirittura sospesi, in questo contesto, dalla pregnanza delle regole che governano l'istituto della comunione legale.

Alla luce di questa prospettiva, la specificità del modello di comunione legale quale modello civilistico idoneo a ricomprendere anche i crediti nel suo oggetto, parrebbe caratterizzarsi proprio nel segno dei criteri di diversificazione dei crediti, operati dalla giurisprudenziale teorica e pratica: diversificazione che può trovare la sua ragion d'essere solo alla luce della *ratio* che presiede l'istituto e al contesto in cui opera, né potrebbe avere alcun senso fuori di esso.

Anche in questo campo, allora, la normativa sulla comunione legale parrebbe, come già accennato, presentarsi quale 'diritto secondo', che pur attingendo dal diritto privato generale la cornice dei principi e delle regole di cui si alimenta, si presenta autonoma quanto a *ratio* ispiratrice, la sola che determina e giustifica le specifiche e originali soluzioni operative adottate, qui in via interpretativa, in deroga a quelle ordinariamente praticate a margine di istituti simili²¹⁴.

²¹³ La novella del 1975, introducendo nel codice del 1942 una diversa logica ed un nuovo lessico giuridico, è valsa a sconvolgerne la struttura e a suscitare acute antinomie interpretative che spingono a soluzioni diversificate.

²¹⁴ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Postfazione*, in A. PLAIA (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 279.

4.

COMUNIONE LEGALE E MODALITÀ ACQUISITIVE DELLA PROPRIETÀ A TITOLO ORIGINARIO

USUCAPIONE E COMUNIONE LEGALE

Tra le modificazioni che le regole del diritto privato generale sembrano subire, nel campo della comunione legale, meritano di essere esaminate quelle relative agli acquisti di diritti a titolo originario.

È costante, nella giurisprudenza sia teorica²¹⁵ che pratica²¹⁶, l'interpretazione estensiva dell'art. 177 lett. a) c.c. favorevole all'inclusione, nell'oggetto della comunione legale, di tutti gli acquisti. Oltre all'estensione dei crediti, di cui si è già parlato, con riferimento al *modus acquirendi* si ricomprenderebbero anche gli acquisti di diritti compiuti a titolo originario²¹⁷.

Con particolare riferimento all'acquisto della proprietà e degli altri diritti reali per usucapione, è frequentemente affermato che il momento determinativo della caduta (o meno) in comunione sarebbe quello del perfezionamento della fattispecie acquisitiva, ossia del compimento del periodo richiesto dalla legge per la *possessio ad usucapionem*, a prescindere da un eventuale compossesso esercitato effettivamente da entrambi i coniugi, che risulterebbe a tal fine irrilevante.

²¹⁵ G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 251; L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Tratt. Rescigno*, 3, Torino, 1996², p. 480.

²¹⁶ Cass. civ. 11 agosto 2016, n. 17033 in *DeJure*; Cass. 1° ottobre 2009, n. 21078 in *Fam. dir.*, 5, 2010 p. 466 con nota di E. MORGANTI *Comunione legale dei beni e acquisti ad usucapionem*; Cass. civ. 23 luglio 2008, n. 20296; Cass. civ. 18 luglio 2008, n. 19984; Cass. civ. 3 novembre 2000, n. 14347, tutte in *DeJure*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 7 aprile 2003, in *Giur. Merito*, 2003, tomo I, p. 2146.

²¹⁷ Si segnala, tuttavia, che nella recente pronuncia Cass. Civ. Sez. II, 27 giugno 2018, n. 27412, in *DeJure*, la Suprema Corte sembra aver affermato la tesi opposta, secondo cui non rientrerebbero nell'oggetto della comunione legale gli acquisti a titolo originario, i quali si compiono senza la necessità di un'apposita manifestazione di volontà, mentre gli acquisti ai quali è applicabile l'art. 177 comma I c.c. «hanno carattere derivativo, essendone espressamente prevista una genesi di natura negoziale» (punto 6 della parte motiva). A favore di questo orientamento, attualmente minoritario, si registrano anche voci in Dottrina, come R. BRIGANTI, *Comunione legale tra coniugi e principio di accessione: in particolare il problema dell'acquisto della proprietà dell'edificio costruito in costanza di matrimonio su suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi*, in *Casi e questioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Milano, 1994, p. 142, il quale – in opposizione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario – sostiene che l'esclusione degli acquisti a titolo originario ben potrebbe fondarsi sul solo dato letterale dell'art. 177 lett. a), c.c.), poiché la dizione utilizzata “acquisti compiuti”, e non “acquisti realizzati” durante il matrimonio, farebbe riferimento esclusivamente ad un'origine negoziale dell'acquisto. Similmente A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Fam. dir.* 11/2008, p. 1066, secondo cui «l'espressione “compiuti” sembra più che altro rimandare ad un'attività di acquisto volontaria e cosciente, dunque, appunto, squisitamente negoziale».

La soluzione sembra rivestire un peculiare rilievo sotto due punti di vista: il primo, oggetto del presente esame, riguarda proprio l'operare delle regole sugli acquisti a titolo originario, che risultano qui incise in modo profondo ricevendo una sensibile modificazione, il secondo coinvolge il tema della giustificazione causale dell'arricchimento patrimoniale 'lucrato' da un coniuge, per effetto di un possesso iniziato dall'altro prima del coniugio, e si può cogliere nella dialettica con un'altra fattispecie acquisitiva dei diritti, ossia quella per accessione (art. 934 c.c.) su cui ci si soffermerà subito nel prosieguo.

Come accennato, l'interpretazione giurisprudenziale oggi maggioritaria nella dottrina e nella giurisprudenza finisce per attribuire importanza esclusiva al momento del compimento del *tempus ad usucapionem*, ossia della definitiva maturazione del termine legale di ininterrotto possesso, ma sembra obliare che gli atti di esercizio del medesimo, compiuti antecedentemente (per di più tutti realizzati da uno solo dei coniugi), avrebbero pari dignità e pari valore giuridico rispetto all'ultimo degli stessi e, in ogni caso, che costituiscono insieme ad esso gli *elementi della medesima fattispecie acquisitiva*.

Questa interpretazione, di fatto, porrebbe una incisiva deroga al normale operare delle regole generali in tema di acquisti per usucapione, ed in particolare al requisito della necessaria continuità ininterrotta del possesso, per il tempo stabilito dalla legge, inoculando nel sistema un elemento di grave disarmonia, che merita una più attenta disamina.

L'usucapione è un istituto che risponde all'esigenza fondamentale della certezza nelle situazioni giuridiche, e costituisce uno dei modi di acquisto a titolo originario della proprietà (o di altro diritto reale), previsto e disciplinato dagli artt. 1158 e ss. c.c., ove possesso e tempo rappresentano gli elementi costitutivi della fattispecie²¹⁸.

Nell'usucapione, l'acquisto del diritto reale è l'effetto unicamente di un comportamento dell'acquirente, il quale possiede il bene per il tempo richiesto dalla norma giuridica. Tale possesso è il *fatto acquisitivo* del diritto, ma nello stesso tempo ne è anche il *fatto costitutivo*: con tale possesso, giustappunto, sorge a favore dell'usucapiente un diritto *nuovo*, che non ha alcun nesso di collegamento o di derivazione dal diritto dell'eventuale proprietario²¹⁹.

²¹⁸ R. SACCO, voce *Usucapione*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1999, p. 565.

²¹⁹ U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, Milano, 2003^{7ed.}, p. 143. Sulla nozione di acquisto del diritto in generale, vedasi S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir. Milano*, 1958, I, p. 510.

Invero, la fattispecie acquisitiva della proprietà per usucapione si modella proprio sul modo e sul tipo di possesso esercitato²²⁰: in questo caso, invece, la tesi in esame estende l'acquisto, così compiutosi, ad una persona che tuttavia non ha per nulla posseduto, visto il suo non entrare in relazione diretta col bene²²¹.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario fa conseguire all'altro coniuge non usucapente l'incremento patrimoniale che si ha per effetto dell'usucapione, regolamentando in modo unitario i singoli casi (compossesto, possesso esercitato da uno solo dei coniugi in costanza di matrimonio, possesso esercitato da uno solo di essi prima del matrimonio conclusosi successivamente), attestandosi unicamente sul momento temporale del compimento dell'usucapione.

Così ragionando, tuttavia, risulta dissonante l'attribuzione di un'importanza decisiva al momento finale che conduce ad usucapione – e che coincide col compimento del ventennio – in una fattispecie che viceversa contempla, quali suoi elementi costitutivi, una somma di momenti possessori che, secondo le regole generali, dovrebbero rilevare tutti allo stesso modo e che, appunto, producono l'effetto acquisitivo solo in quanto globalmente considerati.

L'effetto acquisitivo dovrebbe, a rigore, adeguarsi alla realtà propria della situazione possessoria in quanto situazione di mero fatto, e a prescindere da particolari regimi (giuridici) in cui di volta in volta la situazione di fatto venga ad inquadrarsi²²².

Nella riflessione teorica degli interpreti, per un verso, si è giustificata la tesi in esame affermando che l'acquisto in capo a entrambi i coniugi costituirebbe, semplicemente, un *effetto* legale ex art. 177 lett. a) c.c., non già una situazione di compossesto; pertanto la disposizione citata non influirebbe sulle vicende acquisitive dei diritti, in sé considerate, ma si limiterebbe ad *aggiungervi* un effetto giuridico ulteriore e distinto, che entrerebbe in gioco in un momento immediatamente successivo²²³.

Per altro verso, si è obiettato che l'operatività della disciplina di cui all'art. 177 lett. a) c.c. influirebbe invece sulla vicenda acquisitiva del diritto (per usucapione), poiché determina la contitolarità dell'acquisto, onde apparirebbe difficile sostenere che si tratti di un effetto ulteriore e distinto, quando

²²⁰ Per l'acquisto del diritto assume infatti rilevanza il comportamento del soggetto che, attraverso il possesso continuato e ininterrotto del bene per il periodo di tempo necessario previsto dalla legge, ne diviene titolare. A sua volta, il possesso si compone necessariamente di due elementi inscindibili, uno soggettivo (l'*animus possidendi*), e l'altro oggettivo (la materiale apprensione della *res*). Nelle fonti romane, il concetto è scolpito chiaramente nel famoso inciso di Paolo, in D. 41,2,3,1 (*Paul. 54 ad edict.*), secondo cui: «*Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore*».

²²¹ A. GALATI, *Dell'usucapione*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, 2013, p. 97.

²²² S. TONDO, *Sugli acquisti originari nel regime di comunione legale*, in *Foro it.*, 1983, p. 161.

²²³ G. OBERTO, *La comunione legale cit.*, vol. I, p. 434.

invece modifica, sotto il profilo soggettivo, un diritto dominicale che stando ai presupposti che la legge prevede all'art. 1158 c.c. dovrebbe sorgere solo in capo a colui che abbia esercitato *effettivamente*²²⁴.

Ponendo mente all'istituto generale, il contenuto dell'acquisto per usucapione si determina in base al contenuto del possesso, quale esercizio di un potere di fatto su una cosa, a cui deve accompagnarsi l'*animus*, ossia quella componente soggettiva della fattispecie che si identifica con l'intenzione del soggetto di tenere la cosa quale proprietario, o quale titolare di altro diritto reale (*animus rem sibi habendi*)²²⁵. In aggiunta, la fattispecie dell'usucapione, al pari dell'occupazione e dell'invenzione, dà luogo ad un acquisto che si fonda sul fenomeno di c.d. *attrazione personale*, caratterizzato dal comportamento attivo dell'acquirente, che deve apprendere materialmente il bene, diversamente dagli acquisti fondati sul fenomeno della c.d. attrazione reale, che opera autonomamente in quanto è determinato da un particolare rapporto che lega il bene acquistato al bene che lo attrae²²⁶.

In definitiva, si può constatare come l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria sembri attribuire lo *stesso effetto acquisitivo* ad un soggetto (il coniuge non usucapente), rispetto a cui *non sussistono i requisiti* a cui la regola del diritto privato generale riconnette l'acquisto: la relazione materiale e inscindibile, per il tempo stabilito dalla legge, tra il bene suscettibile di acquisto per usucapione e il soggetto che lo possiede come proprio, ed il comportamento del possessore, nel senso sopra descritto²²⁷.

²²⁴ Cfr. R. SCOTTI, *L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale*, in *Notariato*, 1/2009, p. 26.

²²⁵ L'*animus possidendi* necessario all'acquisto per usucapione da parte di chi esercita il potere di fatto sulla cosa non consiste nella *convizione* di essere proprietario (o titolare di altro diritto reale sulla cosa), bensì nell'*intenzione di comportarsi come tale*, esercitando corrispondenti facoltà, mentre la buona fede non è requisito del possesso utile ai fini dell'usucapione. Ne consegue, per esempio, che la consapevolezza di possedere senza titolo, ed il compimento di attività negoziali di altra natura, finalizzate a ottenere il trasferimento della proprietà del bene posseduto o la stabilità sul piano formale della situazione giuridica rispetto ad esso, non esclude che il possesso sia utile ai fini dell'usucapione (Cfr. Cass. 15 luglio 2002, n. 10230, in *DeJure*).

²²⁶ E. BRIGANTI, *Comunione legale tra coniugi e principio di accessione: in particolare il problema dell'acquisto della proprietà dell'edificio costruito in costanza di matrimonio su suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi*, in *Casi e questioni di diritto privato* (a cura di M. Bessone), Milano, 1994, p. 142 cit., il quale – come già osservato – sostiene l'esclusione degli acquisti a titolo originario basandosi sul dato letterale dell'art. 177 lett. a), c.c.) che farebbe riferimento esclusivamente ad un'origine negoziale dell'acquisto. Negli stessi termini A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Fam dir.* 11/2008, p. 1066 cit.. Come visto, la tesi è stata riaffermata di recente anche nella giurisprudenza pratica (cfr. Cass. civ. Sez. II, 27 giugno 2018, n. 27412, *cit.*, al punto 6 della parte motiva).

²²⁷ Si potrebbe sostenere che l'interpretazione in questione si ponga in contrasto altresì col principio di retroattività dell'usucapione (in forza del quale, in caso di possesso iniziato anteriormente all'instaurazione del regime legale, il bene verrebbe qualificato come personale). Tale principio sarebbe volto a rendere inopponibili all'usucapiente gli atti di disposizione *medio tempore* compiuti dall'originario proprietario, e viceversa a considerare i diritti costituiti dall'usucapiente a vantaggio di terzi come diritti costituiti *a domino*, infine ad affermare che il possesso ai fini

Il confronto con l'ordinamento francese conferma, infine, il carattere di spiccata originalità di questa interpretazione, laddove nell'ordinamento d'Oltralpe, che fondatamente può dirsi permeato da un complessivo *favor communionis*, gli interpreti non si sono spinti a destabilizzare la fisionomia della '*prescription acquisitive*' e ritengono pacifico che l'immobile acquisito per usucapione dal coniuge, che abbia iniziato a possedere prima del *mariage*, resti un bene *propre* ai sensi dell'art. 1405 alinéa 1 *code civil*²²⁸, ancorché il *tempus ad usucapionem* si sia perfezionato nel corso della vigenza del regime legale, avendo cura di sottolineare, al riguardo, la coerenza di tale soluzione rispetto alle regole del diritto privato generale, ed osservando che «*cette solutions est en harmonie avec le caractère rétroactif de l'acquisition de la propriété par prescription acquisitive*»²²⁹.

ACQUISTI PER USUCAPIONE E GIUSTIFICAZIONE DELL'ARRICCHIMENTO

Come accennato, la tesi appena descritta oltre ad introdurre una dissonanza che mette in crisi la stessa configurazione e struttura della fattispecie acquisitiva dell'usucapione, in quanto fossilizzata esclusivamente sul momento finale che conduce all'acquisto, solleva anche questioni in punto di giustificazione causale dell'arricchimento patrimoniale così lucrato da un coniuge²³⁰, per effetto di un possesso iniziato dall'altro prima dell'effettiva adozione del regime legale. Il dibattito dottrinale su punto è alquanto vivace.

dell'usucapione rileva in tutti i suoi momenti (sotto quest'ultimo punto di vista, non sarebbe possibile attribuire al momento finale del possesso un significato maggiore rispetto a quello iniziale, in dissonanza da quanto stabilisce la legge). Senonché tale tesi, autorevolmente sostenuta in dottrina (F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 1979, p. 90 e ss.; R. SACCO- R. CATERINA, *Il Possesso*, in *Trattato Cicu Messineo*, 2014, p. 408 e ss.) non è del tutto pacifica, infatti altra autorevole dottrina ha sostenuto che, in mancanza di una norma che sancisca la retroattività dell'usucapione, opererebbe il principio generale dell'irretroattività (G. CIAN, *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 259; C. M. BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, Milano, 1999, p. 818 e ss.; A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. Rescigno*, 8, II, *Proprietà*, Torino, 2002, p. 570 ss. In questo senso si è espressa la giurisprudenza pratica in Cass. 18 luglio 2008, n. 9984 in *DeJure*).

²²⁸ Ai sensi del quale: «*Restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs*».

²²⁹ Cfr. *JurisClasseur Notarial Formulaire - Encyclopédies - V° Communauté entre époux - Fasc. 30 – Biens propres par origine.*, in *Lexis360.fr*. In termini simili v. anche G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, 1992^{6éd.}, p. 349; nonché F. TERRÉ et PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 7^{éd.}, 2015, n° 284; ed ancora P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 ^{7éd.}, p. 150 ove si afferma testualmente che «*Lorsqu'il s'agit d'une usucapion commencée avant le mariage, peu importe qu'elle ne s'achève qu'après le début de la communauté: le bien est propre. L'article 1405, al. 1, se réfère en effet expressément aux biens dont les époux avaient "la possession au jour de la célébration du mariage" (plus précisément, il faudrait dire: "lors du commencement du régime")*».

È da rilevare, in ogni caso, come questa conclusione parrebbe agevolata dalla circostanza che la disposizione francese citata contiene l'esplicito riferimento alla *possession* del bene prima del matrimonio, ed il possesso è elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva dell'usucapione.

²³⁰ O dal soggetto unito civilmente, in caso di unione civile *ex Lege* n.76/2016.

Vi è infatti chi ha rilevato come la vaghezza della norma di cui all'art. 177 lett. a) c.c. abbia dato spazio ad un'interpretazione dottrinale 'adeguatrice'²³¹ che nondimeno sarebbe censurabile poiché, oltre a modificare l'ordinario operare delle regole generali, assumerebbe tratti di chiara incoerenza anche con riferimento alla disciplina della comunione legale stessa, contraddicendo la sua *ratio* consistente nella perequazione patrimoniale automatica a favore del coniuge economicamente più debole, che nella *mens legis* è giustificata dalla valorizzazione del suo contributo, non necessariamente patrimoniale, offerto al *ménage*²³².

La caduta in comunione legale dei beni usucapiti, per il sol fatto che il *tempus ad usucapionem* si sia semplicemente perfezionato *manente comunione*, oltreché distopica sul piano teorico-dogmatico, si risolverebbe così anche in un indebito arricchimento per l'altro coniuge, soprattutto nell'ipotesi in cui il possesso sia iniziato molto tempo prima del matrimonio²³³.

L'assunto, *in apicibus*, porterebbe infatti al singolare esito per cui, nel caso in cui un soggetto abbia esercitato il possesso pacifico e continuato per diciannove anni e trecentosessantaquattro giorni, e adotti il regime legale solo il giorno successivo, l'altro *partner* acquisterebbe automaticamente il diritto, senza il minimo sacrificio da questi condiviso.

Ciò che – come rilevato – avrebbe il sapore di un indebito arricchimento da parte di quest'ultimo, contraddicendo il criterio della parità sostanziale tra i coniugi²³⁴, e ancor prima il principio del diritto privato generale a mente del quale *Aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria locupletiore fieri*²³⁵.

A questa critica ha replicato altra Dottrina, adducendo in contrario come la "logica pareggiatrice" del regime legale prescindere da calcoli minuti ed osservando come, in concreto, per determinare una partecipazione agli incrementi patrimoniali dopo le nozze, la comunione debba necessariamente

²³¹ Sostanzialmente svolta mediante il ricorso al principio costituzionale dell'uguaglianza tra i coniugi ex art. 29 Cost..

²³²R. SCOTTI, *L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale*, in *Notariato*, 1/2009, p. 27

²³³ «Quand'anche si volesse riconoscere prevalenza alla disciplina della comunione legale rispetto ai principi dettati in tema di usucapione, l'elemento impeditivo alla caduta in comunione si scorgerebbe proprio nel principio ispiratore della riforma del diritto di famiglia» R. SCOTTI, *L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale cit.*

²³⁴ In questo senso V. MIRMINA, *Regime patrimoniale della famiglia e usucapione*, Nota a Cass. 11 agosto 2016, n. 17033, in *Giur. It.*, aprile 2017, p. 839 il quale afferma che favorire in modo indiscriminato la comunione facendola prevalere anche sui principi che regolano l'usucapione, in assenza di una espressa previsione normativa, potrebbe portare a compromettere l'equilibrio delle posizioni economiche dei coniugi che la comunione stessa tende a tutelare.

²³⁵ *De iure condendo*, onde temperare i rilievi da ultimo riportati e mediare tra le ragioni della comunione legale e quelle del coniuge possidente *ante communionem*, una tesi intermedia per determinare se l'acquisto sia personale o comune potrebbe essere quella di stabilire, quanto meno, quale sia il periodo di tempo maggiore (anteriore o posteriore alle nozze) in cui il possesso è stato esercitato. Una simile soluzione, tuttavia, sarebbe rispondente più a ragioni sostanziali di equità, e non supererebbe in ogni caso i rilievi, di carattere dogmatico, illustrati nel testo.

ancorarsi ad un momento che non potrebbe essere altro momento se non quello dell'acquisto, cioè del perfezionamento della fattispecie acquisitiva. Sotto altro versante, non potrebbe dirsi arricchimento indebito quello previsto e voluto dalla legge, perché trova la sua causa sufficiente nelle regole stesse del regime legale²³⁶.

In questa prospettiva, si dovrebbe così affermare che l'automatismo degli acquisti operi quale giustificazione causale dell'arricchimento del coniuge non possessore-usucapente, oppure si dovrebbe constatare che, nel regime comunitario, l'automatismo sancito *ope legis* agisca a prescindere dalla necessità di un fondamento causale.

ACQUISTI PER ACCESSIONE E COMUNIONE LEGALE

Se, dunque, si registra una sensibile modificazione delle regole in tema di acquisti per usucapione, a margine della medesima disposizione ex art. 177 lett. a) c.c.), la giurisprudenza pratica²³⁷ ha consolidato un orientamento diverso in relazione ad un'altra fattispecie acquisitiva a titolo originario: l'acquisto per accessione ex art. 934 c.c., con speciale riferimento all'ipotesi di edificio realizzato su fondo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, negando, invece, il suo ingresso nella comunione legale, e proclamando, con pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite²³⁸, l'operare delle regole di diritto comune.

A favore di questo esito è stato speso il duplice argomento per cui, da un lato, secondo l'asserto tradizionale l'accessione non configurerebbe una fattispecie di vero e proprio "acquisto", bensì la mera "estensione" quantitativa, in verticale, del diritto del proprietario del fondo²³⁹ e, dall'altro, il

²³⁶ G. OBERTO, *La comunione legale*, cit., p. 436.

²³⁷ Cass. civ. Sez. II, 27 giugno 2018, n. 27412; Cass. civ. Sez. II, 23 luglio 2008, n. 20296, Cass. civ. Sez. I 14 aprile 2004 n.7060; Cass. civ. 22 aprile 1998 n. 4076, le quali confermano l'orientamento sancito dalla pronuncia a Sezioni Unite del 27 gennaio 1996, n. 651 in *Corriere Giur.* 1996, p. 556, con nota di E. QUADRI *Definitiva la sorte della costruzione sul suolo di uno dei coniugi*.

²³⁸ Cass. SS.UU. 27 gennaio 1996, n. 651 in *Corriere Giur.* 1996, p. 556, con nota di E. QUADRI *Definitiva la sorte della costruzione sul suolo di uno dei coniugi*; in *Fam. dir.* 1996, p. 220 ss. con nota di A. CECCHERINI *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali della costruzione*; in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, I, p. 800 con nota di F. REGINE *Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.* 1997, I, 1, p. 370 ss. con nota di C. DALIA, *La definizione del «difficile» rapporto intercorrente tra il regime di comunione legale dei beni e il principio dell'accessione*.

²³⁹ Nell'imminenza della riforma si era già espresso in questo senso G. DI TRANSO, *Comunione legale tra coniugi e acquisto per accessione*, in *Vita not.*, 1978, p.1270, nonché M. IEVA, *Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1983, p. 713 ss., e ID., *Ancora in tema di conflitto tra il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1984, p.1193. La tesi ripropone, anche in questo ambito, un'opinione tradizionale nella civilistica circa la natura del fenomeno dell'accessione (v. per tutti, G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972, p. 126, il quale riprendendo il pensiero di M. Allara, afferma che il bene che si unisce a quello principale perderebbe la sua individualità e non sarebbe oggetto di proprietà distinta rispetto a quella già esistente sulla cosa principale, ma della stessa proprietà). Questa tesi si adagia sul principio tradizionale, che si farebbe risalire alla tradizione romanistica, secondo cui *superficies solo cedit*, a mente del quale, dunque, ogni cosa incorporata

rilievo che nell'ordinamento le ipotesi di separazione tra la titolarità della proprietà del suolo e quella della proprietà dell'edificio richiedono una specifica ed esplicita pattuizione contrattuale o una altrettanto specifica disposizione di legge (come, appunto, nel caso della proprietà superficaria o del condominio negli edifici), non trovando deroga invece nella disciplina della comunione legale tra i coniugi²⁴⁰.

In un simile contesto, la norma sul coacquisto automatico non avrebbe una valenza derogatoria, poiché sarebbe priva dei caratteri di norma speciale rispetto all'art. 934 c.c. (essendo bensì norma di generale applicazione per la comunione legale), e comunque sarebbe manchevole di un contenuto precettivo specificatamente contrastante col principio dell'accessione, che non potrebbe desumersi in via interpretativa. Anche nell'ipotesi di una eventuale deroga al principio medesimo, la risultante sarebbe il sorgere di un diritto di superficie *ope legis*, in aperto antagonismo con quanto disposto dagli artt. 952 e ss. c.c., e col principio per cui il proprietario non può avere diritti reali limitati su beni di cui è in pari tempo il titolare²⁴¹.

Riguardo a questo peculiare modo di acquisto della proprietà, l'elaborazione interpretativa dominante non si sarebbe dunque spinta (come risulta aver fatto in materia di usucapione) a rovesciare le regole del diritto comune, avendo cura di sottolineare come quelle ordinarie sull'accessione possano venir

al suolo andrebbe riguardata come accessorio di questa, a prescindere dalla questione di ogni calcolo pecuniario. Le fonti romane rivelerebbero tuttavia come, almeno in età giustiniana, tale principio già operasse solo in termini di presunzione (come nel vigente art. 936 c.c.) essendo concepibile, almeno per gli edifici, la considerazione della superficie quale entità giuridica distinta dal suolo: nelle fonti si fa parola, infatti, di *praedia superficaria* accanto al suolo (D. 10,2,10), e si riscontra come la *superficies* possa essere suscettibile di rapporti separati dal suolo quali la *possessio* (D.20,1,13,3) e la *traditio* (D. 43,18,1,7). Con ciò, è stato osservato che veniva sancita la possibilità di un dominio separato dei vari piani dell'edificio stesso (B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972^{4ed} p. 246). Quest'ultimo esito, si aggiunge, è di particolare momento se a margine si considera che già dall'inizio del I sec. d.C. a Roma si era ampiamente diffusa, per il popolo romano, la soluzione abitativa della *insula* (corrispondente all'attuale condominio, con più piani degli edifici, ciascuno abitato da diverse famiglie); i ceti più abbienti invece risiedevano nelle ben più lussuose ville monofamiliari a piano unico fuori terra, chiamate *domus* (e costruite secondo una ben precisa architettura, cfr. U.E. PAOLI, *La casa romana*, in ID. *Vita Romana*, Milano, 2000, p. 51), in cui evidentemente il problema di configurare una proprietà superficaria, distinta da quella del suolo, non si poneva.

²⁴⁰ Puntualmente in questi termini si è espressa di recente Cass. 27 giugno 2018, n. 27412 cit., al punto 6 della parte motiva. La tesi era già criticata da T. AULETTA, *Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore dei coniugi proprietari del fondo* in *Giust. Civ.* 1998 p. 2835 (Nota a Cass. 22 aprile 1998 n. 4076) secondo cui, viceversa, «il principio dell'accessione può essere derogato dalla legge (oltre che dal titolo) senza richiedere che detta deroga venga stabilita espressamente. L'essere l'accessione una modalità generale di acquisto della proprietà non giustifica dunque un'interpretazione riduttiva della formula che rimette alla legge il potere di disporre diversamente».

²⁴¹ F. CIMEI, *In tema di costruzione realizzata sul suolo di proprietà personale di uno dei coniugi in regime di comunione legale* in *Giur. it.*, 1992, I,1, c. 2143 il quale osserva come «un diritto superficiale avente titolo nella legge è del tutto nuovo rispetto al sistema posto che nella disciplina degli artt. 952 c.c. tale diritto ha origine sempre e soltanto in un atto dispositivo».

meno solo per effetto di una esplicita deroga di legge: deroga che non potrebbe essere apportata da una norma di carattere generale quale sarebbe, appunto, quella contenuta nell'art. 177 lett. a) c.c.²⁴². Le argomentazioni addotte parrebbero offrire, tuttavia, lo spunto per rilevare come l'automatismo dell'acquisto avrebbe luogo anche nel caso di acquisto per usucapione, ed invero la sentenza che accerta l'usucapione ha valore meramente dichiarativo. In quest'ottica, non risulterebbe così pienamente nitido il criterio discretivo tra le fattispecie esaminate, tale da giustificare un trattamento giuridico diverso.

La giurisprudenza teorica in materia, invece, appare ancora divisa. Vi è chi abbraccia la tesi negativa e condivide le argomentazioni ormai da tempo accreditate dalla Suprema Corte²⁴³ e vi è chi, invece, in senso diametralmente opposto, sposa la tesi positiva²⁴⁴, qualificando la regola di cui all'art. 177

²⁴² L'estensione della comunione anche alle costruzioni edificate sul suolo personale di uno dei coniugi finirebbe, in definitiva, per privare il coniuge proprietario non solo di una quota pari a metà del fabbricato realizzato, ma anche, nella stessa misura, del diritto di superficie, e comunque di parte della potenzialità edificatoria del suolo, determinando un'ingiustificata menomazione dei diritti da lui vantati sul medesimo. Il diritto di proprietà sul suolo non potrebbe dunque venire snaturato dall'assoggettamento della nuova opera al regime della comunione, ex art. 177 lett. a) c.c., poiché in tal modo verrebbe lesa una delle principali facoltà che qualificano la proprietà ex art. 832 c.c.: *lo ius aedificandi* (cfr. A. MICCIO, Commento a Cass. 12 maggio 1999 n. 4716, in *Notariato* 2/2000, p. 133). Detta estensione, in conclusione, realizzerebbe una forma inammissibile di esproprio a favore della comunione in relazione ad un bene - il suolo del coniuge - pur rientrante, invece, fra quelli esclusi dalla comunione ai sensi di legge, ex art. 179 c.c. (cfr. F. CORSI, *Accessione e comunione legale*, in *Riv. not.*, 1992, II, p. 1391).

²⁴³ Già prima dell'intervento risolutore delle Sezioni Unite, in Dottrina, M. IEVA, *Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1983, p. 797 e ss, nonché ID., *Ancora in tema di conflitto tra principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1984, p. 1193; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, III, Padova, 1992, p. 99; F. CIMEI, *op. ult. cit.*, c. 2142 ss..

Successivamente, C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001; A. CECCHERINI *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali della costruzione* in *Fam. dir.* 1996, p. 223 ss; A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Fam. dir.* 11/2008, p. 1067 ss.; E. SPITALI, *L'oggetto della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², p. 134-139. Sembra invece ricollegare il carattere comune o meno della costruzione alla natura (comune o meno) del denaro impiegato M. GIORGIANNI, *Costruzioni e miglioramenti effettuati su beni personali in regime di comunione legale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 879.

²⁴⁴ A. GENTILI, *Acquisti per accessione e comunione legale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, p. 696 ss.; M. NUZZO, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984, p. 116 ss; F. GERBO, *Chiose minime in ordine alle interferenze tra il regime patrimoniale tra coniugi ed il principio dell'accessione*, in *Riv. not.*, 1985, p. 428; A. LUMINOSO, *Accessione e altre vicende delle cose nella comunione legale*, in *Riv. not.*, 1985, p. 778 ss., F. REGINE *Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi: l'intervento delle Sezioni Unite in Nuova giur. civ. comm.* 1996, I, p. 800; C. DALIA, *La definizione del «difficile» rapporto intercorrente tra il regime di comunione legale dei beni e il principio dell'accessione* in *Giur. it.* 1997, I, 1, p. 370 ss.. T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato Bessone*, Vol. IV, tomo II, Torino, 1999, p. 65 e ss. è favorevole alla caduta in comunione dell'immobile edificato sul terreno personale di un coniuge. L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato Rescigno*, 3, II, Torino, 1996, p. 485, modificando la propria *opinione*, di segno opposto, che invece aveva espresso nella prima versione della medesima opera (1982, p. 433), sostiene l'ingresso in comunione della proprietà superficaria dell'immobile di nuova costruzione edificato sul suolo di proprietà esclusiva di un coniuge.

lett. a) c.c. come una regola che si attergerebbe in termini di specialità anche rispetto a quella in materia di accessione e dunque - sulla base del citato criterio di specialità enunciato dal brocardo *lex specialis derogat legi generali* - anche le regole sull'accessione potrebbero qui essere disattese²⁴⁵.

Vi è chi, infine, pur negando la configurabilità di un rapporto di genere a specie tra gli artt. 934 e 177 lett. a) c.c. ha comunque affermato, rispetto alla costruzione edificata sul bene personale, il sorgere di un diritto di superficie a favore della comunione, alla luce del combinato operare delle due norme dianzi citate, in base a cui la costruzione diverrebbe di proprietà del coniuge titolare del suolo in virtù delle regole in tema d'accessione, ma tale acquisto costituirebbe proprio il presupposto per il suo ritrasferimento automatico alla comunione²⁴⁶.

Anche per questa fattispecie, poi, il confronto comparatistico dimostra una tendenza costante nell'ordinamento d'Oltralpe ad applicare le regole generali del *droit des biens* specificate nell'art. 1406 alinéa I *code civil* con la conseguente qualificazione come personali dei beni, ivi compresi indistintamente anche i beni immobili, che siano incorporati a beni personali, "*sauf récompense*" a favore dell'altro coniuge²⁴⁷.

Questa circostanza parrebbe attestare, ulteriormente, come l'introduzione della disciplina della comunione legale nel quadro di un sistema a cui, storicamente e socialmente, non era propria, mediante un impianto normativo lacunoso e dal lessico problematico abbia comportato, nel nostro ordinamento, il sorgere di questioni che (altrove) erano già state rappresentate e appositamente regolate, con la conseguenza di una ricca elaborazione giurisprudenziale in cui si percepisce la dialettica tra la ricerca di un equilibrio col rispetto del quadro concettuale e normativo dell'ordinamento privatistico e la disinvoltura nella celebrazione del carattere 'dirompente' della normativa del regime legale rispetto alle ordinarie regole del diritto privato patrimoniale.

²⁴⁵ F. FAROLFI, *Due questioni in tema di comunione legale dei beni*, in *Famiglia e diritto* n. 4/2009, p. 357, Nota a Cass. 23 luglio 2008 n. 20296 *cit.*.

²⁴⁶ G. OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, I, p. 472 (la soluzione proposta invece non varrebbe, in ogni caso, per le piantagioni proprio perché in relazione ad esse la legge esclude espressamente la possibilità della costituzione di un diritto di superficie separato dalla proprietà del fondo *cf.* art. 956 c.c.).

²⁴⁷ Nella giurisprudenza pratica, si segnala in particolare Chambre Commercial de la Cour de Cassation 24 giugno 2003, 2 n. 00-14.645, in *Recueil Dalloz*, 2003, p.2167, note DELMOTTE; in *Recueil Dalloz Sommaires*, 2004, p. 51, obs. LE CORRE; in *JCP Semaine Juridique* 2004, I, 115, n. 8, obs. PÉTEL; *ibid.* 129, n. 13, obs. SIMLER; in *Droit de la famille*, 2003, n. 104, note BEIGNIER; nonché Cass. Civ. 1^{re} 26 settembre 2012, 5 n° 11-20.196 in *Recueil Dalloz* 2012 p. 2307; in *Révue trimestrelle de droit civil* 2012, p. 765, obs. VAREILLE. In precedenza Cass. Civ. 1^{re}, 6 luglio 1982 in *Bull. Civ. I*, n.249; Cass. civ. 6 giugno 1990, in *Révue trimestrelle de droit civil* 1991, p. 589 obs. LUCET et VAREILLE. In senso conforme nella giurisprudenza di merito, si sono espressi Trib. Riom, 3 maggio 2016, n. 14/00841 e Trib. Bastia 27 marzo 2013 n. 11/00028, in *Méga Code Civil Dalloz* 2021/2022, *sub* art. 1406.

Nelle trattazioni manualistiche vedasi P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 ^{7éd.}, pp. 160-161.

Volgendo lo sguardo al profilo della giustificazione degli arricchimenti, occorre inoltre osservare che, con riferimento al caso dell'immobile edificato da un coniuge su un fondo di proprietà esclusiva dell'altro, la giurisprudenza pratica, fermo – come detto – l'operare della regola generale in tema di acquisto dello stesso per accessione, ha riconosciuto la necessità di garantire una tutela del coniuge non proprietario del fondo: tale salvaguardia, secondo i giudici, opererebbe su un piano obbligatorio e non reale, facendo sorgere in capo all'altro coniuge un diritto di credito²⁴⁸.

Tale credito è stato ipotizzato ove quest'ultimo con denaro, appunto, personale, abbia sovvenzionato l'edificazione, oppure a vantaggio della comunione ove per finanziare la costruzione siano stati effettuati prelievi dal peculio comune. La soluzione, messa a punto per l'edificazione, è stata applicata anche a margine della ristrutturazione dell'immobile stesso, ove la giurisprudenza pratica ha ritenuto di configurare la sussistenza di un indebito oggettivo, sulla scorta del richiamo all'art. 2033 c.c.²⁴⁹.

L'esito, tuttavia, sembra foriero di ulteriori problematiche interpretative, sia per quanto riguarda il presupposto utile per l'effettiva nascita di tale diritto relativo, sia per la sua esatta configurazione giuridica e disciplina, sia, ancora, perché i soggetti coinvolti sono legati da una relazione qualificata con cui la figura dell'indebito deve necessariamente confrontarsi. Questi aspetti, che pertengono al modo di operare delle regole in tema di giustificazione degli arricchimenti nel quadro dei rapporti patrimoniali della famiglia, saranno oggetto di apposita attenzione, all'interno del presente studio (nel Cap. 9), a cui si rimanda.

²⁴⁸ «Nel regime di comunione legale, la costruzione realizzata durante il matrimonio da entrambi i coniugi, sul suolo di proprietà personale ed esclusiva di uno di essi, appartiene esclusivamente a quest'ultimo in virtù delle disposizioni generali in materia di accessione e pertanto non costituisce oggetto della comunione legale, ai sensi dell'art. 177 comma 1 lett. b) c.c.. In siffatta ipotesi, la tutela del coniuge non proprietario del suolo opera non sul piano del diritto reale (nel senso che in mancanza di un titolo o di una norma non può vantare alcun diritto di comproprietà, anche superficiaria, sulla costruzione), ma sul piano obbligatorio, nel senso che a costui compete un diritto di credito relativo alla metà del valore dei materiali e della manodopera impiegati nella costruzione»: Cass. SS.UU. 27 gennaio 1996, n. 651 in *Fam. dir.* 1996, p. 220 ss. con nota di A. CECCHERINI *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali della costruzione*; in *Nuova giur. civ. comm.* 1996, I, p. 800 con nota di F. REGINE *Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.* 1997, I, 1, p. 370 ss. con nota di C. DALIA, *La definizione del «difficile» rapporto intercorrente tra il regime di comunione legale dei beni e il principio dell'accessione*.

²⁴⁹ Cass. civ. 14 aprile 2004, n. 7060, in *Riv. not.* 2004, p. 1483: «...la costruzione realizzata in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale da entrambi i coniugi sul terreno di proprietà personale esclusiva di uno di essi è a sua volta proprietà personale ed esclusiva di quest'ultimo in virtù dei principi generali in materia di accessione, mentre al coniuge non proprietario che abbia contribuito all'onere della costruzione spetta, ai sensi dell'art. 2033 c.c., il diritto di ripetere nei confronti dell'altro coniuge le somme spese». In senso conforme, di recente Cass. civ. 27 giugno 2018, n. 27412, *cit.*

5.

COMUNIONE LEGALE E AMMINISTRAZIONE

In relazione alla fisionomia della comunione legale, di cui si sono già sottolineate le caratteristiche che la renderebbero irriducibile alla comunione ordinaria – e quindi sottratta alla disciplina di diritto comune che la regola, nonché ai relativi principi – un ulteriore tema di indagine riguarda la coerenza, rispetto al diritto privato generale, delle scelte operate dal legislatore in tema di norme sull'amministrazione dei beni della comunione.

Giova ricordare ancora come anche la valutazione complessiva delle regole dettate sulla ripartizione, l'esercizio, e gli effetti del potere di amministrare la comunione legale – che sollevano non pochi problemi interpretativi e di disciplina – non rappresentino la semplice conseguenza di scelte concernenti l'oggetto della comunione, bensì risultano particolarmente indicative in ordine alla sua stessa struttura; cioè alla connotazione della situazione giuridica che viene a determinarsi, in capo ai coniugi, sui “beni” che costituiscono oggetto della comunione immediata²⁵⁰.

Detto altrimenti, le norme di cui agli artt. 180 e 184 c.c. assumono un ruolo centrale nella stessa conformazione strutturale dell'intero istituto, e non a caso, come si è già avuto modo di osservare, i più significativi interventi giurisprudenziali che hanno contribuito a plasmare le peculiarità del regime legale hanno riguardato proprio le norme in materia di amministrazione²⁵¹.

L'amministrazione disgiunta dei beni della comunione legale rappresenta, a ben vedere, la regola che ha consentito di proporre la nozione di proprietà solidale, intorno a cui la giurisprudenza pratica ha poi in via interpretativa ricostruito sistematicamente gli aspetti più complessi e originali dell'istituto. Similmente, le concezioni che riconducono l'istituto alla categoria dogmatica tradizionale della comunione intesa come contitolarità hanno ravvisato, nelle norme sull'amministrazione, un'anomalia rispetto all'operare dei principi e delle regole del diritto privato generale, salvo dover constatare che queste delineano e compongono un “ceppo normativo” autonomo, che trova il suo unico fondamento nell'espressione di una logica peculiare ed autosufficiente.

Se la comunione ordinaria transita necessariamente attraverso lo schema della contitolarità di un diritto, secondo cui i singoli compartecipi possono disporre validamente della singola quota, ma solo congiuntamente dell'intero bene (pena l'inefficacia dell'atto dispositivo, in quanto atto compiuto *a non domino*), nella comunione legale il profilo dinamico dell'amministrazione dei beni appare

²⁵⁰ F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², p. 318.

²⁵¹ F. ANELLI, *op. ult. cit.*, p. 308.

caratterizzato dalla netta distinzione tra “titolarità” (comune) del diritto, e “legittimazione” (disgiunta o congiunta a seconda del tipo di atto) a disporre dei beni per l’intero (*cf.* art. 180 c.c.).

La conferma della centralità dell’amministrazione in ordine alla qualificazione della comunione sembra, peraltro, confermata dall’art. 210 co. III c.c., che sancisce l’inderogabilità delle regole relative all’amministrazione dei beni stessi.

*CONTRATTI RELATIVI ALLA CONCESSIONE O ACQUISTO DI DIRITTI
PERSONALI DI GODIMENTO. UN SOTTOSISTEMA CON LOGICHE PROPRIE,
IRRIDUCIBILE ALLE CATEGORIE GENERALI*

Si è già fatto cenno a come le norme in tema di amministrazione abbiano un’incidenza sul piano sistematico.

In quest’ottica sembra porsi, in particolare, la regola di cui all’art. 180 comma II c.c., in punto di stipulazione dei contratti con cui si concedono o si acquistano *diritti personali di godimento*, che il legislatore accosta agli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, spettanti a entrambi i coniugi congiuntamente.

La norma pone un non trascurabile problema di interpretazione e coordinamento sistematico, considerato, anzitutto, che una diversa norma del codice civile definisce la stipulazione di contratti di locazione quali atti di straordinaria amministrazione, solo allorquando si tratti di locazioni *ultranovennali* (art. 1572 c.c.).

Il carattere eccentrico di questa norma, rispetto al sistema, risulta tuttavia contenuto dall’intervento ortopedico della dottrina che, soprattutto sulla scorta dell’esame dei lavori preparatori e delle precedenti versioni del progetto di legge, ha messo in luce l’intento originario del legislatore di riservare al consenso di entrambi i coniugi segnatamente gli atti riguardanti la residenza familiare, nel tentativo di ridimensionare l’orizzonte operativo della previsione normativa ai soli diritti personali di godimento relativi ai beni immobili²⁵².

Sotto altro versante, l’elaborazione dottrinale appare affaticata ad offrire le più varie e possibili soluzioni ermeneutiche per questa norma, anche abbandonando criteri aprioristici, o la ricerca di riferimenti nel serbatoio del diritto comune, nello sforzo di trovare interpretazioni coerenti al lume della sua *ratio* peculiare all’interno del sotto-sistema di regole in cui essa si colloca.

²⁵² M. PALADINI, *Della comunione legale*, in *Commentario Gabrielli*, sub art. 180 c.c., Torino, 2010, pp. 84-86; F. ANELLI, *L’amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012, p. 367.

Per esempio, la riconduzione all'agire congiunto ad una categoria di operazioni economiche con riferimento esclusivo alla connotazione tipologica del relativo contratto, è stata corretta, sul piano ermeneutico, anche a costo di prospettare un'interpretazione antiletterale, qualificando il singolo atto in termini di ordinaria o straordinaria amministrazione alla luce della sua effettiva incidenza, rispetto al soddisfacimento di esigenze comuni alla famiglia (si pensi alla locazione della casa familiare o della casa delle vacanze), ovvero al soddisfacimento di esigenze individuali; o ancora, tenendo a mente, come indice di qualificazione, l'incidenza economica del singolo atto, di volta in volta compiuto, avuto riguardo alle disponibilità economiche concrete della coppia²⁵³.

Trattasi di interpretazioni che, a ben vedere, partono da un dato letterale che già si pone in termini distonici, sul piano sistematico, rispetto al contenuto delle esistenti regole codicistiche e che, preso atto dell'ardito coordinamento con queste (si pensi all'art. 1108 c.c. e al già evocato art. 1572 c.c.), e constatata la necessità di darne una lettura restrittiva²⁵⁴, approdano ad interpretazioni caratterizzate da un grado di autonomia e autoreferenzialità necessariamente circoscritto al peculiare luogo normativo della comunione legale, ma difficilmente estensibili ad altri luoghi normativi.

REGOLE GENERALI E REGOLE SPECIALI

L'esclusione delle ordinarie regole del diritto comune dal campo dell'amministrazione dei beni nel regime legale è segnalata anche dalla manualistica d'Oltralpe in relazione all'ordinamento positivo francese, con le caratteristiche proprie della relativa disciplina.

La modalità di amministrazione dei beni facenti parte della massa comune non corrisponde, infatti, a quella prevista per la comunione ordinaria, ossia *l'indivision*.

Le attuali norme in tema di amministrazione dell'*indivision*, come delineate dagli artt. 815 ss. del *code civil* (riformate dalla Loi 2006-7 del 23 Juin 2006) prevedono che tutti gli atti di amministrazione (senza distinguere tra ordinaria e straordinaria) possano essere compiuti dalla maggioranza dei 2/3 dei comproprietari (ristrutturazione, locazione, etc.). La stessa maggioranza può conferire ad uno dei compartecipi, o ad un terzo, un mandato generale ad amministrare il bene indiviso, salvo in ogni caso l'obbligo di informare gli altri *indivisaires*, a pena di inopponibilità delle decisioni assunte. Gli atti

²⁵³ F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, cit., pp. 368-370; L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in *Il diritto di famiglia*, III, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, p. 256.

²⁵⁴ Per tutti, L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in Auletta (a cura di), *Il diritto di famiglia*, III, *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Bessone*, Torino, 2011, p. 256 e 305. Del resto, se ci si attenesse al semplice portato letterale della disposizione, si è posta in luce l'«assurdità di considerare atto di “straordinaria” amministrazione qualsiasi contratto di locazione, comodato o noleggio di beni comuni (e così pure il prestito di un libro!)» così P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), Padova, 1992, III, p. 178.

di disposizione del bene comune (alienazione, costituzione di diritti reali) richiedono invece l'unanimità dei comproprietari; tuttavia, la vendita di beni mobili allo scopo di pagare i debiti e gli oneri della *indivision* può essere decisa dalla maggioranza dei 2/3.

Questi principi non si applicano alla *communauté* le cui regole appaiono incise dalla peculiare destinazione dei suoi beni al soddisfacimento dei bisogni famigliari, a cui entrambi i coniugi hanno il potere - e il dovere - di ottemperare. Come icasticamente evidenziato dalla dottrina d'Oltralpe, nel regime legale le regole sull'amministrazione non discendono da una mera *question de propriété*, ma attengono piuttosto ad una *question de pouvoirs*²⁵⁵. Le regole sulla gestione dei beni comuni si propongono infatti di garantire l'indipendenza operativa dei due coniugi, ma quest'ultima è concepita e giustificata tenendo conto della coppia ed in vista del perseguimento dell'interesse comune. Per questo i diritti, anche autonomi, a disposizione di ciascun coniuge sono talora addirittura qualificati come *droits-fonctions*, ossia come potestà, attesa la finalità del loro esercizio a favore della comunione²⁵⁶; ed è rispetto a questa che la stessa legge sanziona gli atti di un coniuge, qualora siano compiuti *en fraude* o *de façon fautive*.

Guardando, più in dettaglio, alle regole operative, diversamente da quanto previsto in tema di *indivision*, i poteri di amministrazione attribuiti al singolo coniuge coinvolgono anche gli atti di disposizione.

Nell'odierno ordinamento positivo, come delineato dall'ultima riforma del 1985, il principio generale sull'amministrazione dei beni comuni è proprio quello della *gestion concurrente* (ossia l'amministrazione disgiunta) sancito dall'art. 1421 del *code*, per cui ciascun coniuge ha dei poteri propri ed autonomi in forza dei quali l'atto gestorio compiuto da uno solo di essi è perfettamente valido, salvo i casi specifici in cui la legge preveda espressamente la *gestion conjointe* o *cogestion* (amministrazione congiunta). Per descrivere questa situazione la manualistica d'Oltralpe utilizza il termine *dyarchie*, e ricorre alla metafora dell'*aigle à deux têtes*²⁵⁷.

²⁵⁵ FLOUR J. - CHAMPENOIS G., *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 2001, 2^a ed., p. 4.

²⁵⁶ M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parigi, 2017 (6^a ed.), n. 139.60, p. 204.

²⁵⁷ MALAURIE PH. – AYNES L., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 (7 ed.), p. 198. Ciascun coniuge può dunque, da solo, alienare a titolo oneroso la maggior parte dei beni mobili: per inciso è da osservare che per i mobili non registrati trova comunque applicazione la regola generale per cui il possesso vale titolo, sancita dall' art. 2276 alinéa 1 del *code*. Tra gli atti di disposizione è naturalmente compreso l'utilizzo del denaro comune, che può essere liberamente speso dal coniuge per l'acquisto di beni (che diverranno comuni) o per altri impieghi (salvo il caso di liberalità). Del pari ciascun coniuge può prelevare somme da un conto corrente bancario e l'impiego di queste somme "*est présumé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté*" salvo l'onere di informare l'altro coniuge sulla destinazione di tali somme, ma solo al momento dello scioglimento del regime (Cass. 1^{re} Civ. 23 avril 2003, in *Recueil Dalloz* 2003, 2597, *observations* V. Brémont). Ogni coniuge può altresì incassare autonomamente le somme dovute alla comunione, anche se il credito era

È appena il caso di sottolineare come l'ordinamento francese, diversamente da quello italiano, per distinguere tra amministrazione disgiunta e congiunta non utilizzi un criterio astratto legato al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto da compiere, bensì indica, in concreto, quali siano gli atti che necessitano del consenso di entrambi i coniugi, per essere compiuti validamente (per quanto esteso, l'ambito applicativo della *cogestion* rimane, dunque, limitato).

Trattasi, precisamente, degli atti di particolare delicatezza e importanza elencati dagli articoli 1422-1424, ossia tutte le alienazioni a titolo gratuito riguardanti ogni tipo di bene (art. 1422)²⁵⁸, nonché le alienazioni a titolo oneroso dei beni immobili, la costituzione di diritti reali su questi ultimi, nonché la percezione di capitali provenienti da queste operazioni, per cui è richiesta l'amministrazione congiunta (art. 1424): i c.d. *actes graves*.

Viene riservata all'amministrazione congiunta anche la stipulazione di contratti di locazione commerciale riguardanti beni di particolare importanza economica (*fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal dépendant de la communauté*), mentre tutti gli altri contratti di locazione possono essere stipulati in via disgiuntiva dal singolo coniuge (art. 1425)

Infine, anche qui il regime primario esercita la sua pregnante incidenza, poiché l'art. 215 alinéa 3 del *code* riserva all'amministrazione congiunta tutti gli atti riguardanti i diritti (reali o personali che siano) che coinvolgono l'alloggio familiare ed il mobilio che lo arreda: regola che - il punto merita di esser sottolineato - è cogente anche per i coniugi che abbiano optato per il regime separatista (sul tema si ritornerà nel prosieguo al Cap. 8)²⁵⁹.

sorto in seguito all'attività compiuta, singolarmente, dall'altro coniuge. Sul punto, vedasi il caso deciso da Cass. 1^{re} civ., 31 Janvier 2006, in *JCP (Semaine Juridique)*, 2006, I, 131, n.16, con osservazioni di Ph. Simler (nella fattispecie il mutuatario di somme prestate dal marito le aveva rimborsate alla moglie; la Corte d'Appello aveva ritenuto che questo pagamento non fosse liberatorio; mentre la Cassazione ha riformato la sentenza impugnata, affermando che anche la coniuge era legittimata a ricevere il rimborso della somma mutuata, che deve ritenersi "*presumée dépendre de la communauté*").

²⁵⁸ Secondo la Cassazione (Cass. 1^{re} Civ. 22 octobre 1980, in *Bull. Civ. I*, n. 297) anche i guadagni e salari, che nell'ordinamento francese fanno parte della comunione immediata (nonché i beni acquistati con questi ultimi), possono essere donati senza il consenso dell'altro coniuge. Si ricorda, per inciso, che la legge 13 luglio 1965, pur riconoscendo che i guadagni e i salari costituiscono beni della comunione immediata, ha riconosciuto a ciascun coniuge il potere di disporre liberamente, per l'eccedenza, una volta assolti gli oneri del matrimonio (art. 223 del *code*).

Quanto invece alla fideiussione (*cautionnement*), in passato la Cassazione non la qualificava come atto liberale in senso stretto e pertanto per la sua prestazione non richiedeva il necessario consenso dell'altro coniuge, a pena di invalidità (cfr. Cass 1^{re} civ. 27 janvier, 1982 in *Recueil Dalloz*, 1983, p. 189 note M. VASSEUR: "*une cautionnement même s'il constitue un contrat de bienfaisance, ne peut être assimilé à un acte de disposition à titre gratuit pour lequel le consentement de l'épouse est exigé*"). Dopo la riforma del 1985, ai sensi dell'art. 1415 la fideiussione impegna la *communauté* solo se vi è il consenso di entrambi i coniugi.

L'art. 1423 del *code* stabilisce che un coniuge può legare un bene della *communauté* purché il valore del legato non ecceda la metà del valore dei beni comuni, e purché il bene/i beni in questione vengano effettivamente attribuiti agli eredi del testatore; altrimenti avranno diritto al relativo controvalore.

²⁵⁹ Il medesimo art. 215 alinéa 3 del *code* attribuisce al coniuge che non abbia prestato il consenso all'atto dispositivo dell'altro coniuge, riguardante l'alloggio familiare ed il relativo mobilio, il potere di far annullare l'atto nel termine

E' il caso di rilevare poi come, riguardo allo specifico ambito della gestione delle locazioni, il quadro di regole tratteggiato dal *code* appaia variegato e segnato da un *particularisme* assai accentuato rispetto alla semplicità offerta dalla norma generale in tema di *indivision* ordinaria (per cui serve la maggioranza dei 2/3 per ogni tipo di atto), e in pari tempo registri una diversità rispetto alla controversa regola di cui all'art. 180 comma II del codice civile italiano, che - salvo i rilievi precedentemente svolti – sul piano letterale sembrerebbe invalidare ogni iniziativa del coniuge in questo campo.

A questi due tipi di amministrazione si affianca, da ultimo, una gestione esclusiva (*gestion exclusive*) che riguarda i beni *propres* (quelli già personali prima dell'instaurazione del regime legale e quelli ricevuti per successione o donazione) nonché quelli relativi all'attività professionale separata dei coniugi (*cf.* art. 1421 cpv. del *code* secondo cui il coniuge che esercita una professione separata ha il potere esclusivo di compiere quegli atti di amministrazione di disposizione necessari a quest'ultima).

Pur condividendone la natura, le regole sull'amministrazione della *communauté* sono, in definitiva, totalmente diverse da quelle stabilite per la *indivision*: congegnate per il funzionamento del *ménage* familiare.

AMMINISTRAZIONE CONGIUNTA E INVALIDITÀ DEI NEGOZI

Sempre in punto di amministrazione congiunta della comunione legale, un particolare tema di indagine riguarda proprio gli atti compiuti dal singolo coniuge senza il necessario consenso dell'altro. Se, da un lato, la disposizione posta a regolare l'efficacia esterna del regime di comunione, l'art.184 c.c. è divenuta, secondo un'efficace e spesso ricordata definizione, «insieme la cerniera e la spiegazione di tutto il nuovo regime della proprietà dei coniugi»²⁶⁰, d'altro canto si è sottolineato che proprio nell'art.184 «sono contenute gravissime deroghe ai principi del diritto patrimoniale comune, deroghe quanto mai inopportune perché quei principi meglio avrebbero tutelato il coniuge il cui consenso non è stato richiesto»²⁶¹, rendendo ineludibile l'esigenza di un confronto tra lessico usato dal legislatore della riforma e il complessivo quadro concettuale e dogmatico nel quale il nuovo materiale normativo si è inserito. L'uso peculiare di definizioni, categorie, e clausole generali appartenenti al diritto privato patrimoniale generale solleva così problemi di integrazione della

prescrizionale speciale di *un anno* dal giorno in cui ne abbia avuto conoscenza, ed in ogni caso non oltre l'anno dallo scioglimento della comunione stessa.

²⁶⁰ R. SACCO, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* di Carraro-Oppo-Trabucchi (a cura di), I, Padova, 1977, p. 335.

²⁶¹ G. CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri del diritto di famiglia riformato*, nel *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, di Carraro-Oppo-Trabucchi (a cura di), I, Padova, 1977, p. 57.

disciplina specialistica rispetto a quella generale, suscitando questioni di sistemazione dogmatica e normativa di particolare momento.

Il punto di partenza riguarda, anche qui, l'istituto generale, atteso che l'atto di alienazione di un cespite oggetto della comunione ordinaria, compiuto da un singolo comproprietario, sarebbe inefficace (talora ritenuto sottoposto alla condizione sospensiva che, in sede di eventuale divisione, gli sia attribuito per l'intero).

Nell'ambito della comunione legale, invece, l'atto dispositivo compiuto dal coniuge in relazione al bene comune, senza il consenso dell'altro, si rivela atto efficace, e nondimeno annullabile. La piena efficacia è, infatti, ritenuta conseguenza della fisionomia stessa della comunione legale, priva di quote e tale per cui il singolo coniuge può disporre soltanto dell'intera proprietà. Atteso che ogni coniuge è titolare dell'intero, la violazione della norma di cui all'art. 180 comma II c.c., per la mancanza del consenso dell'altro coniuge, rende l'atto annullabile per irregolare formazione del consenso, in coerenza con la regola privatistica generale per cui tutte le volte in cui il consenso negoziale risulti viziato opera il rimedio dell'annullabilità.

Ciò nondimeno, viene tratteggiata dalla legge una specifica forma di rimedio al vizio del consenso che affligge l'atto dispositivo, che si atteggia come rimedio ancipite: da un lato, l'annullabilità assume tratti inediti, scostandosi dalla sua fisionomia di diritto comune, perché può investire soltanto i beni immobili e i beni mobili registrati, e la relativa azione è sottoposta al più breve termine prescrizione di un anno (anziché di cinque come nella disciplina di diritto comune ai sensi dell'art. 1442 c.c.)²⁶²; dall'altro, se gli atti dispositivi riguardano beni mobili non registrati, si configura in capo al coniuge che aveva agito da solo un obbligo di ricostituire la comunione "in forma specifica" ovvero "per equivalente", sia pure subordinando tale obbligo all'istanza dell'altro coniuge.

²⁶² Anche la brevità del termine prescrizione di un anno, rispetto a quello ordinario di cinque (art. 1442 c.c.), troverebbe la sua peculiare *ratio* proprio nel rapporto qualificato che lega i coniugi, e dunque nella presunta facilità con cui il coniuge pretermesso può venire a conoscenza del compimento dell'atto dispositivo. D'altro canto, verrebbero in rilievo anche le esigenze di certezza e stabilità dell'acquisto da parte del terzo.

Dato il *carattere speciale* dell'azione di annullamento art. 184 c.c., inoltre, la giurisprudenza ritiene strutturalmente non applicabile ad essa la regola generale ex art. 2941 n. 1) c.c. che sancisce la sospensione del termine prescrizione tra coniugi, e ciò proprio perché la prima delle due norme, essendo speciale, deroga alla seconda (Cass. 22 luglio 1987 n. 6369, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 135, con nota di M. FINOCCHIARO, *Alcune precisazioni in margine all'art. 184 c.c.*).

A quest'ultimo esito perviene anche la dottrina d'Oltralpe, che al termine prescrizione biennale ex art. 1427 alinea 2 del *code* ritiene inapplicabile la regola sulla sospensione della prescrizione tra i coniugi (e tra i *partenaires* legati da un PACS) stabilita dall'attuale art. 2236 del *code civil*; la riflessione degli interpreti francesi sembrerebbe tuttavia agganciare l'inapplicabilità della regola testé evocata non tanto al carattere speciale del *délai biennal spécifique* rispetto a quello ordinario quinquennale, quanto al fatto, più specifico, che il *dies a quo* dello stesso decorre, per espressa previsione di legge, dalla conoscenza dell'atto da parte dell'altro coniuge; regola, quest'ultima, da ritenersi speciale, e quindi operante in deroga a quella ex art. 2236 del *code*. Cfr. M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parigi, 2017 (6^a ed.), n. 139.33, p. 202.

Sotto il profilo comparatistico, bisogna rilevare come anche l'ordinamento francese contenga una regola del tutto analoga a quella in commento, sancita all'art. 1427 alinéa 2 *code civil*, e fondata sulla medesima *ratio*, in cui tuttavia emergono queste differenze: da un lato l'invalidità dell'atto viene qualificata in termini di *nullité relative* (coerentemente con quanto stabilito dall'art. 1131 *code civil* a mente del quale «*Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat*»), ed essendo del resto estranea a quell'ordinamento la categoria dogmatica dell'*anfechtbarkeit*, mutuata nel nostro codice civile del 1942 dal sistema tedesco)²⁶³; dall'altro, il termine breve concesso al coniuge pretermesso è di due anni (*délai biennal*) a partire dal giorno in cui l'altro coniuge è venuto a conoscenza dell'atto ovvero dallo scioglimento della *communauté*, in deroga rispetto a quello quinquennale ordinariamente previsto per l'*action en nullité* dall'art. 414-2 cpv. del *code*, conformemente alla regola di cui all'art. 2224 del *code* (come novellato dalla Loi 2008-561 del 17 giugno 2008).

Quanto all'applicazione giurisprudenziale di questa regola, si è rilevato come le corti – per l'ipotesi specifica di giudizio promosso non già dal coniuge pretermesso, ma dalla controparte contraente per l'adempimento del medesimo contratto – abbiano negato che, trascorso il termine annuale per domandare l'annullamento, il suddetto coniuge possa far valere l'annullabilità in via d'eccezione, come invece dovrebbe avvenire in applicazione del principio di cui all'art. 1442 comma IV c.c. secondo cui *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*. Secondo la giurisprudenza di legittimità (di recente, Cass. Civ. sez. II, 22 maggio 2015, n. 10653²⁶⁴), la suddetta deroga si giustificerebbe proprio in ragione della *specialità* che caratterizza il regime di circolazione dei beni della comunione legale²⁶⁵.

²⁶³ Sino alla riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti ad opera dell'*Ordonnance* n. 131 del 2016, il *Code civil* aveva una sola disposizione volta a regolare la *nullité* (art. 1304 *ancien*). Dopo la riforma, la nullità è divenuta oggetto di varie regole più puntuali (artt. 1178-1185) che sono il riflesso di quelle che, da qualche decennio, la *Court de Cassation* aveva già elaborato in riferimento alle nozioni di nullità assoluta e nullità relativa, e dei rispettivi regimi. La prima è volta a proteggere un *intérêt général* (ad essa è ricondotto anche il caso in cui il contratto sia privo di un elemento essenziale c.d. *élément d'existence*, quale il *consentement*), ed è insanabile salva la prescrizione quinquennale dell'*action en nullité*. La seconda volta a proteggere un interesse privato, ed è sanabile mediante *confirmation* da parte del soggetto nel cui interesse è posta.

²⁶⁴ Secondo questa pronuncia, la regola di cui all'art. 1442 c.c., riguardante la prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento del contratto e la corrispondente imprescrittibilità della relativa eccezione, sarebbe una regola generale, non applicabile, neppure in via analogica, al caso disciplinato dalla norma speciale di cui all'art. 184 c.c. in materia di comunione legale tra coniugi.

²⁶⁵ Per l'innanzi, Cass. 27 ottobre 2003 n. 16099 (in *DeIure*), che ha precluso un'applicazione analogica del principio di cui all'art. 1442 comma IV c.c. alla fattispecie dell'illegittima disposizione di beni appartenenti alla comunione legale, che riceverebbe la propria esaustiva disciplina nel disposto ex art. 184 c.c.; tuttavia muovendo dall'assunto che il disposto ex art. 1442 comma IV c.c., lungi dal costituire espressione di un preteso principio generale, rappresenterebbe norma

eccezionale rispetto alla generale prescrittibilità delle azioni di impugnazione negoziale, ha affermato che: «Né rilievo contrario può assumere l'ipotizzato valore di principio generale dell'ordinamento in capo alla regola in oggetto, così da ritenerla applicabile, per via di procedimento analogico (art. 12 cpv. delle disposizioni sulla legge in generale), a tutti i casi che presentino un substrato di fatto analogo a quello considerato dalla medesima regola.

Ed invero, in primo luogo, vi osta la stessa incertezza, che pervade l'ipotesi di valore di principio generale della regola quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum, una ipotesi tuttora dibattuta e già oggetto di disputa sotto l'abrogato codice civile del 1865, contenente disposizione analoga (art. 1302) alla disposizione vigente (art. 1442 c.c.), una ipotesi, appunto, che appare contraddetta dalla raffigurazione che l'art. 1442 c.c. dà di quella regola come eccezione ad altra regola, ossia alla regola di prescrizione dell'azione di annullamento in cinque anni, questa sì applicazione del principio generale dello ordinamento, secondo cui ogni diritto si estingue per prescrizione, così venendo meno - salvo deroghe espresse - effetti e mezzi di tutela dello stesso diritto.

In secondo luogo, poi, con riguardo particolare al procedimento analogico (che è mezzo di integrazione della legge), sono di ostacolo le osservazioni svolte sulla singolarità della comunione legale tra coniugi e sulla specialità del regime di circolazione dei beni relativi, che, peraltro, evidenziano come la disciplina dell'art. 184 c.c. sia di per sé esaustiva e dell'annullamento degli atti di disposizione di beni immobili o mobili registrati, compiuti da un coniuge senza il consenso necessario dell'altro, e della prescrizione dell'azione di annullamento, senza deroga alcuna».

Si rileva che, nel caso deciso con questa pronuncia, solo il coniuge promittente venditore era stato convenuto in giudizio dal promissario acquirente, mentre il coniuge pretermesso era intervenuto volontariamente nel processo, rilevando appunto in via di eccezione l'annullabilità del contratto preliminare. Diversamente, in precedenza, la giurisprudenza aveva ritenuto proponibile l'eccezione di annullamento anche dopo il decorso del termine di prescrizione dell'azione, ma in un caso in cui l'eccezione era stata sollevata dal coniuge direttamente convenuto in giudizio per l'esecuzione del contratto preliminare (Cass. 19 febbraio 1996, n 1279 in *DeJure*).

Come rilevato nella parte motiva della pronuncia sopra riportata, la portata generale, nell'ordinamento privatistico, del principio di imprescrittibilità dei diritti fatti valere in via di eccezione è stato, esso stesso, al centro di un approfondito dibattito dottrinale.

Nella manualistica il principio non viene generalmente affermato, ma è oggetto di specifica menzione solo nei luoghi in cui si illustrano le singole disposizioni che espressamente prevedono una perpetuità dell'eccezione (oltre all'art. 1442 comma IV c.c. in materia di annullamento del contratto, nell'art. 1495 comma III c.c. in materia di prescrizione del diritto del compratore alla garanzia per vizi della cosa venduta, e nell'art. 1667 comma III c.c. in materia di prescrizione del diritto dell'appaltatore alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera). Fuori del peculiare campo del regime dei beni in comunione legale, qui approfondito, anche la giurisprudenza pratica sembra manifestare un'interpretazione restrittiva della regola: solo qualche pronuncia, invero risalente, avrebbe attribuito portata generale all'art. 1442 comma IV c.c. quanto meno in materia contrattuale (dunque oltre e al di fuori dell'azione di annullamento), ponendo in luce come, fuori dell'ambito del contratto, se ne potrebbe semmai argomentare l'eccezionalità (Cass. 28 luglio 1987, n.6542).

Autorevole Dottrina, invece, sostiene che la massima *quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* concreterebbe nell'ordinamento giuridico un principio generale in materia di prescrizione dei diritti, operante anche fuori dalla materia contrattuale. Ciò si coglierebbe nella disposizione immediatamente successiva a quella che proclama l'effetto estintivo della prescrizione (art. 2934 c.c.), secondo cui la prescrizione stessa decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.); dal giorno, quindi, in cui il titolare del diritto, pur essendo attuale il suo interesse, non si sia attivato per ottenerne il soddisfacimento. Sarebbe evidente, allora, che non ha ragione di attivarsi colui il cui interesse, protetto dal diritto, è già in concreto soddisfatto, onde sarebbe irragionevole sanzionarne l'inerzia con la perdita del diritto stesso (Cfr. F. ROSELLI - P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato Rescigno*, Vol. 20, II, Torino 1998^{2cd}, pp. 478-480; nonché P. VITUCCI, *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, p. 245).

Altra Dottrina (G. GABRIELLI, *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 716-718), ha tuttavia eccepito che la deduzione sopra esposta sarebbe forzata, atteso che, a rigore, un diritto può essere fatto valere anche in difetto di un concreto interesse ad attivarsi. Per esempio, l'annullabilità del contratto che ha per oggetto una determinata prestazione può essere fatta valere, pur se il diritto alla prestazione stessa non venga esercitato. Né potrebbe opporsi, a chi nell'indicata situazione proponga la domanda di annullamento, il difetto di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., se si condivide l'orientamento dominante secondo cui, almeno nelle azioni costitutive necessarie, come sono quelle di annullamento o rescissione o risoluzione, l'interesse ad agire non può formar oggetto di sindacato autonomo da quello relativo al fondamento stesso della domanda.

Tra le obiezioni a tale applicabilità militerebbe, inoltre, un elemento di ordine testuale: l'art. 1442 comma IV c.c. si riferisce alla “*parte convenuta per l'esecuzione del contratto*”, e *re melius perrepta* il coniuge pretermesso, non essendo parte del negozio dispositivo (compiuto, appunto, dall'altro coniuge), non potrebbe considerarsi parte convenuta in senso proprio. Dunque, nel caso in discorso, *mancherebbe proprio la controparte* legittimata da tale norma a sollevare l'eccezione, non potendosi considerare il coniuge pretermesso come tale, ossia come “persona che acquista i diritti e assume gli obblighi nascenti dal contratto”.

La Dottrina²⁶⁶, tuttavia, propende per la tendenziale applicabilità dell'art. 1442 comma IV c.c. all'azione di annullamento ex art. 184 commi I e II c.c. proponendo un'interpretazione estensiva dell'espressione “parte convenuta per l'esecuzione del contratto” e volta a ricomprendere, all'interno del significato di tale locuzione, altresì quella convenuta nell'ambito di un giudizio per *l'esecuzione del contratto*, quale è, in effetti, il coniuge pretermesso; infatti osserva come, benché non sia “parte” in senso proprio, egli nondimeno risulta il destinatario della pretesa avanzata, anche nei confronti di lui confronti, dal terzo contraente.

Il rilievo da ultimo formulato consentirebbe, allora, di rendere ragione della circostanza che la regola di perpetuità delle eccezioni è stata espressamente enunciata dalla legge soltanto in disposizioni che riguardano azioni costitutive necessarie (artt. 1442, comma IV c.c., 1495, comma III c.c., e 1667, comma III, c.c.). Infatti, soltanto nell'ambito di tali azioni la regola di perpetuità dell'eccezione necessiterebbe di una espressa previsione. Fuori da questo ambito, il difetto di interesse ad agire precluderebbe, di per sé, la possibilità di far valere il diritto non contestato, di talché potrebbe essere confermata l'equivalenza, affermata da P. Vitucci (*op. ult. cit.*), fra situazione di soddisfacimento in atto del diritto stesso ed impossibilità di farlo valere in giudizio.

Del resto, numerose eccezioni, in primo luogo quella di già intervenuto adempimento, si tradurrebbero in domande di accertamento di un fatto estintivo o preclusivo del diritto fatto valere, ed è proprio con riguardo alla domanda di accertamento che il requisito dell'interesse ad agire manifesta concreta rilevanza come requisito di ammissibilità: non è dato di fare valere in giudizio un fatto estintivo del diritto altrui se non in presenza, quanto meno, di una contestazione attuale da parte del titolare del diritto stesso; ed è proprio per questo che si ritengono pacificamente imprescrittibili le azioni di accertamento; imprescrittibili, di conseguenza, anche le eccezioni che si traducono in domanda di accertamento di un fatto estintivo o preclusivo.

Significativa, infine, è la circostanza che in materia di compensazione del credito, l'art. 1243 comma II c.c. stabilisce che questa può essere eccepita anche dopo che sia prescritta l'azione per fare valere il credito medesimo, che in compensazione viene opposto. Non c'è invero interesse a fare valere un credito, se e nella misura in cui sussista un controcredito, idoneo ad estinguerlo in tutto od in parte, che a propria volta non venga fatto valere. Ciò confermerebbe l'equivalenza, nel disegno legislativo, fra impossibilità di far valere un diritto e difetto di interesse all'esercizio medesimo. G. GABRIELLI, *op. ult. cit.* p. 717.

²⁶⁶ G. OBERTO, *La comunione* cit., II, p. 1353. In Dottrina, per la tendenziale applicabilità dell'art. 1442 comma IV c.c. all'azione di annullamento ex art. 184 c.c. cfr. M. PALADINI, *La comunione legale come “proprietà solidale”*: le conseguenze sistematiche e applicative, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2008, p.693; G. CARTA, *Il preliminare di vendita immobiliare e la speciale azione di annullamento degli atti “abusivi” ex art. 184 c.c.*. Nota a Cass. 8 gennaio 2007, n. 88, in *Obbligazioni e Contratti* n. 5/2007, p. 907; R. GELLI, *Perpetuità dell'eccezione di annullamento e regime degli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge*, Nota a Cass. 27 ottobre 2003, n. 16099, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 72 e ss..

Sempre sotto il profilo comparatistico, anche nel diritto francese la questione si è posta in termini del tutto simili ma, diversamente, la dottrina e la giurisprudenza d'Oltralpe risultano allineate nel senso di riconoscere l'imprescrittibilità dell'eccezione di *nullité relative* in relazione al termine di cui all'art. 1427 del *code* ²⁶⁷.

Secondo la giurisprudenza di legittimità in particolare «*Ce texte (l'art. 1427, al. 2) ne peut avoir pour effet de priver le conjoint du droit d'invoquer la nullité comme moyen de défense contre la demande d'exécution d'un acte irrégulièrement passé par l'autre époux. L'exception de nullité peut donc être opposée après expiration du délai de deux ans*». ²⁶⁸

Così, in tale ordinamento, riguardo a questo profilo non si registrerebbe una deviazione vistosa rispetto all'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale comunemente data a questa regola comune: l'opzione accolta si adagia sulla soluzione generalmente praticata anche nei rapporti regolati dal diritto privato generale.

Tornando all'ordinamento italiano, la proposta interpretativa da ultimo descritta si dimostrerebbe, invece, coerente con quanto affermato dalla giurisprudenza circa la veste del coniuge pretermesso quale litisconsorte necessario ²⁶⁹ nel giudizio volto all'accertamento o all'esecuzione de contratto concluso singolarmente dal *partner*, egli essendo comunque destinatario della pretesa avanzata dal terzo contraente ²⁷⁰.

Sempre restando nell'ordinamento italiano, sulla spiccata specificità dell'azione di annullamento dei negozi compiuti dal coniuge senza il necessario consenso dell'altro, si è notata altresì una contrapposizione tra giurisprudenza e dottrina circa gli effetti che spiegherebbe la sentenza di annullamento nei confronti dei terzi aventi causa della controparte del coniuge alienante.

²⁶⁷ Cfr. FR.TERRÉ - PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 1994, p. 380; nonché G. FLOUR - G.CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 2001, p. 330; e ancora P. MALAURIE - L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019⁷ ed., p. 212.

