

## Comunione legale tra coniugi

CASSAZIONE PENALE, sez. III, 29 novembre 2010, n. 42182 - Pres. Petti - Rel. Lombardi

*Comunione legale tra coniugi - Beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi ex art. 178 c.c. - Comunione de residuo - Art. 179, lett. d), c.c. - Applicabilità - Esclusione - Diritto del coniuge dell'imprenditore sui beni in comunione residuale una volta intervenuta la cessazione del regime - Natura reale - Esclusione - Confisca dei predetti beni di sposta con sentenza penale definitiva a carico del coniuge imprenditore - Possibilità per il coniuge non imprenditore di rivendicare la propria quota - Esclusione.*

(C.c. artt. 178, 179, lett. d)

**Nel regime di comunione legale i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno solo dei coniugi ex art. 178 c.c. non sono soggetti, all'atto del loro acquisto, alle formalità prescritte dall'art. 179, lett. d), c.c., applicabile ai soli beni che servono all'esercizio di una professione liberale. Il coniuge dell'imprenditore, intervenuta la cessazione del regime legale, non è titolare di un diritto reale sui beni predetti, né può rivendicare la propria quota, quanto meno sin tanto che i beni conservano la loro destinazione all'esercizio dell'impresa. (In applicazione di questo principio la Corte ha confermato la decisione con la quale il G.I.P., in funzione di giudice dell'esecuzione, aveva rigettato l'istanza di restituzione *pro quota* di un terreno e di un opificio, di cui con precedente sentenza era stata disposta la confisca a carico del coniuge imprenditore della parte ricorrente).**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Camerino, 5 agosto 1988.
Difforme	Non si rinvencono precedenti difformi in merito.

... *Omissis* ...

#### Considerato in fatto e diritto

Con la impugnata ordinanza il G.I.P. del Tribunale di Potenza, in funzione di giudice dell'esecuzione, ha rigettato l'opposizione proposta da M.T. avverso l'ordinanza in data 21 maggio 2009 del medesimo G.I.P., con la quale era stata rigettata l'istanza di restituzione, *pro quota*, di un terreno e di un opificio dei quali era stata disposta la confisca con sentenza in data 31 maggio 2007 emessa nei confronti del coniuge dell'istante, C.R., e divenuta irrevocabile.

Nell'ordinanza si osserva che i beni oggetto di confisca, acquistati dal C. con atto del 29 marzo 1999 e destinati dal medesimo all'esercizio della impresa, sono soggetti alla disciplina di cui all'art. 178 c.c., e, pertanto, fanno parte della comunione dei beni tra i coniugi "de residuo"; che, nel caso in esame, avendo i coniugi posto in essere in data (*omissis*) una convenzione di separazione dei beni, è sorto in capo alla M. un diritto di credito nei confronti del coniuge, C.R., che avendo natura personale e non reale non può essere tutelato con l'azione di rivendicazione, che invece presuppone l'esistenza di un diritto reale. Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso il difensore della M., che la denuncia per violazione ed errata applicazione degli artt. 178 e 179 c.c..

Si deduce che a seguito dello scioglimento della comunione si produce automaticamente la contitolarità tra i coniugi dei beni residui con la conseguenza che il diritto del coniuge dell'imprenditore ha natura reale ed i beni saranno successivamente soggetti alla divisione prevista dall'art. 194 c.c..

Si aggiunge che all'epoca dell'acquisto dell'immobile da parte del C. vigeva tra i coniugi il regime della comunione dei beni e, non avendo la M. presenziato all'atto di acquisto, il terreno comprato dal C. deve considerarsi oggetto della comunione legale ai sensi dell'art. 179 c.c., comma 2.

Con memoria depositata il 18.10.2010, la difesa della M. ha ribadito le precedenti deduzioni, osservando che l'impresa di cui era titolare il C. è stata costituita il (*omissis*), dopo il matrimonio, e che il diritto del coniuge sull'immobile oggetto della comunione ha natura reale.

Il ricorso non è fondato.

Osserva la Corte che l'ordinanza impugnata ha correttamente escluso l'applicabilità, nel caso in esame, del disposto di cui all'art. 179 c.c., comma 2, ed inquadrato la fattispecie nella disciplina dettata dall'art. 178 c.c..

La previsione contenuta nell'art. 179 c.c., comma 2, che consente di escludere i beni immobili e mobili registrati dalla comunione legale, purché all'atto di acquisto abbia partecipato il coniuge non acquirente e questi abbia rilasciato una dichiarazione di assenso ai fini dell'esclusione, si riferisce infatti soltanto alle ipotesi contemplate dal medesimo art. 179 c.c., comma 1, lett. c), d) ed f), non potendosi peraltro equiparare, con riferimento alla lett. d), l'esercizio di una professione allo svolgimento di attività imprenditoriale, (sez. I, 29 novembre 1986 n. 4533, lago e Comit, RV 449134; sez. I, 19 settembre 2005 n. 18456, Massacra c. Chirilli, RV 583000) Osserva quindi la Corte che l'istituto della comunione *de residuo*, disciplinato dall'art. 178 c.c., e, cioè, del differimento della comunione legale sui beni acquistati da uno dei coniugi e destinati all'esercizio dell'impresa al momento dello scio-

glimento della comunione stessa, sempre che risultino ancora esistenti, è finalizzato ad assicurare la continuità dell'esercizio dell'impresa, attribuendo al coniuge imprenditore la totale disponibilità dei beni destinati all'attività aziendale, mentre all'altro coniuge è riservata solo una aspettativa di potenziale acquisto in ordine ai medesimi beni ove residuo.

La funzione dell'istituto è altresì quella di garantire i creditori dell'impresa, che normalmente fanno affidamento anche sulla consistenza dei beni strumentali allo svolgimento dell'attività aziendale per valutarne l'affidabilità e che, pertanto, possono aggredire integralmente i beni, acquistati dal coniuge imprenditore e destinati all'esercizio dell'impresa, per il soddisfacimento delle loro pretese. È stato, infatti, affermato da questa Corte in proposito che «In regime di comunione legale tra coniugi, il fallimento di uno di essi determina la comunione *de residuo* sui beni destinati *post nuptias* all'esercizio dell'impresa solo rispetto ai beni residui a seguito della chiusura della procedura». (Cass. civ. sez. I, 200407060, Curatela Fall. Ranaldo, RV 572044).

È evidente, pertanto, che finché il bene immobile continua ad essere utilizzato nell'esercizio dell'impresa, restando nella effettiva disponibilità esclusiva del coniuge imprenditore, non vengono meno le (unzioni proprie dell'istituto della comunione *de residuo*, di assicurare la piena libertà dell'imprenditore nelle sue scelte di politica aziendale e di garantire i creditori che abbiano fatto affidamento sulla consistenza della compagine dell'impresa, consentendo a questi ultimi di soddisfare le proprie pretese mediante l'aggressione di tutti i beni che ne fanno parte.

Lo scioglimento della comunione *de residuo* ex art. 178 c.c., implica, quindi, necessariamente che il bene che residui al momento della richiesta di scioglimento non faccia più parte dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa e non venga più utilizzato a tale scopo, venendo altrimenti violata, mediante una cessazione fittizia o meramente formale della comunione, la ratio dell'istituto.

Peraltro, è stato anche osservato da questa Corte che all'atto dello scioglimento della comunione deve tenersi conto del valore dei beni facenti parte della comunione *de residuo* in accredito al coniuge non imprenditore (cit. sez. I, n. 7060 del 1986), sicché il coniuge non imprenditore acquista la effettiva disponibilità del bene facente parte della comunione *de residuo* a titolo di proprietà solo per effetto della sua assegnazione in sede di divisione.

Orbene, nel caso in esame, non vi è stata affatto la cessazione dell'impresa del C., che è avvenuta solo nel 2009, come risulta dalla certificazione allegata alla memoria difensiva, ed il bene immobile di cui si tratta, anche dopo l'asserita cessazione della comunione, ha conservato la sua destinazione all'esercizio dell'impresa.

Sicché l'immobile continuava ad assolvere le specifiche funzioni garantite dall'istituto della comunione *de residuo* allorché è stato commesso il reato, successivamente alla citata data del 29 marzo 2001.

Pertanto, nella specie non si sono verificate le condizioni che determinano la effettiva contitolarità sull'immobile

quale effetto dello scioglimento della comunione del residuo, non essendosi verificata né la cessazione dell'impresa, né la sottrazione del bene immobile di cui si tratta al suo esercizio, che il coniuge non imprenditore avrebbe dovuto pretendere, chiedendo la divisione dei beni.

Va anche osservato che la diversa conclusione prospettata dalla ricorrente implica necessariamente il consenso della M. alla prosecuzione della utilizzazione dell'immobile nella attività aziendale, secondo la destinazione d'uso ad esso attribuita dal coniuge imprenditore, con la conseguente assunzione del rischio derivante dall'esercizio dell'impresa.

Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

... *Omissis* ...

## SULLA NATURA DELLA COMUNIONE RESIDUALE AL MOMENTO DELLA CESSAZIONE DEL REGIME LEGALE

di Giacomo Oberto

La Cassazione (penale) si trova ad affrontare per la prima volta *ex professo* il tema della natura della comunione *de residuo*, una volta intervenuta una delle cause di cessazione del regime legale contemplate dall'art. 191 c.c. Pur nella stringatezza della parte di motivazione attinente a tale profilo, la Corte mostra di voler propendere per il carattere meramente creditizio (e non reale) del rapporto che ai sensi dell'art. 178 c.c. si viene ad instaurare tra coniugi sugli incrementi patrimoniali in questione. La decisione offre così lo spunto per una rivisitazione delle principali questioni che ruotano attorno all'individuazione dei diritti di compartecipazione differita competenti ai coniugi, a seguito dello scioglimento del regime legale, in una prospettiva estesa anche al diritto comparato.