²⁶⁸ Cass. 1^{re} civ, 8 dicembre 1981 n. 366. In senso conforme: Cass. 1^{re} civ, 23 gennaio 1996, n. 93-21.442; Cass. 1^{re} civ, 28 novembre 2006, n. 04-19.058 in *Révue trimestrelle de droit civil*, 2007, p. 379, note B. VAREILLE; nonché Cass. 3^{re} civ, 4 marzo 2009, n. 07-17.991; per altre pronunce vedasi *sub art. 1427* in *Méga Code Civil Dalloz*, parte 2, 2021-2022.

²⁶⁹ Cass. SS.UU. 23 aprile 2009 n. 9660; Cass. SS.UU. 24 agosto 2007 n. 17952 (in *DeIure*).

²⁷⁰ Si è osservato, del resto, come l'azione proposta dal terzo acquirente per l'adempimento nei confronti del coniuge alienante assuma la valenza, se proposta anche nei riguardi del coniuge pretermesso, di accertamento della proprietà e di rivendica nei suoi confronti, con conseguente configurabilità di una situazione di litisconsorzio necessario secondo il generale disposto ex art. 102 c.p.c.. Cfr. G. OBERTO, *La comunione cit.*, II, p. 1354.

Secondo parte della dottrina, infatti, l'art. 184 c.c. opererebbe in deroga all'art. 1445 c.c., perché conterrebbe un'ipotesi di retroattività reale tale da pregiudicare anche i diritti acquistati dagli eventuali terzi subacquirenti²⁷¹.

Secondo la giurisprudenza pratica, invece, la peculiarità di questa norma non si spingerebbe a sancire un'anomala *deminutio* di tutela per quei terzi che acquistino diritti dalla controparte del coniuge alienante, rispetto a qualunque altro terzo subacquirente in un contratto annullabile.

Atteso che manca, in tal senso, una deroga espressa al diritto comune da parte del legislatore, dovrebbe, almeno teoricamente, operare la regola generale, e dunque anche in caso di annullamento ex art. 184 c.c. i terzi sub-acquirenti verrebbero pregiudicati soltanto laddove abbiano acquistato in mala fede o a titolo gratuito (o, in applicazione del meccanismo pubblicitario, quando abbiano trascritto il loro atto d'acquisto successivamente alla trascrizione della domanda di annullamento proposta dal coniuge pretermesso)²⁷².

Oltre a tutti questi aspetti appena descritti, in definitiva, con riferimento ai diritti immobiliari il principale elemento di disarmonia coi principi, insito nella disciplina posta dall'articolo 184 c.c. per gli atti lesivi delle regole di amministrazione, sembra consistere, primariamente, nella previsione di una sanzione di semplice annullabilità di un atto dispositivo compiuto da un soggetto non (pienamente) titolare del diritto.

Passando, invece, agli atti riguardanti i beni mobili non registrati, la frattura, a prima vista, potrebbe sembrare meno grave, poiché la circolazione *a non domino* dei diritti reali immobiliari è fenomeno acquisito nel nostro ordinamento in presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 1153 c.c.; salvo, infatti, constatare che qui non viene sancita l'invalidità degli atti dispositivi, ma sono previsti soltanto effetti obbligatori immediati in capo al coniuge alienante, tenuto a ricostituire la comunione nello *status quo ante* ovvero a pagare il 'valore' del bene di cui abbia disposto²⁷³, è tuttavia proprio sotto il profilo circolatorio che si pongono gli interrogativi maggiori.

²⁷¹ Cfr. M. PALADINI, A RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p.369

²⁷² Cass. 28 ottobre 2009 n. 22755: nel caso di specie, il coniuge pretermesso aveva agito domandando preliminarmente l'accertamento dell'inclusione del bene (acquistato individualmente dall'altro coniuge) nella comunione, e quindi il conseguente annullamento dell'atto dispositivo.

²⁷³ Secondo l'orientamento dottrinale maggioritario (L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in *Il diritto di famiglia*, III, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Trattato Bessone*, Torino, 2011, p. 546, e riferimenti ivi citati, nonché G. OBERTO, *La comunione cit.*, II, p. 1375), l'obbligazione del coniuge disponente sarebbe di carattere risarcitorio.

Quanto alla natura della responsabilità, viene ritenuta preferibile quella c.d. contrattuale, atteso il preesistente vincolo obbligatorio di cui all'art. 180 c.c.. Per quanto riguarda, invece, le modalità del risarcimento, la legge prevede in prima istanza la reintegrazione del patrimonio comune e "qualora ciò non sia possibile" il pagamento di un importo equivalente al valore del bene sottratto alla comunione.

A questo riguardo, infatti, è stato rilevato un anomalo coordinamento di questa regola con le regole generali, che ha reso la ricostruzione del rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 184 c.c. e quella di cui all'art. 1153 c.c. tutt'altro che facile ed ha aperto, almeno secondo l'opinione oggi prevalente, la via ad una lettura che tende a svincolare l'efficacia degli atti dispositivi di beni mobili comuni dai presupposti della buona fede e della consegna, contemplati dall'art. 1153 c.c..

Insomma, anche per i beni mobili in comunione, l'art. 184 c.c. sembrerebbe tracciare un regime di circolazione del tutto inedito e speciale, rispetto alle norme proprie del diritto comune: un atto dispositivo compiuto da uno solo dei titolari risulterebbe efficace, a beneficio del terzo acquirente, ancorché non ricorrano i presupposti di cui all'articolo 1153 c.c.: questa, quanto meno, è la conclusione affermata dalla giurisprudenza di legittimità²⁷⁴, che tuttavia è stata oggetto di una più ampia riflessione dottrinale.

Secondo la Suprema Corte, infatti, la disciplina speciale dell'ultimo comma dell'art. 184 c.c. concreta una fattispecie traslativa *a domino*, la cui efficacia non sarebbe subordinata alla ricorrenza degli ulteriori elementi di fattispecie richiesti dall'art. 1153 c.c., e che non è esposta all'azione di annullamento, riservata ai soli atti dispositivi di immobili.

La tesi è stata sposata anche dalla Dottrina, che ha rilevato come di fronte al silenzio legislativo sul punto, l'atto dispositivo di beni mobili non registrati debba ritenersi efficace anche in assenza dei presupposti, stabiliti in *subiecta materia*, dalla regola generale ex art. 1153 c.c.²⁷⁵

Quanto alla buona fede del terzo (si pensi al caso, di scuola, di un marito che venda al terzo un gioiello femminile...) si è rilevato che, salvo qualificare come colpa grave (*cf.* art. 1147 c.c.) – *quod non* – il fatto che questi, prima di acquistare il bene mobile, non abbia consultato i registri dello stato civile, pare ragionevole ritenere che l'ordinaria diligenza dell'acquirente di un bene mobile non implichi un simile controllo. Soprattutto, la comunione legale notoriamente non costituisce una comunione di tutti i mobili²⁷⁶ bensì una comunione degli acquisti *post nuptias*: pertanto risulterebbe in ogni caso

A questo ultimo proposito, mette conto di sottolineare come secondo parte della Dottrina il risarcimento in forma specifica sarebbe precluso – dunque in ulteriore deroga a quanto stabilito dalla regola generale ex art. 2058 c.c. – solo quando l'impossibilità sia di carattere puramente materiale e non invece quando sia materialmente possibile, ma risulti eccessivamente onerosa (F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I. p. 146).

Si segnala, infine, la tesi secondo cui l'obbligazione del coniuge disponente avrebbe natura restitutoria, e non risarcitoria (A. NICOLUSSI, *Riconciliazione e comunione dei beni*. Nota a Cass 12 novembre 1998, n.11418, in *Foro it.*, VI, 1999, p. 1954 ss.).

²⁷⁴ Cass. 19 marzo 2003, n. 4033; Cass. 7 marzo 2006, n. 4890 (entrambi i casi si riferivano ad alienazione da parte di uno dei coniugi di un'azienda comune).

²⁷⁵ G. OBERTO, *La comunione cit.*, II, p. 1372.

²⁷⁶ Come era, per esempio, quella di diritto francese contemplata dal Code Napoléon sino alla riforma del 1965.

pressoché impossibile ricostruire l'effettiva data di acquisto del bene mobile si da comprovare che esso appartenga alla comunione (e non sia invece un bene personale, acquistato anteriormente).

D'altro canto, vi è chi ha prospettato una tesi 'intermedia' affermando la necessità, per la salvezza del diritto del terzo, almeno del requisito della consegna della *res*, indipendentemente dalla sua buona fede (e dunque anche nel caso in cui fosse eventualmente dimostrata la sua malafede)²⁷⁷.

Infine, vi è chi, mosso dallo sforzo esegetico di salvaguardare la coerenza dei regimi di circolazione dei beni mobili nel sistema privatistico che appare, anche qui, visibilmente incrinato dalla norma in commento, ha proposto che la disciplina della comunione venga integrata con quella di diritto privato generale sancita dall'art. 1153 c.c., la quale – secondo questa tesi – non verrebbe derogata dalla regola ex art. 184 comma III c.c.; cioè quest'ultima opererebbe nel rispetto della prima²⁷⁸.

Da ultimo, sempre in tema di atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro, è importante soffermarsi sulla possibilità che l'art. 184 c.c. contempla di convalidare tali atti, per rilevare come anche sotto tale aspetto l'istituto appaia presentare, ancora, ulteriori caratteri eccezionali rispetto a quanto stabilito, in merito, dalla regola del diritto privato generale ex art. 1444 c.c..

In generale, infatti, la convalida costituisce un negozio giuridico con cui si rinuncia all'azione di annullamento di un negozio invalido, con la conseguenza di stabilizzarne l'efficacia, tipicamente provvisoria²⁷⁹, e può essere compiuta solo dal «*contraente al quale spetta l'azione di annullamento*», che è la parte del negozio, la cui volontà era, appunto, viziata.

²⁷⁷ P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario Carraro, Oppo, Trabucchi*, Padova, I, 1977, p. 427. Sul punto, vi è poi chi ha osservato che, in questa prospettiva, qualora non sia avvenuta la consegna, il coniuge estraneo all'atto potrà altresì rifiutarla, facendo valere la propria qualità di compossessore del bene, ed impedendo il perfezionamento dell'acquisto, mentre diversamente opinando, si ammetterebbe la situazione paradossale di veder condannato il coniuge estraneo all'atto a consegnare il bene illegittimamente venduto a terzi. Cfr. F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², p. 355.

²⁷⁸ Tra le molte riflessioni, all'indomani dell'introduzione della riforma del diritto di famiglia, cfr. F. CORSI, *il regime patrimoniale della famiglia*, p. 144. La tesi muove dall'assunto per cui l'art. 184 ult. comma c.c. implicitamente presupporrebbe ciò che già all'ordinamento appartiene, ossia l'efficacia dell'acquisto del terzo in buona fede, mentre il *proprium* dell'intervento precettivo dell'art. 184 c.c. consisterebbe esclusivamente nel prevedere una sanzione risarcitoria interna alla comunione – sul presupposto appunto dell'inoppugnabilità dell'acquisto del terzo in quanto compiuto in presenza delle condizioni di cui all'art. 1153 c.c. – e non nel dettare una regola speciale di circolazione dei beni mobili facenti parti della comunione. Tale interpretazione, fondata sull'integrazione tra il disposto dell'art. 1153 e quello dell'art. 184 ult. comma c.c., non implicherebbe una forzatura del testo ed apparirebbe altresì ragionevole, non determinando un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli atti concernenti i beni mobili e gli immobili compresi nella comunione, poiché non farebbe che riflettere una diversità di regime di circolazione dei diritti su quei beni, già propria del sistema. Cfr. F. ANELLI, *op.loc. ult. cit.*

²⁷⁹ Tradizionalmente, la Dottrina Civilistica qualifica la convalida in termini di rinuncia al diritto di annullamento. Cfr. G. B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Digesto Disc. Priv.*^{4°ed}, tomo IV, p. 346. Altri

Tutt'al contrario, qui si assisterebbe ad una convalida consentita ad un soggetto – il coniuge pretermesso – che non è stato in alcun modo parte dell'atto ma, anzi, ne è stato appunto escluso (e che dunque, rispetto ad esso, assumerebbe la veste di *terzo*).

L'attribuzione, inedita, del potere di convalidare un negozio giuridico in capo a colui che di tale negozio non è stato parte, si presenta dunque come un potere eccezionalmente concesso dalla legge ad un soggetto che, pur non avendo partecipato al negozio, viene comunque preso in considerazione, e ciò in quanto membro di un rapporto patrimoniale qualificato che lo astringe all'effettivo agente, con cui condivide le sorti economiche. La Dottrina più attenta, tuttavia, ha avuto cura di precisare come tale regola eccezionale non potrebbe in alcun modo legittimare un'interpretazione che attribuisca al coniuge pretermesso, che convalida il negozio annullabile, la qualità sopravvenuta di “parte” di tale rapporto.

Un tale assunto, invero, travalicherebbe il carattere di “semplice” eccezionalità della regola, atteggiandosi in termini eversivi rispetto alle basilari regole in tema di autonomia privata.

Seguire tale impostazione, a ben vedere, significherebbe addirittura spingersi a violare al principio di relatività degli effetti del contratto (art. 1372 c.c.), e a ritenerne l'amministrazione della comunione legale sottratta ad esso, a favore dell'opposta regola dell'automatica promiscuità di tutte le situazioni giuridiche derivanti dal contratto²⁸⁰.

Si sono registrati, invece, casi – sia pur isolati – in cui la giurisprudenza pratica si è spinta ad affermare che «la mancata partecipazione di un coniuge ad un atto di disposizione di beni della comunione ex art. 177 c.c. non esclude che anch'egli risenta dei correlativi effetti ove non abbia tempestivamente esercitato l'azione di annullamento di quell'atto», concludendo che il coniuge pretermesso è chiamato, pertanto, a rispondere solidalmente con il coniuge stipulante dell'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto, ivi compresa quella di risarcimento del danno²⁸¹.

Autori, tuttavia, hanno censurato la descrizione della convalida in senso solo *negativo* di rinuncia all'azione di annullamento, evidenziando come essa, al contrario, abbia un valore positivo, che guarda primariamente al contratto concluso e non all'azione per il suo annullamento, esprimendo, cioè, il giudizio della parte circa l'adeguatezza del contratto per i propri interessi, e la volontà di tenerlo vivo (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 850).

Alla luce di ciò, il senso proprio della convalida sarebbe quello di rimuovere la precarietà del negozio viziato, confermandone il contenuto e dunque stabilizzandone gli effetti (Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2 ed., p. 676). La Dottrina più risalente, infine, ha qualificato la convalida come *negozio integrativo*, unilaterale, di dichiarazione o di attuazione, di un negozio invalido (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 1966 - ult. ristampa 2012), p. 257 (il quale riprende la definizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tr. Vassalli*, XV, 2, Torino, 1950^{2 ed.}, p. 249).

²⁸⁰ Cfr. M. PALADINI, *Della comunione legale*, in *Commentario Gabrielli*, sub art. 184 c.c., Torino, 2010, p. 112.

²⁸¹ Cass. civ. 8 gennaio 2007 n. 88, in *Corr. giur.*, 2007, p. 506, con nota di F. AGNINO, *La sorte del contratto preliminare stipulato da un solo coniuge in regime di comunione legale*. Secondo Cass. 24 novembre 2000, n. 15177 la convalida implicita varrebbe a far considerare il coniuge pretermesso alla stregua di un “contraente occulto”.

Sotto ulteriore e distinto profilo, la regola sulla convalida stabilita dall'art. 184 c.c. sembra esibire – quantomeno nella elaborazione giurisprudenziale maturata a margine di tale norma – un aggiuntivo elemento di divergenza rispetto a quella generale di cui all'art. 1444, comma I c.c..

Infatti la norma da ultimo citata, oltre a stabilire che la convalida espressa possa essere compiuta dal contraente a cui spetta l'azione di annullamento, indica che questa debba consistere in un atto avente uno specifico requisito di forma-contenuto, ossia contenente sia la menzione del contratto, sia del motivo di annullabilità, sia la dichiarazione che s'intende convalidarlo²⁸².

L'art. 184 c.c., diversamente, non richiede alcun atto specifico in proposito, ed in particolare sarebbe opinione condivisa che la convalida non debba contenere necessariamente la menzione del vizio che importa l'annullamento²⁸³; ancorché per altra Dottrina la convalida dovrebbe, quanto meno, aver luogo mediante atto scritto²⁸⁴.

Sempre guardando alla regola generale *ex art. 1444 comma II c.c.* si può rilevare, ancora, come essa consenta che la convalida avvenga mediante volontaria esecuzione del contratto da parte del contraente che conosceva il motivo di annullabilità²⁸⁵.

In relazione alla fattispecie *ex art. 184 c.c.*, invece, la dottrina appare divisa. Alcuni Autori hanno difatti negato la possibilità di una convalida tacita da parte del coniuge pretermesso, a partire dal rilievo che l'esecuzione volontaria, a cui si riferisce la norma, presupporrebbe l'identità tra il contraente tenuto all'adempimento e il legittimato ad annullare l'atto; ciò che nel caso, per le già esposte ragioni, non potrebbe dirsi.

²⁸² Nella tesi più accreditata, la convalida espressa ha forma libera: è infatti minoritaria l'opinione che la vorrebbe vincolata alla forma del contratto da convalidare (*cf.* V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p.851).

²⁸³ F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., I, p. 153

²⁸⁴ P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario Carraro, Oppo, Trabucchi*, Padova, I, 1977, p. 426.

²⁸⁵ Sulla convalida tacita in generale, si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 852, ove si precisa che, secondo la giurisprudenza pratica, la convalida costituirebbe un negozio giuridico compiuto mediante comportamento concludente: "dare esecuzione al contratto" rilevarebbe in quanto indice della volontà di convalidarlo. La stessa giurisprudenza reputa idonei a manifestare tale volontà non solo l'esecuzione in senso stretto, cioè l'adempimento della prestazione, bensì anche gli atti che non sono adempimento, ma esercizio di diritti dipendenti dal contratto (ricezione della prestazione, rivendita del bene acquistato, attivazione di garanzie). Di converso, in dottrina prevale l'impostazione per cui l'art 1444 comma II c.c. è solo l'adempimento, che convalida tacitamente il contratto *ope legis* e non come effetto di volontà negoziale; in questa prospettiva, la convalida tacita non sarebbe un negozio, bensì piuttosto un atto giuridico in senso stretto e ad effetto legale (con la rilevante conseguenza che non sarebbe soggetta alle impugnative che presidiano consapevolezza e integrità del volere negoziale). Che si sposi l'una o l'altra delle ricostruzioni sopra descritte, secondo la disciplina generale, in ogni caso il comportamento concludente deve essere compiuto dal contraente cui spetta l'azione di annullamento, che è, appunto, la parte del negozio: l'unico nelle cui mani è riposta la sorte del contratto. Non è dunque configurabile, in termini teorico-dogmatici, una convalida ad opera di chi è terzo rispetto al negozio da convalidare.

Un eventuale comportamento del coniuge, che non è stato *parte* del contratto non potrebbe cioè essere valutato in termini di adempimento, da parte sua, a vincoli mai da questi assunti²⁸⁶.

Altra Dottrina ritiene invece che, in deroga appunto a tale regola, non possa negarsi il significato giuridico di convalida tacita al comportamento del coniuge pretermesso che, conoscendo e accettando gli effetti giuridici del contratto, vi abbia dato volontaria esecuzione. Nondimeno, ha cura di precisare che può parlarsi di convalida solo in presenza di un comportamento positivo, non ritenendo sufficiente un comportamento inerte, come potrebbe essere quello di chi lasci decorrere il termine annuale senza esercitare l'azione di annullamento²⁸⁷.

In definitiva l'elaborazione appena descritta, che risulta accogliere la possibilità di una convalida tacita ad opera del coniuge, perviene ad un esito del tutto singolare, nella misura in cui giunge a ritenere ammissibile, in questa sede, l'attribuzione del potere di convalidare un negozio a chi, a quel negozio, non ha preso parte.

Questa tesi troverebbe una corrispondenza (e un conforto) anche sul versante comparatistico. In particolare, nell'ordinamento francese, l'art. 1427 del *code* ammette espressamente la possibilità di ratifica dell'atto.

La dottrina afferma, poi, che tale *ratification* possa anche essere tacita e risultare in particolare «*du comportement du conjoint ou de sa participation à l'exécution de l'acte*»²⁸⁸.

Secondo la giurisprudenza pratica «*«La ratification de la vente par la femme peut résulter de tout acte qui implique sans équivoque sa volonté de la confirmer»*»²⁸⁹

Tuttavia, l'aporia dianzi descritta, rimane di difficile composizione.

²⁸⁶ Da qui discenderebbe la necessità di una convalida mediante atto scritto, ancorché senza bisogno di menzione del motivo di annullabilità. P. SCHELSINGER *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁷ B. VALIGNANI, *L'amministrazione dei beni in comunione*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, dir. da G. Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 514. Invece, Cass. 24 novembre 2000 n. 15177 si è spinta a desumere la convalida tacita dalla mancata tempestiva impugnazione dell'atto. La Dottrina ravvisa le medesime ragioni che giustificano la convalida tacita nel fatto che costituirebbe un abuso ingiustificato il successivo esercizio dell'azione di annullamento da parte del coniuge che fosse stato previamente d'accordo per compiere l'atto, ma abbia convenuto di demandare la stipulazione solo all'altro (Cfr. L. BRUSCUGLIA, *Amministrazione dei beni della comunione legale*, *cit.* p. 296).

²⁸⁸ Cfr. FR.TERRÉ - PH. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 1994, p. 379 nota 6.

²⁸⁹ Cass. 1^{re} civ. 8 dicembre 1981 citata *supra*. In senso conforme, anche Cass. 1^{re} civ. 12 luglio 1994 n. 92-17, in *Bull Civ.* I, n. 246.

LIMITI ALLE ORDINARIE REGOLE IN TEMA DI RAPPRESENTANZA VOLONTARIA

Un ulteriore tema correlato all'amministrazione della comunione legale riguarda i limiti che, in questo contesto, subirebbero le regole di diritto privato generale sulla rappresentanza volontaria (artt. li 1387-1400 c.c.).

La normativa in tema di comunione legale, infatti, sembra contenere – quanto meno in apparenza – regole restrittive per il coniuge circa la possibilità di conferire all'altro una procura generale, possibilità che sarebbe limitata a due soli casi: a) impedimento (p. es. grave malattia, ma anche abbandono della casa coniugale) e lontananza (p. es. la scomparsa) dell'altro coniuge (*cf.* art. 182 co. I c.c.), nonché b) gestione comune di azienda (art. 182 co. II c.c.)²⁹⁰.

Inoltre, nel primo dei due casi sopra citati, derogando alla regola generale sulla forma della procura, sancita dall'art. 1392 c.c., il legislatore ha stabilito per il rilascio di procure *inter coniuges* un requisito di forma maggiormente rigoroso (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata), rispetto a quello ordinariamente richiesto²⁹¹.

Sull'intensità di questi limiti, l'elaborazione offerta dalla giurisprudenza teorica presenta posizioni sostanzialmente divaricate, più o meno restrittive o permissive²⁹².

Da un lato vi è chi ritiene che l'art. 182 c.c. – unica disposizione, nell'insieme di regole dedicato all'amministrazione della comunione, che faccia menzione al rilascio di procure fra coniugi – esaurisca la disciplina sostanziale del fenomeno. Pertanto, il conferimento di potere rappresentativo da un coniuge all'altro sarebbe consentito esclusivamente in presenza delle condizioni (impedimento e lontananza) desumibili da quella norma, e nelle sole forme da essa previste.

Fuori da queste ipotesi, sarebbe consentito il conferimento di una procura speciale al compimento di singoli atti di amministrazione (ad es. la vendita di 'quella specifica casa'), in quanto solo in tal caso non vi sarebbe spoliamento del potere amministrativo dell'altro coniuge, inammissibile ai sensi

²⁹⁰ Nell'ambito dell'esercizio dell'impresa, infatti, il legislatore avrebbe previsto i possibili riflessi negativi del sistema di amministrazione congiunta stabilito per la comunione legale, consentendo in via eccezionale il rilascio della procura a favore di un solo coniuge, per le comprensibili esigenze di una gestione dinamica e di una pronta decisione nel compimento di tutti gli atti necessari.

²⁹¹ Osserva P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi (a cura di), Padova, 1992, III, 189 e ss., che la prescrizione in commento sarebbe stata posta a tutela sia di una più responsabile formazione della volontà del coniuge che conferisce la procura, sia, inoltre, a tutela dei terzi che entrano in contatto col procuratore.

²⁹² La questione ha interessato maggiormente la giurisprudenza teorica, mentre quella pratica non sembra conoscere una casistica di rilievo su questo tema, poiché abbastanza estraneo alle vicende della prassi.

dell'art. 210 comma II c.c. (ciò che, al contrario si verificherebbe nell'ipotesi di rilascio di una procura generale)²⁹³.

Una ricostruzione di questo tipo avrebbe, tuttavia, quale effetto dirompente, quella di far discendere dalla norma di cui all'art. 182 c.c., una vera e propria privazione, per il soggetto coniugato in regime legale, del potere di ricorrere a strumenti di cui qualunque altro soggetto privato, di stato libero ovvero coniugato in regime separatista, può ordinariamente far uso.

La sussistenza di uno *status*, come quello di coniugato in regime legale, si attergerebbe così ad elemento idoneo a privare il soggetto, per ciò solo, di una parte cospicua della propria autonomia negoziale, facendo registrare una ragguardevole *deminutio*, che peraltro porrebbe delle criticità in punto di giustificazione sul piano sistematico.

Secondo altra parte della dottrina, invece, dalla formulazione incidentale (invero alquanto ambigua), dell'art. 182 c.c., non potrebbe discendere un esito così dirompente, e ingiustificato²⁹⁴.

Del resto – è stato osservato – una regola così riduttiva della generale autonomia negoziale dei soggetti interessati dovrebbe venire affidata a ben più nitide e precise enunciazioni normative, rispetto a quella in discorso²⁹⁵.

²⁹³ La tesi, fortemente restrittiva, che subordina in radice la legittimità del rilascio di procure generali tra coniugi alla sola sussistenza delle condizioni espressamente previste dall'art. 182 c.c. veniva avanzata, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, da F.D. BUSNELLI, *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, p. 50.

Sposa una tesi restrittiva anche M. PALADINI, *Della comunione legale*, in *Commentario Gabrielli*, sub art. 182 c.c., Torino, 2010, p. 101, nonché ID., *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p.366. Secondo l'Autore, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 182 c.c., il conferimento di una procura generale al coniuge si porrebbe in contrasto col disposto dell'art. 210 comma III c.c., che sancisce l'inderogabilità delle norme sull'amministrazione dei beni della comunione legale.

L. BARBIERA, *La comunione legale*, in *Trattato Rescigno*, III, Torino, 1996², p. 540 distingue, invece, in base al contenuto della procura medesima, alla luce della *ratio* che informa la prescrizione dell'amministrazione congiunta. Le procure generali rilasciate all'altro coniuge, che autorizzino a compiere gli atti di cui all'art. 180 comma II c.c., concreterebbero un caso di negozio nullo per illiceità della causa, in quanto volte ad aggirare la regola dell'amministrazione congiunta. Sarebbe invece valida una procura generale a compiere atti non eccedenti l'ordinaria amministrazione.

²⁹⁴ F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², pag. 407, il quale sottolinea, inoltre, l'irrazionalità dell'esito cui condurrebbe la tesi restrittiva in discorso, ossia il divieto imposto al coniuge di avvalersi, quale procuratore generale per la gestione degli affari comuni, di quella persona – l'altro coniuge – che, in situazioni ordinarie, il più delle volte è verosimilmente anche il soggetto più indicato a curare gli interessi del *partner*, proprio per l'*affectio* che dovrebbe legare rappresentante e rappresentato, a tacer della circostanza che quest'ultimo, a ben vedere, nella gestione della comunione agisce pur sempre *in rem propriam* (sembra fatta salva, in ogni caso, l'operatività della regola di diritto comune ex art. 1394 c.c. che accorda al rappresentato il diritto di annullare il contratto eventualmente stipulato in conflitto di interessi, p. es. nell'ipotesi di abuso del potere rappresentativo).

²⁹⁵ G. OBERTO, *La comunione legale*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 2010, tomo II, pp. 1210-1211, il quale sottolinea, inoltre, come la corretta interpretazione dell'art. 182 c.c. dovrebbe essere nel senso che l'art. 182 c.c. non disciplinerebbe *tout court* la forma delle procure rilasciate tra coniugi - ponendo così una vistosa deroga alla regola generale ex art. 1392 c.c. – sibbene imporrebbe che esse rivestano la forma solenne solo quale condizione per la loro utilizzabilità nella peculiare ipotesi, espressamente prevista, di lontananza o impedimento del coniuge.

Per il soggetto coniugato in regime di comunione, i limiti all'ordinario potere di conferire procure sarebbero così solo quelli logicamente desumibili dall'assetto fondamentale della comunione legale, ed in particolare dall'art. 210 c.c.; mancherebbe, in sostanza, quel divieto *generale* che invece altri Autori hanno ravvisato.

Più precisamente, il conferimento di un potere rappresentativo generale all'altro coniuge violerebbe il disposto dell'art. 210 c.c. soltanto nella misura in cui la rilasciata procura generale sia irrevocabile²⁹⁶.

Infatti, solo in tal caso, sembrerebbe realizzato uno "scollamento" tra titolarità e gestione di un patrimonio *lato sensu* familiare, che potrebbe concretare *de facto* una forma di ricostituzione, sotto mentite spoglie, di una sorta di regime dotale, espressamente vietato dall'art. 166-*bis* c.c.²⁹⁷.

Salvo, pertanto, il limite di cui sopra, *lo status* di coniugato in regime di comunione legale non sarebbe idoneo ad incidere sull'autonomia negoziale del coniuge, sì da privarlo del diritto di conferire procure speciali, ovvero generali revocabili, giusta le regole apprestate dal diritto privato comune.

REGIME LEGALE E LIMITI AL CONFERIMENTO DI PROCURE A FAVORE DI TERZI

Per ciò che riguarda l'eventuale validità di procure generali, rilasciate in favore di terzi, occorre invece distinguere tra conferimento di poteri in cui sia uno solo di essi a rilasciare la procura²⁹⁸, ovvero in cui il rilascio sia operato congiuntamente da entrambi.

Quanto alla prima ipotesi, cioè al rilascio di procure generali a terzi da parte del singolo coniuge, secondo un'Autorevole dottrina, la sua *inammissibilità* sarebbe sorretta dall'argomento per cui l'integrale sostituzione del coniuge nell'attività di amministrazione della comunione legale, sia pur attraverso un atto revocabile, risulterebbe incompatibile col rapporto coniugale stesso, intrinsecamente connotato dall'*intuitus persone*, che dunque non può venire limitato all'accordo sull'indirizzo della vita familiare, ma dovrebbe estendersi naturalmente alla gestione del patrimonio che, per il sorgere del vincolo di coniugio e della volontà degli stessi coniugi di non optare per un regime diverso da quello legale, apparterrebbe "in proprietà solidale" ad entrambi²⁹⁹.

²⁹⁶ F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², pag. 408. Negli stessi termini, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, *cit.*, tomo I, p. 127

²⁹⁷ G. OBERTO, *La comunione legale*, *cit.*, II, pag. 1210.

²⁹⁸ Per alcuni spunti di riflessione in tema di rilascio di procure generali a favore di terzi nel regime di separazione dei beni, e sulla possibile interferenza del regime primario nell'attività del procuratore, si rinvia alle riflessioni svolte *infra* al Cap. 8.

²⁹⁹ M. PALADINI, *Della comunione legale*, in *Commentario Gabrielli*, sub art. 182 c.c., Torino, 2010, pp. 102-103. Negli stessi termini, L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in Auletta (a cura di), *Il diritto di famiglia*, III, *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2011, p. 512

In sostanza, a differenza di quanto accade ordinariamente tra due soggetti, la gestione dei beni comuni coinvolgerebbe valutazioni non soltanto di convenienza economica ma anche riguardanti la vita e il *ménage* familiare, e ciò giustificerebbe una limitazione nelle ordinarie facoltà di delega del coniuge a favore di terzi.

Altra Dottrina³⁰⁰, invece, pur constatando come la tesi testé enunciata, che depone per la sussistenza di un simile divieto, abbia un'indubbia consistenza sul piano teorico, osserva come la stessa si scontrerebbe con problematici esiti di ordine pratico quali, ad esempio, finir per impedire al coniuge, in procinto di allontanarsi per un lungo periodo, di poter affidare la cura dei propri interessi, anziché all'altro coniuge (che a sua volta, come visto, sconta una certa diffidenza da parte di molti interpreti) ad un terzo, col rischio di non poter conferire poteri ad alcuno, e così rendere inevitabile il ricorso al giudice, ovvero aprendo la strada al rischio che il coniuge rimasto solo a gestire la comunione, senza alcun controllo, esorbiti dai limiti dei propri poteri.

Quanto alla seconda ipotesi, ossia al conferimento di procure generali operato congiuntamente da entrambi i coniugi, la Dottrina maggioritaria³⁰¹ ne condivide l'ammissibilità, mentre per altri Autori³⁰² non sarebbe possibile nemmeno un rilascio per l'esercizio dei poteri di co-amministrazione. Ciò, in quanto la continua interferenza di un terzo estraneo andrebbe ad impingere i caratteri di solidarietà, che caratterizzano e informano in modo pregnante le regole speciali sulla comunione legale tra coniugi, e contrasterebbe altresì con la circostanza che le scelte vengano adottate anche in considerazione dei legami affettivi e dei bisogni familiari: in breve col carattere spiccatamente personale che qui riveste l'attività di amministrazione.

L'esclusione della possibilità di conferire una procura generale ai terzi sarebbe altresì più coerente con le norme, proprie del regime primario, che impongono ai coniugi il dovere di collaborare e di concordare l'indirizzo della vita familiare (art. 143 e 145 c.c.).

Le logiche proprie della comunione, pertanto, andrebbero ad incidere su una facoltà che, in un diverso contesto, sarebbe pacifica applicazione delle regole comuni, e che qui invece, viene messa in radicale discussione per le logiche che impregnano un'attività, come l'amministrazione, che guardata sul

³⁰⁰ F. ANELLI, *L'amministrazione della comunione legale cit.*, p. 409.

³⁰¹ G. OBERTO, *La comunione legale*, cit., II, p. 1212; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia cit.*, I, p. 128, il quale afferma che, diversamente opinando, si rischierebbe il paradosso di escludere anche le figure dell'amministratore del palazzo di proprietà comune, per non dire delle difficoltà derivanti dall'eventualità, in alcuni casi, di un contemporaneo e protratto allontanamento di entrambi i coniugi, per le ragioni più svariate.

³⁰² A. SMIROLODO, *Cenni sulla forma della procura nella comunione legale*, in AA. VV. *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p.737.

piano oggettivo, e 'decontestualizzato', costituirebbe altrimenti un'attività tradizionalmente delegabile a terzi.

6.

COMUNIONE LEGALE E RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE

Delineati i tratti rilevanti della comunione legale, e atteso che i coniugi sono liberi di assumere obbligazioni, separatamente o congiuntamente a seconda che si tratti di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (con le diverse conseguenze previste dalla legge), è interessante spostare ora l'attenzione sul rapporto coi terzi creditori dei coniugi, per vedere come il regime di comunione legale determini, anche in questo ambito, una modificazione delle generali regole privatistiche in tema di responsabilità patrimoniale (*rectius* di garanzia patrimoniale generica) per l'adempimento delle obbligazioni.

Con specifico riferimento a questo profilo, la comunione legale ha posto dei problemi sia di carattere teorico che di carattere pratico che sono stati oggetto d'esame, anche in tempi relativamente recenti, da parte della giurisprudenza.

La peculiare struttura della comunione legale sembra riflettersi, infatti, anche sul regime della responsabilità patrimoniale dei coniugi: attraverso la previsione delle norme di cui agli artt. 186-190 c.c. in tema di obbligazioni assunte da (o sorte *ex lege* in capo a) uno o entrambi i coniugi in comunione legale, viene sancito un regime di garanzia generica che si discosta sensibilmente dai principi generali in materia scolpiti dagli artt. 2740 e 2741 c.c., e tanto sia per le obbligazioni della comunione, sia per le obbligazioni particolari di ciascun coniuge (ossia quelle estranee all'elenco di cui all'art. 186 c.c.).

In particolare, quanto alle obbligazioni gravanti sulla comunione (artt. 186-190 c.c.) la sussidiarietà interferisce irrimediabilmente col principio di cui all'art. 2740 c.c., mentre l'art. 189 comma II c.c. sembra fissare un vero e proprio privilegio a favore dei creditori della comunione legale per le obbligazioni di cui all'art. 186 c.c., rispetto ai creditori particolari – chirografari – dei coniugi.

Tra le ricadute operative di questo inquadramento meritano attenzione anche i riflessi della sua struttura nell'ambito dell'esecuzione forzata, con particolare riferimento all'azione esecutiva promossa dal creditore personale del coniuge sui beni della comunione ai sensi dell'art. 189, comma II, c.c.

La qualificazione della comunione legale nei termini sopra descritti sembra infatti precludere l'applicabilità della disciplina dell'espropriazione di quote (art. 599 ss. c.p.c.), mentre resta dubbia quella dell'espropriazione contro il terzo non debitore (cfr. art. 2910 c.c. e art. 602 c.p.c.).

Il terreno di indagine si sposta così, inevitabilmente, anche sulla coerenza, rispetto alla descritta fisionomia dell'istituto, delle scelte operate dalla giurisprudenza pratica in ordine alle modalità operative dell'espropriazione forzata avente ad oggetto beni facenti parti della comunione legale.

La riflessione degli interpreti ha raggiunto sul punto un livello di specificità notevole, attesa la varietà delle problematiche di ordine teorico-dogmatico coinvolte, senza trascurare quelle di ordine pratico che ne discendono, quasi a cascata.

Se, infatti, dalla qualificazione della comunione legale come comunione a mani riunite risulterebbe pacifico che l'espropriazione non possa avere ad oggetto una quota (nella duplice accezione di quota sull'intero patrimonio della comunione, oppure di quota sui singoli beni della stessa), potrebbe sembrare inevitabile che l'esecuzione debba avvenire su un bene individuo intero (o su più beni interi) della comunione, con l'invasione del patrimonio dell'altro coniuge ed attribuzione dell'intero ricavato al creditore (sempre nel rispetto del limite di valore della "quota" del coniuge obbligato, quale metà del valore di tutti i beni della comunione).

Nondimeno, dalla ricerca svolta sembra che la giurisprudenza abbia adottato soluzioni in molti punti *incoerenti* rispetto alla specificità dell'istituto in questione, laddove – nell'orientamento oggi maggioritario³⁰³ – ha costruito un procedimento espropriativo affatto peculiare, basato in parte sullo schema dell'espropriazione (mobiliare e immobiliare) presso il debitore, in parte su quello dell'espropriazione dei beni indivisi considerando le quote sul singolo bene (o sui singoli beni) espropriati, solo a espropriazione avvenuta, attribuendo al creditore procedente soltanto la metà del ricavato, e riservando l'altra metà al coniuge non debitore.

I temi necessitano di uno specifico approfondimento.

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE GENERICA – REGOLA GENERALE E REGOLE SPECIALI

In via di premessa, va ricordato che la regola generale in tema di garanzia patrimoniale generica, sancita dall'art. 2740 del codice civile, stabilisce che il debitore normalmente risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, e non sono ammesse limitazioni di responsabilità se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Il successivo art. 2741 c.c. fissa, poi, il principio della *par condicio creditorum* secondo cui i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salva l'esistenza di cause legittime di prelazione (privilegi, pegno e ipoteche).

³⁰³ Cass. civ. III Sez. 13 marzo 2013, n. 6575, e di recente Cass. civ. II Sez. 24 gennaio 2019, n. 2047.

Si è già accennato che, invece, nel regime di comunione legale, attraverso la previsione delle norme di cui agli artt.li 186-190 c.c. in tema di obbligazioni assunte da uno o entrambi i coniugi, viene sancito un regime di garanzia generica che si discosta, già da una prima lettura, dai principi generali in materia scolpiti dalle regole sopra menzionate, e tanto sia per le obbligazioni *della comunione*, sia per le obbligazioni *personali* del singolo coniuge.

La legge distingue infatti due categorie di obbligazioni: a) quelle gravanti sui beni della comunione legale (specificamente elencate nell'art. 186 lett. a,b,c,d, c.c.)³⁰⁴; e b) quelle personali del singolo coniuge (art. 189 co II c.c.).

Per le obbligazioni gravanti sui beni della comunione legale (art. 186, c.c.) la stessa legge³⁰⁵ stabilisce che ai creditori è attribuito il potere di soddisfare il loro diritto sui beni facenti parte della comunione legale e di agire sui beni personali dei coniugi soltanto in via sussidiaria quando i beni della comunione risultino insufficienti e, comunque, nei confronti di ciascuno dei coniugi, «nella misura della metà del credito» (art. 190 c.c.).

Per quanto riguarda, invece, le obbligazioni personali del singolo coniuge (comprese quelle contratte anteriormente alla celebrazione del matrimonio), i creditori particolari possono soddisfarsi, oltretutto sui beni personali del coniuge, in via sussidiaria sui beni della comunione, «nel limite del valore della sua quota». Se sono creditori chirografari, sono loro preferiti i creditori della comunione (art. 189 co. II c.c.).

Il raffronto tra le regole generali e queste ultime regole mostra come il regime di responsabilità patrimoniale dei coniugi in comunione legale, nei confronti dei terzi, ne risulti modificato.

È importante rimarcare come il regime in esame non pertenga al profilo della determinazione della titolarità del debito, e dunque all'individuazione del soggetto passivo del rapporto obbligatorio (che rimane il coniuge contraente, anche separatamente, unico soggetto a cui il creditore potrà chiedere l'adempimento della prestazione dovuta), ma incida su quel particolare aspetto della vicenda debitoria legato appunto alla c.d. garanzia generica, ponendo una deroga significativa all'indicazione generale,

³⁰⁴ I beni della comunione rispondono: a) di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto; b) di tutti i carichi dell'amministrazione, cioè di tutti i debiti e oneri di gestione; c) delle spese per il mantenimento della famiglia (tra cui le spese per l'istruzione e l'educazione dei figli) contratte dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia; d) di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi (a prescindere dallo scopo per cui è stata contratta). Nella normativa, dunque, coesistono un criterio di imputazione oggettivo che tiene conto della causa sottostante l'obbligazione (fattispecie *sub* a), b), c), ed un criterio di imputazione soggettivo (fattispecie *sub* d) che invece prescinde dalle ragioni dell'assunzione del credito e si fonda invece sulle modalità con cui l'obbligazione è sorta.

³⁰⁵ Più precisamente, il combinato disposto degli artt.li 186 e 190 c.c..

desumibile dall'art. 2740 c.c., per cui il peso economico del debito deve essere allocato sul soggetto che ha assunto l'obbligazione medesima³⁰⁶.

Come si può notare qui, al contrario, anche trattandosi di impegni assunti da un sol coniuge, il loro peso viene distribuito su un insieme di beni appartenenti ad entrambi, sì da configurare un caso peculiare che potrebbe dirsi di *responsabilità senza debito*, in qualche modo accostabile, e tuttavia nemmeno pienamente riconducibile alla fattispecie ex art. 2910, II co. c.c.³⁰⁷, in quanto l'art. 190 c.c. contiene la responsabilità personale da un lato, nei binari della sussidiarietà, dall'altro nella sola misura della metà del credito.

A quest'ultimo riguardo, la dottrina³⁰⁸ più attenta ha rilevato le criticità che deriverebbero dall'interpretazione di quest'ultima regola, come riferita *anche riguardo al coniuge agente*.

Affermare che, in caso di incapacità del patrimonio comune, questi risponda dell'obbligazione coi beni personali solo nella misura della metà del debito (che, si badi bene, egli stesso ha personalmente contratto), darebbe infatti corso ad una soluzione oltremodo eversiva rispetto ai principi generali che presiedono la responsabilità patrimoniale generica.

La deviazione delle ordinarie regole in questione, in una siffatta interpretazione, esibirebbe i suoi tratti più marcati a considerare la fattispecie di cui all'art. 186 lett. c), ossia quella delle obbligazioni assunte *congiuntamente* dai coniugi.

In questo caso, infatti, se si ritiene alquanto pacifico l'operare delle regole di diritto comune in tema di obbligazioni solidali (per cui il creditore può agire per l'intero, indistintamente, nei confronti di ciascun coniuge, cfr. art. 1292 c.c.), dall'altro si configurerebbe a favore dei coniugi, che congiuntamente hanno assunto l'impegno, una situazione di inedito vantaggio, che non si riscontra in

³⁰⁶ Quanto all'istituto in esame, può essere utile ricordare come la dottrina maggioritaria rifiuti di identificare nella c.d. responsabilità patrimoniale generica un elemento costitutivo della struttura del rapporto obbligatorio. Pur essendo indubitabilmente legata da una strumentalità rispetto all'obbligazione - nel senso che la sua funzione si comprende soltanto nel nesso che la connette al fenomeno dell'inadempimento, ed alle conseguenze di quest'ultimo - essa tuttavia non assurge ad elemento coesistente dell'obbligazione medesima, ma rimane esterna alla sua struttura (V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, 19, I, *Tutela dei diritti*, Torino, 1997, p. 490; in questo senso cfr. anche C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di una evoluzione*, in *Europa Dir. Priv.*, 3/2021, p. 602, per cui si può dire che il vincolo sul patrimonio del debitore, quale elemento estraneo al rapporto, «funga da sfondo all'obbligazione»).

Questo modo di concepire la responsabilità patrimoniale del debitore viene sintetizzato in termini efficaci da chi la ebbe a descrivere quale «situazione giuridica autonoma», che si colloca «fra le situazioni giuridiche strumentali che stanno a cavallo tra il diritto sostanziale e il diritto processuale». R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro VI, *Della tutela dei diritti. Artt. 2740-2899*, Bologna-Roma, 1955, sub art. 2740, p. 4 ss..

³⁰⁷ Art. 2910 c.c. (Oggetto dell'espropriazione): “1. Il creditore, per conseguire quanto gli è dovuto, può far espropriare i beni del debitore, secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile.
2. Possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore”.

³⁰⁸ U. MINNECI, *Responsabilità patrimoniale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², p. 445.

alcun'altra fattispecie nel sistema privatistico, ciascuno ritrovandosi a rispondere, per un debito *proprio* (in quanto contratto personalmente), in forza di una responsabilità patrimoniale dimezzata.

Passando ai creditori particolari del coniuge, anche qui, come accennato, si registra una sensibile deviazione dalla regola generale: viene infatti delineata un'estensione della responsabilità patrimoniale generica ex art. 2740 c.c.: dunque viene apprestato un regime ad essi più favorevole. Alla responsabilità totale e illimitata del coniuge che ha contratto l'obbligazione, infatti, si aggiunge quella sussidiaria e parziaria (in misura della metà del credito) dell'altro coniuge³⁰⁹.

D'altro canto, l'art. 189 comma II c.c. sembra introdurre un ragguardevole caso di privilegio (*cf.* art. 2745 e ss. c.c.)³¹⁰ a favore dei creditori della comunione legale per le obbligazioni della comunione, rispetto ai creditori particolari – chirografari – dei coniugi, stabilendo che qualora essi concorrano con questi ultimi, debbano essere soddisfatti con precedenza.

Secondo altra Dottrina³¹¹ invece, gli elementi di forte peculiarità che caratterizzano la figura la renderebbero non riconducibile al privilegio, concretando piuttosto una figura generica, e atipica, di causa di prelazione. In particolare, nella figura in esame la nozione di *causale del credito* ex art. 2745 c.c. (in considerazione della quale il privilegio verrebbe accordato) risulterebbe troppo dilatata rispetto alle altre ipotesi normalmente previste dalla legge (si pensi, per esempio alle obbligazioni assunte congiuntamente dai coniugi ex art. 186 lett. d) c.c.). La questione, invero, non ha rilievo solo dogmatico, infatti la qualificazione in termini di privilegio o meno determina, quale necessario corollario, l'applicazione o meno della disciplina specifica in materia (art. 2745 e ss.).

Se si volge lo sguardo al profilo comparatistico, si può osservare come anche nell'ordinamento francese, vigendo il regime della *communauté entre époux*, le regole ordinarie stabilite dal *code* in tema di garanzia patrimoniale generica appaiano anche qui ridisegnate da una normativa speciale che,

³⁰⁹ Quanto al concetto di responsabilità '*sussidiaria*', secondo la tesi oggi prevalente, la sussidiarietà si atteggierebbe come *beneficium ordinis* e non come *beneficium excussionis*, nel senso che la previa escussione del patrimonio del singolo coniuge (o del patrimonio comune, a seconda dei casi), non costituirebbe condizione di procedibilità. Il creditore potrà quindi aggredire liberamente qualunque bene dei coniugi, essendo del resto incerto, per i terzi, quali siano esattamente i beni comuni e quelli personali. Si ritiene, pertanto, che una volta che il creditore abbia iniziato l'esecuzione su qualunque bene, da esso individuato, sia onere dei coniugi indicare l'esistenza di beni personali (o comuni, a seconda de casi) su cui il creditore stesso potrà - e dovrà - soddisfarsi con precedenza.

³¹⁰ La giurisprudenza teorica sembra, infatti, ricondurre la regola stabilita da tale comma allo schema del privilegio, che ne costituirebbe il paradigma normativo più affine (L. BRUSCUGLIA, *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in Auletta (a cura di) *Il diritto di famiglia*, III, I rapporti patrimoniali tra coniugi, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2011, p. 340).

³¹¹ U. MINNECI, *Responsabilità patrimoniale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², pp. 451-452.

tuttavia, sembra restituire un quadro di regole più armonioso e razionale³¹², rispetto a quello fissato dal legislatore italiano della riforma 1975.

Nell'ordinamento francese, la regola generale in tema di responsabilità patrimoniale generica è scolpita dall'attuale art. 2284 *code civil*³¹³ (che costituisce l'antecedente diretto del nostro previgente art. 1948 c.c. Pisanelli, e a sua volta dell'attuale art. 2740 c.c.) secondo cui “*Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*”.

L'espressione “*droit de gage général*” (o *commun*) evoca letteralmente che il creditore è assistito da una garanzia rispetto al soddisfacimento della propria obbligazione: garanzia di carattere personale e, appunto, generale poiché non si riferisce ad un singolo bene, bensì all'intero patrimonio unitario del debitore³¹⁴.

Questa garanzia si concretizza, invero, solo al momento dell'esecuzione forzata (*saisie*), che perciò potrà avere ad oggetto anche beni entrati nel patrimonio successivamente alla nascita del diritto di credito così come, reciprocamente, non potrà più avere ad oggetto beni che, presenti al momento in cui il credito era sorto, siano nel frattempo fuoriusciti dal patrimonio del debitore³¹⁵.

Ciò premesso, se si esamina il quadro delle regole offerte dal regime della *communauté entre époux* come delineato dal *code civil* attuale, nel paragrafo dedicato al *passif de la communauté* (artt. 1409-1418), si può evincere una distinzione tra i debiti personali contratti dal coniuge *anteriormente* al matrimonio nonché quelli di cui si trovi gravato per effetto di successioni ereditarie o donazioni in costanza di regime (artt. 1410-1411), e tutti gli altri debiti sorti durante la vigenza del regime legale stesso.

Ecco che, per i primi si prevede che oggetto della garanzia patrimoniale generica dei creditori siano soltanto «les biens propres et les revenus de leur débiteur» (art. 1411). Per soddisfare tali debiti, i beni della comunione possono cioè essere aggrediti solo quando i mobili di cui il debitore era proprietario anteriormente alle nozze (o pervenutigli per successione o donazione) si siano confusi col patrimonio comune, e dunque non sia più possibile distinguerli da quest'ultimo (art. 1411 cpv)³¹⁶.

³¹² Come risultanti all'esito della riforma operata dalla Loi n. 85-1372 du 23 décembre 1985.

³¹³ Prima dell'Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006, ratificata dalla Loi n. 2007-212 du 20 février 2007, art 10-I, la regola era sancita dall'originario art. 2092 del *Code Napoléon*, ora abrogato.

³¹⁴ A.M. SIMON, B HESS-FALLON, M. VANBREMEERSCH, *Droit Civil*, Sirey-Dalloz, 2017 (12éd.), p 476.

³¹⁵ Inoltre, tutti i creditori chirografari di un medesimo debitore hanno gli stessi diritti; l'antiorità del credito, in sé, non dà infatti alcuna prelazione: «*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*» (art. 2285 *code civil*).

³¹⁶ L'art. 1412 *code civil* stabilisce comunque che, in caso di esecuzione sui beni comuni per un debito personale, il coniuge debitore è tenuto ad una *récompense* nei confronti del patrimonio comune.

Quanto ai secondi, cioè i debiti contratti in costanza di regime, riassumendo possono suddividersi in tre categorie (*cf.* art. 1409 *code civil*):

1) debiti particolari, di cui risponde il solo coniuge contraente coi beni propri, e rispetto ai quali al creditore è normalmente impedito di procedere *in executivis* sui beni della comunione fintantoché questa non sia in vita;

2) debiti comuni a titolo definitivo o *passif définitif* (per i quali i creditori possono aggredire i beni comuni, senza che la *communauté* abbia diritto ad alcun rimborso) ossia obbligazioni alimentari e *dettes ménagères* assunti ai sensi dell'art. 220 *code civil* (su cui si tornerà nel Capitolo 8);

3) debiti comuni a titolo provvisorio (*passif provisoire*), per i quali i creditori possono aggredire i beni della comunione, ma al momento dello scioglimento l'altro coniuge avrà diritto, *pro quota*, a *récompense* (questo è il caso, per esempio, dei debiti risarcitori da responsabilità per fatto illecito di uno solo dei coniugi).

Si può osservare come per questi ultimi la garanzia patrimoniale risulti estesa a tutta la comunione, benché la legge ponga delle significative limitazioni a questo principio: prevede infatti che siano debiti particolari, e cioè risponda il solo coniuge contraente coi propri beni, nel caso in cui il debito sia stato assunto in frode all'altro coniuge con malafede del creditore (art. 1413); nel caso di prestazione di fideiussioni o di stipulazione di mutui senza il consenso dell'altro (art. 1415); stabilisce infine (art. 1414) l'impignorabilità (*insaisissabilité*) dei redditi personali del coniuge per i debiti dell'altro, se non quando si tratti di obbligazioni contratte per il mantenimento del *ménage*, e per l'educazione dei figli ai sensi dell'art. 220. Con riferimento a quest'ultima voce, bisogna infatti sottolineare che nell'ordinamento d'Oltralpe – diversamente da quanto previsto nell'ordinamento italiano – tutti i redditi provenienti sia da beni propri che dall'esercizio di un'attività separata, fanno parte della comunione immediata.

Dal quadro, pur brevemente delineato, si possono trarre le seguenti indicazioni: il sistema francese sembrerebbe da un lato marcare una spiccata autonomia patrimoniale della massa comune posto che, in costanza di rapporto, non è consentito aggredire beni della comunione per i debiti contratti anteriormente all'instaurazione del regime laddove invece, per l'ordinamento italiano, tale azione è sempre possibile, sia pure in via sussidiaria (*cf.* art. 189 comma II c.c.).

Dall'altro però, se è vero che fintantoché la comunione è in vita, questa non risponde dei debiti personali 'anteriori' dei singoli coniugi, è altrettanto vero che pressoché tutti i debiti assunti da ciascun coniuge *durante* la vigenza del regime (anche quelli che per il nostro ordinamento sarebbero pacificamente personali, come quelli nascenti da fatto illecito del singolo coniuge), appartengono al

passif provisoire e dunque gravano *in executivis* sulla comunione, salvo il sorgere di un diritto a *récompense* tra i coniugi, al momento dello scioglimento.

Così, a ben vedere, i creditori francesi finiscono per ricevere una protezione maggiore rispetto all'ordinaria regola del *gage général* delineato dall'art. 2284 *code civil*, avendo a garanzia del soddisfacimento del proprio credito, e a disposizione per l'esecuzione, un patrimonio comune ben più dilatato e capiente, che si somma a quello del singolo coniuge obbligato senza che – a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano – possano vedersi opposto alcun *beneficium excussionis*³¹⁷. Né il *code civil* conosce regole analoghe a quelle di cui ai nostri artt. 189 e 190 c.c. che limitano alla metà del credito l'azione esecutiva per debiti comuni contro i beni propri di uno dei coniugi³¹⁸.

Quanto, invece, alle ragioni dei creditori personali riguardo alle obbligazioni sorte prima del matrimonio o relative a rapporti acquisiti per successione o donazione, la sopraccitata regola dell'art. 1411 del *code* concede loro la possibilità di soddisfarsi in ogni caso, oltretutto sui beni personali, anche sui redditi del debitore (che a differenza che da noi, cadono in comunione immediata), nonché su tutti quei beni mobili personali che si siano confusi con quelli comuni.

In definitiva, il fatto che un debitore sia coniugato in regime legale si risolve per i creditori in un vantaggio rispetto alla situazione di un debitore *célibataire* o coniugato in regime di separazione dei beni, che garantisce l'adempimento delle proprie obbligazioni ai sensi dell'art. 2284 *code civil*³¹⁹.

³¹⁷ Cfr. G. OBERTO, *La comunione cit.*, tomo II, pp. 1416-1417.

³¹⁸ Questo principio in un certo senso viene affermato nell'art. 1483 *code civil*, che tuttavia si riferisce ai debiti sorti in costanza di regime e non ancora estinti al momento dello scioglimento, e che consente al creditore della *communauté* di soddisfarsi sino alla metà del credito sui beni assegnati all'altro coniuge, in seguito allo scioglimento della comunione e alla divisione, ed in ogni caso salvo il diritto dell'altro coniuge al conguaglio in sede di divisione.

³¹⁹ Restando sul terreno comparatistico, nell'ordinamento tedesco disposizioni speciali vigono per il regime convenzionale della *Gütergemeinschaft*, ove sembra intravedersi un'estensione delle regole sulla responsabilità patrimoniale generica a vantaggio dei creditori in termini non dissimili da quelli sopra visti nel regime legale francese. Invero, il § 1437 da un lato dispone che i creditori particolari dei coniugi possono soddisfarsi anche sul patrimonio comune, dall'altro che il coniuge che amministra il patrimonio comune risponde per le obbligazioni dell'altro coniuge anche personalmente, in qualità di debitore solidale. Quando poi l'amministrazione sia affidata a entrambi i coniugi, il § 1459 stabilisce che delle obbligazioni del patrimonio comune rispondano i coniugi anche personalmente, quali debitori solidali, mentre sul piano della tutela esecutiva, si registra in senso opposto, come il § 860 ZPO faccia espresso divieto di sottoporre a pignoramento la quota di ciascun coniuge nel *Gesamtgut*, sintantoché la *Gütergemeinschaft* non giunga a scioglimento (U. BORGER- L. ENGELSING, *Eheliches Güterrecht*, 2005, p. 274 ss.). Sempre riguardo al sistema tedesco, si può invece osservare come il regime legale di comunione degli incrementi escluda *ab origine* il problema dell'incidenza dei debiti dei coniugi, almeno sinché lo stesso regime legale non giunga a scioglimento, non esistendo infatti, sino a tale momento, una massa patrimoniale che possa dirsi comune. In questo sistema, dunque, risulterebbe priva di senso una distinzione *in executivis* tra creditori particolari del singolo coniuge e creditori comuni, mentre la questione della titolarità delle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia *ex latere debitoris* è espressamente risolta dalle disposizioni di cui al § 1357 e ss. in tema di *Schlüsselgewalt* (su cui *amplius* nel Cap 8 *infra*). Nell'ambito dei paragrafi dedicati alla *Zugweinnngemeinschaft*, non si rinvergono così specifiche norme sulla responsabilità patrimoniale verso i creditori dei

Quanto, poi, al grado di *particularisme* della disciplina offerta dal regime della *communauté* rispetto alle regole ordinarie in tema di responsabilità patrimoniale generica, che costituisce l'oggetto della presente riflessione, è appena il caso di osservare quanto segue.

La manualistica d'Oltralpe³²⁰ non manca di sottolineare come l'ordinaria regola sul *droit de gage général*, soprattutto in tempi recenti, sia stata oggetto di svariate deroghe ed eccezioni, in conseguenza di un sempre più frequente confinamento, a livello normativo, della *théorie classique du patrimoine*³²¹ fondata sui concetti di universalità ed unicità, di cui si è revocato in dubbio che corrisponda ancora all'evoluzione dell'odierna realtà.

Per esempio, già la legge 11 février 1994 “*Initiative et entreprise individuelle*” aveva stabilito che i creditori dell'imprenditore individuale e del libero professionista debbano necessariamente aggredire prima i beni strumentali all'attività di impresa o professionale, e i beni personali solo in via sussidiaria, quando i primi siano insufficienti. Nello stesso ambito i medesimi soggetti possono, con una semplice dichiarazione, sottrarre gli immobili non adibiti alla loro attività – ed in particolare quello ove hanno fissato la propria residenza – al pignoramento per i crediti professionali (Loi 1^{er} août 2003 e Loi 4 août 2008)³²².

La legge 15 giugno 2010 ha poi introdotto l'articolo L. 526-6 del *Code de commerce* creando la figura del c.d. EIRL (*Entrepreneur individuel à responsabilité limitée*) che consente ai singoli imprenditori di destinare alla propria attività d'impresa un patrimonio separato dal proprio patrimonio personale, senza dover costituire una persona giuridica. La disposizione testé citata, all'alinéa 2, precisa poi che «*Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle, qu'il décide d'y affecter et qu'il peut*

coniugi. Il tema della tutela dei creditori emerge però al momento dello scioglimento: ai sensi del § 1378 comma II BGB, il credito del coniuge all'*Ausgleich* - ossia alla perequazione delle reciproche pretese maturate alla cessazione del regime legale per effetto degli incrementi patrimoniali conseguiti (*Zugewinn*) - si determina al netto delle passività ancora sussistenti al momento della cessazione stessa. La previsione, che viene a stabilire una preferenza per i creditori rispetto al coniuge *ausgleichsberechtigt*, proprio per essere posta a tutela dei creditori, non è suscettibile di deroga convenzionale da parte dei coniugi (U. BORGER- L. ENGELSING, *Eheliches Güterrecht*, 2005, p. 176 ss.).

³²⁰ A.M. SIMON, B. HESS-FALLON, M. VANBREMEERSCH, *Droit civil*, Dalloz, 2017 (12 éd.), p.139 ss., nonché p. 478.

³²¹ Il *code civil* non definisce esplicitamente il concetto di patrimonio: questa teoria, che si fonda sul *principe de l'unité* (i diritti e gli obblighi aventi contenuto economico costituiscono un'unità economica unitaria che costituisce un'“universalità di diritto”) e sul *princípio di personalità* secondo cui il patrimonio è legato ad una persona, è stata elaborata nel corso del XIX secolo e viene tradizionalmente attribuita ai giuristi Aubry e Rau (*cfr.* AUBRY – RAU, *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage de M. C. S. Zachariae*, Paris, 1856-1858, vol V, §573 ss.).

³²² La dichiarazione viene resa dinanzi ad un notaio ed è oggetto di pubblicità nei pubblici registri immobiliari, nonché presso le camere di commercio.

ensuite décider de retirer du patrimoine affecté. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté».

Ancora, una legge del 19 février 2007 (modificata dalle leggi del 4 août 2008 e del 30 janvier 2009) ha introdotto la *fiducie* (artt. 2011-2031 del *code*) il cui funzionamento opera in evidente deroga all'art. 2285 del *code*³²³.

Il proliferare di questa normativa speciale nell'ordinamento d'Oltralpe sembrerebbe così aver confinato la portata generale della previsione contenuta nell'art. 2284 del *code* ma addirittura, come accennato, potrebbe revocare in dubbio lo stesso carattere unitario del concetto tradizionale di patrimonio giuridico, secondo la *théorie classique* sopra citata.

Riflessioni di simile tenore si rinvengono, a dire il vero, anche nella riflessione interna al nostro ordinamento, segnatamente intorno al nuovo istituto del sovraindebitamento e all'ampliamento dell'effetto esdebitativo anche al debitore civile (*rectius*: del debitore "non fallibile"), dapprima ad opera della legge 27 gennaio 2012 n. 3, ed ora del Codice della Crisi d'Impresa (CCI), rispetto alla effettiva portata generale della regola ex art. 2540 c.c..

Come noto, già la riforma della legge fallimentare realizzata con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 aveva introdotto, anche nel nostro ordinamento, l'istituto dell'"esdebitazione", conosciuto da tempo in altri ordinamenti come *discharge*³²⁴. In particolare, l'art. 142 L.F. novellato aveva disposto che il fallito persona fisica, in presenza di determinate condizioni che ne attestassero la "meritevolezza", potesse essere ammesso al «beneficio della *liberazione dei debiti residui* nei confronti dei creditori concorsuali». L'ultimo comma dell'art. 142 faceva salvi, comunque, «i diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori del debitore, e degli obbligati in via di regresso»³²⁵. La norma, rimasta nella sostanza invariata, è poi transitata nell'attuale art. 278 CCI.

³²³ Ai sensi dell'art. 2011 «*La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*». Nondimeno la legge restringe la qualità di fiduciario agli istituti di credito, società di gestione del risparmio e società assicurative, nonché agli avvocati. Dopo la legge del 4 août 2008, possono ricorrere all'istituto anche le persone fisiche e le persone giuridiche. Nella prassi, si registra il suo utilizzo soprattutto a scopo di garanzia.

³²⁴ In argomento si rimanda a L. GHIA, *L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in U. Apice, (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 654 ss.; nonché G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 3/2012, p. 310 ss.

³²⁵ Disposizione, questa, che confermerebbe che ci si trova di fronte a una vicenda che concerne direttamente (ed esclusivamente) il "rapporto di responsabilità patrimoniale", e non anche la (sottostante) obbligazione, la quale ultima non si estingue nemmeno parzialmente (altrimenti sarebbe inspiegabile che sopravvivano rapporti accessori, come quelli di garanzia). Dunque, la possibilità di esdebitazione prevista per il debitore fallito costituisce un istituto che incide direttamente (e profondamente) sulla responsabilità patrimoniale, sebbene l'insieme delle "condizioni" cui è subordinato

Se l'esdebitazione dell'imprenditore individuale fallito costituisce una deroga significativa, e nondimeno limitata (sotto il profilo dei soggetti coinvolti), al principio della responsabilità patrimoniale (racchiuso nel precetto secondo cui il debitore risponde dei propri debiti con tutti i suoi beni, *anche futuri*), ancor più ampia risulta la deroga oggi contemplata dal CCI, che rispetto al medesimo principio ha disciplinato l'istituto del "*sovraindebitamento*" del debitore civile, estendendo il beneficio dell'esdebitazione anche ai debitori esclusi dalle tradizionali procedure concorsuali quali i consumatori (mediante il piano di ristrutturazione dei debiti ex artt. 67-73 CCI, già "piano del consumatore"), ed i professionisti, gli imprenditori agricoli, e gli imprenditori commerciali "minori" (mediante il "concordato minore" ex artt. 74-83 CII, già "accordo di composizione della crisi").

L'istituto dell'esdebitazione del debitore non fallibile sembra dunque allargare notevolmente – ed anzi, rende *potenzialmente* coestensiva *all'intera categoria dei debitori* – la deroga al principio secondo cui la responsabilità patrimoniale grava *su tutti i beni*, anche futuri, del debitore e finisce irrimediabilmente per revocare in dubbio il carattere di *principio generale* della previsione contenuta nell'art. 2740 comma I c.c., o addirittura di ribaltare quel rapporto tra "regola" ed "eccezione" su cui si fonda l'elevazione di una norma al rango di "principio generale"³²⁶.

Questa direzione è stata indicata da alcuni interpreti di queste novità legislative che, anzi, hanno addirittura intravisto nell'istituto dell'esdebitazione del debitore "civile" un dato capace di travolgere e sovvertire (prima ancora che l'istituto della "responsabilità patrimoniale" del debitore) la stessa concezione tradizionale dell'obbligazione, facendo in sostanza della "incapacità patrimoniale" del debitore una nuova causa di estinzione (parziale) dell'obbligazione stessa, così incrinando l'ordinario concetto di impossibilità liberatoria, e determinando un sensibile arretramento della *tutela del credito* nel nostro ordinamento³²⁷.

il riconoscimento di tale beneficio non solo circoscriva notevolmente (almeno, in via di fatto) le ipotesi in cui in concreto l'imprenditore tornato *in bonis* possa usufruire del beneficio, ma soprattutto "giustifichi" la concessione dello stesso evidenziandone in definitiva il carattere eccezionale (giustificazione che, come noto, è comunemente individuata nell'offrire all'imprenditore "onesto ma sfortunato" un'opportunità di c.d. *fresh start*). Peraltro, va anche aggiunto che l'esdebitazione – che, con riguardo alla procedura fallimentare (ora di «liquidazione giudiziale») può scaturire solo da un provvedimento giurisdizionale (all'esito dell'accertamento della sussistenza delle condizioni richieste per la concessione del beneficio) – costituisce effetto che consegue invece, *naturaliter*, ad altre procedure basate sull'accordo con i creditori (il riferimento, naturalmente, è soprattutto al concordato preventivo). Sotto questo profilo, pare legittimo affermare che le procedure "concordatarie", ancor prima dell'introduzione dell'esdebitazione del debitore dichiarato fallito, costituivano (e costituiscono) una vistosa deroga all'art. 2740, comma II, c.c., almeno per chi veda consacrato in questa norma il principio della sottrazione all'autonomia privata delle regole relative alla responsabilità patrimoniale del debitore.

³²⁶ G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, in *Questione Giustizia* 1/2019, p. 175.

³²⁷ Il tema viene esaminato criticamente da C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Europa Dir. Priv.*, 4/2022, p. 715 ss. a cui si rimanda, nonché da G. GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa Dir. Priv.*, 1/20, p. 18 ss..

Si potrebbe allora rilevare come gli anzidetti sviluppi normativi nel segno della liberalizzazione delle procedure concorsuali destinate ai debitori civili segnerebbero una tendenza derogatrice di segno contrario a quella - parimenti derogatrice - sancita dalle regole del regime di comunione legale, quantomeno in relazione ai creditori particolari dei coniugi, a cui il regime legale assicura una garanzia strutturalmente più forte di quella ordinaria offerta ai medesimi da un soggetto non coniugato.

APORIE IN TEMA DI PROCEDIMENTO ESECUTIVO

Speciale considerazione merita, poi, l'elaborazione degli interpreti stratificatasi sul tema delle modalità pratiche dell'espropriazione forzata, in particolare di quella promossa dal creditore personale del singolo coniuge sui beni facenti parti della comunione legale: ossia la fattispecie di cui all'art. 189, comma II, c.c., poc'anzi evocata.³²⁸

La difficoltà, qui, riguarda primariamente l'individuazione dell'oggetto dell'azione esecutiva, in una struttura peculiare, la comunione legale, che sotto certi profili è separata dal patrimonio personale dei coniugi, ma dall'altra non è neppure segregata in senso proprio.

L'irriducibilità dell'istituto alla comunione ordinaria, e quindi la sottrazione alle regole e ai principi di diritto comune che governano questa, si riverbera, in forme amplificate, sul piano delle modalità attraverso cui procedere *in executivis*, atteso che il legislatore non si è occupato di introdurre un'apposita regolamentazione in merito, né il diritto processuale vigente conosce una regolamentazione di espropriazioni *per universitatem*.

Sotto altro profilo, la peculiare struttura del regime di responsabilità patrimoniale, poc'anzi descritta, rende la sua traduzione in termini processuali operazione alquanto ardua, e del tutto singolare.

Sin dall'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia del 1975, il tema è stato oggetto di un acceso dibattito, anzitutto incentrato sul significato da attribuire all'espressione legislativa *ex art. 189 co. II c.c.* secondo cui il creditore particolare del singolo coniuge può soddisfarsi in via sussidiaria sui beni della comunione «*fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato*».

Questa disposizione ha suscitato numerosi dubbi interpretativi, che ruotano attorno a due questioni fondamentali.

³²⁸ Le attività esecutive intraprese per obbligazioni effettivamente "gravanti" sulla comunione legale (cioè connesse alle fattispecie individuate dal citato art. 186 lett. a,b,c,d, rappresentano un'astrazione quasi scolastica, in quanto la prassi operativa non conosce una effettiva casistica al riguardo.

Una prima questione, di carattere sostanziale – in quanto involge la peculiare natura dell’istituto della comunione legale tra coniugi quale esemplare senza quote – attiene, come detto, all’individuazione dell’«oggetto» del pignoramento. Non si può, infatti, trascurare che la sua intima struttura concreterebbe una *comunione di patrimonio*, e non già una comproprietà su singoli beni.

Una seconda questione, di carattere processuale, e connessa a quella relativa alla individuazione dell’oggetto del pignoramento, riguarda invece il *modus procedendi* dell’espropriazione, vale a dire l’individuazione delle forme procedurali attraverso cui si dovrebbe svolgere il processo esecutivo, in coerenza con la struttura della comunione legale³²⁹.

L’ambiguità e la carenza del dato normativo hanno portato dottrina e giurisprudenza di merito ad elaborare variegate interpretazioni, ciascuna delle quali, tuttavia, risulta foriera di aporie e presta il fianco a critiche.

La ricca elaborazione giurisprudenziale si è spinta a considerare quattro possibili e distinte modalità per eseguire il pignoramento sui beni in comunione legale ad opera del creditore personale di uno dei coniugi, nessuna delle quali, tuttavia, appare perfettamente aderente o coerente, sul piano dogmatico, con la qualificazione della comunione legale, nei termini sino ad ora ripercorsi. In estrema sintesi:

- i. secondo una prima soluzione, almeno astrattamente rappresentata, si potrebbe ritenere aggredibile l’intera quota ideale dei beni in comunione legale;
- ii. per una seconda impostazione teorica, sarebbe possibile aggredire la quota ideale vantata dal coniuge obbligato su ciascun bene oggetto della comunione;
- iii. secondo altra corrente di pensiero, sarebbe possibile aggredire per intero i singoli beni della comunione, ma con attribuzione di metà del ricavato al coniuge non obbligato;
- iv. infine, si è considerata la possibilità di aggredire i singoli beni della comunione sempre nella loro interezza, ma con attribuzione dell’intero ricavato della vendita al creditore particolare del coniuge obbligato.

Le prime due soluzioni sono state accantonate dalla giurisprudenza di merito prevalente, la quale ha ritenuto che oggetto dell’espropriazione non possa essere la quota della comunione nel suo complesso, né che chi agisce *in executivis* possa domandare la separazione dei beni tra coniugi, in considerazione della natura tassativa dell’elencazione contenuta all’art. 191 c.c. ove sono indicati i casi di scioglimento della comunione³³⁰.

³²⁹ Sul tema cfr. E. BRIGANTI, *Procedure esecutive e comunione legale*, in *Notariato*, 2, 2001, p. 182 ss..

³³⁰ La comunione si scioglie per la dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi, per l’annullamento, per lo scioglimento o per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, per la separazione personale, per la separazione giudiziale dei beni, per mutamento convenzionale del regime patrimoniale, per il fallimento di uno dei coniugi.

Concepire un'espropriazione dell'intera quota dei beni in comunione legale, infatti, significherebbe poter tollerare, almeno in astratto, che sia messa in vendita, per soddisfare i creditori, una quota dell'intera massa comune e che, a seguito dell'alienazione, altri soggetti si sostituiscano al coniuge escusso nella contitolarità e nell'esercizio dei poteri amministrativi della comunione legale, stravolgendo così l'istituto e la *ratio* a cui è informato, permettendo che subentri nella contitolarità un estraneo, diverso dai coniugi.

Esclusa, dunque, la possibilità di espropriare la quota del patrimonio comune, per molto tempo ha avuto maggior diffusione – sia in dottrina che nella giurisprudenza di merito – la tesi che ammetteva l'espropriazione condotta sulla quota di un mezzo dei beni della comunione intesi atomisticamente³³¹.

LA SOLUZIONE DELLA CASSAZIONE

La Corte di Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi per la prima volta sull'argomento, solo a distanza di quasi trent'anni dall'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia che ha introdotto la comunione come regime patrimoniale legale, con la sentenza n. 6575 del 14 marzo 2013. Successivamente, in tempi più recenti, è tornata sullo stesso tema con la sentenza n. 2047 del 24 gennaio 2019, confermando l'orientamento espresso sei anni prima.

L'odierno orientamento fissato dalla Suprema Corte (che pur contiene delle aporie non superate) rappresenta attualmente un punto fermo, e necessita di essere, brevemente, riportato.

Riguardo al problema dell'individuazione dell'oggetto del pignoramento, secondo la Cassazione, il pignoramento del singolo bene deve avere per oggetto non già la quota di quest'ultimo, bensì il bene «per intero».

Ciò che importa sottolineare, ai presenti fini, è come l'intero ragionamento della Suprema Corte muova dall'adesione alla già descritta ricostruzione dogmatica della comunione legale come esemplare «senza quote» (anche se, a ben vedere, appare guidato anche dall'intento di trovare una soluzione pratica soddisfacente, all'attuazione della regola in questione).

In questa prospettiva, partendo dall'assunto teorico che nella comunione legale la quota non esiste come bene giuridico autonomo, suscettibile di autonoma circolazione giuridica, essa non potrebbe neanche essere pignorata né in generale, né in relazione ad un singolo bene.

Diversamente opinando, si finirebbe per attribuire al procedimento pignoratorio una inedita, quanto unica «funzione di costituzione di diritti reali di contenuto o estensione prima insussistenti».

Se si esclude, dunque, che il pignoramento possa avere ad oggetto la «quota» del coniuge obbligato (giacché in questo esemplare di comunione una quota 'bene giuridico' non esisterebbe), l'unica via

³³¹ P. es., di recente, Tribunale di Lecce, 3 febbraio 2020, consultata in *Polisweb*.

logicamente percorribile sarebbe quella di ritenere che il pignoramento promosso dal creditore personale del coniuge venga a colpire i singoli beni della comunione nella loro «interezza».

Quanto all'ulteriore problema interpretativo di stabilire se il limite di espropriabilità posto dall'art. 189 c.c. («fino al valore della quota del coniuge obbligato») debba essere riferito all'«intero patrimonio comune» (per cui il creditore potrà soddisfarsi sull'intera somma ricavata dalla vendita forzata, purché non superi il predetto limite), oppure al «singolo bene» esecutato (per cui, in ogni caso, il creditore potrà soddisfarsi solo sulla metà della somma ricavata dalla vendita) la Suprema Corte, preoccupandosi, come accennato, delle ricadute pratiche di siffatta soluzione, ha fatto propria la seconda opzione interpretativa, riconoscendo al creditore procedente il diritto di soddisfarsi solo sulla metà del *ricavato* del pignoramento³³².