### 1. La fattispecie affrontata dalla decisione in commento ed i limiti della presente indagine

La sentenza in commento conferma la decisione con la quale il G.I.P., in funzione di giudice dell'esecuzione, aveva rigettato l'istanza di restituzione *pro quota* di un terreno e di un opificio, di cui con precedente sentenza era stata disposta la confisca a carico del coniuge della ricorrente. Riconosciuta la natura di beni appartenenti alla comunione *de residuo* del marito, ex art. 178 c.c., dato atto dell'intervenuta cessazione del regime legale per effetto di convenzione di separazione dei beni stipulata successivamente all'acquisto di quei cespiti, la Cassazione ritiene non proponibile la rivendica della quota su di essi da parte della moglie, che aveva in primo luogo invocato il carattere reale del diritto spettante al coniuge dell'imprenditore ex art. 178 c.c., ma si era anche appellata (in via, evidentemente, subordinata) al mancato rispetto delle formalità previste dall'art. 179 c.c. per la conservazione del carattere personale del bene in capo al coniuge imprenditore.

Non si tratta certo della prima occasione in cui la Suprema Corte si trova a doversi confrontare con le conseguenze penali (o comunque collegate a questioni penali o, *lato sensu*, di pubblica sicurezza) dell'adesione all'una o all'altra delle tesi che si contendono il campo in merito ad uno o più aspetti della comunione legale. Basti ricordare la fattispecie risolta nel medesimo 2010 da una sezione, quella volta, civile, in merito alle conseguenze sulla comunione (immediata) del provvedimento di confisca emesso, ai sensi dell'art. 2-ter, l. 31 maggio 1965, n. 575, su beni di persona sottoposta a procedimento di prevenzione per sospetta appartenenza ad associazione di tipo mafioso (1). È evidente che, in casi come questo, esattamente come quelli di opposizione alle esecuzioni iniziate da creditori particolari di un coniuge, il giudice si trova di fronte non già ad un con-

flitto endoconiugale, bensì ad una coppia che, se ci si passa l'espressione, cerca di «salvare il salvabile», tentando di rivendicare in capo al coniuge non coinvolto nel provvedimento penale o amministrativo (o comunque «espropriativo») la quota (vera o supposta che sia) in comunione.

Ora tocca ad una sezione penale affrontare due distinti problemi attinenti alla comunione *de residuo*. Il primo (2) riguarda i rapporti tra l'art. 178 c.c. (3), da un lato, e l'art. 179, lett. d), c.c., dall'altro. Qui sarà solo il caso di dire che la decisione - nell'escludere il rilievo, nella specie, dell'art. 179 c.c. e dunque la caduta in comunione immediata dei beni aziendali acquistati senza il rispetto delle prescrizioni di cui al citato articolo - si schiera (condivisibilmente, ad avviso di chi scrive) con l'opinione dominante, la quale evidenzia la correttezza della scelta legislativa, fondata sulla distinzione tra beni aziendali (cui si riferisce l'art. 178 c.c.) e beni relativi all'attività professionale del coniuge (cui si riferisce l'art. 179 c.c.), giustificandola in base al maggior valore normalmente rivestito dal complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, rispetto a quelli che servono allo svolgimento di un'attività professionale non imprenditoriale (4). L'argomento, in

#### Note:

(1) Cfr. Cass., 5 marzo 2010, n. 5424, in questa *Rivista*, 2010, 1009, con nota di Antonuccio.

(2) Sebbene presentato, a quanto pare, per secondo nel ricorso, se non addirittura in via, come detto nel testo, subordinata.

(3) Cui, per identità di questioni, debbono aggiungersi gli artt. 177, lett. b) e c), c.c.

(4) Cfr. Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, in *Foro it.*, 1987, I, c. 810, con nota di Jannarelli; in *Giust. civ.*, 1987, I, 293. Su tale decisione v. le osservazioni svolte da Oberto, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 187 ss. La soluzione è stata ribadita successivamente da Cass., 21 maggio 1997, n. 4533, nonché da Cass., 19 set-

(segue)

considerazione della sua notorietà e del numero di contributi sullo stesso rinvenibile, non verrà trattato nel presente commento. Esso è stato da chi scrive affrontato *funditus* nell'opera sulla comunione legale richiamata in nota, cui ci si permette pertanto di fare integrale rinvio (5).

Vale la pena, invece, soffermarsi in questa sede sull'altro tema toccato dalla decisione, che forma precipuo oggetto dei §§ che seguono.

## 2. La natura della comunione residuale e le possibili scelte del legislatore

Lo studio del panorama europeo dei sistemi di comunione degli (e di compartecipazione differita agli) acquisti operati dai coniugi (6) mostra quali siano gli snodi inevitabili che un ipotetico legislatore, il quale intendesse optare in astratto per l'uno o più degli svariati modelli disponibili, sarebbe inevitabilmente portato ad affrontare. La circostanza che ciò sia avvenuto solo in parte, e oltre tutto in maniera piuttosto approssimativa ed incompleta, ad opera del nostro riformatore del 1975, porta come conseguenza che, a distanza di alcuni decenni, debbano darsi come ancora irrisolti problemi che diversi ordinamenti stranieri hanno invece adeguatamente affrontato da tempo, apprestando vie e rimedi che avrebbero potuto essere, puramente e semplicemente, trasposti nel nostro sistema.

Il primo profilo attiene all'individuazione del *quid* costituisca oggetto di compartecipazione differita, nel momento in cui il diritto acquista attualità all'atto della cessazione del regime, e cioè se tale entità costituisca una situazione di contitolarità reale, ovvero una mera pretesa a livello di credito di valore, espresso in numerario.

Sul punto, si staglia come netta, agli occhi del comparatista, una preferenza per una compartecipazione in termini di valore, con conseguente determinazione finale di un credito in denaro. Possono ascrivere a questa regola, oltre ai regimi legali tedesco e svizzero, quelli convenzionali di compartecipazione agli acquisti francese, spagnolo, catalano e belga in altra sede illustrati (7), sebbene la concreta liquidazione del credito possa talora comportare anche l'assegnazione di beni di un coniuge all'altro (8).

Non fanno peraltro difetto, nel panorama offerto dall'indagine comparata, taluni sistemi nei quali il diritto maturato al momento della cessazione del regime consiste in una vera e propria contitolarità reale. È il caso della *société d'acquêts* (regime legale) del Québec (9), posto che, ai sensi dell'art. 467 cpv. del relativo *code civil*, all'atto della cessazione del regime, ogni coniuge conserva la titolarità dei *propres* ed

acquista il diritto di «*accepter le partage des acquêts de*

### Note:

(continua nota 4)

ttembre 2005, n. 18456, cit. Nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Vigevano, 20 febbraio 1979, in *Dir. giur.*, 1980, 382; in *Dir. fam.*, 1981, 118; Trib. Monza, 14 novembre 1988, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 696; in questa *Rivista*, 1990, 179; Trib. Piacenza, 9 aprile 1991, in *Riv. not.*, 1993, 124; in *Dir. fam.*, 1991, 1033 (la decisione risulta riportata con la data del 1° marzo 1991 in *Giur. merito*, 1993, 64 e in *Riv. not.*, 1991, 723); Trib. Monza, 1° giugno 1995, in *Gius.*, 1995, 3911. *Contra*, l'isolato precedente costituito da Trib. Lucca, 8 maggio 1978, in *Riv. dir. ipot.*, 1978, 2578, con nota di Ghigo. Si veda inoltre, sempre in senso contrario alla tesi prospettata nel testo, l'unico (ed assai remoto) precedente edito nel campo amministrativo: «I mutui agevolati in favore di coltivatori diretti per l'acquisto di terreni, previsti dalla l. 26 maggio 1965, n. 590 non possono essere concessi allorché il coniuge del beneficiario, in regime di comunione legale (e come tale soggetto che consegue *pro quota* la proprietà del fondo) eserciti altra attività lavorativa. Tuttavia il mutuo può concedersi allorché il coniuge privo dei requisiti soggettivi stabiliti dalla legge acconsenta a che il fondo rustico, acquistato dal mutuatario, sia escluso dalla comunione, ai sensi dell'art. 179, lett. d), c.c., nuovo testo introdotto dalla l. 19 maggio 1975, n. 151» (cfr. Cons. Stato, 7 maggio 1986, in *Riv. not.*, 1987, II, 908). Da notare, infine, il mero errore materiale della motivazione della sentenza qui in commento, che cita la decisione del 1986 come recante il n. 4533, anziché il n. 7060.

(5) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 1009 ss.

(6) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 172 ss., 393 ss.

(7) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 156 ss., 172 ss.

(8) È questo ad esempio il caso - anche per quanto attiene a quest'ultimo aspetto afferente al momento della concreta divisione del patrimonio - dello spagnolo *régimen de participación*, per il quale il relativo codice civile prevede, fermo restando il principio generale per cui «*el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero*» (art. 1431), la possibilità che tale credito sia estinto «*mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor*» (art. 1432). Nell'ipotesi ulteriormente subordinata in cui non si trovassero beni nel patrimonio del debitore, viene concesso al coniuge creditore il diritto di rivolgersi verso i terzi aventi causa, mediante domanda giudiziale volta a «*impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos*», purché l'azione sia intentata entro due anni dallo scioglimento del regime e fatti salvi i terzi aventi causa a titolo oneroso ed in buona fede (artt. 1433 s.).

Anche ai sensi dell'art. 1576 cpv. del *Code* francese, nel regime convenzionale di *participation aux acquêts*, il credito di partecipazione (che normalmente «*donne lieu à paiement en argent*»: pagamento che il giudice può, in presenza di determinate circostanze, dilazionare nel tempo) «*peut toutefois donner lieu à un règlement en nature, soit du consentement des deux époux, soit en vertu d'une décision du juge, si l'époux débiteur justifie de difficultés graves qui l'empêchent de s'acquitter en argent*». Potranno citarsi, inoltre, all'incirca negli stessi termini, gli artt. 58 e 59 del *Codi de família* catalano, circa il *règim de participació en els guanys*. A determinate condizioni, anche in Germania il coniuge *ausgleichsberechtigt*, disciolto il sistema legale della *Zugewinnungsgemeinschaft*, può (eccezionalmente) chiedere al giudice l'attribuzione in proprietà di determinati cespiti dell'altro (cfr. § 1383 BGB).

(9) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 180, 184, 189, 221, 387, 395 ss.

*son conjoint ou d'y renoncer, nonobstant toute convention contraire»* (cfr. poi quanto previsto dall'art. 481 dello stesso *Code*, secondo cui la massa dei beni in comunione «*est partagée, par moitié, entre les époux*», anche se è lasciata ai coniugi la scelta di corrispondere la parte dovuta «*en numéraire ou par dation en paiement*»). Analoga via è battuta dal regime (questa volta convenzionale) brasiliano della *participação final nos aqüestos* (10), ove l'art. 1672 del relativo codice civile prevede chiaramente che ogni coniuge consegue, all'atto dello scioglimento, il diritto alla metà degli acquisti operati in costanza di regime, laddove l'attribuzione di un credito pari alla metà del valore dei beni è disposta soltanto in via suppletiva, «*se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza*» (art. 1684 del medesimo codice).

Naturalmente, a tali ultimi esempi andrebbero aggiunti i regimi legali dei Paesi Scandinavi (ove pure la contitolarità sulla massa in comunione opera in modo reale a partire dal momento della cessazione del regime) (11), qualora questi dovessero essere annoverati *optimo iure* tra quelli a compartecipazione differita. In realtà, le limitazioni al potere dispositivo dei coniugi, già operanti durante la vigenza del regime, inducono ad avvicinare questi ordinamenti piuttosto a quelli di comunione, che non a quelli di compartecipazione (differita). In questi ultimi, invece, la tutela del coniuge passa attraverso impugnative che generano effetti per lo più «interni» (nelle relazioni, cioè, *inter coniuges*, mercé la concessione di rimedi di tipo sostanzialmente risarcitorio o perequativo), ovvero, quando tali sistemi concedono un'impugnativa verso terzi, ciò fanno solo per gli atti compiuti a titolo gratuito, ovvero fraudolenti, se a titolo oneroso: la «logica di fondo» rimane, dunque, quella *lato sensu* revocatoria. Il coniuge leso non si rivolge al terzo per far valere in via «reipersecutoria» la sua (com)proprietà, ma per ottenere la declaratoria di inefficacia di un atto in frode di una pretesa fondamentalmente creditoria ch'egli avanza verso il coniuge. Negli ordinamenti scandinavi, invece, l'impugnativa dell'atto dispositivo, allorché concessa, è legata non tanto al carattere (eventualmente) fraudolento dello stesso (nel senso di: diretto a frustrare una pretesa risarcitoria), quanto alla premessa circostanza della pretermissione del coniuge, per ottenere una dichiarazione di «invalidità» dell'atto dispositivo; con un meccanismo, quindi, che appare proprio dei (o comunque - facendo salve, beninteso, le particolarità dei vari sistemi e le difficili trasferibilità delle astratte categorie giuridiche - non troppo lontano dai) sistemi di comunione attuale ed immediata.

Ed in questo (cioè proprio nel carattere del rimedio concesso per la violazione delle regole d'amministrazione), forse, potrebbe risiedere la «vera» differenza tra comunione e compartecipazione, al di là delle confusioni terminologiche sul punto, cui non è estraneo lo stesso legislatore, il quale (come più volte posto in luce) usa talora il termine «comunione» per designare fenomeni puramente compartecipativi, con esclusione di qualsivoglia effetto di contitolarità immediata: dalla germanica *Zugewinnsgemeinschaft* (12) all'italica comunione *de residuo*.

Andrà ancora aggiunto che l'opzione legislativa, invece, per il mero diritto «finale» di credito comporta inevitabilmente l'ulteriore necessità di individuare legislativamente con precisione se tale diritto investe quei soli incrementi di valore dei rispettivi patrimoni che derivano dall'acquisizione ai patrimoni medesimi, in costanza di regime, di nuovi «beni», cioè di nuove entità patrimoniali, oggettivamente individuabili (si pensi, sostanzialmente, alla soluzione propria del regime legale elvetico, ma anche a quella dei regimi convenzionali di partecipazione spagnolo e francese, nonché a quella dell'ordinamento italiano, per ciò che attiene alla comunione residuale), ovvero, in alternativa, se in qualche modo vadano computati (oltre agli incrementi di cui sopra) anche i meri incrementi di valore di cespiti di cui i coniugi già erano titolari in epoca anteriore all'instaurazione del regime (questa è, ad esempio, la soluzione tedesca) (13).

Altro punto fondamentale, legato all'opzione di politica legislativa per la compartecipazione di tipo obbligatorio (e non reale) attiene alla determinazione del valore iniziale: si tratta, cioè, di stabilire se i beni esistenti al momento di entrata in vigore per la

#### Note:

(10) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 180, 190, 221, 395, 400.

(11) Su tali ordinamenti cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 183, 189, 201 ss.

(12) *Gemeinschaft*, appunto, e non *Beteiligung*, come invece correttamente detto dal legislatore elvetico; l'errore è evitato anche dai legislatori francese (*participation*), spagnolo (*participación*), catalano (*participació*) e brasiliano (*participação*), nonché dallo stesso codice *québécois*, che ricorre all'espressione *société*, per evitare quella *communauté* (termine riservato, invece, ai vari tipi di «vera» comunione convenzionale, cui fa richiamo l'art. 492 del *Code civil du Québec*).

(13) Per un raffronto tra le diverse soluzioni nei regimi legali tedesco e svizzero cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 187 ss. Per una critica di questo profilo della *Zugewinnsgemeinschaft* cfr. Battes, *Sinn und Grenzen des Zugewinnungleichs*, in *FuR*, 1990, 311 ss., 323; Reiners, *Die Errungenschaftsgemeinschaft des gemeinsamen Código Civil und die Zugewinnsgemeinschaft des BGB - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bonn, 2001, 247 s.

coppia del regime di compartecipazione vadano stimati al valore che essi avevano in quel momento (ovviamente rivalutato in base agli indici relativi alla perdita di potere d'acquisto della moneta), ovvero a quello che quegli stessi beni posseggono al momento dello scioglimento (o, in alternativa, a quello della divisione). La prima soluzione è, ad esempio, quella seguita dalla *Zugewinnngemeinschaft* (14); la seconda, quella della *participation aux acquêts* francese (15).

Sarà il caso di aggiungere, chiudendo questa breve panoramica comparata, che anche la recente convenzione bilaterale franco-tedesca sul regime patrimoniale dei coniugi si muove proprio nella direzione della predisposizione di un regime convenzionale di partecipazione agli acquisti (*participation aux acquêts/Wahl-Zugewinnngemeinschaft*), modellato su quello conosciuto dal *Code Civil* agli artt. 1569-1581, come regime convenzionale e dal BGB ai §§ 1363-1390 ss. come regime legale (16).

### 3. *Segue. Tutela del coniuge "debole".* **Rilevanza delle passività. Entità delle quote**

Il secondo punto di un qualche rilievo con riguardo all'alternativa «comunione vs. compartecipazione differita al valore degli acquisti» concerne l'individuazione degli strumenti di tutela del coniuge il cui patrimonio, in costanza di regime, abbia subito il minor incremento rispetto a quello del consorte. Non è qui possibile accennare alla sintomatica (e, per molti versi, dolorosa) esperienza della tutela (*rectius*: degli sforzi per pervenire ad una tutela) del coniuge debole nel contesto della comunione residuale italiana (17). Qui varrà la pena ricordare che, nel sistema tedesco, il § 1379 BGB prevede un preciso dovere di informazione sulla consistenza patrimoniale dei coniugi, non solo al momento dello scioglimento del regime, ma anche in caso di richiesta anticipata di *Ausgleich* da parte di uno di essi. A tale disposizione s'aggiunge poi quanto stabilito dai commi secondo e terzo del § 1375 BGB, a mente dei quali si imputano al patrimonio finale dei coniugi anche, in linea di massima, le attribuzioni patrimoniali effettuate a titolo gratuito, così come gli atti di dispersione del patrimonio, ovvero ancora gli atti fraudolentemente posti in essere al fine di danneggiare l'altro coniuge, ad eccezione di quelli cui quest'ultimo abbia espressamente consentito.

In maniera assai simile procedono il codice civile svizzero, per il relativo regime legale (18), nonché, per i rispettivi sistemi convenzionali di partecipazione, quello francese (19), quello spagnolo (20), quello catalano (21) e quello brasiliano (22), tutti volti, in

buona sostanza, a concedere la possibilità di attaccare l'atto dispositivo a titolo gratuito (sempre, o con l'eccezione delle donazioni d'uso), oltre a quello a titolo oneroso, peraltro solo a condizione che abbia carattere fraudolento (23) (e dunque, come si diceva, in buona sostanza, in un'ottica «revocatoria» di atti in pregiudizio di un credito pecuniario). Il codice *québécois*, dal canto suo, si limita, sempre con riferimento al regime legale della *société d'acquêts*, a vietare i negozi dispositivi *inter vivos* di «*acquêts à titre gratuit, si ce n'est de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage*» (24). Tuttavia è altresì disposto (conformemente a quanto avviene in Francia per la *participation aux acquêts*: cfr. art. 1571 c.c. fr.) che, allorquando un bene acquistato, o il cui valore sia accresciuto in costanza di regime, sia stato alienato prima della cessazione della *société*, «*l'enrichissement est évalué au jour de l'aliénation*»: il che induce a ritenere che nel computo

#### Note:

(14) Cfr. § 1376, comma 1, BGB: «*Der Berechnung des Anfangsvermögens wird der Wert zugrunde gelegt, den das beim Eintritt des Güterstands vorhandene Vermögen in diesem Zeitpunkt, das dem Anfangsvermögen hinzuzurechnende Vermögen im Zeitpunkt des Erwerbs hatte*». Per una critica di questo profilo della *Zugewinnngemeinschaft* cfr. Wacke, *Grundzüge des ehelichen Güterrechts*, in *Jura* 1 (1994), 624; Reiners, *Die Errungenschaftsgemeinschaft des gemeinspanischen Código Civil und die Zugewinnngemeinschaft des BGB - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, cit., 247 s.