La Cassazione, infine, ha affrontato la questione dell'attribuzione dell'altra metà del ricavato, ed ha ritenuto che essa debba essere attribuita in titolarità esclusiva al coniuge non obbligato, escludendo, invece, che essa possa essere “restituita” alla comunione. A questa conclusione è pervenuta in virtù dell'applicazione dei principi generali sulla ripartizione del ricavato della comunione al momento del suo scioglimento stabiliti dalla legge, ma anche perché, se l'altra metà del ricavato restasse in comunione, sarebbe suscettibile di ulteriori esecuzioni, all'infinito, da parte dei creditori particolari del medesimo coniuge, risultando così vanificato lo stesso limite di espropriabilità previsto dall'art. 189 c.c.

Invero, anche la ricostruzione offerta dalla Cassazione, appena descritta, rappresenta un approdo, sotto diversi profili, non soddisfacente dal punto di vista della coerenza con il paradigma concettuale che ne costituisce il presupposto.

Quanto alla questione di stabilire se il limite di espropriabilità posto dall'art. 189 c.c. («fino al valore della quota del coniuge obbligato»), la dottrina attesta una posizione divergente, osservando come la soluzione adottata dalla Corte, *re melius perpensa*, si ponga in antagonismo con la stessa struttura della comunione legale, dalla stessa professata. La soluzione più coerente col modello dogmatico della proprietà solidale resterebbe, infatti, quella secondo cui il valore della quota del coniuge obbligato debba essere calcolato non già per ogni singolo cespite, bensì con riferimento all'intera

³³² Secondo la Corte, infatti, se si aderisse all'altra opzione interpretativa, si finirebbe inevitabilmente per riversare sulla procedura esecutiva le insuperabili difficoltà, di ordine pratico, legate alla concreta determinazione del valore dell'«intero patrimonio comune», col rischio concreto di vedere l'esecuzione paralizzata, in attesa di giudizi incerti e aleatori volti ad accertare l'esatto valore della quota del coniuge debitore (si pensi, ad esempio, ai continui mutamenti che si verificano all'interno del patrimonio comune, ovvero ai problemi legati alla contemporanea o successiva proposizione di pignoramenti da parte di creditori personali del medesimo coniuge).

massa della comunione legale. Inoltre, solo in questo modo, si sarebbe certi che l'azione esecutiva dei creditori particolari, pur svolgendosi su ciascun bene per l'intero, non gravi complessivamente per un ammontare di valore superiore alla metà dell'intero patrimonio in comunione³³³.

In secondo luogo, ha osservato che la ricostruzione offerta dalla Cassazione costringe ad affermare che la vendita del bene pignorato determini una forma di scioglimento della comunione legale che il legislatore non ha mai concepito o delineato nella costruzione positiva della comunione legale, e dunque concreta una vera e propria soluzione di conio giurisprudenziale, che non trova corrispondenza in alcun indice normativo. Parimenti, la regola affermata della ripartizione del ricavato dalla vendita del bene escusso esula dal sistema di ripartizione delle attività e delle passività disciplinato dalla stessa legge per i casi di scioglimento della comunione legale medesima, ponendosi così in contrasto con lo stesso dato normativo³³⁴.

Attribuire al coniuge non obbligato la metà del ricavato della vendita forzata, infatti, significherebbe a ben vedere riconoscere l'esistenza di un diritto *pro quota* sul bene in comunione, dando corso ad una petizione di principio, rispetto all'impostazione teorica che sta alla base della tesi dell'espropriazione dell'intero bene (cioè il fatto che la comunione legale, appunto, sarebbe un esemplare senza quote, irriducibile ai modelli tipicamente comproprietari, modulati invece su tale concetto).

Detto altrimenti, la quota del singolo bene oggetto di espropriazione, la cui esistenza è negata *a priori*, viene fatta "risorgere" ad espropriazione avvenuta, sotto forma di porzioni della somma ricavata da assegnare all'altro coniuge³³⁵.

³³³ M. PALADINI, *La comunione legale come proprietà solidale: le conseguenze sistematiche e applicative*, in *Famiglia e diritto*, n. 7/2008, p.688. Cfr. anche L. BULLO, *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur, Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005, pp. 166-182, secondo la quale la tesi dell'espropriabilità di una quota ideale del patrimonio stesso risulta la sola davvero coerente con la struttura ontologica della *Gesamte Hand*, che è sostanzialmente comunione di patrimonio (a cui l'Autrice, nella monografia citata, riconduce anche la comunione ereditaria), né la critica ad una tesi giuridica può ridursi alla mera prospettazione dei possibili inconvenienti di carattere pratico che discenderebbero dal suo accoglimento.

³³⁴ Art. 194 c.c.: "*La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo e il passivo. Il giudice, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge*".

³³⁵ M. ACONE, *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno dei coniugi: un passo avanti ed uno indietro della Corte di Cassazione*, in *Foro Italiano*, 2013, p. 3282. D'altro canto, la costruzione non può essere giustificata dalla riconosciuta possibilità della partecipazione del coniuge non debitore alla procedura esecutiva: infatti la sua partecipazione sarebbe deputata unicamente a difenderlo dall'eventuale violazione dei limiti previsti per l'azione esecutiva dell'art.189 comma II c.c., e non invece a farlo diventare destinatario di parte del ricavato dell'espropriazione forzata.

INADEGUATEZZA DELLE FORME ORDINARIE DI PIGNORAMENTO

Oltre alla *quaestio* su quale sia l'oggetto del pignoramento, e come debba essere interpretato il limite di espropriabilità previsto dall'art. 189 c.c., la giurisprudenza teorica e pratica si è altresì preoccupata del problema relativo all'individuazione delle forme processuali attraverso cui eseguire il pignoramento, mostrando una obiettiva difficoltà nell'adattare i congegni espropriativi offerti dal libro III del codice di rito ad una situazione di appartenenza connotata da tratti di marcata eccentricità, rispetto agli schemi tradizionali della proprietà esclusiva o della comunione ordinaria.

Anche questo punto merita una particolare osservazione, perché permette di cogliere il grado di specificità raggiunto dall'elaborazione giurisprudenziale, sia teorica, sia pratica, a partire dalla specialità delle regole stabilite dalla legge in tema di comunione legale ed in particolare di responsabilità patrimoniale dei coniugi. La meditazione teorica risulta particolarmente approfondita, e appare consapevole dell'inadeguatezza delle regole del diritto generale (qui, anche quelle del diritto processuale) a colmare le lacune che il legislatore della riforma ha lasciato.

ESPROPRIAZIONE DI BENI INDIVISI

L'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene di escludere l'applicazione della disciplina dell'espropriazione dei beni indivisi ex art. 599 e ss. c.p.c., tradizionalmente applicato per i beni in comunione ordinaria (cfr. art. 1100 ss. c.c.) in quanto sarebbe incompatibile con la stessa struttura della comunione legale, in termini di "comunione senza quote" sul modello della *Gesamte Hand*.

A ben vedere, l'esclusione della disciplina dell'espropriazione dei beni indivisi non è stata giustificata esclusivamente in forza di tale considerazione, di carattere squisitamente dogmatico, ma anche perché una piana applicazione della predetta disciplina condurrebbe a risultati apparentemente incompatibili col perdurante assoggettamento del bene pignorato al regime giuridico della comunione legale stesso entrando, per così dire, in 'cortocircuito' con le altre regole in tema di amministrazione congiunta dei beni della comunione stessa.

Al riguardo, bisogna infatti ricordare che l'art. 184 c.c. riconosce in capo a ciascun coniuge una legittimazione a disporre in modo efficace dei beni della comunione nella loro interezza³³⁶.

Ebbene, proprio l'esistenza di questo peculiare potere dispositivo di ciascun coniuge, ex art. 184 c.c., nel contesto del processo esecutivo colliderebbe (quanto meno per i beni mobili) con le esigenze

³³⁶ Ai sensi della predetta norma ciascun coniuge, pur in assenza del consenso dell'altro coniuge, può disporre dei beni mobili mediante atti pienamente validi ed efficaci (art. 184 comma III c.c.) e disporre dei beni immobili e dei beni mobili registrati mediante atti pienamente efficaci, pur se annullabili su domanda dell'altro coniuge (art. 184. comma II c.c.).

stesse del creditore procedente (al cui soddisfacimento il processo esecutivo è, istituzionalmente, destinato), laddove l'atto dispositivo del bene pignorato da parte del coniuge non obbligato – che in base alle regole già ampiamente descritte è perfettamente efficace, ancorché annullabile – potrebbe vanificare l'attività svolta dal creditore stesso.

L'elaborazione giurisprudenziale, sia teorica che pratica, si è così affaticata nel tentativo di cercare delle ragioni per affermare – in deroga alle regole ordinarie – una “estensione” automatica all'altro coniuge del vincolo nascente dal pignoramento promosso contro il solo coniuge obbligato³³⁷.

Ma una simile estensione automatica del vincolo pignoratizio nei confronti di un soggetto che, da un lato, è legittimato a disporre del bene staggito, dall'altro non è il destinatario del pignoramento, darebbe corso ad un esito del tutto anomalo, ossia quello di un sistema che assoggetta automaticamente al vincolo pignoratizio una persona che non ha ancora nemmeno la conoscenza (legale)³³⁸ dell'esistenza del pignoramento, urtando frontalmente col principio del contraddittorio, che costituisce il principio cardine del processo civile, anche esecutivo, e che non può evidentemente esser messo fuori gioco (salvo accettare esiti eversivi e finanche incostituzionali, *cfr* art. 111 comma II Cost.).

Inoltre, anche l'art. 600 c.p.c. – che descrive le tre possibili modalità espropriative attraverso cui si può svolgere la procedura: 1) separazione della quota in natura, 2) vendita o assegnazione della quota indivisa e 3) divisione giudiziale – non appare integralmente applicabile alla fattispecie in questione. Salvo, infatti, la prima ipotesi in cui la quota del bene è separabile in natura, la seconda modalità espropriativa (la vendita o assegnazione della quota indivisa) non sembra in concreto praticabile, sia perché – come ha rilevato la Corte di Cassazione³³⁹ – determinerebbe uno stravolgimento dell'istituto della comunione legale, consentendo la sostituzione del coniuge obbligato con un terzo estraneo alla comunione medesima³⁴⁰; sia perché una simile modalità espropriativa apparirebbe incompatibile col fatto che il pignoramento avrebbe ad oggetto non già una quota ideale del bene, bensì il bene per

³³⁷ Cfr. G. VERDE, voce *Pignoramento in generale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 810; R. TISCINI, *Espropriazione forzata di beni facenti parte della comunione legale per debiti personali di un solo coniuge. Lo stato dell'arte*, in *Il giusto processo civile* 1/2019, Napoli, *passim*; A. LOMBARDI, *Espropriazione forzata dei beni della comunione legale, e responsabilità sussidiaria ex art. 189 comma 2 c.c.*, in *Giur. di merito*, 2006, pp. 1649-1650. In giurisprudenza, v. Tribunale di Roma, 28 dicembre 2005, consultata in *Polisweb*.

³³⁸ Essendo coniuge, è quantomeno probabile che ne possa avere una conoscenza *de facto*.

³³⁹ Cass. civ. 14 marzo 2013 n. 6575 cit..

³⁴⁰ In senso contrario, però, secondo un altro Autore non vi sarebbe ragione per escludere la vendita o l'assegnazione della quota indivisa di un bene in comunione legale, in quanto con essa si determinerebbe una situazione (legittima) di comunione ordinaria tra il terzo, divenuto titolare della quota venduta o assegnata, e i coniugi, divenuti titolari in regime di comunione legale solo dell'altra quota. A. ATTARDI, *Profili processuali della comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 30.

intero. Se si consentisse la vendita o l'assegnazione della quota indivisa, infatti, si finirebbe per riconoscere al pignoramento la funzione di costituire un diritto di quota prima inesistente³⁴¹.

Quanto alla terza modalità espropriativa (la divisione giudiziale), questa presenterebbe ragguardevoli deviazioni rispetto al modello ordinario normativamente previsto, in quanto si dovrebbe escludere l'applicabilità del procedimento divisorio previsto dal codice civile e relativo all'intera massa (art. 194 c.c.); ciò che comporterebbe un (inammissibile) scioglimento della comunione legale al di fuori dei casi previsti dall'art. 191 c.c., onde procedere al giudizio divisorio sul singolo cespite, con possibilità per il creditore procedente di soddisfarsi sulla metà della somma ricavata.

Il peculiare regime dell'istituto in questione apparirebbe pertanto incompatibile con la disciplina sull'espropriazione dei beni indivisi.

ESPROPRIAZIONE CONTRO IL TERZO PROPRIETARIO

La giurisprudenza di legittimità, nel suo attuale orientamento, esclude altresì che all'esecuzione promossa dal creditore personale del coniuge su un bene rientrante nella comunione legale possa applicarsi la disciplina dell'espropriazione contro il terzo proprietario (artt. 602 ss. c.p.c.), mettendo in luce come il carattere «eccezionale» della stessa la renda insuscettibile di applicazione al di là dei casi espressamente previsti dalla legge.

Questa esclusione è però criticata da un'Autorevole parte della giurisprudenza teorica³⁴², la quale, invece, riconosce allo schema procedurale di cui agli artt. 602 ss. c.p.c. la possibilità di un'interpretazione estensiva (non analogica) che va oltre i casi espressamente previsti dall'art. 602 c.p.c. e artt. 2910, II co., c.c. e che sarebbe idonea a ricomprendere tutte le ipotesi in cui la legge sostanziale istituisce una «responsabilità esecutiva» in capo a un soggetto che debitore non è.

Ebbene, secondo la dottrina in parola, l'art. 189 comma II c.c. rappresenterebbe proprio un caso di norma speciale, istitutiva di una «responsabilità esecutiva» in capo al coniuge non obbligato, per i debiti personali dell'altro coniuge, e pertanto giustificerebbe l'applicazione degli artt. 602 ss. c.p.c.³⁴³.

³⁴¹ G. SANTAGADA, *Espropriazione forzata dei beni in comunione legale per debiti personali del singolo coniuge*, in *Rivista dell'esecuzione forzata* 3/2014, p. 578.

³⁴² M. ACONE, *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno dei coniugi: un passo avanti ed uno indietro della Corte di Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, p. 3284.

³⁴³ Per questo precisa poi che, materialmente, il pignoramento dovrebbe essere promosso contemporaneamente nei confronti di entrambi i coniugi. Si configurerebbe, così, un'ipotesi che in base al diritto processuale civile è detta di cumulo soggettivo passivo per connessione di oggetto.

L'opinione dottrinale citata riterrebbe tale modalità procedimentale la più idonea a superare le problematiche sopra descritte, qualora si provi ad applicare lo schema procedurale dell'espropriazione dei beni indivisi.

Seguendo lo schema dell'espropriazione contro il terzo, infatti, si garantirebbe al coniuge non obbligato una "immediata" e "piena" partecipazione al processo esecutivo, sin dal momento della notifica del titolo esecutivo e del precetto (art. 603

Ulteriore e contrapposto orientamento dottrinale³⁴⁴ non ritiene invece che questo tipo di pignoramento possa applicarsi al caso in questione, nemmeno ricorrendo ad un'interpretazione estensiva, sottolineando come, infatti, trovi applicazione esclusivamente nelle ipotesi in cui oggetto di espropriazione sia «il bene di un terzo, non debitore né responsabile con l'intero suo patrimonio».

E questo punto sarebbe dirimente.

Si è già osservato come la configurazione della comunione legale come proprietà solidale comporti un anomalo e peculiare fenomeno di “scissione” tra intestazione formale dei beni e proprietà *sostanziale* di entrambi i coniugi i quali non potrebbero, effettivamente, dirsi “terzi” rispetto ai beni della comunione che vengono pignorati.

Detto altrimenti, il coniuge non obbligato non potrebbe essere qualificato come «terzo responsabile per debito altrui», secondo lo schema procedurale di cui agli artt. 602 ss. c.p.c., se non a costo di forzare, anche qui, il tenore delle regole generali offerte dal diritto processuale.

Nella fattispecie di cui all'art. 189 comma II c.c., infatti, il creditore personale del singolo coniuge ha facoltà di agire (sia pure in via sussidiaria) su interi beni della comunione legale, non già perché si tratta di beni rientranti nel patrimonio del coniuge non obbligato e «vincolati» all'effettivo soddisfacimento del debito dell'altro coniuge, secondo la regola generale ex art. 2910, comma *secondo* c.c. come se fossero beni di un terzo, bensì, viceversa, perché si tratta di beni che, in forza di una regola speciale, vengono fatti rientrare nella responsabilità patrimoniale generica del coniuge debitore ex art. 2910, comma *primo*, c.c., sia pure nel limite del valore corrispondente alla sua quota³⁴⁵.

ESPROPRIAZIONE ORDINARIA CONTRO IL DEBITORE

L'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene, pertanto, quale unica strada percorribile, quella di applicare all'espropriazione dei beni comuni ex art. 189 comma II c.c. la disciplina generale in tema di espropriazione “contro il debitore”, con le forme ordinarie previste dagli artt. 513 ss., 543 ss. e 555 ss. c.p.c. a seconda della natura del bene pignorato.

c.p.c.). Inoltre, gli effetti del pignoramento verrebbero a prodursi in via diretta nei confronti del coniuge non obbligato, in quanto destinatario dell'atto di pignoramento ex art. 604 c.p.c. senza far sorgere le problematiche sopra descritte di violazione del principio del contraddittorio.

³⁴⁴ G. SANTAGADA, *Espropriazione forzata cit.*, p.580.

³⁴⁵ Inoltre, l'applicazione degli artt. 602 ss. c.p.c. presupporrebbe che i beni soggetti alla responsabilità per debito altrui siano «predeterminati», mentre invece, nel nostro caso, il creditore personale del singolo coniuge può agire in via esecutiva su «tutti» i beni rientranti nella comunione legale: beni che possono aumentare, diminuire o comunque mutare nel corso del tempo.

Si tratta di una conclusione che, se da un lato risulta apparentemente rispettosa della regola generale ex art. 2910 co. I c.c., tuttavia, prevedendo il coinvolgimento del «solo» coniuge obbligato, non appare pienamente coerente rispetto alle esigenze che derivano dall'assoggettamento del bene pignorato al regime proprio della comunione legale.

Essa, infatti, non risulta idonea a dar conto della peculiarità che caratterizza i beni in comunione, ed in particolare che l'altro coniuge non debitore – sebbene non obbligato – è pur sempre “contitolare in solido” del bene pignorato, per cui, all'esito della procedura esecutiva, la sua originaria situazione sostanziale di contitolarità sul bene pignorato verrebbe trasformata in una situazione sostanziale di titolarità esclusiva sul suo controvalore economico.

La forma della tutela esecutiva accordata dalla giurisprudenza al creditore precedente finisce, così, per interferire con l'intima struttura dell'istituto coinvolto, intaccando irrimediabilmente la sfera giuridica dell'altro coniuge.

D'altro canto, se il processo esecutivo venisse condotto nei confronti del solo coniuge obbligato (come dovrebbe essere secondo una precisa applicazione dell'ordinario schema processuale dell'espropriazione contro il debitore), sembrerebbe che vi sia violazione del principio del contraddittorio, rispetto all'altro coniuge, pur sempre “contitolare in solido” del bene staggito.

Per questo motivo, la Cassazione ha ritenuto che l'unico modo affinché il suddetto principio venga rispettato sia affermare che «*la soggezione ad espropriazione di un bene sul quale ha eguale contitolarità il coniuge non debitore lo configura come soggetto passivo dell'espropriazione in concreto operata, con diritti e doveri identici a quelli del coniuge debitore esecutato*»³⁴⁶. Sul piano pratico, la configurazione del coniuge non obbligato come soggetto passivo dell'esecuzione comporterebbe l'obbligo di consentirgli la partecipazione al processo esecutivo (e dunque dovrebbe ritenersi necessaria la notificazione, anche nei suoi confronti, dell'atto di pignoramento³⁴⁷).

³⁴⁶ La natura di soggetto passivo dell'esecuzione attribuibile, per indicazione della giurisprudenza di legittimità, al coniuge in comunione legale lo fa divenire “debitore” in senso codicistico e quindi, in quanto soggetto “espropriato”, destinatario del divieto di presentare offerte di acquisto previsto dall'art. 571 c.p.c.. Cfr. R. LOMBARDI, *Comunione legale e acquisto dell'immobile pignorato: un divieto per il coniuge non debitore?*. Nota a Trib. Siracusa 26 luglio 2019, in *Fam. dir.* 5, 2020, p. 479 ss..

³⁴⁷ Sotto il profilo pratico, la notificazione ad entrambi i coniugi proteggerebbe inoltre il creditore precedente rispetto agli atti di disposizione del bene pignorato eventualmente compiuti dall'altro coniuge a pregiudizio dello stesso. Nelle pronunce rese in argomento (Cass. civ. n.6575/2013 e n. 2047/2019 cit.), invero, la Suprema Corte non si è pronunciata espressamente sulla questione se l'atto di pignoramento debba essere indirizzato e rivolto “singolarmente” nei confronti del solo coniuge debitore, e notificato ad entrambi, ovvero se debba essere anche indirizzato e rivolto ad entrambi quali soggetti passivi dell'esecuzione.

La Dottrina più persuasiva (G. SANTAGADA, *Espropriazione forzata cit.*, pp.584-585) depone in quest'ultimo senso. Infatti, se si optasse per la prima soluzione (quella secondo cui il coniuge non obbligato sarebbe destinatario della mera «notifica» dell'atto di pignoramento già compiuto nei confronti dell'altro coniuge), l'unico modo per tutelare adeguatamente le esigenze creditorie sarebbe quello di riconoscere una immediata e automatica «estensione» degli effetti del pignoramento rispetto al coniuge non obbligato. Ma come già osservato, una simile “estensione” del vincolo pignoratorio apparirebbe incompatibile col principio del contraddittorio. Apparirebbe così più sensata la seconda

RILIEVI CONCLUSIVI E CRITICITÀ

In definitiva, l'affermazione dell'assenza di quote nella comunione legale attualmente fa prediligere, almeno nella giurisprudenza di legittimità, la tesi dell'espropriazione del singolo bene in comunione legale interamente considerato, ma tale tesi genera una insormontabile aporia, per cui da un lato, a livello teorico, sembra contrastare con la ricostruzione stessa della comunione legale in termini di comunione a mani riunite – e dunque priva di diritti individuali su *ciascun singolo bene* del compendio, ma solo di diritti sul *patrimonio intero* – dall'altro, si è osservato³⁴⁸ che solo il pignoramento della *quota* di ogni singolo bene (e non quello ordinario “contro il debitore”), sarebbe effettivamente rispettoso dell'integrità patrimoniale del coniuge non debitore; al contrario ammettere che il creditore personale possa agire esecutivamente su di un intero bene facente parte della comunione legale, determinerebbe un'invasione del patrimonio dell'altro coniuge, e dunque una violazione della regola generale espressa dagli artt. 2740 e 2910 c.c.³⁴⁹ secondo cui si risponde dei debiti con i propri beni, non con quelli altrui (salvo nei casi tassativamente previsti).

Né questa invasione verrebbe totalmente cancellata dal riconoscimento postumo della restituzione al coniuge non debitore della metà del ricavato dell'espropriazione: ciò, anzi, equivarrebbe proprio a riconoscere *ex professo* che l'azione esecutiva ha inciso sul diritto patrimoniale del coniuge non debitore.

Sotto altro e distinto profilo (che potremmo definire ‘dinamico’) l'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* che tenga conto delle specifica fisionomia e delle specifiche esigenze riconnesse all'istituto della comunione legale tra coniugi, fa registrare un singolare sforzo giurisprudenziale volto ad approntare soluzioni il più possibile coerenti con la sua struttura peculiare, avvalendosi degli strumenti processuali esistenti, ed interpretandoli di senso nuovo, estensivo, o derogatorio, rispetto a quello comune, ma constatando come, infine, nessuna soluzione sia in grado di rendere piena ragione della specificità dell'istituto in discorso, se non piegandolo forzatamente all'interno degli schemi giuridici tradizionali e trovarsi a violare ora questo, ora quel principio, sostanziale o processuale.

Tra le più evidenti distonie risalta, senz'altro, il contrasto tra l'affermazione che un coniuge rivesta la qualifica di soggetto passivo di un pignoramento gravante su un bene di sua proprietà, al di fuori di ogni sua responsabilità personale, e lo stesso principio di cui all'art. 2740 c.c..

soluzione, per cui l'atto di pignoramento deve essere indirizzato e rivolto «congiuntamente» ad entrambi i coniugi, considerando anche il coniuge non obbligato a tutti gli effetti quale soggetto passivo del pignoramento.

³⁴⁸ A. CARDINO, *Creditori particolari del coniuge in comunione legale e oggetto del pignoramento tra diritto vivente e diritto morente*, in *Giur. di merito*, 2012, § 5, p. 617 e ss..

³⁴⁹ E, processualmente, dall'art. 477 c.p.c..

Come si è cercato, pur brevemente, di illustrare, la struttura della comunione legale quale esemplare senza quote e l'insieme di regole specifiche stabilite dalla legge in tema di responsabilità finanziaria dei coniugi, impediscono un'applicazione diretta delle regole privatistiche che opererebbero in assenza del regime legale. La mancanza di indicazioni legislative sulle modalità di svolgimento dell'esecuzione forzata ha poi generato elaborazioni giurisprudenziali che, pur fondate su ragionamenti articolati, non riescono a comporre compiutamente la specialità del regime di responsabilità patrimoniale tratteggiato dal legislatore, con le ordinarie regole e principi, sia sostanziali che processuali.

7.

ALCUNI PROFILI IN TEMA DI REGIME DI SEPARAZIONE DEI BENI

LIMITI ALL'AUTONOMIA NELL'AMMINISTRAZIONE E DISPOSIZIONE DI BENI PERSONALI

Lasciando il campo del regime legale, una specifica attenzione deve essere ora rivolta al regime di separazione dei beni (artt.li 215 e ss. c.c.), che peraltro rappresenta il regime convenzionale ormai statisticamente più diffuso nella prassi sociale.

Se, da un lato, in questo regime l'art. 217 c.c. fissa la regola, apparentemente semplice, secondo cui ciascun coniuge può godere e amministrare i beni di cui è il titolare esclusivo, ciò non sembra risolversi nella pacifica applicazione delle regole del diritto privato generale ad ogni atto che coinvolga i beni medesimi, come se i coniugi fossero considerati soggetti estranei tra loro.

Detto altrimenti, qui si tratta di vagliare l'interferenza – più o meno intensa – del regime primario sul potere di amministrazione e gestione dei beni, da parte del coniuge titolare esclusivo³⁵⁰.

Sembrerebbe infatti che, anche nel regime separatista, la libertà di amministrare i beni in titolarità esclusiva del singolo coniuge possa interferire, e finanche venire compromessa, dagli obblighi connessi all'adempimento e alla ripartizione dei doveri di contribuzione previsti dalla legge.

La questione emerge espressamente nella riflessione dottrinale d'Oltralpe, ove soffermandosi intorno al *régime conventionnel de séparation des biens*, inizialmente lo si qualifica in termini di “*absence de régime*”, salvo tosto rilevare come, pur restando separati gli interessi patrimoniali dei coniugi, la sussistenza del coniugio non sia ininfluyente riguardo alla libera gestione dei beni di cui sono titolari esclusivi, attesa, in generale, l'incidenza dei doveri contributivi (l'art. 1537 *code civil* sancisce che ‘*les époux doivent contribuer aux charges du ménage*’) nonché della regola speciale ex art. 220 *code civil*, richiamata prontamente dallo stesso art. 1536 comma II *code civil*, che pone in capo a entrambi i coniugi un vincolo di solidarietà *ex lege* per tutti gli atti “*qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants*”³⁵¹.

³⁵⁰ L'interferenza del regime primario col regime patrimoniale separatista è oggetto di considerazione anche in L. BARCHIESI, *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 2014, p. 1297 ss. *passim*.

³⁵¹ Cfr. P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019⁷ ed., pp. 33, 54 e ss., 345 e ss. La qualificazione del regime di separazione in termini di ‘*absence de régime*’ sarebbe stata proposta in Francia, per la prima volta, da R. SAVATIER, *La séparation de biens en droit français*, Parigi, 1973, p. 7.

Un limite potrebbe dunque derivare dal fatto di aver destinato il bene, pur di proprietà esclusiva, al soddisfacimento dei bisogni familiari. In quest'ottica, nell'ordinamento italiano, l'ambito applicativo dell'art. 217 co. I c.c. si troverebbe circoscritto solo a quei beni non destinati a vantaggio della famiglia.

Inoltre, benché l'art. 217 co. I c.c. faccia soltanto parola di amministrazione (e non di *disposizione*) del bene di titolarità esclusiva, l'opinione dottrinale e la casistica giurisprudenziale esaminate depongono nel senso che il vincolo familiare possa limitare finanche la possibilità di disporre, nel senso che anche questa debba irrimediabilmente esercitarsi nel rispetto dei doveri fondamentali di contribuzione di cui agli artt. li 143 comma III, 144, 147, e 148 c.c..

Addirittura, l'applicazione di questa norma ad opera della giurisprudenza pratica, sia pur esigua sul punto³⁵², rivelerebbe che qualora un atto d'alienazione da parte del coniuge dovesse integrare una violazione degli obblighi di assistenza economico-materiale ex art. 143 co II c.c., i familiari sarebbero legittimati all'esercizio di azioni conservative della garanzia patrimoniale, nonché alla domanda di provvedimenti giudiziali coercitivi o inibitori, affinché tali obblighi possano essere coattivamente rispettati.

In tutti gli altri casi – ossia quando l'atto dispositivo non integri il venir meno ad un obbligo di assistenza ex art. 143 co. II c.c. – potrebbero profilarsi interferenze alternative con la libertà di disporre del bene, allorché l'atto dispositivo possa, comunque, concretare la violazione di una precisa intesa, raggiunta con l'altro coniuge, sull'indirizzo della vita familiare ai sensi dell'art. 144 c.c., sì da integrare quanto meno un motivo per l'addebito di un'eventuale separazione coniugale (questo è il caso, per esempio, del coniuge che abbia venduto la casa familiare non già per privare la famiglia della stessa ma per acquistarne, sia pur contro il parere della moglie, un'altra).

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe affermare che nel regime separatista l'orizzonte entro cui il coniuge è veramente libero di operare (nel senso sia di amministrare che di disporre) in relazione ai beni propri, senza conseguenze giuridiche pregiudizievoli, riguardi i soli beni che *non* siano destinati, direttamente o indirettamente, a vantaggio della famiglia.

La sussistenza del coniugio, pur disciplinato dal regime secondario separatista, finisce così per adombrare, almeno in via potenziale e parziale, la libertà amministrativa, dispositiva, e sostanzialmente negoziale del soggetto, che potrebbe risultare diminuita in estensione e pienezza; libertà per l'innanzi massime, quando il soggetto non era astretto dal rapporto coniugale.

³⁵² Cass. 15 aprile 2002, n. 5420; Cass. 7 maggio 1992, n. 5415 in *DeJure*.

Il vincolo alla libertà negoziale, che ne è emerso, non sembrerebbe in ogni caso particolarmente intenso, come è dato riscontrare in altri ordinamenti.

L'ordinamento italiano, infatti, non conosce regole così penetranti, come quella – appartenente, appunto, al regime primario – sancita dall'art. 215, alinea 3 del *code civil*³⁵³, e oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza d'Oltralpe³⁵⁴, la quale notoriamente pone un vero e proprio divieto, per il coniuge, ancorché esclusivo proprietario dell'abitazione, di disporre di

³⁵³ Ai sensi del quale: «*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation*». Tale previsione è stata introdotta solo con la legge 75-617 dell'11 luglio 1975, entrata in vigore il 1° luglio 1976. La protezione accordata alla residenza della famiglia non è, invero, una novità assoluta nel diritto francese – ve ne è traccia infatti già all'inizio del secolo XIX – ma solo le ultime leggi hanno elaborato una tutela realmente efficace. A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in ID. *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017², p. 204.

³⁵⁴ In tema, cfr. M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parigi, 2017⁶ ed., pp. 36-39, e pp. 338-339. La casistica giurisprudenziale sull'applicazione di tale norma è particolarmente ricca. *Ex plurimis* vedasi Cass 1^{re} Civ. 22 mai 2019, secondo cui la donazione a terzi, da parte del coniuge, della nuda proprietà della casa familiare, riservandosi il diritto di usufrutto vitalizio, non integrerebbe violazione della regola in commento, poiché l'atto in questione non pregiudica il *ménage*, atteso che l'usufrutto si estingue solo alla morte del coniuge, e dunque allo scioglimento del rapporto di coniugio. Ancora, vedasi p.es. Cass. 1^{re} Civ. 10 marzo 2004 n. 02-20275, secondo cui la risoluzione del contratto di assicurazione contro i danni avente ad oggetto la casa familiare integra violazione dell'art. 215 alinea 3 *code civil*, e dunque è annullabile dall'altro coniuge entro il termine di un anno dalla conoscenza della risoluzione. La sentenza è riportata altresì in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 270 ss. con nota di N. BREMOND, *Pas de résiliation sans l'accord du conjoint du contrat d'assurance sur le logement familial*. Nella sentenza viene in rilievo altresì la regola di cui all'art. 220 *code civil* (q.v. *infra* Cap.8). Anche la giurisprudenza di merito involge una casistica sterminata riguardante, *ex plurimis*, il preliminare di vendita stipulato dal solo coniuge (Trib. Lyon, 1° marzo 2001; Trib. Bastia, ch. civ. B, 19 giugno 2013) di cui viene sancita la nullità, nonché il mandato a vendere conferito dal solo coniuge, in esclusiva, ad agente immobiliare, ritenuto da alcune Corti un atto dispositivo, pertanto nullo (es. Trib. Grenoble 18 giugno 1996), ma considerato da altre Corti come atto valido che tuttavia espone il coniuge alla responsabilità, nei confronti dell'intermediario immobiliare, qualora non riesca poi ad ottenere il consenso dell'altro coniuge alla firma del preliminare di vendita (Trib. Amiens, Ch. civ. 1^{re}, 11 dicembre 2013; nonché Trib. Toulouse 30 giugno 2008). L'ampia casistica giurisprudenziale stratificatasi a margine di questo istituto si rinviene *sub* art. 215 nel *Mega code civil*, Dalloz, édition 2020-2021, p. 704 e ss., cui si rimanda. L'eventuale atto dispositivo è sanzionato, come detto, con la nullità, la cui azione si prescrive nel termine speciale di *un anno*. Trattasi di una nullità *relativa*, poiché può essere invocata dal solo coniuge pretermesso, nel cui interesse è stata sancita, nonché di una nullità *di diritto*, nel senso che il giudice non ha alcun potere di apprezzamento, ma deve limitarsi a pronunciarla se i requisiti di legge sono integrati. Per inciso, si segnala che, ferma la riconduzione di questa regola al regime primario, qualora il *logement de la famille* sia oggetto della *communauté*, la dottrina francese ritiene prevalente la regola di cui agli artt.li 1424-1427 del *code* che sanciscono a favore dell'altro coniuge la medesima azione, ma soggetta al più lungo termine prescrizione biennale. Cfr. M. GRIMALDI *op. ult. cit.*, pp. 39-41.

Ricordiamo, da ultimo, che anche nell'ordinamento francese è accreditato il principio per cui *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, che opera dunque anche per l'azione di nullità qui in commento (per una sua applicazione nella giurisprudenza pratica cfr. Cass. 1^{re} Civ. 8 febbraio 2000 n.98-10-836).

questa senza il consenso dell'altro coniuge³⁵⁵; in particolare, gliene preclude l'alienazione e la costituzione di diritti reali, nonché ogni tipo di atto dispositivo avente ad oggetto i relativi arredi³⁵⁶.

Una regola analoga, che invero estende la sua operatività oltre i soli diritti sulla casa familiare, si riscontra anche nell'ordinamento tedesco, all'interno della normativa della *Zugewinnngemeinschaft* (regime legale che non è ardito usare quale termine di paragone, in quanto può a buon diritto qualificarsi come 'quasi' separatista'³⁵⁷).

In base a tale regime, i beni acquistati durante il matrimonio non formano oggetto di un patrimonio comune, ma al momento dello scioglimento di tale regime sorge, in favore di ciascun coniuge ed a carico dell'altro, un diritto di credito ad essere compensato dei guadagni avuti in costanza di matrimonio³⁵⁸.

Ne consegue, quindi, che in base a detto regime i beni acquistati durante il matrimonio formeranno oggetto della titolarità esclusiva del coniuge beneficiario il quale potrà poi compiere anche atti di disposizione in maniera autonoma, senza la necessità del consenso dell'altro coniuge.

L'art. 1365 BGB prevede, tuttavia, la necessità del consenso di entrambi i coniugi qualora uno di essi disponga dell'integralità del proprio patrimonio o comunque di singoli beni che costituiscano di fatto l'intero patrimonio: cosa che, ad esempio, potrebbe avvenire in caso di unico immobile di proprietà e

³⁵⁵ Secondo M. SESTA, *Comunione di vita e "diritti sulla casa familiare"*, in *Fam. dir.* 5/2013, p. 511, una delle più marcate differenze tra l'ordinamento italiano e quello francese consisterebbe proprio nel fatto che in quello italiano manca un esplicito "statuto" legale che disciplini organicamente i vari profili scaturenti dalla destinazione familiare impressa ad un immobile, e che limiti espressamente l'ampiezza del diritto dominicale ex art. 42 Cost. del suo proprietario esclusivo.

³⁵⁶ La portata di questa disposizione evoca le *property exemption laws* vigenti nei diversi Stati americani dove le c.d. *homestead exemptions*, oltre alla pignorabilità della casa, limitano altresì la capacità del proprietario esclusivo di disporre senza il preventivo consenso dell'altro coniuge, seppur non cointestatario. Cfr. A. FUSARO, *Homestead exemption*, in ID. *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017², p. 280.

³⁵⁷ Tale regime, pur traducendosi letteralmente quale "comunione degli incrementi" condivide con la comunione soltanto una *ratio* perequativa, che nondimeno si esprime in via eventuale e 'differita'; in costanza di matrimonio il regime si attegga sostanzialmente quale regime di separazione dei beni. Cfr. B. HEIDERHOFF, "*Community of Accrued Gains*" in *Germany – some current legal issues*, in AA. VV., *Régimes matrimoniaux de participations aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, Parigi, 2016, p. 23, ove l'Autrice sottolinea proprio come la Z.g. a scapito del nome, in realtà non possa essere equiparata ad alcuna forma di comunione, ancorché differita. Invero, i guadagni ed incrementi patrimoniali maturati durante il matrimonio non divengono di proprietà comune, né i coniugi risultano limitati nella disposizione dei loro beni, salve le – pur rilevanti – regole di cui ai §§ 1365 e 1369 BGB, citati nel testo. Anche al momento dello scioglimento del matrimonio, non sorge alcuna contitolarità, bensì solo un diritto di credito di un coniuge nei confronti dell'altro ad essere compensato dei guadagni avuti in costanza di matrimonio. Per una rassegna, sotto il profilo comparatistico, del regime dei beni destinati all'uso comune, si rinvia ad A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in ID. *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017², pp. 200-206.

³⁵⁸ § 1363 Zugewinnngemeinschaft: (1) *Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren.* (2) *Das jeweilige Vermögen der Ehegatten wird nicht deren gemeinschaftliches Vermögen; dies gilt auch für Vermögen, das ein Ehegatte nach der Eheschließung erwirbt. Der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, wird jedoch ausgeglichen, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet.*

patrimonio mobiliare modesto³⁵⁹. In caso di ingiustificato rifiuto a prestare il proprio consenso, il compimento dell'atto può essere autorizzato dal giudice se conforme ai principi di corretta gestione del patrimonio³⁶⁰.

Inoltre, il successivo § 1369 BGB fissa la stessa regola per gli atti dispositivi riguardanti i beni necessari all'attività domestica (la dottrina e la giurisprudenza pratica vi fanno rientrare, per esempio, le automobili)³⁶¹.

Anche qui la pienezza ed esclusività che caratterizza ordinariamente il diritto dominicale del soggetto risulta così limitata da una singolare pastoià derivante dal vincolo coniugale, la cui presenza interferisce con la possibilità di disporre dei propri beni in maniera autonoma.

Tornando all'ordinamento italiano, in definitiva, se la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che il potere di amministrazione e di disposizione trovi un limite – almeno teorico – costituito dal rispetto dei doveri fondamentali di contribuzione di cui agli artt.li 143, 144, 148 c.c.³⁶², la giurisprudenza pratica non pare particolarmente propensa a riconoscere al dovere di contribuzione una portata immediatamente operativa (l'unico e assai poco soddisfacente strumento essendo il ricorso al giudice ex art. 145 c.c.. peraltro ritenuto insuscettibile di coercizione, salvo che sotto il profilo di addebito dell'eventuale successiva separazione personale)³⁶³, né si registrano limiti alla libera disponibilità del proprio patrimonio (ed in particolare della casa coniugale), anche lontanamente paragonabili a quelli presenti negli ordinamenti francese e tedesco, poc'anzi evocati³⁶⁴.

³⁵⁹ Gli interpreti sono pressoché unanimi nell'accogliere la c.d. *Einzeltheorie*, ossia nel ritenere che il divieto in questione comprenda anche la disposizione avente ad oggetto *un singolo bene*, quando il suo valore equivalga, da un punto di vista strettamente economico, a *quasi tutte* le sostanze del coniuge, o comunque alla gran parte di esse, rappresentando almeno il 90% del patrimonio totale. Cfr. R. SCHMIDT, *Familienrecht*, Verlag, 2018¹⁰auflage, § 192, pp. 102-103; nonché NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, C.H. Beck, 2012³⁰auflage, § 5, nota a margine n. 66.

³⁶⁰ In tema, vedasi D. OCKL, *Prassi e costi dei trasferimenti immobiliari in Germania*, in *Studi e materiali CNN*, Milano, 2006, p. 675 ss.

³⁶¹ Cfr. A. FUSARO, *op. ult. cit.* p. 202. La *ratio* di queste regole viene ravvisata da un lato nella conservazione delle condizioni economiche della vita di coppia, che non devono essere pregiudicate da decisioni drastiche e repentine di uno dei coniugi, dall'altro – con particolare riferimento alla norma di cui al § 1365 – nell'esigenza di garantire i futuri diritti dell'altro coniuge, nonché eventuali richieste risarcitorie, allo scioglimento della *Zugewingemeinschaft*.

³⁶² M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, in *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2012² ed., p. 636; G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2005, p. 135.

³⁶³ E. QUADRI, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Famiglia*, 2004, I, pp. 483-485.

³⁶⁴ È particolarmente significativo che nella sopraccitata sentenza Cass. 7 maggio 1992 n. 5415, il bene oggetto della controversia era proprio la casa familiare: il marito aveva manifestato l'intenzione di alienare l'immobile di sua esclusiva proprietà per trasferirsi in un'altra abitazione, contro il volere della moglie. Quest'ultima aveva instaurato contro di lui un procedimento contenzioso con lo scopo di ottenere una pronuncia giurisdizionale (in sostanza un'inibitoria) che negasse al consorte, benché proprietario esclusivo dell'immobile, il potere di alienarlo senza il suo consenso. La Cassazione ha rigettato la domanda rilevando che l'attuale sistema del diritto di famiglia non attribuisce al coniuge alcun potere sulla proprietà esclusiva dell'altro coniuge, né gli impedisce di compiere atti eventualmente contrari a precedenti intese tra gli

VARIAZIONE DELLE REGOLE ORDINARIE IN TEMA DI MANDATO

Nel comparto del regime di separazione dei beni, il legislatore ha poi espressamente disciplinato l'ipotesi in cui uno dei coniugi si trovi ad amministrare i beni di cui l'altro è il titolare esclusivo³⁶⁵.

Anche questo tema si dimostra interessante perché la sussistenza del vincolo coniugale fa registrare una rimarchevole variazione delle norme generali sul mandato, qui divergenti in relazione all'assenza: da un lato, dell'effetto legale di questo contratto, consistente nell'obbligo di rendiconto del mandatario al mandante (*cf.* art. 1713 c.c.); e dall'altro, della presunzione di onerosità (*cf.* art. 1709 c.c.)³⁶⁶.

Quanto al primo profilo, in particolare, il criterio dispositivo adottato dal legislatore all'art. 217 comma II c.c. inverte esattamente quello generalmente previsto dal comma I dell'art. 1713 c.c. in base a cui, salvo apposita pattuizione di segno contrario, il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato, e rimmettergli tutto ciò che ha ricevuto a causa del mandato stesso.

Secondo parte della dottrina³⁶⁷, queste deroghe alla disciplina generale in tema di mandato (assenza dell'obbligo di rendiconto, e gratuità³⁶⁸) troverebbero giustificazione da un lato nella presunzione che l'attività venga svolta con reciproca e preventiva fiducia dell'altro coniuge, dall'altro sul presupposto che, nella logica propria della famiglia, l'attività amministrativa non potrebbe essere quella onerosa,

stessi, a meno che non si configuri una concreta violazione dell'obbligo di contribuzione, che nel caso di specie non sussisteva in quanto l'intenzione del marito non era certo quella di privare la moglie della casa familiare, ma semplicemente di vendere l'attuale per acquistarne un'altra.

³⁶⁵ Anche qui si pone la necessità di compiere una preliminare annotazione di carattere lessicale: si registra infatti un altro caso in cui il legislatore della riforma del diritto di famiglia ha adottato un lessico 'disallineato' rispetto a quello generalmente usato nel codice civile. All'art. 217 comma II c.c., infatti, si fa parola di conferimento di procura, ma gli interpreti sono pressoché unanimi nel ritenere che si alluda al mandato (sia con rappresentanza che non), come del resto induce a ritenere il richiamo all'obbligo di rendere conto dei frutti (art. 1713 c.c.), *cf.* M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, in *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2012² ed., p. 638; G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2005, p. 136; A. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano, 1997, p. 140. Si ritiene, in definitiva, che le norme in questione regolino l'insieme dei rapporti interni tra coniugi, indifferentemente dal fatto che il coniuge mandatario abbia anche il potere di agire in nome e per conto dell'altro. *Cfr.* F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo II, 1984, p. 69.

³⁶⁶ È infatti nettamente minoritaria, benché autorevole, la Dottrina che ritiene che questa presunzione operi anche riguardo al mandato *inter coniuges*, di guisa che anche il coniuge mandatario abbia diritto a un compenso. F. CORSI, *op. ult. cit.*, p. 71.

³⁶⁷ M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, in *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2012² ed., p. 639; A. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano, 1997, p. 9.

³⁶⁸ Dalla presunzione di gratuità del mandato in questione deriva, altresì, che l'eventuale responsabilità per colpa del coniuge mandatario andrà valutata con minor rigore ai sensi dell'art. 1710 comma I c.c.. *Cfr.* M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, *cit.* p. 643; nonché G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni*, *cit.* p. 144;

tipica del diritto dei contratti a prestazioni corrispettive, bensì quella dello spirito di solidarietà familiare.

Ulteriore deroga alle regole ordinarie in tema di mandato si ravvisa anche al successivo art. 217 comma III c.c.. Questa norma precisa infatti che, operando la regola dispositiva dianzi illustrata (per cui il coniuge amministratore è esonerato dall'obbligo di render conto dei frutti), non è nemmeno responsabile per i frutti consumati, ed è quindi tenuto a consegnare all'altro solo quelli esistenti.

La regola trova anche qui un suo corrispondente nel vicino ordinamento francese, ed in particolare nell'art. 1539 del *code* ai sensi del quale «*Si, pendant le mariage, l'un des époux confie à l'autre l'administration de ses biens personnels, les règles du mandat sont applicables. L'époux mandataire est, toutefois, dispensé de rendre compte des fruits, lorsque la procuration ne l'y oblige pas expressément*» (regola del medesimo tenore è stabilita all'art. 1431 del *code* per il caso in cui, vigendo il regime legale, un coniuge conferisca mandato all'altro per la gestione dei suoi *biens propres* ³⁶⁹).

È interessante notare come anche la Dottrina d'Oltralpe appaia sensibile a registrare una variazione del tutto peculiare delle norme ordinarie sul contratto di mandato (artt. 1984 e ss. *code civil*) quando questo contratto venga stipulato tra coniugi, rimarcando in particolare la presunzione di gratuità che, se da un lato – diversamente dal diritto italiano – è già prevista dalle norme di diritto comune francese³⁷⁰, rispetto a quest'ultimo, tra i coniugi si estende anche a quando il mandatario compia un'attività propriamente professionale³⁷¹.

Del carattere gratuito viene enfatizzato, altresì, il minor rigore della responsabilità in cui incorre il coniuge per l'attività svolta, nonché la peculiarità della dispensa dal rendere conto della gestione e dei frutti, che viene giustificata ora per l'intreccio dell'attività gestoria coi doveri del *régime primaire*, ora per la presunzione che, per chi condivide tetto e mensa, sia usuale una giornaliera comunicazione sull'andamento del *ménage* e sul compimento delle attività quotidiane³⁷².

³⁶⁹ In considerazione del largo impiego nella prassi viste le esigenze organizzative della vita familiare, e visto il rapporto di intimità e confidenza che lega i coniugi, la legge francese risulta incline a favorire il conferimento di mandato tra i coniugi: in particolare, l'art. 218 del *code civil* riconosce espressamente la facoltà per ciascuno di conferire all'altro la facoltà di rappresentarlo nell'esercizio dei poteri a questi attribuiti dal regime matrimoniale. La norma citata, collocata nel libro primo del *code* e nel quadro della normativa sul regime primario, trova tuttavia un terreno d'applicazione esteso nel regime separatista. Nel regime comunitario, invero, la giurisprudenza considera valido solo il conferimento di un mandato speciale, relativo ad un singolo affare, e non di un mandato generale, che avrebbe l'effetto pratico di neutralizzare le norme, aventi natura cogente, che stabiliscono la regola della *cogestion* per il compimento di certi atti. Cfr. P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., pp. 207-208.

³⁷⁰ Art. 1986 *code civil*: «*Le mandate est gratuite, s'il n'y a convention contraire*».

³⁷¹ P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., p. 79.

³⁷² P. MALAURIE – L. AYNÈS. *Droit des régimes matrimoniaux*, cit. p. 353, ove, appunto, si constata che «*La règle est [...] contraire aux principes habituels du mandat. Les autres règles du mandat s'appliquent, notamment l'obligation de rendre compte des capitaux employés*». *Ibidem*, p. 80.

Le considerazioni testé citate si rinvergono, del tutto similmente, nell'elaborazione degli interpreti italiani a margine della regola speciale *ex art. 217 comma III c.c.*, applicabile soltanto al mandato stipulato *inter coniuges*, che troverebbe giustificazione nella presunzione che i frutti siano stati impiegati per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, e dunque per l'adempimento di quei doveri contributivi, propri del regime primario, cui entrambi i coniugi, ancorché *séparés des biens*, sono per legge tenuti ad attuare.

Secondo altra parte della dottrina invece, l'applicazione di una disciplina peculiare e *sui generis* del mandato, diversa da quella ordinaria, non andrebbe intesa in senso assoluto, in quanto sarebbe necessario verificare, caso per caso, se l'attività in concreto espletata sia, più o meno intensamente, intrecciata agli obblighi derivanti dal regime contributivo.

In un simile quadro, l'interferenza del coniugio con l'applicazione della normativa sul mandato risalta al punto di suscitare riflessioni su come la disciplina *ex art. 217 c.c.* si armonizzi, si discosti, ovvero confligga con quella generale apprestata per questo contratto³⁷³.

In particolare, la riflessione dottrinale ha posta la questione se il mandato senza obbligo di rendicontazione tra coniugi in regime di separazione dei beni possa configurare un vero e proprio esemplare *sui generis* di mandato in *rem propriam*, con la conseguente questione circa l'applicabilità o meno dei limiti alla revocabilità del medesimo, una volta conferito (cfr. art. 1723 comma II c.c.).

Ante omnia, è da dire che con la locuzione mandato *in rem propriam* ci si riferisce all'incarico conferito nell'interesse prevalente del mandatario, o comunque comune a mandante e a mandatario³⁷⁴. L'articolo 1723 comma II c.c. prende in considerazione la figura, stabilendo che il mandato non si estingue né con la morte né con la sopravvenuta incapacità del mandante né – e questo punto rileva,

³⁷³ In generale, è stato osservato come le logiche alla base dell'istituto del contratto «non sono le stesse del diritto di famiglia: le gerarchie di valori sono diverse e le priorità inconciliabili» M.D. PANFORTI, *La casa familiare. Un tentativo di ricostruzione*, in M.D. Panforti, I. Ferrari, (a cura di), *La casa familiare. Conflitti interpersonali e dinamiche sociali in Europa*, Modena, 2010, p.7. Ciò rischia, evidentemente, di dar corso a contraddizioni normative tanto da un punto di vista logico quanto sistematico.

³⁷⁴ Qualora il mandato fosse conferito nell'interesse esclusivo del mandatario, si sarebbe fuori dallo schema del mandato: essenziale perché si abbia un mandato vero e proprio è infatti che il mandatario curi l'interesse del mandante, eventualmente anche insieme al proprio. Cfr. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Vol. XXXII, Milano, 1984, p. 93.

particolarmente, ai presenti fini – con la revoca da parte del mandante «*salvo che sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa di revoca*».

In generale, si ritiene che il mandato in questione abbia un'origine unicamente pattizia (non essendo concepibile che un tale assetto dei reciproci rapporti prescindendo dalla volontà delle parti), né per la sua irrevocabilità sarebbe necessaria una clausola espressa, essendo ritenuta quest'ultima un effetto *ex lege*, non convenzionale, stabilito dall'articolo poc'anzi evocato³⁷⁵.

Il nodo più rilevante della figura generale attiene alla specificazione della natura e del peso dell'interesse del mandatario *in rem propriam*, con speciale riferimento all'elemento causale del contratto.

Una volta chiarito che tale interesse non può essere genericamente ricondotto al compenso (che lo renderebbe contratto a prestazioni corrispettive) occorre giungere ad una qualificazione concreta.

Né si può, a questo proposito, affermare che basti un qualsiasi vantaggio ulteriore rispetto al corrispettivo, perché a tacer d'altro, questo stesso vantaggio potrebbe essere posto sulla stessa linea di una ricompensa. Deve perciò trattarsi di un interesse che si colloca su una traiettoria differente dall'aspetto della corrispettività. Vi è chi, in dottrina, ha fatto riferimento ad un diritto di credito scaturente da altro rapporto, solitamente preesistente rispetto alla stipulazione del mandato³⁷⁶. Secondo un'altra teorica, in tanto si avrebbe un mandato *in rem propriam*, in quanto siano semplicemente presenti i due suoi caratteri precipui e caratterizzanti: da un lato la previsione negoziale dell'irrevocabilità del mandato; dall'altro la parallela esistenza di un oggettivo interesse del mandatario a compiere l'affare (pur dovendosi chiarire che, per lo più, il conferimento dell'incarico non priva il mandante della legittimazione in ordine ad agire personalmente)³⁷⁷.

Delineati così, sia pur sommariamente, i caratteri generali della figura in questione, e tornando a volgere lo sguardo alla figura del mandato *inter coniuges*, secondo alcuni Autori il mandato senza obbligo di rendiconto tratteggiato dall'articolo 219 c.c. sarebbe riconducibile a questa figura, argomentando, in particolare, dall'irresponsabilità del coniuge amministratore dei frutti consumati, la quale troverebbe giustificazione nella presunzione che detti frutti siano stati, appunto, impiegati per il soddisfacimento di bisogni comuni tanto al mandante quanto al mandatario e, di fatto, coincidenti coi bisogni della famiglia che questi formano.

³⁷⁵ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.* p. 100 e ss.; ID., *Mandato*, in *Trattato Rescigno*, Vol. 12, Milano, 1996², p. 386 e ss.

³⁷⁶ M. GRAZIADEI, voce *Mandato*, in *Dig. Disc. Priv.*, Vol. XI, 1994 p. 182.

³⁷⁷ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.* p. 99.

Quand'anche si riconducesse il mandato tra coniugi a questa figura, un elemento di specificità risiederebbe, anzitutto, nella sua fonte legale – non invece pattizia – come invece si ritiene quella del mandato *in rem propriam*.

Conseguirebbe, altresì, che ai sensi dell'articolo 1723 comma II c.c. il mandato in questione sarebbe *irrevocabile*, salvo il caso in cui sia diversamente stabilito o ricorra una giusta causa (che, per esempio, potrebbe consistere nella separazione personale tra i coniugi, o nel rischio che il coniuge amministratore fallisca).

Senonché, alcuni Autori hanno messo in luce le criticità di una simile conclusione, sottolineando in particolare come, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, il conferimento di un mandato irrevocabile *inter coniuges* sia ritenuto pacificamente inammissibile; diversamente opinando risulterebbe violato il principio inderogabile di uguaglianza (*cf.* art 160 c.c.)³⁷⁸, venendo a configurarsi una situazione analoga ad una costituzione di dote, espressamente vietata dall'art. 166-*bis* c.c.³⁷⁹.

La riconduzione della figura al mandato *in rem propriam* entrerebbe così in stallo, e risulterebbe profondamente messa in discussione nella misura in cui si consideri – come in Dottrina si è proposto – l'irrevocabilità quale suo carattere coesenziale e precipuo; salvo riconoscere anche qui la configurazione di una figura *sui generis*, che oltre a trovare, inauditamente, la propria fonte nella legge (e non in una clausola pattizia), contemplerebbe poteri gestori sempre liberamente revocabili. Alternativamente, non resterebbe che constatare la sussistenza di un esemplare irriducibile alle categorie generali e da queste irrimediabilmente distaccato, poiché trova la sua autosufficienza nella logica familiare ad esso propria.

REGOLE SPECIALI SULLA TITOLARITÀ E PROVA DELLA PROPRIETÀ DI BENI

Sempre rimanendo nel campo del regime separatista, un altro terreno di riflessione riguarda la collocazione delle norme in tema di prova della proprietà dei beni del coniuge nei confronti dell'altro, che in base all'art. 219 c.c. può avvenire con ogni mezzo.

L'articolo si ispira chiaramente all'art. 1538 alinea 1 del *code civil* che tuttavia estende l'operatività di tale regola probatoria non solo tra i coniugi, ma anche quando un coniuge intenda rivendicare la

³⁷⁸ Per questa stessa ragione la dottrina esclude altresì la possibilità di configurare un mandato esclusivo, atteso che l'esclusività andrebbe a contrastare col principio di eguaglianza; pertanto il coniuge avrebbe la facoltà di conferire ad un terzo il potere di amministrare il proprio patrimonio. G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni*, cit. p. 143.

³⁷⁹ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni*, cit. p. 141; B. GRASSO, *Il regime di separazione dei beni*, in *Trattato Rescigno*, 3, II, *Persone e famiglia*, Milano 1996², p. 655.

proprietà esclusiva di un bene nei confronti dei terzi (nell'ordinamento francese, pertanto, la deroga alle regole probatorie ordinarie viene affermata in termini particolarmente marcati, sì da constatare che la sussistenza del coniugio è in grado di eliminare, anche in confronto dei terzi, ogni ostacolo di tipo probatorio previsto dalle disposizioni di carattere generale)³⁸⁰.

La dottrina maggioritaria sembra descrivere la regola di cui all'art. 219 c.c. come norma avente natura speciale, e come uno dei più rilevanti casi di deroga alle regole generali dell'ordinamento in tema di prova, in particolare alle regole di cui agli artt. 2721 e ss. c.c. e 2729 comma II c.c., quest'ultimo contenente il corrispondente divieto, per gli stessi casi in cui è preclusa la prova orale, di invocare presunzioni semplici³⁸¹.

La ragion d'essere di questa disciplina risiederebbe nel fatto che, quando si vive sotto lo stesso tetto, i beni appartenenti all'uno e all'altro coniuge tendono ovviamente a confondersi, senza che il coniuge acquirente si preoccupi normalmente di preconstituire una prova scritta del suo diritto esclusivo.

Tuttavia, altra Dottrina³⁸² ha messo in luce come, *re melius perpensa*, l'art. 219 c.c. non confliggerebbe con le regole in tema di prova apprestate dal diritto generale, ma semmai concreterebbe una semplice specificazione delle norme di questo.

Anche se si applicassero le regole generali, infatti, in base all'art. 2721 comma II – e soprattutto 2724 n. 2 c.c. – il giudice potrebbe comunque giungere ad ammettere la prova per testimoni.

La portata innovativa dell'art. 219 comma 1 c.c. sembrerebbe così ridimensionarsi proprio in relazione all'art. 2724 n.2 c.c. che ammette la prova per testimoni quando il contraente sia stato nell'impossibilità – *morale* – di procurarsi una prova scritta³⁸³.

³⁸⁰ Art. 1538 alinéa 1: «*Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien*».

³⁸¹ G. CATTANEO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, sub artt. 215-219 c.c. in *Commentario al diritto italiano della famiglia Cian-Oppo-Trabucchi*, vol. III, Padova, 1992, p. 442; A. ZACCARIA, *La separazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo e continuato da Bonilini*, Torino, 2007, p. 375; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2008⁹ ed., p. 131, nota 45. Nella giurisprudenza pratica, Cass. 28 marzo 1990, n. 2540, e per l'innanzi Cass. SS.UU., 23 aprile 1982, n. 2494 (in *Pluris OneLegale*)

³⁸² M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, in *Regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli e M. Sesta), in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), Milano, 2012² ed., p. 607. In questo senso anche A. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano, 1997, p. 77.

³⁸³ Norma quest'ultima che, per inciso, trova il suo archetipo corrispondente già nel *Code Napoléon* all'art. 1386. Come già osservato, in una situazione come quella descritta, la confusione fra i beni appartenenti ad un coniuge e quelli appartenenti all'altro, determina che ben difficilmente, in virtù dell'affetto e della fiducia reciproca, il coniuge si preconstituisca una prova scritta del suo diritto esclusivo. Atteggiamenti di questo tipo sarebbero piuttosto espressivi della totale assenza di fiducia e collaborazione, che sono coesenziali e basilari del rapporto di coppia.

Vi sono, infatti, sentenze che hanno ravvisato nel rapporto coniugale o anche solo parentale un'impossibilità *morale*, quindi eccezionalmente hanno ammesso la prova per testimoni, direttamente ancorandola alla norma generale appena citata, senza scomodare l'art. 219 comma I c.c.³⁸⁴.

Ancora, in senso parzialmente diverso si è espressa altra Dottrina, che ha comunque enfatizzato un certo grado di specificità della norma in commento rispetto alla regola generale, nella misura in cui sottrae al giudice, *in subiecta materia*, una valutazione discrezionale in merito alla sussistenza o meno di tale impossibilità morale³⁸⁵.

Quanto alla portata innovativa di tale articolo, la giurisprudenza³⁸⁶ sembra contenere ulteriormente il suo orizzonte operativo, escludendo che possa mettere fuori gioco le disposizioni di legge che richiedono, per predeterminati contratti, la forma scritta *ad substantiam*.

In altri termini, l'interpretazione giurisprudenziale di questa norma non si è spinta al punto di modificare la fisionomia stessa dei contratti, introducendo, nei rapporti tra coniugi, regole tutt'affatto diverse: si è cioè ritenuto ingiustificatamente incoerente, rispetto al sistema di diritto privato generale, consentire che un contratto, altrimenti nullo, possa tuttavia considerarsi valido, sia pur solo *inter partes*, nei rapporti interni tra i coniugi³⁸⁷.

³⁸⁴ Cfr. p. es. Cass. Civ. Sez. I, 2 agosto 2013 n.18554 (in *DeJure*), e Cass. Civ. Sez. II, 26 marzo 1992, n.3750 (*ibidem*) le quali, tuttavia, precisano che per la ricorrenza dell'impossibilità morale di procurarsi la prova scritta di cui all'art. 2724 n. 2 c.c., oltre alla sussistenza del rapporto di coniugio, di parentela, o di affinità con la parte interessata all'acquisizione della prova, devono altresì sussistere speciali e particolari circostanze concorrenti a determinarla.

³⁸⁵ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2005, pp. 289-291. In termini analoghi si esprime altresì A. FEDERICO, *Del regime di separazione dei beni*, in *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), *Della famiglia* (a cura di L. Balestra), sub art. 219 c.c., Torino, 2013, il quale attribuisce alla norma in questione un rilievo "*marginale ma non trascurabile*", appunto perché sancisce *ope legis* l'ammissibilità, sempre possibile, della prova per testi sulla conclusione del contratto intercorso tra coniugi.

³⁸⁶ Cass. Civ. 2 agosto 2013, n.18554 "*L'art. 219 cod. civ. - riconoscendo al coniuge di poter provare con ogni mezzo, nei confronti dell'altro, la proprietà esclusiva di un bene, ed aggiungendo che quelli di cui nessuno di essi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa, per pari quota, di entrambi - riguarda essenzialmente le controversie relative a beni mobili, ed è volto principalmente a derogare, attraverso la presunzione posta nel secondo comma, alla regola generale sull'onere della prova in tema di rivendicazione, mentre nessuna eccezione configura alla normale disciplina della prova dei contratti formali, in particolare degli acquisti immobiliari. Pertanto, quando un immobile sia intestato ad uno dei coniugi in virtù di idoneo titolo d'acquisto, l'altro coniuge, che allegghi l'interposizione reale, non può provarla con giuramento, né con testimoni, giacché l'obbligo dell'interposto di ritrasmettere all'interponente i diritti acquistati deve risultare, a pena di nullità, da atto scritto, salvo che nell'ipotesi di perdita incolpevole del documento e non anche, dunque, nel caso in cui si deduce un semplice principio di prova per iscritto*"; Conforme: Cass. Civ. 10 febbraio 1995 n. 1482, in *DeJure*.

³⁸⁷ Si esclude, pertanto, che un contratto di vendita o di donazione di un immobile da un coniuge all'altro possa essere provato per testimoni o per presunzione (salvo il caso di perdita incolpevole del documento, ma questa regola è fissata, quale regola generale, dall'art. 2725 comma II c.c.) Cfr. M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, cit., p. 609.

DEROGHE ALLE REGOLE GENERALI IN MATERIA DI PROVA DELLA SIMULAZIONE

Sembrerebbe, invece, che la regola speciale di cui all'art. 219 co I c.c. – che, come accennato, avrebbe la funzione di rendere il più agevole possibile tra i coniugi la prova della proprietà esclusiva dei beni – contenga una espressa deroga all'art. 1417 c.c.³⁸⁸ con riferimento alla prova della simulazione assoluta.

Secondo la sua applicazione giurisprudenziale³⁸⁹, infatti, in questi casi la controdedichiarazione avrebbe natura ricognitiva dell'inesistenza del contratto apparentemente stipulato, non rientrando fra gli atti per i quali la forma scritta sia richiesta, né *ad substantiam* né *ad probationem*³⁹⁰.

Ne consegue che, non essendo richiesta per la controdedichiarazione la forma scritta ad substantiam, potrà trovare applicazione, in caso di simulazione assoluta, l'art. 219 comma I c.c., che andando a derogare l'art. 1417 c.c. consentirà ai coniugi, anche in ipotesi di contratto formale, di valersi di qualsiasi mezzo di prova, ivi comprese le testimonianze e le presunzioni³⁹¹.

Quanto invece alla simulazione relativa, secondo l'orientamento rigoroso espresso dalla giurisprudenza di legittimità³⁹², se il negozio dissimulato deve per legge farsi per iscritto, l'art. 1414 co. II c.c.³⁹³ opererebbe solo in caso di simulazione relativa oggettiva e non soggettiva (interposizione

³⁸⁸ Che, a proposito della simulazione, limita la prova per testimoni solo al caso in cui la domanda sia proposta da creditori o da terzi.

³⁸⁹ *Ex multis*, Cass. Civ. sez. II, 4 maggio 2007, n.10240: “In tema di simulazione di un contratto di compravendita immobiliare, la prova per testi soggiace a limitazioni diverse a seconda che si tratti di simulazione assoluta o relativa. Nel primo caso, l'accordo simulatorio, pur essendo riconducibile tra i patti per i quali opera il divieto di cui all'art. 2722 c.c., non rientra tra gli atti per cui è richiesta la forma scritta "ad substantiam" o "ad probationem", menzionati dall'art. 2725 c.c., avendo natura ricognitiva dell'inesistenza del contratto apparentemente stipulato, sicché la prova testimoniale è ammissibile in tutte e tre le ipotesi contemplate dal precedente art. 2724 c.c.. Nel secondo caso, occorre distinguere, in quanto se la domanda è proposta da creditori o da terzi - che, essendo estranei al negozio, non sono in grado di procurarsi le controdedichiarazioni scritte - la prova per testi o per presunzioni non può subire alcun limite; qualora, invece, la domanda venga proposta dalle parti o dagli eredi, la prova per testi, essendo diretta a dimostrare l'esistenza del negozio dissimulato, del quale quello apparente deve rivestire il necessario requisito di forma, è ammessa soltanto nell'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 2724 citato, cioè quando il contraente ha senza colpa perduto il documento, ovvero quando la prova è diretta fare valere l'illiceità del negozio”, in *DeLure*.

³⁹⁰ Ne consegue che, in caso di simulazione assoluta, la prova per testimoni sarà ammissibile in tutte le ipotesi contemplate dall'art. 2724 c.c., esclusa soltanto l'applicazione della norma più restrittiva di cui all'art. 2725 c.c., che invece si riferisce agli atti per cui è richiesta la prova per iscritto o la forma scritta.

³⁹¹ M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, cit. p. 611; G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi* cit., p. 288; A. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, cit. p. 80; G. CATTANEO, *Del regime patrimoniale della famiglia* cit. p. 443.

³⁹² *Ex multis* Cass. civ. 19 febbraio 2008, n. 4071; Cass. civ. 28 maggio 2007, n.12487, e Cass. civ. 22 aprile 1986, n. 2816 ivi citata (tutte in *DeLure*).

³⁹³ A mente del quale il contratto dissimulato deve ritenersi valido qualora presenti i requisiti di forma e di sostanza richiesti per il contratto apparente.

fittizia), poiché quand'anche le parti non siano le medesime risultanti dal contratto, non sarebbe possibile aggirare il requisito di forma consistente nella sottoscrizione³⁹⁴.

Ne consegue che la prova per testimoni dell'interposizione fittizia non sarebbe mai possibile, nemmeno tra i coniugi.

Infine, con riferimento all'ipotesi, assai frequente nella prassi, dell'interposizione reale (che non rappresenta, invero, una fattispecie simulatoria) la giurisprudenza è costante nell'affermare che, se si tratta di immobili, il *pactum fiduciae* debba risultare sotto pena di nullità, da atto scritto, con un'ulteriore limitazione di applicabilità, dunque, dell'art. 219 comma I c.c.³⁹⁵.

PRESUNZIONE EX ART. 219 COMMA II C.C. E REGOLE GENERALI SULL'ONERE DELLA PROVA

Proseguendo nell'esame dell'articolo 219 c.c., al fine di soppesarne la collocazione in relazione alle regole generali dell'ordinamento privatistico in tema di prova, il secondo comma stabilisce che i beni di cui nessuno dei coniugi riesca a dimostrare la proprietà esclusiva, "sono" di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi.

A scapito della formulazione letterale, gli interpreti concordano che la peculiarità della regola in commento non si spinga a contemplare – quale conseguenza dell'impossibilità di dimostrarne la

³⁹⁴ Precisamente, la Suprema Corte ha chiarito che se il contratto dissimulato deve, per legge, essere fatto per iscritto, la prova per testi della sua stipulazione è regolata dall'art. 2725, a cui l'art. 1414 comma II non apporta alcuna deroga; ed infatti la previsione, in esso contenuta, della ricorrenza dei requisiti di sostanza e di forma prescritti per il contratto dissimulato vale se le parti di esso sono le medesime del contratto simulato, mentre non può intendersi nel senso che, quando le parti non siano le medesime, del requisito di forma che è la sottoscrizione si possa fare a meno. Ebbene, essendo richiesta a pena di nullità la forma scritta (o addirittura l'atto pubblico in caso di donazione) per la validità del contratto dissimulato, per la prova di questo fra le parti troverà applicazione l'art. 2725 c.c., che consente il ricorso alla prova per testimoni nel caso limitato di perdita incolpevole del documento scritto: ciò esclude la possibilità di applicare l'art. 219 comma I c.c. che, come già osservato, non deroga a quelle norme che richiedono per determinati fini la forma scritta *ad substantiam*. In questi termini anche Cass. 12 ottobre 2009 n. 21637, in *Fam. pers. succ.* 3/2010, p. 185 e ss. con nota di F.R. FANTETTI, *Separazione dei beni e simulazione contrattuale*.

³⁹⁵ *Ex multis*, Cass. 10 febbraio 1995 n. 1482 "L'art. 219 c.c. (nel testo novellato dalla l. 19 maggio 1975 n. 151) - che riconosce al coniuge la facoltà di provare con ogni mezzo nei confronti dell'altro, la proprietà esclusiva di un bene (comma 1) ed aggiunge che i beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi (comma 2) - concerne essenzialmente le controversie relative a beni mobili, ed è volto principalmente a derogare, attraverso la presunzione posta nel comma 2, alla regola generale sull'onere della prova in tema di rivendicazione, mentre nessuna deroga congiura alla normale disciplina della prova dei contratti formali, in particolare degli acquisti immobiliari. Pertanto, quando un immobile sia intestato ad uno dei coniugi in virtù di idoneo titolo d'acquisto, l'altro coniuge che allegghi l'interposizione reale non può provarla né con giuramento né con testimoni, giacché l'obbligo dell'interposto di ritrasmettere all'interponente i diritti acquistati deve risultare, sotto pena di nullità, da atto scritto, salvo che nell'ipotesi di perdita incolpevole del documento e non anche, dunque, nel caso in cui si deduce un semplice principio di prova per iscritto". In termini analoghi, Cass. 15 novembre 1997, n. 11327; Cass. SS.UU. 23 aprile 1982 n. 2494. Sui rimedi possibili concessi al coniuge che abbia fornito il denaro per l'acquisto di un bene formalmente acquistato dall'altro cfr. G. OBERTO *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, cit. p. 347 e ss..

titolarità esclusiva – un improbabile fenomeno di attribuzione *ex lege* di diritti dominicali a entrambi i coniugi, bensì enuncia, semplicemente, una regola probatoria, consistente in una presunzione legale *iuris tantum*³⁹⁶.

Pur operando, dunque, sul piano probatorio e non su quello sostanziale, essa tuttavia sembrerebbe introdurre una vistosa deroga alla fondamentale regola generale di giudizio, fondata sull'onere della prova, e sancita dall'art. 2697 c.c., a mente della quale *actore non probante, reus absolvitur*, che indica al giudice il criterio stesso in base a cui dovrà decidere, in caso di mancanza di prove sufficienti. Operando la regola generale appena citata, infatti, in caso di esercizio dell'azione ex art. 948 c.c., qualora il rivendicante non riuscisse a provare di essere proprietario esclusivo del bene, conseguirebbe l'inevitabile soccombenza piena; qui invece, nell'ipotesi in cui il coniuge rivendicante non riesca a dimostrare la titolarità del bene, la presunzione di comproprietà continua ad operare, con la conseguenza che il bene si considererà comunque acquistato da entrambi, in pari quota, in comunione ordinaria (art. 1100 c.c. e ss.)³⁹⁷.

Si è affermato che la *ratio* di una simile deroga alla regola generale di giudizio sarebbe la necessità di garantire una parità di trattamento tra i coniugi anche sotto il profilo probatorio, evitando che uno di essi possa trarre vantaggio dal mero fatto che l'altro, avendo preso l'iniziativa per far valere giudizialmente la proprietà esclusiva di un dato bene, non riesca ad offrirne la prova, quando lui stesso per ragioni analoghe non sarebbe in grado di dimostrare la proprietà esclusiva³⁹⁸.

Attenta Dottrina ha evidenziato un singolare parallelismo tra la regola di cui all'art. 219 c.c. qui in esame ed altra regola, anch'essa speciale, contenuta nel libro III del codice civile, ossia quella dell'art. 950 commi II e III c.c. che disciplina l'azione di regolamento di confini. Similmente questa regola stabilisce che le parti possano dimostrare *con qualsiasi mezzo* di prova il confine della proprietà ma che, in mancanza di altri elementi, il giudice si attenga al confine delle mappe catastali. Anche qui si

³⁹⁶ La regola trova il suo corrispondente nell'art. 1538 alinea 3 *code civil* che fissa analoga presunzione. Nell'ordinamento d'Oltralpe la casistica giurisprudenziale su questa norma è più ricca. In generale, testimonia una tendenza poco rigorosa rispetto ai requisiti dei mezzi di prova atti ad escludere l'operatività della presunzione di contitolarità: tra gli altri, è stata ritenuta sufficiente l'esibizione di fatture emesse dal venditore a nome di un solo coniuge (Cass. Civ.1^{re} 10 Mars 1993). Per inciso, la giurisprudenza francese ha affermato che, anche nel caso in cui il coniuge sia riuscito a dimostrare di aver eseguito a proprie spese esclusive una costruzione sul terreno dell'altro coniuge, in tale fattispecie prevalgono le regole generali sull'acquisto della proprietà per accessione (art. 552 *code civil*) e pertanto la costruzione diviene di proprietà esclusiva del coniuge proprietario del terreno, salvi gli indennizzi derivanti dalle regole generali sull'*enrichissement injustifié* (Cass. Civ.1^{re}, 6 Juillet 2005 n. 02-20.546).

³⁹⁷ G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi cit.*, p. 302 e ss.; G. CATTANEO, *Del regime patrimoniale della famiglia cit.* p. 447; F. CORSI, *Il Regime patrimoniale della Famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, tomo II, 1984, p.65

³⁹⁸ M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni, cit.* p. 621; A. CAVALLARO, *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi, cit.* p. 82; G. CATTANEO, *Del regime patrimoniale della famiglia cit.* p. 447.

tratterebbe di un caso in cui il legislatore, in presenza di prove insufficienti, indica al giudice il criterio in base a cui dovrà decidere³⁹⁹.

Infine, la dottrina maggioritaria ritiene che la presunzione ex art. 219 comma II c.c. non possa essere usata dal coniuge nei confronti dei terzi aventi causa o creditori dell'altro coniuge, perché ciò comporterebbe che lo *status* di coniugato produca un peggioramento della posizione processuale dei terzi privo di una valida ragione, con esiti particolarmente destabilizzanti per la tenuta dell'intero sistema⁴⁰⁰.

È interessante osservare come, al contrario, nell'ordinamento francese si ritiene che la medesima presunzione di comproprietà, che è sancita dall'art. 1538 alinéa 3 del *code*⁴⁰¹, operi non solo riguardo ai coniugi ma anche riguardo ai terzi, con la conseguenza che in tale ordinamento il terzo creditore particolare del singolo coniuge, che intenda pignorare *per l'intero* un bene presente nella casa familiare di un soggetto coniugato in regime di separazione dei beni, dovrà vincere la presunzione in questione, altrimenti potrà agire *in executivis* solo sulla rispettiva quota⁴⁰².

In definitiva, i profili passati in rassegna in queste pagine dimostrano come anche nel regime di separazione dei beni, la considerazione di quella comunione di interessi, di vita e di affetti che viene inevitabilmente a crearsi tra i coniugi, ha modellato un impianto normativo e ha dato forma ad un'interpretazione giurisprudenziale in cui molte regole, aventi ad oggetto la libertà negoziale, il contratto di mandato, per poi passare alle regole probatorie della proprietà, appaiono il più delle volte caratterizzate da una sensibile deviazione rispetto a quelle generali del diritto privato patrimoniale.

³⁹⁹ S. PATTI, *Le Prove*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), Milano, 2010, p. 179.

⁴⁰⁰ S. PATTI, *ibidem*; M. SESTA – B. VALIGNANI, *Il regime di separazione dei beni*, cit. p. 630. A favore di questa soluzione, invece, è F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia* cit., p. 67.

⁴⁰¹ A mente del quale «*Les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié*».

⁴⁰² P. MALAURIE – L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019⁷ ed., p. 350.

8.

PROFILI DI RILEVANZA, ALL'ESTERNO DELLA COPPIA, DEI RAPPORTI PATRIMONIALI TRA FAMIGLIARI

In questo capitolo, l'attenzione viene spostata su un altro terreno di indagine, che consiste nel verificare l'idoneità del rapporto di coniugio ad estendersi "all'esterno" della coppia, incidendo sulla sfera giuridica dei suoi membri, o sulla sfera giuridica dei terzi, ed eventualmente modificando l'ordinario operare – anche a livello interpretativo-applicativo – delle regole generali del diritto privato patrimoniale, in forza della sussistenza in concreto di interessi o situazioni famigliari.

REGIME PRIMARIO E PRINCIPIO DI RELATIVITÀ DEGLI EFFETTI CONTRATTUALI. LE OBBLIGAZIONI CONTRATTE NELL'INTERESSE DELLA FAMIGLIA.

Oggetto di speciale attenzione merita, primariamente, l'analisi del trattamento giuridico riservato ai debiti assunti unilateralmente dai coniugi per le necessità famigliari.

Ai fini del presente studio, il tema costituisce infatti un terreno d'elezione per la valutazione sulla coerenza, con il diritto comune, delle soluzioni elaborate nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi⁴⁰³.

Un primo interrogativo, non privo di conseguenze sull'assetto consolidato del diritto civile, è infatti se uno *status*, come quello di coniuge, possa assurgere a fattore di deroga (in un certo senso eversivo) rispetto al principio di relatività degli effetti del contratto (cfr. art. 1372, comma II c.c.) ed al sistema generale di responsabilità patrimoniale (cfr. art. 2740 c.c.), in quanto tale sufficiente a far rispondere il coniuge non contraente di un'obbligazione assunta dall'altro.

Se è vero che la tendenza generale della giurisprudenza italiana è nel senso di negare una responsabilità solidale del coniuge non contraente, sul piano applicativo si registrano, comunque, delle interessanti variazioni ai principi sopra evocati.

⁴⁰³ Per un approfondimento del tema, in chiave comparatistica, si rinvia al saggio di A. FUSARO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia tra sopravvivenza di regole tacite e circolazione dei modelli normativi*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017^{2ed.}, p. 153 e ss., di cui questo capitolo è in larga misura tributario.

RILIEVI STORICI E COMPARATIVI

In via di premessa, appaiono doverosi alcuni, pur brevi, cenni storici, che consentano di dar conto di come questo tema sia stato, da sempre, al centro del dibattito giurisprudenziale europeo e dunque, a differenza di altri su cui ci si è per l'innanzi soffermati, non è generato da regole codificate, e per quanto ci riguarda da vicino, dal *corpus* normativo, originario e poi novellato, del vigente codice civile italiano.

Già all'epoca del diritto comune, infatti, si riteneva pacifico che dei debiti contratti da un coniuge per soddisfare i bisogni della famiglia rispondesse anche l'altro. Questo principio valeva, in realtà, solo per il caso in cui a contrarre fosse stata la moglie quale 'reggente' dell'economia domestica: in tale ipotesi sarebbe stato il marito, quale capo famiglia e centro di imputazione dei rapporti giuridici, a rispondere dei debiti contratti dalla consorte per tutte le spese ordinarie (la c.d. "micro-contrattualità") a favore dei componenti del nucleo familiare. Tale regola appariva, a ben vedere, coerente con un assetto sociale e familiare allora fondato sulla rigida ripartizione dei ruoli maschili e femminili⁴⁰⁴.

Nell'età moderna e contemporanea, la regola è passata nel diritto prodotto dagli Stati nazionali (in particolare con l'avvento delle codificazioni) che ha abbracciato anche la regolamentazione del diritto di famiglia.

Rispetto alle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia, gli atteggiamenti del legislatore e della giurisprudenza sono stati ricondotti, fondamentalmente, a due modelli: quello germanico caratterizzato dall'assegnazione alle mogli di un potere proprio (cfr. § 1357 *BGB*), e quello latino, caratterizzato dall'assegnazione alle mogli di un potere delegato (cfr. art. 220 *Code Civil*)⁴⁰⁵.

Nel *BGB*, ad esempio, venne sancita l'antica regola consuetudinaria circa la vincolatività, anche al marito, delle obbligazioni assunte dalla sola moglie: nel § 1357 originario i codificatori tedeschi, infatti, replicarono il tradizionale "potere delle chiavi" (c.d. *Schlüsselgewalt*) affidato alle mogli, elevandolo a norma legale⁴⁰⁶. Anche nell'attuale formulazione, è espressamente riconosciuto un potere di rappresentanza, ora reciproco, per cui: «ciascun coniuge è legittimato a compiere, con effetto anche nei confronti dell'altro coniuge, negozi per l'adeguato soddisfacimento dei bisogni di vita della famiglia ...⁴⁰⁷».

⁴⁰⁴ L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi*, nella collana *Biblioteca giuridica* raccolta da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 2012, p. 90.

⁴⁰⁵ A. FUSARO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia cit.*, p. 155

⁴⁰⁶ Il tenore della disposizione era: «*La moglie ha diritto, entro la sfera di azione domestica, di curare gli affari del marito e rappresentarlo. I negozi che essa pone in essere entro questa sfera d'azione si hanno come compiuti in nome del marito, se dalle circostanze non risulti altrimenti*».

⁴⁰⁷ Testualmente il § 1357 absz 1 *BGB*: «*Jeder Ehegatte ist berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen[...]*». La traduzione in italiano è di S. PATTI, in *CODICE CIVILE TEDESCO / BÜRGERLICHES GESETZBUCH*, Milano, 2013, p. 911.

In Francia, invece, l'art. 220 *code civil* originario negava alle mogli autonomia nel contrarre. Nondimeno, la giurisprudenza pratica continuò a ritenerle investite di un *potere delegato* per la cura della casa (inclusivo della legittimazione a stipulare negozi che avrebbero poi impegnato la responsabilità del marito), più precisamente attraverso l'individuazione *inter coniuges* di un *mandat tacite*⁴⁰⁸. Successivamente, nell'art. 220 *Code Civil* è stata espressamente sancita la corresponsabilità del coniuge non contraente, con la modifica apportata dall'art. 1, L. 13 luglio 1965, n. 65-570.

Si può dunque affermare che la regola operò *de facto* e pressoché senza soluzione di continuità nei vari ordinamenti europei, in cui si registrò anche un'omogeneità circa l'individuazione delle sue eccezioni, ravvisate ad esempio nei casi di spese manifestamente eccessive o non funzionali alle necessità domestiche⁴⁰⁹; di diffide preventive del marito; di separazione dei coniugi notoria o comunque opponibile a coloro che contraevano con la moglie, *et cetera*⁴¹⁰.

Un passaggio storico fondamentale, infine, è rappresentato dalle riforme dei codici civili europei nella seconda metà del XX secolo, volte ad informare la disciplina della famiglia al nuovo principio di

È tuttavia doveroso precisare che la qualificazione della fattispecie in termini di rappresentanza non è affatto pacifica nell'ordinamento tedesco, infatti, si è osservato che a differenza dell'istituto della rappresentanza, in cui vi è la *contemplatio domini*, che può esprimersi sia in termini espliciti sia da una circostanza implicita evidente (c.d. *Keitsprinzip*. Cfr § 164 abs. I BGB), in questa norma la comunicazione del debito avviene automaticamente, senza che sia nemmeno necessario che il terzo contraente sappia se la propria controparte sia coniugata o meno. Vi è dunque chi ha qualificato la *schlüsselgewalt* come un istituto del diritto di famiglia a sé stante che attribuisce un potere giuridico *sui generis* (R. SCHMIDT, *Familienrecht*, Grasberg bei Bremen, 2018¹⁰auflage, § 135, pp. 77-78; nella giurisprudenza pratica cfr. OberLandesGericht Oldenburg, in *Neue Juristische Wochenschrift/Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 2010, p. 1717. Altra questione è se il coniuge non contraente diventi anche parte del contratto stipulato dal coniuge con il terzo e sia dunque, per esempio, legittimato a far valere nei suoi confronti le azioni contrattuali (con tutte le problematiche connesse ai doveri di informazione in caso di contratti col consumatore), oppure se rimanga solo nella posizione di terzo coobbligato. Sul punto, si registrano tesi contrapposte. Secondo CH. BERGER, *Gestaltungsrechte und Prozessführung bei Schlüsselgewaltgeschäften nach § 1357 BGB*, in *FamRZ* 2005, p. 1129 il coniuge coobbligato non diventa parte contraente («*der mitverpflichtete und mitberechtigte Ehegatte wird nicht Vertragspartei*»); secondo A.B. KAISER, in *JuS* 2013, pp. 146-148, invece, il coniuge verrebbe coinvolto anche nel rapporto diventando «*Partei des Vertrags*».

⁴⁰⁸ La vecchia regola consuetudinaria di diritto comune sui debiti del *ménage* assunti unilateralmente fu dunque preservata, ricorrendo quasi ovunque all'espedito di rintracciare in ogni coppia un mandato tacito (con rappresentanza) conferito dal marito alla moglie. Risulta costante, nei vari ordinamenti, l'elaborazione di teorie che per emancipare la posizione della moglie ricorrono alla rappresentanza, ovvero ad altra costruzione. Per l'ordinamento francese cfr. E. CAPARROS-M.DAME-CASTELI, (con aggiornamento di B. MARTIN-BOSLY), *Rapports patrimoniaux dans la famille en droit comparé*, in *Regimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, diretto da M. Verwilghen, I, Bruylant, 2003, p. 395 ss..

⁴⁰⁹ La giurisprudenza francese in materia, sia di legittimità che di merito, è particolarmente ricca: cfr. *ex multis* Trib. Lione 24 giugno 2000, in *Mega Code civil Dalloz 2020-2021*, sub art. 220, secondo cui la solidarietà «*a pour seul objet la protection des créanciers*»; Cass. 10 maggio 2006, n. 03-16.593, in *Droit de la famille*, 6/2006, n. 119 secondo cui le cure dentistiche sarebbero cure del *ménage*; Cass. Soc., 11 marzo 2009, n. 07-43.977, in *Droit de la famille*, 5/2009, n. 51, secondo cui il contributo pensionistico di una collaboratrice domestica assunta da un coniuge è stato ritenuto debito solidale di entrambi i coniugi ai sensi dell'art. 220 *code civil*.

⁴¹⁰ In Germania la riflessione dottrinale sull'ambito operativo della regola, e della sua esclusione, è molto ampia e considera le più svariate fattispecie. Cfr. R. SCHMIDT, *Familienrecht*, Grasberg bei Bremen, 2018¹⁰auflage, §§ 138-142, pp. 78-81.

eguaglianza tra moglie e marito, sancito da tutte le costituzioni europee post-belliche. Infatti, nemmeno il superamento del vecchio modello di famiglia ‘patriarcale’ (pur ancora presente nella filigrana delle codificazioni) ha escluso *d’emblée* l’idea che un debito contratto da un coniuge, per un bisogno comune, potesse teoricamente impegnare anche l’altro. Dove non è stato affermato espressamente dalla legge, ha continuato ad operare in via interpretativa, ravvisando la già evocata sussistenza di un mandato tacito, ma cessando di agire soltanto nell’originaria direzione (dai debiti della moglie al patrimonio del marito) per operare in entrambe le direzioni (moglie-marito; marito-moglie) circa tutti i debiti contratti da ciascun coniuge nell’interesse della famiglia⁴¹¹.

Il principio ha poi dimostrato, e dimostra ancor oggi, una sua vitalità ed attitudine a replicarsi al di fuori dell’istituto del matrimonio in senso stretto⁴¹².

REGIME PRIMARIO E RELATIVITÀ DEGLI EFFETTI CONTRATTUALI NEL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE E DOTTRINALE

Tanto premesso, e tornando a volgere lo sguardo all’odierno ordinamento italiano, il tema costituisce oggetto di dibattito e registra posizioni divergenti in dottrina, così come si sono registrate oscillazioni, poi ridimensionate, anche sul versante giurisprudenziale.

Come anticipato, le soluzioni adottate in merito alla vincolatività delle obbligazioni assunte dall’altro coniuge sollecitano, ai fini del presente studio, una riflessione sulla loro coerenza rispetto all’operare delle regole del diritto privato generale.

⁴¹¹ A. FUSARO, *Le obbligazioni contratte nell’interesse della famiglia* cit. p. 158, il quale rileva come ciò sia avvenuto tanto nel codice tedesco che in quello francese. Nel codice tedesco, come visto, il § 1357 stabilisce un potere di rappresentanza reciproco nel compimento di negozi per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, mentre in quello francese la vecchia regola del *mandat tacite* dapprima è approdata sotto forma di potere della moglie di rappresentare il marito pei bisogni del *ménage*, dappoi ha assunto una forma neutra in linea con la parità coniugale, infine, è stata espressamente sancita nell’art. 220 *code civil* che, nella sua attuale formulazione, recita espressamente che «*Chacun des époux a pouvoir pour passer seul* (‘concludere da solo’ n.d.r.) *les contrats qui ont pour objet l’entretien du ménage ou l’éducation des enfants: toute dette ainsi contractée par l’un oblige l’autre solidairement [...]*».

⁴¹² Osserva L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell’interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi, cit.*, pp. 104-106, che ogni volta che i legislatori stranieri hanno introdotto forme di regolazione delle esperienze di coppia diverse da quella matrimoniale, immancabilmente hanno esteso anche ai nuovi modelli para-familiari i principi valevoli per le coppie sposate; tra questi figurerebbe proprio il principio della partecipazione al debito del partner non stipulante. Questo fenomeno si è riscontrato, infatti, nei PACS francesi come nelle ormai abrogate *Lebenspartnerschaft* tedesche. Quanto all’ordinamento italiano, invece, fermo il silenzio del legislatore della riforma del 1975 e l’atteggiamento in sostanza restrittivo della giurisprudenza pratica anche in riferimento alle stesse coppie coniugate (q.v. *infra*), il principio in parola è comparso, isolatamente, all’interno di una specifica previsione del disegno di legge n. 589/2007 (Biondi) in materia di riconoscimento giuridico delle unioni civili, esaminato solo dalla Commissione Giustizia del Senato, ma mai effettivamente approvato in Parlamento. Anche la successiva L. 76/2016 tace sul punto, e deve pertanto ritenersi che il principio, così come nel matrimonio, sia escluso anche nel contesto dell’unione civile.

In buona sostanza, la questione che permea la fattispecie in commento è riassumibile nei termini seguenti: a prescindere dal regime patrimoniale secondario adottato, spetta al solo contraente di onorare il debito, secondo le regole generali, oppure la natura familiare dell'interesse, che si vuole soddisfare, giustifica un'estensione della responsabilità patrimoniale anche in capo al coniuge non contraente?

Detto altrimenti: vige il diritto comune della responsabilità patrimoniale personale sancito dall'art. 2740 c.c. ed il principio generale per cui il contratto non ha effetto verso i terzi (art. 1372 c.c.) oppure, in questo caso, se ne può ammettere eccezionalmente una deroga?

Una simile deroga, *in thesi*, potrebbe dirsi giustificata dalla comune utilità che l'obbligazione può portare alla famiglia o, parimenti, potrebbe dirsi più aderente all'impostazione che il legislatore della riforma del 1975 ha voluto imprimere all'attuale modello familiare?

Delineati i contorni della questione, si tratta di verificare se nel dibattito giurisprudenziale si ritenga sempre vero che *res inter alios acta tertiis nec nocet, nec prodest*, oppure se l'antico brocardo subisca una singolare smentita nel comparto del diritto patrimoniale della famiglia, qualora, appunto, un soggetto che è *terzo* rispetto alla contrattazione venga comunque chiamato a risponderne, solo in forza del suo *status* di coniuge del contraente.

Chiaramente, l'interrogativo ha non lievi conseguenze sull'assetto, sinora consolidato, del diritto civile; vi è chi infatti ha osservato che dal prevalere di una risposta, anziché di un'altra, a tale interrogativo, rischia di venir compromessa la tenuta di certe "verità" ritenute intangibili⁴¹³.

LA GIURISPRUDENZA PRATICA

È a partire dagli anni '70 del secolo scorso che il diritto giurisprudenziale iniziò a ripudiare espressamente la teoria tralatizia (basata di fatto su una *fictio*) del mandato tacito del marito alla moglie; teoria che, anche nel nostro ordinamento, veniva ancora affermata dalle Corti sotto la vigenza del Codice Pisanelli, al fine di giustificare la vincolatività dell'obbligo assunto da un coniuge, anche nei confronti dell'altro⁴¹⁴.

⁴¹³ R. STAGLIANÒ, *In materia di obbligazioni contratte individualmente per i bisogni della famiglia: è già solidarietà?* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1994, p.81.

⁴¹⁴ La giurisprudenza formatasi sino al 1942 sul codice Pisanelli (che all'art. 48 disp. att. sanciva l'inefficacia delle consuetudini non richiamate, in contrasto con quanto disposto dal codice) riteneva infatti la moglie in grado di obbligare il marito nel compimento di atti necessari per l'economia domestica, quale corollario della potestà maritale; tale asserito veniva fondato sulla individuazione di una procura tacita, intesa in senso assai lato, rilasciata da un coniuge a favore dell'altro.

Successivamente, a partire dagli anni '90 in poi, la casistica giurisprudenziale si è man mano arricchita, sino ai tempi recenti.

La giurisprudenza di legittimità⁴¹⁵ ha avuto modo di rilevare come nell'attuale sistema del diritto di famiglia non sia regolata la responsabilità del coniuge terzo pei debiti contratti dall'altro, ed ha negato la responsabilità solidale sulla base di svariati argomenti tra i quali: *in primis*, il silenzio del legislatore sul punto⁴¹⁶; l'apparente inidoneità del regime primario a supportare un potere di sostituzione rappresentativa; la constatazione del superamento degli orientamenti anteriori alla riforma in tema di procura tacita, legati ad un modello di famiglia non più esistente; la considerazione che l'art. 186, lett. c) c.c., secondo cui i beni della comunione legale rispondono delle spese sostenute nell'interesse della famiglia e dei figli, ancorché contratte separatamente, opererebbe limitatamente all'istituto della comunione stessa, nel quale deve ravvisarsi la sua stessa *ratio*⁴¹⁷; infine, la considerazione che una corresponsabilità solidale del coniuge terzo gioverebbe soltanto ai creditori, e non alla famiglia⁴¹⁸.

La casistica giurisprudenziale emersa è variegata, e coinvolge fattispecie quali ad esempio l'acquisto di mobili⁴¹⁹ e di accessori per la cucina⁴²⁰; la locazione stagionale della cabina⁴²¹; il trasloco di casa⁴²²; la restituzione del mutuo concesso da una parente del coniuge⁴²³; il pagamento della retta

⁴¹⁵ Cfr. la parte motiva di Cass. 18 giugno 1990, n. 6118.

⁴¹⁶ Poiché il legislatore (anche dopo la riforma del 1975) non ha previsto espressamente la comunicazione del debito al coniuge terzo (ed anzi ha lasciato cadere i vari progetti di legge, come il progetto Iotti etc. che in sede di riforma la avrebbe prevista), tale comunicazione deve ritenersi direttamente confliggente col principio della relatività del contratto (art. 1372 c.c.).

⁴¹⁷ Sul punto, acuta dottrina ha sottolineato come la regola in questione non fondi il sorgere di un vincolo obbligatorio solidale in capo ai coniugi, ma pertenga solo ad un aspetto specifico della vicenda obbligatoria, ossia quello della c.d. garanzia generica, e dunque stabilisca una deroga non già in relazione all'art. 1372 c.c., ma solo in relazione all'art. 2740 c.c. stabilendo che, pur restando obbligato solo il coniuge contraente, diversamente da quanto avviene secondo la regola generale, il peso economico del debito assunto non viene allocato sul solo patrimonio del soggetto che ha assunto l'impegno, bensì primariamente su un patrimonio comune, che è appunto quello della comunione legale, e salva la responsabilità personale sussidiaria dimezzata ex art. 190 c.c.. U. MINNECI, *Responsabilità patrimoniale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, 2012², p. 431.

⁴¹⁸ Sul versante comparatistico, si rileva come analoghe considerazioni siano presenti anche nell'odierno dibattito dottrinale tedesco in relazione alla regola del § 1357 BGB, ove si discute di un trattamento preferenziale ingiustificato per i creditori di soggetti coniugati («*ungerechtfertigte Gläubigerbegünstigung herbeiführt*»), anche in considerazione del fatto che ormai è socialmente usuale che entrambi i coniugi siano percettori di un reddito, e tale circostanza dovrebbe esser sufficiente a superare l'antica *ratio* della regola della *schlüsselgewalt* sulla comunicazione dei debiti. Cfr. R. SCHMIDT, *Familienrecht*, Grasberg bei Bremen, 2018¹⁰auflage, §132, p. 77.

⁴¹⁹ Cass. 7 luglio 1995, n. 7501, in *Fam. dir.*, 1996, p.140.

⁴²⁰ Cass. 28 aprile 1992, n. 5063, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p.1036.

⁴²¹ Cass. 8 gennaio 1998, n. 87, in *DeJure*.

⁴²² Cass. 6 ottobre 2004, n. 19947, in *Fam. dir.*, 2005, p.150.

⁴²³ Cass. 15 febbraio 2007, n. 3471, in *Fam. dir.*, 2007, con nota di L. PASCUCCI, *Le obbligazioni contratte da un coniuge nell'interesse della famiglia tra diritto giurisprudenziale e possibile evoluzione legislativa*, pp. 557 ss.

della scuola privata frequentata dal figlio⁴²⁴ *et cetera*.

L'esame delle varie pronunce stratificatesi nel tempo permette di poter affermare che la giurisprudenza di legittimità, dopo alcune oscillazioni, si attesti tendenzialmente ad escludere che l'interesse della famiglia possa giustificare, in quanto tale, la responsabilità solidale del coniuge che non ha contratto l'obbligazione, pena l'introduzione di una vistosa e 'inspiegabile' deroga al principio dell'art. 1372, comma II, c.c., secondo cui «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge»⁴²⁵, nonché alla regola generale in tema di responsabilità patrimoniale personale ex art. 2740 c.c.. Questo asserto, per inciso, prescinde del tutto dal regime secondario adottato.

Deve registrarsi, tuttavia, la significativa "eccezione" stabilita da una nota pronuncia della Corte di Cassazione (Cass. Civ. 25 luglio 1992 n. 8995), che ha affermato la sussistenza di una responsabilità solidale dei coniugi per l'adempimento delle obbligazioni contratte per la *salute* dei componenti della famiglia.

Si trattava di un caso in cui la moglie aveva sostenuto ingenti spese odontoiatriche per sé e per i figli. Per lungo tempo, i costi degli interventi erano stati pagati dal marito, che al termine delle cure aveva rifiutato il pagamento del saldo finale. La Suprema Corte, confermando le statuizioni dei giudici di merito, in primo luogo ha affermato che l'obbligazione del padre di pagare le spese relative alle cure per i figli minori discende dall'art. 147 c.c.: questo impone ad *entrambi* i coniugi di mantenere, istruire ed educare i figli. In secondo luogo, ha stabilito che l'obbligazione del pagamento delle spese della cura del coniuge grava anche sul coniuge non contraente, *in quanto relativa ad un bisogno primario della famiglia, quale quello della salute dei suoi componenti*.

La deroga è stata giustificata a partire dalla particolare natura dell'interesse *sostanziale* in gioco (la salute), che trova tutela anche costituzionale (art. 32 Cost.) mentre, sul piano degli *argomenti*, nel riscontro della sussistenza, nel caso di specie, di un affidamento ingenerato dagli stessi coniugi, col loro comportamento, che l'obbligazione sia stata contratta *«anche per conto del coniuge non stipulante»*⁴²⁶.

Con tale pronuncia, la Suprema Corte avrebbe così introdotto il correttivo dei "bisogni primari", affermando una *rilevanza esterna* del regime contributivo sulla base dell'art. 147 c.c., sia pur limitato alle spese sanitarie sostenute per i figli.

⁴²⁴ Cass. 10 gennaio 2008, n. 25026, in *DeJure*.

⁴²⁵ Vedasi la parte motiva di Cass. 15 febbraio 2007 n. 3471 *cit.*; In termini simili, Cass. 28 aprile 1992 n. 5063 *cit.*

⁴²⁶ Questa la dizione usata nella motivazione di Cass. 25 luglio 1992, n. 8995.

Tuttavia, la sua portata non si è rivelata particolarmente “eversiva” rispetto al rigoroso operare della regola ex art. 1372 c.c. in questa materia.

Si è osservato, infatti, che sulla giurisprudenza successiva l’impatto di tale precedente «sarà tutto sommato modesto: perché in fondo resterà ben chiaro che bisogno primario non equivale a bisogno comune della famiglia»⁴²⁷.

In particolare, per bisogni primari si è finito per circoscrivere doppiamente l’operatività della deroga: solo quelli sanitari, e solo quelli dei figli⁴²⁸.

Sul piano degli argomenti, come detto, per giungere a neutralizzare il principio della relatività degli effetti del contratto, e per giustificare l’estensione della responsabilità patrimoniale del coniuge terzo non contraente, si è fatto ricorso all’espedito dell’*apparenza giuridica*.

Ciò pone la necessità di un confronto coi tratti generali di tale istituto, che potrebbe dirsi “trasversale” ai vari ambiti del diritto privato, e che presiede alla tutela dell’affidamento incolpevole di un soggetto (apparenza c.d. pura), prevedendo che in determinate situazioni gli effetti prodotti dalla situazione apparente siano i medesimi della corrispondente situazione reale (cfr. artt. 534, 1189, 1415, comma I, c.c.), a sua volta distinta dalla apparenza c.d. colposa (ipotesi di conio giurisprudenziale, elaborata a tutela dell’affidamento incolpevole dei terzi)⁴²⁹.

In estrema sintesi: nei casi previsti dalla legge di apparenza pura, affinché la situazione apparente sia considerata come esistente, producendo i suoi effetti tipici, sono richiesti solo i due presupposti dell’apparenza di uno stato di fatto corrispondente ad una situazione giuridica (oggettivo), e dell’affidamento incolpevole del terzo nella coincidenza tra apparenza e diritto (soggettivo).

⁴²⁷ L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell’interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi, cit.*, p. 74.

⁴²⁸ Ed infatti Cass. 23 luglio 2012 n. 12793 (in *DeJure*) ha escluso di coinvolgere il coniuge nel saldo dell’onorario dell’avvocato incaricato dall’altro, pur trattandosi di causa patrocinata nell’interesse della famiglia. Interessante è poi il caso deciso da Cass. 10 gennaio 2008, n. 25026 cit. che ha escluso dalle esigenze primarie la frequentazione di una scuola privata da parte dei figli, anche in considerazione che il ‘bisogno primario’ di istruzione può essere soddisfatto dalla scuola pubblica. Invece, Cass. 8 agosto 2002, n. 12021 (in *DeJure*) assevera il binomio tra bisogni primari e spese mediche già sancito dal precedente ‘del dentista’ (Cass. n. 8995/2002), ammettendo l’azione del creditore (una struttura sanitaria) nei confronti del coniuge non contraente, relativamente a debiti per prestazioni sanitarie erogate al figlio minore.

⁴²⁹ Dottrina e giurisprudenza appaiono inclini a riconoscere l’esistenza di un principio generale di apparenza, in virtù del quale una situazione di fatto, pur non presentando i requisiti di una corrispondente situazione di diritto, produce gli stessi effetti in presenza di determinati presupposti, a tutela dell’affidamento incolpevole riposto dal destinatario di tali effetti verso tale coincidenza tra apparenza e realtà. Tale principio trascenderebbe i casi specificamente previsti dalla legge, che costituirebbero solo l’indice normativo da cui evincere la portata più vasta dell’istituto. Tuttavia, nell’applicare il principio oltre i casi previsti dalla legge, la giurisprudenza risulta ferma nel non oltrepassare mai i confini della figura, *praterer legem*, della apparenza c.d. colposa. M. PALADINI, A. RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, pp. 1511-1512, 1619. Sul punto, cfr. anche A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 699 e ss., in generale sui tratti salienti dell’istituto spec. p. 682 e ss. In Dottrina, sempre a proposito dell’individuazione di un principio generale di tutela dei terzi, applicando in via analogica le fattispecie di apparenza pura, ma escludendo la formulazione di regole troppo generali, vedasi anche R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, 1958, p. 661 e ss..

Invece, in tutte le altre ipotesi atipiche, a cui la giurisprudenza ha esteso la rilevanza giuridica dell'apparenza, ha altresì richiesto, oltre ai due presupposti testé menzionati, un ulteriore presupposto (soggettivo) consistente nella colpa del soggetto nei confronti del quale il terzo in buona fede intenda far valere la situazione apparente (si parla così di c.d. "apparenza colposa"). La fattispecie più diffusa, su cui si è formata la più ricca elaborazione giurisprudenziale, è quella della rappresentanza apparente colposa⁴³⁰.

Ritornando al caso qui esaminato - oltre ad osservare come, a differenza del passato, la logica dell'apparenza non sia stata ancorata alla struttura (ormai inesistente) della famiglia "patriarcale" - pare che l'istituto, più che accertato per l'effettiva sussistenza dei suoi requisiti (oggettivi e soggettivi), sia stato "piegato" dall'individuazione di un "bisogno primario" da parte del terzo contraente, per la necessità di fronteggiare i possibili abusi della terzietà di un coniuge, laddove vi siano indizi da cui evincere che entrambi fossero concordi.

L'apparenza giuridica risulterebbe dunque, per così dire, strumentalizzata per giustificare lo scostamento dal principio di relatività degli effetti del contratto, con l'effetto di far sorgere un'obbligazione solidale.

Ciò ha portato ad affermare che il concetto stesso di apparenza sia stato impiegato in modo "deformato"⁴³¹.

Fuori dalle ipotesi relative al pagamento di spese mediche per i *bisogni primari* dei figli minori, la giurisprudenza ha invece applicato di fatto l'ordinario orientamento in tema di falsa rappresentanza e rappresentanza apparente colposa, esigendo l'accertamento rigoroso della sussistenza dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, e considerando irrilevante, ai fini della disciplina applicabile, sia che tra rappresentante (falso o apparente) e rappresentato (falso o apparente) sussista o meno un rapporto di coniugio, sia l'oggettiva esistenza di un interesse familiare⁴³².

⁴³⁰ Che fonda una deroga alla regola per cui il contratto concluso dal falso rappresentante è inefficace (art. 1398 c.c.).

⁴³¹ L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi, cit.*, pp. 68 e 75. L'istituto dell'apparenza è venuto in rilievo altresì in altre fattispecie, come p. es. in tema di società apparente tra familiari: cfr. Cass. 14 febbraio 2001, n. 2095; Cass. 26 settembre 2003, n. 14338; Cass. 18 giugno 2008, n. 16594.

⁴³² Cfr. Cass. 8 marzo 2011 n. 5425, in *Fam. dir.* 7, 2011, p. 683 e ss., con nota di A. FERRARI *Coniuge falsus procurator*, in cui viene ribadita l'impossibilità di invocare il principio dell'apparenza sulla base del mero rapporto di coniugio, o sulla base dell'oggettiva esistenza di un interesse familiare, essendo a tal fine necessario accertare ulteriori elementi oggettivi e soggettivi.

Successivamente, la giurisprudenza di merito ha riconosciuto la responsabilità per l'obbligazione contratta da uno dei coniugi nell'interesse dell'altro - nella fattispecie, dal marito in relazione alla riparazione di un'automobile della moglie proprietaria - alla stregua del principio dell'apparenza giuridica, ma benché la parte motiva non sia particolarmente articolata, tale esito sembra fare applicazione delle soluzioni giurisprudenziali generalmente operate in tema di rappresentanza apparente colposa, in quanto il comportamento della moglie emerso dagli atti di causa sembra esser stato quello di acconsentire alle richieste di intervento che il marito aveva avanzato all'autofficina (Tribunale di Prato, 4 luglio 2012, n. 941, in *Diritto e Giustizia online* 2012, 18 luglio).

LA GIURISPRUDENZA TEORICA

Volgendo lo sguardo alla riflessione dottrinale, invece, si contendono il campo un orientamento favorevole all'estensione del vincolo obbligatorio al coniuge non contraente, ed un orientamento contrario.

L'attenzione dedicata dagli interpreti al tema non è esigua, ed ha offerto riflessioni particolarmente articolate⁴³³.

Tra le tesi a favore della configurabilità di una responsabilità solidale dei coniugi, quale espressione del c.d. regime patrimoniale primario, ai fini del presente studio sembra interessante rilevare soprattutto i seguenti profili, inerenti agli argomenti usati per giustificare la sussistenza di una situazione di solidarietà *inter coniuges* circa le obbligazioni contratte da uno solo di essi, in deroga alla regola ex art. 1372 c.c..

Secondo un preclaro Autore, per esempio, nell'ordinamento italiano non si potrebbe parlare, in senso tecnico, di una vera e propria rappresentanza del coniuge, poiché questi non agisce in nome dell'altro, ma in nome proprio⁴³⁴.

Sarebbe in ogni caso la legge ad attribuire in modo singolare a ciascun coniuge il potere di assumere obbligazioni che impegnano entrambi, senza la necessità che tale potere sia esercitato esplicitando al terzo contraente lo scopo del negozio (il soddisfacimento di un bisogno della famiglia) ovvero la possibilità, per il creditore, di pretendere il pagamento del debito anche dall'altro coniuge.

Tale potere, così, è stato ricondotto alla categoria dogmatica delle *potestà*⁴³⁵, e non sarebbe di rappresentanza bensì di sostituzione; precisamente comporterebbe la possibilità per un coniuge di

⁴³³ Un sintetico, ancorché risalente, riepilogo delle diverse posizioni dottrinali elaborate subito dopo l'entrata in vigore della riforma del 1975 si può trovare in E. PEREGO, *Se, in regime di separazione dei beni, un coniuge risponda per le obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1980, p. 405. Con specifico riferimento al regime di separazione dei beni, il problema è stato in seguito affrontato criticamente da G. CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992 p. 429 ss., che ha sottoposto a censura gli argomenti già utilizzati (da F. SANTORO PASSARELLI, in *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1 ss. e da A. FALZEA, in *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 1977, p. 624) per sostenere la vincolatività, anche in regime di separazione, dell'obbligazione assunta per soddisfare i bisogni della famiglia per il coniuge non contraente (q.v. *infra*). Per la riflessione dottrinale successiva, si rinvia a quanto annotato nel prosieguo della trattazione.

⁴³⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 5.

⁴³⁵ A differenza del diritto soggettivo, in cui il potere è attribuito per consentire il perseguimento dell'interesse del titolare, nella potestà i poteri non verrebbero attribuiti al singolo al fine di consentire il perseguimento di un interesse proprio, bensì al fine di tutelare un interesse altrui. Dunque in questa situazione giuridica soggettiva esisterebbe una 'funzionalizzazione' del potere, nel senso che il potere medesimo deve essere diretto a finalità determinate. La figura, peculiare del diritto amministrativo, è invero conosciuta anche nel diritto privato. Si parla ad esempio di responsabilità genitoriale (e non più di "potestà" genitoriale, in esito alla riforma della filiazione di cui al D.Lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, anche se al mutamento di terminologia non corrisponde una modificazione della sostanza della situazione soggettiva)

sostituirsi e/o coinvolgere l'altro membro della coppia, al fine di realizzare insieme la tutela e gli interessi della famiglia⁴³⁶.

Sempre in relazione all'attuazione dell'indirizzo familiare, altra Autorevole Dottrina⁴³⁷ all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia ha sostenuto la sussistenza di un *potere*, spettante a ciascuno dei suoi membri, di attuare autonomamente e “in via disgiuntiva” l'indirizzo, senza la necessità di un consenso prestato per ogni singolo atto dall'altro *partner*, idoneo a impegnare anche l'altro.

Tra gli studi più recenti, mette poi conto di segnalare quello di un Autore che ha inteso «sostenere il coinvolgimento nel debito del coniuge terzo anche in difetto di un'espressa norma di legge che sanzioni tale corresponsabilità»⁴³⁸.

Da un lato, ha sottoposto a critica l'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità, censurando anche i “correttivi” ammessi – “apparenza di procura” e spese destinate ai “bisogni primari di rango costituzionale” – in quanto la relativa applicazione pratica lascia un eccessivo spazio di discrezionalità ai giudici, data la vaghezza delle formule e delle categorie invocate⁴³⁹.

Dall'altro, sul piano del diritto positivo, secondo questo Autore la tesi solidaristica non conterrebbe soluzioni così derogatorie o confliggenti con le regole generali, ed in particolare col dettato dell'art.

all'art. 316 c.c., per ricomprendervi tutti quei poteri che sono dati dalla legge ai genitori rispetto ai figli minori d'età, i quali correlativamente vi si trovano assoggettati, nel loro medesimo interesse. Per inciso, risulta assai importante il profilo del sindacato di come venga esercitata la potestà: si parla a tal proposito di abuso o sviamento di potere quando l'esercizio del medesimo non è conforme al fine per il quale il potere viene assegnato. M. PALADINI, A RENDA, D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, pp. 161.

Lo stesso Autore citato nel testo, altrove (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, 1966, ristampa 2012, p. 71) definisce la potestà quale “supremazia del volere grazie alla quale un soggetto può da solo realizzare un interesse” (che, nel caso in commento, sarebbe quello della famiglia).

⁴³⁶ *ibidem*, p. 8. Sulla qualifica della fattispecie in termini diversi dalla rappresentanza nell'ordinamento tedesco, si rinvia a quanto annotato *supra sub.* nota n. 407.

⁴³⁷ Resta fondamentale, in materia, lo studio di A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 1977, p. 609 e ss., il quale sostiene che la figura generale dell'obbligazione contratta nell'interesse della famiglia, nonché la figura specifica di una tale obbligazione contratta separatamente da ciascun coniuge, trascenderebbe i confini della comunione legale, dove è espressamente prevista. Essa costituirebbe, piuttosto, una delle varie forme di attuazione del dovere di contribuzione, quale regime patrimoniale primario *ex artt.* 143 comma III, 147, 148 c.c.. Dai doveri di contribuzione discenderebbe così un potere di iniziativa patrimoniale di ciascun coniuge al quale, in forza dell'art. 144 comma II c.c., sarebbe consentito di attuare autonomamente l'indirizzo familiare concordato. Le disposizioni relative agli obblighi contributivi, benché inserite nell'ambito dei rapporti personali, estenderebbero così la loro portata in tutto il quadro dei rapporti patrimoniali, indipendentemente dal regime patrimoniale secondario, in concreto, adottato (cfr. p. 623 e ss.).

⁴³⁸ Ci si riferisce al già citato studio monografico di L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi*, nella collana *Biblioteca giuridica* raccolta da G. Alpa e P. Zatti, Padova, 2012.

⁴³⁹ Appare alquanto evidente, infatti, come il concetto stesso di interesse della famiglia presenti una latitudine particolarmente ampia, che ben si presta ad essere rimessa al potere discrezionale dei giudici (in proposito, basti porre mente alla giurisprudenza formatasi a margine dell'istituto del fondo patrimoniale, che ha dilatato la nozione di bisogni della famiglia, finendo quasi per abrogare la portata dell'istituto. *Ex plurimis*, cfr. p.es. Cass. 15 marzo 2006 n. 5684, in *Riv. not.* 2007, p. 161 e ss.).

1372 c.c., che al comma II contempla la salvezza dell'espressa norma di legge, che dovrebbe individuarsi in senso lato, ossia rifacendosi all'art. 1173 c.c., e dunque guardando non già espressamente a «*casi previsti dalla legge*», secondo la stretta dizione dell'articolo, sibbene all'ordinamento nel suo complesso⁴⁴⁰.

Proprio dall'ordinamento, olisticamente considerato, potrebbe trarsi l'indice di un principio di condivisione dei debiti familiari avente portata generale, che il legislatore avrebbe sentito il bisogno di esplicitare solo nella regola ex art. 186 lett. c.) c.c., ma che per l'Autore, muovendo dalle riflessioni già avanzate da autorevole Dottrina anteriore⁴⁴¹, potrebbe espandersi anche al di fuori della comunione legale⁴⁴².

Ricercando in questo modo le ragioni che fondino la comunicazione del debito all'altro coniuge, bisognerebbe cioè considerare la dimensione anche tacita del diritto, atteso peraltro che nell'art. 1173 c.c. il richiamo all'ordinamento giuridico, nella selezione di una fonte di obbligazione, non si riduce a puntuali disposizioni di legge⁴⁴³.

Verrebbe, così, in rilievo anche la forza normativa di quei fatti leciti conformi ad una convinzione interiorizzata e reiterata nel tempo dal corpo sociale – nel caso di specie, che la famiglia, nel comune sentire, non avrebbe cessato di esser percepita come “unità di affetti e di bilancio”, a cui farebbe seguito la convinzione che un debito assunto per le necessità comuni, debba essere assolto da entrambi – i quali rappresentano a ben vedere usi o consuetudini che, appunto, costituiscono anch'essi vere e proprie fonti dell'ordinamento giuridico (cfr. art. 8 Prel.)⁴⁴⁴.

All'orientamento favorevole a ravvisare una situazione di solidarietà *inter coniuges* per le obbligazioni contratte, unilateralmente, per le necessità della famiglia, si contrappone un altrettanto considerevole orientamento dottrinale che difende la tesi di segno opposto sulla base delle seguenti, concorrenti argomentazioni.

Il principale argomento, ritenuto decisivo e assorbente ai fini del discorso, resta quello già evocato e ben noto, di ordine letterale, per cui dal silenzio del legislatore e dalla decisione del riformatore di

⁴⁴⁰ L. OLIVERO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi, cit.*, p. 82.

⁴⁴¹ Come già visto, la tesi era stata autorevolmente sostenuta da A. FALZEA nel celebre, già citato, saggio *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.* 1977, p. 625.

⁴⁴² Articolate argomentazioni sull'impossibilità di una siffatta estensione analogica si trovano illustrate, invece, nella parte motiva di Cass. 18 giugno 1990 n. 6118 *cit.*

⁴⁴³ A. FUSARO, *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia cit.*, p. 164.

⁴⁴⁴ A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.*, ove si rileva come anche il numero contenuto di casi giudiziari potrebbe testimoniare, indirettamente, l'esistenza di una pratica conforme a tale convinzione, *ad instar* di ciò che accade in tema di contratti conclusi dai minori, normalmente accolti nella prassi sociale e ritenuti validi (se non anomali o di valore esorbitante), a scapito dell'art. 1425 c.c.. Al riguardo M. CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p.141 ss., osserva come, anche in ambito comparatistico, si possa registrare una certa somiglianza tra il tema dei contratti dei minori e quello delle obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia.

non introdurre una disciplina *ad hoc*, non potrebbe desumersi, se non arbitrariamente, una così dirompente ed eversiva eccezione ai principi generali in materia di obbligazioni⁴⁴⁵.

Come già sottolineato, infatti, l'art. 1372, comma II c.c. sancisce chiaramente che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che «*nei casi previsti dalla legge*» e parimenti l'art. 2740 c.c., esprimendosi con terminologia omotetica sancisce che le deroghe alla responsabilità patrimoniale non sono ammesse che «*nei casi stabiliti dalla legge*»: l'esplicita impossibilità di scostarsi da regole di carattere così importante, se non mediante un'apposita disposizione normativa, sarebbe considerazione sufficiente per ritenere arduo ogni tentativo di configurare eccezioni ricorrendo a procedimenti di interpretazione, sistematica e teleologica, delle norme esistenti⁴⁴⁶.

Si è poi eccepito come l'accordo sull'indirizzo della vita familiare (art. 144, comma I, c.c.), nelle fasi ordinarie di svolgimento del rapporto matrimoniale, non possa vincolare giuridicamente un coniuge verso l'altro alla sua osservanza: non esistendo la possibilità di dar vita ad un'azione giudiziaria di un coniuge promuovibile contro l'altro coniuge – *a fortiori* – non potrebbe configurarsi un'efficacia, anche esterna, ossia verso i terzi, dell'accordo medesimo⁴⁴⁷.

Riflettendo sempre alla luce del dato positivo, si è osservato che l'affermazione di una rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione non convincerebbe poi per la seguente ragione: è «*pure certo che tra i coniugi, nell'interno della coppia, ci si possa accordare nel senso che, nei limiti di una razionale, consensuale, divisione dei compiti e degli oneri ex art. 144 c.c., ciascuno di essi si impegni ad intervenire con proprio denaro quando l'altro ha assunto una obbligazione nell'interesse della famiglia: o dando denaro proprio all'altro coniuge perché questo adempia alla obbligazione assunta verso il terzo o adempiendo direttamente, in parte o per il tutto, appunto secondo gli accordi, nei confronti del terzo*»⁴⁴⁸.

Atteso che sono proprio i coniugi a stabilire la *natura* e la *misura* dei contributi a carico di ciascuno di essi, in base al loro accordo e alle proprie sostanze (v. artt. 143 e 144 c.c.), sarebbe precluso al terzo di ingerirsi in tale equilibrio, decidendo di agire per l'intero contro uno dei due⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ A. BARALE, *Responsabilità dei coniugi per le obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia*, Nota a Cass. Civ. 6 ottobre 2004, n. 19947, in *Fam. dir.*, 2005, p. 153 e ss..

⁴⁴⁶ A. BARALE, *op. ult. cit.* p.155. Si è altresì evidenziato come, paradossalmente, l'adesione al c.d. «principio solidaristico» finirebbe per rendere più gravosa la situazione dei coniugi in separazione dei beni rispetto a quella dei coniugi che hanno preferito il regime comunitario, i quali potranno invece invocare, ex art. 190 c.c., il *beneficium excussionis*, così rispondendo con i beni personali solo per metà del credito. G. CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Cian, Oppo, e Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 432.

⁴⁴⁷ Questa osservazione veniva svolta da A. DE CUPIS, *Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 2.

⁴⁴⁸ G. OBERTO, *Le obbligazioni contratte dai coniugi nell'interesse della famiglia*, in ID. *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Trattato Busnelli Schlesinger*, Milano, 2005, p. 178.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

La tesi contestata, pertanto, interferirebbe con la stessa fisionomia elastica – modulata variamente dai coniugi, caso per caso – con cui il regime primario è stato concepito.

La Dottrina contraria alla “tesi solidaristica” non esclude, tuttavia, l’operatività, anche al caso dei coniugi, del principio generale dell’apparenza giuridica, sopra evocato, a cui permarrebbe la possibilità di ricorrere, ma secondo le ordinarie regole di diritto comune, ossia in presenza dei presupposti richiesti, non bastando a tal fine la mera conoscenza, da parte del terzo, dello stato di coniugato del contraente, né la particolare natura o destinazione familiare dei beni oggetto del negozio⁴⁵⁰.

Ferma restando, dunque, la regola di cui all’art. 1372 c.c., ben si potrebbe configurare una responsabilità solidale del coniuge non agente allorquando, dalle circostanze e dal suo comportamento, da valutarsi caso per caso, il terzo possa desumere il tacito conferimento di una procura data all’altro coniuge⁴⁵¹.

In tutti gli altri casi, la configurazione di una responsabilità solidale dovrebbe ritenersi esclusa.

In conclusione, l’analisi della giurisprudenza *pratica* ci restituisce un atteggiamento tendenzialmente attestato sul rispetto rigoroso del principio di relatività degli effetti contrattuali, negando, in buona sostanza, una valenza “esterna” dell’art. 143 c.c. tale da comportare il potere di un coniuge di impegnare anche l’altro, in relazione ai debiti assunti unilateralmente per le necessità famigliari.

Negli isolati casi in cui si è riconosciuto tale esito, la deviazione dalle regole ordinarie appare affermata più per ragioni di giustizia sostanziale (evitare abusi del coniuge non contraente) che di ordine dogmatico, mediante il ricorso all’istituto dell’apparenza giuridica (che giustifica l’affidamento incolpevole del terzo) che qui risulta deformato e utilizzato quale strumento per fondare un’eccezione all’operare del principio di relatività degli effetti del contratto, tuttavia circoscritta al solo ambito del soddisfacimento di bisogni primari (sanitari, di rango costituzionale), e dei soli figli. Quanto alla giurisprudenza *teorica*, si registrano posizioni contrapposte in cui, a fronte di un orientamento più rigoroso, che a partire dal ferreo rispetto del dato positivo nega recisamente la comunicazione del debito al coniuge non contraente, pena l’introduzione di deviazioni sovversive e ingiustificate alla normativa civilistica, sono fiorite, anche in tempi più recenti, elaborazioni originali a favore della tesi solidaristica che propongono, in chiave sia storica che sistematica, un superamento dell’uso dogmatico del principio di relatività del contratto: da un lato, rilevando come la regola ex

⁴⁵⁰ In questi termini si è espressa anche la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. 6 ottobre 2004, n. 19947 cit.) che nel caso di un trasloco le cui operazioni si siano svolte in assenza del preteso «mandante apparente» ha affermato come il conferimento della procura non possa desumersi, ad esempio, dall’unica considerazione che, sul campanello della casa in cui sono stati trasportati i mobili, apparisse il cognome di tale soggetto.

⁴⁵¹ G. OBERTO, *op.ult. cit.* p. 182.

art. 1372 comma II c.c. a ben vedere costituisse un principio di diritto positivo già vigente il codice del 1865 (cfr. art. 1130 c.c. 1865), allorquando in giurisprudenza era pacifica la comunicazione del debito al marito ‘terzo’⁴⁵²; dall’altro proponendo una ricerca delle fonti delle obbligazioni oltre le maglie strette dei casi legislativamente previsti, bensì ricorrendo ad un’indagine ad ampio spettro, che coinvolga l’ordinamento civilistico ampiamente inteso, e preveda in questo peculiare campo, quello familiare, una significativa valorizzazione degli usi e delle consuetudini, ossia di quelle «regole di completamento che non sono meno giuridiche di quelle raccolte dal legislatore, ma si formano negli interstizi lasciati liberi dalle norme puntuali»⁴⁵³.

*POSSIBILE RILEVANZA ESTERNA DI FATTISPECIE DIVERSE DALLE OBBLIGAZIONI
ASSUNTE UNILATERALMENTE DA UN CONIUGE. ATTI GIURIDICI IN SENSO
STRETTO E FATTI GIURIDICI. ALCUNE ANNOTAZIONI TEORICHE*

La casistica giurisprudenziale esistente, nonché la riflessione degli interpreti sinora passate in rassegna, si riferiscono precipuamente al caso in cui il coniuge abbia assunto un’obbligazione (il più delle volte contrattuale) nell’interesse della famiglia, ovvero abbia posto in essere un’attività negoziale per il soddisfacimento di necessità familiari.

Egual attenzione non sembra riservata dalla giurisprudenza, sia teorica che pratica, a tutti quegli atti giuridici non negoziali, e ai meri fatti giuridici, pur sempre posti in essere da un coniuge nell’interesse concreto del nucleo familiare ed alla possibile idoneità anche di questi (non già necessariamente ad *obbligare* l’altro membro della coppia, bensì) a produrre comunque effetti giuridici a lui riferibili, o incidenti nella sua sfera giuridica.

Ci si potrebbe chiedere, cioè, se anche riguardo ad essi valgano considerazioni nel complesso analoghe a quelle sino ad ora svolte, soprattutto quando si tratti di atti o fatti inerenti alla casa familiare, centro della vita in comune ed oggetto di una specifica considerazione e rilevanza da parte dell’ordinamento⁴⁵⁴.

⁴⁵² Senza che, allora, ciò venisse considerato un attentato alla regola stessa o ai fondamenti del sistema privatistico.

⁴⁵³ A. FUSARO, *Le obbligazioni contratte nell’interesse della famiglia tra sopravvivenza di regole tacite e circolazione dei modelli normativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2016. p. 644.

⁴⁵⁴ La casa familiare, benché non sia oggetto di specifica definizione del legislatore, viene in rilievo in varie disposizioni: nell’art. 144 c.c., nell’art. 540 comma II c.c., nonché all’art. 55-*quater* e all’art. 6 comma VI della L. n. 898/1970. Un’ampia trattazione della nozione di casa familiare si rinviene in L. A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, Milano, 2005, p. 37 ss. Per un’analisi sulla natura dei vari diritti del coniuge, del convivente, dei figli e dei parenti, nonché degli strumenti di tutela loro attribuiti dall’ordinamento, vedasi M. SESTA, *Comunione di vita e “diritti” sulla casa familiare*, in *Fam. dir.* 5/2013 p. 511 e ss.

In via del tutto esemplificativa si possono prendere in considerazione, tra le altre, le seguenti fattispecie.

Considerando gli atti giuridici in senso stretto, si pensi al caso in cui due coniugi abbiano fissato la propria residenza nella casa di proprietà esclusiva della moglie, e dall'abitazione confinante provengano immissioni di rumore eccedenti la normale tollerabilità (cfr. art. 844 c.c.).

Ci si potrebbe chiedere, per esempio, se il marito abbia titolo per inviare diffide o intimazioni contro il vicino molesto, e di che titolo si tratti. Come si avrà modo di osservare altrove⁴⁵⁵, la giurisprudenza (seppur in modo discusso, e non privo di aporie) ha talora riconosciuto al coniuge e convivente la qualità di detentore qualificato *sui generis*, riconoscendogli il diritto di intentare l'azione di spoglio contro i terzi (e talora finanche contro lo stesso coniuge o convivente).

In quest'ottica, sembrerebbe che una legittimazione sussista – *a fortiori* – riguardo all'invio di diffide, messe in mora, ovvero altri atti, stragiudiziali, di consimile tipo; lo stesso, per esempio, potrebbe valere riguardo ad atti giuridici interruttivi della prescrizione, o interruttivi del *tempus ad usucapionem* in relazione al sorgere di diritti altrui contro i beni del coniuge.

Vi sono tuttavia casi in cui il coniuge o il convivente non possa qualificarsi come detentore, e ci si chiede se, per giustificare la sua legittimazione, possa sembrare agevole, anche in questo campo, il già citato ricorso alla teoria del mandato tacito o presunto (sia pur rimesso, necessariamente, alla discrezionalità del giudice), che apparirebbe così percorribile anche riguardo agli atti giuridici in senso stretto, ovvero all'individuazione di usi e consuetudini. Ritornando al caso in cui un coniuge trasmetta un atto di messa in mora al debitore dell'altro coniuge, resterebbe da chiedersi se la costituzione in mora possa dirsi validamente compiuta, e dunque sia idonea a produrre i suoi effetti di legge (cfr. art. 1221 c.c.).

Nel vicino ordinamento francese, per esempio, la legge risulta incline a ravvisare facilmente, anche in via presuntiva, la sussistenza di un mandato tra i coniugi, assumendo che la fiducia ordinariamente riposta dall'uno nei confronti dell'altro consenta di riconoscere una mutua rappresentanza tacitamente conferita che, anzi, andrebbe espressamente incoraggiata⁴⁵⁶.

Secondo la dottrina, infatti, anche nel regime separatista un'indipendenza assoluta sarebbe difficilmente compatibile con il matrimonio, nel quale «*l'un s'occupe volontiers des affaires de*

⁴⁵⁵ V. *infra* Cap. 10.

⁴⁵⁶ MALAURIE P., AYNÈS L., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019, p. 78.

l'autre, parce qu'il en a le goût ou l'aptitude» nonché per il fatto che, in definitiva «*les époux ne sont pas l'un pour l'autre des tiers»*⁴⁵⁷.

È lo stesso *code civil* a stabilire la presunzione legale di conferimento di un mandato tacito (talora qualificato dalle corti e dalla prassi anche come mandato "*presunto*"⁴⁵⁸) ogniqualvolta il coniuge titolare non si opponga all'intervento dell'altro nella gestione dei propri beni (la presunzione, tuttavia, non copre gli atti di disposizione).

Questa regola è espressamente sancita tanto quando i coniugi siano in regime di separazione dei beni (art. 1540 *code civil*) quanto nel regime comunitario, avuto riguardo ad atti gestori riguardanti i beni *propres* dell'altro coniuge (art. 1432 *code civil*)⁴⁵⁹.

Nel nostro ordinamento, invece, la teoria del mandato tacito è tutt'altro che scontata. Non può trascurarsi, anzi, come Autorevole Dottrina abbia piuttosto respinto la percorribilità in generale di una simile strada quale rimedio 'assoluto' e ordinario cui ricorrere, bensì l'ha ritenuta percorribile soltanto laddove, a seguito di un accertamento di fatto da compiersi di volta in volta, venga positivamente acclarata non solo la presenza di una tacita volontà di conferire il mandato all'altro coniuge⁴⁶⁰, bensì anche la *contemplatio domini*, ovverosia quel «riconoscibile riferimento alla sfera patrimoniale altrui»⁴⁶¹ che, se non richiede necessariamente la menzione espressa del nome del *dominus*, presuppone quanto meno la manifestazione dell'intento di chi compie il negozio di agire non (solo) per sé, ma (anche) in nome e per conto di un altro soggetto⁴⁶²; elementi da accertare con

⁴⁵⁷ MALAURIE P., AYNÈS L., *Op. ult. cit.*, p. 353.

⁴⁵⁸ *Cfr.* Cass. 3^{ème} Civ. 16 Settembre 2009, n. 08-16769, in *JCP G 2010*, 487, n. 1, obs. Ph. Simler.

⁴⁵⁹ È escluso dal campo applicativo di questa regola l'ambito dei rapporti con banche e istituti di credito, rispetto ai quali la giurisprudenza pratica si dimostra, invece, severa nell'escludere la validità di ingerenze da parte di chi, pur coniuge, non sia l'effettivo intestatario del conto corrente, conto deposito titoli o quant'altro. *Cfr.* Cass. 1^{re} civ., 29 Juin 2011, n. 10-11683, in *JCP G, 2011*, 1371, n.14, obs. M. Storck, secondo cui: «*les règles relatives à la représentation mutuelle des époux dans leurs rapports avec les tiers sont sans application à l'égard du banquier dépositaire, lequel est tenu, en sa qualité de professionnel, de ne restituer les fonds déposés qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a été indiqué pour les recevoir*». Nel caso di specie, riguardante due coniugi in regime di separazione dei beni, in riforma della sentenza di secondo grado, la Suprema Corte ha riconosciuto alla moglie il diritto al risarcimento da parte della banca, per aver consentito al di lei marito di operare sul suo conto corrente personale, senza il previo conferimento di una delega espressa a farlo, ma presumendola dalla mera sussistenza del rapporto di coniugio.

⁴⁶⁰ L'operare della teoria del mandato tacito viene legittimata in generale da V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996, p. 10. Con particolare riferimento alla questione, nei rapporti patrimoniali nell'ambito della famiglia di fatto, resta centrale lo studio di G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 272 ss..

⁴⁶¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 574.

⁴⁶² In merito alla situazione dei coniugi, sembrano pertinenti le considerazioni svolte dall'Autore appena citato, riguardo al caso in cui siano regolati rapporti giuridici che pacificamente si riconoscano pertinenti a persona diversa dalle parti del negozio: «si può ritenere che chi dice: "Ti vendo la casa di X non abbia bisogno di precisare: Ti vendo, a nome di X, la casa di lui» (cfr. E. BETTI *op. loc. ult. cit.*). Appena entrato in vigore il Codice Civile del 1942, la giurisprudenza ha avuto cura di confermare che «mentre nel codice abrogato si poteva avere una *contemplatio domini* tacita, cioè desumibile da

gli stessi criteri utilizzati quando tra i soggetti coinvolti non ricorra alcun rapporto qualificato. Il trattamento riservato al coniuge agente, perciò, si attesterebbe né più né meno che su quello affermato, in generale, dalla giurisprudenza stratificatasi a margine delle norme del diritto comune in tema di rappresentanza (artt. 1387-1400 c.c.).

Volgendo invece lo sguardo ai meri fatti giuridici posti in essere da un coniuge, anche qui ci si potrebbe interrogare sull'idoneità di questi a produrre effetti giuridici nella sfera giuridica dell'altro, in presenza di concreti interessi o di situazioni familiari.

Ci si potrebbe domandare per esempio se, fuori dal campo operativo del regime legale (per il quale, come già visto, secondo la giurisprudenza l'acquisto si compirebbe a favore di entrambi, v. *supra* Cap. 4), possa un coniuge possedere – o continuare a possedere, per esempio quando l'altro è temporaneamente assente – un bene per conto dell'altro, affinché si completi il *tempus ad usucapionem* a favore di questo.

Si prenda il caso, di fantasia, in cui due coniugi risiedano in un fondo di proprietà esclusiva dell'una, e l'altro attraversi in buona fede un varco sul fondo finitimo, credendolo della moglie, per

circostanze di fatto e da elementi presuntivi, per il nuovo codice la *contemplatio domini* debba essere espressa, risultare cioè in termini espliciti dall'atto stipulato dal mandatario, non equivalendo ad implicita spendita del nome del mandante neanche la conoscenza da parte del terzo della qualità del mandatario» Cass 21 maggio 1949, n. 1292, in *Foro It. Mass.* 1949, c. 266. Nella giurisprudenza di legittimità successiva sembra invece emergere un atteggiamento meno rigoroso, secondo cui «Il requisito della spendita del nome, necessario perché l'atto compiuto dal rappresentante possa essere imputato al rappresentato, non richiede l'uso di formule sacramentali e può evincersi anche dalle modalità con le quali l'atto stesso viene compiuto. Pertanto, nel caso di un atto di opposizione a precetto ed a pignoramento mobiliare, proposto dall'amministratore unico di una Snc, pur in mancanza di una esplicita spendita del nome della società, può essere a questa riferito, in considerazione delle concrete circostanze del caso (nella specie, individuazione nella società del soggetto passivo dell'esecuzione e riferimento nell'atto di opposizione alle obbligazioni contratte con l'opposto dalla società e non a situazioni personali dell'opponente)» Cass Civ. 16 novembre 1995, n. 11885 (evidenze nostre); Conforme Cass. Civ., 10 dicembre 1996, n. 10989.

Vedasi, però, Cass civ. 29 novembre 2006, n. 25247 secondo cui «In tema di mandato con rappresentanza, ai fini della sussistenza della contemplatio domini, che rende possibile l'imputazione degli effetti del contratto nella sfera di un soggetto diverso da quello che ha concluso, pur non essendo richiesto l'uso di formule solenni o che la spendita del nome altrui risulti dallo stesso contratto, è tuttavia necessario che il rappresentante abbia reso edotto l'altro contraente, in modo esplicito e non equivoco, che egli agisce non solo nell'interesse, ma anche in nome del rappresentato; nel caso in cui la spendita del nome sia contestata, l'onere della relativa prova in giudizio incombe su chi afferma avere assunto la veste di rappresentante e la relativa indagine, involgendo accertamenti di fatto, è devoluta al giudice di merito, il cui apprezzamento è incensurabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione» (evidenze nostre).

Successivamente, secondo Cass. 31 marzo 2011 n.7510 «In tema di mandato con rappresentanza, la contemplatio domini, che rende possibile l'imputazione degli effetti del contratto nella sfera di un soggetto diverso da quello che lo ha concluso, non esige — nel caso in cui l'atto da porre in essere non richieda una forma solenne — l'uso di formule sacramentali e può, quindi, essere desunta anche da un comportamento del rappresentante che, per univocità e concludenza, sia idoneo a rendere edotto l'altro contraente che egli agisce non solo nell'interesse, ma anche in nome del rappresentato, nella cui sfera giuridica gli effetti dell'atto sono destinati a prodursi direttamente; l'onere della relativa prova in giudizio incombe su chi afferma avere assunto la veste di rappresentante e, ove sia mancata l'allegazione e la prova del predetto comportamento, è insufficiente, ai fini di una diretta imputazione degli effetti dell'atto al mandante, la circostanza che l'atto sia stato posto in essere nel suo interesse»; In senso conforme, Cass. 20 ottobre 2003 n. 15691 in *DeJure*.

attraversarlo ogni giorno con il proprio mezzo; ci si potrebbe chiedere se stia compiendo fatti giuridici idonei a far acquistare, per usucapione, una servitù di passaggio a favore del fondo esclusivo della stessa moglie, ma abitato da entrambi, ed adibito a residenza coniugale. Anche qui, la condivisione del *ménage* quotidiano potrebbe forse consentire di affermare una ‘comunicazione’ degli effetti di tale comportamento (attraversare il fondo finitimo) a favore della proprietà intestata singolarmente? La tesi potrebbe forse essere avvalorata dal fatto che il fondo viene attraversato, ogni giorno, per recarsi al lavoro, e dunque proprio per realizzare la contribuzione al *ménage* della famiglia.

Resterebbe tuttavia aperto l’interrogativo se ci si possa spingere a ritenere ammissibile usucapire un diritto per conto altrui, e se questa deroga sia, eventualmente, concessa in via eccezionale proprio mercè il rapporto qualificato che legherebbe due coniugi (o soggetti uniti civilmente: il discorso si atterrebbe in termini identici) in regime di separazione dei beni.

Le stesse ragioni, infine, potrebbero forse ravvisarsi anche nel caso di una coppia di conviventi di fatto.

I casi, reali o di fantasia, possono moltiplicarsi.

Ciò che sembra emergere, come elemento caratterizzante la riflessione, è che l’intima unione (condivisione di tetto e di mensa), unita alla concorde programmazione dell’indirizzo di vita familiare ha storicamente propiziato, e continua a suggerire, almeno a livello interpretativo, una certa facilità a riconoscere - ove non sia altrimenti sostenibile una legittimazione *iure proprio* - l’estensione dell’efficacia di atti o fatti giuridici anche a favore dell’altro membro della coppia, che non li abbia compiuti direttamente. Riconoscimento che parrebbe particolarmente agevole specie quando si tratti, appunto, di atti o fatti direttamente o indirettamente correlati alla casa familiare o al contesto dove oggettivamente entrambi i membri della coppia abbiano incentrato il proprio programma di vita comune, e alle condotte finalizzate all’attuazione di quest’ultimo.

RILEVANZA ESTERNA - E SPECIALITÀ DI DISCIPLINE - IN RELAZIONE AI DIRITTI SULLA CASA CONIUGALE

Sempre restando in tema di rilevanza del rapporto di coniugio “all’esterno” della coppia (da intendersi, dunque, nel senso più ampio possibile, e non solo limitato agli obblighi contributivi), si intende ora estendere lo sguardo ai diritti e alle prerogative riservati al coniuge sulla casa coniugale, in particolare quando sia stata fissata dalla coppia in un immobile su cui insistono anche diritti di altri soggetti, per verificare in che modo – e sino a che misura – interferiscano con questi o li prevarichino.

Un primo oggetto di verifica riguarda l’effettiva collocazione e portata – anche nei confronti dei diritti dei terzi – della norma di cui all’art. 540 comma II c.c.: norma che, pur riservata al Libro II del codice civile, *Delle successioni*, pare estendere il proprio rilievo anche in relazione all’oggetto della presente trattazione, essendo del resto introdotta nel medesimo contesto della riforma del diritto di famiglia del 1975⁴⁶³, e coinvolgendo appunto le vicende della casa adibita a residenza familiare.

Come noto, la norma in discorso stabilisce che al coniuge, quand’anche concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, nonché di uso dei mobili che la corredano. Tali diritti – precisa il legislatore – gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge, ed eventualmente su quella dei figli. La figura, preliminarmente, viene così in risalto perché anch’essa esibisce elementi di forte peculiarità, che rendono problematica l’applicazione, in relazione ad essa, di diverse regole del diritto privato patrimoniale generale.

UNA NOZIONE SUI GENERIS DI RISERVA “QUALITATIVA”

Non è questa la sede per soffermarsi sull’ampio e avvincente dibattito, fiorito in seno alla giurisprudenza teorica, circa la natura dell’attribuzione in questione⁴⁶⁴; tenendolo sullo sfondo, ai

⁴⁶³ I diritti *de quibus* sono ora estesi anche al soggetto unito civilmente, per effetto della Legge n. 76/2016.

⁴⁶⁴ In estrema sintesi, quanto alla modalità di attribuzione dei diritti, un corposo orientamento dottrinale (su cui pare sintonizzata anche la prevalente giurisprudenza) ritiene che essi spettino al coniuge superstite a titolo di legato *ex lege* (*ex multis* G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. Rescigno* 5, 1997², Torino, p. 446; L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, Milano, 2000⁴, p. 167).

Più precisamente si tratterebbe di due legati autonomi, l’uno avente ad oggetto il diritto di abitazione, l’altro il diritto di uso dei mobili che la corredano. In quanto legati autonomi, sarebbero suscettibili di rinuncia selettiva (ossia il coniuge superstite potrebbe rinunciare all’uno e non anche all’altro). In quanto legati, poi, sarebbe riconosciuta al medesimo coniuge superstite la doppia veste di chiamato all’eredità e di legatario, con la conseguenza che potrebbe rinunciare all’eredità, e viceversa conseguire i legati. Inversamente, in caso di accettazione dell’eredità, risponderebbe dei relativi pesi con la sua quota di eredità e non anche coi legati. Secondo altra autorevole Dottrina, invece, sarebbe più adeguato qualificare l’attribuzione in termini di ‘prelegato’ di legittima (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 5 ed. p.181; nella giurisprudenza pratica, opta per la qualificazione in termini di prelegato anche Cass. SS.UU., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Vita not.* 2013, p. 725 con nota di R. Triola).

presenti fini sembra utile solo accennare al fatto che la norma in commento, sempre in deroga ai criteri ordinari, paia delineare una nozione di riserva alquanto *eterodossa* rispetto alla fisionomia tradizionale che l'ordinamento privatistico offre, in generale, di tale istituto. Quest'ultimo, infatti, è ritenuto pacificamente caratterizzato da un canone d'intangibilità solo "quantitativa" della quota⁴⁶⁵.

Qui, al contrario, sembra che il legislatore proponga a favore del coniuge superstite un concetto del tutto singolare e inedito di porzione indisponibile, che devia da quello ordinario, giacché viene qualificata in termini "qualitativi", ossia riguardo al peculiare rapporto intercedente tra legittimario e *res*, rapporto che chiaramente non appare legato al soddisfacimento di un interesse meramente patrimoniale.

La funzione cui questo tipo di riserva adempirebbe sarebbe dunque quella – a ben vedere *sui generis* e peculiare dei rapporti familiari – di presidiare un interesse non patrimoniale: precisamente, la

Di legato e di prelegato insieme discute, poi, chi sostiene che ricorra il secondo quando il coniuge sia erede in forza di vocazione legittima o testamentaria, ed il primo quando sia escluso dalla successione, perché in tal caso (secondo l'opinione prevalente) non sarebbe erede se non in quanto eserciti con esito positivo l'azione di riduzione (cfr. A. TULLIO, *La successione necessaria*, Torino 2012, p. 26).

Altra opinione degna di nota è quella di chi – menzionando in primo luogo la perplessità circa il richiamo alla figura del legato ex lege, trattandosi, invero, di istituto essenzialmente testamentario, che qui troverebbe una fonte istitutiva inedita – sottolinea come sia più corretto discutere di un'unica riserva composta da una quota del patrimonio del *de cuius*, di cui devono necessariamente far parte i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare ed uso dei mobili che la corredano (A. MIRONE, *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984, p. 152). In pratica, l'attribuzione ex art. 540 comma II c.c. sarebbe fatta come quota ereditaria e, quindi, in tutte e due le ipotesi contemplate da tale articolo si tratterebbe di istituzione a titolo universale (è contrario alla tesi del legato ex lege G. TAMBURRINO, voce *Successione necessaria, dir. priv.*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, p. 1358 *ess.*, secondo il quale i diritti di abitazione ed uso in questione vanno inseriti nella porzione di legittima).

Le conseguenze pratiche che derivano dall'adesione all'una o all'altra tesi sono di particolare momento, e si apprezzano con speciale evidenza sul piano della modalità di acquisto, e sul piano della prescrizione. Per un'ampia disamina dei risvolti pratici derivanti dalle diverse qualificazioni assunte, si rinvia alla recente trattazione di U. PERFETTI, *Legittimari, sub art. 540 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2021, p. 133 e *ss.*

⁴⁶⁵ La dottrina e la giurisprudenza oggi dominanti ritengono che l'intangibilità vada intesa in senso quantitativo, onde il testatore può formare la quota con i beni che crede, con soli immobili o con soli mobili od anche con solo danaro, purché rispetti l'entità della quota e vi comprenda beni che fanno parte del compendio ereditario. U. PERFETTI, *Legittimari, sub art. 540 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2021, p. 288 e *ss.*; *idem* L. FERRI, *Dei Legittimari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1981, edizione *seconda*, p. 108; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, (IV ed. a cura di A. Ferrucci, C. Ferrentino), Milano 2015, I, p. 279; G. TAMBURRINO, voce *Successione necessaria, dir. priv.*, in *Enc. Dir.*, XLIII, (1990) pp. 1360-1361; G. AZZARITI, *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, Torino, 1975, p. 104.

Nella giurisprudenza pratica, il principio è stato di recente ribadito da Cass. 30 giugno 2021 n. 18561, ove è dato leggere, nella parte motiva che «[...] l'inciso finale dell'art. 549 c.c., che fa salva l'applicazione delle norme in materia di divisione ereditaria, consente di dar rilievo soltanto al principio della intangibilità quantitativa della legittima, che è garantita dalla legge nella quantità e non anche nella qualità, nel valore cioè e non anche nella specie dei beni che concorrono a formarla. Il testatore può pertanto soddisfare le ragioni dei legittimari con beni di qualunque natura». In senso conforme Cass. 12 marzo 2003 n. 3694; nonché Cass. 12 settembre 2002 n. 13310: «il principio dell'intangibilità della quota di legittima deve intendersi soltanto in senso quantitativo e non anche in senso qualitativo, potendo il testatore soddisfare le ragioni dei legittimari con beni - di qualunque natura - purché compresi nell'asse ereditario». Per l'innanzi, Cass. 12 settembre 1970 n.1403.

preservazione di un contesto fisico avente valore squisitamente affettivo, in cui la relazione della coppia aveva posto, in vita, le proprie radici⁴⁶⁶.

DIRITTO DI ABITAZIONE EX ART. 540 COMMA II C.C. E REGOLE ORDINARIE SULLA TRASCRIZIONE

Un ulteriore elemento di specialità del diritto di abitazione a favore del coniuge superstite (che pacificamente viene qualificato dalla dottrina come il diritto reale tipico *ex art. 1022 c.c.*), che non sfugge all'interprete sensibile alla coerenza del sistema privatistico, riguarda la sua interferenza con l'istituto generale della trascrizione, riuscendo pressoché ardito il suo coerente coordinamento con lo stesso, salvo dover constatare la sottrazione alle sue regole, ovvero il necessario ricorso alla loro forzatura.

La questione, che arricchisce la specificità di questo istituto, è ancor oggi dibattuta nella giurisprudenza sia teorica che pratica. Sul punto si registrano opinioni assai diversificate.

La prima, più radicale, è quella di chi ritiene che la trascrizione del diritto di abitazione non sia possibile, da un lato perché appunto il titolo attributivo di tale diritto (la legge) non figura nel novero di quelli indicati dall'art. 2648 c.c. (che contempla la trascrizione del legato testamentario, nonché dell'accettazione, quest'ultima tuttavia riferita *all'eredità*), dall'altro per il principio di tassatività degli atti con cui si può procedere alla trascrizione medesima (*cf.* art. 2643 c.c.)⁴⁶⁷.

La risposta negativa darebbe così luogo ad una situazione peculiare, già osservata in termini parzialmente simili riguardo agli immobili in comunione legale, ove a fronte della titolarità sostanziale di un diritto reale acquistato dal coniuge non contraente *ex art. 177 lett. a) c.c.*, non figura la corrispondente risultanza nei pubblici registri, con una parziale dissociazione tra titolarità sostanziale e intestazione formale.

Correttamente, è stato poi osservato che il meccanismo della trascrizione non produrrebbe gli effetti propri di cui all'art. 2644 c.c., riguardo al rapporto tra legatario ed erede che avesse acquisito la proprietà della casa in precedenza adibita a residenza familiare, atteso che l'uno e l'altro acquistano, dal comune dante causa, diritti tra loro compatibili: qui, cioè, *ab imis* non si configurerebbe un

⁴⁶⁶ Cfr. R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1/2006, pag. 37. Secondo l'Autore si tratterebbe di un diritto servente alla piena e libera esplicazione della personalità del coniuge superstite, in quanto la nozione di residenza accolta nell'art. 540 cpv simboleggia il luogo ove i coniugi attuarono l'indirizzo della vita in comune, e da cui si propagano le scelte tenute insieme dal *consortium vitae* (*cf.* art. 144 c.c.).

⁴⁶⁷ F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 1998^{2ed.}, p. 191; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone*, Torino, 2012³, Vol. IX, p. 138 e ss. il quale suggerisce, come soluzione più semplice, quella di non considerare il diritto di abitazione come legato *ex lege*, bensì piuttosto quale diritto che *ex lege* deve essere «[...] inserito nella quota spettante al coniuge superstite e di cui si fa menzione nella nota di trascrizione relativa all'accettazione dell'eredità».

conflitto suscettibile di essere risolto giusta le regole sulla trascrizione⁴⁶⁸.

L'attribuzione di un diritto di abitazione sulla casa coniugale a titolo di legato *ex lege* (figura, essa stessa, di cui è dato riscontrare una deviazione rispetto alla configurazione ordinaria, essendo il legato, invero, un istituto essenzialmente testamentario), senza che necessariamente risulti dai registri immobiliari, segnerebbe così una vistosa crepa nel quadro delle regole che presidiano la sicurezza nei traffici giuridici, e pone chiaramente la questione della pubblicità di tale diritto, e quindi della sua opponibilità a terzi, soprattutto agli aventi causa dell'erede.