(15) Cfr. art. 1571, comma 1, c.c. fr.: «*Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé. S'ils ont été aliénés, on retient leur valeur au jour de l'aliénation. Si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens*».

(16) Per ulteriori informazioni e rinvii al riguardo cfr. Oberto, *Breve prontuario per le cause che presentano elementi di estraneità (questioni processuali)*, disponibile al sito web seguente: <http://giacomooberto.com/prontuario.htm#par23d>

(17) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 903 ss.

(18) Il predetto codice elvetico dispone (art. 208, comma 1; cfr. anche art. 220, per l'azione di "reintegrazione" delle donazioni) che «Sono reintegrate negli acquisti: 1. le liberalità fatte da un coniuge negli ultimi cinque anni prima dello scioglimento del regime dei beni senza il consenso dell'altro, eccettuati i regali d'uso; 2. le alienazioni fatte da un coniuge durante il regime dei beni con l'intenzione di sminuire la partecipazione dell'altro»; esso soggiunge poi (art. 208 cpv.) che «In caso di controversie inerenti a tali liberalità o alienazioni, la sentenza è opponibile al terzo beneficiario sempreché la lite gli sia stata denunciata».

(19) Cfr. artt. 1573, 1574 e 1577 c.c. francese.

(20) Cfr. artt. 1416, 1423 e 1424 c.c. spagnolo.

(21) Cfr. art. 60 codice di famiglia catalano.

(22) Cfr. artt. 1675 e 1676 c.c. brasiliano.

(23) E in ciò si può forse anche scorgere un'eco dell'antica regola del *droit coutumier*, che proprio in siffatto genere di atti poneva il limite al potere dispositivo del marito: cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 102, 246 ss.

(24) Cfr. art. 462 c.c. del Québec.

del credito dell'altro coniuge si proceda fittiziamente a tenere conto anche di tale entità patrimoniale (25). Il terzo punto-chiave attiene ai rapporti con i creditori, specie allorché la concezione della comunione differita del genere «creditizio»: la questione è qui di sapere se il valore dei beni (con conseguente determinazione del credito di partecipazione) vada calcolato al netto dei debiti personali dei coniugi.

La tendenza sulla questione sembra uniformemente orientata a considerare la sola componente dell'incremento patrimoniale al netto dei debiti: ciò è stabilito, in linea generale, dal § 1375 BGB per la tedesca *Zugewinnsgemeinschaft* («*Endvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört*»), dall'art. 210 del codice civile svizzero («L'aumento è dato dal valore totale degli acquisti, inclusi i beni reintegrati ed i compensi e dedotti i debiti che li gravano»), per il locale regime legale di partecipazione agli acquisti, dal sistema spagnolo, che, nella determinazione del patrimonio finale per il calcolo del credito di partecipazione prevede la deduzione di tutti i debiti non ancora estinti (26), stabilendo altresì che «*Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor*» (art. 1426), così come dal modello francese (cfr. art. 1574 cpv. c.c. fr.), secondo cui «*De l'actif ainsi reconstitué, on déduit toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées, y compris les sommes qui pourraient être dues au conjoint*». Da questi ordinamenti sembra discostarsi quello catalano, che limita la deduzione ai debiti «*contrets durant la vigència del règim per qualsevol dels cònjuges amb vista al manteniment de les despeses familiars*», soggiungendo che «*Aquesta deducció s'ha de fer d'acord amb les normes de contribució a les despeses familiars*» (art. 56, lett. c).

Diversamente operano i sistemi partecipativi che attribuiscono un vero e proprio diritto di contitolarità reale differito nel tempo.

Così il codice *québécois* si preoccupa di fare espressamente salvi i diritti dei creditori sui patrimoni personali dei coniugi anche dopo lo scioglimento del regime legale della *société des acquêts*, peraltro solo fino al momento del *partage* finale. Dopo siffatto evento «*les créanciers antérieurs peuvent uniquement poursuivre le paiement de leur créance contre l'époux débiteur, à moins qu'il n'ait pas été tenu compte de cette créance lors du partage. En ce cas, ils peuvent, après avoir discuté les biens de leur débiteur, poursuivre le conjoint. Chaque époux conserve alors un recours contre son conjoint pour les sommes auxquelles il aurait eu*

*droit si la créance avait été payée avant le partage*»: cfr. art. 484 cpv. del *Code civil du Québec*. Da notare che l'ultimo comma di tale articolo conserva una sorta di *bénéfice d'émolument* (27): «*Le conjoint de l'époux débiteur ne peut, en aucun cas, être appelé à payer une somme supérieure à la part des acquêts qu'il a reçue de son conjoint*». Quest'ultima disposizione viene sostanzialmente ripresa dal sistema brasiliano della *participação final nos aqüestos* (28) che, per il resto, preferisce eludere il problema della tutela dei creditori personali all'atto della cessazione del regime, affrontando la questione dal solo punto di vista della comunicazione dei debiti, cioè della determinazione del lato passivo del rapporto obbligatorio (29).

Ultima delle «grandi questioni» ineludibili del sistema di compartecipazione agli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias* attiene al profilo della liceità di una clausola che preveda tale compartecipazione in misura non egualitaria tra i coniugi. Anche qui, nel panorama di diritto comparato, spicca il modello francese, che, in linea con quanto stabilito per il regime legale (30) (oltre che nel solco, come visto, di una plurisecolare tradizione) attribuisce piena libertà di previsione di un *partage inégal* (31).

## Note:

(25) Ciò che, naturalmente, non può che determinare problemi di coordinamento con il carattere tendenzialmente "reale" della divisione *envisagée* dal diritto *québécois*: stabiliscono in proposito gli artt. 480 e 481 c.c. del Québec, rispettivamente, che «480. 1. *Si le compte accuse un solde en faveur de la masse des acquêts, l'époux titulaire du patrimoine en fait rapport à cette masse partageable, soit en moins prenant, soit en valeur, soit avec des propres. 2. S'il accuse un solde en faveur de la masse des propres, l'époux prélève parmi ses acquêts des biens jusqu'à concurrence de la somme due*». «481. *Le règlement des récompenses effectué, on établit la valeur nette de la masse des acquêts et cette valeur est partagée, par moitié, entre les époux. L'époux titulaire du patrimoine peut payer à son conjoint la part qui lui revient en numéraire ou par dation en paiement*».

(26) Cfr. art. 1422 c.c. spagnolo: «*El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas*».

(27) Su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 50, 400; II, Milano, 2010, 1393 ss.

(28) Cfr. art. 1686 c.c. brasiliano: «*As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro ou a seus herdeiros*».

(29) Stabilisce infatti l'art. 1677 c.c. brasiliano che «*Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro*».

(30) Cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 401, 801; II, cit., 2020.

(31) Cfr. art. 1581 c.c. francese: «1. *En stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389. 2. Ils peuvent notamment convenir d'une clause de partage inégal, ou stipuler que le* (segue)

Analogamente, sebbene con talune limitazioni, procedono il legislatore spagnolo (32) e quello catalano (33). Piena libertà contrattuale viene garantita (anche) su questo punto dal sistema tedesco, pure in assenza di una specifica disposizione al riguardo (34).

#### 4. Le due principali tesi sulla natura della comunione residuale, dopo la cessazione del regime. La sistematica elusione del problema da parte della Cassazione

Tornando a considerare il nostro ordinamento ed avvicinandoci al cuore della motivazione della sentenza qui in esame, va rimarcato come uno dei rompicapo più ardui con i quali dobbiamo confrontarci nel tentativo di dipanare la matassa delle questioni poste dal regime di comunione legale attiene all'individuazione della natura della comunione *de residuo*, una volta che sia intervenuta una delle cause di scioglimento del regime previste dall'art. 191 c.c.

Al riguardo, due tesi si contendono il campo.

Da un lato, quella della formazione *ex lege* di una situazione di reale contitolarità circa i diritti in oggetto e, dall'altro, quella della natura puramente creditizia delle pretese dei coniugi, che si risolverebbero in una mera partita di conto tra i valori delle due masse, con conseguente nascita di un diritto di credito, in capo al coniuge titolare della massa meno consistente, sulla differenza tra la metà del valore del patrimonio dell'altro - ovviamente, si sta qui parlando solo di quello rilevante *ex art. 177, lett. b) e c)*, nonché eventualmente 178 c.c. - e la metà della propria massa ugualmente destinata alla comunione residuale (35). Valori, questi, che, secondo ta-

*ehevertraglich ganz ausgeschlossen werden kann, ist auch eine nur die Beteiligungsquote betreffende Änderung möglich. Die Ehegatten können vereinbaren, da die Ausgleichsforderung mehr oder weniger als die Hälfte des Überschusses betragen soll. Sie können dem ausgleichspflichtigen Ehegatten eine bestimmte Quote des Überschusses vorab belassen und lediglich den Rest hälftig teilen, wie es noch in den Regierungsentwürfen vorgesehen war (...). Es können auch - ganz oder teilweise - Sachleistungen vereinbart werden».*

(35) Sul primo orientamento v. per tutti Oppo, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 108, il quale afferma che i beni soggetti a comunione *de residuo* diventano comuni nel momento in cui questa opera; cfr. inoltre Jannarelli, *Impresa e società nel nuovo diritto di famiglia*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 270, con specifico riguardo ai beni e agli incrementi aziendali; De Marchi, *Natura e oggetto della comunione legale*, in *AA. VV.*, *Il nuovo diritto di famiglia. Contributi notarili*, Quaderni della *Riv. not.*, Milano, 1975, 542; De Paola e Macrì, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, 212; Detti, *Oggetto, natura e amministrazione della comunione legale*, in *Riv. not.*, 1976, 1173; Gionfrida Daino, *Scioglimento della comunione legale e diritto del coniuge sulle somme depositate in conto corrente intestato all'altro coniuge*, Nota a *Pret. Bari*, 6 febbraio 1982, in *Giur. merito*, 1984, 616, anche con riferimento all'ipotesi in cui i beni comuni *de residuo* consistano in crediti verso terzi; Di Transo, *La comunione de residuo*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Capozzi*, I, 1, Milano, 1992, 531 ss.; Prosperi, *Sulla natura della comunione legale*, Napoli, 1983, 151, nt. 240; Santosuosso, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, famiglia, in *Commentario del codice civile*, I, 1, III, Torino, 1983, 178; M. Dogliotti, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione de residuo e beni personali*, in questa *Rivista*, 1996, 386; Selvaggi, *La comunione legale tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, 19; T. Auletta, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, 112 ss.; Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, Art. 159-230, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2003, 240, 450; Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, in *Famiglia*, 2005, 1076 ss.