Si rileva come parte della dottrina⁴⁶⁹ si sia spinta ad affermare che, considerata la *ratio* e l'eccezionalità, per molti aspetti, del diritto di abitazione a favore del coniuge superstite - né la legge prevedendo alcuna modalità per la sua trascrizione - il diritto di abitazione sarebbe comunque sempre opponibile dal coniuge superstite ai terzi, senza necessità di particolari adempimenti pubblicitari.

Aderendo a questa teoria si configurerebbe, dunque, *l'unicum* giuridico di una opponibilità indiscriminata del diritto, a prescindere da ogni tipo di forma pubblicitaria⁴⁷⁰.

Altra dottrina⁴⁷¹ e la giurisprudenza pratica⁴⁷², per far salvi eventuali acquisti dei terzi in buona fede quando fossero contestati dal coniuge superstite legatario, hanno invece ritenuto di poter estendere con un tratto di penna la disciplina dell'art. 534, comma III, c.c., tornando ad attribuire centralità e rilevanza al meccanismo della trascrizione, e all'antiorità dell'acquisto del legato del coniuge superstite, ovvero dell'acquisto del terzo in buona fede, qui avente causa non dell'erede apparente, ma dell'erede vero, assegnatario dell'immobile già adibito a casa coniugale.

Date queste premesse - ossia ritenuta la possibilità e utilità della trascrizione dell'acquisto del legato

⁴⁶⁸ Qui l'incompatibilità non può ravvisarsi perché, in astratto, diritto di proprietà e diritto reale su cosa altrui non sono conflittuali, e perché la proprietà è acquistata dall'erede già gravata dal diritto di abitazione, onde non può ipotizzarsi il caso dell'acquisto, dal *de cuius*, di un diritto di proprietà di cui questi avesse già disposto in favore di uno dei due (cfr. art. 2644 c.c.).

⁴⁶⁹ G. MUSOLINO, *Diritto di abitazione del coniuge superstite e trascrizione*, in *Riv. not.* 6/2012, p.1389, nonché R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge cit.*, p. 49 ove ritiene plausibile la congettura che «l'acquisto stesso è opponibile in forza del mero *status* giuridico posseduto dal soggetto protetto ad astrarre dalla trascrizione del titolo».

⁴⁷⁰ È quasi scontato rilevare come una tale tesi, già dirompente sul piano teorico, rifletta problematiche notevoli anche sul piano pratico, non risultando sufficiente indagare se il precedente titolare del bene fosse coniugato. Ciò, infatti, non basta: il potenziale terzo avente causa, difficilmente è in grado di accertare con sicurezza - né lo stesso notaio incaricato di redigere l'atto è in grado di ricostruire - le circostanze che fondano la sussistenza di questo diritto di abitazione. Si osservi, peraltro, che il concetto di casa familiare è concetto diverso dal concetto di residenza, ed anche le risultanze anagrafiche non appaiono decisive (si consideri, per esempio, che negli estratti dello stato civile si trovano indicati il Comune, la via e il civico di residenza ma non l'interno né i dati catastali, e nulla escluderebbe, per esempio, che il *de cuius* avesse più unità immobiliari nello stesso stabile).

⁴⁷¹ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, cit. p 187.

⁴⁷² Cass. civ. 30 aprile 2012 n. 6625 in *Riv. not.* 2012, p. 1386 e ss. con nota di G. MUSOLINO, e Cass. civ. 24 giugno 2003 n. 10014, in *Riv. not.* 2004, p. 547 e ss., con nota di M. C. LUPETTI.

in questione, se non altro ai fini di quanto previsto dall'art. 534, II e III comma, c.c. - si pone l'ulteriore tema, che ha parimenti affaticato la riflessione degli interpreti, su quale sia il titolo idoneo per effettuarla. Non è questa la sede per approfondire in dettaglio anche tale dibattito, alle cui trattazioni specialistiche si rimanda⁴⁷³.

Ciò che appare importante evidenziare, ai fini del presente studio, è come l'istituto in commento strettamente intrecciato all'impianto normativo del diritto patrimoniale della famiglia, ed introdotto contestualmente ad esso nel sistema delineato dal codice civile, esibisca un elevato grado di specialità che lo pone in termini 'destabilizzanti', sia in relazione al sistema del diritto delle successioni, sia a quello della trascrizione. Anche qui, le soluzioni apprestate dalla riflessione degli interpreti per superare le aporie generate nel sistema sembrano risolversi, inesorabilmente, in evidenti forzature delle categorie dogmatiche e delle regole del diritto vigente, o nella constatazione dell'impossibilità della loro applicazione⁴⁷⁴.

⁴⁷³ In estrema sintesi, secondo una prima interpretazione, dal combinato disposto degli artt. 2648 e 2660 c.c., sarebbe sufficiente presentare, assieme alla relativa nota, un certificato di morte dell'ereditando e non anche «[...] l'atto indicato dall'art. 2648» poiché quest'ultima indicazione si riferisce al solo caso dell'accettazione dell'erede, ed il rinvio che l'art. 2660 c.c. effettua all'art. 2648 c.c. non dovrebbe riferirsi anche alla presentazione dell'estratto del testamento, che invece l'ultimo comma della norma testé citata richiede al legatario «[...] dal momento che a quest'ultima produzione la norma dell'art. 2660 si riferisce autonomamente ed espressamente, con riguardo ai soli casi in cui la successione, universale o particolare, si fonda sulla volontà del defunto». G. GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. e impresa*, 1989, p. 817.

Tale soluzione è stata, tuttavia, contestata sul riflesso che non tiene conto della tassatività dei titoli indicati dall'art. 2657 c.c. per eseguire la trascrizione (atto pubblico, scrittura privata autenticata, o sentenza). L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 188. La soluzione sembra, nondimeno, ritenuta talora ammissibile da alcune corti di merito: cfr. p. es. Trib. Monza sez. III, 27 dicembre 2011 (in *Polisweb*) che equipara «sia il certificato di denunciata successione, che la presentazione al conservatore di una nota accompagnata dal certificato di morte in cui sia indicato lo stato di coniuge, e l'operare *ex lege* del 2 comma dell'art. 540 cod. civ».

In alternativa, è stato indicato come strumento idoneo a supportare la richiesta di trascrizione un atto di accettazione del legato (benché il legato – a differenza dell'eredità – non debba essere accettato, e anche qui ci si troverebbe dunque dinanzi ad una forzatura). Sembra, peraltro, che il tentativo di chiedere la trascrizione della “accettazione di legato” venga apertamente osteggiata da alcune conservatorie. Per inciso, una eventuale “accettazione di legato”, quand'anche fosse ritenuta idonea alla trascrizione, presenta l'inconveniente di precludere all'interessato di rinunziarvi successivamente.

L'unica soluzione che, in definitiva, risulta fondata sul diritto positivo vigente sembra quella di ricorrere alla trascrizione della domanda di accertamento dell'acquisto *ex lege* ai sensi dell'art. 2652 n. 7) c.c., con successiva trascrizione della sentenza di accoglimento (ma trattasi, evidentemente, di una modalità macchinosa, lunga ed onerosa).

⁴⁷⁴ Si segnala, per inciso, che la Proposta di riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite oggetto di studio della SISDiC si incarica di risolvere il controverso e discusso problema per via legislativa, proprio in questa direzione, proponendo l'introduzione di un ultimo comma nell'art. 540 c.c., che così reciterebbe: «La trascrizione dell'acquisto dei diritti di cui ai commi precedenti si opera in base a dichiarazione di accettazione, contenuta in un atto pubblico o in una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, ai sensi dell'art. 2648, ultimo comma, c.c.» Cfr. *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Annali della SISDiC*, 6/2021, 2021, pp. 129-130 e ss.

DIRITTO DI ABITAZIONE EX ART. 540 COMMA II C.C. E DIRITTI DOMINICALI DI TERZI.

Tanto premesso, il profilo specifico che viene in rilievo, all'interno di questa parte del presente studio, è quello della rilevanza, all'esterno della coppia, del diritto *de quo* sulla casa familiare, ed in particolare della sua possibile interferenza con eventuali diritti patrimoniali dei terzi, esistenti sul bene coinvolto.

Più precisamente, alla luce della *ratio* che informa il legato ex art. 540 comma II c.c., ci si è domandati se gli stessi diritti possano permanere anche in capo al coniuge superstite quando l'immobile, in vita concordemente elevato a residenza familiare, fosse un immobile in comproprietà con terzi.

Viene invece escluso, pressoché pacificamente, che la legge possa far sorgere *ex novo* un diritto reale di godimento su un bene di proprietà esclusiva di un terzo, che questi aveva solo concesso in comodato, trasformando così un diritto personale di godimento in un diritto reale di godimento.

La giurisprudenza appare unanime nell'escludere che i diritti reali di abitazione ed uso riconosciuti *ope legis* al coniuge superstite possano essere compatibili con la situazione di comproprietà del bene in questione tra il *de cuius* e un terzo, gravando così sul diritto di quest'ultimo, e peraltro traducendosi in un incisivo vincolo sulla circolazione dei beni⁴⁷⁵.

In siffatte situazioni, la giurisprudenza pratica sembra perciò aver riconosciuto la possibilità, per gli altri eredi, di tacitare i diritti del coniuge superstite mediante il pagamento del loro equivalente monetario, tanto nel caso di assegnazione per intero dell'immobile all'altro comproprietario, quanto in caso di vendita all'incanto per indivisibilità del bene⁴⁷⁶.

L'affermata possibilità di convertire in denaro tale diritto, farebbe però emergere una fisionomia proteiforme dell'istituto, che primariamente si atteggierebbe quale riserva "qualitativa", ma pur di non scomparire, sarebbe comunque suscettibile di surrogazione in termini monetari.

⁴⁷⁵ Il problema è conosciuto anche nell'ordinamento francese, ove gli artt. 763 e 764 *code civil* fissano una regola corrispondente a quella del nostro art. 540 c.c.. In un caso di alloggio appartenente in comunione tra coniuge defunto e un terzo (nella fattispecie, la figlia di primo letto del *de cuius*), la giurisprudenza d'Oltralpe ha negato che tali diritti potessero gravare anche sul bene in questione, oggetto di comunione *pro indiviso* (Cass. 1^o Civ. 26 ottobre 2011 n. 0972.693) Anche la giurisprudenza teorica è per la negativa: cfr. M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Parigi, 2017 ⁶ed., p. 508 e ss..

⁴⁷⁶ Cass. civ. 30 luglio 2004, n.14594 "*Il principio della conversione del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite nel suo equivalente monetario, nell'ipotesi in cui la residenza familiare del de cuius sia ubicata in un immobile in comproprietà - e, per l'indivisibilità dell'immobile, non possa attuarsi il materiale distacco della porzione spettante al coniuge qualora l'immobile stesso venga assegnato per intero ad altro convivente - è applicabile anche all'ipotesi (quale quella di specie) in cui, a seguito della vendita all'incanto dell'immobile ritenuto indivisibile, si verrebbe inevitabilmente a creare la convergenza sullo stesso bene del diritto di proprietà acquisito dal terzo aggiudicatario e del diritto di abitazione spettante al coniuge superstite (risultando concretamente impossibile la separazione della porzione dell'immobile spettante a quest'ultimo)*", in *DeJure*. Per l'innanzi, Cass. civ. 10 marzo 1987, n. 2474.

Questa soluzione giurisprudenziale sembra così ridimensionare il già rilevato carattere eccentrico della riserva in questione in termini di riserva *sui generis*, di cui si è predicata la funzionalizzazione alla protezione di un interesse consistente nella preservazione di un contesto affettivo-famigliare del tutto singolare, che non avrebbe un valore economico bensì sarebbe, esso stesso, espressione plastica della vita di coppia, e parte di un'eredità più propriamente 'sentimentale' (o affettiva, che dir si voglia), che il legislatore avrebbe ritenuto degna di considerazione⁴⁷⁷.

Coerentemente con questa impostazione, altre pronunce giurisprudenziali⁴⁷⁸ hanno invece escluso la surrogabilità del diritto in questione con altri elementi patrimoniali, concludendo che esso può sorgere esclusivamente in riferimento alla casa di proprietà esclusiva del *de cuius* o in comproprietà fra questi ed il coniuge superstite⁴⁷⁹.

DESTINAZIONE DI IMMOBILI A RESIDENZA FAMILIARE E INTERFERENZE COI DIRITTI DOMINICALI DEI TERZI.

Il tema appena evocato risulta strettamente intrecciato a quello della verifica sulla rilevanza, "all'esterno" della coppia, della destinazione impressa alla casa familiare, e dell'interferenza di tale destinazione coi diritti patrimoniali spettanti a terzi sulla medesima.

Può capitare, infatti, che due coniugi fissino la residenza della famiglia in una casa che decidono di acquistare congiuntamente (che diviene così oggetto di comunione legale, ovvero di comunione ordinaria, a seconda che i coniugi abbiano accettato il regime legale ovvero abbiano optato per quello separatista). Può, altresì, capitare che i coniugi decidano di stabilirsi in una casa già di proprietà esclusiva di uno di essi; e può, ancora, accadere che decidano di stabilirsi in una casa di cui uno dei coniugi sia solo comproprietario – con il beneplacito degli altri comunisti (probabilmente, i fratelli, genitori, o altri congiunti).

Infine, può capitare che stabiliscano la residenza familiare in una casa di proprietà esclusiva di un terzo (anche in questo caso, di solito, un genitore dei coniugi, o altro parente benevolo che conceda loro la casa in comodato).

⁴⁷⁷ Cfr. R. CALVO, *Il diritto di abitazione del coniuge cit.*, p. 37, e ss. *passim*. La conversione del diritto di abitazione *ex lege* previsto dall'art. 540 comma II c.c. nel suo equivalente monetario è inoltre affermata dalla giurisprudenza pratica in materia di esecuzioni immobiliari, chiamata a pronunciarsi nel caso dell'azione esecutiva promossa dal creditore in base ad ipoteca iscritta sul bene *anteriamente* al sorgere del diritto in questione. Nella fattispecie, l'equivalente monetario a favore del coniuge superstite sarebbe soddisfabile sul ricavato residuo della vendita giudiziaria. Cfr. Cass. 13 gennaio 2009 n. 463.

⁴⁷⁸ Cass Civ. 28 maggio 2021 n. 15000; Cass. Civ. 23 maggio 2000 n. 6691 in *Pluris(OneLegale)*.

⁴⁷⁹ Nella giurisprudenza teorica, è per la negativa anche L. FERRI, *Dei Legittimari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1981² *cd.*, p.58.

Se è pur vero che le scelte sull'indirizzo della vita familiare ex art. 144 c.c. sono rimesse alla concorde volontà dei coniugi e dovrebbero riguardare, appunto, solo la vita della coppia, si tratta di vagliare fino a che punto - e con quale intensità - le scelte sulla fissazione della residenza della famiglia possano spingersi ad incidere sulla sfera giuridica patrimoniale altrui, condizionandola anche, eventualmente, cessato il rapporto di coppia (dunque, in seguito alla crisi coniugale).

Particolarmente problematica è risultata, infatti, l'ipotesi da ultimo citata, in cui la casa familiare sia stata concessa in comodato dai genitori di uno dei coniugi, e sia stata poi oggetto di un provvedimento di assegnazione a favore dell'altro, in seguito alla sopravvenuta crisi della coppia.

Come noto, sulla delicata questione concernete il diritto alla restituzione dell'immobile del proprietario è dovuto intervenire il Supremo Collegio nella sua composizione più autorevole⁴⁸⁰, stabilendo che quand'anche il vincolo matrimoniale venga meno, non è possibile per il comodante esercitare il recesso, non potendosi considerare sciolto il termine del comodato per effetto della crisi. Secondo tale orientamento, dunque, dopo che sia insorta la crisi, il coniuge affidatario della prole e assegnatario della casa familiare sarebbe sempre legittimato ad opporre, a chiunque chieda il rilascio dell'immobile, l'esistenza del provvedimento di assegnazione pronunciato nel giudizio di separazione o divorzio, ove il comodato in precedenza insorto avesse contemplato (anche *implicitamente*) la destinazione del bene *de quo* a casa familiare.

La soluzione è stata giustificata dalla Suprema Corte riconducendo il rapporto in questione al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 cod. civ., dunque al comodato nascente con un uso determinato ed una durata determinabile "*per relationem*", con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, il cui operare perdurerebbe anche dopo che sia, appunto, insorta la crisi. La destinazione della casa familiare verrebbe meno, così, solo col dissolversi di tutte le necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano legittimato l'assegnazione dell'immobile⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ Cass. Civ. SS.UU. 29 settembre 2014, n. 20448, in *Fam. dir.*, 1, 2015, con nota di R. RUSSO, *Le Sezioni Unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia*, p. 5 e ss.; in *Corr. giur.* 1/2015 p. 14 e ss. con nota di E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della "casa familiare"*; detto orientamento è stato successivamente confermato (cfr. Cass. Civ. 31 maggio 2017, n. 13716, in *Fam. dir.* 3, 2018, p. 259 e ss. con nota di F. CARRABBA, *Il comodato dell'abitazione familiare tra causa e tipo*).

⁴⁸¹ Detto altrimenti, l'ipotesi di comodato di casa familiare si inquadrirebbe nello schema del comodato a termine indeterminato, il quale rappresenta figura concettualmente diversa dal comodato senza determinazione di durata (c.d. precario) disciplinato dall'art. 1810 c.c.. A questo comodato, chiaramente connesso con finalità solidaristiche, mal si attaglia la natura instabile della situazione negoziale di cui all'art. 1810 c.c.. Nella previsione di destinazione dell'immobile ad abitazione familiare sarebbe invece implicita la determinazione della durata della concessione, che andrebbe rapportata a tale uso.

Sul piano della riflessione dogmatica, che particolarmente interessa l'oggetto della presente indagine, ci sembra di poter osservare come la circostanza, oggettiva, che l'immobile (di proprietà altrui) sia stato scelto dai coniugi quale residenza familiare in attuazione dell'indirizzo di vita ex art. 144 c.c., nell'elaborazione della giurisprudenza pratica finisca per vicariare l'effettiva volontà originaria del comodante dell'immobile stesso, precludendo un accertamento *sull'effettivo* presupposto per cui era stato concesso il comodato (verosimilmente, che i coniugi vi abitassero concordemente, in costanza di rapporto, escludendo – o non considerando – l'eventualità di una crisi)⁴⁸².

In senso critico, è stato infatti osservato come la ricostruzione di un termine di restituzione “implicitamente” apposto dai contraenti risieda fundamentalmente in una *fictio*, e in ogni caso rifletta solo in parte gli interessi che essi miravano a perseguire.

Re melius perpensa, ciò che appare “implicito” nel comodato tra familiari sembrerebbe piuttosto solo la presenza di una solidarietà e fiducia reciproche, di una comunione di intenti che non fa sorgere il bisogno di ricorrere a strumenti che disciplinino in modo formale il diritto alla permanenza nell'immobile, o alla sua restituzione. La sopravvenuta crisi della famiglia beneficiaria del comodato costituirebbe un evento che molto verosimilmente altera questa *affectio*, e che altrettanto verosimilmente le parti non avevano considerato, in relazione alle sue conseguenze⁴⁸³.

Si osserva, dunque, come l'individuazione in via pretoria di un termine implicito di durata per giustificare l'applicazione dell'art. 1809 c.c., sembri incidere significativamente sull'equilibrio del contratto di comodato allorché tale tipo contrattuale venga stipulato tra familiari, soprattutto ove si consideri che la condizione di non autosufficienza dei figli può giungere ad un'estensione temporale estremamente ampia, che supera il mero compimento della maggiore età (art. 337-*septies*, co. 1, c.c.)⁴⁸⁴, e può addirittura risultare tendenzialmente illimitata, con riferimento al caso di figli affetti da gravi patologie (art. 337-*septies*, co. II, c.c.)⁴⁸⁵.

In questa prospettiva, la soluzione offerta dalle Sezioni Unite, pur chiaramente orientata a proteggere l'affidamento dei figli della coppia, fa sorgere evidenti profili di asimmetria tra le parti del contratto di comodato, e si presenta in termini di assoluta eccezionalità rispetto ai principi generali che

⁴⁸² Dalle pronunce giurisprudenziali emergerebbe dunque una «funzionalizzazione assoluta del diritto di proprietà del terzo a tutela dei diritti che hanno radice nella solidarietà coniugale o post-coniugale», così Cass. 4 maggio 2005, n. 9253.

⁴⁸³ E. AL MUREDEN, *Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari*, in *Fam. dir.*, 2012, *passim*. Vedasi anche ID., *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, p. 1274 ss..

⁴⁸⁴ M. SESTA, *Sub art. 147 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2009, p. 611; G. ARCERI, *Sub art. 155 quinques c.c.*, in *Codice della famiglia cit.*, p. 783;

⁴⁸⁵ G. ARCERI, *Sub art. 155 quinques c.c.*, in *Codice della famiglia cit.*, p. 762;

governano il recesso dal contratto stesso, che opererebbero in assenza del coinvolgimento di interessi familiari⁴⁸⁶.

Sotto altro profilo, si potrebbe affermare che la scelta *personale* del coniuge, a suo tempo concordata, di adibire un immobile a casa familiare – col beneplacito del proprietario-comodante – paia conservare⁴⁸⁷ una ‘ultrattività’ rispetto al permanere della vita di coppia, e finisca così per imprimere *de facto* un atipico vincolo di destinazione su un bene – di proprietà *altrui* – che viene reso oggetto di assegnazione ex art. 337*sexies* c.c.⁴⁸⁸.

Emerge chiaramente, in questo ambito, una propensione a scindere il diritto di occupare l'immobile dalla sua titolarità formale, al punto di impingere i diritti dominicali dei terzi, nel segno di una considerazione dell'immobile che risulta assai divergente rispetto a quella ordinaria, che fa da sfondo al diritto comune dei contratti e dei diritti reali. Qui infatti, la casa è precipuamente concepita in quanto valore economico e di scambio; nel comparto del diritto di famiglia, invece, la prospettiva risulta largamente scostata sul valore abitativo, ossia sul suo significato per la vita personale e i legami affettivi tra i membri della famiglia⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 637; A.TORRENTE, P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2011, p. 761. Nella giurisprudenza pratica cfr. Cass. 3 novembre 2004, n. 21059 per cui “*La concessione in comodato di un immobile per tutta la vita del comodatario è un contratto a termine, di cui è certo l'“an” e incerto il “quando”; di conseguenza, stante la natura obbligatoria del contratto, gli eredi del comodante sono tenuti a rispettare il termine di durata del contratto stesso, avendo comunque pur sempre diritto - così come lo aveva il comodante - di recedere nelle ipotesi previste dagli art. 1804 comma 3, 1811 e 1809 comma 2 c.c.*”.

⁴⁸⁷ Sia pur solo in presenza di figli non autosufficienti.

⁴⁸⁸ Le critiche a questa soluzione hanno evidenziato come essa generi altresì paradossi e incongruenze sistematiche, difficilmente superabili. Oltre al contrasto con la disciplina normativa e, prima ancora, con la funzione causale tipica (essenzialmente gratuita) del contratto di comodato (M. ACIERNO, *L'opponibilità dell'assegnazione della casa coniugale* in *Fam. dir.*, 5, 2005, p. 561), si è manifestata altresì la perplessità per la ben più intensa tutela così attribuita al comodatario rispetto al conduttore. Invero, la scelta di uno schema contrattuale come il comodato, che dovrebbe essere funzionale proprio ad assicurare al proprietario la pronta restituzione del bene, qui può invece dar vita ad una pretesa dei beneficiari alla permanenza nell'immobile per un lasso di tempo ben superiore a quello che sarebbe stato garantito qualora si fosse stipulato un contratto di locazione. Resta poi aperta la questione degli oneri e spese condominiali, che sarebbero posti a carico del conduttore assegnatario ex art. 6 L. n. 392/1978. Lo schema negoziale legale del comodato esclude quest'obbligo, salvo il diverso accordo delle parti, appunto perché il comodato è a titolo gratuito. Vi è chi tuttavia ha osservato come la stabilità del vincolo impresso all'immobile, a seguito del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, sembra render necessario che, in sede di definizione degli accordi economici tra i coniugi, si stabilisca a carico di chi debbano essere posti gli oneri condominiali e le spese di manutenzione ordinaria dell'immobile. Se, infatti, il provvedimento di assegnazione della casa coniugale è privato di contenuti o finalità economiche o riequilibrative dei redditi dei coniugi, il peso delle spese riguardanti il godimento della casa coniugale dovrebbe entrare a far parte del regolamento dei rapporti relativi al mantenimento (E. AL MUREDEN, *Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 696).

⁴⁸⁹ Come è stato acutamente osservato, «la nozione di casa ha perciò in questa prospettiva un contenuto molto più relazionale e funzionale rispetto a quanto accade in altre aree del diritto. Più relazionale perché è incentrato non sul legame del proprietario con il bene ma sul vincolo esistente tra le persone che di tale bene hanno usufruito; più funzionale perché focalizzato più sul valore d'uso che sul suo significato economico». PANFORTI M.D., *La casa familiare tra proprietà e*

In conclusione, sembrerebbe pertanto di poter affermare che, in certi casi, l'accordo sull'indirizzo della vita di coppia possa incidere all'esterno della stessa, tanto da comprimere sensibilmente l'altrui diritto di proprietà in relazione a beni che siano stati coinvolti nell'accordo stesso, il quale pur riguardando la sola coppia, non sottrarrebbe i terzi alle sue conseguenze, facendoli ritrovare da esse travolti.

Per inciso, analoga linea interpretativa risulta abbracciata dalla giurisprudenza pratica altresì nel caso di immobile destinato alle esigenze abitative di una coppia di conviventi di fatto, sempre in presenza di un figlio minore⁴⁹⁰.

contratto. Un percorso di diritto comparato, in I. Ferrari, M.D. Panforti, C. Valente (a cura di), *Abitare. Contratti e tutela giudiziaria*, Modena, 2013, p.114.

⁴⁹⁰ Cass. civ. 21 giugno 2011, n. 13592 secondo cui, anche in questo caso, la durata del comodato, seppur non indicata espressamente, si considera determinata (termine implicito) finché permangano le esigenze abitative familiari, ed altresì in caso di crisi della convivenza con provvedimento di assegnazione del giudice, per la presenza di minori. In senso conforme anche Cass. 26 maggio 2004, n. 10102 (in *Delure*). L'orientamento risulta confermato anche nella giurisprudenza di merito, *cfr. ex multis* Corte App. Firenze 24 novembre 2011 n. 1337 e Corte App. Ancona 28 settembre 2010 n.634 (in *Delure*); nonché Trib. Roma 6 novembre 2009, in *Guida al dir.*, 2, 2010, p. 72.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, non sembra allora che sia efficace ricorrere per esempio, quale espediente per proteggere il bene dall'assegnazione ed eludere le pretese dell'altro *partner*, all'intestazione incrociata, per cui due fratelli si scambiano le case (ossia ciascuno faccia acquistare all'altro l'alloggio che occuperà con la famiglia).

*ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE A PROPOSITO DI PROCURE GENERALI
RILASCIATE DAL CONIUGE IN REGIME DI SEPARAZIONE DEI BENI, E DI
EVENTUALE ESTENSIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI ANCHE AL
PROCURATORE*

Una possibile, ulteriore, linea di riflessione sui ‘risvolti esterni’ del rapporto familiare potrebbe consistere nel vagliare fino a qual punto di intensità, nel regime di separazione dei beni, il regime primario (o contributivo) possa interferire sul potere di amministrazione e gestione dei beni stessi da parte del coniuge che ne sia il titolare esclusivo, ed in particolare se questa interferenza possa espandersi anche al di fuori della coppia, con una proiezione precettiva dei doveri di cui all’art. 143 e ss. c.c. anche in capo a soggetti terzi, quale ad esempio sarebbe il procuratore generale di un coniuge.

In via di premessa, occorre infatti ricordare che se da un lato l’art. 217 c.c. fissa la regola, apparentemente semplice, secondo cui ciascun coniuge può godere e amministrare i beni di cui è il titolare esclusivo, dall’altro questa regola non si risolve nella pacifica applicazione del diritto privato generale ad ogni atto che coinvolga i beni medesimi, come se i coniugi fossero considerati soggetti estranei tra loro. Come già a suo tempo osservato pare infatti che, anche nel regime separatista, la titolarità esclusiva del singolo coniuge venga, seppur debolmente, condizionata dagli obblighi connessi all’adempimento, e alla ripartizione, dei doveri di contribuzione previsti dalla legge.

Inoltre, come si è già avuto modo di illustrare, benché l’art. 217 co. I c.c. faccia soltanto parola di amministrazione (e non di *disposizione*) del bene di titolarità esclusiva, dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente orientate ad affermare che il vincolo familiare interferisca altresì con la possibilità di *disporre*, nel senso che anche questa dovrebbe necessariamente essere esercitata nel rispetto dei doveri fondamentali di cui agli artt. 143 comma III, 144, 147, e 148 c.c..

L’applicazione dell’art. 217 c.c. da parte delle Corti⁴⁹¹ testimonia altresì che in deroga alle regole di carattere generale, qualora un atto d’alienazione da parte del coniuge dovesse effettivamente integrare una violazione degli obblighi di assistenza economico-materiale ex art. 143 co II c.c., il coniuge potrebbe essere legittimato all’esercizio di azioni conservative della garanzia patrimoniale.

In tutti gli altri casi – ossia quando l’atto dispositivo non integri il venir meno ad un obbligo di assistenza ex art. 143 co. II c.c. – potrebbe comunque concretare la violazione di una intesa, raggiunta con l’altro coniuge, sull’indirizzo della vita familiare ai sensi dell’art. 144 c.c., sì da integrare quanto meno un motivo per l’addebito di un’eventuale separazione.

⁴⁹¹ Cass. Civ. 7 maggio 1992, n. 5415; Cass. 15 aprile 2002, n. 5420.

Tanto premesso, può accadere, come sovente capita, che un coniuge, specie con l'avanzare dell'età, conferisca ad una persona di fiducia (di solito un parente: il figlio o il nipote) una procura generale per l'amministrazione del suo patrimonio personale. Qui si propongono, allora, alcuni interrogativi. Potrebbe infatti capitare che il procuratore generale compia atti di amministrazione e disposizione del patrimonio del rappresentato che siano disapprovati dall'altro coniuge o che, addirittura, possano concretare la violazione dei doveri di assistenza economico-materiale ex art. 143 c.c. cui il coniuge rappresentato è tenuto.

Ci si domanda, dunque, se in qualche modo possa essere teorizzato, anche per il rappresentante, il carattere vincolante dei doveri – aventi contenuto patrimoniale – che discendono dal matrimonio.

Da un lato, infatti, il matrimonio costituisce un atto personalissimo (al pari del testamento, della donazione, della legittimazione di figli naturali, talché non può compiersi per rappresentanza); e coerentemente dovrebbe ritenersi personalissimo anche il rapporto giuridico di coniugio che ne deriva, compresi tutti i diritti e doveri reciproci che ne sono conseguenza. Da questo punto di vista, sembrerebbe difficile affermare che i suddetti diritti e doveri vincolino anche il rappresentante, rispetto ai quali dovrebbe considerarsi pacificamente terzo.

D'altro canto, si è già dato atto che la giurisprudenza, sia pur a limitati fini, si è spinta talora a riconoscere una *rilevanza esterna* dei doveri di assistenza *materiale*. Con riferimento all'art. 147 c.c., ha per esempio affermato che, in determinate circostanze, le obbligazioni derivanti dal soddisfacimento di esigenze primarie della famiglia (in particolare la cura della salute), sia pur assunte dal singolo coniuge, possano vincolare anche l'altro nei confronti del terzo contraente⁴⁹² (in altri casi, invece, è pervenuta a tale assunto in forza di argomentazioni ora riposte sulla teoria di un "mandato tacito" conferito da un coniuge all'altro, ora sul principio dell'apparenza giuridica idonea a ingenerare, in capo ai terzi, un legittimo affidamento sull'esistenza del potere rappresentativo).

Nella fattispecie testé menzionata, in realtà, il riverbero esterno dei doveri di contribuzione si riferisce al caso di obblighi assunti da un coniuge verso i terzi; nel caso di atti giuridici posti in essere dal rappresentante, qui preso in considerazione, si tratterebbe invece di valutare se sia teoricamente ammissibile estendere al terzo (sempre se il rappresentante possa essere a questi fini considerato tale) i doveri a cui un coniuge è tenuto nei confronti dell'altro, in forza del c.d. regime primario.

Detto altrimenti, si tratterebbe di indagare se, e con quale intensità, l'obbligo di assistenza economica, materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia⁴⁹³ che comunque, come si è visto, nel regime

⁴⁹² Cfr. Cass. civ. 25 luglio 1992 n. 8995 in *Pluris (OneLegale)*.

⁴⁹³ Per l'assistenza *morale* sembra invece pacifica la soluzione negativa.

separatista è pur debolmente idonea a interferire sui poteri dispositivi del bene esclusivo da parte del coniuge, possa vincolare anche il rappresentante di un coniuge.

Egli, invero, opera sempre come *alter ego* del rappresentato, ogniqualvolta agisca spendendo il suo nome⁴⁹⁴.

La giustificazione teorica di un simile, possibile, assunto potrebbe in ipotesi sostenersi mediante una *fictio* per cui, inevitabilmente, il rappresentante verrebbe tacitamente incaricato dal rappresentato non solo di agire entro i limiti della procura conferita, ma anche nel rispetto di quei doveri – inderogabili – cui il rappresentato stesso è imperativamente tenuto nei confronti del suo coniuge. In caso di loro violazione, quest'ultimo manterrebbe la facoltà di azionare, in via giudiziale, i rimedi conservativi rispetto a quegli atti gestori o dispositivi, posti in essere dal rappresentante, che si rivelino pregiudizievoli per le sue ragioni.

Un piano ulteriore di possibile interferenza dei doveri primari a carattere patrimoniale rispetto all'attività svolta dal rappresentante potrebbe poi porsi nell'ipotesi, non infrequente, in cui successivamente al conferimento della procura il coniuge rappresentato divenga incapace di intendere e di volere, ma nessuno proceda alla richiesta di nomina di un rappresentante legale.

A questo riguardo, è opportuno notare che il problema degli effetti dell'incapacità naturale sopravvenuta del *dominus* sulla procura rilasciata in precedenza non è oggetto di una precisa considerazione testuale nel codice civile, né risulta adeguatamente stimato dalla dottrina, che sembra insensibile a questo tema. I pochi Autori che se ne sono occupati hanno concluso – ci sembra ragionevolmente – che in tali ipotesi il potere rappresentativo permane, e non si estingue⁴⁹⁵.

Ci si potrebbe allora domandare se, in presenza di una situazione di questo tipo, sia possibile affermare un'estensione del dovere di collaborazione del rappresentante con l'altro coniuge, soprattutto in relazione al compimento di quegli atti che possano, in senso più o meno ampio, incidere sulla determinazione dell'indirizzo della vita familiare, che secondo 144 c.c. deve essere stabilito concordemente da entrambi i coniugi, qualunque sia il regime patrimoniale per cui si è optato.

Si pensi, per esempio, al caso in cui il rappresentante di un'anziana signora divenuta incapace decida, senza interpellare il marito (anch'egli anziano ma autosufficiente) di vendere la casa delle vacanze,

⁴⁹⁴ Laddove l'essenza della rappresentanza consiste nel fatto che ogni atto compiuto dal rappresentante in nome del rappresentato è come se fosse compiuto da quest'ultimo (ed infatti produce effetti giuridici *diretti* nella sua sfera giuridica).

⁴⁹⁵ Cfr. da ultimo M. GIROLAMI, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.* n.6/2019, p. 1399 e ss. la quale ha osservato come le ragioni per cui la sopravvenuta incapacità naturale del rappresentato non possa estinguere la procura, debbano individuarsi anzitutto nell'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi, su cui non possono esser fatti gravare gli effetti di una situazione privata e intima che, per questo, spesso è difficilmente conoscibile; in secondo luogo, nell'obiettivo difficoltà di provare con esattezza il *momentum* in cui l'incapacità sia divenuta con certezza irreversibile (al netto degli *intervalla insaniae*) ed in cui dunque, *in contraria thesi*, la procura perderebbe efficacia.

intestata alla sola moglie, dove tuttavia i due coniugi, per l'intera durata del loro matrimonio, abbiano da sempre concordato ex art 144 c.c. di trascorrere il periodo estivo.

Spingendosi ancora oltre, ci si potrebbe interrogare se l'obbligo di rendiconto dell'attività svolta, dovuto dal rappresentante nei confronti del *dominus*, sopravvenuta l'incapacità di quest'ultimo possa essere, in qualche modo, dovuto nei confronti del suo coniuge, ovvero vi siano ragioni per derogare a questa regola generale, coesistente al contratto di mandato⁴⁹⁶.

Come sopra accennato, qualora nel regime separatista un atto dispositivo integri la violazione di una precisa intesa sull'indirizzo della vita familiare, e pur non concreti violazione del dovere di assistenza materiale, l'altro coniuge avrebbe, quale rimedio, quello di chiedere l'addebito dell'eventuale separazione. Nel caso, invece, di atto dispositivo svolto dal rappresentante, l'altro coniuge parrebbe privo di rimedi⁴⁹⁷.

Si possono considerare, in generale, i possibili abusi posti in essere dal rappresentante, per rilevare incidentalmente che l'ordinamento non sembra offrire strumenti a favore del coniuge del rappresentato.

L'unica iniziativa percorribile parrebbe il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno, che privi così di efficacia la procura, eventualmente autorizzando l'amministratore ad impugnare, nell'interesse dell'incapace, gli atti compiuti in conflitto di interesse dal rappresentante.

Tale strumento, nondimeno, sembra adeguato per proteggere contro gli abusi del potere rappresentativo il solo rappresentato incapace, piuttosto che per tutelare il suo coniuge, atteso che secondo le regole generali l'annullabilità del negozio per conflitto di interessi ex art. 1394 c.c. (oltre ad essere percorribile solo quando il negozio stesso sia pericoloso per il rappresentato, e il conflitto sia conoscibile dal terzo), non opera in tutti quei casi in cui l'operazione si sia risolta, sostanzialmente, in un pregiudizio morale o materiale per il coniuge.

Si consideri, poi, che in base alle regole generali non è ritenuto costituire causa di annullamento per conflitto di interessi il semplice uso dei poteri rappresentativi per affari di dubbia utilità⁴⁹⁸, né la

⁴⁹⁶ Non sembrano, tuttavia, scorgersi indici normativi o di sistema che depongano in questo senso. Inoltre, una simile conclusione non parrebbe considerare altri profili, eventualmente rilevanti, come ad esempio il fatto che i coniugi vivessero in uno stato di separazione di fatto, e che anzi la stessa circostanza di aver conferito una procura ad un terzo soggetto, diverso dal coniuge, possa essere l'indice di una precisa volontà di escludere questi dalla gestione del proprio patrimonio personale, per le ragioni più disparate (mancanza di fiducia sul punto nei confronti del marito, o più semplicemente maggior fiducia nei confronti di un soggetto terzo in ragione delle sue competenze tecniche, o per qualsivoglia altra ragione riconducibile alla legittima volontà del rappresentato).

⁴⁹⁷ Appare peraltro molto difficoltoso immaginare, in questi casi, l'applicazione dell'art 145 c.c., tale norma essendo atta a superare il disaccordo tra i coniugi riguardo all'indirizzo della vita familiare, eventualmente con l'intervento del giudice e non già a rimediare, *ex post*, agli atti dispositivi posti in essere da un coniuge.

⁴⁹⁸ Nel caso sopra evocato della vendita della casa delle vacanze, il rappresentante potrebbe giustificare l'operazione adducendo di aver compiuto, comunque, un buon affare sul piano economico, e che l'operazione fosse astrattamente opportuna alla luce delle nuove circostanze, che giustificano la dismissione di un bene per disporre di ulteriori fondi

convergenza di interessi tra rappresentante e rappresentato, in nome del quale il primo agisca nell'ambito dei poteri conferiti.

Soprattutto riguardo a quest'ultima ipotesi potrebbero, allora, immaginarsi casi in cui il rappresentante ponga in essere atti che arrechino un vantaggio convergente per sé stesso e per il rappresentato, e nondimeno violino sistematicamente gli accordi sull'indirizzo della vita familiare derivanti dal matrimonio, arrecando un pregiudizio, attuale o futuro, al coniuge, e disattendendo i doveri di collaborazione cui il rappresentato sarebbe stato altrimenti tenuto.

Sempre facendo riferimento all'esempio, sopra evocato, della sopraggiunta incapacità di una coniuge anziana, si immagini che il suo rappresentante decida di investire, sempre all'insaputa dell'altro coniuge, l'intero patrimonio finanziario di quest'ultima in plurimi acquisti immobiliari congiunti, nei quali il rappresentante acquisti *nomine suo* la nuda proprietà, mentre acquisti in nome della rappresentata l'usufrutto generale vitalizio.

Non v'è dubbio che queste operazioni siano tutte, sul piano oggettivo, attualmente vantaggiose per la rappresentata, e dunque non annullabili *ex art. 1394 c.c.*. Si potrebbe anzi addurre che essa sia stata agevolata da uno schema così configurato (rispetto a quello consistente in acquisti immobiliari solitari, della piena proprietà), laddove ha infatti conseguito eguali redditi fondiari, a fronte di un investimento più contenuto, per l'intervento economico del rappresentante quale acquirente della nuda proprietà.

È chiaro invece che, in un simile disegno, verrebbe potenzialmente danneggiato, nei fatti, solo il coniuge, che pur potendo godere attualmente e in via *indiretta e mediata* dei nuovi proventi della moglie, una volta divenuto vedovo si troverebbe privato della maggior parte del patrimonio che, come legittimario, avrebbe altrimenti ereditato, il tutto a vantaggio del rappresentante.

La piana applicazione delle regole del diritto privato generale non sembra permettere che una simile operazione sia annullabile né in vita *ex art. 1394 c.c.*, non sussistendone i requisiti, né che possa essere intaccata *ex post* dal coniuge divenuto erede, risultando alquanto difficoltosa anche la configurazione di liberalità indirette⁴⁹⁹.

Queste considerazioni sull'effettivo orizzonte operativo "esterno" dei doveri contributivi aventi contenuto patrimoniale attualmente non sembrano ancora oggetto di riflessione da parte degli

(ancorché non necessari) utili per la vecchiaia, ma così disattendendo completamente i progetti e l'indirizzo di vita familiare concordato dai coniugi.

⁴⁹⁹ Sembra invece possibile qualificare come liberalità indiretta un'operazione di investimento del patrimonio del rappresentato in polizze assicurative indicando come beneficiario persona diversa dal coniuge; pertanto in tal caso troverebbe spazio l'eventuale esperimento dell'azione di riduzione da parte del coniuge-erede (lo ha affermato, anche di recente, la Corte di Cassazione, per esempio nella sentenza n. 3263 del 19 febbraio 2016; conforme anche Cass. civ. n. 7683/2015).

interpreti. Ci si potrebbe allora chiedere se, oltre a immaginare una loro estensione 'orizzontale' in capo al rappresentante, nei casi sopra immaginati, possa teorizzarsi una loro estensione anche sul piano temporale vincolando il coniuge – e di conserva anche il terzo rappresentante – a non compiere in vita operazioni che, alla sua morte, siano gravemente pregiudizievoli per la situazione economica dell'altro coniuge.

Una simile estensione potrebbe declinarsi almeno in termini minimi, ossia come dovere di cautela a non disporre dei propri beni esclusivi in modo da privare un domani il coniuge, quanto meno, dei mezzi necessari per soddisfare le esigenze esistenziali primarie ed essenziali.

Un conforto normativo a questo assunto potrebbe poi ravvisarsi, in ipotesi, nell'art. 9-*bis* co. 1 della legge sul divorzio (Legge. n. 898/1970) che contemplando la possibilità di far gravare sull'eredità un assegno periodico a favore dell'ex coniuge, pare affermare, in generale, la meritevolezza dei doveri assistenziali *post mortem*, per giunta a favore di chi, all'apertura della successione, nemmeno era più legato da vincolo di coniugio con il *de cuius*.

Alternativamente, e muovendosi nel solco della sistematica tradizionale, non resterebbe che constatare che l'aspettativa ereditaria del coniuge, al pari di ogni altra aspettativa di mero fatto, è priva di rilevanza giuridica e conseguentemente, in applicazione delle regole del diritto privato generale, manchi di tutela o considerazione da parte dell'ordinamento.

9.

GIUSTIFICAZIONE CAUSALE DELLE ATTRIBUZIONI E DEGLI ARRICCHIMENTI TRA CONIUGI E CONVIVENTI

Il rapporto tra coniugi e conviventi sollecita, altresì, un'indagine sulle eventuali modifiche e torsioni che può subire l'applicazione delle norme privatistiche generali sulle donazioni, nonché sulla giustificazione degli arricchimenti, temi su cui verte il presente capitolo.

Se, da un lato, il ruolo delle previsioni contenute nell'art. 143 commi II e III c.c. può essere percepibile rispetto a tutte le prestazioni aventi ad oggetto il soddisfacimento, diretto o indiretto, dei bisogni della famiglia (lavoro domestico, cura dei figli, versamento di vari tipi di somme per il *ménage*), diversamente, potrebbe entrare in stallo rispetto a doni fuori del comune (come gioielli, oggetti d'arte, automobili sportive), alle intestazioni immobiliari sotto il nome del coniuge, alla cointestazione di conti correnti, o ancora rispetto al lavoro svolto nell'azienda o nello studio professionale del coniuge. Con specifico riferimento, poi, al regime di comunione legale – le cui regole si aggiungono a quelle del regime primario, affiancandosi ad esse – il discorso sembra complicarsi ulteriormente e pare configurarsi l'alternativa se considerare l'automatismo degli acquisti una giustificazione causale, raccordandola col reciproco dovere di contribuzione, ovvero constatare l'assenza di alcun fondamento causale nel regime comunitario e appagarsi circa l'automatismo legislativo dell'arricchimento.

Anche riguardo alle attribuzioni compiute nell'ambito della realtà, ormai socialmente sempre più diffusa, della coppia di fatto⁵⁰⁰, si tratta di vagliare se dalla giurisprudenza stratificatasi a margine di tale fattispecie emerga una peculiare ipotesi applicativa degli ordinari istituti in tema di donazioni, ingiustificato arricchimento e di ripetizione dell'indebito.

Questi temi meritano di essere esaminati con ordine.

⁵⁰⁰ Il suo progressivo rilievo sociale, e la conseguente maggior considerazione da parte dell'ordinamento hanno comportato, quale effetto, che una situazione "di fatto" si rivestisse, nel diritto giurisprudenziale, di una sempre più incisiva pregnanza giuridica, al di là delle regole fornite dal diritto positivo.

DONAZIONI TRA CONIUGI

Per quanto riguarda la percorribilità di attribuzioni tra coniugi giustificate da una causa liberale pura, già prima della riforma del diritto della famiglia, la Corte Costituzionale aveva cancellato il divieto di donazioni⁵⁰¹.

Si può dunque affermare che, per questo aspetto, il diritto di famiglia si sia progressivamente aperto alle regole del diritto comune, abbandonando una disciplina che – tesa a conservare la ricchezza nella famiglia d'origine – in passato poneva numerosi ostacoli ai travasi 'orizzontali' di patrimonio (*i.e.* da un coniuge ad un altro), assumendo un'accentuata specificità rispetto alle regole e principi generali, in quanto portatrice di logiche ad essa proprie⁵⁰².

⁵⁰¹ Corte Cost. 27 giugno 1973, n. 91. Nell'ordinamento italiano tale divieto era perentorio, infatti non era ammesso nemmeno il temperamento con cui, sulla traccia della *oratio divi Antonini*, era stato accolto dal *Code Napoléon* che prevedeva non già l'invalidità, ma solo la revocabilità delle donazioni tra coniugi. Il divieto stesso era invece ignoto al BGB. Quest'ultima sottolineatura, già svolta da V. R. CASULLI alla voce *Donazione* (1964) nell'*Enciclopedia del Diritto*, p. 979, veniva ripresa dalla stessa Corte Costituzionale, nella parte motiva della sentenza dianzi citata.

⁵⁰² La *ratio* di tale divieto è stata individuata, oltretutto nell'evocata esigenza di evitare trasferimenti di ricchezza dalla famiglia dell'uno a quella dell'altro coniuge, altresì nella preoccupazione che l'affetto coniugale (*rectius* il coinvolgimento sentimentale) potesse portare a decisioni avventate, e si fa tradizionalmente risalire al diritto romano. Con riferimento all'esperienza giuridica romana, va tuttavia precisato che, sino a quando a Roma si ebbero matrimoni con la *manus* (mediante gli arcaici riti della *confarreatio*, e *coemptio*), una donazione tra coniugi non sarebbe stata nemmeno concepibile, in quanto la moglie non poteva donare nulla al marito, non avendo nulla che potesse dire veramente proprio, e reciprocamente il marito non poteva donare nulla alla moglie poiché tutto ciò che questa acquistava, lo acquistava per lui. Dunque anche l'oggetto della donazione, che egli le avesse fatto, sarebbe rientrato immediatamente nel suo patrimonio. Quando, già in età classica, prese il sopravvento il matrimonio *sine manu*, le donazioni tra coniugi sarebbero apparse, comunque, pericolose e furono dichiarate nulle, ma non in forza di una specifica legge che le proibisse, bensì - come risulterebbe dalle fonti - in forza di proibizioni di diritto non scritto: *moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent* (L. 2. D. de don. Int. Vir. 24.1.1); nonché: *maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohiberunt* (L. 3. Pr. D. de don. Int. Vir. 24.1.). Secondo la tradizione, tali donazioni sarebbero state avvertite, anzitutto, come contrarie all'indole stessa del matrimonio, sul presupposto che il legame coniugale non dovesse essere un mezzo di lucro. Anzi, pare che secondo la sensibilità dell'epoca, l'un coniuge non dovesse neppure far sorgere il sospetto che si servisse di questo rapporto come di una fonte di speculazione, ciò che avrebbe minato quella comunanza di vita che era considerata l'essenza stessa del matrimonio, giuridicamente inteso nel diritto romano (in questo divergendo dal diritto canonico) non già come *atto*, bensì come *rapporto*, in tanto sussistente in quanto perdurasse l'*affectio maritalis*. Se infatti, per i Romani, una separazione dei patrimoni sembrava necessaria giuridicamente (forme di comunione tra coniugi risulterebbero del tutto sconosciute a siffatto ordinamento), nondimeno era pacifico, nei fatti, che tra i coniugi dovesse esservi necessariamente una intima comunione di vita. Ammettendo le donazioni, si sarebbe legittimata la configurabilità di una divisione di interessi tra i coniugi, che avrebbe messo in discussione, appunto, la loro stessa comunione di vita (per un approfondimento sul tema delle donazioni tra coniugi nel diritto romano si rinvia alla preziosa, e rara, monografia di F. SCHUPFER, *La Famiglia secondo il diritto romano*, Padova, 1876, Vol. I, pp. 402-427). Secondo B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972^{4ed}(ristampa), pp. 763-764, invece, a scapito dell'inciso contenuto nel Digesto, il divieto non sarebbe sorto per consuetudine, bensì introdotto con la *lex Iulia et Papia Poppaea* di Augusto (18-9 d.C.), precisamente in quella parte chiamata *lex decimaria*, che conteneva limitazioni alla successione tra coniugi. Secondo l'Autore, al di là degli sforzi degli scrittori, antichi e moderni, di ricercare un fondamento del divieto, esso sarebbe, in realtà, strettamente correlato all'incapacità successoria (e dimostrerebbe altresì che caduta quella incapacità, non avrebbe più alcuna ragion d'essere). La necessità di una considerazione congiunta, e la stretta connessione tra gli istituti delle donazioni e delle successioni emerge del resto dalla *saedes materiae* in cui si trovano ancora disciplinate, anche all'interno del nostro codice civile vigente (così come in quello francese).

In questo campo, dunque, l'abolizione del divieto sancito dall'abrogato art. 781 c.c. ha attenuato, almeno per un verso, i profili di specialità che caratterizzavano la materia rispetto all'operare delle regole ordinarie. L'abrogazione del divieto di donazione ha peraltro aperto il varco ad ogni tipo di attività negoziale, come «le mille modifiche e deroghe consentite al donatore diretto, indiretto, formale, manuale» segnando il passo di una progressiva «privatizzazione, senza residui, di tutta la materia degli acquisti e delle perdite tra coniugi»⁵⁰³.

Anche l'ordinamento d'Oltralpe registra un'eguale erosione progressiva di quel *particularisme* che ha sempre caratterizzato la disciplina delle donazioni tra coniugi – la quale per lungo tempo ha avuto un regime diverso e peculiare – e che ormai è segnata da un'attrazione inesorabile verso il campo d'applicazione del diritto comune dei contratti.

Si segnala in particolare come, superato l'antico divieto, sino alla legge n. 2004-439 del 26 maggio 2004 la donazione di beni 'presenti' tra i coniugi compiuta *hors de contrat de mariage* era sempre revocabile ad nutum (art. 1096 *code civil*)⁵⁰⁴: seguiva dunque una regola di segno opposto rispetto a quella prevista dalla disciplina generale del contratto (*cfr.* il disposto dell'attuale art. 1193, che riproduce la regola del previgente 1134, alinéa 2), ed in particolare del contratto di donazione (art.894). In sostanza, veniva unificata alla donazione di *biens à venir*, assimilata al lascito di ultima volontà, ossia al legato, revocabile in qualsiasi momento⁵⁰⁵.

Questa regola era peraltro oggetto di critica in quanto, nell'ambito delle donazioni *inter vivos*, dava luogo ad una situazione di disuguaglianza difficilmente comprensibile tra le donazioni tra coniugi, liberamente revocabili, e quelle tra conviventi di fatto o *partenaires Pacsés*, soggette alla più tutelante regola della irrevocabilità. Ancora, la retroattività della revoca era idonea a travolgere anche i diritti

⁵⁰³ R. SACCO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia diretto da Cian, Oppo, Trabucchi*, vol. III, Padova, 1992, p. 7.

⁵⁰⁴ La regola, derivante dall'*Ancien Régime*, era sopravvissuta nel *Code Napoléon* per oltre due secoli, e veniva giustificata dalla preoccupazione di proteggere il coniuge da possibili condizionamenti affettivi nella disposizione dei propri beni, unita alle già citate considerazioni sulla preservazione dei beni nel patrimonio della famiglia d'origine, senza dispersioni 'in orizzontale'. M. GRIMALDI, *Droit Patrimonial de la famille*, Dalloz, 2017, 6 édition, § 351.21 a p. 1049; § 354.12 a p. 1080.

⁵⁰⁵ Le ragioni che giustificavano prima il divieto, e poi la revocabilità delle donazioni tra coniugi durante il matrimonio spiegavano anche il divieto di compravendita tra coniugi che, al pari di ogni altro contratto, è stata per lungo tempo vietata. Il principale argomento a sostegno del divieto era, come già osservato, che tra i coniugi il consenso non avesse lo stesso tenore che tra due estranei, potendo essere facilmente alterato dal coinvolgimento emotivo. La vendita tra coniugi era vietata sia nell'*Ancien Régime*, sia in seguito anche nel Codice Napoleonico, anche perché sospetta di essere una donazione dissimulata, dunque nulla. Infine, come sottolineava la giurisprudenza, conferiva al coniuge una comoda possibilità di tutelare i propri beni dall'azione esecutiva dei suoi creditori. Questi motivi, nel tempo, sono divenuti sempre più anacronistici e il divieto è risultato più difficile da giustificare che utile, per essere in diverse tappe ridimensionato da appositi interventi normativi (negli anni 1958, 1963, 1965, 1978), sino alla sua completa abrogazione (1982).

dei terzi aventi causa del donatario ponendo un significativo, e non più giustificabile, ostacolo alla libera e sicura circolazione giuridica dei beni di siffatta provenienza donativa⁵⁰⁶.

L'attuale disciplina delle donazioni tra i coniugi compiute nel corso del matrimonio (artt. da 1091 a 1099-1 *code civil*) coincide ormai in larga misura con quella di diritto comune, contenuta nel Capitolo IV del medesimo *Titre II (Des libéralités)* del Libro Terzo del *Code*.

In punto di revoca, in particolare, ai sensi del novellato art. 1096 alinéa 2 la donazione «*n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958*», ovverosia negli ordinari casi di ingratitudine del donatario, nonché nel caso di *inexécution des charges de la donation*.

Permane tuttavia la peculiarità stabilita dall'alinéa 3 del medesimo art. 1096, che per la donazione tra coniugi esclude espressamente la revocabilità per sopravvenienza di figli ex art. 953 (e che secondo l'interpretazione estensiva riguarda anche i figli avuti fuori del matrimonio stesso).

DONAZIONI E REGIME DI COMUNIONE LEGALE

Premessa la facoltà, riconosciuta ai coniugi, di compiere liberalità l'uno nei confronti dell'altro, con riferimento alla coppia in regime di comunione legale si deve tuttavia puntualizzare che giurisprudenza teorica e pratica sono concordi nell'affermare la sottrazione di tali atti alla regola dell'acquisto comunitario automatico sancito dall'art. 177 lett. a) c.c.. Diversamente opinando, si finirebbe infatti per neutralizzare la stessa facoltà del coniuge, riconosciuta dalla legge, di donare in via esclusiva all'altro ripristinando, sia pur parzialmente, gli effetti del previgente divieto di donazione. L'operare del meccanismo del coacquisto automatico, oltre a precludere l'arricchimento unilaterale del beneficiario, neutralizzerebbe, modificandole, le caratteristiche dell'atto di liberalità in cui – come si evince dalla definizione stessa del contratto di donazione (*cf.* art. 769 c.c.) – “*una parte arricchisce l'altra*”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶. Queste osservazioni venivano illustrate nel Rapport. F. Dekeuwer-Défossez, *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Doc. Fr., 1999, p. 160.

⁵⁰⁷ Sempre con riferimento ai coniugi in comunione legale giova rilevare, a margine, che la giurisprudenza di legittimità ha stabilito l'operare di tale deroga all'art. 177 lett. a) c.c. per ogni tipo di alienazione inter coniuges e dunque anche per gli acquisti a titolo oneroso: qualora un coniuge decidesse di vendere un bene personale all'altro il relativo acquisto è dunque considerato sottratto alla massa comune. L'opposta conclusione determinerebbe infatti il paradosso per cui sia il bene alienato sia il denaro ottenuto, verrebbero ad essere oggetto di comunione, determinando una sostanziale eliminazione della natura corrispettiva dell'atto. Cfr. Cass. 6 marzo 2008 n. 6120, in *Fam. dir.*, 10, 2008, p. 876 e ss. con nota di M. PALADINI, *Nella comunione legale è davvero possibile “confessare” la natura personale dell'acquisto compiuto dall'altro coniuge?* La sentenza citata, tuttavia, non chiarisce se la regola della sottrazione alla massa comune dei beni rispettivamente alienati da un coniuge all'altro valga indipendentemente dalla provenienza del denaro utilizzato per l'acquisto. Tuttavia, anche considerando l'ipotesi in cui il denaro provenga dalla comunione legale, non si ritiene che l'ammissibilità e gli effetti dell'atto possano mutare in conseguenza dell'utilizzo di denaro comune, salvo l'obbligo di

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che le donazioni tra coniugi in comunione legale – pur ammissibili senza restrizioni – diano luogo ad acquisti sempre e necessariamente personali, precludendo la successiva possibilità di avanzare pretese e rivalse, in termini restitutori o indennitari, ex art. 192 c.c.⁵⁰⁸.

In definitiva le donazioni tra soggetti in regime di comunione legale sono consentite, ma determinano la necessaria sospensione delle regole proprie della comunione stessa in tema di acquisti.

DONAZIONI TRA CONIUGI E CONVIVENTI, E PARADIGMI NORMATIVI SULLA FORMA

DONAZIONI DIRETTE E LA QUESTIONE DELLA CONFIGURABILITÀ DI UNA CAUSA DONANDI

Tanto chiarito sulle peculiarità della donazione compiuta tra soggetti in regime di comunione legale, occorre verificare come le regole stabilite dal legislatore, in questo campo, siano suscettibili di subire adattamenti o addirittura essere sospese, in considerazione della sussistenza in concreto di un rapporto *lato sensu* familiare.

In via di premessa, non può sfuggire all’attento osservatore come, nella vita di chi condivide “tetto e mensa”, al formalismo offerto dagli schemi codicistici in tema di donazioni dirette (l’atto pubblico, con la presenza di due testimoni, salvo il caso delle donazioni di modico valore), il più delle volte sembra contrapporsi la totale informalità, e sembrano annidarsi regole parallele operanti *de facto*, discostandosi, talora anche sensibilmente, da quelle del diritto positivo.

Se da un lato, dunque, l’odierno ordinamento ha sancito la possibilità astratta di compiere donazioni tra coniugi secondo le forme previste dall’art. 769 c.c. dall’altro sembra che, quasi sempre, nella prassi (salvo il caso degli immobili) le attribuzioni liberali si compiano senza solennità alcuna, alla quale non si sente evidentemente la necessità di ricorrere.

rimborso ex art. 192 comma I c.c., nonché l’eventuale ipotesi di esercizio dell’azione revocatoria da parte dei creditori della comunione legale ex art 186 c.c..

⁵⁰⁸ Cfr. M. PALADINI, *Restituzioni e arricchimenti tra coniugi*, in *Crisi familiare e profili restitutori* (a cura di L. Bertino), Milano, 2017, p. 20.

In relazione a fenomeni come questo, la Dottrina ha ampiamente documentato come in molti settori del diritto vengano pacificamente applicate regole di origine consuetudinaria, talvolta nonostante la loro dubbia compatibilità con espresse previsioni di legge⁵⁰⁹.

Sembrirebbe così di scorgere, nel quadro delle donazioni endo-famigliari, l'operare di criteri normativi non verbalizzati, operanti sotto il "diritto ufficiale", e costituenti una sorta di "diritto vissuto" che prescinde in parte, discostandosi, dalle regole scritte⁵¹⁰. La materia parrebbe esibire, dunque, dei fenomeni crittotipici⁵¹¹.

Secondo una piana applicazione delle regole generali, l'omissione della prescrizione in tema di forma solenne (si pensi al trasferimento di ingenti somme di denaro tramite giroconto su conto corrente bancario, o all'attribuzione di gioielli o altri beni mobili di valore) dovrebbe infatti avere come conseguenza la nullità delle liberalità tra coniugi che ne siano prive, facendo sorgere un diritto di ripetizione.

Sul piano della riflessione dottrinale, il tema ha ricevuto una certa attenzione degli interpreti i quali, in particolare, hanno consumato il tentativo di focalizzare l'effettivo profilo causale delle donazioni in questione.

Si è osservato che il peculiare rapporto che lega i soggetti coinvolti potrebbe mettere in discussione la possibilità stessa di configurare una donazione "pura" tra coniugi e conviventi, ascrivibile al modello, statico e spersonalizzato, ex art. 769 c.c. delineato dal legislatore.

In buona sostanza, ci si è chiesti se le attribuzioni *inter coniuges* o tra conviventi possano essere veramente sorrette da una limpida e cristallina *causa donandi*, ove il rapporto qualificato che lega tali soggetti, appunto, incida irrimediabilmente su questa, inquinandola di altri elementi che, almeno in parte, finiscano per snaturarne l'essenza.

⁵⁰⁹ R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in AA. VV., *Le Fonti non scritte e l'Interpretazione*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999, p. 17 e ss..

⁵¹⁰ R. CATERINA, *Il crittotoipo, muto e inattuato*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p. 90. Il caso citato è quello, classico, del contratto invalido (annullabile) in quanto stipulato dal minore (art. 1425 c.c.). La dottrina ha infatti evidenziato, da un lato, che «i minori contrattano quotidianamente senza che la controparte si rifiuti, e dall'altro lato va registrata una complementare assenza di litigiosità, e quindi di giurisprudenza relativa all'annullamento di contratti stipulati direttamente dal minore», di talché «sembra essersi determinato un 'ordine naturale' distante dalla – (almeno formale) rigidità della legge – in virtù del quale i minori non sono esclusi dai traffici più o meno minuti». F. CINQUE, *Il minore contraente – Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p. 17. Ciò che tuttavia distinguerebbe la fattispecie appena citata da quella in esame, è che nella prima si tratterebbe comunque di negozi validi, ancorché annullabili, i cui effetti si consolidano decorsi cinque anni dal loro compimento, mentre nel caso di donazioni nulle tra i coniugi, il vizio sarebbe insanabile, salvo l'acquisto della proprietà dei beni per usucapione.

⁵¹¹ Cfr. A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018^{4ed.}, p. 6.

Come si è già avuto modo di osservare, la presenza dell'art. 143 c.c., quanto meno nelle coppie coniugate, sembra venire in rilievo in gran parte delle attribuzioni (o assunzioni di obblighi, cfr. art. 769 c.c.), interferendo irrimediabilmente con una qualificazione causale in termini di liberalità⁵¹².

Autorevole Dottrina si è spinta, così, a revocare in dubbio la stessa possibilità – anche in linea teorica – di attribuire una causa *esclusivamente* liberale alle attribuzioni intercorse tra coniugi, le quali spesso si appoggerebbero su un «intreccio di ragioni diverse, non sempre facilmente accertabili e scindibili», e quasi sempre «astrattamente capaci di generare obbligazioni civili e naturali»⁵¹³ più che atti di liberalità⁵¹⁴.

In questa prospettiva, una donazione tra coniugi, in senso proprio, non sarebbe praticamente mai esistente⁵¹⁵.

Ne consegue così che il carattere essenzialmente spurio, sul piano causale, delle liberalità in questione, potrebbe finire per escludere – praticamente sempre – l'obbligatorietà delle regole di forma proprie delle donazioni dirette, salvando gli acquisti dall'invalidità.

All'interno di un rapporto qualificato, da cui scaturiscono sia obblighi giuridici sia di assistenza morale e materiale, sia di attuazione di un indirizzo di vita condiviso (peraltro, pienamente noto ai soli coniugi poiché il più delle volte nemmeno risultante in forme espresse), una connotazione nitidamente liberale risulterebbe, in effetti, particolarmente ardua da individuare, nonché altrettanto ardua da dimostrare, almeno dal punto di vista probatorio⁵¹⁶.

⁵¹² Il discorso sembra trovare omogeneità di soluzione anche nella convivenza in relazione ad attribuzioni (o obblighi) assunti tra conviventi, ove siano agevolmente qualificati in termini di obbligazioni naturali di contenuto corrispondente all'art. 143 c.c..

⁵¹³ R. SACCO, *Se tra coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia* dedicate ad A. Trabucchi, Padova, 1989, p. 93.

⁵¹⁴ In termini simili, altra Dottrina (Oppo) aveva sostenuto che il coniuge che, in regime di separazione, effettua una attribuzione che si risolve «... in beneficio dell'altro coniuge, sia mosso dalla stessa ispirazione che ha indotto il legislatore a rendere “legale” il regime di comunione»: il che sarebbe sufficiente per ricondurre l'attribuzione all'adempimento di un dovere morale e sociale, e non ad una donazione. G. OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 515 e ss..

⁵¹⁵ Secondo G. DORIA, *Liberalità e interessi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, pp. 1543 ss., la donazione diretta (o pura), sarebbe possibile solo in assenza di quella specifica causa di natura familiare «sintesi delle svariate ragioni esistenziali e giuridico-formali immanenti nell'ambito del rapporto coniugale» (p.1549) che, tuttavia, verrebbe a caratterizzare pressoché ogni atto di attribuzione tra coniugi, la quale dunque non potrebbe essere mai, sul piano causale, pienamente liberale.

⁵¹⁶ Osserva sul punto G. FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.* 10/2006, p. 1466, che il matrimonio genera «una fitta trama di rapporti di natura personale e patrimoniale sullo sfondo dei quali è difficile, se non impossibile, isolare l'atto compiuto per pura liberalità, nella cui determinazione non abbia avuto peso il complesso di obblighi di natura giuridica, morale e sociale, esistenti tra marito e moglie».

In definitiva, secondo la giurisprudenza teorica, nel contesto di rapporti di famiglia le donazioni dirette non solo mal si presterebbero, sul piano causale, ad essere qualificate autenticamente come tali, ma la loro necessaria ‘contaminazione causale’ – dovuta al rapporto qualificato che si staglia sullo sfondo dell’attribuzione – sarebbe in grado di paralizzare il rigido operare delle regole formali, generalmente richieste ex art. 782 c.c., superando la stessa *ratio* che tradizionalmente presiede a tali regole⁵¹⁷.

In questa prospettiva, elaborata dalla dottrina maggioritaria, le prescrizioni in tema di forma solenne stabilite dalla legge, negli atti compiuti *inter coniuges* o nei rapporti familiari verrebbero così oblite, senza che possano invocarsi eventuali profili di nullità delle attribuzioni compiute.

DONI TRA CONVIVENTI, TRA MODICITÀ DEL VALORE E LIBERALITÀ D’USO. LE RICOSTRUZIONI GIURISPRUDENZIALI

Si è accennato a come, nella riflessione degli interpreti, la presenza degli obblighi che discendono dal matrimonio potrebbe interferire con la *causa donandi*, sovrapponendosi a questa e, in definitiva, entrare in gioco quale giustificazione degli scambi, sino a far accantonare la regola sulla necessità della forma solenne che altrimenti la legge esigerebbe in presenza di una donazione pura.

Il discorso merita di essere affrontato con riferimento alla qualificazione di donazioni operate tra conviventi di fatto.

Si rileva sin d’ora come in questo contesto, per giustificare tali attribuzioni in termini diversi dalla donazione, nell’elaborazione giurisprudenziale sovente sia venuta in rilievo la particolare figura delle liberalità d’uso (art. 770 comma II c.c.).

Si tratta di mettere a fuoco gli elementi caratterizzanti di questa figura, per comprendere il modo in cui essa possa operare in merito alle attribuzioni tra i *partner* della coppia, e per verificare se la giurisprudenza ne faccia una piana applicazione, oppure se anche qui emergano delle deviazioni rispetto all’ordinario ricorso a tale istituto.

⁵¹⁷ Le *rationes*, invero, sono molteplici e sono ravvisate anzitutto nell’esigenza di garantire maggior ponderazione e oculatezza nel compimento di un atto considerato particolarmente serio per il donante e per la sua famiglia, al fine di proteggere il promittente contro il rischio di patire un danno a causa di una promessa fatta precipitosamente o sbadatamente; nel mostrare in termini precisi e incontrovertibili l’intenzione di volersi obbligare all’attribuzione, senza riserve e senza poter ritirare successivamente la promessa che era stata accettata; nel far sorgere uno speciale e sicuro affidamento nel promissario, che deriva dal valore sociale della forma. Cfr. G. GORLA, *I Problemi fondamentali del contratto: principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law* (1958), edizione a cura di P. Femia, Napoli, 2017, p. 92. In tema si veda anche U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, 6, II, *Successioni*, Torino, 1997² ed., p. 539 il quale osserva come l’atto notarile, attesa la sua efficacia probatoria (costituisce prova legale), sia altresì idoneo a tutelare gli interessi degli eredi del donante e dei terzi creditori.

In primo luogo, le liberalità d'uso vanno distinte dalla donazione di modico valore (art. 783 c.c.), che costituisce una particolare forma di donazione diretta riguardante i beni mobili in cui la legge, in considerazione delle condizioni economiche del donante⁵¹⁸, per la sua validità non richiede la forma solenne, bensì solo la tradizione della *res*⁵¹⁹.

Le liberalità d'uso, invece, consistono in quelle «*liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi*» ex art. 770 comma II c.c. e non costituiscono donazioni in senso proprio. Infatti, si ritiene che la volontà di conformarsi ad un uso sociale, che qui assurge a causa del negozio, sia incompatibile con *l'animus donandi* e in quanto tale valga, appunto, a giustificare l'attribuzione senza bisogno di ulteriori requisiti⁵²⁰.

Le liberalità d'uso vengono perciò sottratte a molte regole concernenti il contratto di donazione⁵²¹. La giustificazione di una tale diversità di regime è stata indicata nella “*necessaria modicità*” che, pur non esplicitata nel testo legislativo, sarebbe insita nella stessa attribuzione con cui si suole rispettare un'usanza sociale, e da cui discenderebbe una sostanziale assenza di pregiudizio in capo al disponente, che non subirebbe un depauperamento apprezzabile del proprio patrimonio⁵²².

D'altro canto si è anche osservato come, nell'esperienza concreta, l'area della donazione di modico valore e quella della liberalità d'uso tendano invero a confondersi, poiché spesso la donazione

⁵¹⁸ È giurisprudenza consolidata che occorra comunque contemperare il criterio oggettivo (valore effettivo del bene), con quello soggettivo (condizioni economiche del donante). Cass. 30 dicembre 1994 n. 11304; Cass. 21 aprile 1989 n. 1873.

⁵¹⁹ A proposito di donazioni di modico valore giova menzionare la regola ex art. 738 c.c. che prevede la non applicabilità della disciplina della collazione alle donazioni di modico valore tra coniugi.

⁵²⁰ È cioè diffusa, in dottrina, la negazione della sussistenza di un *animus donandi* nelle liberalità d'uso, proprio in collegamento con la mancanza di spontaneità da parte del soggetto che abbia posto in essere tale particolare atto. Cfr. V.R. CASULLI, voce *Donazione* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XIII, p. 969; di recente G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016, p. 456. Viceversa, vi è chi ha autorevolmente sostenuto come non possa confondersi il motivo-sentimento (osservanza dell'uso) con lo scopo tipico che sarebbe quello di procurare un arricchimento altrui senza corrispettivo, né più né meno di quanto avviene nella donazione. In questa prospettiva, il sentimento di conformarsi ad un uso non può avere autonoma rilevanza causale e, pertanto, la liberalità d'uso non avrebbe causa giuridica diversa dalle liberalità in genere (G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947., p. 76 e ss. e 81). Secondo U. CARNEVALI, *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato Rescigno*, Torino 1997² ed., p. 507, sembra in ogni caso possibile osservare che da un lato il legislatore non ha disconosciuto il carattere gratuito di queste attribuzioni, sebbene fatte per uniformarsi ad un uso; dall'altro l'intento di uniformarsi all'uso e la conformità dell'atto all'uso medesimo hanno ricevuto giuridica rilevanza, nel senso che la figura in esame è stata separata dalla donazione pura. Si potrebbe, così, parlare anche di un “motivo giuridicamente rilevante”.

⁵²¹ Oltre a quelle sulla forma, anche quelle in materia di revocazione per ingratitudine, sopravvenienza di figli, riducibilità della collazione.

⁵²² U. CARNEVALI, voce *Liberalità* (atti di), in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p.218. Storicamente, il dibattito sulle liberalità d'uso avrebbe preso inizialmente spunto dalla qualificazione del *pourboire* (A. TORRENTE, *La Donazione in Trattato Cicu-Messineo*, 1956, p. 94 e ss.). L'attuale dottrina francese considera la modicità del valore, pur rapportata alle condizioni patrimoniali del disponente, tra i requisiti propri del *présent d'usage*. Cfr. N. PETERKA, *Les dons manuels*, Parigi, 2001, p. 76 ss.. Il Consiglio Notarile di Parigi segnala, pur in assenza di norma scritta, che una somma di denaro possa essere considerata *présent d'usage* e, come tale, esonerata dalla disciplina sia fiscale sia successoria prevista per la donazione, se gravi sul patrimonio del disponente in misura non superiore al 2% (www.conseilnotarialparisidf.fr).

manuale costituisce il modo comune per festeggiare ricorrenze e circostanze varie che gli usi, appunto, suggeriscono di sottolineare con un dono⁵²³.

Tanto premesso sul piano generale, se si guarda ai doni operati tra due conviventi meritano speciale considerazione le ipotesi di doni di oggetti preziosi (gioielli, automobili, quadri e stampe antiche, etc.), che nel contesto della vita della coppia possono essere normalmente compiuti senza alcuna solennità, in occasione di ricorrenze, anniversari, ma anche a prescindere da tali circostanze.

Nel campo dei rapporti familiari sicuramente rilevano eventi quali il fidanzamento, la nascita di un figlio, il conseguimento di un traguardo scolastico o professionale o quant'altro, che possono spingere a compiere donativi, anche di valore elevato.

I doni occasionati in tali ricorrenze, sia pur con certe cautele⁵²⁴, potrebbero alquanto agevolmente ricondursi alle liberalità d'uso con una, apparentemente lineare, applicazione della norma ex art. 770 comma II c.c..

Tuttavia, fuori dalle ricorrenze sopra menzionate, rimangono da considerare tutte quelle altre attribuzioni, a volte anche di valore ingente, compiute tra conviventi in modo del tutto estemporaneo, e dunque slegato da eventi particolari, che non sarebbero invece pianamente riconducibili alla fattispecie ex art. 770 comma II c.c. come ordinariamente intesa nella riflessione degli interpreti.

Riguardo a queste ipotesi, ossia di donativi estemporanei all'interno della coppia, nella giurisprudenza teorica si registra l'emersione di una ricostruzione secondo cui lo spazio applicativo dell'art. 770 comma II c.c. dovrebbe venire dilatato, sostanzialmente oltre l'ambito operativo ordinario, valorizzando il rilievo della relazione familiare: atteso il rapporto qualificato che lega le parti coinvolte, si potrebbe ravvisare cioè una fattispecie di liberalità d'uso anche in assenza di

⁵²³ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 753 e ss., e p. 758 e ss.

⁵²⁴ Per quanto riguarda la peculiare fattispecie dei doni compiuti tra fidanzati a causa della promessa di matrimonio, la Dottrina tradizionale assevera tali doni come ipotesi di liberalità d'uso, sia pur soggette alla speciale regola restitutoria ex art. 80 comma I c.c. (B. BIONDI, *op. ult. cit.* p. 775). Con specifico riferimento al dono dell'anello di fidanzamento di ingente valore, anche la giurisprudenza di legittimità (Cass 9 dicembre 1993 n. 12142; Cass. 10 dicembre 1988, n. 6720) ha offerto la sua qualificazione in termini di liberalità d'uso ex art. 770 comma II c.c. sul presupposto che l'uso da un lato è correlato ad una specifica occasione e ad una certa relazione personale tra chi dà e chi riceve, in presenza delle quali sarebbe conforme al costume sociale compiere atti di liberalità, dall'altro lato, sempre l'uso sarebbe idoneo a determinare la misura di tali atti, diversa a seconda dell'occasione e della relazione che intercorre tra le parti; l'importanza dell'occasione giustificerebbe, *usualmente*, anche esborsi notevoli. Altra Dottrina invece non ritiene tale approccio condivisibile, perlomeno in termini assoluti, ritenendo che anche in questo caso, quando i donativi abbiano notevole valore economico debbano necessariamente qualificarsi come donazioni dirette, rispetto alle quali va applicata la *ratio* della regola formalistica prevista dalla legge (oltre alla speciale regola restitutoria). C. CICERO, *Regali tra innamorati e regime delle restituzioni*, in *Riv. not.*, 2017, p. 129. Anche accedendo a questa tesi, forse più lineare, resta salvo quanto già osservato, per cui nella prassi è pressoché costante l'omissione del ricorso alle forme solenni, a favore dell'operare di regole non verbalizzate che sembrano imporsi *preater*, se non *contra legem*.

specifiche ricorrenze. Detto altrimenti, tra persone legate da un rapporto familiare (sia di diritto che di fatto), compiere doni estemporanei costituirebbe, esso stesso, un uso⁵²⁵.

Questa impostazione parrebbe emergere anche dalla motivazione di alcune pronunce di merito, sia pur risalenti⁵²⁶, in cui la giurisprudenza pratica per respingere le domande di restituzione di alcuni beni, avanzate dopo la fine della relazione, ha qualificato i regali compiuti da un convivente a favore dell'altro durante la convivenza in termini di liberalità d'uso, ancorché compiuti, per l'appunto, a prescindere da occasioni o ricorrenze particolari, pur tenendo conto della misura del donativo in relazione alle condizioni economiche di chi lo aveva effettuato⁵²⁷.

Non sono mancate, a dire il vero, anche pronunce di segno difforme che hanno invece pianamente qualificato i regali di ingente valore economico (gioielli, automobili, opere d'arte) come donazioni – nulle per difetto di forma – poiché operate a prescindere da occasioni speciali, le quali in una relazione affettiva potrebbero, in ipotesi, anche giustificare esborsi notevoli (come già visto, i casi di anniversari, traguardi professionali, etc.) non potendo ravvisare, nei casi in questione, nemmeno alternative qualificazioni in termini di donazioni di modico valore, attesa la posizione economica del donante⁵²⁸.

In tempi più recenti, la giurisprudenza di legittimità⁵²⁹ è tornata sul tema della validità dei doni compiuti da un convivente a favore dell'altro durante la loro unione, chiamata a decidere sulle pretese

⁵²⁵ G. FERRANDO, *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corriere giuridico*, 10/2006, p. 1472.

⁵²⁶ Cfr. Pretura di Torino 28 giugno 1993 in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 1071, ove si legge «Orbene, la comunanza di vita, di frequentazioni e di affetti, che si instaura e si protrae tra due amanti nel corso degli anni, rappresenta il campo naturale in cui essi si scambiano affettuosità, ma anche beni di natura economica; per cui tale comunanza di vita rappresenta, secondo gli usi sociali, la giustificazione degli scambi». In termini simili si è pronunciato anche il Tribunale di Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p.284 e ss., con nota di G. FERRANDO, *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?*, il quale ha statuito che, anche a voler escludere che l'attribuzione gratuita di alcuni gioielli a favore della convivente *more uxorio* costituisse donazione di modico valore, si tratterebbe in ogni caso di liberalità d'uso, non soggetta ai requisiti formali prescritti per la donazione. Sembra quindi che il Tribunale di Palermo, «superata una lettura riduttiva dell'art. 770 c.c., svincoli gli usi dalla specificità dell'occasione, valorizzando piuttosto la tipologia della relazione» ZAMBRANO V., *Lo scioglimento dell'unione non fondata sul matrimonio*, in AA.VV., *La separazione nella famiglia di fatto. La biblioteca del diritto di famiglia*. Collana diretta da B. De Filippis, Padova, vol. II, 2008, p. 236.

⁵²⁷ Cass. Civ. sez. II, 18 giugno 2008, n.16550 (in *Delure*).

⁵²⁸ Cass. 8 febbraio 1994, n. 1260; Cass. 24 novembre 1998 n. 11894. Quest'ultima sentenza è stata criticata da una parte della Dottrina che, per salvare l'attribuzione, ha tentato di ricondurre l'attribuzione all'adempimento di un'obbligazione naturale, affermando che anche con un gioiello prezioso si possa esprimere la riconoscenza del contributo dato alla vita comune, o compensare delle rinunce fatte per renderla possibile (Cfr. V. CARBONE, *Terminata la convivenza vanno restituiti i regali: la Cassazione "ripiomba" nel Medioevo*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 54). Tuttavia il carattere di proporzionalità e adeguatezza che deve caratterizzare la prestazione eseguita in adempimento di un'obbligazione naturale sembrava difettare nel caso in esame.

⁵²⁹ Cass. 19 settembre 2016 n. 18280, in *Fam. dir.* 5, 2017, con nota di A. AMBANELLI, *Doni di opere d'arte tra conviventi e pretese restitutorie al termine della relazione*, pp. 424-433; nonché in *Riv. not.* 2017, con nota di C. CICERO, *Regali tra innamorati e regime delle restituzioni*, pp. 123-131.

restitutorie avanzate al termine del rapporto. Anche qui i doni in questione, tutti di valore ingentissimo⁵³⁰ sono stati qualificati per la quasi totalità non già, secondo i criteri ordinari, come donazioni dirette, nulle in assenza della forma solenne, bensì come *liberalità d'uso*, rigettando così le domande restitutorie, salvo che per alcuni specifici doni⁵³¹ di cui si era provata l'elargizione per porre fine ad uno screzio (circostanza che secondo un orientamento consolidato della Suprema Corte non costituirebbe invece un costume sociale normalmente praticato, idoneo a configurare l'uso ex art. 770 comma II c.c.⁵³²).

Nella ricostruzione di recente svolta dalla giurisprudenza di legittimità – oltre all'affermazione che le liberalità d'uso debbano essere vagliate tenuto anche conto delle condizioni economiche dell'autore dell'atto⁵³³ – si afferma quindi che gli usi che le fondano debbano essere valutati anche tenuto conto dei legami esistenti tra le parti. Questa affermazione potrebbe così accreditare quella peculiare concezione, poc'anzi indicata, per cui nei rapporti familiari la fattispecie opererebbe sganciata dalla sussistenza di una ricorrenza univoca ben precisa (che, in tutti gli altri casi, altrimenti dovrebbe essere allegata, e provata).

Anche nella giurisprudenza pratica, sia pur nel quadro di un atteggiamento che si dimostra ancora oscillante, sembrerebbe dunque trovar spazio una ricostruzione dell'istituto delle liberalità d'uso ex art. 770 comma II c.c. difforme da quella consueta, in cui il legame affettivo tra le parti parrebbe concretare, esso stesso, un sufficiente “contesto sociale” idoneo a fondare e giustificare l'uso di donativi, anche ingenti, del tutto svincolati dal collegamento con un'occasione specifica, come di solito avviene.

Detto altrimenti, atteso il rapporto esistente tra le parti, l'uso sarebbe sempre sussistente, e, per così dire, *in re ipsa*.

La fattispecie ex art. 770 comma II c.c. opererebbe sempre e *tout court*, mutilata del suo pregnante elemento costitutivo, appunto la “conformità ad un uso” dell'attribuzione, di cui, in questo contesto non si dovrebbe procedere all'accertamento.

Un altro modo con cui si è provato a giustificare questa modificazione dalla regola generale potrebbe esprimersi nel senso che tra soggetti legati da vincoli affettivi stabili, l'occasione rilevante che

⁵³⁰ Precisamente: tredici oggetti d'arte, tra cui quadri d'Autore, un gioiello particolarmente prezioso, e un tavolo intarsiato.

⁵³¹ (il gioiello e il tavolo intarsiato).

⁵³² In questo senso si era già pronunciata in questi termini Cass. 24 novembre 1998 n. 11894, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 48, p. 32 con nota di M. FINOCCHIARO.

⁵³³ In tal senso, anche Cass. 18 settembre 2014, n.19636 nonché Cass. 18 giugno 2008, n.16550 *cit.*. Secondo Cass. 10 dicembre 1988, n. 6720 *cit.*, la nozione di liberalità d'uso risultante dall'art 770 comma II c.c. è compatibile con il valore rilevante del bene attribuito e si versa in questa ipotesi quando l'elargizione si uniformi agli usi e costumi propri di una determinata occasione, da vagliarsi anche alla luce delle condizioni economiche dell'autore dell'atto.

giustifica l'attribuzione stessa potrebbe essere creata dalle parti medesime, a prescindere da un'occasione tradizionalmente riconosciuta *ab externo* (come un compleanno o anniversario).

La fattispecie dell'art. 770 comma II c.c. troverebbe così, in questo contesto, un particolare spazio di espansione, tendenzialmente totalizzante, dilatandosi a tal punto da vedere deformata la sua fisionomia, ma anche con l'effetto di collocare un rilevante numero di attribuzioni tra i *partner* fuori del campo del contratto di donazione, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di disciplina applicabile⁵³⁴.

Un esito di questo tipo, tuttavia, ha suscitato critiche perché parrebbe introdurre degli elementi di spiccata incoerenza con il sistema attualmente in vigore, contraddicendo la stessa *ratio* che presiede l'istituto della donazione ed in principi che, in generale, informano l'intera materia delle liberalità⁵³⁵.

OPERATIVITÀ DELLA DISCIPLINA SULLA DONAZIONE REMUNERATORIA NEL RAPPORTO DI CONIUGIO

Tra i vari atti di liberalità, merita poi di essere osservata quella peculiare figura di donazione costituita dalla donazione remuneratoria (art. 770 comma I c.c.), in cui il donante agisce per riconoscenza. Si tratta di una particolare figura di donazione nella quale assume speciale rilevanza giuridica il motivo, consistente nella riconoscenza⁵³⁶. La rilevanza del motivo consente di distinguere la figura dall'adempimento di un dovere morale o sociale (art. 2034 c.c.)⁵³⁷.

Con particolare riferimento all'operare di questa figura tra i coniugi ci sembra di poter affermare che se, per un verso, non può escludersi che possa compiersi quale modalità, per esempio, per manifestare

⁵³⁴ L'inquadramento di un'attribuzione patrimoniale in termini di liberalità d'uso, anziché di liberalità di modico valore, ha infatti delle conseguenze pregnanti non solo rispetto al momento immediato dell'attribuzione, salvandone la validità, ma anche *ex post*. Infatti, come già rilevato, la donazione di modico valore non conosce deroghe significative rispetto alla disciplina generale prevista per il contratto di donazione; al contrario le liberalità d'uso risultano sottratte a molte sue regole (come revocazione per ingratitudine, sopravvenienza di figli, riducibilità della collazione) e dunque potrebbero dar luogo ad esiti irrimediabili per i legittimari. Si consideri, in via ipotetica, che il disponente, successivamente ad anni di vita molto agiata, perda la sua fortuna: nulla gli sarà dovuto, a titolo di alimenti, né alcunché potrebbero rivendicare eventuali legittimari nei confronti dell'ex-convivente, che continuerà a godere di beni di valore considerevole, potendone disporre liberamente. In questi termini A. AMBANELLI, *Doni di opere d'arte tra conviventi e pretese restitutorie cit.*, p. 432.

⁵³⁵ Sul punto vedasi p.es. A. MORA, *Le liberalità d'uso*, in *Trattato dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, VI, Milano, 2009, pp. 242-243, il quale critica questa tendenza della giurisprudenza, affermando che se si intende un'attribuzione come liberalità conforme agli usi, occorre fornirne giudizialmente la prova in quanto, non trattandosi di usi normativi, non dovrebbe vigere il principio *iura novit curia*. In caso contrario dovrebbe trovare applicazione l'istituto della donazione.

⁵³⁶ Ma anche nella considerazione dei meriti o per speciale remunerazione.

⁵³⁷ Nell'obbligazione naturale il soggetto infatti agisce perché si sente obbligato in virtù di un dovere morale o sociale. Sussiste dunque un *animus solvendi* rispetto ad un obbligo, sia pur morale; nella donazione, invece, le attribuzioni sono del tutto spontanee e mosse appunto da un *animus donandi*.

una speciale riconoscenza dell'uno nei confronti dell'altro⁵³⁸ pare altrettanto che, ove compiuta, la sua peculiare disciplina si trovi in larga misura neutralizzata.

Ci si riferisce, in particolare, alla regola ex art. 437 c.c., a mente della quale il donatario è esonerato dall'obbligo di prestare gli alimenti al donante.

Nella fattispecie qui considerata, infatti, tale regola di esenzione parrebbe in sostanza svigorita, durante il rapporto, dall'esistenza del ben più pregnante obbligo di contribuzione che discende dal coniugio⁵³⁹, e successivamente dallo stesso obbligo alimentare che (salvo il caso di addebito) già permane in capo all'*ex coniuge* anche dopo il divorzio.

L'istituto, così, se applicato tra i coniugi potrebbe concepirsi soltanto in termini nominalistici, senza che possano trovare espressione i tratti caratterizzanti della sua disciplina.

DONAZIONI INDIRETTE E RAPPORTI FAMILIARI

Per completare la disamina delle liberalità si rivolge, infine, l'attenzione alla più sfumata categoria delle donazioni indirette, per capire come queste si intendano nei rapporti tra coniugi e conviventi, ed in particolare per verificare se si registrino variazioni rispetto alle regole che opererebbero se i soggetti fossero tra loro estranei.

In generale bisogna anticipare come il rapporto qualificato che lega i coniugi (ma il discorso sembra sfumare anche per i conviventi nella coppia di fatto) ostacoli la distinzione tra adempimenti contributivi (o di solidarietà) alla vita familiare e liberalità indirette, le quali, peraltro, possono compiersi con un ricco ventaglio di modalità.

In via di premessa è scontato – ma doveroso – il richiamo alla notazione terminologica in merito all'improprietà dell'espressione di donazione indiretta⁵⁴⁰. È stato correttamente osservato, infatti, che essa costituisce «una terminologia di comodo, che non intende alludere ad una categoria giuridica unitaria» bensì a tutta una serie di condotte eterogenee che presentano, quale comune denominatore,

⁵³⁸ Si immagini il caso di fantasia (ma non inverosimile), in cui la moglie operi una donazione ex art. 770 comma I c.c. al marito, di professione *manager*, quale riconoscenza per aver gratuitamente messo a disposizione le proprie competenze a favore dell'attività di impresa del di lei padre, prodigandosi con notevole tempo e impegno personale per risanare una situazione finanziaria delicata, e rendere possibile una ripresa, ormai insperata, della stessa attività.

⁵³⁹ Per quanto riguarda l'unione civile, è dubbio se la regola di cui ai commi 11, 12, 13 abbia previsto dei doveri di contribuzione in senso proprio che, salva la formulazione leggermente diversa, apparirebbero comunque simili a quelli scaturenti dal matrimonio.

⁵⁴⁰ Tradizionalmente, le liberalità non donative sono state considerate come appartenenti alla categoria dei negozi indiretti. Cfr. p.es. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955 (Ristampa della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2002, p. 320), nonché A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu Messineo*, Milano, 1956, pp. 19 e ss., spec. p. 32.

di risultare concretamente compiute «per attuare in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione»⁵⁴¹.

Risulta dunque più corretto parlare di liberalità *non donative*, per riferirsi a quelle liberalità a cui specificamente si riferisce l'art. 809 c.c., cioè attuate mediante uno strumento giuridico formalmente caratterizzato da uno scopo diverso da quello di cui agli artt.li 769 e ss. c.c., ove la causa concreta sia, in realtà, la medesima della donazione diretta⁵⁴².

Dalla norma di cui all'art. 809 c.c. si evincono i due requisiti che un atto deve possedere per essere qualificato come liberalità non donativa.

Anzitutto deve realizzare un effetto liberale: ciò non significa un generico “arricchimento”, bensì solo l'arricchimento giustificato dall'*animus donandi* del disponente. Le liberalità non donative e le donazioni sono dunque accomunate dalla stessa realtà sostanziale⁵⁴³ benché abbiano, come detto, una struttura diversa. Tuttavia, poiché transitano attraverso uno strumento giuridico diverso dalla donazione, non abbisognano della forma solenne⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Rescigno*, VI, 2, 1997, p. 498. Il medesimo Autore sottolinea inoltre che la liberalità va configurata tecnicamente come un effetto economico che discende direttamente o indirettamente dall'adozione di svariati strumenti (*ibidem* p. 486). Anche V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 1 e ss. premesso che «gli atti di liberalità sono un insieme variegato e privo di confini determinati, aperto, cioè, all'ingresso di strumenti sempre nuovi, idonei a realizzare il fondamentale risultato dell'attribuzione “disinteressata” nei confronti del beneficiario», rileva che «l'esperienza insegna che gli atti di liberalità sono tanti quanti la fantasia e l'abilità degli operatori riesca a modellare nell'opera di ricerca del mezzo più congruo per il conseguimento della finalità voluta, o del risultato programmato»: essi comprendono, pertanto, intestazioni sotto nome altrui, rinunce, negozi posti in essere in ambito societario, prestazioni di garanzia, modificazioni soggettive dell'obbligazione, contratti a favore di terzi, rendite vitalizie, contratti di mantenimento, contratti aleatori, mandati irrevocabili e quant'altro. Per una panoramica accurata, vedasi A. FUSARO, *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p.864 e ss..

⁵⁴² Invero, la nozione di liberalità è molto più ampia di quella di donazione. Nel contemplare, all'art. 809 c.c., la categoria delle liberalità non donative, il legislatore ha preferito astenersi dal dettarne una definizione sia da elencare gli atti che vi rientrano. Verosimilmente la scelta è stata suggerita dalla constatazione per cui, astrattamente, un numero indefinito di atti si presta a realizzare un arricchimento in capo al destinatario a fronte di chi lo compie. Di qui, il riferimento della citata norma alle liberalità che “risultano” da atti diversi dalla donazione. L. COPPO, *Donazioni e liberalità non donative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 1385-1386.

⁵⁴³ Per questo, il legislatore ha deciso di isolare la categoria per sottoporla a parte della disciplina prevista per la donazione, estendendo alle liberalità non donative le norme sull'azione di riduzione e sulla revocazione per sopravvenienza di figli (809 c.c.) nonché quelle sulla collazione (artt. 737 e ss. cc.) a favore dei legittimari, e la revocazione per ingratitudine a tutela del disponente.

⁵⁴⁴ Si è giustamente osservato come, in sede applicativa, il rapporto tra donazione e liberalità non donative si articola nella continua tensione tra identificazione dell'atto come “diverso dalla donazione”, quindi sottratto validamente alla forma solenne, benché liberale, e quando invece, qualificandosi come tale, debba dichiararsi nullo.

La frammentarietà (e per certi versi contraddittorietà) del quadro delineato dalle varie pronunce giurisprudenziali su questa figura, in tempi recenti ha indotto la Suprema Corte a Sezioni Unite a pronunciarsi in merito alla sua struttura e al suo meccanismo di funzionamento, in generale⁵⁴⁵.

Le Sezioni Unite⁵⁴⁶, oltre a proporre una distinzione – per l’innanzi inedita nel panorama giurisprudenziale – tra donazioni indirette e donazioni tipiche ad esecuzione indiretta⁵⁴⁷, hanno stabilito che ricorre una liberalità non donativa allorché l’atto o l’operazione da cui risulta l’effetto liberale sia sorretta da una “doppia causa”, *i.e.* sia dotata di una causa tipica autonoma a cui si aggiunge l’animus donandi. Ricorrerebbe una donazione pura, invece, quando lo spirito di liberalità costituisce l’unica causa dell’attribuzione. Affinché, dunque, un atto sia qualificabile come liberalità non donativa, è necessario che abbia una causa ulteriore, diversa e autonoma rispetto all’*animus donandi*.

Il requisito della “doppia causa” sarebbe poi integrato non solo mediante il compimento di due atti, ma altresì in presenza di un solo atto⁵⁴⁸, anche *unilaterale*, purché incida su due rapporti, ciascuno sorretto da una sua ragione giustificativa⁵⁴⁹.

Infine, anche un atto materiale produttivo di un arricchimento (qual è ad esempio l’edificazione su suolo altrui) potrebbe costituire una liberalità. Tale configurazione viene espressamente considerata nella parte motiva di varie pronunce di legittimità⁵⁵⁰, che indirettamente lo affermano. Nondimeno, per essere sorretto da un *animus donandi* deve pur sempre trattarsi di un negozio giuridico (invero il

⁵⁴⁵ Cass. SS.UU. 27 luglio 2017, n. 18752. La pronuncia delle Sezioni Unite è stata commentata da A. FUSARO, *Le Sezioni unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1336-1359, al cui contenuto si rimanda per una riflessione sulle questioni centrali della materia.

⁵⁴⁶ Partendo dal caso di specie da cui è originata l’Ordinanza di rimessione 4 gennaio 2017, n. 106: il caso si riferiva al trasferimento, per spirito di liberalità, di strumenti finanziari di ingente valore dal conto deposito titoli di un soggetto a quello di un altro, eseguito dal titolare mediante giroconto per mezzo della banca.

⁵⁴⁷ Con riferimento al caso di specie, la Cassazione ha affermato che l’intermediazione della banca non sarebbe giuridica ma solo gestoria, in quanto la banca è solo esecutrice materiale di un’attribuzione che non proviene dal proprio patrimonio bensì da quello del disponente (dunque, nel caso, indiretta non sarebbe la liberalità ma l’esecuzione della medesima). Il singolo ordine della banca non è dunque dotato di una causa tipica autonoma ma è sorretto di volta in volta da una giustificazione diversa, che può essere liberale, solutoria, o altro.

⁵⁴⁸ Diverso è infatti il caso in cui la liberalità derivi da due atti tra loro collegati (si pensi alla dazione di una somma di denaro e al successivo atto d’acquisto di un bene, da parte del beneficiario, con tale somma).

⁵⁴⁹ La plausibilità di questa tesi sembra confermata dal diverso trattamento che la giurisprudenza teorica e pratica riserva all’accollo *esterno* liberale, qualificato come liberalità *non donativa* (E. BRIGANTI, *La circolazione del debito*, in E. BRIGANTI-D. VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato dir. civ.* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 358 e ss.. In giurisprudenza, di pari avviso, Cass. 8 luglio 1983 n. 4618 (in *Giur. it.* 1983, I, c. 1792) rispetto all’accollo *interno* liberale (qualificato come *donazione*: ed in effetti questo mancherebbe di un negozio-mezzo dotato di una causa autonoma, di talché la liberalità non è un effetto indiretto, bensì la causa che sorregge l’accollo). Così anche Cass. 30 marzo 2006, n. 7507 (in *DeJure*).

⁵⁵⁰ Cass. 15 maggio 2009, n. 11330 (in *DeJure*); Cass. 30 settembre 2016, n. 19578 in *Riv. not.* 5/2017 p. 1003 e ss. con nota di G. MUSOLINO; Cass. 15 febbraio 2019, n. 4659 in *DeJure*.

concetto stesso di *animus donandi* è incompatibile con quello di atto non negoziale), altrimenti troverebbe spazio la normativa in tema di arricchimento ingiustificato ex art. 2041 c.c.⁵⁵¹.

Il quadro appena ricomposto si staglia sullo sfondo della presente riflessione, e permette di affrontare, con maggior nitidezza, l'atteggiarsi della figura delle liberalità non donative calate nel contesto dei rapporti tra coniugi e conviventi.

Si può anzitutto rilevare come nelle donazioni indirette non si pongano quei problemi, riscontrati per le donazioni dirette tra coniugi, in merito all'operare dei requisiti di forma, né si è posta nella prassi la questione di attribuire validità ad atti altrimenti nulli, atteso che, come poc'anzi illustrato, nelle donazioni 'indirette' la validità delle attribuzioni risulta salvata dalle regole di forma del negozio-mezzo.

Gli elementi di specialità riguardano, invero, altri profili.

REGIME DI COMUNIONE LEGALE

In primo luogo, si può considerare l'atteggiarsi della donazione indiretta con riferimento alla coppia in regime di comunione legale.

Per liberare il campo da ogni fraintendimento va preliminarmente precisato, ove fosse necessario, che l'oggetto della riflessione non è quello riguardante la sorte degli acquisti di diritti⁵⁵² per donazione indiretta del singolo coniuge, da terzi, che la giurisprudenza ha da tempo ricondotto alla categoria di 'beni personali' ex art. 179 lett. b) c.c. *ad instar* di quelli realizzati per donazione diretta e per successione⁵⁵³. Qui si tratta, invece, di verificare la configurabilità dell'istituto delle liberalità non donative compiute nei rapporti *inter coniuges*.

⁵⁵¹ Per tali ragioni, con riferimento alla rinuncia ai diritti, parte della Dottrina attribuisce natura liberale non all'atto in sé ma alla rinuncia a chiedere l'indennità per l'arricchimento che esso ha prodotto. Se si accogliesse questa impostazione, applicando il criterio della doppia causa, bisognerebbe qualificare tale rinuncia, ove sorretta dall'*animus donandi*, come donazione anziché come liberalità non donativa.

⁵⁵² Pone in luce correttamente C. GRANELLI, *Donazione e rapporto coniugale*, in *Giur. it.* 2002, p. 1313 s.s. che nell'ambito delle svariate ipotesi riconducibili alla donazione indiretta, ai fini dell'applicazione della norma qui coinvolta, vengono in rilievo solo quelle che determinano l'acquisto di diritti.

⁵⁵³ *Ex multis* Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *DeIure*; Cass. 8 maggio 1998 n. 4680; Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778, in *Corr. giur.* 5/2001, p. 645 con commento di C. RIMINI; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 6 novembre 1996, in *Fam. dir.* 1997, p. 469 con commento di D'ADDA. Quanto alla giurisprudenza teorica, sin dalle prime opere di commento alla riforma l'opinione maggioritaria è sempre stata favorevole alla sottoposizione delle donazioni indirette all'art. 179 lett. b) c.c.. In tempi più recenti è tuttavia emerso anche un orientamento di segno contrario (p. es. G. VECCHIO, *Liberalità atipiche e comunione legale tra i coniugi: un improbabile ritorno alla prevalenza della "volontà" sulla dichiarazione?* in *Vita Not.*, 2002, p. 1152 ss., F. MATRONE, *Comunione legale e acquisti a titolo gratuito*, in *Vita Not.*, 2004, p. 546).

Allorquando il regime patrimoniale secondario sia quello legale, la categoria sembra infatti assumere caratteri di evanescenza, in ragione delle difficoltà sia teoriche che pratiche attinenti alla sua individuazione.

La struttura dell'istituto, infatti, non consente di poter affermare un'esclusione (come si è fatto per le donazioni dirette) del meccanismo stabilito dall'art. 177 lett. a) c.c., che sembra così catturare ogni acquisto, anche separato (di beni o di crediti), che si distribuisce egualmente tra i coniugi ostacolando la possibilità di realizzare, con le forme consuete, liberalità non donative all'altro *partner*.

Sotto distinto profilo, viene ad interferire anche il regime primario, in cui peraltro – quale ulteriore elemento di complessità – sono gli stessi coniugi a stabilire natura e misura dei contributi a carico di ciascuno, in base al proprio accordo e alle proprie sostanze (v. artt. 143 e 144 c.c.).

Coerentemente con la regola costituita dalla natura comune dell'acquisto, dottrina e giurisprudenza escludono pacificamente che possa configurare una donazione indiretta del coniuge in favore dell'altro, la mancata adozione della modalità di acquisto separato prevista dall'art. 179, comma II, c.c.

Si registrano, invece, affermazioni giurisprudenziali in senso contrario con riferimento all'ipotesi speculare, nella quale il coniuge riconosca la provenienza personale del denaro utilizzato dall'acquirente, senza che ne ricorra l'oggettivo presupposto: per queste ipotesi la giurisprudenza di legittimità⁵⁵⁴ ha sancito che – ferma la valenza confessoria di tale dichiarazione nei rapporti interni ai coniugi⁵⁵⁵ – gli eredi dell'uno possano far valere la natura di donazione indiretta in relazione a tale riconoscimento. Pertanto sarebbe questo, sostanzialmente, il principale strumento con cui, nel regime potrebbero operare liberalità non donative.

Tale schema apparirebbe coerente con quello individuato dalla Cassazione, e dianzi illustrato, in cui mediante un solo atto negoziale (nel caso la dichiarazione-confessione) avente una causa autonoma, si aggiunge quella concreta, di tipo donativo. Resta, tuttavia, il problema non trascurabile del suo concreto accertamento. Appare infatti evidente come, quanto meno sul piano probatorio, i contorni della figura risultino in questo contesto difficili da dimostrare, considerate le variabili forme (rimesse esse stesse all'accordo stesso dei coniugi) che può assumere il soddisfacimento, diretto o indiretto, dei bisogni della famiglia.

⁵⁵⁴ Cass. 9 novembre 2012 n. 19513 (in *DeIure*).

⁵⁵⁵ Cfr. Cass. SS. UU. 28 ottobre 2009 n. 2275 che ha affermato la natura confessoria della dichiarazione del coniuge di cui all'art. 179 comma II c.c.. Ne consegue che, in quanto confessione, la dichiarazione resa in atti può essere impugnata dal dichiarante solo per le ragioni per cui può essere revocata la confessione ex art. 2732 c.c. ossia l'errore di fatto e la violenza (ipotesi, per inciso, rare e difficili da provare).

REGIME DI SEPARAZIONE DEI BENI E CONVIVENZE DI FATTO

La giurisprudenza pratica, d'altro canto, testimonia come le liberalità non donative siano particolarmente implicate nel contesto dei rapporti familiari, intesi in senso ampio.

Per individuare la sussistenza di una liberalità (e distinguere le liberalità dirette da quelle indirette) in seno alla coppia in regime di separazione dei beni e alla coppia di fatto, la giurisprudenza pratica si dimostrerebbe piuttosto incline a fare applicazione dei criteri e delle regole generali⁵⁵⁶.

Si potrebbe anzi affermare che (con un processo per così dire inverso) l'ampia gamma di liberalità non donative compiute tra familiari – assai frequenti nella prassi – abbia costituito per la giurisprudenza un termine di riferimento particolarmente prezioso, per mettere a fuoco i contorni e le modalità operative della figura, affermando criteri vevoli per l'ordinamento in generale.

La casistica giurisprudenziale conosce segnatamente ipotesi di liberalità indirette tra familiari compiute mediante intestazioni immobiliari al *partner* (o, sovente, al figlio della coppia) ovvero mediante operazioni su conti correnti bancari o deposito titoli (cointestazioni, o intestazioni esclusive di somme proveniente da un solo *partner*).

Le liberalità riguardanti cespiti immobiliari tra familiari hanno costituito per la giurisprudenza l'occasione per mettere a fuoco il principio, di portata generale, secondo cui quando un soggetto abbia erogato il danaro per l'acquisto di un immobile in capo al proprio *partner* (o al proprio figlio), si deve distinguere il caso della donazione diretta del danaro, in cui oggetto della liberalità rimane quest'ultimo, da quello in cui il danaro sia fornito quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, che costituisce il fine della donazione. In tale secondo caso, il collegamento tra elargizione del danaro e l'acquisto del bene immobile da parte del *partner* (o del figlio) porterebbe a concludere che si sia in presenza di una donazione indiretta dell'immobile stesso, e non già di una donazione del denaro impiegato per il suo acquisto⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Il tema dell'individuazione di donazioni indirette risulta, peraltro, particolarmente delicato e importante sul piano pratico, proprio nel contesto dei rapporti familiari, in quanto i soggetti tenuti alla collazione in sede ereditaria (art. 737 c.c.) devono «conferire ai coeredi tutto ciò che hanno ricevuto dal defunto per donazione direttamente o indirettamente» salvo le esenzioni previste (dall'art. 738 c.c. per le donazioni di modico valore e dall'art. 742 c.c. per le spese di mantenimento e di educazione e per le altre ivi indicate). Sempre con gli stessi limiti, ex art. 809 c.c. le donazioni indirette sono incluse tra le donazioni oggetto di reintegrazione della quota riservata ai legittimari. Si consideri poi che le donazioni indirette, come quelle dirette, sono revocabili per sopravvenienza di figli o per ingratitudine (art. 809 c.c.). Con riferimento alla prima delle ipotesi considerate (la sopravvenienza di figli) l'individuazione di donazioni indirette potrebbe entrare in gioco avuto riguardo alla realtà, socialmente sempre più diffusa, delle famiglie ricomposte, in cui la creazione di situazioni nuove, per l'innanzi non considerate, potrebbe porre il problema di “rimettere in gioco” attribuzioni già compiute, da cui la necessità di qualificarne con precisione il profilo causale.

⁵⁵⁷ L'impostazione si spiega considerando che nel caso del denaro corrisposto allo specifico scopo dell'acquisto del bene, o mediante il versamento diretto dell'importo all'alienante o mediante la previsione della destinazione della somma donata al trasferimento immobiliare, c'è un collegamento tra l'elargizione del danaro e l'acquisto del bene da parte del beneficiario. Si deve distinguere, perciò, l'ipotesi della donazione diretta del denaro, impiegato successivamente dal beneficiario in un acquisto immobiliare con propria autonoma e distinta determinazione - nel qual caso oggetto della

Mette conto di sottolineare come la soluzione di questa fattispecie, operata dalla giurisprudenza italiana, sia opposta a quella raggiunta dal diritto francese, che invece la disciplina espressamente, mediante un'apposita regola. Invero nel passato anche la giurisprudenza francese considerava l'operazione in questione come «*un tout indivisible*» qualificandola però in termini di donazione diretta dissimulata, relativa alla proprietà acquistata; inoltre poiché ai sensi dell'abrogato art. 1099, alinea 2 *code civil* le donazioni dissimulate tra coniugi erano considerate sempre nulle, i beni acquisiti appartenevano al coniuge che aveva effettivamente fornito il denaro.

L'articolo 1099-1 del *code* (introdotto dalla Loi n. 67-1179 del 28 décembre 1967) ha invertito questa soluzione giurisprudenziale, e ha fissato la regola per cui «*Quand un époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés*». La legge considera perciò oggetto della donazione il denaro ricevuto, e non già i beni acquisiti con esso. Inoltre, in caso di revoca, annullamento o riduzione della donazione, il donatario dovrà restituire non già la somma nominale che gli è stata data, ma quella che corrisponde al valore attuale del bene (art. 1099 -1 comma II *code civil*).

In un recente caso, è stata ricondotta all'ambito della donazione indiretta l'attività con cui il marito abbia fornito i fondi affinché la moglie divenisse con lui *comproprietaria* di un immobile, così come i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente dal medesimo, volti a finanziare lavori di ristrutturazione nell'immobile in questione (in quanto vi è stata ravvisata la stessa causa liberale)⁵⁵⁸. L'analisi della produzione giurisprudenziale mette in rilievo, in ogni caso, una generalizzata difficoltà delle corti nel ricostruire *ex post* le vicende della vita familiare, tentando di individuare un criterio discrezionale tra elargizioni liberali e contribuzioni ai bisogni della famiglia. Dalle varie pronunce

donazione rimane il denaro stesso - da quella in cui il donante fornisca il denaro quale mezzo per l'acquisto dell'immobile, che costituisce l'unico specifico fine, se pur mediato, della donazione. Non ricorre, quindi, la fattispecie quando il danaro costituisca il bene di cui il donante ha inteso beneficiare il donatario e il successivo reimpiego sia rimasto estraneo alla previsione del donante (Cass. civ., Sez. II, 6 novembre 2008, n. 26746 in *DeJure*). Secondo la giurisprudenza non è poi configurabile una donazione indiretta di un immobile quando il donante paghi soltanto una parte del prezzo del bene, poiché la corresponsione del denaro costituirebbe una diversa modalità per attuare l'identico risultato giuridico-economico dell'attribuzione liberale dell'immobile, esclusivamente nell'ipotesi in cui sostenga l'intero costo. Cass. civ. Sez. II 31 gennaio 2014 n. 2149 (in *DeJure*).

⁵⁵⁸ Cass. civ. Sez. II. 4 ottobre 2018 n. 24160; in senso conforme Cass. civ. sez. IV 24 luglio 2018 n. 19537 (in *DeJure*). Ad analoga qualificazione in termini di donazione indiretta, la Cassazione è pervenuta in un caso di convivenza *more uxorio*, in relazione all'attribuzione patrimoniale effettuata dalla convivente, che nel corso della relazione aveva proceduto all'acquisto di un immobile in comunione con il *partner* per quote uguali, pur avendo sborsato l'intero prezzo per l'acquisto. Cass. civ. Sez. II 25 marzo 2013 n. 7480 in *Fam. dir.* 6, 2013, con nota di G. OBERTO *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*, p.556, e spec. p. 559 ove l'Autore sottolinea l'esistenza di profonde analogie di queste situazioni con quelle dei coniugi in regime di separazione dei beni, quasi a riprova della circostanza che famiglia legittima e famiglia di fatto null'altro sono mai, se non due facce della stessa medaglia.

sembra nondimeno emergere la necessità di una rigorosa dimostrazione della sussistenza di un *animus donandi*, non ritenendo le Corti possibile la sua inferenza dalla mera sussistenza del rapporto di coniugio, dell'unione civile o della convivenza di fatto ⁵⁵⁹.

Riguardo poi all'individuazione di donazioni indirette in relazione al deposito di somme su conti correnti o conti deposito titoli, la giurisprudenza esaminata attesta un orientamento rigoroso ritenendo, in linea di massima, che non possa essere riconosciuto un *animus donandi* sulla sola base della mera cointestazione del conto, e del fatto che i soggetti siano coniugati o conviventi. Non sembra, pertanto, che un rapporto tra le parti di tipo familiare possa scalfire in modo incisivo l'applicazione degli ordinari criteri normativi di riferimento, che altrimenti opererebbero se i soggetti fossero tra loro estranei.

Sempre nel caso della cointestazione di conti correnti bancari, si ritiene che la regola ex art. 1298 comma II c.c. operi anche nell'ipotesi di un conto corrente cointestato in cui, dunque, vi sarebbe una presunzione di uguaglianza delle quote di comproprietà tra i correntisti, salvo, sempre, che il conto non sia stato aperto nel solo interesse di un correntista o non sia alimentato soltanto da uno di essi. Se si prova tale circostanza, la presunzione di comproprietà viene vinta.

Con speciale riferimento ai soggetti in separazione dei beni non assumerebbe, poi, un rilievo particolarmente decisivo la già esaminata presunzione stabilita dall'art. 219 comma II c.c.⁵⁶⁰, che appunto è solo una presunzione. Infatti, pur ammessa l'estensione analogica di tale norma anche ai crediti, secondo la Cassazione la mera circostanza della cointestazione del contratto di deposito titoli a due coniugi non presupporrebbe anche la proprietà dei titoli depositati, ma semplicemente la loro disponibilità. Da tale premessa, la Corte ha tratto la conseguenza secondo cui, qualora sia provata la provvista di un conto corrente bancario unicamente per mezzo di denaro appartenente ad uno solo dei coniugi, la cointestazione non è sufficiente a dimostrare la volontà, attuata tramite una donazione indiretta, di mettere in comune la metà dei soldi: occorrerà sempre che l'altro *partner* dimostri in termini univoci, come si richiederebbe a qualsiasi altro soggetto, la presenza di ulteriori elementi da cui emerga l'*animus donandi*⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Nel senso della necessità di un rigoroso accertamento della *causa donandi*, di recente è intervenuta anche Cass. civ. sez. II 14 luglio 2021 n. 20062 in relazione ad un caso in cui due conviventi *more uxorio* avevano acquistato un immobile in comproprietà, utilizzando risorse economiche di entrambi, ma gli oneri d'acquisto erano stati sostenuti in modo maggiore da uno solo dei due. La Corte ha negato che la convivenza possa, per sé stessa, costituire elemento idoneo a presumere una giustificazione causale, in termini di spirito di liberalità, degli apporti economici di un *partner* "eccedenti" la sua quota.

⁵⁶⁰ Pur riferendosi la norma alla proprietà dei beni, si afferma in generale la possibilità di una sua estensione analogica ai rapporti obbligatori. G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Commentario Busnelli Schlesinger*, Milano, 2005, p.314.

⁵⁶¹ Per tutte, Cass. civ. Sez. I, 22 settembre 2000, n. 12552 (in *Delure*).

Recentemente, in una vicenda in cui in grado d'appello era stato ritenuto che il marito avesse inteso realizzare in favore della moglie – con l'apertura di un conto cointestato a sé e alla stessa – una donazione indiretta della metà delle somme via via versate sul conto stesso, la Cassazione non solo ha richiamato l'operare, anche in questo caso, della nullità della donazione di beni futuri sancita dall'art. 771 c.c. (con riferimento alle rimesse successive all'apertura del conto, ove inquadrate nell'ambito della donazione), ma ha altresì stabilito che la corte territoriale avrebbe dovuto motivare specificamente sulla sussistenza dello spirito di liberalità – nei confronti dell'altro coniuge – che avrebbe dovuto assistere ogni singolo versamento⁵⁶².

In definitiva, con riferimento alla configurazione in concreto di donazioni indirette, la giurisprudenza sembra per lo più orientata a richiedere una prova rigorosa dell'intento liberale secondo i criteri comunemente seguiti, non rivestendo un significativo rilievo la circostanza che le parti siano coniugate o conviventi.

CONIUGI, CONVIVENTI E ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

Il tema della configurazione di donazioni indirette si dimostra nella pratica strettamente intrecciato, e finisce per confondersi gradualmente con quello, più generale, della giustificazione causale degli arricchimenti tra coniugi e conviventi, facendo venire in rilievo l'istituto dell'arricchimento senza causa, a cui è dedicata questa parte della presente trattazione.

L'istituto dell'arricchimento senza causa costituisce, invero, una singolare prospettiva di analisi dei rapporti patrimoniali nell'ambito del matrimonio, delle unioni civili, e delle convivenze di fatto, in quanto permette di cogliere la specifica curvatura che, sul piano applicativo, le previsioni generali del diritto comune *in subiecta materia* possono assumere se applicate a rapporti famigliari⁵⁶³.

⁵⁶² Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 809 in *Fam. dir.* 2, 2015, pp. 121-126, con nota di V. ALVISI, *Conto corrente a firme e disponibilità disgiunte, titolarità delle somme e ripartizione dell'onere della prova*. In una fattispecie analoga, la Cassazione ha infine affermato che la possibilità che l'atto di cointestazione, con firma disgiunta, di una somma di denaro depositata presso un istituto di credito - qualora la predetta somma, all'atto della cointestazione, risulti essere pervenuta ad uno solo dei contestatari - può essere qualificato come donazione indiretta solo quando sia verificata l'esistenza dell'*animus donandi*, consistente nell'accertamento che il proprietario del denaro non aveva, nel momento della cointestazione, altro scopo che quello della liberalità» Cass. civ., Sez. II, 12 novembre 2008, n. 26983. Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme cfr. Trib. Vicenza 5 giugno 2012; Trib. Torino, Sez. II, 5 agosto 2008; Trib. Monza 25 gennaio 2001.

⁵⁶³ Cfr. A. FUSARO, *Arricchimento senza causa tra coniugi e conviventi*, in *Rass. dir. civ.* 4/2017, p. 1307 e ss.

Occorre anzitutto rilevare come il diritto privato generale offra una serie di puntuali disposizioni relative all'indebito oggettivo e soggettivo, all'ingiustificato arricchimento, al possesso, e al contratto, mentre in tema di diritto di famiglia ci è dato trovare solo scarse norme speciali in tema di restituzioni tra coniugi come quella, non certo di lineare interpretazione, offerta dalla regolamentazione dello scioglimento della comunione legale (art. 192 c.c. "*Rimborsi e restituzioni*")⁵⁶⁴.

Preliminarmente, va osservato che nel particolare rapporto che caratterizza la coppia coniugata, unita civilmente, o anche solo convivente non sembra, in ogni caso, che l'accoglimento delle pretese rivolte alla ripetizione di quanto prestato possa fondarsi sugli ordinari criteri di verifica del carattere indebito, dovendosi ora tener conto dei doveri scaturenti dal matrimonio, dall'unione civile e, in generale, del peculiare supporto causale che in un contesto *lato sensu* familiare possa sorreggere tali attribuzioni.

RESTITUZIONI E ARRICCHIMENTI TRA CONIUGI

Nel regime di comunione legale, la regola dell'automatismo degli acquisti sancito dall'art. 177 comma I lett. a) c.c., tendenzialmente svincolato dalla provenienza del corrispettivo, sembrerebbe a tutta prima il miglior antidoto alle rivendicazioni finanziarie. Nondimeno, la normativa in tema di scioglimento della comunione fissa all'art. 192 comma III c.c. una regola all'apparenza dissonante, che consente il recupero delle "*somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune*".

Si è acutamente osservato come una lettura ampia di questa regola, che equipari gli "*investimenti*" agli "*acquisti*", sarebbe in grado di demolire lo stesso meccanismo del coacquisto automatico, nonché

⁵⁶⁴ Anche dal punto di vista lessicale e terminologico si possono cogliere i tratti di specialità che assume il sotto-sistema di regole del regime patrimoniale legale. Si può notare infatti, anche in questa materia, uno scollamento tra il lessico del legislatore della riforma del 1975 e il complessivo quadro lessicale (e concettuale) in cui la normativa sulla comunione legale è stata inserita. Si è correttamente osservato, in particolare, che nel diritto privato generale il termine "restituzione" comunemente assume un preciso significato tecnico-giuridico. Segnatamente, nella disciplina generale del contratto si riferisce alle obbligazioni ripristinatorie conseguenti allo scioglimento del vincolo contrattuale. M. PALADINI, *Restituzioni e arricchimenti tra coniugi*, in *Crisi familiare e profili restitutori* (a cura di L. BERTINO), Milano, 2017, p. 17. Ebbene, l'art. 192 è rubricato "*Rimborsi e restituzioni*", tuttavia quest'ultimo termine viene utilizzato per descrivere solo le operazioni preliminari (prelievi e dazioni) alla formazione della massa di beni comuni, che i coniugi sono chiamati a dividere dopo lo scioglimento della comunione legale. A dispetto del linguaggio utilizzato, le "*restituzioni*" – così nominate in questa sede – nulla hanno dunque a che vedere con le restituzioni, come sopra accennate, relative alla caducazione causale delle prestazioni adempiute in esecuzione di un contratto dichiarato nullo, annullato, o risolto. Il tema delle restituzioni, in generale, è oggetto da tempo di attenzione e approfonditi studi nella dottrina civilistica. Per un'analisi in prospettiva comparatistica, si veda A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa Dir. Priv.*, 3/2012, p.783 ss..

la regola ex art. 194 comma I c.c. sulla ripartizione in parti uguali dell'attivo allo scioglimento della comunione, che a sua volta è corollario della regola dell'inderogabile parità delle quote⁵⁶⁵.

La Dottrina concorda, pertanto, sul fatto che tale disposizione vada interpretata in senso restrittivo, pena il venir meno dell'essenza stessa del regime di comunione legale, che rende ogni coniuge partecipe delle vicende economiche dell'altro⁵⁶⁶. Così, da un lato per *patrimonio personale* dovrebbe intendersi necessariamente solo l'elenco dei beni ex art. 179 c.c., dall'altro l'operatività della norma è stata circoscritta sostanzialmente al solo caso degli *incrementi*⁵⁶⁷ dei beni comuni.

Sulla scorta di essa è stato così accordato, per esempio, il diritto al rimborso delle spese sostenute da un coniuge per la ristrutturazione del bene oggetto di comunione legale⁵⁶⁸.

Il tema delle ristrutturazioni immobiliari si aggancia a quello delle vicende edificatorie, non necessariamente riguardanti un bene in comunione legale (con l'applicazione delle regole testé illustrate), bensì riguardante *beni di proprietà esclusiva* di un solo coniuge, e nondimeno realizzate con cespiti e risorse provenienti dal *patrimonio personale* dell'altro (precisamente da 'beni personali' ex art. 179 c.c. vigente il regime legale).

Il tema si annovera tra quelli che hanno maggiormente interessato l'attenzione delle corti, e può essere affrontato, in termini analoghi, per i casi in cui sia vigente il regime legale ovvero quello separatista. Esso costituisce un interessante oggetto di indagine, ai presenti fini, proprio per verificare se e come – fuori del campo in cui operano le speciali regole in tema di comunione legale, che come visto si sovrappongono alla trama di quelle generali, prevalendo su di esse – la presenza del rapporto qualificato che lega in soggetti coinvolti osti, almeno nell'elaborazione giurisprudenziale, all'applicazione delle regole del diritto privato comune sull'indebito oggettivo e sull'arricchimento senza causa ovvero se, anche qui, si assista ad una modifica dei criteri di applicazione di tali regole.

⁵⁶⁵ A. FUSARO, *Restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 477. La giurisprudenza pratica ha escluso sin da subito che i contributi forniti per l'acquisto di beni caduti in comunione, quando provengano dal patrimonio personale, possano ricondursi a questa previsione e dunque essere restituiti, salvo quando sia provata la consapevolezza, in capo all'altro coniuge, del fatto che si trattasse di anticipazioni (Cfr. Corte App. Milano, 19 novembre 1993 in *Giust. Civ.* 1994, n. 11, p. 167).

⁵⁶⁶ G. GENNARI, *Lo scioglimento della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, 2012, p. 503.

⁵⁶⁷ Il termine "incrementi", secondo la tesi tradizionale, corrisponderebbe alle nozioni tecniche di "addizioni" (art. 986 c.c.) e di "miglioramenti" (art. 985 c.c.) «rispetto alle quali appare meno suscettibile di puntualizzazioni su beni determinati, e piuttosto ricavabile da una serie di valutazioni economiche complessive distribuite nel tempo». F. CORSI *Il regime patrimoniale della famiglia* in *Trattato Cicu -Messineo*, I, Milano, 1979, p.66.

⁵⁶⁸ Cass. 4 febbraio 2005 n. 2354 in *Fam. dir.*, 2005, p. 237, con nota di V. CARBONE, *Ristrutturazione di immobile nella vigenza della comunione legale*; Cass. Civ. SS.UU. 27 gennaio 1996 n. 651, in *Fam. dir.*, 1996, p. 220 con nota di A. CECCHERINI *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali della costruzione*.

Nelle pagine precedenti si è già avuto modo di rilevare, peraltro, che secondo la giurisprudenza anche una liberalità non donativa potrebbe astrattamente essere compiuta mediante un atto materiale, quale appunto la ristrutturazione di un immobile altrui già esistente, o l'edificazione di un immobile su un fondo altrui, purché tale condotta sia sorretta dall'*animus donandi*.

Se si scorrono le sentenze delle Corti, si scopre come la giurisprudenza pratica abbia talora affermato – invero in modo alquanto generico – che non potendosi dimostrare un intento liberale, il coniuge che abbia contribuito con il suo patrimonio personale all'edificazione di un immobile sul suolo di proprietà esclusiva del consorte vanterebbe, nei confronti di quest'ultimo, un diritto di credito fondato sull'art. 2033 c.c., con la facoltà dunque di agire verso di lui per la ripetizione di quanto messogli a disposizione⁵⁶⁹.

La giurisprudenza teorica, invece, ritiene che il richiamo alla norma sull'indebito oggettivo, quale regola fondante il credito del coniuge, non tenga conto di quei profili, sostanziali e formali, che rendono tale figura rimediale difficilmente coordinabile col sistema dei rapporti personali tra i coniugi, improntato al rispetto dei dettami dell'art. 143 comma II c.c.: gli obblighi di assistenza morale e materiale, nonché di collaborazione nell'interesse della famiglia (che sono altresì espressione del valore costituzionale di solidarietà, qui specificata in modo pregnante, in quella coniugale) e che impongono di proteggersi reciprocamente anche partecipando, eventualmente, l'uno degli aspetti strettamente personali della vita dell'altro, in vista della realizzazione dell'unità familiare⁵⁷⁰.

Se, dunque, è la legge a sancire l'obbligo di garantire piena reciprocità negli sforzi tesi al mutuo sostegno nelle necessità quotidiane, non solo morali ma anche più prettamente materiali⁵⁷¹, nello stesso art. 143 c.c. si potrebbe ravvisare, se non una giusta causa dell'attribuzione, quanto meno l'adeguata base normativa che giustificerebbe l'atto dispositivo del proprio patrimonio, con cui il/la coniuge partecipa alla ristrutturazione o all'edificazione dell'immobile sul fondo del/della consorte, sgretolando le basi della ricostruzione, in termini di indebito oggettivo, operata dalla giurisprudenza pratica.

⁵⁶⁹ L'assunto è stato affermato, anche di recente, da Cass. Civ. Sez. II, 27 giugno 2018, n. 27412. In senso conforme Cass. Civ. 4 febbraio 2005, n. 2354; Cass. Civ. 14 aprile 2004, n. 7060 (tutte in *DeJure*). In precedenza, Cass. 14 marzo 1992, n. 3141 (in *Pluris OneLegale*). Nella giurisprudenza di merito, Trib. Messina 12 giugno 2001; del crescente utilizzo, in questo ambito, della regola ex art. 2033 c.c., dà conto anche A. ALBANESE, *L'indebito oggettivo nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 1369-1380.

⁵⁷⁰ A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo* in *Famiglia e diritto*, 11/2008, p. 1072.

⁵⁷¹ G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di Famiglia, Trattato Bonilini-Cattaneo*, tomo I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, p. 324.

L'applicazione, da parte delle Corti, della figura dell'indebito oggettivo sarebbe così censurabile anzitutto sul piano dogmatico, avuto riguardo alla criticata sussistenza degli elementi costitutivi di tale istituto.

In generale, ricorre una fattispecie di indebitto oggettivo allorché un soggetto provveda a eseguire una prestazione a favore di un altro soggetto, senza che vi sia un titolo idoneo a far considerare tale prestazione come giuridicamente dovuta. L'attribuzione patrimoniale effettuata risulta, cioè, priva di causa giustificativa⁵⁷².

A norma dell'art. 2033 c.c., colui che ha eseguito un pagamento non dovuto ha il diritto di ripetere ciò che ha pagato⁵⁷³.

Qui, invece, la *communio omnis vitae* che si staglia sullo sfondo dei rapporti tra coniugi, sembrerebbe informare di sé, giocoforza, anche questo tipo di attribuzioni e operazioni, intrecciandosi con la finalità di collaborare per realizzare l'indirizzo familiare e in generale la situazione di benessere spirituale, e qui materiale, della famiglia⁵⁷⁴.

L'esame delle pronunce giurisprudenziali in materia solleva ulteriori considerazioni che suscitano parimenti interesse, dal punto di vista prettamente tecnico, nel contesto del presente esercizio volto a censire in che modo gli istituti del diritto privato patrimoniale generale vengano applicati nel quadro dei rapporti familiari.

È stato acutamente rilevato, infatti, come riguardo al caso in cui il coniuge non proprietario del suolo provveda a pagare, con proprio denaro personale, il fornitore dei materiali o comunque l'appaltatore, nell'affermare l'operatività della regola ex art. 2033 c.c. la giurisprudenza pratica sembri fare un'applicazione sui generis di tale norma, rompendo lo schema con cui essa normalmente opera: accorda infatti al coniuge l'azione ex art. 2033 c.c. non già contro l'*accipiens* specificamente inteso o considerato (l'appaltatore), bensì contro il consorte, il quale, a stretto rigore fattuale, non ha ricevuto alcun pagamento, né dovuto, né indebitto, e quindi non può nemmeno restituirlo⁵⁷⁵.

⁵⁷² Questa situazione può verificarsi per effetto di una vasta serie di eventualità giuridiche, che attraversano l'intero sistema: inesistenza dell'obbligazione, dichiarazione di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione del negozio giuridico, *et cetera*. Per una disamina dell'istituto nella sua applicazione ad opera delle corti cfr. A. ALBANESE, *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale cit.*

⁵⁷³ Sull'azione di ripetizione in generale, sia consentito il rimando alla monografia di U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974.

⁵⁷⁴ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, pp. 70-71, sosteneva, addirittura, che non si potrebbe nemmeno parlare di indebitto quando sussista un qualche rapporto, giuridicamente rilevante, fra i soggetti coinvolti nell'attribuzione.

⁵⁷⁵ A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Fam.dir.*, n. 11/2008, p.1073, il quale osserva come, se è vero che l'art. 2033 non faccia espressamente riferimento all'*accipiens* come soggetto passivo dell'azione di ripetizione, tuttavia esso non può non integrarsi col disposto dell'art. 2037 c.c., il quale obbliga colui che ha indebitamente ricevuto una cosa determinata a restituirla. Sul piano processuale, rispetto alla domanda restitutoria la posizione del consorte, a stretto rigore, dovrebbe essere qualificata da carenza di legittimazione passiva.

Nella giurisprudenza teorica si registra tuttavia la posizione di Autori⁵⁷⁶ che sostengono, invece, la piana applicazione al caso in questione delle regole generali in tema di indebito oggettivo, nonché di accessione e di adempimento del terzo, senza che il rapporto di coniugio possa ostacolare, o anche interferire con la loro operatività. Secondo questo orientamento, l'obiezione ad applicare istituti che impongano di considerare il coniuge come terzo alla luce della sussistenza dei doveri ex art. 143 c.c., non sembrerebbe decisiva, posto che il dovere di collaborazione non precluderebbe la possibilità di considerare il medesimo alla stregua di un terzo in tutte quelle ipotesi – come sarebbe quella qui considerata – in cui non pare coinvolta la famiglia strettamente intesa o le vicende del patrimonio comune.

Così, secondo questa teoria, nel caso di edificazione dell'immobile direttamente con materiali propri del consorte, potrebbe applicarsi *tout court* la regola ex art. 935 c.c., con obbligo di pagare il valore dei materiali. Nel caso (più frequente nella prassi) in cui il coniuge paghi l'appaltatore e questi fornisca direttamente i materiali (art. 1658 c.c.) l'intervento del *solvens* potrebbe essere qualificato come *adempimento del terzo* (art. 1180 c.c.) ed eventualmente, in via residuale, come un'ipotesi di ingiustificato arricchimento⁵⁷⁷. La figura dell'adempimento del terzo apparirebbe dunque coerente con la fattispecie, ove effettivamente il coniuge *solvens* è terzo rispetto al rapporto contrattuale esistente tra l'altro coniuge appaltante e l'appaltatore⁵⁷⁸.

Sempre secondo questo orientamento, quando invece non ricorrano i presupposti né dell'art. 935 c.c. né dell'art. 1180 c.c., per esempio perché il coniuge versa il denaro all'altro coniuge, che paga l'appaltatore, si potrebbe applicare la regola generale ex art. 2041 c.c., che fonderebbe un obbligo di indennizzo in capo all'arricchito: ovviamente, purché possa escludersi l'intento liberale (del tutto possibile, come visto), e al netto dell'adempimento di una specifica intesa (anch'essa da dimostrare) sulla ripartizione del *ménage* per realizzare l'interesse della famiglia.

⁵⁷⁶ A. GALATI, *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Famiglia e diritto*, 11/2008, pp. 1074-1075.

⁵⁷⁷ Salvo tuttavia rilevare l'ostacolo costituito dalla volontarietà del comportamento dell'impovertito, che escluderebbe l'indennizzabilità. Inoltre, secondo G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2005 (*passim sub artt.* 215-219 e *sub art.* 249), il rimedio ex art. 2041 c.c. sarebbe inammissibile per le prestazioni di *facere* tra coniugi anche quando superino la misura del dovere di contribuzione fissata dall'art. 143 c.c., assumendo che «il contesto nel quale le prestazioni si vengono a collocare non possa dirsi caratterizzato dall'onerosità, se si eccettuano, naturalmente, le prestazioni riconducibili alla fattispecie descritta dall'art. 230bis c.c., nonché quelle riferibili a specifici rapporti obbligatori quali quello lavorativo o societario», a somiglianza di quanto concluso «nelle relazioni *more uxorio*, per le prestazioni eccedenti la misura della contribuzione in forza dell'obbligazione naturale parametrata sul criterio posto (per i coniugi) dall'art. 143 c.c.»; pertanto «anche nell'ambito della famiglia legittima, dovrà trovare applicazione il principio che, al fine di escludere lo scambio imposto, nega l'azione di arricchimento ingiustificato a chi si sia impoverito spontaneamente ingerendosi nella sfera patrimoniale altrui».

⁵⁷⁸ Diversa ancora è la questione del suo eventuale coinvolgimento ove si consideri che l'obbligazione sia stata contratta nell'interesse della famiglia. Su questo specifico argomento si rimanda ai temi trattati *supra* nel Cap. 8.

Invero, l'adempimento degli obblighi contributivi sembrerebbe comunque entrare irrimediabilmente in gioco quando l'immobile in questione sia stato adibito a casa familiare.

Ferma l'inderogabilità della regola sull'accessione (art. 934 c.c.), la destinazione della casa potrebbe annullare il sorgere di un credito per il coniuge non proprietario, che pur abbia contribuito all'edificazione (o alla ristrutturazione). Infatti, tale contributo potrebbe ritenersi compensato dall'aver, l'altro coniuge, messo a disposizione il proprio fondo o immobile, per poter così disporre di un alloggio comune, apportando un rilevante contributo al benessere della famiglia⁵⁷⁹. È chiaro, poi, che la contribuzione dei coniugi non sia necessariamente paritaria, ma modulata dall'accordo degli stessi, nonché dalle relative sostanze, che potrebbero giustificare apporti asimmetrici in corrispondenza di situazioni patrimoniali personali asimmetriche dei coniugi⁵⁸⁰.

Non è dunque agevole distinguere gli obblighi in cui può scomporsi il dovere di contribuzione.

Come si è già annotato, non può altresì essere escluso che ad una contribuzione asimmetrica si mescolino anche frammenti causali riconducibili alla liberalità, essendo possibile che uno dei coniugi intenda contribuire spontaneamente, in misura maggiore dell'altro, ai bisogni della famiglia.

È chiaro come, in concreto, l'individuazione di un simile intento volontaristico aggiunga un ulteriore elemento di complessità; ove accertato, precluderebbe un'istanza di ripetizione.

Questa ipotesi di contribuzione asimmetrica risulta peraltro oggetto di una specifica considerazione normativa nell'ordinamento tedesco, ove il § 1360b BGB rubricato *Zuvielleistung* ("Prestazione eccessiva") fissa una presunzione per cui se uno dei coniugi partecipa al mantenimento della famiglia con un contributo superiore a quanto da lui dovuto, deve ritenersi nel dubbio che egli non intenda pretendere rimborsi dall'altro (§ 1360b BGB '*Zuvielleistung*': «*Leistet ein Ehegatte zum Unterhalt der Familie einen höheren Beitrag als ihm obliegt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass er nicht beabsichtigt, von dem anderen Ehegatten Ersatz zu verlangen*»).

Ciò nonostante, la dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno ammesso l'accoglimento di pretese restitutorie riguardanti prestazioni dell'ex coniuge ritenute *sproporzionate*, ove poste in essere nel convincimento e con l'aspettativa che il rapporto coniugale durasse nel tempo.

⁵⁷⁹ P. es. Cass. 17 settembre 2004 n. 18749 in *DeJure*, ha ritenuto espressione di partecipazione alle esigenze del nucleo familiare il consistente intervento finanziario, da parte di un coniuge, nelle spese relative ad un bene di proprietà esclusiva dell'altro coniuge, ma da questi messo a disposizione per l'uso familiare comune.

⁵⁸⁰ Su questo tema vedasi anche M. G. CUBEDDU, *Rapporti patrimoniali dei coniugi: contribuzione non paritaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p.681.

Più precisamente, a partire dagli anni '70 e '80 del XX secolo dottrina e giurisprudenza tedesche hanno iniziato ad utilizzare la terminologia di 'elargizioni coniugali' (*ehebezogene Zuwendungen*) o 'elargizioni innominate' (*unbennante Zuwendungen*) proprio per provare a distinguere, nell'ambito delle attribuzioni tra soggetti coniugati, le vere e proprie donazioni - e cioè le attribuzioni poste in essere per spirito di liberalità, dunque destinate a rimanere nella piena disponibilità dell'altro coniuge donatario - da quelle attribuzioni attraverso cui il coniuge *solvens* persegua, a ben vedere, anche una finalità egoistica, poiché volte a sostenere e consolidare la vita coniugale, e compiute sul presupposto che il matrimonio sia duraturo⁵⁸¹.

Con la teorica delle *ehebezogene Zuwendungen* la giurisprudenza ha fatto ricorso, in sostanza, all'istituto della presupposizione, individuando il fondamento negoziale (*Geschäftsgrundlage*) di tali attribuzioni nella *stabilità* di quel rapporto coniugale⁵⁸², ed ammettendo allora che, con lo scioglimento del matrimonio, tra i due coniugi possano farsi valere reciproche pretese di adeguamento in base alla regola sul venir meno del fondamento negoziale (*Wegfalls der Geschäftsgrundlage*) ai

⁵⁸¹ A titolo esemplificativo sono state così qualificate le seguenti fattispecie: cessione di metà dell'immobile al coniuge, pagamento per intero del mutuo relativo all'immobile in comproprietà, conferimento del denaro per l'acquisto di un terreno, intestato in via esclusiva all'altro coniuge, su cui costruire una casa da abitare insieme durante la vecchiaia. Per un'applicazione della legge tedesca e di questa teoria ad opera della giurisprudenza pratica italiana, in un caso relativo ad una coppia di ex coniugi cittadini tedeschi residenti in Italia, vedasi Corte d'Appello di Milano, n. 1092 del 31 marzo 2022, che conferma Tribunale di Lecco, n. 79 del 17 febbraio 2021 (in *Polisweb*).

⁵⁸² Detto altrimenti tali attribuzioni, per quanto non dovute in base alla disciplina del rapporto coniugale, tuttavia non sono state ritenute prive di fondamento, poiché poste in essere in considerazione del matrimonio, e sul presupposto che il rapporto coniugale durasse nel tempo; venendo meno il *fondamento* della lunga durata del rapporto, si è accolta la pretesa di restituzione.

sensi del § 313 BGB⁵⁸³, ogniqualvolta il mantenimento della situazione patrimoniale creatasi risulti inaccettabile per il coniuge svantaggiato, o comunque irragionevole⁵⁸⁴.

La giurisprudenza tedesca afferma che una correzione della situazione patrimoniale basata sul venir meno della causa del negozio secondo il § 313 è più semplice nel caso di coniugi in regime di separazione dei beni (*Gütertrennung*), ma non la esclude *a priori* anche nel caso del regime legale, ove potrebbe trovare spazi di applicazione in casi eccezionali, benché il più delle volte appaia superata

⁵⁸³ Come modificato in seguito alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002:

«§ 313 *Störung der Geschäftsgrundlage*

(1) *Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

(2) *Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

(3) *Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».*

§ 313 Alterazione del fondamento negoziale

1) *Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato.*

2) *Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate fondamento del contratto si rivelano false.*

3) *Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non è pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, questo recesso sostituisce il diritto di recesso.*

La legge delinea anzitutto una figura di presupposizione *soggettiva*, relativa all'ipotesi in cui il fondamento negoziale sia rappresentato da una determinata rappresentazione comune alle parti o da una nuova aspettativa; il venir meno di un fondamento di questo tipo si verifica quando emerga successivamente che quella rappresentazione o quell'aspettativa non trovano riscontro nella realtà. È il caso delle nuove circostanze essenziali a cui fa chiaramente riferimento il § 313 comma II. La legge delinea inoltre la figura della presupposizione *oggettiva*, nelle due forme tipizzate della frustrazione dello scopo (*zweckverteilung*) e dell'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni (*äquivalenzstörung*). Quanto alla prima (*zweckverteilung*), la regola del § 313 può venire in considerazione se a mancare sia una finalità ulteriore e secondaria, e non invece quando venga a mancare lo scopo primario del negozio. Quanto, invece, alla seconda forma tipica di presupposizione oggettiva, ossia l'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico (*äquivalenzstörung*), secondo l'interpretazione estensiva questa sarebbe integrata anche in caso di un'alterazione non solo di un equilibrio economico contrattualmente stabilito tra prestazione e controprestazione, ma di un generico assetto di reciprocità tra beni o utilità discendenti dal negozio, non necessariamente o non integralmente suscettibili di valutazione economica.

⁵⁸⁴ Quando un coniuge attribuisca all'altro un'entità patrimoniale come contributo alla realizzazione, alla conservazione o alla sicurezza della convivenza matrimoniale, il coniuge conferente agisce con la rappresentazione e l'aspettativa che la vita in comune sarà di lunga durata e che nell'ambito di tale convivenza egli stesso potrà *partecipare* all'entità patrimoniale da lui conferita, ed ai suoi frutti. Da questo negozio, riferito al matrimonio e avente natura propria, possono sorgere diritti di rifusione se il matrimonio fallisce, come nel caso del venir meno della causa del negozio, quando il mantenimento della situazione patrimoniale creatasi non risulta accettabile per il coniuge svantaggiato (*Cfr.* BGH 27 gennaio 1988; BGH 15 febbraio 1989; BGH 28 ottobre 1998; BGH 30 giugno 1999; BGH 28 febbraio 2007; BGH 6 luglio 2011; BGH 19 settembre 2012, consultabili in *Jurion.de*).

dal meccanismo perequativo della *Ausgleich* operante al momento della cessazione del regime legale⁵⁸⁵.

L'elaborazione giurisprudenziale tedesca citata permette di dimostrare l'emersione, anche in tale ordinamento, della consapevolezza di come nell'ambito di un rapporto coniugale la riflessione sulla giustificazione degli spostamenti patrimoniali non possa seguire le ordinarie traiettorie interpretative, altrimenti applicate, ma spinga da un lato a inquadramenti che tengano necessariamente conto del vincolo coniugale, finendo per spostarne il baricentro causale, dall'altro imponga di proporzionare adeguate risposte alle istanze restitutorie, che talora si presentano al momento della crisi del rapporto stesso.

Fuori dal campo di applicazione delle norme sul regime legale, infatti, sembra che *in subiecta materia* le regole sull'indennizzabilità degli arricchimenti faticosamente riescano a trovare un loro nitido e chiaro spazio di espressione operativa, in ragione delle regole che, sancendo il dovere di contribuzione, potrebbero, almeno in apparenza, dotare di ragione giustificativa una larga parte delle prestazioni rese in ambito familiare⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Secondo la giurisprudenza tedesca, la valutazione se e in che misura esista un diritto alla restituzione di un'elargizione matrimoniale dipende dalle circostanze del singolo caso concreto; a tal fine devono considerarsi tutti gli aspetti del passato, del presente, e del futuro nel quadro di una valutazione globale. Nella valutazione globale, poi, deve anzitutto essere considerata la durata del matrimonio o, *rectius*, il periodo intercorrente dalla elargizione alla separazione (così BGH FamRZ 1999, 365, 367; 1998, 669, 670; 1995, 1060, 106; ed anche BGH FamRZ 2010, 958, 963 quest'ultima relativa ad un'elargizione da parte dei suoceri). Ne consegue che il valore dell'elargizione non deve essere restituito per intero, ma come un bene economico che perde valore nel tempo può essere ammortizzato, così anche il diritto alla restituzione "perde valore" nel tempo. Diverso è quando il matrimonio sia fallito vent'anni dopo l'elargizione, rispetto a quando sia fallito cinque anni dopo.

Oltre alla durata del matrimonio, secondo la giurisprudenza si devono prendere in considerazione i seguenti ulteriori criteri quali: tipo e misura delle prestazioni fornite; la misura dell'aumento del patrimonio determinatosi in capo al coniuge beneficiario, e ancora per questi disponibile; reddito e situazione patrimoniale delle parti; età delle parti; natura e portata delle prestazioni rese dal coniuge beneficiario all'interno della famiglia etc. (BGH FamRZ 1999, 1580, 1583; 1998, 669,670; 1990; 855, 856).

Non si deve poi trascurare l' 'irragionevolezza' della situazione patrimoniale determinatasi a seguito dell'elargizione. Secondo la giurisprudenza, per dar corso alla restituzione, il mantenimento della situazione patrimoniale creatasi in capo all'arricchito in conseguenza dell'elargizione non deve essere 'assolutamente inadeguato o intollerabile', ma basta che sia soltanto 'irragionevole'. Il BGH afferma che il giudice deve motivare la decisione in modo sufficiente in base a questi criteri (BGH FamRZ 2012, 1789, 1791).

⁵⁸⁶ Per via di argomentazioni diverse perviene a simili esiti anche la giurisprudenza stratificatasi su controversie analoghe, insorte tra conviventi, su cui si rinvia al prosieguo della trattazione.

ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA TRA CONVIVENTI

Ruotando l'attenzione ai rapporti tra i conviventi di fatto, la giurisprudenza pratica, sia di legittimità che di merito⁵⁸⁷, esibisce una generale tendenza, confermata anche di recente, a qualificare le prestazioni patrimoniali di un *partner* a vantaggio dell'altro nello schema dell'obbligazione naturale (art. 2034 c.c.), con l'effetto della *soluti retentio*.

La questione concernente le elargizioni corrisposte durante la convivenza è stata invero impostata, per vari decenni, configurando un vero e proprio dovere di assistenza in capo a ciascuno dei conviventi, la cui rilevanza – almeno nel periodo che precede l'adempimento – sarebbe da ricercare unicamente sul piano *morale e sociale*, e dunque non giuridico⁵⁸⁸. Solo avvenuto l'adempimento in modo spontaneo, tale rilevanza assumerebbe una dimensione anche giuridica, mediante la possibilità di invocare la *soluti retentio*, così configurando una vera e propria obbligazione naturale⁵⁸⁹.

Gli apporti dei conviventi alla vita comune verrebbero dunque ancorati, nell'elaborazione giurisprudenziale, ad uno scopo essenzialmente *solidaristico*, e costituirebbero oggetto di *obbligazione naturale*, con l'applicazione dei tradizionali limiti, affermati in via interpretativa, della soglia di proporzionalità e adeguatezza⁵⁹⁰.

Ne conseguirebbe che un *partner* avrebbe il diritto di essere indennizzato dall'altro in ossequio al principio di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. soltanto qualora abbia impiegato il proprio

⁵⁸⁷ *Ex multis* Cass. 22 gennaio 2014 n. 1277 in *Giur. it.*, 2015, p. 1090 ss. con nota di F. ROCCHIO, che ha rigettato la richiesta di restituzione delle somme versate alla *ex partner* per estinguere un debito e per sostenere altre spese, in seguito alla decisione di quest'ultima di lasciare il proprio lavoro in patria e seguire il convivente in Cina per le esigenze lavorative di quest'ultimo. Nella giurisprudenza di merito, è stato escluso che al convivente competa un diritto di rimborso per i versamenti effettuati su un conto corrente cointestato ad entrambi, su cui venivano depositati i proventi delle rispettive attività lavorative, considerato che nel contesto di un rapporto familiare essi genererebbero una presunzione di irripetibilità in quanto destinati a far fronte spontaneamente alle esigenze del *ménage* comune (Trib. di Torino 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 428).

⁵⁸⁸ In tempi ancor più risalenti, le attribuzioni patrimoniali tra conviventi erano state valutate alla stregua di una donazione, nulla per illiceità della causa, ogniquale volta le attribuzioni fossero dirette a consentire l'avvio o la prosecuzione di una illecita relazione. Sul tema si rinvia alla celebre opera di F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, ristampa 2018 con postfazione di U. Perfetti. Cfr. *etiam* il contributo di M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 10, 2016, p. 868 ss.

⁵⁸⁹ L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004 p. 233 e ss..

⁵⁹⁰ Si è affermato, infatti che il requisito della “proporzionalità” e “adeguatezza”, per quanto non espressamente previsto dalla legge, costituirebbe un presupposto, benché solo implicito, dell'obbligazione naturale, essendo fuor di dubbio che il contenuto di un dovere morale valga altresì a determinare la misura della prestazione volta ad adempierlo. In altri termini, è lo stesso dovere morale, seppur con carattere di relatività, che conterrebbe in sé un implicito criterio quantitativo, e conseguentemente determinerebbe la misura della prestazione. Il dovere morale viene in considerazione non già astrattamente, ma con riguardo alle specifiche circostanze e alla peculiare relazione esistente tra debitore e creditore naturale (oltre al contenuto del dovere in sé, occorre dunque tener conto delle condizioni patrimoniali di colui che presta nonché dell'arco temporale di sussistenza del dovere). L. BALESTRA, *op. ult. cit.*, pp. 90-91.

denaro, tempo libero, risorse personali *et cetera*, eccedendo i suddetti limiti, ciò risolvendosi in un vantaggio esclusivo dell'altro *partner*⁵⁹¹.

Anche in questo campo sembra dunque emergere una certa ritrosia da parte delle Corti all'accoglimento delle richieste di restituzione o di indennizzabilità degli arricchimenti, configurando le prestazioni rese tra i *partner* di fatto come solutorie di obbligazioni naturali di contenuto corrispondente all'art. 143 c.c., e pervenendo ad un generale esito di irripetibilità (salvo ammettere la restituzione nelle sole ipotesi di manifesta sproporzione)⁵⁹².

⁵⁹¹ Nel recente caso deciso da Cass. civ. sez. IV 15 febbraio 2019 n. 4659, (in *Giur. it.*, 2020, p. 308 con nota di S. THOBANI, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi: causa di convivenza e spirito di liberalità*) la Suprema Corte ha stabilito che il convivente che abbia contribuito all'acquisto di un immobile intestato all'altro ha diritto, alla cessazione della convivenza, a un indennizzo ex art. 2041 c.c. essendo tale contribuzione eccessiva rispetto ai doveri morali e sociali gravanti sui conviventi, il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto. Nell'altrettanto recente caso deciso da Cass. civ. sez. III 7 giugno 2018 n. 14732 l'ex *partner* aveva chiesto all'altro la ripetizione del denaro, e un indennizzo per il tempo libero impegnato nel lavoro per la costruzione di una casa comune, di esclusiva proprietà del compagno, in cui poi non erano andati effettivamente ad abitare. La Corte, confermando quanto deciso in sede d'appello, ha escluso che i conferimenti connessi alla realizzazione della casa fossero riconducibili all'alveo delle obbligazioni naturali sulla base di due ordini di considerazioni: in primo luogo perché i due *partner* all'epoca erano solo fidanzati ma non ancora conviventi e quindi non formavano ancora una famiglia di fatto; in secondo luogo – e questo punto viene in particolare rilievo – perché si trattava di esborsi particolarmente consistenti che si collocavano oltre la soglia di proporzionalità ed adeguatezza rispetto ai mezzi di ciascuno dei *partners*. Conseguentemente ha affermato il diritto alla ripetizione ex art. 2041 c.c..

In termini parzialmente simili, Trib. Treviso 3 febbraio 2015 n. 258 ha riconosciuto il diritto del convivente alla restituzione di quanto corrisposto alla sua ex compagna per la ristrutturazione dell'immobile di proprietà esclusiva di quest'ultima, non ritenendo tali esborsi un contributo alla vita comune dal momento che si trattava di opere destinate a migliorare e a incrementare il valore di un bene di proprietà esclusiva dell'altro e non apparivano strumentali alle concrete esigenze quotidiane della coppia.