Per il secondo orientamento (per l'affermazione, cioè, della natura meramente creditizia della comunione residuale al momento della cessazione del regime legale) v. invece Busnelli, *La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, 36 ss.; Cian, *Introduzione generale, sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 54; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1979, 95 e 191; Schlesinger, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, 122, 145; Cian e Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 346; A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 966 s.; Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, Nota a *Trib. Camerino*, 5 agosto 1988, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2333 ss.; Santosuosso, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1995, 148; Spitali, *(Il regime legale)*. *L'oggetto*, in *AA.VV.*, *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 134 ss.; Rimini, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001, 68 ss., 83 ss.; Capecechi, *L'oggetto della comunione legale*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 384 s.; Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 871 ss. Secondo Schlesinger, *Della comunione legale*, *Della comunione legale*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura

(segue)

#### Note:

(continua nota 31)

*survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre. 3. Il peut également être convenu entre les époux que celui d'entre eux qui, lors de la liquidation du régime, aura envers l'autre une créance de participation, pourra exiger la dation en paiement de certains biens de son conjoint, s'il établit qu'il a un intérêt essentiel à se les faire attribuer».*

(32) Cfr. artt. 1429 e 1430 c.c. spagnolo: «1429. Al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges». «1430. No podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes».

(33) Cfr. art. 50 codice di famiglia catalano: «1. El pacte que atribueix una participació diferent de la meitat dels guanys solament és vàlid si s'estableix amb caràcter recíproc i igual a favor de qualsevol dels cònjuges. 2. La invalidesa del pacte determina la participació en la meitat dels guanys».

(34) Thiele e Rehme, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht*, §§ 1363-1563, Berlin, 2000, 246 s., anche per ulteriori rinvii: «Wie der Zugewinnausgleich

le seconda tesi, andrebbero calcolati, oltre tutto, una volta dedotti i rispettivi debiti personali (36).

Prima di prendere posizione sul punto sarà opportuno soffermarsi un momento ad esaminare le decisioni in cui la questione in esame è stata, per così dire, solo sfiorata dalla giurisprudenza di legittimità. Una consistente serie, verrebbe da dire, di occasioni mancate in cui la questione non era, certo, stata sollevata dalle parti, ma in relazione alle quali una presa di posizione al riguardo (eventualmente anche d'ufficio) avrebbe potuto determinare un esito diverso delle relative controversie e, soprattutto, avrebbe potuto contribuire a fare chiarezza su di un aspetto ancora estremamente oscuro del regime legale.

In *primis* potrà citarsi la decisione con cui nel 1986 la Suprema Corte stabilì, per la prima volta, che ai beni aziendali *ex art. 178 c.c.* non poteva trovare applicazione l'*art. 179, lett. d), c.c.* Nella specie si trattava di risolvere un conflitto tra il coniuge dell'imprenditore e i creditori particolari di quest'ultimo, che avevano pignorato per intero un bene aziendale, sulla base dell'assunto secondo cui tale immobile, ancorché acquistato in regime legale, doveva ritenersi personale dell'imprenditore, perché obiettivamente destinato all'impresa gestita da quest'ultimo. Pur dovendosi occupare di rapporti relativi ad un regime di comunione ancora in atto, la Corte affermò che «allo scioglimento della comunione, del valore di essi (*scil.*: dei beni in comunione *de residuo*) si dovrà tener conto in accredito al coniuge non imprenditore» (37). La frase, pur se in evidente *obiter* (la situazione, lo si ripete, non concerneva una comunione sciolta), sembra mostrare un netto favore per la tesi del mero diritto di credito.

In successive decisioni, però, la Cassazione, dovendo pronunziarsi sulla titolarità (dopo lo scioglimento del regime) di saldi attivi di conti correnti o di depositi bancari contenenti proventi di attività separata di uno dei coniugi *ex art. 177, lett. c), c.c.*, non ha esitato ad esprimersi in termini di «contitolarietà», proprio come se il coniuge agente fosse diventato, all'atto del verificarsi di una delle situazioni previste dall'*art. 191 c.c.*, contitolare del diritto di credito verso la banca, e non creditore di un valore verso il coniuge (38). In nessuno di tali arresti il tema è

correrebbe distinguere a seconda dei rapporti coinvolti. La situazione di contitolarietà scatterebbe automaticamente per la sola titolarità dei beni, laddove per i crediti occorrerebbe ancora distinguere tra crediti di entrambi i coniugi e crediti di uno solo di essi. Per i primi la situazione di contitolarietà perdurerebbe anche dopo lo scioglimento del regime, laddove per quelli individuali, essendo inapplicabile la presunzione di cui all'*art. 195 c.c.*, andrebbe escluso qualsiasi effetto reale, e quindi qualsiasi automatica acquisizione di una contitolarietà del credito, di fronte al debitore, a favore dell'altro coniuge (nello stesso senso v. successivamente anche Mascia, *La comunione de residuo*, in AA. VV., *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, a cura di G. Oberto, Padova, 2011, 516). Peraltro, se si pone mente a quanto si è cercato di chiarire in altra sede, circa la necessità, perché possa porsi un problema di caduta in comunione *de residuo*, che il credito sia già stato estinto per adempimento (cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 887 ss.), appare evidente che l'interrogativo posto dall'eminente Autore non sembra aver ragione di sussistere. In comunione *de residuo* cadrà l'importo percepito e dunque effettivamente entrato nel patrimonio del coniuge, purché non consumato al momento dello scioglimento.

Infine, secondo un orientamento che potrebbe dirsi intermedio tra i due che si contendono il campo (cfr. E. Russo, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179, in Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1999, 401 ss., 456 s.), la comunione *de residuo* attribuirebbe la contitolarietà su frutti e beni aziendali, in quanto tali beni consistono in cose determinate; opererebbe invece sul piano creditorio per proventi, utili ed incrementi, in quanto si tratta di cespiti non determinati. Ma la distinzione non sembra giustificata dal tenore delle norme in discussione e, se si pone mente al fatto che, tanto per fare un esempio, un immobile aziendale ben può costituire «incremento» ai sensi degli artt. 177 cpv. o 178 c.c. (cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2368 ss.), appare subito evidente come la proposta distinzione non possa risultare condivisibile.

(36) Su questo specifico profilo v. peraltro le osservazioni critiche svolte in Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 921 ss.

(37) Cfr. Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, cit.: «Ma, proprio in considerazione del maggiore valore che di regola hanno i beni destinati ad un'impresa, è stabilito che tali beni non siano "personali" del coniuge, bensì formano oggetto della comunione *de residuo*, il che significa che, allo scioglimento della comunione, del valore di essi si dovrà tener conto in accredito al coniuge non imprenditore. Con questa disciplina si è cercato di temperare le due esigenze. Inquadrandosi i beni così acquistati nella categoria dei beni oggetto della comunione *de residuo*, si soddisfa, seppure parzialmente l'esigenza di tutelare l'altro coniuge al quale è riservata l'aspettativa in ordine a quei beni quando la comunione sarà sciolta. Si soddisfa d'altra parte l'esigenza fondamentale dell'imprenditore di potere fare scelte soltanto sue negli acquisti e di disporre liberamente dei beni così acquistati e destinati: è infatti sufficiente il regime di comunione *de residuo* per attribuire al coniuge la libera disponibilità di questi beni».

(38) Cfr. Cass. 16 luglio 2008, n. 19567: «In definitiva, dall'analisi che precede si ricava che, ai sensi dell'*art. 177 c.c.*, lett. c), il saldo attivo del conto corrente bancario intestato soltanto ad uno dei coniugi in regime di comunione legale dei beni (titolarità individuale) e nel quale siano confluiti proventi dell'attività separata svolta dallo stesso, entra a far parte della comunione legale dei beni al momento dello scioglimento della comunione stessa, con conseguente sorgere, solo da tale momento, di una titolarità comune dei coniugi sul saldo stesso». V. anche Cass., 6 maggio 2009, n. 10386, in *Corr. tribut.*, 2009, 2979, con nota di Friedmann; in questa *Rivista*, 2009, 888, con nota di Marzano, secondo cui «Il saldo attivo di un conto corrente bancario, intestato - in regime di comunione legale dei beni - soltanto ad uno dei coniugi, e nel quale siano affluiti proventi dell'attività separata svolta dallo stesso, se ancora sussistente, deve considerarsi pure facente parte della comunione legale dei beni».

#### Note:

(continua nota 35)

di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 383 si tratterebbe di una vera e propria situazione di contitolarietà, la quale avrebbe però efficacia meramente interna, nei rapporti tra i coniugi. D'altro canto, il medesimo Autore, nella seconda versione del suo fondamentale contributo in materia (cfr. Schlesinger, *Della comunione legale*, 1992, cit., 121 s.), ha precisato che oc-

stato peraltro preso espressamente e consapevolmente in esame (39).