L'ingiustificato arricchimento è stato riconosciuto invece da Cass. 22 settembre 2015, n. 18632, (in *DeJure*) in relazione ad un caso in cui l'ex convivente aveva fornito la provvista necessaria all'acquisto di un appartamento intestato esclusivamente alla compagna, domandandone la restituzione al termine della relazione. L'attenzione dei giudici si è incentrata sull'inadeguatezza della corresponsione, concludendo che è possibile «configurare l'ingiustizia dell'arricchimento da parte di un convivente *more uxorio* nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo esulanti dal mero adempimento delle obbligazioni nascenti dal rapporto di convivenza - il cui contenuto va parametrato sulle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto - e travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza». Statuizioni di simile tenore si riscontrano anche nella giurisprudenza di merito. Per esempio, Trib. Savona, 26 gennaio 2017 ha negato il rimedio dell'ingiustificato arricchimento alla ex convivente che, al termine della relazione, domandava un indennizzo proporzionato, da un lato, all'incremento patrimoniale di cui, grazie al proprio contributo, il compagno aveva potuto godere e, dall'altro, al depauperamento da lei subito. Ad avviso del giudice, nel caso non era ravvisabile un'eccessiva locupletazione patrimoniale a beneficio esclusivo dell'ex compagno.

In Dottrina, vi è chi ha osservato come la giurisprudenza non sempre traccerebbe in modo certo e preciso una linea di confine tra i casi in cui siano dovuti restituzioni e rimborsi in ossequio al principio dell'ingiustificato arricchimento, e quelli in cui non lo siano in ossequio al principio dell'obbligazione naturale. L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 932. V. anche G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali delle unioni civili nelle convivenze di fatto*, in AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 numero 76*, Torino, 2016, p. 107.

⁵⁹² Cass. 7 novembre 2016, n. 22576, in un caso in cui si era chiesta in giudizio la restituzione di una somma di denaro asseritamente conferita a titolo di mutuo, la Cassazione ha stabilito che allorquando la vicenda si inserisca nell'ambito di una relazione sentimentale, l'attore deve fornire la prova rigorosa della pattuizione del diritto alla restituzione dell'importo, altrimenti il versamento di denaro deve ritenersi prestato per le esigenze del *ménage*, e quindi irripetibile.

La giurisprudenza teorica, invece, da tempo evidenzia l'autonomia della fattispecie in questione rispetto a quella, di carattere generale, relativa alle vicende dell'obbligazione naturale, nonché il carattere distopico dell'inquadramento in tal senso, operato dalle Corti, delle attribuzioni tra conviventi⁵⁹³.

L'istituto offerto dal diritto privato generale dell'obbligazione naturale offrirebbe, cioè, una chiave di lettura impropria e inadeguata per la realtà delle relazioni non coniugali, e costituirebbe un'evidente forzatura, soprattutto alla luce delle trasformazioni intervenute nella realtà sociale.

In particolare si è anzitutto acutamente osservato che, *re melius perpensa*, nell'ambito della convivenza di fatto non parrebbe appropriato parlare di doverosità – sia pur in senso morale o sociale – giacché il dovere, in quanto effetto, presuppone un fatto generatore; viceversa nel caso in questione il comportarsi fedelmente, l'assistersi, così come le elargizioni effettuate allo scopo di contribuire ai bisogni derivanti dalla vita in comune si configurano, più che come esecuzione di un dovere sia pur soltanto morale, quali *elementi costitutivi di una fattispecie lecita*⁵⁹⁴.

Secondo l'elaborazione dottrinale ad oggi maggiormente accolta, poi, il fondamento della condotta dei *partner* andrebbe più adeguatamente individuata nel *consenso*, cioè nell'accordo dei *partner* di seguire una certa linea di condotta. La decisione di vivere insieme, infatti, inevitabilmente ne porta con sé altre, necessarie per l'organizzazione della vita comune e, con particolare riferimento a quelle aventi contenuto patrimoniale, quelle relative all'organizzazione delle risorse necessarie, alla messa disposizione di beni, alla misura e modalità della reciproca contribuzione ai bisogni comuni e di ciascuno.

È stato osservato che le intese in questione non sarebbero così distanti dagli “accordi di indirizzo” che l'art. 144 c.c. indica quale strumento di organizzazione della vita comune da parte dei coniugi⁵⁹⁵.

Se dunque, per un verso, l'intento che muove i *partner* nell'avvio della vita comune è essenzialmente personale e ideale, poiché attiene alla sfera degli affetti e dei sentimenti, per altro verso, le risorse che

⁵⁹³ Cfr. F. ROCCHIO F., *Obbligazioni naturali tra conviventi more uxorio?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1090 ss.

⁵⁹⁴ L. BALESTRA *op. ult. cit.* p. 238, secondo cui occorre distinguere tra il matrimonio – fattispecie idonea per legge ad erigersi come fonte di diritti e doveri – e la convivenza, che non ha una forza siffatta ed anzi abbisogna della messa in atto di tutta una serie di comportamenti che valgano a fondarne l'esistenza. Secondo l'Autore, l'assenza di un impegno formale non solo non vale a creare doveri giuridici analoghi a quelli previsti dall'art. 143 c.c., ma rende addirittura necessario, al fine di poter postulare la stessa esistenza della fattispecie, che il contenuto di quei doveri si materializzi in veri e propri comportamenti conformi. Da questo assunto deriva una conseguenza rilevante, ossia che la famiglia di fatto sarebbe in grado di assumere, nei suoi aspetti concreti, un'intensità di contenuti addirittura maggiore che nel matrimonio, rispetto al quale i coniugi possono ad un certo punto decidere di contravvenire ai doveri da esso nascenti senza che per ciò stesso possa dirsi venuta meno la fattispecie. Cfr. *etiam* ID., *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, 1, 2011, p. 1133 ss.

⁵⁹⁵ Che, invero, costituiscono strumento di organizzazione di qualsiasi comunità, la quale, anche la più semplice, ha bisogno di risorse economiche per funzionare. G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *I Contratti* n. 7/ 2015, p. 728.

consentono di condurre tale vita comune e gli accordi che ne programmano l'utilizzo hanno natura patrimoniale⁵⁹⁶.

In quanto accordi aventi contenuto patrimoniale essi rientrerebbero, a pieno titolo, nell'area dei *contratti* (cfr. art. 1321 c.c.).

Si è proposto così di guardare al contratto – anche stipulato per fatti concludenti⁵⁹⁷ – e non più all'adempimento di doveri di natura morale e sociale, come fonte dell'obbligo di contribuire ai bisogni comuni nonché quale chiave di lettura della famiglia di fatto e della stessa giustificazione causale delle attribuzioni ivi praticate⁵⁹⁸

In questa prospettiva, sembrerebbe così emergere, nel quadro delle convivenze *lato sensu* famigliari, un fenomeno di “giuridicizzazione” di una realtà di fatto in cui si sarebbe spontaneamente delineata – prima ancora dell'introduzione del contratto di convivenza ad opera dell'art. 1 commi 50-54 L. 76/2016⁵⁹⁹ – una figura peculiare di contratto atipico, ma socialmente tipico, stipulato per fatti concludenti e sorretto da un'autonoma “*causa familiare*”, che si connoterebbe come causa solidale (radicando la giustificazione dei suoi effetti nel rapporto di convivenza), e che assumerebbe rilevanza giuridica ex art. 2 Cost., imprimendo il crisma della meritevolezza ex art. 1322 c.c. al regolamento di interessi operato dai conviventi.⁶⁰⁰

I contratti in questione sarebbero dunque ascrivibili a quelli programmatici⁶⁰¹, destinati a durare finché dura la convivenza (l'obbligo di contribuzione non andrebbe inquadrato, dunque, in termini di

⁵⁹⁶ Il *consenso* verrebbe così valorizzato da un lato quale effettivo fondamento genetico del rapporto di fatto, dall'altro quale regola di organizzazione della famiglia.

⁵⁹⁷ Cfr. R. SACCO, voce “*Fatto concludente*” in *Digesto Disc. Priv.*, V ed. agg. 2019, p. 598.

⁵⁹⁸ R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, p. 685, secondo cui le attribuzioni patrimoniali tra conviventi, funzionali alla solidarietà familiare e conformi al principio di proporzionalità, vanno comunque tutte inquadrate entro l'ambito, pur problematico, del contratto concluso per fatti concludenti. Infatti, se da un lato tale contratto presenterebbe un elevato livello di astrattezza, in particolare rischiando di non integrare il requisito di determinatezza (o determinabilità) del suo oggetto, dall'altro lato sarebbe possibile ravvisare la presenza di un contratto proprio dal comportamento tenuto in concreto dai conviventi nella conduzione della loro vita in comune.

⁵⁹⁹ Con la normativa in questione, il legislatore si è limitato soltanto a tipicizzare un “contratto di convivenza” a contenuto limitato – concepito sostanzialmente come un contratto di distribuzione di compiti relativamente al *ménage* familiare, in simmetria con quanto prevede l'ultimo comma dell'art. 143 c.c. per i coniugi – attribuendogli, in presenza di determinati presupposti, la forza dell'atto opponibile a terzi, analogamente a quanto, in sostanza, il codice prevede per le convenzioni matrimoniali. Restano perciò fuori dal “contratto di convivenza” che la nuova legge regola nel suo contenuto e nella sua forma, tutti gli altri accordi tra conviventi, che possono essere raggiunti con efficacia meramente obbligatoria, e che possono riguardare anche aspetti diversi, come per esempio quello della cessazione della convivenza, ed altri ove possa trovare spazio la negozialità. In argomento si rinvia *amplius* a G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 10, 2016, p. 943 ss.; nonché ad A. FUSARO, *Unioni civili e convivenze di fatto: La legge. – Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino 2017 (2^a ed.), p. 289 ss.; ID. *I contratti di convivenza*, in *Pol. Dir.*, 1, 2017, p. 119 ss.; ed in generale a M. SESTA, *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.

⁶⁰⁰ R. SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, p. 688. In questa prospettiva il fenomeno della famiglia di fatto attraverserebbe così il territorio dell'articolo 2 Cost. per poi sfociare nell'articolo 1173 c.c. e qualificarsi, dunque, quale fonte di vere e proprie obbligazioni civili.

⁶⁰¹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p.419.

adempimento di un'obbligazione ex art. 2034 c.c. bensì come prestazione contrattuale che abbia la sua causa nel perseguimento di uno scopo comune: dare attuazione alla vita in comune).

Nell'elaborazione dottrinale il recupero, in questi termini, del profilo causale di tutte le attribuzioni compiute in costanza di rapporto, ha fatto conseguentemente ritenere ad alcuni Autori la possibilità di scartare *ab imis* quella stessa idea di proporzionalità o normalità dell'attribuzione (peculiare dell'obbligazione naturale) da cui dipenderebbe la ripetibilità (o meno) delle attribuzioni che si discostino (o meno) da quel parametro, nonché l'operatività delle regole sull'ingiustificato arricchimento. Guardando, infatti, alla *ratio* delle operazioni economiche in concreto, in quest'ottica dovrebbero sempre considerarsi conformi alla realizzazione di un progetto di vita comune (e in quanto tali, irripetibili) tutte le attribuzioni che, al tempo in cui sono state eseguite, lo erano state per concorrere a realizzare il progetto di vita stessa.

Muovendosi nel territorio contrattuale, verrebbe così in rilievo anche il coesenziale principio dell'*affidamento reciproco*, che imporrebbe la serietà della volontà manifestata di impegnarsi, e precluderebbe alla libertà dispositiva già manifestatasi di poter essere poi oggetto di un ripensamento, di fronte ad un assetto di interessi che non potrebbe più qualificarsi come ingiustificato *ex post*, ossia al momento della fine della relazione⁶⁰².

Altri Autori, pur muovendosi sempre nell'inquadramento della fattispecie in termini contrattuali, per salvare i canoni di proporzionalità e adeguatezza delle attribuzioni hanno affermato che gli accordi di indirizzo (il discorso varrebbe, in realtà sia per quelli dei coniugi ex art. 144 c.c. sia per quelli "contrattuali" dei conviventi di fatto) risulterebbero comunque soggetti alla clausola generale *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che un'elargizione proporzionata nel momento in cui viene compiuta potrebbe non esserlo al momento dello scioglimento del rapporto, allorquando si risolve a consolidare un vantaggio economico a favore di uno solo dei due *partner*, con conseguente impoverimento dell'altro⁶⁰³.

Secondo altri Autori ancora, questo particolare tipo di accordi avente "causa familiare" sarebbe caratterizzato specificatamente dal fatto che gli interessi economici sono strettamente intrecciati a

⁶⁰² M. GRONDONA, *Le restituzioni nelle convivenze non matrimoniali: una breve analisi casistica per qualche (divagante) considerazione di politica del diritto*, in *Crisi familiare e profili restitutori*, a cura di L. Bertino, Milano, 2017, p. 81 ss. che fa riferimento al caso, di fantasia, del convivente che abbia sostenuto, in costanza di rapporto, ingenti costi economici (superiori alle proprie ordinarie possibilità) per soddisfare un piacere voluttuario (lezioni di canto) del *partner*, salvo poi pentirsi e chiederne il rimborso alla fine della convivenza. Osserva altresì l'Autore che, se anche non si volesse parlare di rapporto contrattuale per fondare il rapporto familiare di fatto, si potrebbe agevolmente ricorrere alla figura del contatto sociale, di nuovo imbattendosi nel principio dell'affidamento, e così pervenendo ad analoghe conclusioni in tema di diritti di rimborsi e restituzioni (*ibidem*, p. 98).

⁶⁰³ S. NOBILE DE SANTIS, *Crisi familiare e ruolo dell'accordo preventivo nella regolazione delle pretese restitutorie*, in *Crisi familiare e profili restitutori*, a cura di L. Bertino, Milano, 2017, p. 73.

quelli personali, e di tale peculiarità (pur essendo compatibile, sul piano dogmatico, con la collocazione di tali accordi nell'area contrattuale) bisognerebbe pur sempre tener conto sul piano rimediale, ove risultino provate condotte che integrino un abuso della fiducia, della debolezza, della dipendenza dell'altro *partner*⁶⁰⁴.

L'inquadramento degli spostamenti patrimoniali tra conviventi di fatto impegna così l'interprete e fa emergere anche qui, in definitiva, l'incapacità degli istituti offerti dal diritto positivo di spiegare pienamente tali fenomeni, attraendoli nelle relative fattispecie normative.

L'impostazione della soluzione risulta così ostacolata dalla circostanza che qui, da un lato i *partners* non sono (come nel matrimonio) parti di un negozio che faccia assumere al rapporto una configurazione istituzionale, nella quale poter decifrare la rilevanza causale delle attribuzioni stesse; dall'altro lato, essi non possono nemmeno considerarsi alla stregua di estranei ed il loro rapporto, pur caratterizzato da precarietà, assume una rilevanza sociale tale da imporre agli interpreti lo sforzo di trovare una sua convincente qualificazione *a priori*, necessaria anche a comprendere per quali attribuzioni si possano logicamente sostenere pretese restitutorie, senza doversi rifugiare nel semplicistico, quanto inappagante, riferimento ad un generico fondamento di tipo equitativo.

L'elusione da un preciso inquadramento dogmatico delle attribuzioni patrimoniali operate tra conviventi di fatto non sembra risparmiare nemmeno l'ordinamento tedesco, nel quale le diverse fattispecie di arricchimento ingiustificato sono pur dotate, ciascuna, di autonoma rilevanza nonché di specifica considerazione legislativa e sono oggetto di distinta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, con un rigore analitico che, in questo campo, non sembra caratterizzare l'ordinamento italiano.

Tuttavia, anche in un simile quadro, per regolare il fenomeno in commento la giurisprudenza tedesca sembra aprire il varco a delle contraddizioni nell'ammettere, in sostanza, una sovrapposizione tra l'applicazione di istituti che non sembrerebbero altrimenti pienamente conciliabili tra loro.

Più precisamente, a partire dalla decisione del BGH del 9 luglio 2008⁶⁰⁵ la Suprema Corte Federale, modificando il proprio precedente orientamento, ha ammesso che la teorica delle *ehebezogene Zuwendungen*, già illustrata a margine delle attribuzioni tra coniugi, possa essere estesa *in via analogica* alle attribuzioni patrimoniali tra conviventi di fatto, onde giustificare pretese restitutorie

⁶⁰⁴ G. FERRANDO, *Contratto di convivenza cit.*, p. 730, secondo cui l'impiego della clausola generale di buona fede contrattuale potrebbe consentire un controllo sul contenuto degli accordi in funzione di protezione del convivente debole, ogni volta che tali circostanze determinino un significativo squilibrio a suo danno.

⁶⁰⁵ BGH del 9 luglio 2008, in *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2008 p. 1828 ss..

simili avanzate al termine del rapporto, riguardanti attribuzioni eccedenti il soddisfacimento delle necessità quotidiane, ed ammettendo anche per questo tipo di attribuzioni l'accesso al rimedio di adeguamento previsto in generale dal § 313 del BGB per le ipotesi di *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, quale strumento di riequilibrio patrimoniale.

Nella stessa sentenza del luglio 2008, nondimeno, i giudici hanno ammesso egualmente la possibilità di far ricorso, al medesimo fine, altresì alle regole sull'arricchimento ingiustificato, e in particolare alla speciale previsione della *condictio ob rem* contemplata dal § 812 comma 1, seconda frase, seconda ipotesi BGB⁶⁰⁶.

Accordando tanto l'impiego della *condictio ob rem*, quanto il ricorso ai rimedi ora codificati nel § 313 BGB, i giudici tuttavia non hanno chiarito quale rapporto intercorra tra i due rimedi indicati, e trascurando di mettere a fuoco una linea di confine tra l'ambito di applicazione della *condictio ob rem* e quello delle regole sul venir meno della causa del negozio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) sembrano aver posto, a livello interpretativo, un elemento apparentemente equivoco e incoerente, atteso che, almeno in teoria, la prima norma fa specifico riferimento all'ambito negoziale, mentre la seconda agli arricchimenti ingiustificati: detto altrimenti, la prima riguarda il diritto dei contratti (*rectius* dei negozi), mentre la seconda riguarda prettamente il diritto delle restituzioni⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ § 812 *Herausgabeanspruch*

1) *Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.*

2) *Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.*

§ 812 *Pretesa alla restituzione*

1) *Chi mediante la prestazione di altri o comunque a spese di altri consegue qualcosa senza ragione giuridica, è obbligato a restituirla. L'obbligazione sussiste anche quando la ragione giuridica viene meno successivamente ovvero non si realizza il risultato che, secondo il contenuto del negozio giuridico, è stato perseguito con la prestazione.*

2) *Per prestazione si intende anche il riconoscimento contrattuale dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto obbligatorio.*

Questa disposizione delinea dunque, a livello normativo, la distinzione tra due ipotesi di arricchimento ingiustificato: quelle che lo realizzano attraverso la prestazione di un altro soggetto, e quelle che lo realizzano in qualche altro modo, sempre a sue spese. Tra le prime si possono distinguere, a sua volta, tre fattispecie: a) la *condictio indebiti*; b) la *condictio ob causam finitam*, che si realizza quando la causa viene meno successivamente; e c) la *condictio ob rem*, che riguarda l'ipotesi in cui la prestazione non dovuta è posta in essere in vista del conseguimento di un qualche risultato da parte dell'*accipiens*, a cui poi non viene dato corso. Quest'ultima verrebbe in rilievo nel caso che ci occupa.

⁶⁰⁷ Sostiene la netta distinzione dei due istituti J. ESSER, *Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1960, p. 794. Del resto la disciplina del primo dei due istituti menzionati è collocata in un apposito Sottotitolo "adeguamento e cessazione del contratto", del Titolo "costituzione contenuto e cessazione dei rapporti obbligatori derivanti dal contratto", nel Libro II "Sulle obbligazioni": la collocazione topografica di questo istituto lascerebbe così intendere che certi rimedi riguardano i contratti obbligatori e nulla hanno a che vedere con la disciplina dell'arricchimento senza causa e più in particolare della ipotesi specifica della *datio ob rem*.

Secondo i giudici della Suprema Corte, una volta che il rapporto di convivenza di fatto sia cessato, rispetto alle contribuzioni di maggior valore (che abbiano costruito dei valori patrimoniali di lunga durata a favore di uno solo dei due) la regola sulla *condictio ob rem* sarebbe applicabile ogniqualvolta risulti un “accordo di scopo” (*eine konkrete Zweckabrede*) tra i due *partners*, in forza del quale il *solvens* arricchisce l'*accipiens* con l'intenzione di continuare a godere ancora per lungo tempo del bene acquistato (anche) grazie al proprio contributo.

Senonché, secondo l'interpretazione ordinariamente data alla fattispecie di cui al § 812 comma 1, seconda frase, seconda ipotesi, il *rechtsgrund* - che individua il risultato cui è finalizzata la prestazione eseguita - non può considerarsi un vero e proprio negozio obbligatorio, ma si riferirebbe a quei casi in cui, *pur in mancanza di efficacia vincolante*, la prestazione eseguita dal *solvens* venga finalizzata al conseguimento di un qualche risultato ad opera dell'*accipiens* (casi di *veranlassungsfälle*⁶⁰⁸), cioè al fine di *indurre* quest'ultimo ad un determinato comportamento.

La regola di cui al § 313 troverebbe, invece, chiara applicazione solo al caso in cui sia stato stipulato un negozio con effetti obbligatori: qui il *rechtsgrund* delle prestazioni eseguite è rappresentato dalla *causa solvendi* delle obbligazioni stesse, e dunque proprio l'esistenza di una *causa solvendi*⁶⁰⁹ metterebbe fuori gioco l'applicazione del *Bereicherungsrecht*, cioè del diritto sull'arricchimento ingiustificato.

Secondo autorevole Dottrina non parrebbe dunque concepibile una sovrapposizione tra la sfera di incidenza del § 313 e quella del § 812 comma 1, seconda frase seconda ipotesi, predicata invece da BGH a margine del problema delle istanze restitutorie tra ex conviventi di fatto⁶¹⁰.

Anche in questo ordinamento, sembrerebbe così affiorare una chiara difficoltà ed incertezza nella configurazione della convivenza, oscillando tra fatto e negozio (nel caso, negozio obbligatorio stipulato tacitamente), che nel regolare la sorte delle attribuzioni patrimoniali tra *ex partner* finisce per condizionare sensibilmente l'applicazione degli istituti privatistici sino ad ammettere, in modo contraddittorio, la possibilità di un concorso tra norme e rimedi tra i quali, in base alle regole delineate dal sistema del diritto privato patrimoniale generale, sussisterebbe una rigorosa alternatività, e dunque un rapporto di reciproca esclusione.

⁶⁰⁸ *veranlassen* = indurre, spingere, motivare.

⁶⁰⁹ Nel caso del matrimonio, la *causa solvendi* si attergerebbe quale causa solidaristica.

⁶¹⁰ Per un ampio approfondimento critico sul tema si rinvia al saggio di E. BILOTTI, *Convivenza e arricchimento, La regolazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi nell'esperienza tedesca*, in L. BERTINO (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, p 139 e ss..

PRESTAZIONI PROFESSIONALI O LAVORATIVE TRA CONIUGI E CONVIVENTI

Con particolare riferimento alle prestazioni di *facere* rese tra coniugi o conviventi, una speciale attenzione meritano poi quelle prestazioni che potrebbero essere inquadrate, altrimenti, come prestazioni lavorative.

L'esistenza della relazione personale qualificata che lega tra loro i coniugi e conviventi sembra infatti estendere la propria interferenza anche sulla qualificazione delle prestazioni professionali e lavorative rese da un *partner* a favore dell'altro (o a favore dell'impresa dell'altro), mettendo in discussione l'applicazione delle stesse regole offerte dal diritto comune: segnatamente, solleva profili critici intorno alla ricostruzione del requisito della subordinazione, che caratterizza il lavoro svolto “*alle dipendenze e sotto la direzione altrui*” (cfr. art. 2094 c.c.).

La subordinazione, comunque connessa ad un elemento di autorità, può infatti rischiare di esser svuotata di senso proprio per la sussistenza di un coniugio ovvero di una semplice relazione di fatto, finendo per rendere irricognoscibile la sussistenza di un rapporto di lavoro.

A prescindere dai problemi di ordine pratico che conseguono alle situazioni in cui gli interessi economici si aggrovigliano con le esperienze personali e familiari, ai presenti fini il tema pone a livello teorico una questione di fondo insita nella combinazione tra i profili di autorità propri della subordinazione lavorativa e l'emergere di una parallela – più evanescente ma altrettanto pregnante – dimensione di ‘autorità’: quella dei sentimenti e della vita condivisa.

Si tratta di comprendere in che modo, nell'elaborazione giurisprudenziale pratica e teorica, il rapporto qualificato che lega i soggetti coinvolti venga anche qui in rilievo, incidendo sulla piana applicazione delle norme privatistiche generali.

Si delinea un quadro caratterizzato da un delicato *intreccio* di obbligazioni: a base giuridica per i doveri contributivi per le coppie coniugate o a base etica e morale per le convivenze di fatto⁶¹¹, mescolate con la presenza dello svolgimento regolare di prestazioni d'opera. Di questo quadro è arduo operare una sintesi ovvero una composizione ordinata, essendo del resto molteplici e variegate le combinazioni che possono presentarsi⁶¹².

Escludendo il ventaglio delle attività implicate nel *ménage* quotidiano, che verrebbero più agevolmente ricondotte alla sfera contributiva o dell'obbligazione naturale, le corti dimostrano una

⁶¹¹ Secondo la qualificazione tradizionale sopra descritta.

⁶¹² E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro subordinato prestato nell'ambito della famiglia*, in *Tratt. Dir. Famiglia*, dir. da G. Bonilini, II, Torino, 2016, p. 1949.

spiccata disinvoltura a ricorrere, in questa speciale materia, a presunzioni di gratuità che tuttavia appaiono prive di un effettivo riscontro nel diritto positivo⁶¹³.

In particolare, la giurisprudenza pratica esaminata sembra elevare l'elemento della convivenza all'interno di una compagine familiare (che viene intesa in senso molto ampio, e comprendente anche i parenti e gli affini) a circostanza idonea a mutare la causa delle prestazioni rese, sancendone – almeno in via presuntiva – il carattere *gratuito*.

Da un lato nelle pronunce si afferma, in generale, che «ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un rapporto diverso, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa»⁶¹⁴, dall'altro, quando il lavoro è prestato in favore di parenti e affini conviventi, la stessa presunzione viene sistematicamente capovolta⁶¹⁵.

Con particolare riferimento al rapporto di coniugio, nelle pronunce si legge che fuori dell'ambito applicativo dell'impresa familiare, «il vincolo *solidale e paritario* nascente dal matrimonio è *incompatibile* con quello funzionale e gerarchico tipico del lavoro subordinato, e fonda la presunzione di gratuità del lavoro prestato da un coniuge in favore dell'altro, cioè della famiglia». Inoltre, «tale presunzione può essere vinta solo dalla prova, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'attività lavorativa sia stata resa e accettata per la sussistenza di un rapporto di subordinazione, con potere gerarchico»⁶¹⁶.

⁶¹³ P. es. Trib. Napoli 4 luglio 2001 ha stabilito che, in assenza di uno specifico accordo contrario, le prestazioni professionali effettuate da un coniuge nell'interesse del nucleo familiare devono ritenersi gratuite in quanto espressione della solidarietà familiare.

⁶¹⁴ Cass. civ. 3 luglio 2012, n. 11089; negli stessi termini Cass. civ. 26 gennaio 2009 n. 11833 in *DeJure*.

⁶¹⁵ Nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano 16 marzo 2001 (il caso si riferiva alle prestazioni rese da un parente, nella fattispecie la nipote, a favore degli zii, ma il principio ivi affermato si estende chiaramente, *a fortiori*, al caso dei coniugi. Qui la domanda di condanna al pagamento delle somme richieste a titolo di retribuzione e indennità maturate, per un preteso rapporto di lavoro domestico, veniva accolta desumendo la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato dalla regolarità delle prestazioni eseguite e dal fatto che le parti, sebbene legate tra loro da vincoli di parentela, non erano, tuttavia, *conviventi*. La convivenza (forse più precisamente indicabile come "coabitazione") appare dunque elevata dalla giurisprudenza - come detto senza una effettiva base normativa - a circostanza idonea a fondare la presunzione di gratuità delle prestazioni rese. In talune pronunce la presunzione di gratuita è stata anche sganciata dalla convivenza ed ancorata al solo rapporto di parentela e affinità. È dato infatti di leggere che «per le prestazioni lavorative di collaborazione familiare e di assistenza offerte all'interno di una compagine familiare (intesa in senso molto lato), anche in difetto della convivenza non viene meno la presunzione di gratuità che trova la sua fonte nella circostanza che le suddette prestazioni vengono normalmente rese "*affectionis vel benevolentiae causa*". In caso di contestazione, dunque, la parte che faccia valere diritti derivanti da simili rapporti ha l'obbligo di dimostrarne, con prova precisa e rigorosa, tutti gli elementi costitutivi, e in particolare i requisiti indefettibili della subordinazione e della onerosità», Cass. civ. sez. lav., 17 agosto 2000, n. 10923 (*evidenze nostre*) in *DeJure*.

⁶¹⁶ Trib. Terni, 18 ottobre 2000, in *Pluris OneLegale* (*evidenze nostre*).

Il principio troverebbe la sua *ratio* nella presunta impossibilità di coesistenza tra *animus contrahendi* e *affectio coniugalis*⁶¹⁷, e risulta affermato sia prima che dopo l'introduzione dell'impresa familiare ex art. 230-bis c.c. che avrebbe ridimensionato l'orizzonte di applicazione della presunzione di gratuità, ma che i giudici continuano a ritenere che possa entrare in gioco solo qualora sia positivamente accertata «una convivenza contraddistinta dalla comunanza spirituale e affettiva e dall'equa ed effettiva partecipazione dei conviventi alle risorse della famiglia di fatto»⁶¹⁸.

Sembra dunque di poter affermare che, nel contesto di prestazioni professionali rese in un quadro familiare, inteso in senso assai ampio, la giurisprudenza *pratica* abbia operato una delle più evidenti inversioni giurisprudenziali della ripartizione dell'onere della prova di tutto l'ordinamento privatistico, che invece dovrebbe trovare il suo esclusivo fondamento normativo nella generale regola di giudizio stabilita dall'art. 2697 c.c., salvo deroghe tassativamente previste, sempre dalla legge (*i.e.* le presunzioni legali: artt. 2727-2729 c.c.).

Oltre a riscontrare, pertanto, una modifica giurisprudenziale degli ordinari criteri di distribuzione del carico probatorio, ci è dato scoprire altresì come l'operatività della presunzione di gratuità forgiata dalle corti venga predicata in termini particolarmente severi, affermando che possa essere vinta, da parte del familiare che rivendicasse l'onerosità del rapporto, solo mediante una dimostrazione rigorosa e puntuale dell'*animus contrahendi* comune ad entrambe le parti, e dello svolgimento del rapporto secondo lo schema tipico del lavoro subordinato. A tal proposito, colpisce nella lettura della parte motiva delle sentenze, l'impiego talora di termini propri del diritto processuale penale (es. “al di là di ogni ragionevole dubbio” *cf.* art 533 c.p.p.)⁶¹⁹, e non del processo civile, ove dovrebbe operare la meno severa regola probatoria della preponderanza dell'evidenza.

⁶¹⁷ F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, ristampa 2018 con postfazione di U. Perfetti, p. 135.

⁶¹⁸ Cass. 17 febbraio 1988 n 1701. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza di legittimità che, anche dopo l'introduzione dell'art. 230-bis c.c., continua a presumere gratuito il lavoro svolto da un convivente a beneficio dell'altro vedasi G. OBERTO *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*, (nota a Cass., sez. lavoro, 29 settembre 2015, n. 19304) in *Fam. dir.* 2/2016, p. 145 e p. 140 nota 40, ove viene citata, tra le altre, Cass. 23 febbraio 1989, n. 1009 (in *Foro it.*, 1989, I, 1482) che ha negato la gratuità delle prestazioni lavorative effettuate da un cugino in assenza di convivenza e di comunanza di vita o di interessi con il beneficiario delle stesse (si trattava, nella specie, della gestione di una pizzeria-panificio). In motivazione la Suprema Corte pur dichiarando in astratto ancora applicabile la presunzione di gratuità in relazione al lavoro eseguito nell'ambito della comunità familiare, ha condizionato l'operatività del principio alla sussistenza di uno stretto rapporto di parentela o di affinità e all'esistenza di una convivenza o comunanza di vita o di interessi tra le parti. In motivazione si ammette però che l'introduzione dell'art. 230 bis c.c. abbia “quantomeno limitato la presunzione di gratuità del lavoro familiare”. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 30 ottobre 1991, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 698: «Le somme spese da un convivente *more uxorio*, attraverso l'impresa edile di cui sia titolare, per ristrutturare la casa di proprietà esclusiva del *partner*, nella quale la coppia abbia abitato, non sono ripetibili, considerata la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese tra *partners concubinarii*, presunzione che può essere vinta solo dalla rigorosa prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato ed oneroso tra le parti, o dall'accordo per una ripetizione delle somme impiegate per i lavori effettuati».

⁶¹⁹ *Cfr.* Trib. Terni 18 ottobre 2000 cit..

L'elaborazione giurisprudenziale *teorica* sul tema testimonia, invece, voci di singolare critica a questa ricostruzione, e propone riflessioni più articolate ⁶²⁰.

Con particolare riferimento alla famiglia fondata sul matrimonio, era già stato acutamente osservato (prima dell'introduzione dell'art. 230-*ter* c.c. ad opera della L. 76/2016), come l'affermazione di una presunzione di gratuità predicata dalla giurisprudenza, oltretutto priva di un adeguato fondamento normativo, sarebbe stata piuttosto contraddetta dall'esistenza dell'istituto dell'impresa familiare ex art. 230-*bis* c.c.. L'espressa esclusione legislativa della gratuità del lavoro svolto in tale contesto dovrebbe indurre infatti a ritenere, con maggior certezza rispetto al passato, che dall'esistenza di rapporti affettivi non sia possibile far discendere alcuna presunzione di gratuità della prestazione lavorativa⁶²¹.

La considerazione appena svolta dovrebbe valere, ormai, anche per le coppie di fatto con l'introduzione dell'art. 230-*ter* c.c. citato. Emerge infatti come, anche in riferimento ai conviventi, la giurisprudenza di legittimità abbia applicato gli stessi criteri utilizzati per i rapporti di lavoro tra soggetti sposati (o comunque all'interno di una compagine familiare) estendendo a questi ultimi, in via analogica, quella medesima *presunzione di gratuità* che ha riconosciuto unanimemente come vigente tra i primi⁶²². La giurisprudenza di merito, dal canto suo, ha escluso l'operatività della presunzione in presenza di un «semplice rapporto affettivo e sessuale» dunque in presenza di una

⁶²⁰ In generale la creazione di presunzioni per via giurisprudenziale viene fortemente criticata dalla Dottrina (M. TARUFFO, voce "Onere della prova, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIII, Torino 1995 pp. 77-78; S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2010 p. 139, F. D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.* 2014, pp. 466-467) che ne ha censurato, in particolare, l'incidenza sulla disciplina del rapporto sostanziale, posto che quasi sempre l'elemento sulla cui base viene assunta l'esistenza dell'onere non è costituito, a sua volta, da un fatto, bensì dalla ragionevolezza dell'ipotesi affermata (per cui è evidente l'incidenza sulla regola di decisione del rapporto sostanziale controverso, più che sul modo di formazione del convincimento del giudice cfr. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 142). Si è rilevato, inoltre, come la creazione di presunzioni giurisprudenziali comprometta in via irreversibile la strategia difensiva probatoria elaborata da una delle parti, concludendo il giudizio con una decisione "a sorpresa": esito, peraltro, aggravato dalla difficoltà di impugnare una decisione che abbia discrezionalmente fatto ricadere le conseguenze della mancata prova di un determinato fatto su una parte diversa da quella destinata a soccombere in applicazione del sistema probatorio legale. A. MANIACI, *Onere della prova e strategie difensive*, Milano 2021, p. 97 (il problema della manipolazione dei criteri di distribuzione del carico probatorio ad opera del giudicante è ben noto anche nella riflessione dottrinale tedesca, ove è oggetto di critiche di simile tenore. Cfr. M. WAGNER, *Anmerkung an BGH 09.07.2007*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 687 e ss.; N. VOSSEN, *Beweisführungslast des Gesellschafters für die Erfüllung seiner Einlagerverpflichtung auch noch nach 20 Jahren?*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2004, p. 1299 e ss..

⁶²¹ S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2010, p. 140.

⁶²² *Ex multis* Cass. 22 novembre 1989 n. 5006; Cass. 23 novembre 1985, n. 5848.

coppia di fatto non convivente, ed ogniqualvolta difetti «una stabile e duratura comunione di vita, materiale e spirituale, assimilabile, pur in mancanza di un legame legale, all'unione matrimoniale»⁶²³. Altre pronunce più recenti, invece, hanno fatto ricorso alla consueta categoria dell'*obbligazione naturale* anche per le prestazioni lavorative in favore del convivente "*more uxorio*", effettuate nel corso del rapporto, affermando che queste configurerebbero l'adempimento di un'obbligazione ex art. 2034 c.c. nel rispetto dei noti principi di proporzionalità e di adeguatezza e che ove le prestazioni, al contrario, esulino dai doveri di carattere morale e civile di mutua assistenza e collaborazione, sorgerebbe il diritto alla corresponsione di un indennizzo, *sub specie* di arricchimento senza causa⁶²⁴.

La giurisprudenza *teorica* sostiene invece che l'accertamento giudiziale dovrebbe disinteressarsi della convivenza e di ogni situazione affettiva esistente tra le parti, e limitarsi a verificare la ricorrenza degli elementi della subordinazione così come emersi dalle risultanze probatorie, applicando dunque le regole di diritto comune che si applicherebbero qualora i soggetti siano del tutto estranei tra loro⁶²⁵. Il dato della relazione personale e affettiva non dovrebbe, cioè, incidere sull'analisi giuridica della fattispecie, né dovrebbe venire in rilievo al fine di escluderne la compatibilità con un rapporto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2094 c.c. (così come, del resto, avviene per qualsiasi altra ipotesi di legami quali l'amicizia, l'affetto, la semplice condivisione di spazi, o una lontana parentela). Oltretutto sul piano del metodo, sotto altro profilo non si è mancato di censurare il carattere arbitrario della presunzione di gratuità largheggiata dalle Corti in presenza di una convivenza, sottolineandone l'infondatezza soprattutto alla luce dell'odierna realtà giuridico-sociale della famiglia: «[...] *in contrasto con quanto ritiene la giurisprudenza, la convivenza è irrilevante. Non si capisce perché la coabitazione dovrebbe essere un indice privilegiato del vincolo affettivo o dovrebbe conferire a esso maggiore risalto o essere un segnale della sua stabilità. Ciò non traspare affatto dall'esperienza comune e non è in sintonia con l'evoluzione dei comportamenti sociali; vi sono legami affettivi quanto*

⁶²³ Concludendo che «pertanto, in caso di contestazione, la parte che faccia valere diritti derivanti da tale rapporto ha comunque l'obbligo di dimostrarne, con prova precisa e rigorosa, tutti gli elementi costitutivi e, in particolare, i requisiti indefettibili della onerosità e della subordinazione» (Trib. Milano 16 marzo 2001 cit.)

⁶²⁴ Cass civ. 25 gennaio 2016, n.1266 in *Ilfamiliarista.it* con nota di A. OLIVA (nel caso di specie si trattava di un contributo lavorativo continuativo nell'azienda del convivente con arricchimento esclusivo di quest'ultimo). Conforme Trib. Milano 12 novembre 2018, n. 11390 in cui si afferma che è ingiusto l'arricchimento da parte di un convivente nei confronti dell'altro in presenza di prestazioni a vantaggio del primo che esulano dal mero adempimento delle obbligazioni naturali nascenti dal rapporto di convivenza. Infatti, il contenuto di queste andrebbe parametrato alle condizioni sociali e patrimoniali dei componenti della famiglia di fatto, perché travalicanti i limiti di proporzionalità e di adeguatezza (nel caso di specie, nel rigettare la domanda attorea di indennizzo, si è affermato che costituisce adempimento di un'obbligazione naturale l'acquisto di elettrodomestici e di piccoli beni mobili da impiegare nella casa del convivente).

⁶²⁵ A. GABRIELE, *Lavoro e famiglia non coniugale*, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, 2014, p. 439; nonché E. GRAGNOLI, *Fidanzamento, matrimonio e subordinazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, II, p. 92 ss..

*mai stabili in carenza della convivenza, e questa non dimostra né la serietà delle intenzioni, né l'intensità delle emozioni.»*⁶²⁶.

La Dottrina più Autorevole ha, infine, osservato criticamente come il problema delle prestazioni del convivente non andrebbe impostato sotto il profilo dell'applicabilità, in via analogica, di una supposta presunzione di gratuità del lavoro svolto dal coniuge⁶²⁷. A ben vedere, questa infatti non troverebbe la sua vera *ratio* giustificatrice in una pretesa incompatibilità tra *affectio coniugalis* e *animus contrahendi*, atteso che il contratto di lavoro rappresenta proprio una di quelle situazioni in cui il rapporto giuridico può nascere sulla base di un comportamento oggettivo, a prescindere dall'intento negoziale delle parti⁶²⁸.

La presunzione di gratuità, più che fondata su solidi argomenti giuridici, costituirebbe invece una mera risposta della giurisprudenza pratica alla difficoltà di disciplinare una situazione in cui gli interessi economici si aggrovigliano con le esperienze famigliari e in cui – ciò vale tanto con riferimento al matrimonio che alla convivenza nel contesto di un'unione di fatto – risulta a dir poco arduo, se non impossibile, individuare il connotato della subordinazione, intesa come sottoposizione del lavoratore al potere organizzativo e sottoposizione alle direttive impartite da una parte datoriale (cfr. art. 2094 c.c.), nell'ambito di un rapporto caratterizzato da continuità⁶²⁹.

⁶²⁶ E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro subordinato prestato nell'ambito della famiglia*, in *Tratt. Dir. Famiglia. dir. da G. Bonilini*, II, Torino, 2016, p. 1958 e ss.. Secondo A. MANIACI, *Il "nuovo" diritto di famiglia. Seminario tenuto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, il giorno 3 aprile 2019, dal punto di vista terminologico sarebbe opportuno distinguere tra 'convivenza', intesa come legame affettivo e di coppia (tra persone di sesso diverso ma anche dello stesso sesso) che nell'odierna realtà sociale non necessariamente comporta anche la coabitazione, che invece consisterebbe – quest'ultima – nella mera condivisione dello stesso tetto.

⁶²⁷ G. OBERTO, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*, in *Fam. dir.* 2, 2016, p. 145. Essa andava piuttosto individuata nell'esistenza tra i coniugi di ben precisi rapporti giuridici tali da fondare reciproche pretese di assistenza materiale ex art. 143 c.c. senza escludere la trasformazione delle prestazioni in una garanzia per il futuro, sotto forma di aspettativa successoria nei confronti del coniuge. In quest'ottica, se anche si volesse ritenere sopravvissuta (in contrasto col principio risultante dall'art. 230 bis c.c.) una presunzione di gratuità tra coniugi, non se ne potrebbe comunque ammettere l'estensione alla coppia di fatto.

⁶²⁸ Sul contratto di lavoro di fatto si rinvia a M. DELL'OLIO, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato Rescigno*, vol. XI, 1, Torino, 1986^{2ed.}, p. 232.

⁶²⁹ Cfr. M. DELL'OLIO, *op. ult. cit.* p. 234. L'analisi della giurisprudenza dimostra come il più delle volte l'ostacolo ad una ricostruzione in termini di onerosità del rapporto sia rappresentato dalla difficoltà di dimostrare l'elemento fondamentale della *subordinazione*, ossia l'eterodirezione.

Il punto emerge chiaramente in Cass. civ. 2 maggio 1994, n. 4204 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 281 ss., con nota di M. BERNARDINI, *Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata", e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)* in cui la Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi su un caso in cui la convivente aveva prestato per diversi anni una collaborazione non generica, ma qualificata, ossia aveva operato come pasticciera professionale nella pasticceria del proprio compagno. Per la Cassazione tale circostanza - così come la natura non familiare dell'impresa in cui prestavano attività anche altre persone e l'osservanza di un orario di lavoro identico a quello dei dipendenti - non era idonea a dimostrare la subordinazione, non essendo tali elementi «*indici rivelatori chiari ed univoci di un assoggettamento al datore di lavoro e al suo predominio gerarchico*».

Il problema è stato affrontato anche nella riflessione giurisprudenziale francese, in cui si presentano analoghe questioni, proponendo una rigorosa ricerca del requisito della subordinazione, come definita nel diritto francese, quale criterio sicuro per qualificare, in concreto, la natura onerosa o gratuita del rapporto.⁶³⁰

Se in tale ordinamento, vigente il regime legale, la collaborazione prestata all'attività professionale del coniuge può comunque risolversi in un vantaggio economico al momento dello scioglimento della comunione, ogniqualvolta abbia apportato un incremento patrimoniale stabile della massa comune da dividere, vigente il regime separatista la giurisprudenza pratica d'Oltralpe è talora ricorsa (non senza perplessità della dottrina) alle regole sull'*enrichissement injustifié*, quando l'aiuto professionale del coniuge, regolare e rilevante, sia andato «*au delà de son obligation de contribuer aux charges du ménage*»⁶³¹, salvo constatare la difficoltà di definire, in concreto, i limiti di un simile accertamento. Il riconoscimento di indennizzi giusta le regole generali sull'arricchimento ingiustificato è stato accordato dalle Corti francesi anche in casi analoghi, riguardanti il convivente di fatto, affermando la presunzione del diritto all'indennizzo quando sia accertato che l'*ex concubin* collaborasse all'attività professionale dell'altro in modo abituale⁶³².

Il dibattito dottrinale italiano su questo tema rimane, senz'altro, assai vivace. Vi è chi⁶³³, per esempio, ha proposto che (fuori del caso in cui troverebbe applicazione l'art. 230-ter c.c.) quando un collaboratore sia legato al datore di lavoro da un rapporto di convivenza di fatto, ciò dovrebbe costituire non tanto una presunzione di gratuità della sua prestazione, quanto una presunzione che sussista con lui una collaborazione coordinata e continuativa, e dunque un rapporto non di lavoro subordinato ma di c.d. "parasubordinazione" (art. 409, n. 3, c.p.c.)⁶³⁴.

Infine, considerato che il nucleo essenziale in cui si riflette la nozione di subordinazione tradizionalmente intesa è *l'eterodirezione*, che deve comunque sussistere, anche in via solo potenziale, insieme all'inserimento stabile e continuativo nell'organizzazione imprenditoriale del

⁶³⁰ Cfr. A.A. V.V. *Couple et modernité, 84ème congrès des notaires de France*, La Baule, 29 mai-1^{ier} juin, 1988, *Maesherbes*, 1988, p. 411; nonché G. P. QUETANT, *À propos du contrat de travail entre époux*, *Défrenois*, 2005, spec. p. 486 ss..

⁶³¹ Cass 1^{re} Civ., 24 oct. 1978, in *Bull. Civ. I*, n. 316.

⁶³² Cass. 1^{re} Civ. 24 sept. 2008, n. 07-11928, in *JCP-G* 2008, p. 597, con nota di H. Bosse-Platière; nonché Cass. 1^{re} Civ. 15 oct. 1996, n. 357, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 177, con nota di J. Hauser.

⁶³³ M. BERNARDINI, *Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata" cit.*, p. 283.

⁶³⁴ L'eventuale ricorso al rimedio del contratto d'opera caratterizzato dalla parasubordinazione sarebbe immaginabile solo in relazione al lavoro svolto nell'ambito di un'attività di impresa o di un'attività professionale, mentre non sarebbe applicabile alle prestazioni di lavoro domestico, dove sembrerebbero invece prevalere gli obblighi contributivi o l'adempimento di obbligazioni naturali, secondo la ricostruzione corrente.

datore di lavoro, più di recente vi è chi nel quadro delle famiglie “non coniugali” ha infine scorto l’emersione di una nozione peculiare e sui generis di subordinazione “attenuata”.

Quando, cioè, si tratti di prestazioni rese da un *partner* a favore dell’altro, sarebbe consentito individuare un rapporto di lavoro subordinato il quale, purtuttavia, si atteggierebbe in termini peculiari rispetto a come è comunemente inteso⁶³⁵.

Si è osservato infatti come, in questo contesto, sia raro che il potere direttivo e il potere disciplinare trovino espressione e manifestazione esteriori secondo le ordinarie vie formali, ma data l’atipicità e la variabilità dell’assetto di interessi nelle relazioni di fatto, è assai più probabile che il canale di esercizio di questi poteri rimanga relegato all’ambito inter-privato dei conviventi⁶³⁶. Cercare in questi casi l’apparenza dell’esercizio del potere disciplinare o del potere direttivo sarebbe un esercizio vano⁶³⁷.

Questo originale inquadramento della fattispecie nell’area della subordinazione – in termini di una subordinazione speciale ‘attenuata’ – sul piano degli argomenti viene proposto muovendo dal generale favore accordato dall’art. 35 Cost., che tutela il lavoro in tutte le sue forme⁶³⁸ e propizierebbe la configurazione di un rapporto di lavoro subordinato (i cui elementi costitutivi, in questo caso esibirebbero forme esteriori “attenuate”), ogniquale volta la prestazione lavorativa del convivente risulti inserita stabilmente nel contesto dell’organizzazione aziendale del *partner*, senza che il convivente partecipi al rischio di impresa e senza ingerenza nella gestione dell’impresa stessa.

Nel caso in cui non dovessero ravvisarsi gli estremi della subordinazione, qui eccezionalmente presenti in una forma inedita e “attenuata”, così intesa, occorrerebbe applicare in subordine le disposizioni in tema di impresa familiare ex art. 230 *ter* c.c., confinando infine lo spazio operativo delle obbligazioni ex art. 2034 c.c. ai casi residui.

⁶³⁵ A. GABRIELE, *Lavoro e famiglia non coniugale cit.*, p. 461. In termini generali, potrebbe ravvisarsi un’ipotesi di questo genere allorché, pur non escludendo la presenza degli elementi qualificanti della fattispecie della subordinazione, tuttavia emergano in concreto elementi di un’eterodirezione “sfumata”, e ciò per svariate ragioni quali ad esempio che la prestazione sia talmente ripetitiva e predeterminata da non aver bisogno di indicazioni tecniche, ovvero talmente intellettuale da escludere l’intervento organizzativo del datore di lavoro.

⁶³⁶ G. OBERTO, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*, in *Fam. dir.* 2, 2016, p. 147.

⁶³⁷ G. OBERTO, *op. ult. cit.*, p. 149, il quale osserva altresì come un eventuale rimprovero verosimilmente non avverrebbe secondo le previsioni statutarie e collettive, ma non per questo sarebbe meno efficace o dissuasivo; quanto poi alle indicazioni inerenti alle modalità di svolgimento della prestazione, esse non avrebbero rilievo formale ma sicuramente sostanziale, poiché efficaci sul versante della relazione privata.

⁶³⁸ La tesi muove infatti dalla premessa secondo cui «*stella polare di questo percorso interpretativo deve essere il disposto di cui al comma 1 dell’art. 35 Cost., saldamente ancorato al principio di cui all’art. 1 Cost.*». A. GABRIELE, *op. ult. cit.* p. 447. Ancora EAD., *op. ult. cit.*, p. 465, rileva che «*Il convivente di fatto, al contrario del religioso o del volontario, non condivide con il partner scopi di vita comune ispirata a un’idealità ben determinata, se non l’affectio. Anzi, il fine dell’attività produttiva del convivente imprenditore è proprio quello del profitto e del perseguimento di un utile (nulla a che vedere, quindi, con l’idealità)*».

Il rapporto di fatto che lega le parti, dunque, potrebbe modificare le modalità di qualificazione delle prestazioni rese, nei termini così esposti.

10.

RAPPORTI FAMILIARI, POSSESSO E DETENZIONE

Si è già osservato come i rapporti patrimoniali familiari risultino spesso attraversati da logiche proprie rispetto alle quali, ora per un'espressa previsione legislativa, ora per l'elaborazione operata dalla giurisprudenza, i classici istituti del diritto privato patrimoniale si trovano ad operare con regole diverse oppure ricevono, come sovente accade, modificazioni o adattamenti più o meno marcati, proprio in considerazione del contesto in cui vengono applicati.

Le realtà familiari, intese in senso ampio (e ricomprendenti sia la coppia coniugata che la famiglia di fatto) si incontrano e si confrontano altresì con gli istituti del possesso e della detenzione, sollevando anche in questo campo questioni interessanti, su cui non difetta la casistica giurisprudenziale e la riflessione degli interpreti.

Nella giurisprudenza pratica, l'istituto del possesso e quello della detenzione sono venuti in rilievo segnatamente in relazione a due ambiti.

Il primo riguarda sempre i casi in cui un coniuge o convivente abbia partecipato, con proprie risorse, a realizzare addizioni o migliorie su un bene esclusivo dell'altro, ma in godimento ad entrambi.

Il secondo riguarda il ricorso operato dalle Corti agli istituti in questione, al fine di tutelare le ragioni del convivente *more uxorio* non proprietario – sia verso terzi, sia nei confronti dell'altro convivente – in relazione alla casa condivisa durante il rapporto.

Occorre esaminarli separatamente.

CASA FAMILIARE E COMPOSSESSO DEL CONIUGE

Il primo ambito oggetto d'esame risulta, a ben vedere, strettamente intrecciato con le questioni relative alla giustificazione degli arricchimenti tra coniugi, ma qui viene in rilievo sotto una diversa angolazione, che è quella su cui verte la presente analisi.

In alcune pronunce giurisprudenziali, sia di legittimità⁶³⁹ che di merito⁶⁴⁰, al fine di tutelare il coniuge non proprietario che, in costanza del rapporto, abbia apportato migliorie alla casa di proprietà dell'altro, le Corti avrebbero talora riconosciuto in capo allo stesso una situazione di *possesso* o *compossesso* del bene⁶⁴¹.

Una sentenza di legittimità⁶⁴², per esempio, per giustificare le pretese restitutorie del coniuge in relazione a dei lavori di ampliamento e sistemazione da questi eseguiti, riguardanti una casa di proprietà della moglie ed usata dalla famiglia per le vacanze estive, ha ricondotto la fattispecie concreta all'art. 1150 c.c., riconoscendogli così il diritto al rimborso delle spese sostenute per le riparazioni straordinarie (art. 1150, comma 1, c.c.) nonché il diritto a un'indennità per i miglioramenti recati alla cosa, sussistenti al tempo della restituzione del bene (art. 1150, comma 2, c.c.).

La prova dell'*animus possidendi* – elemento costitutivo della fattispecie del possesso – è stata riscontrata nella circostanza che le opere straordinarie fossero state individuate e scelte in modo autonomo dal coniuge, che aveva altrettanto autonomamente contrattato con l'appaltatore.

Dalla lettura di sentenze di questo tipo, sembra tuttavia di trovare affermato l'istituto del possesso in termini del tutto peculiari, in un contesto dove, a ben vedere, i requisiti stabiliti dalla legge per la sua configurazione appaiono chiaramente difettare⁶⁴³.

La conclusione secondo cui il coniuge non proprietario dell'immobile sarebbe un compossessore non pare infatti ancorarsi a solide argomentazioni che individuino i requisiti oggettivo (*corpus*) e soggettivo (*animus rem sibi habendi*) del possesso, su cui dovrebbe vertere l'accertamento di tale situazione giuridica, né troverebbe la sua giustificazione nella particolarità del caso concreto.

Una simile ricostruzione è stata oggetto di censure ad opera della giurisprudenza teorica che, in particolare, ha revocato in dubbio l'asserto per cui l'*animus domini* (ossia quell'intenzione di

⁶³⁹ Cass. 9 giugno 2009, n. 13259, in *DeJure*; Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Dir. fam.*, 1997, pp. 87 ss., con nota di T. MONTECCHIARI, *Obblighi di contribuzione, migliorie su immobile di esclusiva proprietà di un coniuge con denaro dell'altro e separazione personale*, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 843, con nota di A. AMATO, *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*; Cass. 29 aprile 1993, n. 5072, in *Vita Not.*, 1993, p. 1441.

⁶⁴⁰ Tribunale di Udine 14 marzo 2013, in www.cameracivileudine.it. Tribunale di Brindisi 26 maggio 2014 (in www.ilcaso.it) applica invece alla fattispecie in esame la disciplina in tema di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c..

⁶⁴¹ Le pronunce si riferiscono tutte a casi in cui tra i coniugi vigeva il regime di separazione dei beni. Per un loro approfondito esame vedasi L. BERTINO, *Accordi di indirizzo sull'amministrazione della casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2016, p. 810 e ss.

⁶⁴² Cass. 13 maggio 1989 n. 2199 in *Rep. Foro it.*, 1989.

⁶⁴³ Secondo L. BERTINO *op. ult.cit.* p. 811, le fattispecie analizzate, e le argomentazioni seguite nella parte motiva delle varie sentenze in questione, non sono tra loro coincidenti o facilmente sovrapponibili, e pertanto (ancorché massimate in termini simili) non sarebbero idonee ad enucleare una nuova situazione di compossesso tra i coniugi ogniqualvolta un coniuge abbia realizzato o concorso a realizzare addizioni od opere di miglioramento sul bene di proprietà dell'altro coniuge.

comportarsi – e apparire – come titolare del diritto reale cui corrisponderebbe il potere di fatto esercitato) si possa riscontrare nell'individuazione, in autonomia, delle migliorie da eseguire sull'abitazione, e dalla stipula solitaria del contratto con l'appaltatore senza coinvolgere l'altro coniuge, effettivo titolare del diritto reale⁶⁴⁴.

Secondo l'opinione dottrinale maggioritaria, infatti, il semplice compimento di atti negoziali, specie se isolati – come nel caso *de quo* – non sarebbe idonea ad esprimere un concreto potere di fatto sul bene, corrispondente all'esercizio di un diritto reale⁶⁴⁵. Con particolare riferimento, poi, al peculiare rapporto che astringe i coniugi, entrerebbe anche in gioco la rilevanza del regime primario: la decisione di ristrutturare l'abitazione dell'altro potrebbe concretare una semplice e legittima modalità di attuazione di quell'indirizzo di vita che deve essere, appunto, concordato ex art. 144 c.c., e ben può accadere che, nel quadro dell'autonomia negoziale dei coniugi, certi compiti vengano ripartiti, assegnandoli in via esclusiva ad uno solo di essi.

Sotto altro profilo, non sarebbe individuabile una situazione possessoria nel contesto in esame, atteso che la semplice immissione nel godimento del bene troverebbe il suo *titolo* nell'adempimento del diritto-dovere all'assistenza morale e materiale di cui all'art. 143, comma II, c.c.. Ci si troverebbe dunque, semmai, in un caso di detenzione: la fruizione del bene sarebbe dipendente, nonché subordinata, alla volontà del coniuge proprietario, che la concede in adempimento dei doveri derivanti dal regime primario del matrimonio.

La ricostruzione della posizione del coniuge quale compossessore pone, peraltro, significative contraddizioni ove si riscontri che la medesima giurisprudenza è costante nel negare la sussistenza degli elementi costitutivi del possesso in relazione alla casa (co)abitata dal coniuge, convivente o parente, ai fini della maturazione dell'usucapione su tale bene⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, a cura di A. Gambaro-U. Morello, Milano 2010, p. 373.

⁶⁴⁵ R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2014, pp. 72 e ss. secondo cui non sono atti di ingerenza validi come elementi del possesso gli atti giuridici di gestione del bene: detto altrimenti, l'attività negoziale non esprimerebbe, in sé, un potere di fatto sul bene. Secondo U. NATOLI, *Il possesso*, Milano 1992, pp. 43-47, invece, gli atti negoziali sarebbero rilevanti ma, affinché vi sia un potere di fatto corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, non basterebbe un qualsiasi comportamento isolato, ma sarebbe necessaria *un'attività*, ossia una serie di operazioni tra loro connesse, tese all'utilizzazione del bene, secondo lo schema proprio dei diritti reali. Anche seguendo questa teoria in ogni caso, la conclusione, isolata, di un contratto (avente ad oggetto l'esecuzione di opere sul bene) non potrebbe comunque configurare un potere di fatto corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale tale da integrare una situazione possessoria ex art. 1140 c.c.. Su questi temi, si rinvia altresì a C. TENELLA SILLANI, *Il possesso e le azioni a tutela*, in G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto civile: norme, questioni, concetti*, 2, *Singoli contratti, la proprietà, i diritti reali e il possesso, il diritto di famiglia, le successioni e le donazioni*, Bologna, 2014, p. 411 ss.

⁶⁴⁶ *Ex multis*, Cass. Civ. 20 febbraio 2008, n. 4327 (in *Delure*) secondo cui «in tema di acquisto del possesso 'ad usucapionem', al fine di valutare se un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale sia compiuta con l'altrui tolleranza, e sia quindi idonea all'acquisto del possesso, la lunga durata di tale attività può integrare un elemento presuntivo in favore dell'esclusione di una semplice tolleranza qualora si verta in rapporti di mera amicizia o di buon vicinato ma non di parentela, tenuto conto che in relazione ai primi, di per sé labile e mutevoli, è più improbabile il mantenimento della tolleranza per un lungo arco di tempo» (evidenze nostre). In termini analoghi anche Cass. Civ. 29 maggio 2015, n. 1127 (in *Delure*).

In definitiva, per accogliere le (pur comprensibili) pretese indennitarie di un coniuge in seguito al sopravvenire della crisi coniugale, si assiste all'affermazione, da parte della giurisprudenza pratica, della sussistenza di fattispecie possessorie nel quadro del rapporto coniugale senza che tuttavia concretamente sussistano i suoi presupposti (in particolare, quello soggettivo dell'*animus possidendi*) aprendo una crepa nella coerenza e credibilità dell'intero sistema⁶⁴⁷.

UNA FIGURA DI DETENZIONE ATIPICA?

In alternativa alla ricostruzione dianzi illustrata, in altre pronunce la giurisprudenza pratica⁶⁴⁸ ha qualificato la posizione giuridica del coniuge rispetto alla casa di proprietà dell'altro in termini di "atipico diritto personale di godimento"⁶⁴⁹, ovvero di "detenzione qualificata", avente la sua fonte nel rapporto di coniugio, e nei connessi obblighi di coabitazione⁶⁵⁰.

La giurisprudenza in questione⁶⁵¹ ha cioè ravvisato nel coniuge non proprietario che occupa la casa familiare la posizione di detentore, al fine di tentare un'applicazione in via analogica, anche a questi casi, della normativa di cui all'art. 1150, comma 1, c.c. in tema di possesso⁶⁵² che dunque, in base a

⁶⁴⁷ In definitiva, il richiamo all'*animus possidendi*, più che discendere dalla logica applicazione delle regole privatistiche, sembra qui svolgere il ruolo di una giustificazione *ex post* della soluzione adottata. Osserva poi L. BERTINO, *Accordi di indirizzo cit.* p. 820, che *a fortiori*, nelle ipotesi in cui il contratto d'appalto venga addirittura *stipulato* dal coniuge proprietario, sarebbe ancor più difficile desumere l'*animus possidendi* dal semplice fatto che l'altro coniuge, non proprietario, abbia proceduto esclusivamente al pagamento del corrispettivo richiesto dall'appaltatore.

⁶⁴⁸ Cass. 29 aprile 1993, n. 5072, in *Pluris (OneLegale)*.

⁶⁴⁹ *Cfr.* Cass. 16 marzo 2007, n. 6192 che ha qualificato il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa coniugale in sede di separazione o di divorzio in termini di «atipico diritto personale di godimento e non già di diritto reale».

⁶⁵⁰ V. p.es. Trib. Bari, 25 settembre 2008. Anche la giurisprudenza teorica è concorde nell'escludere che dal mero diritto-dovere di coabitazione scaturisca un diritto reale di abitazione e ciò *in primis* perché manca qualsivoglia previsione normativa che qualifichi espressamente la fattispecie nei suddetti termini; *in secundis* perché a questa conclusione si può pervenire *a contrario* sulla base del dato letterale dell'art. 540 c.c., che al coniuge superstite attribuisce, a titolo di legato *ex lege*, il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni: ove, infatti, un diritto di abitazione fosse già sorto per effetto dell'accordo di cui all'art. 144 c.c., il legislatore non avrebbe dovuto prevedere l'attribuzione a favore del coniuge convivente e non proprietario di un diritto reale d'abitazione (M. SESTA, *Comunione di vita e diritti sulla casa familiare*, in *Fam e dir.* 2013, p. 511). In altre pronunce di merito, si trova altresì affermato che il coniuge non titolare del diritto reale non godrebbe nemmeno di una detenzione qualificata, ma il godimento del bene sarebbe una, non meglio precisata, "conseguenza automatica dell'attuazione del dovere di convivenza" (Trib. Andria-Trani, 23 marzo 2008).

⁶⁵¹ In particolare Cass. 29 aprile 1993, n. 5072; nella recente giurisprudenza di merito, Trib. Venezia 23 settembre 2015 in *Pluris(OneLegale)*, nonché Trib. Brindisi 26 maggio 2014 (in *www.ilcaso.it*).

⁶⁵² L'art. 1150 comma I c.c. prevede che il possessore, di buona o mala fede, abbia diritto al rimborso delle spese fatte per le riparazioni straordinarie; il comma II stabilisce che il possessore abbia altresì diritto ad una indennità per i miglioramenti recati alla cosa, purché sussistano al tempo della restituzione. Il comma III specifica che l'indennità deve corrispondersi nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti, se il possessore è in buona fede; se, invece, il possessore è in mala fede, nella minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore. Il comma IV, inoltre, prevede che se il possessore è tenuto alla restituzione dei frutti, gli spetta anche il rimborso delle spese fatte per le riparazioni ordinarie, limitatamente al tempo per il quale la restituzione è dovuta. Infine, l'ultimo comma, rinviando a quanto già previsto dall'art. 936 c.c. per le addizioni eseguite dal possessore, precisa che se le addizioni

questo orientamento, si applicherebbe anche al detentore *qualificato*, ovvero sia a quel detentore che – secondo un’impostazione che in dottrina, tuttavia, non è unanimemente condivisa⁶⁵³ – detiene per un interesse proprio.

Il ricorso al procedimento analogico rispetto alla normativa sul possesso si giustificerebbe per il fatto che vi sarebbe una lacuna nell’ordinamento: mancherebbe infatti una disciplina per la situazione del coniuge, che configurerebbe, appunto, un’ipotesi “atipica” di detenzione.

Sembra che anche nella giurisprudenza teorica vi sia condivisione attorno alla teoria per cui la convivenza tra coniugi darebbe luogo, sull’immobile di proprietà dell’altro, non già ad un diritto reale, bensì ad una *detenzione*, ed in particolare ad una figura di detenzione “atipica”, poiché appunto priva di un’apposita disciplina⁶⁵⁴.

Tale figura non sarebbe invero riconducibile né ai diversi esemplari di detenzioni riscontrabili nell’ordinamento, derivanti da rapporti giuridici tipizzati⁶⁵⁵ – essendo l’immissione nell’abitazione strumentale alla realizzazione della vita familiare – né alla detenzione per ragioni di ospitalità, non risultando possibile assimilare i coniugi conviventi agli ospiti⁶⁵⁶, in ragione della diversità del legame

costituiscono miglioramento e il possessore è di buona fede, allora è dovuta un’indennità nella misura dell’aumento di valore conseguito dalla cosa.

⁶⁵³ La distinzione è sostenuta da M. PALADINI, *La detenzione*, in M. PALADINI, D. MINUSSI, A. RENDA, *Manuale di diritto civile*, Milano 2019, p. 1047, e come noto viene fondata sull’interesse che sorregge il potere di fatto del detentore: sarebbe detentore qualificato chi ha un interesse proprio alla detenzione (come il conduttore, l’affittuario, il comodatario), non qualificato colui che al contrario detiene nell’esclusivo interesse del possessore (così il depositario, il mandatario). Da questa impostazione, per inciso, discenderebbe la conseguenza che il detentore qualificato sarebbe legittimato a esercitare le azioni possessorie *erga omnes* (dunque anche contro il possessore mediato) mentre il detentore non qualificato sarebbe legittimato ad esperire tali azioni nei confronti dei soli terzi (e non del possessore mediato). *Contra* C. TENELLA SILLANI, voce “*Possesso e detenzione*”, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIV, Torino 1996, p. 20, la quale rileva come non possa affermarsi che nei detentori c.d. “non qualificati” manchi un interesse personale alla detenzione: si pensi al diritto ad avere il rimborso delle spese e l’eventuale compenso che spetta al depositario, al privilegio che assiste i crediti del vettore, del mandatario e del medesimo depositario, ed in particolare al diritto di ritenzione ex art. 2756 comma III c.c.. Secondo l’Autrice, per quanto possano essere valide le ragioni addotte per mantenere tale distinzione, non sembra possibile riconoscere la legittimazione attiva all’azione di spoglio in maniera diversa da quanto chiaramente disposto dal legislatore, che non ammette mai una tutela possessoria relativa. [...] In nessun caso è consentito travalicare il dettato codicistico che, in quanto relativo ad un diritto di azione, più difficilmente può essere interpretato ed applicato in senso non letterale. Critico sulla distinzione anche R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, pp. 376-377 che la ritiene inammissibile, non solo per l’ambiguità e l’incertezza di un criterio quale quello dell’interesse, ma anche perché, includendosi nella categoria della detenzione per ragioni di servizio, sfornita di protezione interdittale, tutte le ipotesi in cui il detentore si ingerisca nel bene altrui in via meramente strumentale, in tale prospettiva la categoria della detenzione non qualificata rimarrebbe sempre assorbita in quella della detenzione per ragioni di servizio; in tal senso «la bipartizione detenzione qualificata/non qualificata, in quanto collegata ad una pretesa differente ampiezza di tutela possessoria, nemmeno avrebbe la possibilità di essere profilata».

⁶⁵⁴ Cfr. R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova 2012, pp. 191 ss.. Nel senso di una qualificazione in termini di detenzione ‘atipica’ anche L. BERTINO, *Accordi di indiritto sull’amministrazione della casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2016, p. 822.

⁶⁵⁵ R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni cit.*, p. 221.

⁶⁵⁶ Questo discorso varrebbe in realtà anche per quelli *more uxorio* q.v. *infra*.

affettivo che lega un ospite al possessore rispetto a quello che unisce un coniuge all'altro, nonché per la diversa rilevanza giuridica e sociale del rapporto.

D'altro canto, contrariamente a quanto sostiene la giurisprudenza pratica, in Dottrina si esclude che questa forma di detenzione, non disciplinata dal legislatore, possa trovare in via analogica la sua regolamentazione nella normativa in punto di riparazioni, miglioramenti e addizioni ad opera del possessore.

Le critiche dottrinali sul punto involgono vari profili, sia di tipo letterale che sistematico, a cui si rimanda⁶⁵⁷.

Ai presenti fini sembra importante cercare di mettere a fuoco i contorni della situazione soggettiva del coniuge in relazione alla casa, per capire se vi siano ulteriori elementi di specialità, rispetto alla detenzione come ordinariamente intesa.

Si potrebbe rilevare, in primo luogo, come l'asserto poc'anzi illustrato non sia immune dal permanere di alcune incertezze.

La qualificazione come detenzione *atipica* sembra infatti riposare⁶⁵⁸ sulla tesi – tutt'affatto pacifica – per cui la detenzione non dovrebbe intendersi quale situazione unitaria e indistinta, semplicemente contrapposta alla figura del possesso. Secondo questa tesi sarebbero cioè molteplici le figure di detenzione configurabili all'interno del nostro ordinamento⁶⁵⁹, corrispondenti alle differenti modalità di ingerenza, di volta in volta esercitata dal soggetto sulla cosa, conformemente al titolo su cui di volta in volta la detenzione si fonda, e con conseguenti discipline diversificate.

L'asserto è criticato da quegli Autori che hanno invece rilevato come, a differenza dell'ingerenza esercitata dal possessore (che sarebbe giuridicamente rilevante per distinguere i vari tipi di possesso a seconda del diritto reale cui corrispondono: ad esempio, possesso a titolo di proprietà, di usufrutto,

⁶⁵⁷ In primo luogo, il dato letterale dell'art. 1150 c.c. induce a ritenere che la norma trovi applicazione solo con riguardo al possessore: è il legislatore che, proprio nel testo della norma in oggetto, individua il destinatario della norma, appunto, nel solo possessore, a differenza di quanto prevede con riguardo ad altre fattispecie in tema di possesso, ove espressamente estende l'istituto anche al detentore (art. 1168 c.c.). Sarebbe, quindi, l'interpretazione letterale ad impedire l'applicazione dell'art. 1150 c.c. anche a situazioni di detenzione. In secondo luogo, è opinione che la fattispecie di cui all'art. 1150 c.c. sarebbe un'applicazione della regola generale di cui all'art. 2041 c.c.: se così fosse, nulla si apporterebbe al discorso allorché ci si limitasse a constatare che numerose norme del codice civile disciplinano fattispecie particolari, comunemente considerate applicazioni del principio sancito dall'art. 2041 c.c. (cfr. P. SCHLESINGER, voce *Arricchimento, azione di (diritto civile)*, in *Nov. Dig.*, Torino, 1957, I, pp. 1004 e 1009. Per questa ragione solo ed esclusivamente le fattispecie oggetto di specifica previsione rimarranno disciplinate da quelle norme, non potendosi a quelle ipotesi fare applicazione della regola generale dell'art. 2041 c.c.. Ne consegue che, per quel che concerne la situazione del possessore, essa dovrà essere disciplinata dall'art. 1150 c.c.. La fattispecie propria del detentore, viceversa, potrebbe semmai essere ricondotta alla più generale figura dell'art. 2041 c.c. non potendo così essere disciplinata dall'art. 1150 c.c., che introduce una norma prevista esclusivamente per la situazione possessoria (cfr. L. BERTINO, *Accordi di indirizzo cit.*, pp. 826-827).

⁶⁵⁸ Oltretutto sul presupposto per cui possesso e detenzione si distinguerebbero in base al titolo sottostante al potere di fatto sulla cosa.

⁶⁵⁹ Cfr. R. OMODEI SALÈ, *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova 2012, p. 191.

di servitù, etc.), l'ingerenza del detentore non varrebbe viceversa a distinguere diversi sottotipi di detenzione.

La teoria che postula la tipicità delle detenzioni entrerebbe poi in stallo dinanzi alla constatazione che in materia obbligatoria e contrattuale vige il generale principio della *atipicità* (cfr. art. 1322 c.c.), diversamente da quanto avviene in materia di diritti reali, cui corrisponde l'ambito del possesso, ove è unanimemente accolto il principio del *numerus clausus*⁶⁶⁰. Ciò comporterebbe che individuare singoli tipi di detenzione richiederebbe una difficile quanto delicata indagine sul titolo «tale da rendere il giudizio possessorio non meno complesso di quello petitorio»⁶⁶¹.

L'irrelevanza giuridica di eventuali distinzioni interne alla detenzione, fondate sulla diversa attività svolta dal detentore, apparirebbe altresì coerente col ruolo strumentale rivestito, nel nostro sistema possessorio, dalla detenzione medesima, intesa alla stregua di un mero potere mediante cui si realizza in via mediata il possesso altrui, di modo che sarebbe sempre «qualificabile come detentore indifferentemente colui che si comporti da affittuario, da conduttore oppure da comodatario, dal momento che, in ogni caso, identica è la posizione strumentale dello stesso rispetto al possesso»⁶⁶².

Occorre, pertanto, tener presente come il fondamento stesso di una ricostruzione della posizione del coniuge in termini di detentore *atipico* e *qualificato*, non consenta di definire, in termini pienamente appaganti, la specialità della sua posizione, in quanto basato sul discusso, non pacifico, e fragile presupposto della tipicità delle fattispecie detentive nell'ordinamento privatistico.

È poi quasi scontato sottolineare che una corretta considerazione della situazione giuridica specifica del coniuge convivente non possa altresì obliterare la circostanza che, in seguito al matrimonio, sorge un preciso obbligo di coabitazione (art. 143 c.c.), che le parti debbono attuare anche individuando concordemente la casa familiare (art. 144 c.c.)⁶⁶³, adoperandosi altresì – nei modi più opportuni – affinché questa, una volta scelta, sia idonea a tale uso.

⁶⁶⁰ Per un approfondimento critico, in chiave comparatistica, su questo assunto ritenuto pacifico nella dottrina civilistica europea, si rinvia ad A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017², p. 355 e ss..

⁶⁶¹ R. SACCO – R. CATERINA, *Il Possesso*, in *Trattato Cicu Messineo*, p. 164.

⁶⁶² Cfr. C. TENELLA SILLANI, voce “*Possesso e detenzione*”, nel *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ. IV ed.*, XIV, Torino, 1996, p. 37. Secondo R. OMODEI SALÈ, (voce) *Detenzione*, in *Enc. dir.* p. 379, invece, l'anzidetto timore circa la complessità di un giudizio avente ad oggetto l'esatto modo di atteggiarsi del singolo tipo di detenzione risulterebbe eccessivo, e la possibilità che si concretizzi sarebbe smentita dalla circostanza che i giudici, nelle controversie fra detentore e possessore mediato relative ad abusi provenienti dalla controparte, non hanno particolari remore o difficoltà ad esaminare lo specifico contenuto del titolo, al fine di delimitare con precisione la latitudine dei poteri spettanti, rispettivamente, al detentore e al possessore mediato, e così facendo finiscono per conoscere “*quella*” detenzione, singolarmente e concretamente considerata, e non “*la*” detenzione, intesa come figura unitaria e indifferenziata.

⁶⁶³ L'esatta individuazione dell'immobile da destinare a casa familiare è dunque frutto di una intesa, espressa o tacita.

Ciò che sembra atteggiarsi in termini di certezza, pare solo essere che la posizione “detentiva” del coniuge rispetto alla *res* troverebbe il suo *titolo* (come ogni detenzione) nel diritto-dovere di coabitazione che discende dal matrimonio ex art. 143 c.c..

Per altro verso, l’inquadramento della sua posizione in termini di *detentore qualificato* (sempre che si accolga questa classificazione sul piano teorico) non sarebbe, comunque, pienamente appagante, atteso che, se è vero che non detiene per realizzare un interesse del possessore mediato (ossia l’altro coniuge, proprietario del bene) a ben vedere egli non detiene nemmeno per realizzare un interesse proprio, bensì detiene per un interesse che trascende quello individuale suo così come quello del possessore mediato, e che corrisponde a quello, *comune*, del nucleo familiare composto da entrambi, atteso che la detenzione sarebbe strumentale all’attuazione dell’indirizzo di vita concordato da ambedue i coniugi ex art. 144 c.c..

La ricostruzione della sua posizione riguardo all’immobile di proprietà esclusiva dell’altro (escludendo le forzate ed eversive ricostruzioni in termini di possesso, pur presenti nella giurisprudenza pratica), pare dunque annoverarsi nel quadro concettuale della detenzione, laddove tuttavia non appare pienamente riconducibile, in termini dogmatici, alle ricostruzioni che la giurisprudenza teorica ha elaborato in relazione a questo istituto.

LA DETENZIONE DEL CONVIVENTE MORE UXORIO E L’AZIONE DI SPOGLIO

Il secondo ambito che viene in rilievo riguarda la realtà della famiglia di fatto.