Non sono mancate poi occasioni in cui la Cassazione, pur senza esprimersi su questioni di rivendica o di contitolarità, ha emesso decisioni logicamente incompatibili con la tesi della mera pretesa creditoria *ex comunione de residuo*. Così nel 2000, di fronte alla rivendica della quota avanzata dalla moglie di un fallito su beni appresi dal curatore, la Corte ha deciso che il fallimento di uno dei coniugi in comunione legale «determina la comunione *de residuo*, sui beni destinati *post nuptias* all'esercizio dell'impresa, soltanto rispetto ai beni che dovessero residuare dopo la chiusura della procedura» (40), mentre analogo principio è stato ribadito quattro anni dopo (41). È evidente che, se si fosse optato per la tesi del rapporto meramente obbligatorio verso il coniuge, la rivendica della quota sui beni del fallito non avrebbe dovuto trovare accoglimento per l'assorbente ragione dell'inconfigurabilità di un diritto reale su tali cespiti.

## 5. Preferibilità della tesi della natura creditizia del diritto di compartecipazione

Se la tesi della natura reale della partecipazione *de residuo* del coniuge ha il pregio di corrispondere maggiormente al tenore letterale della disposizione, che parla, per l'appunto, di «comunione» (42), nonché il vantaggio ermeneutico di unificare le problematiche della natura giuridica e del trattamento normativo della comunione (già) immediata e di quella differita, nella fase successiva allo scioglimento (43), va detto che siffatta soluzione sembra presentare problemi quasi insolubili, quando si procede all'esame delle relative conseguenze pratiche. Basti pensare al fatto che oggetto della comunione *de residuo* sono non solo somme di denaro, ma anche beni, sia mobili che immobili (si ponga mente in particolare alle fattispecie riconducibili al disposto dell'art. 178 c.c.). In tal caso, affermare l'automatico venire in essere di una situazione di contitolarità reale in capo a tali cespiti verrebbe a porre problemi insormontabili nei rapporti con i terzi, ai quali può sfuggire (ed anzi normalmente sfugge) l'esistenza di ragioni che determinano l'assoggettamento a comunione di beni a questa apparentemente sottratti.

A ciò s'aggiunga che, come esattamente rilevato in dottrina, l'accoglimento della tesi che afferma la natura «reale» del rapporto porterebbe all'inaccettabile risultato di «incrementare i legami economici fra i due soggetti proprio quando e anzi addirittura proprio «perché» si sono prodotte vicende che, secondo la stessa previsione legislativa, ne dovrebbero invece comportare la rescissione» (44), onde fuori dalla

realtà appare il suggerimento (45) di procedere alla stipula di accordi *inter coniuges* diretti ad attribuire all'imprenditore il diritto di continuare ad utilizzare in via esclusiva i beni aziendali (dall'affitto, all'usufrutto d'azienda, alla locazione, al comodato).

Se, invero, non vi è dubbio che simili contratti siano leciti ed assolutamente auspicabili, è quanto mai improbabile immaginare che un consenso delle parti possa raggiungersi sul punto in una situazione di scioglimento del regime legale che, come noto, il più delle volte s'accompagna alla crisi del rapporto coniugale. Una crisi, oltre tutto, nel quadro della quale l'eventuale presenza di una disponibilità alla risoluzione *amiable* del rapporto trova riscontro, per lo più, in una sistemazione globale volta ad imprimere un assetto definitivo ai reciproci rapporti sul piano della titolarità distinta dei diritti reali (e dunque, in buona sostanza, su quello della divisione del patrimonio, eventualmente unita all'effettuazione di prestazioni periodiche o *una tantum*), piuttosto che nella attribuzione di diritti di godimento.

Quindi, il problema della comunione *de residuo* o viene accantonato «in blocco» mediante una negoziazione globale dei diritti spettanti a ciascun coniuge a seguito della rottura del rapporto, oppure permane intatto, di fronte all'incapacità delle parti di rinvenire una soluzione transattiva. Il tutto aggravato, poi, dal fatto che la legge non concede al coniuge imprenditore (a differenza del partecipante al-

### Note:

(39) Ad analogo ordine d'idee sembra potersi ascrivere anche Pret. Bari, 6 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 8; in *Giur. merito*, 1984, 616, con nota di Gionfrida Daino; ad avviso di questa decisione «Con lo scioglimento della comunione legale tra coniugi i proventi dell'attività separata ed i frutti dei beni personali, non consumati, si acquisiscono automaticamente al patrimonio comune; e ciò anche se essi si sostanzino in crediti nei confronti di terzi». La sentenza in oggetto ha peraltro aggiunto che «Scioltasi la comunione legale per morte di uno dei coniugi, il coniuge superstite non può pretendere la metà della somma depositata in conto corrente intestato al *de cuius* finché non sia intervenuta la divisione dell'intera massa comune, mentre non assume rilevanza l'adesione manifestata dagli eredi intervenuti in giudizio».

(40) Cass., 9 marzo 2000, n. 2680, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3551; in *Dir. fall.*, 2001, II, 392, con nota di Bonavitacola; in *Fallimento*, 2001, 39, con nota di Caravaglios.

(41) Cass., 14 aprile 2004, n. 7060, in *Fallimento*, 2005, 146, con nota di Figone.

(42) Per i richiami cfr. Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., c. 2345.

(43) Così Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1080.

(44) Così Cian e Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., 347.

(45) In questo senso v. invece Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1092 s.

l'impresa familiare ex art. 230-bis c.c.) alcun diritto di prelazione, né in caso di scioglimento *inter vivos*, né nell'ipotesi di scioglimento *mortis causa*(46).

Ciò posto, rimane il fatto che sembra, a dir poco, incoerente, da parte del legislatore, garantire da un lato la massima autonomia e libertà del coniuge verso taluni beni che, nel corso dello svolgimento del regime legale, assumono natura personale, per poi imporgli, dall'altro, il pesante vincolo della contitolarità proprio al momento dello scioglimento della comunione (47). Il passaggio automatico dei beni comuni *de residuo* dalla titolarità e disponibilità esclusive del coniuge al patrimonio in comunione si tradurrebbe in una menomazione dell'autonomia e della libertà del coniuge stesso, che il legislatore ha, invece, inteso salvaguardare nella fase precedente allo scioglimento(48).

D'altro canto si consente al coniuge, in coerenza con la stessa *ratio* e senza menomare la libertà personale del primo, di partecipare, sotto forma di diritto di credito, alla ricchezza prodotta durante la convivenza familiare. La ricostruzione che appare quindi preferibile, proprio per la sua coerenza con la *ratio legis* (49), risulta seguita in giurisprudenza dall'unico, e ormai remoto, precedente di merito(50).

## 6. Confutazione delle critiche alla tesi della natura creditizia del diritto di compartecipazione. Rilievo dell'argomento fondato sulla comparazione

Passando all'esame critico delle principali obiezioni

### Note:

(46) *Contra* Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1093 s., che propone l'estensione in via analogica della norma dettata sull'impresa familiare. Ma le norme sulla prelazione, in quanto limitative del principio generale della libertà negoziale (che investe *in primis* anche il profilo della scelta del contraente), hanno sicuramente natura eccezionale. Per la questione dell'inapplicabilità dell'art. 732 c.c. si fa rinvio a Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, II, 1914 ss., 2037. Il problema (sollevato da Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1093) di un eventuale diritto dell'imprenditore, in sede di procedura divisoria, all'assegnazione preferenziale dei beni dell'azienda ex art. 178 c.c. non ha ragione di porsi, ove si esprima preferenza per la tesi della natura creditizia della partecipazione del coniuge non titolare dei beni in comunione *de residuo* (sul punto v. anche Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, II, cit., 2043 ss.).

(47) Cfr. Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., 526, il quale osserva, con specifico riguardo all'art. 178 c.c., che l'iniziativa economica del singolo coniuge, ampiamente tutelata durante la fase fisiologica del rapporto, verrebbe di fatto fortemente limitata in conseguenza dell'acquisto della contitolarità dell'azienda ad opera dell'altro coniuge, che in tal modo verrebbe ad assumere la qualifica di imprenditore.

(48) Su questo argomento insiste, tra gli altri, Spitali, *Il regime legale*. *L'oggetto*, cit., 137. Anche Cian e Villani, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, cit., 347, rilevano

come, prospettando la comunione *de residuo* alla stregua di una situazione creditoria, si mantenga ferma, anche dopo lo scioglimento, quella libertà di esercizio dei poteri di disposizione e godimento su frutti e proventi personali, riconosciuta prima dello scioglimento stesso: in tal modo, quei poteri continuano a spettare in via esclusiva al medesimo coniuge cui già inerivano, semplificando i rapporti con i terzi e garantendo la persistenza del regime di tutela della libertà personale del coniuge percettore.

(49) Così Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., c. 2346, il quale soggiunge che la conclusione riceve ulteriori avalli se applicata alla figura della comunione residuale d'impresa (art. 178 c.c.), la cui *ratio* polivalente rispetto a quella sottesa alla comunione residuale non d'impresa, si arricchisce del profilo di tutela dei creditori particolari dell'impresa stessa, al cui preventivo soddisfacimento è sicuramente subordinata l'aspettativa creditizia del coniuge non imprenditore, oltre che di quello di protezione della libertà professionale imprenditoriale del coniuge esercente, correlata all'esposizione esclusiva di questi al rischio d'impresa con conseguente sottrazione dell'altro coniuge. Secondo tale Autore «Queste concorrenti motivazioni rafforzano l'opinione che il coniuge titolare dell'impresa, in forza dell'aspettativa creditizia nascente dalla comunione residuale a favore dell'altro, sia tenuto a versare solo l'equivalente monetario degli investimenti, utili ed incrementi d'impresa ex art. 178 c.c., secondo il loro valore, determinato in base all'ultimo bilancio e all'inventario finale, al momento di scioglimento della comunione legale. La diversa conclusione, implicante la prospettazione di una comunione residuale d'impresa di natura reale, non solo è incompatibile con l'esigenza di mantenimento dell'unità aziendale che esclude la possibilità di attribuire la contitolarità dei singoli beni destinati all'esercizio dell'impresa a persone estranee alla stessa, ma è tecnicamente inconcepibile proprio con riferimento ad una delle tipologie legislative di comunione *de residuo* d'impresa: quella sugli incrementi (art. 178 c.c.). Infatti, tali incrementi, non avendo un'autonomia rilevanza giuridica ed economica rispetto al patrimonio aziendale, non si prestano a fenomeni di contitolarità in senso reale. Essi, invece, ben si amalgamano con il concetto di pretesa creditizia alla metà del saldo attivo, dopo soddisfatti i creditori dell'impresa, risultante dalla differenza di valore del patrimonio aziendale tra la data d'instaurazione del regime di comunione legale e quella di scioglimento dello stesso. La stessa conclusione deve estendersi al plusvalore dei beni aziendali, correlato al mutamento favorevole delle condizioni monetarie e del mercato, tra la data d'insorgenza del regime di comunione e quella di scioglimento. Tale plusvalore, infatti, al pari degli incrementi, non si presta, per sua intrinseca natura, ad un'individuazione in bene giuridico autonomo, suscettibile di essere oggetto di un fenomeno di comunione di natura reale».

(50) Trib. Camerino, 5 agosto 1988, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2333, con nota di Parente, secondo cui «La comunione *de residuo* ha natura di mero diritto di credito e non attribuisce al coniuge non imprenditore alcuna automatica ragione nei confronti dei beni aziendali, essendo la sua posizione subordinata al previo soddisfacimento dei creditori dell'impresa». Il caso riguardava la domanda di ammissione in forma ipotecaria al passivo fallimentare di parte di un credito concesso al coniuge del fallito per l'esercizio della propria impresa individuale, credito avallato dal fallito e garantito ipotecariamente su un bene acquistato dal coniuge del fallito per l'esercizio della stessa impresa. Il creditore procedente riteneva che il bene acquistato per l'esercizio dell'impresa del coniuge non fallito fosse caduto in comunione, per effetto dell'operatività della comunione *de residuo*, a seguito di scioglimento del regime di comunione legale conseguente alla dichiarazione di fallimento (art. 191 c.c.), e dovesse considerarsi, sia pure *pro quota*, parte dell'attivo fallimentare. Di qui la richiesta, poi disattesa, di ammissione in via ipotecaria al passivo fallimentare. Sempre in giurisprudenza, sembra aderire alla tesi della natura creditizia Cass., 29 novembre 1986, n. 7060, cit., anche se la questione non assumeva rilievo ai fini della soluzione del caso prospettato in quell'occasione alla Suprema Corte (su cui cfr. Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, I, cit., 371, 425, 863 ss., 877).

mosse alla tesi sopra indicata come preferibile, va dato conto dell'opinione di chi propone di trarre argomenti dalla diversa dizione letterale usata dal legislatore nell'art. 178, rispetto a quella di cui alle lett. b) e c) dell'art. 177 c.c., secondo cui i beni e gli incrementi della comunione residuale d'impresa (art. 178 c.c.) «si considerano oggetto della comunione». Tale espressione (“si considerano”, e non “sono”), più che costituire indice dell'incertezza della terminologia legislativa, potrebbe rappresentare secondo taluno l'indizio della volontà del legislatore di sottoporre la comunione residuale d'impresa ad un regime normativo diverso da quello della comunione residuale non d'impresa (51). Ma questa ricostruzione è stata esattamente criticata, rilevandosi che la struttura semantica della norma, proprio per la sua ambiguità, non rappresenta elemento ermeneutico probante: se è vero, infatti, che nel caso descritto dall'art. 178 c.c. ci troviamo di fronte ad una finzione (52), ciò può semplicemente voler dire che la *voluntas legis*, equipara tale situazione, ancorché obiettivamente diversa da quella della comunione legale, *quoad effectum*, a quella dei beni in comunione.

Ciò risulta tanto più vero, se si ha riguardo al fatto che la natura reale della comunione residuale non d'impresa (quella, cioè, descritta dall'art. 177, lett. b) e c), c.c.) contrasta con la *ratio* di tale figura di comunione, che - come già si è detto - è volta a conciliare l'esigenza di garantire a ciascun coniuge la libera disponibilità dei propri frutti e proventi con la necessità di assicurare, in forza del principio solidaristico, ad entrambi i coniugi, e quindi anche al coniuge non diretto produttore del reddito, la partecipazione, sia pure differita, alla ricchezza prodotta durante la convivenza familiare (53). In questa prospettiva, appare, come si diceva, quanto meno strano limitare, nella fase successiva allo scioglimento della comunione legale, con l'asserita prospettazione di un vincolo legale di natura reale sui beni della comunione *de residuo*, quella libertà di godimento e di disposizione sui frutti e proventi personali assicurata al coniuge percettore sino a quel momento, posto che lo scioglimento della comunione legale, semmai, dovrebbe cristallizzare o addirittura attenuare i vincoli patrimoniali tra i coniugi, anziché incrementarli sul piano della contitolarità reale (54).

Né appare condivisibile l'opinione di chi, con particolare riguardo ai cespiti descritti dall'art. 178 c.c., propone che in comunione cada non la metà dell'azienda o degli incrementi, bensì la metà del “saldo attivo del patrimonio aziendale” (o dei suoi incrementi). In dottrina si è, infatti, presentata la constata-

zione secondo cui «al coniuge estraneo all'impresa fino al momento dello scioglimento non possono (...) accollarsi le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa né può, per altro verso, attribuirgli una metà dei beni aziendali, a prescindere da tali obbligazioni, così come non si può costringerlo a divenire imprenditore né spogliare l'altro coniuge del diritto esclusivo e personale d'impresa»; posta tale (condivisibile) premessa, si è ritenuto di dover desumere che l'unica conclusione fedele del dettato normativo sarebbe «quella secondo cui, dopo lo scioglimento della comunione e sino alla divisione, il coniuge dell'imprenditore - divenuto comproprietario dell'azienda e legittimato, quindi, a farla comprendere nella divisione stessa - rimane tuttavia estraneo all'impresa, per il cui esercizio dovrà dirsi che l'altro coniuge si avvale, fino alla divisione, di un'azienda parzialmente altrui» (55).

Di contro, deve però dirsi che il «saldo attivo del patrimonio aziendale» è un'entità astratta che non può riferirsi se non al valore monetario del complesso dei beni che costituiscono l'azienda stessa, dedotte le passività: con il che si finisce, dunque, per ammettere l'impossibilità di una reale contitolarità di diritti sui beni in oggetto a favore di una ricostruzione che, come quelle proposta dall'opinione maggioritaria, attribuisce al coniuge non titolare del diritto reale una (eventuale, una volta effettuati i dovuti calcoli) pretesa di carattere creditorio. Né d'altro canto sembrano individuabili soluzioni fondate su di una scissione tra titolarità dei beni ed esercizio dei

## Note:

(51) Cfr. per i richiami Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., c. 2345; v. inoltre L. Balestra, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e S. Patti, Padova, 2009, 67 s. Nel senso criticato nel testo v. ad es. Burdese, *Se, sciolto il matrimonio e venuto meno il regime di comunione legale tra coniugi per morte di uno di loro, il regolamento della cosiddetta comunione de residuo trovi applicazione in concorso con la disciplina delle successioni*, e in caso affermativo come quest'ultima si coordini col primo, in AA. VV., in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 347 ss., secondo cui l'espressione «si considerano», in luogo di quella “costituiscono” comporterebbe la possibilità di ritenere i (soli) beni ex art. 178 c.c., oggetto di possibile imputazione relativamente al valore, e non già di comunione, laddove gli acquisti ex art. 177, lett. b) e c), c.c., cadrebbero in una situazione di effettiva contitolarità, una volta disciolto il regime legale.

(52) In questo senso cfr. L. Balestra, *op. loc. ultt. citt.*

(53) Così Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., c. 2345.

(54) Cfr. Parente, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, cit., c. 2345.

(55) Così G. Gabrielli e Cubeddu, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997, 209 ss.

poteri di amministrazione sugli stessi, in assenza di possibili riferimenti normativi al riguardo (56).

Contro la tesi qui difesa non vale poi obiettare che la natura creditizia della comunione residuale sciolta non sembra essere stata espressamente prevista da alcuna specifica norma e che l'art. 192 c.c., nel regolare i rimborsi e le restituzioni da effettuare allo scioglimento della comunione, non prevede che in tale momento il coniuge titolare dei beni in oggetto debba rimborsarne il valore alla comunione (57).

Trattasi, senza dubbio, di affermazioni non infondate; peraltro, è altrettanto vero che una "lettura combinata" degli artt. 177, lett. d) e cpv. c.c., da un lato, e degli artt. 177, lett. b) e c), nonché 178 c.c., dall'altro, potrebbe forse fornire una soluzione normativa non pregiudizialmente contraria alla ravvisabilità della natura creditizia del diritto spettante al coniuge *ex comunione de residuo*. Da tale lettura, si diceva, sembra infatti emergere il principio secondo cui, laddove si tratti della sorte di utilità derivanti da un'attività (imprenditoriale o meno) del coniuge, il profilo che rileva per la caduta in comunione (reale) degli acquisti è dato dallo "svolgimento in comune" di siffatta attività, come si desume, per l'appunto, dalla disciplina della comunione delle aziende "gestite da entrambi i coniugi". Il che lascia supporre, "a contrario", che ad analoghe conclusioni possa anche non pervenirsi con riguardo ad acquisti che si pongano quale frutto o provento di "attività" (imprenditoriale o meno non rileva, alla luce delle norme appena citate) "individuale": ne deriva che, laddove un richiamo al concetto di «comunione» affiora nel tessuto normativo in relazione all'attività di un singolo coniuge, esso ben possa essere letto alla stregua dell'indicazione dell'esistenza di un mero diritto di compartecipazione dell'altro, sul piano creditizio, agli incrementi di valore conseguiti dal patrimonio del primo per effetto di tale attività, non esercitata in comune con il *partner*.