Gli istituti del possesso e della detenzione risultano intrecciati, infatti, con alcune specifiche questioni da tempo dibattute e poste all’attenzione di dottrina e giurisprudenza, nel quadro del passaggio da una collocazione incerta della famiglia di fatto (tra fatto e diritto), alla sua ‘giuridificazione’, con la conseguente esigenza, sempre più avvertita, di qualificare in termini giuridici appropriati la posizione del convivente *more uxorio* in relazione all’immobile ove si svolge la vita in comune, in particolare al fine di riconoscergli ragioni di tutela nei confronti dei terzi ovvero dell’altro convivente *spoliator*. Quanto alla tutela del convivente nei confronti dei terzi, estranei al rapporto, bisogna premettere che un punto di svolta è sicuramente costituito dalla declaratoria di illegittimità dell’art. 6 L. 27 luglio 1978 n. 392⁶⁶⁴, con cui i giudici costituzionali hanno elevato la convivenza di fatto al rango di titolo giuridico avente rilievo ex art. 2 Cost., in dialettica col titolo contrattuale della locazione, idoneo a

⁶⁶⁴ Cfr. Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 404 che ha posto il convivente *more uxorio* tra i successibili nella locazione in caso di morte del conduttore, stabilendo che il convivente stesso succeda al conduttore che abbia cessato la convivenza.

fondare una successione nel contratto di locazione. Si è dunque introdotta un'ipotesi di successione *ope legis* nel contratto, di cui era intestatario il convivente-conduttore⁶⁶⁵.

L'art. 1 comma 42 L. 20 maggio 2016 n. 76 ha poi appositamente disciplinato anche l'altra ipotesi, per l'innanzi ancora priva di tutela legale, ossia quella del decesso del convivente-proprietario⁶⁶⁶ della casa di comune residenza, sancendo il diritto per il *partner* superstite di «continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se è superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni».

Prima degli interventi normativi sopra menzionati, bisogna rilevare come la tutela del coniuge convivente in seguito al decesso del *partner* nei confronti dei terzi o degli eredi del medesimo non sia stata pacifica. Le pronunce hanno infatti cercato di inquadrare e descrivere questa situazione mediante gli schemi, rivelatisi poi inadeguati, degli istituti offerti dalle norme generali codicistiche. Secondo un orientamento risalente, la convivenza *more uxorio* a differenza di quella del coniuge, che ha il diritto-dovere di coabitare, per quanto protratta nel tempo integrerebbe una situazione di mero fatto e l'un convivente, privo di qualunque diritto nei confronti dell'altro, andrebbe assimilato ad un semplice ospite *ex art. 1168 comma II c.c.*, non legittimato all'azione di reintegra verso i terzi (e nemmeno verso il convivente *spoliator*). In quest'ottica, mancando di titolo giuridico, il convivente si relazionerebbe alla cosa per mera tolleranza altrui e non manifesterebbe l'*animus detinendi*⁶⁶⁷.

Successivamente la giurisprudenza ha accolto la qualificazione della posizione, anche del convivente di fatto, in termini di *detentore qualificato*; tuttavia, pur considerandolo nei suddetti termini, il titolo

⁶⁶⁵ Si è correttamente osservato che l'art.6 (nella sua interpretazione costituzionalmente orientata, che estende al convivente il diritto a succedere automaticamente nel contratto) preclude l'applicazione della disciplina generale *ex art. 1614 c.c.* che deve ritenersi implicitamente abrogata.

⁶⁶⁶ La sopra menzionata decisione di Corte Cost. n. 404/1988 si riferiva, infatti, al solo caso del decesso del convivente-conduttore della casa di comune residenza, laddove per il caso del decesso del convivente-proprietario, analoga questione era stata rigettata da Corte Cost. 26 maggio 1989 n.310, che aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt.li 565 c.c. e 582 c.c. nella parte in cui non parificano al coniuge il convivente non unito in matrimonio, e l'inammissibilità di quella dell'art. 540 comma II c.c. nella parte in cui non contempla il diritto di abitazione, dalla legge riconosciuto a favore del coniuge, anche al convivente *more uxorio*.

⁶⁶⁷ Cfr. p. es. Cass. 16 febbraio 1956, n. 436, in *Foro It.*, 1956, I, c. 1120 e ss.. In altri termini, la detenzione si fonderebbe su un rapporto la cui stabilità, mantenuta solo in via di fatto, non è garantita dal diritto. In tale quadro, la convivenza *more uxorio* dovrebbe assimilarsi a una sorta di "ospitalità reciproca" (così anche Cass 2 ottobre 1974 n. 2555, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Possesso e azioni possessorie*, n. 28; Cass 22 ottobre 1976 n. 3753, *ibidem*, 1976, voce *cit.*, n. 34; nonché Cass. 14 giugno 2001 n. 804, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1278 ss.). Nella giurisprudenza di merito, Pret. Vigevano, 10 giugno 1996, in *Foro It.*, 1997, I, c. 3686 ss. Per un'analisi critica dell'evoluzione giurisprudenziale nelle Corti di merito, cfr. M. GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in F. BRUNETTA D'USSEAU e A. D'ANGELO, *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, p. 341 e ss..

sottostante alla detenzione qui rimarrebbe comunque inidoneo a porre l'ingerenza di un detentore in contrasto col potere del possessore *iure proprietatis*.

Per un verso, in tempi recenti, e poco prima dell'introduzione della legge 76/2016, la giurisprudenza di legittimità⁶⁶⁸ ha infatti ribadito che la detenzione qualificata del convivente non proprietario è opponibile ai terzi, ma fintantoché permanga il titolo da cui deriva, cioè in quanto perduri la convivenza *more uxorio*. Viceversa, venuto meno il titolo della convivenza stessa, per il decesso del *partner* proprietario-possessore, anche il relativo diritto avente ad oggetto la detenzione qualificata sull'immobile si dovrebbe estinguere. Infatti, similmente a quanto già osservato per la realtà coniugale, anche qui il convivente godrebbe dell'abitazione adibita a residenza familiare non tanto per soddisfare direttamente ed esclusivamente un interesse proprio (come dovrebbe essere, a stretto rigore, per il detentore qualificato), quanto per realizzare un obiettivo ulteriore rispetto alla disponibilità della cosa: l'attuazione di un programma di vita comune che, in caso di decesso del *partner*, evidentemente viene meno⁶⁶⁹.

Per altro verso, la casistica giurisprudenziale ha registrato frequenti conflitti possessori, alla morte del convivente *more uxorio*, tra il *partner* superstite rimasto nella detenzione della casa di *ménage* e i chiamati all'eredità del convivente deceduto, modificando l'applicazione delle regole generali che altrimenti, in situazioni analoghe, avrebbero trovato applicazione.

Vediamo come.

Se si pone mente alle regole in tema di successione nel possesso la legge stabilisce che i chiamati all'eredità, oltre a prevalere sul versante petitorio, possono altresì esperire ancor prima dell'accettazione le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari «senza bisogno di materiale apprensione» (art. 460, comma I, c.c.) attesa la regola per cui il possesso continua nell'erede, con effetto dall'apertura della successione (art. 1146, comma I, c.c.)⁶⁷⁰.

L'esame della produzione giurisprudenziale in materia dimostra, invece, come nel conflitto tra il c.d. possesso fittizio del chiamato all'eredità e l'affermata detenzione qualificata del convivente *more*

⁶⁶⁸ Cass. Civ. 27 aprile 2017, n. 10377 in *Giur. it.*, 2018, p. 1089 e ss. con nota di E. FAZIO, *Convivenza more uxorio, abitazione comune e detenzione del partner non proprietario*.

⁶⁶⁹ Dunque, prima della norma di cui all'art. 1 comma 42 della Legge 76/2016, la rilevanza sociale e giuridica della convivenza di fatto non sarebbe stata idonea ad incidere, salvo espressa disposizione di legge (come è invece per la regola ex art. 540 comma II c.c. a favore del coniuge), sul legittimo esercizio dei diritti spettanti ai terzi sul bene immobile.

⁶⁷⁰ Come noto, un'annosa *querelle* circonda la natura di siffatta *possessio* che, prescindendo dalla necessità della «materiale apprensione», può manifestarsi senza *corpus*: da un lato vi è la tesi della continuazione *ipso iure* del possesso (A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*², in *Trattato Cicu-Messineo*, 1961 p. 130), dall'altro lato si contrappone la tesi della legittimazione straordinaria del non possessore (A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1977, p. 150 e ss.).

uxorio superstite, sia stata talora privilegiata la situazione soggettiva di quest'ultimo, negando all'erede l'attributo di possessore per la carenza di «una dimostrata disponibilità concreta dell'appartamento per un periodo di tempo apprezzabile»⁶⁷¹ o per altri motivi in fatto, di analogo tenore, che tuttavia esulano dal contenuto delle previsioni normative, così sospendendo l'applicazione della regola, che qui appunto non esige «materiale apprensione» al fine di accordare la tutela possessoria al chiamato all'eredità, e facendo emergere, ancora una volta, come nel comparto dei rapporti familiari – qui in particolare dei rapporti familiari di fatto – sia assai frequente riscontrare anche sul versante del diritto vivente, deviazioni rispetto alla «corretta applicazione della norma» privatistica, intesa come regola formalistica, sino a giungere addirittura alla sua sospensione, in considerazione delle logiche peculiari che innervano il rapporto familiare, e di cui i giudici hanno sentito di dover necessariamente tener conto, per regolare il caso loro sottoposto⁶⁷².

Si presenta, così, una dialettica in cui viene infine fatta prevalere una situazione definita in termini di *detenzione qualificata* – configurata per via giurisprudenziale – a dispetto delle ragioni del possesso, sancite invece dalla legge.

Dall'esame delle pronunce in materia, sembra talora trasparire altresì un certo imbarazzo dei giudici nel sacrificare l'intimità di una stabile comunione di vita all'interesse patrimoniale ereditario⁶⁷³, come la legge formale imporrebbe, e si può cogliere come le soluzioni adottate, dal punto di vista argomentativo, non vengano dedotte dai postulati, con un'applicazione delle *regulae iuris* secondo il metodo della sussunzione, bensì vengano spesso pensate *in funzione di un risultato* considerato ragionevole, alla luce della peculiarità della situazione oggetto della cognizione⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Pret. Venezia-Mestre, 16 aprile 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, c.330 e ss. che addirittura qualifica il convivente superstite come possessore; in precedenza Pret. Roma, 22 novembre 1975, in *Giust. Civ.*, 1976, I, p. 1721 con nota di A. PALMIERI. La più recente sentenza Cass. Civ. Sez. II 15 settembre 2014 n. 19423 (in *Delure*) ha riconosciuto alla convivente *more uxorio* la legittimazione all'esercizio dell'azione di reintegrazione nei confronti degli eredi del compagno deceduto, proprietario dell'immobile da lei abitato, ma nel caso di specie costoro la avevano estromessa con clandestinità dall'immobile stesso.

⁶⁷² Si potrebbero cogliere in questo ambito, con singolare nitidezza, i modi in cui nel diritto vivente prendono forma i procedimenti interpretativi e applicativi delle norme che, sovente, più che operare quali criterio asettico di risoluzione di una controversia secondo procedimenti tecnici della logica giuridica, vengono utilizzati per tutelare di un determinato interesse, e divengono così concretizzazione di una determinata politica del diritto.

⁶⁷³ Cfr. E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 51.

⁶⁷⁴ Cfr. M. GRONDONA, *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale* cit. pp. 367-368. Questa tendenza all'interno del procedimento argomentativo-decisionale, invero, si riscontra sempre più frequentemente nella giurisprudenza civile odierna, e trova dunque nel comparto del diritto di famiglia un suo particolare e privilegiato terreno d'espressione. Il tema, di viva attualità, coinvolge l'affascinante campo dell'ermeneutica giuridica, ed è oggetto di una ricca riflessione nella dottrina civilistica, in cui si contendono il campo concezioni diametralmente opposte. Per un'analisi attuale del tema, in termini critici, si segnala N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p.44 ss.

Passando a considerare, poi, i profili di un'eventuale tutela possessoria del convivente di fatto non già nei confronti di terzi, come appena descritto, bensì direttamente *nei confronti dell'altro convivente proprietario-possessore*, qualora, cessato il rapporto, questi gli impedisca l'accesso nell'immobile già abitazione della coppia, la questione sembra atteggiarsi in linea di principio negli stessi termini anche dopo l'approvazione della L 76/2016 che non è intervenuta specificatamente sul punto, lasciando così una lacuna normativa⁶⁷⁵.

Nella giurisprudenza pratica si è accreditata la teoria per cui l'estromissione violenta o clandestina compiuta dal convivente proprietario giustificherebbe la tutela possessoria anche nei suoi confronti, consentendo al convivente estromesso l'esercizio dell'azione di spoglio in relazione all'immobile che, durante la convivenza, sia stato nella disponibilità di entrambi⁶⁷⁶.

La giurisprudenza ha giustificato tale esito affermando precisamente che «in considerazione del rilievo sociale che ha ormai assunto per l'ordinamento, la convivenza *more uxorio* quale formazione sociale che dà vita ad un consorzio familiare, determina, sulla casa di abitazione ove si svolge e si attua il programma di vita in comune, un potere di fatto *basato su di un interesse proprio del convivente* diverso da quello derivante da ragioni di mera ospitalità e tale da assumere i connotati tipici di una detenzione qualificata, che ha titolo in un negozio giuridico di tipo familiare. Pertanto l'estromissione violenta o clandestina dall'unità abitativa, compiuta dal convivente proprietario in danno del convivente non proprietario, legittima quest'ultimo alla tutela possessoria, consentendogli di esperire l'azione di spoglio»⁶⁷⁷.

Se è vero che la prevalente dottrina ha auspicato e approvato il consolidamento di questo orientamento giurisprudenziale⁶⁷⁸, il risultato non convince tutti.

È stato infatti autorevolmente osservato da alcuni Autori come l'illustrata ricostruzione della situazione giuridica, anche del convivente non proprietario dell'alloggio, in termini di *detenzione*

⁶⁷⁵ G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 n.76*, Torino, 2016, p. 127. Sul punto vedasi anche C. MADONIA *Diritto abitativo convivenza more uxorio*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2015, p. 1531.

⁶⁷⁶ Cass. Civ. 21 marzo 2013 n. 7214, in *Fam. dir.*, 7/2013, p. 649 ss., con nota di C. GABBANELLI, *Il convivente "more uxorio" non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*.

⁶⁷⁷ Cass. Civ. 21 marzo 2013, n. 7214 *cit.* (evidenze nostre); principio ribadito anche da Cass. Civ. 2 gennaio 2014, n. 7 in *Giur. It.*, 2014, p. 31 e ss. con nota di M. AURELI, *Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale*; in *Fam. dir.* 7/2014 p. 664 e ss. con nota di A. RICCIO, *Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro il terzo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, p.652 ss. con nota di F. ESPOSITO, *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*. Lo stesso principio è stato poi affermato, in termini analoghi, in Cass. 15 settembre 2014 n. 19423, in *Delure*.

⁶⁷⁸ Cfr. p. es. M. SESTA, *Comunione di vita e "diritti" sulla casa familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2013, pag. 511; E. CARBONE, *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 46 ss.

qualificata, così come operata dalla giurisprudenza pratica appaia dogmaticamente discutibile e forzata, e si dimostri altresì frustranea agli stessi fini per i quali è stata elaborata⁶⁷⁹.

La principale obiezione a configurare la situazione giuridica *de qua* in tal senso, anche per il convivente di fatto, muoverebbe anzitutto dalla constatazione, in parte già accennata, per cui l'ingerenza del convivente nella casa del possessore non ha lo scopo di realizzare un interesse proprio, e precisamente non ha lo scopo diretto di assegnare il beneficio che può rendere l'immobile in sé, bensì è strumentale all'attuazione di un programma comune, ricco e complesso (assicurare a sé e al convivente benefici materiali da godere nell'immobile, rivolgere a sé e al convivente benefici morali legati a scambi affettivi e ad una vita in compagnia).

Essendo la detenzione uno strumento per realizzare un programma articolato con lo stesso convivente *spoliator*, rispetto a cui non è possibile isolare il godimento dell'immobile come se fosse un fatto giuridico a sé stante — e non discendendo qui la 'detenzione' da un preciso diritto-dovere come accade nel matrimonio — al cessare della convivenza per la rottura del vincolo affettivo cesserebbe irrimediabilmente anche il titolo fondativo della detenzione medesima, su cui invece riposerebbe la legittimazione attiva all'esercizio delle azioni possessorie⁶⁸⁰.

Occorre quindi evidenziare, ai presenti fini, come la giurisprudenza riconosca nella posizione del convivente *more uxorio* i contorni di una detenzione 'qualificata' rispetto all'immobile coabitato, avente titolo in una situazione di fatto protetta *ex art. 2 Cost.*, che tuttavia, diversamente dal normale operare delle regole generali, presenterebbe una peculiare ultrattività di tutela rispetto alla caducazione del titolo medesimo, su cui la detenzione stessa si fonda⁶⁸¹.

Oltre alla ricostruzione sopra delineata, è appena il caso di menzionare come la dottrina e la stessa giurisprudenza⁶⁸² abbiano più coerentemente ricercato le ragioni di tutela del *partner* estromesso

⁶⁷⁹ R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2014, p. 181 e ss.

⁶⁸⁰ Similmente alla convivenza dei religiosi dei collegiali o dei militari, anche qui «quando viene decisa la fine un'interruzione del programma, gli ex conviventi non possono pretendere di scorporare da esso il godimento dell'immobile e perpetuarlo a proprio vantaggio. Quando il convitto per liceali trasloca, il singolo liceale non può pretendere di continuare a dormire nella vecchia sede. Non bisogna confondere la detenzione qualificata della casa con la detenzione purchessia della chiave. E non bisogna confondere l'idea della condetenzione con l'idea della convivenza, trasformando la seconda nella prima. Crollata la convivenza l'ingerenza dell'operatore nell'immobile diventa uno zero giuridico, paragonabile a quella di un contabile nei locali dell'azienda dopo che si è dimesso». R. SACCO - R. CATERINA, *Il possesso*, *cit.*, p. 185.

⁶⁸¹ Mentre, infatti, il possesso astrae dal titolo, ed integra un potere di mero fatto, comunque tutelato dalla legge, la detenzione è invece una situazione di diritto, fondata appunto sopra l'esistenza di un titolo - contrattuale o d'adempimento obbligatorio - da cui è necessariamente anche governata, sul piano intersoggettivo. F. ALCARO, *Il Possesso*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2003, pp. 26 ss., 76 ss., e 167. Cfr. anche S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.* in *Riv. dir. civ.*, 1/2003, p. 155.

⁶⁸² Cfr. sempre Cass. 21 marzo 2013 n. 7214 *cit.*. Il principio è da ultimo ribadito anche da Cass. 15 settembre 2014 n. 19423 *cit.* Sul principio di buona fede quale clausola generale dell'ordinamento civilistico è doveroso il rimando a L.

anche in altri indici, revocando in dubbio ricostruzioni dogmatiche che, come si è appena cercato di illustrare, sembrano fare applicazione degli istituti privatistici esistenti in modo forzato e inadeguato, suggerendo, invece, altri itinerari come il ricorso alla stessa clausola generale della buona fede oggettiva⁶⁸³, dettata a protezione dei soggetti più esposti e delle situazioni di affidamento.

Essa sembrerebbe render maggior ragione della fisionomia della fattispecie in esame, e permetterebbe di scorgere, in capo al legittimo titolare che, una volta cessata l'*affectio*, intenda recuperare l'esclusiva disponibilità dell'immobile, un più verosimile obbligo di preavvisare il *partner* e di concedergli un congruo termine per reperire altra sistemazione.

La forza espansiva della buona fede oggettiva (cioè della correttezza) al di là del campo delle obbligazioni e dei contratti sarebbe semplice operatività di un principio che, a ben vedere, innerva l'intero ordinamento privatistico, e a cui sarebbe opportuno ricorrere anzitutto ex art. 12 comma II Prel. permettendo di scorgere, in casi come quelli appena esaminati, alternative forme di tutela dell'altrui affidamento, senza ricorrere alla 'deformazione' degli istituti privatistici tradizionali, quali il possesso e la detenzione, strada che sembra invece imboccata dalla giurisprudenza.

In quest'ottica, il fondamento della trasposizione dei principi poc'anzi menzionati alla sede della famiglia di fatto si potrebbe forse, più opportunamente, inferire dalla legittima aspettativa che sembra caratterizzare tutti i rapporti di durata, similmente a quanto avviene nei rapporti quali la locazione, la somministrazione, *et cetera* a cui è connaturata, nel caso di interruzione del rapporto ad iniziativa unilaterale, una sostanziale protrazione del medesimo, e in cui l'interruzione dev'essere anticipata mediante la disdetta o il preavviso⁶⁸⁴.

MENGGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ora in *Scritti I - Metodo e teoria giuridica*. (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 165 e ss..

⁶⁸³ La stessa Dottrina, pur negando sul piano dogmatico la possibilità di configurare una detenzione che legittimi l'esercizio di azioni possessorie, afferma la possibilità di riconoscere in casi come quelli in commento fattispecie idonee a dar luogo ad un esito di responsabilità civile «*Fermo restando che chi espelle il convivente senza un minimo di preavviso non si comporta correttamente, c'è da chiedersi se il rimedio individuato dalla giurisprudenza sia più adeguato, o se non ci si dovrebbe limitare a riconoscere eventualmente, a chi si trovi da un momento all'altro chiuso fuori di casa, costretto a cercare in fretta e furia un albergo, magari senza poter recuperare immediatamente i propri oggetti personali, un risarcimento dei danni patrimoniali e non*», R. SACCO - R. CATERINA, *Il Possesso*, cit. p. 186.

Secondo M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VIII*, Torino, 1992, p. 196, la stessa cessazione della convivenza per volontà di uno solo dei membri della coppia configurerebbe un illecito che dà luogo ad un danno risarcibile. La giurisprudenza (Cass. 29 novembre 1986 n. 7064) e la dottrina maggioritaria (L. BALESTRA, *Gli effetti della risoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 468; G. OBERTO, *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Dir. fam. Pers.*, 2/2019, p. 754), tuttavia ritengono che la rottura della convivenza non costituisca di per sé una fattispecie idonea a dar luogo a responsabilità contrattuale o aquiliana.

⁶⁸⁴ Cfr. sul punto E. FAZIO, *Convivenza more uxorio, abitazione comune e detenzione del partner non proprietario*, in *Giur. it.* 2018, pp. 1093-1094. Si osserva peraltro come anche con riferimento al rapporto di lavoro domestico di colf e badanti in cui, per la peculiarità che lo caratterizza e che può contemplare anche la coabitazione, la legge consente sempre il recesso *ad nutum*, quest'ultimo deve comunque essere sempre preceduto da un preavviso (art. 2118 c.c.).

CONCLUSIONI

Lo studio svolto nelle pagine precedenti dimostra, da un lato, come l'introduzione per via legislativa della normativa di riforma del diritto di famiglia italiano abbia creato un impianto autonomo che assurge a vero e proprio micro-sistema privatistico, caratterizzato da un lessico proprio e da regole proprie, le quali spesso deviano dalle norme generali del diritto privato patrimoniale, e difficilmente si coordinano con il complessivo quadro concettuale e dogmatico (oltreché lessicale) nel quale il nuovo materiale normativo è stato inserito.

L'interferenza del legislatore nella regolamentazione degli aspetti economici dell'unione matrimoniale (adesso anche delle coppie unite civilmente) si manifesta talora sotto forma di limiti alla derogabilità delle norme, di indisponibilità (irrinunciabilità, incedibilità) di determinati diritti, di preferenza accordata a taluni creditori rispetto ad altri e, ancora, di limiti alla espropriabilità di determinati beni, fino alla possibilità di restringere, in modo più o meno penetrante, l'autonomia privata dei coniugi⁶⁸⁵.

Ancora, in ambito contrattuale l'incidenza dell'*affectio coniugalis* si riflette inesorabilmente sulla formazione del consenso, sulla teoria delle nullità, in materia di mandato; le regole sulla prova della proprietà dei beni, nell'ambito della famiglia, sono dominate da presunzioni che si giustificano solo in tale contesto.

Ciò ha suscitato necessariamente il proliferare di una ricca elaborazione giurisprudenziale sia teorica che pratica.

Se, da un lato, si registra uno sforzo di ricondurre a ordine sistematico tali regole, informate a uno spiccato grado di autonomia e specificità, altre volte gli interpreti hanno dovuto arrendersi a constatare la sussistenza di logiche proprie, rispetto alle quali occorre riferirsi in termini indipendenti e sganciati dalle categorie ordinanti del diritto privato patrimoniale generale accedendo, in definitiva, all'idea di configurare in esse un sistema di diritto privato patrimoniale "di secondo grado".

Una simile – altrettanto spiccata – autonomia delle regole dei regimi matrimoniali, rispetto alle regole del diritto privato patrimoniale generale, è emersa anche sul versante comparatistico, in particolare nelle norme del codice civile francese, che costituiscono una matrice a cui il legislatore italiano della Riforma del 1975 si è chiaramente ispirato.

In tale ordinamento, gli istituti del diritto privato patrimoniale, nel comparto dei *régimes matrimoniaux*, risultano più o meno modificati rispetto alla fisionomia ordinaria che assumono in altre parti nel *Code*, confermando come la penetrazione degli interessi famigliari tra le maglie del

⁶⁸⁵ Cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo I*, Milano, 1979, p. 18.

diritto privato patrimoniale comporti la produzione di regole peculiari e diverse rispetto a quelle generali.

Sotto altro versante, l'esame svolto ha fatto emergere come siano moltissime le fattispecie del diritto privato patrimoniale (quali le regole sulla causa del contratto e sulla giustificazione degli arricchimenti, sulla forma delle liberalità, le situazioni possessorie e detentive) che sono state necessariamente rimodulate ad opera dell'elaborazione giurisprudenziale allorquando la fattispecie, immutabile in termini astratti, coinvolga due soggetti coniugati o anche solo conviventi.

La presenza di interessi familiari, anche di fatto, finisce così per assurgere ad elemento pregnante di diritto, che inevitabilmente impone all'interprete una rimeditazione ermeneutica degli istituti privatistici, onde adattarli alla peculiarità della situazione propria, talora anche spingendolo ad estendere la rilevanza giuridica degli interessi patrimoniali familiari all'esterno dello stesso rapporto di coppia sacrificando i diritti di terzi, nello sforzo di proporzionare adeguate risposte.

Ne risulta un quadro in cui gli istituti appaiono costantemente deformati, adattati, modificati, sottoposti a critica e revisione, ovvero affermati anche in assenza dei loro tradizionali elementi costitutivi, al fine di apprestare soluzioni che necessariamente tengano conto del rapporto qualificato (coniugio, convivenza di fatto) che lega i soggetti coinvolti.

Ciò finisce per far intravedere, nelle pieghe dell'ordinamento privatistico, la stratificazione di un sottosistema di regole, anche di conio giurisprudenziale che, calibrato sulle logiche proprie della coppia, o del rapporto familiare *lato sensu*, risulta sovente derogatorio, se non proprio scollato rispetto a quelle che, per usare un termine tratlatizio ma ancora pregnante, costituiscono le "dottrine generali" del diritto privato patrimoniale.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Couple et modernité, 84ème congrès des notaires de France*, La Baule, 29 mai-1^{er} juin, 1988, *Maesherbes*, 1988.
- AA.VV., *Nuove prospettive del diritto successorio in una società globalizzata e tecnologica*, in ricordo di C. M. Bianca, in *Riv. dir. civ.* 6/2021, p. 1013 ss.
- ACIERNO M., *L'opponibilità dell'assegnazione della casa coniugale*, in *Fam. dir.*, 5, 2005, p. 561.
- ACONE M., *Espropriabilità dei beni della comunione legale per i debiti personali di uno dei coniugi: un passo avanti ed uno indietro della Corte di Cassazione*, in *Foro It.*, 2013, p. 3283 ss.
- AGNINO F., *La sorte del contratto preliminare stipulato da un solo coniuge in regime di comunione legale*. Nota a Cass. civ. 8 gennaio 2007 n. 88, in *Corr. giur.*, 2007, p. 506 ss.
- ALAGNA S., *Regime patrimoniale della famiglia e operazioni bancarie*, Padova, 1988.
- ALBANESE A., *L'indebito oggettivo nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1369 ss.
- ALCARO F., *Il Possesso*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2003.
- ALLARA M., *Nozioni fondamentali del diritto privato*, Torino, 1939.
- AL MUREDEN E., *Il limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, p. 1274 ss.
- AL MUREDEN E., *Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 696 ss.
- ALVISI V., *Conto corrente a firme e disponibilità disgiunte, titolarità delle somme e ripartizione dell'onere della prova*. Nota a Cass. 16 gennaio 2014 n. 809, in *Fam. dir.*, 2, 2015, p. 121 ss.
- AMATO A., *Giudizio di separazione: l'addebito; il tenore di vita; l'indennità per le opere di miglioramento dell'immobile in cui è stabilita la residenza familiare; il diritto di ritenzione*. Nota a Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 843 ss.
- AMBANELLI A., *Doni di opere d'arte tra conviventi e pretese restitutorie*. Nota a Cass. 19 settembre 2016 n. 18280, in *Fam. dir.*, 5, 2017, p. 424 ss.
- ANELLI F., *Il matrimonio. Lezioni*, Milano, 1998.
- ANELLI F., *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti (a cura di F. Anelli – M. Sesta), 2012 (2^a ed.), p. 307 ss.
- ARCERI A., *Sub art.1, comma 11, l. 76/2016*, in M. Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.
- ARCERI G., *Sub art. 155 quinquies c.c.*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009.
- ATTARDI A., *Profili processuali della comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 30 ss.
- AUBRY C.M.B.A. – RAU C.F., *Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage de M. C. S. Zachariae*, Paris, 1856-1858, vol. V.
- AULETTA T., *Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore dei coniugi proprietari del fondo*. Nota a Cass. 22 aprile 1998, n. 4076, in *Giust. Civ.*, 1998, p. 2835.

- AULETTA T., *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, p. 21 ss.
- AULETTA T., *Il diritto di famiglia*, Torino, 2008 (9^a ed.).
- AURELI M., *Detenzione e possesso nella convivenza di fatto: l'evoluzione giurisprudenziale*. Nota a Cass. Civ. 2 gennaio 2014, n. 7 in *Giur. It*, 2014, p. 31 e ss.
- AZZARITI G., *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, Torino, 1975.
- BALESTRA L., *Gli effetti della risoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 468 ss.
- BALESTRA L., *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2004.
- BALESTRA L., *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti (a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello), I, 2011, p. 1133 ss.
- BARALE A., *Responsabilità dei coniugi per le obbligazioni assunte nell'interesse della famiglia*. Nota a Cass. civ. 6 ottobre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 153 ss.
- BARASSI L., *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941.
- BARASSI L., *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1963.
- BARBERO D., *Il diritto soggettivo*, in *Foro. it.*, IV, 1939, p. 1 ss.
- BARBIERA L., *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, II, *Persone e Famiglia*, Torino, 1984.
- BARBIERA L., *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, II, *Persone e Famiglia*, Torino, 1996 (2^a ed.).
- BARCHIESI L., *Il sistema della pubblicità nel regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1995.
- BARCHIESI L., *La contribuzione nella nuova famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1297 ss.
- BASILE M., SILVESTRI G., *Eguaglianza dei coniugi e divisione del lavoro nella famiglia*, in AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi: atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, p. 231 ss.
- BASINI G.F., *La comunione ereditaria. Nozione e natura*, in *La comunione ereditaria*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 3 ss.
- BEIGNIER B., Nota a Chambre Commercial de la Cour de Cassation 24 giugno 2003, 2 n. 00-14.645, in *Droit de la famille*, 2003, n. 104.
- BERGER CH., *Gestaltungsrechte und Prozessführung bei Schlüsselgewaltgeschäften nach § 1357 BGB*, in *FamRZ* 2005, p. 1129 ss.
- BERNARDINI M., *Rapporto di lavoro, o di collaborazione "parasubordinata" e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 283. Nota a Cass. 2 maggio 1994, n. 4204.
- BERTINO L., *Accordi di indirizzo sull'amministrazione della casa familiare ed obblighi restitutori tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2016, p. 810 ss..
- L. BERTINO (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, Torino, 1950 (2^a ed.).

- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 1955, ristampa a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2002.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985.
- BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, 1985.
- BIANCA C.M., *L'obbligazione*, Milano, 1995.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La proprietà*, VI, Milano, 1999.
- BIANCHI F.S., *Corso di codice civile italiano*, IX, Roma, 1870.
- BIBOLINI G., *I rapporti bancari alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in AA.VV. *Fideiussione omnibus, i rapporti bancari nel nuovo diritto di famiglia e problemi di diritto penale bancario, atti del convegno di studi con la collaborazione scientifica del Centro internazionale di studi giuridici (CIDIS) Ferrara-Cento, 3-4-5 giugno 1976*, Milano, 1978.
- BILOTTI E., *Convivenza e arricchimento. La regolazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi nell'esperienza tedesca*, in L. Bertino (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, p. 139 ss.
- BIONDI B., voce *Comunione (dir. romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, p. 855 ss.
- BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961.
- BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972 (4^a ed.).
- BOCCHINI F., *L'amministrazione dei beni in comunione legale*, in *Dir. priv.*, 2000, p. 40 ss.
- BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016.
- BORGER U. - ENGELSING L., *Eheliches Güterrecht*, 2005.
- BOSSE-PLATIÈRE H., Nota a Cass. 1^{re} Civ. 24 settembre 2008, n. 07-11928, in *JCP Semaine Juridique, édition général*, 2008, p. 597 ss.
- BRANCA G., *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Libro III, Della proprietà, artt. 1110-1139, Bologna-Roma, 1982, p. 42 ss.
- BRECCIA U., *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974.
- BREMOND N., *Pas de résiliation sans l'accord du conjoint du contrat d'assurance sur le logement familial*. Nota a Cass. Civ. 10 marzo 2004 n. 02-20275, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2004, p. 270 ss.
- BRIGANTI E., *Comunione legale tra coniugi e principio di accessione: in particolare il problema dell'acquisto della proprietà dell'edificio costruito in costanza di matrimonio su suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi*, in M. Bessone (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1994, p. 142 ss.
- BRIGANTI E., *Procedure esecutive e comunione legale*, in *Notariato*, 2, 2001, p. 182 ss.
- BRIGANTI E., *La circolazione del debito*, in E. Briganti, D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, p. 358 ss.
- BRUSCUGLIA L., *La comunione legale: amministrazione e responsabilità*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, III, *Il diritto di famiglia, I rapporti patrimoniali tra coniugi*, Torino, 2011, p. 256 ss.
- BULLO L., *Nomina et debita hereditaria ipso iure non dividuntur. Per una teoria della comunione ereditaria come comunione a mani riunite*, Padova, 2005.
- BULLO L., *Titolarità e legittimazione a disporre nelle comunioni "civilistiche"*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2018, p. 1462 ss..

- BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, p. 150 ss.
- BUSNELLI F.D., voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 268 ss..
- BUSNELLI F.D., voce *Comunione ereditaria*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 278 ss.
- BUSNELLI F.D., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.
- BUSNELLI F.D., *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, I, 1976, p. 40 ss.
- BUSNELLI F.D., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, p. 329 ss.
- BUSNELLI F.D., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 466 ss.
- CABRILLAC R., *Les régimes matrimoniaux*, coll. "Domat droit privé", LGDJ, 2019 (10^a ed.).
- CALVO R., *Il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2006, p. 37 ss.
- CALVO R., *Comunione in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2019.
- CAPARROS E., DAME CASTELI M. (con aggiornamento di B. Martin-Bosly), *Rapports patrimoniaux dans la famille en droit comparé*, in M. Verwilghen (diretto da) *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, I, Bruylant, 2003, p. 395 ss.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni* (a cura di A. Ferrucci, C. Ferrentino), Milano, 2015 (4^a ed.).
- CARBONE V., *Crediti ereditari e litisconsorzio necessario*, nota a Cass. SS. UU., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. giur.*, 2008, p. 165 ss.
- CARBONE E., *Possesso e detenzione nella famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 46 ss.
- CARBONE V., *Terminata la convivenza vanno restituiti i regali: la Cassazione "ripiomba" nel Medioevo*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 54 ss.
- CARBONE V., *Ristrutturazione di immobile nella vigenza della comunione legale*. Nota a Cass. 4 febbraio 2005 n. 2354, in *Fam. dir.*, 3, 2005 p. 237 ss.
- CARBONNIER J., *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, tesi dottorale presso la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux, 1932.
- CARBONNIER J., *La communauté entre époux est-elle une personne morale?*, VIII, TAHC, 1953.
- CARDINO A., *Creditori particolari del coniuge in comunione legale e oggetto del pignoramento tra diritto vivente e diritto morente*, in *Giur. merito*, 2012, p. 617 ss.
- CAREDDA V., *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996.
- CARLUCCI F., *Natura giuridica della comunione legale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia, Contributi notarili*, Milano, 1975, p. 19 ss.
- CARNELUTTI F., *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, p. 143 ss.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma, 1951.
- CARNEVALI U., voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 218 ss.
- CARNEVALI U., *Gli atti di liberalità e la donazione contrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 6, *Il Successioni*, Torino, 1997 (2^a ed.), p. 507 ss.

- CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 6, II, *Successioni*, Torino, 1997 (2^a ed.), p. 483 ss.
- CARNEVALI U., *Appunti di diritto privato*, Milano, 2003 (7^a ed.).
- CARRABBA F., *Il comodato dell'abitazione familiare tra causa e tipo*. Nota a Cass. 31 maggio 2017 n. 13716, in *Fam. dir.*, 3, 2018, p. 259 ss.
- CARTA G., *Il preliminare di vendita immobiliare e la speciale azione di annullamento degli atti "abusivi" ex art. 184 c.c.*, Nota a Cass. 8 gennaio 2007, n. 88, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 5/2007, p. 907 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 158 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa Dir. Priv.*, 2006, p. 397 ss.
- CASTRONOVO C., *Il diritto italiano delle obbligazioni dal codice civile del 1942 a oggi. Profili di una evoluzione*, in *Europa Dir. Priv.*, 3/2021, p. 601 ss.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Europa Dir. Priv.*, 4/2022, p. 715 ss.
- CASULLI V.R., voce *Donazione*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 969 ss.
- CATERINA R., *Il possesso*, in A. Gambaro, U. Morello (a cura di) *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2010.
- CATERINA R., *Il crittotipo, muto e inattuato*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p. 90 ss.
- CATTANEO G., *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, III, Padova, 1992.
- CATTANEO G., *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 5, I, *Successioni* 1997 (2^a ed.), Torino, p. 435 ss.
- CAVALLARO A., *Il regime di separazione dei beni fra i coniugi*, Milano, 1997.
- CECCHERINI A., *Comunione legale, accessione e proprietà dei materiali della costruzione*. Nota a Cass. SS.UU., 27 gennaio 1996, n. 651, in *Fam. dir.*, 1996, p. 220 ss.
- CENDON P., *I regimi patrimoniali fra coniugi e la circolazione delle cose mobili*, in F. Galgano (a cura di), *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011 (5 ed.), p. 177 ss.
- CHIRONI G.P., *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1912.
- CHIRONI G.P., *Comunione degli utili tra coniugi*, in *Saggi e questioni*, III, Bocca, 1914, p. 494 ss.
- CIAN G., *Caratteri generali della riforma*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992.
- CIAN G., *Sui presupposti storici e sui caratteri del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1977.
- CIAN G., *Usucapione e comunione legale dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 251 ss.
- CIAN G., TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2018.

- CIAN G., VILLANI A., *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 352 ss.
- CIAN G., VILLANI A., voce *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Noviss. Dig.it., Appendice*, II, Torino, 1981, p. 190 ss.
- CICERO C., *Della comunione*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, Milano, 2017.
- CICERO C., *Regali tra innamorati e regime delle restituzioni*. Nota a Cass. 19 settembre 2016, n. 18280, in *Riv. not.*, 2017, p. 123 ss.
- CICU A., *Il diritto di famiglia: teoria generale*, Roma, 1914.
- CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948.
- CICU A., *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo, XLII, Milano, 1954.
- CICU A., *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961.
- CIMEI F., *In tema di costruzione realizzata sul suolo di proprietà personale di uno dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Giur. it.*, 1992, I,1, c. 2143.
- CINQUE M., *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007.
- Circolare ABI n. 63 del 21 ottobre 1975, in *Riv. not.*, I, 1975, p. 1377 ss.
- COLOMER A., *Droit Civil - Régimes Matrimoniaux*, LexisNexis, 2005 (12^a ed.).
- COMPORTI M., *Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1979, p. 74 ss.
- COPPO L., *Donazioni e liberalità non donative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1385 ss.
- CORNU G., *Les régimes matrimoniaux*, PUF, Parigi, 1984 (4^a éd.).
- CORNU G., *Les régimes matrimoniaux*, PUF, Parigi, 1992 (6^a éd.).
- CORNU G., *Les régimes matrimoniaux*, PUF, Parigi, 1997 (9^a éd.).
- CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1979.
- CORSI F., *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984.
- CORSI F., *Accessione e comunione legale*, in *Riv. not.*, II, 1992, p. 1391 ss.
- CUBEDDU M.G., *Rapporti patrimoniali dei coniugi: contribuzione non paritaria*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 681 ss.
- D'ADDA A., *Gli acquisti per donazione indiretta ricadono in comunione legale?* Nota a Trib. Milano, 6 novembre 1996, in *Fam. dir.* 1997, p. 469 ss.
- D'ADDA A., *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2019.
- DALIA C., *La definizione del «difficile» rapporto intercorrente tra il regime di comunione legale dei beni e il principio dell'accessione*. Nota a Cass. SS.UU. 27 gennaio 1996, n. 651, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 370 ss.
- D'AMICO G., *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella "società del debito": oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, in *Questione Giustizia* 1/2019, p. 171 ss.

- DE CUPIS A., *Indirizzo della vita familiare e responsabilità patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 2 ss.
- DELL'OLIO M., *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 16, I, *Impresa e lavoro*, Torino, 1986 (2^a ed.), p. 232 ss.
- DELMOTTE M., Nota a *Chambre Commercial de la Cour de Cassation* 24 giugno 2003, 2 n. 00-14.645, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2167 ss.
- DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.
- DE PAOLA V., *La responsabilità sussidiaria della comunione legale ex art. 189 c.c.: responsabilità al 50% o per intero?*, Nota a Cass. SS.UU. 4 agosto 1998, n. 7640, in *Corr. giur.*, 2, 1999, p. 204 ss.
- DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano, 2002.
- DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, III, Milano, 1996.
- DE PAOLA V., *Quale è il modo di acquisto dei beni oggetto della comunione legale*. Nota a Cass. SS. UU. 1^o luglio 1997, n. 5895, in *Corr. giur.* 1998, p. 315 ss.
- DE PAOLA V., MACRÌ A., *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978.
- DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, II, Milano, 2002.
- DESCENAUX H., *La nature juridique de la communauté des biens ente époux d'après les drotis français, allemand et suisse*, 1934.
- DETHLOFF N., *Familienrecht*, C.H. Beck, 2012 (30^a ed.).
- DETTI M., *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *Riv. not.*, I, 1976, p. 1176 ss.
- DI FERRA G., *Sulla contitolarità del rapporto obbligatorio*, Milano, 1967.
- DI MAURO N., *Crediti del de cuius e pluralità di eredi*. Nota a Cass. SS. UU., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 4 ss.
- DI TRANSO G., *Comunione legale tra coniugi e acquisto per accessione*, in *Vita not.*, 1978, p. 1270 ss.
- DOGLIOTTI M., voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 196 ss.
- DOGLIOTTI M., *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 10, 2016, p. 868 ss.
- DORIA G., *Liberalità e interessi familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 1997, p. 1543 ss.
- DOSSETTO M., *Teoria della comunione. Studio sulla comunione dei diritti reali*, Padova, 1948.
- ESSER J., *Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil. Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1960.
- ESPOSITO F., *Famiglia di fatto e tutela possessoria del convivente*. Nota a Cass. Civ. 2 gennaio 2014, n. 7, in *Nuova giur. civ. comm.*, p. 652 ss.
- FALZEA A., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 699 ss.
- FALZEA A., *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 609 ss.
- FANTETTI F.R., *Separazione dei beni e simulazione contrattuale*, Nota a Cass. 12 ottobre 2009 n. 21637, in *Fam. pers. succ.* 3, 2010, p. 185 ss.
- FAROLFI F., *Due questioni in tema di comunione legale dei beni*. Nota a Cass. 23 luglio 2008, n. 20296, in *Fam. dir.*, 4, 2009, p. 357 ss.

- FAZIO E., *Convivenza more uxorio, abitazione comune e detenzione del partner non proprietario*. Nota a Cass. 27 aprile 2017, n. 10377, in *Giur. it.*, 2018, p. 1089 ss.
- FEDERICO A., *Del regime di separazione dei beni, sub art. 219 c.c.*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, II, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, 2013.
- FENET P., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XIII, 1836, ristampa Hachette-Bnf, Parigi, 2012.
- FEOLA M.D., *La pubblicità del regime patrimoniale dei coniugi*, in A.A V.V., *Il diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 411 ss.
- FERRANDO G., *Famiglia di fatto: gioielli e mobili antichi vanno restituiti alla fine della convivenza?* Nota a Tribunale di Palermo, 3 settembre 1999, in *Fam. dir.*, 2000, p.284 e ss.
- FERRANDO G., *Attribuzioni patrimoniali e liberalità tra coniugi e conviventi*, in *Corr. giur.*, 10, 2006, p. 1466 ss.
- FERRANDO G., *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *I Contratti*, VII, 2015, p. 728 ss.
- FERRARA F., *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1915.
- FERRARI A., *Coniuge falsus procurator*. Nota a Cass. 8 marzo 2011 n. 5425, in *Fam. dir.*, 7, 2011, p. 683 ss.
- FERRI G.B., *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Digesto Disc. Priv.* (4^a ed.), IV, Torino, 1989, p. 346 ss.
- FERRI L., *Dei Legittimari*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1981 (2^a ed.).
- FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Artt. 456-511, Bologna-Roma, 1997.
- FIGONE A., *Comunione legale ed esecuzione sui beni personali del coniuge*, in *Giur. merito*, 2002, p. 725 ss.
- FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1979.
- FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Diritto di Famiglia*, I, Milano, 1984.
- FINOCCHIARO A., FINOCCHIARO M., *Diritto di Famiglia*, II, Milano, 1984.
- FINOCCHIARO M., *Alcune precisazioni in margine all'art. 184 c.c.*. Nota a Cass. 22 luglio 1987 n. 6369, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 135 ss.
- FINOCCHIARO M., *La sudditanza psicologica e la differenza di età non giustificano la restituzione di gioielli*. Nota a Cass. 24 novembre 1998, n. 11894, in *Guida al dir.*, 1998, fasc. 48, p. 35 ss.
- FLOUR J., CHAMPENOIS G., *Les regimes matrimoniaux*, Parigi, 2001 (2^a ed.).
- FORCHIELLI P., ANGELONI F., *Divisione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2000, p. 214 ss.
- FRAGALI M., *La comunione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, II, Milano, 1978.
- FUSARO A., voce *Destinazione (vincoli di)* in *Digesto disc. Priv. Sez. civ. V*, Torino, 1989, p. 321 ss.
- FUSARO A., *Il regime patrimoniale della famiglia*, in F. Galgano (a cura di) *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*. Padova, 1990.
- FUSARO A., *Sistemi di comunione dei beni e sistemi a separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 99 ss.
- FUSARO A., *Restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 477 ss.

- FUSARO A., *In tema di liberalità non donative: ricognizione della casistica e analisi della prassi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 864 ss.
- FUSARO A., *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia tra sopravvivenza di regole tacite e circolazione dei modelli normativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2016, p. 644 ss.
- FUSARO A., *Arricchimento senza causa tra coniugi e conviventi*, in *Rass. dir. civ.*, IV, 2017, p. 1307 ss.
- FUSARO A., *I contratti di convivenza*, in *Pol. Dir.*, 1, 2017, p. 119 ss.
- FUSARO A., *Homestead exemption*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017 (2^a ed.), p. 277 ss.
- FUSARO A., *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017 (2^a ed.), p. 355 ss.
- FUSARO A., *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017 (2^a ed.), p. 165 ss.
- FUSARO A., *Le Sezioni unite rimarcano la differenza tra liberalità indirette e donazioni di valore non modico prive della forma pubblica*. Nota a Cass. SS.UU. 27 luglio 2017, n. 18752, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1336 ss.
- FUSARO A., *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia tra sopravvivenza di regole tacite e circolazione dei modelli normativi*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017 (2^a ed.), p. 147 ss.
- FUSARO A., *L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino 2017 (2^a ed.), p. 229 ss.
- FUSARO A., *Unioni civili e convivenze di fatto: La legge. – Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino 2017 (2^a ed.), p. 289 ss.
- FUSARO A., *L'atto di destinazione nella concorrenza tra strumenti giuridici*, in *Contr. e impresa*, II, 2018, p. 1004 ss.
- FUSARO A., *Il fondo patrimoniale, i vincoli di destinazione e il trust in ambito familiare*, in A. Fasano e A. Figone (dir.), *Matrimonio, unione civile, convivenza. Costituzione della famiglia e regimi patrimoniali*, Milano, 2019, p. 393 ss.
- FUSARO A., *Scritti inediti* (in corso di pubblicazione).
- GABBANELLI C., *Il convivente "more uxorio" non è paragonabile a un mero ospite e in caso di estromissione violenta dall'abitazione è legittimato a esercitare le azioni a tutela del possesso*. Nota a Cass. civ. 21 marzo 2013, n. 7214, in *Fam. dir.*, 7, 2013, p. 649 ss.
- GABRIELE A., *Lavoro e famiglia non coniugale*, in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, F. Romeo (a cura di), 2014, p. 425 ss.
- GABRIELLI G., *Comunione coniugale ed investimento in titoli*, Milano, 1979.
- GABRIELLI G., *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contr. e impresa*, 1989, p. 817.
- GABRIELLI G., voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 357 ss.
- GABRIELLI G., CUBEDDU M.G., *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997.
- GABRIELLI G., *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 713 ss.

- GALATI A., *La comunione legale, l'accessione e la tutela del coniuge non proprietario del suolo*, in *Fam dir.*, 9, 2008, p. 1066 ss.
- GALATI A., *Dell'usucapione*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, 2013.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018 (4^a ed.).
- GAZZARRA G., *Divisione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, in *DeJure*.
- GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, 1983, ristampa con postfazione di U. Perfetti, Milano, 2018.
- GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 1998 (2^a ed.).
- GELLI R., *Perpetuità dell'eccezione di annullamento e regime degli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge*, Nota a Cass. 27 ottobre 2003, n. 16099, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 72 ss.
- GENNARI G., *Lo scioglimento della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, 2012, p. 461 ss.
- GENTILI A., *Acquisti per accessione e comunione legale tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1984, p. 696 ss.
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.
- GERBO F., *Chiose minime in ordine alle interferenze tra il regime patrimoniale tra coniugi ed il principio dell'accessione*, in *Riv. not.*, 1985, p. 428 ss.
- GHIA L., *L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*, in U. Apice, (diretto e coordinato da), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 654 ss.
- GIACOBBE L., *L'attività notarile di fronte alla nuova legge sul diritto di famiglia 19 maggio 1975 n. 151*, in *Riv. not.*, I, 1975, p. 836 ss.
- GIAIMO G., *La tutela del convivente non intestatario con riguardo agli apporti conferiti per l'acquisto della casa familiare. Confronti comparatistici*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 851 ss.
- GIERKE O.V., *Deutsches privatrecht*, I, 2010.
- GIORGIANNI M., *Costruzioni e miglioramenti effettuati su beni personali in regime di comunione legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 879 ss.
- GIUSTINIANI G., *Fondo patrimoniale, convenzioni matrimoniali e pubblicità*, nota a Cass. 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giust. Civ.*, 1988, p. 682 ss.
- GIROLAMI M., *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 6/ 2019, p. 1399 ss.
- GORLA G., *I problemi fondamentali del contratto: principi, metodi e tecniche del civil law in comparazione con il common law* (1958), edizione a cura di P. Femia, Napoli, 2017.
- GRAGNOLI E., *Fidanzamento, matrimonio e subordinazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2, 2011, p. 92 ss.
- GRAGNOLI E., *Il rapporto di lavoro subordinato prestato nell'ambito della famiglia*, in *Tratt. Dir. Famiglia* diretto da G. Bonilini, II, Torino, 2016.
- GRANELLI C., *Donazione e rapporto coniugale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1313 ss.
- GRASSO B., *Il regime di separazione dei beni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 2, II, *Persone e famiglia*, Milano, 1996 (2^a ed.), p. 653 ss.

- GRAZIADEI M., voce *Mandato*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, 1994, p. 182 ss.
- GRIMALDI M., *Droit patrimonial de la famille*, Parigi, 2017 (6^a ed.).
- GRISI G., *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e dir. privato*, 1/20, p. 1 ss.
- GRONDONA M., *La tutela possessoria del convivente: un'analisi giurisprudenziale*, in F. Brunetta d'Usseaux, A. D'Angelo, *Matrimonio, matrimoni*, Milano, 2000, p. 341 ss.
- GRONDONA M., *Le restituzioni nelle convivenze non matrimoniali: una breve analisi casistica per qualche (divagante) considerazione di politica del diritto*, in L. Bertino (a cura di), *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, p. 81 ss.
- GUARINO A., voce *Comunione (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 236 ss.
- GUARINO A., voce *Comunione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 251 ss.
- GUGLIELMO R., *Revocatoria fallimentare e comunione legale*, Nota a Cass. 24 novembre 2000, n. 15177, in *Riv. not.*, 2003, p. 958.
- HAUSER J., Nota a Cass. 1^{re} Civ. 15 ottobre 1996, n 357, in *Recueil Dalloz*, 1997, p. 177 ss.
- HEIDERHOFF B., "Community of Accrued Gains" in Germany – some current legal issues, in AA. VV. *Régimes matrimoniaux de participations aux acquêts et autres mécanismes participatifs entre époux en Europe*, Parigi, 2016, p. 23 ss.
- HENRY X., TISSERAND-MARTIN A., VENANDET G., WIEDERKEHR G., ANCEL P. (sous la direction de), GUIOMARD, P. (Rédactrice), *Méga Code Civil, 1^{er} partie (Art. 1^{er} à 1099-1)*, Dalloz, Parigi, 2020|2021;
- HENRY X., TISSERAND-MARTIN A., VENANDET G., WIEDERKEHR G., ANCEL P. (sous la direction de), GUIOMARD, P. (Rédactrice), *Méga Code Civil, 2^{de} partie (Art. 1100 à 2534)*, Dalloz, Parigi, 2021|2022;
- IAMICELI P., *Patrimoni destinati tra codice civile e legislazione speciale*, in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 115 ss.
- IEVA M., *Il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1983, p. 713 ss.
- IEVA M., *Ancora in tema di conflitto tra il principio di accessione e gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. not.*, 1984, p. 1193 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999 (4^a ed.).
- IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2014, p. 44 ss.
- IUDICA G., *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973.
- JURISCLASSEUR NOTARIAL FORMULAIRE - *ENCYCLOPÉDIES* - V^o *Communauté entre époux* - Fasc. 30 – *Biens propres par origine*, in *Lexis360.fr*
- KAISER A. B., *Schlüsselgewalt*, in *JuS* 2013, p. 146 ss.
- LE CORRE M., Nota a Chambre Commercial de la Cour de Cassation 24 giugno 2003, 2 n. 00-14.645, in *Recueil Dalloz Sommaires*, 2004, p. 51 ss.
- LENER A., *La comunione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno 8, II, *La proprietà*, 2002 (2^a ed.), p. 283 ss.
- LENTI L., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 932 ss.

- LENZI R., *La trascrizione dei trasferimenti e degli atti costitutivi di diritti nel diritto patrimoniale della famiglia. Formalità ed efficacia*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1846 ss.
- LOMBARDI A., *Espropriazione forzata dei beni della comunione legale, e responsabilità sussidiaria ex art. 189 comma 2 c.c.*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1649 ss;
- LOMBARDI R., *Comunione legale e acquisto dell'immobile pignorato: un divieto per il coniuge non debitore?*. Nota a Trib. Siracusa 26 luglio 2019, in *Fam. dir.* 5, 2020, p. 479 ss.
- LUCET F., VAREILLE B., Nota a Cass. 6 giugno 1990, in *Révue trimestrelle de droit civil* 1991, p. 589.
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, XXXII, Milano, 1984.
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XXII, Milano, 1996 (2^a ed.), p. 99 ss.
- LUMINOSO A., *Accessione e altre vicende delle cose nella comunione legale*, in *Riv. not.*, 1985, p. 778 ss.
- LUPETTI M.C., *Concessione di ipoteca dall'erede in parte apparente di abitazione del coniuge superstite: un importante monito per le banche*. Nota a Cass. civ. 24 giugno 2003, n. 10014, in *Riv. not.* 2004, p. 547 e ss.
- LUZZATO R., *La comproprietà nel diritto civile italiano*, Torino, 1908.
- LUZZATO R., *La comproprietà nel diritto privato. Nuovi studi*, Torino, 1909.
- MADONIA C., *Diritto abitativo e convivenza more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1531 ss.
- MALAURIE P., AYNÈS L., *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 2019 (7^a ed.).
- MANIACI A., *Onere della prova e strategie difensive*, Milano, 2021.
- MANIACI A., *Il "nuovo" diritto di famiglia. Seminario tenuto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, il giorno 3 aprile 2019. Appunti.
- MASCALI L., *La simulazione ed i rapporti tra coniugi in regime di comunione legale: il conflitto tra simulato alienante e coniuge del simulato acquirente*, Nota a Trib. Lucera, 20 ottobre 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 39 ss.
- MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 8, II, *Proprietà*, Torino, 2002, p. 570 ss.
- MASSE L., *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Parigi, 1902.
- MATRONE F., *Comunione legale e acquisti a titolo gratuito*, in *Vita Not.*, 2004, p. 546 ss.
- MAZZOLA M., RE G., *Proposta di un diverso modo di intendere la comunione dei beni tra coniugi*, in *Riv. not.*, 1978, p. 757 ss.
- MAZZAMUTO S., *Postfazione*, in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 277 ss.
- MAZZONI C.M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, Torino, p. 591 ss. (2^a ed.).
- MENGGONI L., *Successioni per causa di morte, Parte speciale. Successione necessaria*, Milano, 2000 (4^a ed.).
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ora in *Scritti I - Metodo e teoria giuridica*, a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 165 ss.

- MEYNIAL M., *Le caractère juridique de la communauté entre époux*, in *Révue trimestrelle de droit civil*, II, 1903, p. 811 ss.
- MESSINEO F., *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920.
- MICCIO A., *Comunione legale tra coniugi e acquisto per accessione*. Nota a Cass. 12 maggio 1999, n. 4716, in *Notariato*, II, 2000, p. 129 ss.
- MINNECI U., *Responsabilità patrimoniale dei coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti (a cur di F. Anelli – M. Sesta), 2012 (2^a ed.), p. 425 ss.
- MINUSSI D., *Il rapporto e la relazione giuridica*, in M. Paladini, A. Renda, D. Minussi, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 189 ss.
- MINUSSI D., *La comunione*, in M. Paladini, A. Renda, D. Minussi, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 989 ss.
- MIRMINA V., *Regime patrimoniale della famiglia e usucapione*. Nota a Cass. 11 agosto 2016 n. 17033, in *Giur. it.*, 2017, p. 839 ss.
- MIRONE A., *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984.
- MONTECCHIARI T., *Obblighi di contribuzione, migliorie su immobile di esclusiva proprietà di un coniuge con denaro dell'altro e separazione personale*, Cass. 26 maggio 1995, n. 5866, in *Dir. fam.*, 1997, pp. 87 ss.
- MORA A., *Le liberalità d'uso*, in *Tratt. di dir. delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI, Milano, 2009, p. 242 ss.
- MORELLO U., *Alienazione di quota e prelazione legale del coerede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 438 ss.
- MORGANTI E., *Comunione legale dei beni e acquisti ad usucapionem*. Nota a Cass. 1° ottobre 2009 n. 21078, in *Fam. dir.*, 5, 2010, p. 466 ss.
- MUSOLINO G., *Diritto di abitazione del coniuge superstite e trascrizione*. Nota a Cass. 30 aprile 2012 n. 6625, in *Riv. not.*, 2012, p. 1389 ss.
- MUSOLINO G., *La donazione remuneratoria*. Nota a Cass. 30 settembre 2016, n. 19578 in *Riv. not.* 2017 p. 1003 e ss.
- NATOLI U., *Il possesso*, Milano, 1992.
- NICOLÒ R., *Tutela dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*. Artt. 2740-2899, Bologna-Roma, 1955, sub art. 2740, p. 4 ss.
- NICOLUSSI A., *Riconciliazione e comunione dei beni*. Nota a Cass 12 novembre 1998, n.11418, in *Foro it.*, VI, 1999, p. 1954 ss.
- NICOLUSSI A., *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa Dir. Priv.*, 2012, p. 783 ss.
- NOBILE DE SANTIS S., *Crisi familiare e ruolo dell'accordo preventivo nella regolazione delle pretese restitutorie*, in L. Bertino (a cura di) *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, p. 65 ss.
- NUZZO M., *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984.
- OBERTO G., *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 195 ss.
- OBERTO G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991.
- OBERTO G., *Il regime di separazione dei beni tra coniugi*, in *Comm. Busnelli-Schlesinger*, Milano, 2005.

- OBERTO G., *La comunione legale tra coniugi*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo (continuato da L. Mengoni e da P. Schlesinger), Milano, 2010.
- OBERTO G., *La comunione legale tra coniugi*, II, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo (continuato da L. Mengoni e da P. Schlesinger), Milano, 2010.
- OBERTO G., *Liberalità indiretta tra conviventi more uxorio e tentativi di recupero del bene alla cessazione del rapporto*. Nota a Cass. 25 marzo 2013 n. 7480, in *Fam. dir.*, 6, 2013, p. 554 ss.
- OBERTO G., *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*. Nota a Cass., sez. lavoro, 29 settembre 2015, n. 19304, in *Fam. dir.*, 2, 2016, p. 132 ss.
- OBERTO G., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*. in *Fam. dir.*, 10, 2016, p. 943 ss.
- OBERTO G., *I rapporti patrimoniali delle unioni civili nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016 n. 76*, Torino, 2016, p. 107 ss.
- OBERTO G., *Attualità del regime legale*, in *Fam. dir.*, 1, 2019, p. 85 ss.
- OBERTO G., *La famiglia di fatto. Introduzione alla «riforma Cirinnà»*, in *Dir. fam. Pers.*, 2, 2019, p. 709 ss.
- O'CALLAGHAN, MUÑOZ X., *Derecho de la Familia*, in *Compendio de Derecho Civil*, IV, Madrid, 2022.
- OLIVA A., *Prestazioni lavorative tra conviventi e azione di ingiustificato arricchimento*. Nota a Cass. civ. 25 gennaio 2016, n.1266, in *Ilfamiliarista.it*
- OLIVERO L., *Le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia. Norme di legge, lacune, prassi*, nella collana *Biblioteca giuridica*, raccolta da G. Alpa, P. Zatti, Padova, 2012.
- OMODEI SALÈ R., voce *Detenzione*, in *Enc. dir.* p. 359 ss.
- OMODEI SALÈ R., *La detenzione e le detenzioni. Unità e pluralismo nelle situazioni di fatto contrapposte al possesso*, Padova, 2012.
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- OPPO G., *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *La riforma del diritto di famiglia*, in *Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972, p. 72 ss.
- OPPO G., *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 515 ss.
- PALADINI M., *Nella comunione legale è davvero possibile "confessare" la natura personale dell'acquisto compiuto dall'altro coniuge?* Nota a Cass. 6 marzo 2008 n. 6120, in *Fam. dir.*, 10, 2008, p. 876 e ss.
- PALADINI M., *La comunione legale come proprietà solidale: le conseguenze sistematiche e applicative*, in *Fam. dir.*, 8, 2008, p. 685 ss.,
- PALADINI M., *Oggetto della comunione legale*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, II, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, 2010, p. 1 ss..
- PALADINI M., *Restituzioni e arricchimenti tra coniugi*, in L. Bertino (a cura di) *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, p. 17 ss.
- PALADINI M., *Oggetto della comunione legale*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, II, *Della famiglia*, a cura di G. Di Rosa, II, Torino, 2018, p. 1313 ss.
- PALADINI M., *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in M. Paladini, A. Renda, D. Minussi, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 349 ss.

- PALADINI M., RENDA A., MINUSSI D., *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019.
- PALAZZO A., *Comunione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, III, Torino, 1988, p. 158 ss.
- PALMIERI A., Nota a Pret. Roma, 22 novembre 1975, in *Giust. Civ.*, 1976, I, p. 1721.
- PANFORTI M.D., *La casa familiare. Un tentativo di ricostruzione*, in M.D. Panforti, I. Ferrari, (a cura di), *La casa familiare. Conflitti interpersonali e dinamiche sociali in Europa*, Modena, 2010, pp. 5-7.
- PANFORTI M.D., *La casa familiare tra proprietà e contratto. Un percorso di diritto comparato*, in I. Ferrari, M.D. Panforti, C. Valente (a cura di), *Abitare. Contratti e tutela giudiziaria*, Modena, 2013, pp. 113-124.
- PAOLI U.E., *Vita Romana*, Milano, 2000.
- PASCUCCI L., *Le obbligazioni contratte da un coniuge nell'interesse della famiglia tra diritto giurisprudenziale e possibile evoluzione legislativa*. Nota a Cass. 15 febbraio 2007 n. 3471, in *Fam. dir.*, 2007, p. 557 ss.
- PATTI S., *Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 155 ss.
- PATTI S., *I regimi patrimoniali della famiglia*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo. Fonti persone famiglia*. Vol. I, Parte III, Cap IX, Milano, 2007, p. 237 ss.
- PATTI S., *Le Prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica, P. Zatti, Milano, 2010.
- PATTI S., *Codice Civile Tedesco / Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2013
- PEREGO E., *Se, in regime di separazione dei beni, un coniuge risponda per le obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1980, p. 405 ss.
- PERFETTI U., *Legittimari*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano-De Nova*, Bologna, 2021.
- PÉTEL P., Nota a Chambre Commercial de la Cour de Cassation 24 giugno 2003, 2 n. 00-14.645, in *JCP Semaine Juridique* 2004, I, 115, n. 8.
- PETERKA N., *Les dons manuels*, Parigi, 2001.
- PLAIA A. (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008.
- PRESTI G., RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale*, II, Società, Bologna, 2011 (5ª ed.).
- PROSPERI F., *Sulla natura della comunione legale*, Napoli, 1983.
- PUCHTA G.F., *Pandekten*, Leipzig, 1877.
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1958.
- PUGLIATTI S., voce *Acquisto del diritto*, in *Enc dir.*, I, Milano, 1958, p. 510 ss.
- PUGLIESE G., *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1972.
- QUADRI E., *Definitiva la sorte della costruzione sul suolo di uno dei coniugi*. Nota a Cass. Civ. SS.UU. 27 gennaio 1996, n. 651, in *Corr. giur.* 1996, p. 556.
- QUADRI E., *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: i beni in comunione immediata*, in *Fam. dir.*, 1996, p. 188 ss.
- QUADRI E., *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Familia*, 2004, I, p. 483 ss.

QUADRI E., *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di comodato e assegnazione della "casa familiare"*. Nota a Cass. Civ. SS.UU. 29 settembre 2014, n. 20448, in *Corr. giur.* 1/2015, p. 14 e ss.

QUETANT G.P., *À propos du contrat de travail entre époux*, Défrenois, 2005.

REGINE F., Nota a Cass., 11 settembre 1991, n. 9513, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 624.

REGINE F., Nota a Cass. 27 gennaio 1995, n. 987, in *Nuova giur. comm.*, 1995, p. 889.

REGINE F., *Acquisti per accessione e comunione legale dei beni fra coniugi: l'intervento delle Sezioni Unite*. Nota a Cass. SS.UU., 27 gennaio 1996, n. 651, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 800.

RELAZIONE AL PROGETTO DEL SECONDO LIBRO DEL CODICE CIVILE, *Delle cose e dei diritti reali*, Roma, 1937.

RICCIO A., *Azione di spoglio a favore del familiare convivente contro il terzo*. Nota a Cass. 2 gennaio 2014 n. 72014, in *Fam. dir.*, 7, 2014, p. 664 ss.

RIMINI C., *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001.

RIMINI C., *L'acquisto di un bene immobile con denaro fornito da un terzo e l'ambito di applicazione dell'art. 179, lett. b, c.c.*. Nota a Cass. 14 dicembre 2000, n. 15778, in *Corr. giur.*, 2001, p. 645 ss.

RIMINI C., *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 8 ss.

RIMINI C., *I diritti di credito fra comunione immediata e comunione differita: una questione ancora aperta*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 574 ss.

ROCCHIO F., *Obbligazioni naturali tra conviventi more uxorio?* Nota a Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Giur. it.*, 2015, p. 1090 ss.

ROJAS ELGUETA G., *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 3/2012, p. 310 ss.

ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, I, *Tutela dei diritti*, Torino, 1997, p. 483 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001.

ROSELLI F., VITUCCI P., *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, Vol. 20, II, Torino, 1998 (2^a ed.), p. 429 ss.

RUSCELLO F., *Lineamenti di Diritto di Famiglia*, Milano, 2005.

RUSSO E., *Considerazioni sull'oggetto della comunione*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 375 ss.

RUSSO E., *Concetti vecchi ed istituti nuovi: a proposito della comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 423 ss.

RUSSO E., *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Commentario Busnelli-Schlesinger*, Milano, 1999.

RUSSO E., *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario Busnelli-Schelsinger*, Milano, 2004.

RUSSO R., *Le sezioni unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia*. Nota a Cass. 29 settembre 2014 n. 20448, in *Fam. dir.*, 1, 2015, p. 5 ss.

SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, 1958, p. 661 ss.

- SACCO R., *Del regime patrimoniale della famiglia* in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, p. 29 ss.
- SACCO R., *Se tra coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto di luogo a restituzioni*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia* dedicate, Padova, 1989, p. 93 ss.
- SACCO R., *Le convenzioni matrimoniali*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 7 ss.
- SACCO R., *Il diritto non scritto*, in AA.VV., *Le Fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p. 17 ss.
- SACCO R., voce *Usucapione*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1999, p. 565 ss.
- SACCO R., voce *Fatto concludente*, in *Digesto Disc. Priv.*, V, 2019, p. 598 ss.
- SACCO R., CATERINA R., *Il Possesso*, in *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2014.
- SANTAGADA G., *Espropriazione forzata dei beni in comunione legale per debiti personali del singolo coniuge*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2014, p. 578 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, p. 1 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, ristampa 2012 (9^a ed.).
- SANTOSUOSSO F., *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1995, p. 77 ss.
- SAVATIER R., *La séparation de biens en droit français*, Parigi, 1973.
- SCARANO L.A., *Coabitazione e casa familiare*, Milano, 2005.
- SCHLESINGER P., voce *Arricchimento, azione di (diritto civile)*, in *Nov. Dig.*, Torino, I, 1957, p. 1004 ss.
- SCHLESINGER P., *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, a cura di L. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1977.
- SCHLESINGER P., *Cadono in comunione le quote di S.r.l.?*, Nota a Cass. 1^o febbraio 1996, n. 875, in *Fam. dir.*, 1996, p. 369.
- SCHMIDT R., *Familienrecht*, Grasberg bei Bremen, 2018 (10 Auflage.).
- SCHUPFER F., *La Famiglia secondo il diritto romano*, Padova, 1876.
- SCHWAB D., *Familienrecht*, München, 2019 (27 Auflage).
- SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928.
- SCOLA S., *Il credito derivante dal contratto preliminare di acquisto stipulato da un solo coniuge: ingresso in comunione legale e disciplina conseguente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, p. 173 ss.
- SCOTTI R., *Comunione legale e titoli di credito*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 8 ss.
- SCOTTI R., *L'acquisto per usucapione compiuto dal coniuge in regime di comunione legale*, in *Notariato*, I, 2009, p. 20 ss.
- SENIGAGLIA R., *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 671 ss.
- SESTA M., *Sub art. 147 c.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Milano, 2009, p. 611 ss.

- SESTA M., *Comunione di vita e diritti sulla casa familiare*, in *Fam. dir.*, 5, 2013, p. 511 ss.
- SESTA M. (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017.
- SESTA M., VALIGNANI B., *Il regime di separazione dei beni*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli, M. Sesta, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti (a cura di F. Anelli – M. Sesta), Milano, 2012 (2^a ed.), p. 557 ss.
- SIMLER PH., Nota a Chambre Commercial de la Cour de Cassation 24 Juin 2003, 2 n. 00-14.645, in *JCP Semaine Juridique* 2004, I, 129, n. 13.
- SIMLER PH., Nota a Cass. 1^{re} civ., 31 Janvier 2006, in *JCP Semaine Juridique* 2006, I, 131, n. 16.
- SIMLER PH., Nota a Cass. 3^{ème} civ., 16 Septembre 2009, n. 08-16769, in *JCP Semaine Juridique* 2010, 487, n. 1.
- SIMON A.M., HESS-FALLON B., VANBREMEERSCH M., *Droit Civil*, Sirey-Dalloz, 2017 (12^{éd}).
- SMIROLDO A., *Cenni sulla forma della procura nella comunione legale*, in AA. VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 737 ss.
- SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO CIVILE (S.I.S.DI.C.), *Proposta di legge per la riforma della disciplina in tema di riserva a favore del coniuge superstite*, in *Annali SISDiC* 6/2021, p. 117 ss.
- SPADA P., *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento*, Studio del CNN n. 69/2016/I in www.notariato.it
- SPATUZZI A., *L'acquisto del credito in regime di comunione legale tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 661ss.
- SPITALI E., *L'oggetto della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti (a cura di F. Anelli – M. Sesta), Milano, 2012 (2^a ed.), p. 113 ss.
- STAGLIANÒ R., *In materia di obbligazioni contratte individualmente per i bisogni della famiglia: è già solidarietà?* in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 81 ss.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- STORCK M., Nota a Cass. 1^{re} Civ., 29 Juin 2011, n. 10-11683, in *JCP Semaine Juridique*, 2011, 1371, n.14.
- TAMBURRINO G., voce *Successione necessaria (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 1358 ss.
- TARUFFO M., voce *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 77 ss.
- TENELLA SILLANI C., voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 8 ss.
- TENELLA SILLANI C., *Il possesso e le azioni a tutela*, in G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto civile: norme, questioni, concetti, 2, singoli contratti, la proprietà, i diritti reali e il possesso, il diritto di famiglia, le successioni e le donazioni*, Bologna, 2014, p. 411 ss.
- TERRÉ FR., SIMLER PH., *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Parigi, 1994.
- TERRÉ FR., SIMLER PH., *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, Parigi, 2015 (7^a ed.).
- THIERRY J., Nota a Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 2000, in *Recueil Dalloz*, 2001, p. 664 ss.
- THOBANI S., *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi: causa di convivenza e spirito di liberalità*. Nota a Cass. civ. sez. IV 15 febbraio 2019 n. 4659, in *Giur. it.*, 2020, p. 308 ss.
- THOMAS G., *Les interferences du droit des obligations et du droit matrimonial*, con Préface di P. Lagarde, Grenoble, 1974.
- TISCINI R., *Espropriazione forzata di beni facenti parte della comunione legale per debiti personali di un solo coniuge. Lo stato dell'arte*, in *Il giusto processo civile*, Napoli, 1/2019.

- TONDO S., *Sugli acquisti originari nel regime di comunione legale*, in *Foro it.*, 1983, 161 ss.
- TORRENTE A., *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo*, 1956.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato* (a cura di F. Anelli, C. Granelli), Milano, 2017 (23^a ed.).
- TOTI B., *Comunione e masse comuni plurime*, Milano, 2009.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2005.
- TRIOLA R., *Della tutela dei diritti*. in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IX, *La trascrizione*, Torino, 2012 (3^a ed.), p. 138 ss.
- TRIOLA R., Nota a Cass. SS.UU., 27 febbraio 2013, n. 4847, in *Vita not.* 2013, p. 725.
- TULLIO A., *La successione necessaria*, Torino, 2012.
- VALIGNANI B., *L'amministrazione dei beni in comunione*, in G. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia*, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, p. 514 ss.
- VAREILLE B., Nota a Cass. 1^{re} civ, 28 novembre 2006, n. 04-19.058 in *Révue trimestrelle de droit civil*, 2007, p. 379.
- VAREILLE B., Nota a Cass.. 1^{re} civ 26 settembre 2012, 5 n° 11-20.196, in *Révue trimestrelle de droit civil* 2012, p. 765.
- VASSEUR M., Nota a Cass 1^{re} civ. 27 janvier 1982 in *Recueil Dalloz*, 1983, p. 189.
- VECCHIO G., *Liberalità atipiche e comunione legale tra i coniugi: un improbabile ritorno alla prevalenza della "volontà" sulla dichiarazione?*, in *Vita not.*, 2002, p. 1152 ss.
- VELTRI F., *Preliminare di vendita concluso da un coniuge senza il consenso dell'altro*. Nota a Cass. 24 gennaio 2008, n. 1548, in *Contratti*, 2008, p. 1014 ss.
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- VERDE G., voce *Pignoramento in generale*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 810 ss.
- VILLA G., *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di Famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, p. 324 ss.
- VITUCCI P., *Tant dure l'action tant dure l'exception*, in *Giur. it.*, 1986, p. 245 ss.
- VOSSEN N., *Beweisführungslast des Gesellschafters für die Erfüllung seiner Einlagerverpflichtung auch noch nach 20 Jahren?*, in *Deutsches Steuerrecht*, 2004, p. 1299 ss.
- WAGNER M., *Anmerkung an BGH 09.07.2007*, in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 687 ss.
- WERTHER ROMAGNO G., *La legittimazione del coerede a disporre di singoli beni ereditari. Brevi riflessioni a margine della recente decisione della corte di cassazione a sezioni unite n. 5068 del 2016*. Nota a Cass. SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5068, in *Dir. Succ. Fam.*, III, fasc. 1, Napoli, 2017, p. 187 ss.
- ZACCARIA A., *La separazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2007, p. 375 ss.
- ZAMBRANO V., *Lo scioglimento dell'unione non fondata sul matrimonio*, in AA.VV., *La separazione nella famiglia di fatto. La biblioteca del diritto di famiglia*. Collana diretta da B. De Filippis, Padova, vol. II, 2008, pp. 227-283.
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato. Vol. II – Istituti*, Milano, 2011 (3 ed.).