E proprio questa lettura trova definitivo sostegno dalla interpretazione fondata sulla comparazione. Ed invero, come già posto in evidenza (58), la nostra comunione *de residuo* altro non è se non la trasposizione (sebbene relativamente ad alcune limitate categorie d'acquisti e nel contesto di un più generale regime imperniato invece sul carattere immediato del coacquisto) di un modello ben presente in diverse parti del nostro Continente, fondato proprio su di una compartecipazione differita al valore degli incrementi patrimoniali conseguiti *post nuptias*. Modello, questo, che trova il suo archetipo (oltre che la consacrazione a livello di *gesetzliches Güterrecht*) nella germanica *Zugewinnngemeinschaft*, ma che appare ben

presente (pure qui, come regime legale) anche nel sistema elvetico della partecipazione agli acquisti (*Er rungenschaftsbeteiligung - participation aux acquêts*), oltre che, a livello di regime elettivo, nella francese *participation aux acquêts*, ovvero nello spagnolo *régimen de participación*, così come nel catalano *règim de participació en els guanys*. Ora, come già illustrato a suo tempo, tali forme (che sarebbe corretto qualificare non già come «comunione», bensì alla stregua) di «compartecipazione» differita agli acquisti si caratterizzano per il fatto che ciò che viene spostato nel tempo (al momento, cioè, dello scioglimento del regime) non è (almeno di regola) la costituzione di una situazione di contitolarità reale di beni, ma la nascita di un credito alla metà del plusvalore realizzato dal patrimonio del coniuge (variamente determinato) durante la vigenza del rapporto matrimoniale (59).

#### Note:

(56) Per una serie di proposte dottrinali volte, de iure condendo, a far sì che la comunione de residuo, attuata in forma "reale", consenta pur tuttavia, sul piano dell'amministrazione, al coniuge originario titolare di continuare a mantenere poteri di amministrazione in via esclusiva, fino alla divisione della comunione, ovvero fino alla cessazione dell'attività d'impresa cfr. Benanti, Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita, cit., 1091 s.

(57) Così Benanti, *Scioglimento della comunione legale e operatività della comunione differita*, cit., 1081.

(58) V. *supra*, §§ 2 e 3.

(59) Molto chiaro sul punto l'art. 1569 c.c. fr., che con periodare quasi didascalico e descrittivo, stabilisce che «*Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur*». Il regime convenzionale in discorso venne introdotto dalla riforma del 13 luglio 1965, traendo espressamente ispirazione dalla novella che in Germania aveva reso nel 1957 legale il sistema della *Zugewinnngemeinschaft*. Non per nulla era stato già un comparatista del calibro di Henri Capitant a proporre l'adozione già nel 1922, cui aveva fatto seguito un disegno di legge del ministro guardasigilli René Renoult, rimasto però senza seguito (cfr. Patarin e Morin, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1974, II, 120; Malaurie e Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 345 ss.; tali Autori danno peraltro conto dello scarso successo, nella pratica, dell'istituto: situazione, questa, da "addebitarsi" alla notevole *souplesse* del regime legale d'Olttralpe). Per quanto attiene al diritto spagnolo, stabilisce l'art. 1431 del *código civil* che «*El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago in* (segue)

Inutile dire, infine, che l'accoglimento della tesi della natura «creditizia» della comunione *de residuo* dispiega rilevanti conseguenze pratiche anche in relazione a settori (almeno apparentemente) assai distanti da quelli strettamente attinenti alla disciplina sostanziale della comunione. Si pensi, ad esempio, alla possibilità per un coniuge di intervenire in via cautelare, una volta cessato il regime, ed alla conseguente scelta tra il rimedio del sequestro giudiziario (che presuppone una concezione in chiave «proprietary» del rapporto), ovvero conservativo (che si potrebbe prestare alla tutela di una posizione meramente «creditizia») (60). Si pensi anche al modo in cui vanno formulate le domande giudiziali di azioni dirette all'accertamento della caduta in comunione residuale - una volta intervenuta la cessazione del regime - di utilità quali, ad es., le quote di società di persone, con conseguente alternativa tra la rivendica della quota in comunione sulla partecipazione societaria (nel caso si dovesse aderire alla tesi della titolarità reale), ovvero la condanna al pagamento del relativo valore (61).

## 7. Valutazioni conclusive circa la decisione in commento

Numerose altre questioni si ricollegano al tema della natura della comunione residuale: da quella della concreta determinazione del credito in relazione all'eventuale deducibilità delle spese affrontate per l'acquisto, per la produzione o per l'incremento di valore dei beni (62), a quella dei rapporti con i creditori personali dell'uno e/o dell'altro coniuge al momento della cessazione del regime, con particolare riguardo al quesito se il valore dei cespiti vada computato o meno al netto dei debiti particolari (63). Non essendo qui possibile affrontare simili argomenti, fatto rinvio alle opportune sedi, non rimarrà che portare a compimento questa annotazione ponendo in rilievo come, a ben vedere, la vera *ratio decidendi* della sentenza della Cassazione penale in merito all'inammissibilità della rivendica di cui si discute sia, con ogni probabilità, ancora diversa da quella discussa nei §§ precedenti: dalla considerazione, cioè, del carattere meramente obbligatorio del diritto di partecipazione *de residuo* del coniuge. Quest'ultima idea - per le ragioni esposte, del tutto condivisibile ed idonea a fondare da sola la soluzione nella specie correttamente adottata dal S.C. - appare, a ben vedere, presentata alla stregua di una mera «pezza d'appoggio» (64) di quello che emerge, invece, come l'argomento principe.

Quest'ultimo ruota, invero, intorno alla considerazione per cui il diritto del coniuge non imprenditore

non potrebbe dirsi addirittura neppure sorto, neanche dopo la cessazione del regime: cessazione che - si ripete - nella specie era pacificamente intervenuta, essendo infatti assodato che i due avevano prima della controversia «opportunamente» stipulato una convenzione di separazione dei beni. E ciò, secondo la Cassazione, per il seguente testuale motivo: «finché il bene immobile continua ad essere utilizzato nell'esercizio dell'impresa, restando nella effettiva disponibilità esclusiva del coniuge imprenditore, non vengono meno le funzioni proprie dell'istituto della comunione *de residuo*, di assicurare la piena libertà dell'imprenditore nelle sue scelte di politica

### Note:

(continua nota 59)

*mediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales quedan suficientemente garantizados».*

Per il sistema legale tedesco e per quello svizzero, nonché per ulteriori spunti e richiami sulla partecipazione agli acquisti nei sistemi francese, spagnolo, catalano, belga, *québécois* e brasiliano, cfr. Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, I, cit., 142 ss., 187 ss., 393 ss.

(60) Sul tema cfr. anche Oberto, *La comunione dei beni tra coniugi*, II, cit., 2284 ss.

(61) Sul tema si potrà richiamare la decisione con cui la Cassazione ha dichiarato che le quote di s.n.c. sono idonee a cadere in comunione (addirittura) immediata (cfr. Cass., 2 febbraio 2009, n. 2569, in questa *Rivista*, 2009, 1114, con nota di Rando; in *Giur. it.*, 2009, 1175, con nota di Cavanna; in *Giur. comm.*, 2009, 1171, con nota di Tripputi; in questa *Rivista*, 2009, 799, con nota di Delmonte; in *Giur. it.*, 2009, 1372, con nota di Fessia; in *Vita not.*, 2010, 619, con nota di Castellano; in *Le società*, 2010, 176, con nota di Pertoldi; in *Giur. comm.*, 2010, 411, con nota di Cenerazzo). In tal caso la Corte, confermando la decisione di merito che aveva statuito che tali cespiti formavano «oggetto della comunione» ha affermato la riferibilità dell'acquisto all'art. 177, lett. a), c.c., peraltro non prendendo in considerazione il disposto dell'art. 178 c.c. Nella specie, tra l'altro, poiché il regime legale era già cessato, la domanda diretta al semplice accertamento che le quote formavano «oggetto della comunione» ben avrebbe potuto essere riferita tanto alla (ormai disciolta) comunione immediata che a quella *de residuo*; diverso sarebbe stato il caso se il *petitum* avesse avuto ad oggetto una rivendica della quota (inammissibile, aderendo alla tesi obbligatoria), o, in alternativa, la condanna al pagamento della metà del valore (inammissibile, aderendo alla tesi della contitolarità reale): cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 564, 581 s.; II, cit., 2361.

(62) Su cui cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 881 ss.

(63) Per la negativa cfr. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 921 ss.

(64) Sul punto la decisione in commento si esprime come segue: «Peraltro, è stato anche osservato da questa Corte che all'atto dello scioglimento della comunione deve tenersi conto del valore dei beni facenti parte della comunione *de residuo* in accredito al coniuge non imprenditore (cit. sez. I n. 7060 del 1986), sicché il coniuge non imprenditore acquista la effettiva disponibilità del bene facente parte della comunione *de residuo* a titolo di proprietà solo per effetto della sua assegnazione in sede di divisione».

aziendale e di garantire i creditori che abbiano fatto affidamento sulla consistenza della compagine dell'impresa, consentendo a questi ultimi di soddisfare le proprie pretese mediante l'aggressione di tutti i beni che ne fanno parte».

Poste tali premesse, la decisione conclude quindi nel senso che lo scioglimento della comunione residuale ex art. 178 c.c. implica necessariamente «che il bene che residui al momento della richiesta di scioglimento non faccia più parte dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa e non venga più utilizzato a tale scopo».

Trattasi, nella specie, di considerazioni e di conclusioni che, se esposte in relazione alla fase anteriore alla cessazione del regime, appaiono più che condizionali, ma che, ove riferite (come nella specie) al periodo successivo a tale evento, risultano del tutto inaccettabili.

Invero, a parte l'improprio richiamo alla "richiesta di scioglimento", laddove lo scioglimento del regime, come noto, non è legato ad alcuna "richiesta", ma consegue automaticamente al verificarsi di uno degli atti o dei fatti descritti dall'art. 191 c.c., resta il fatto che la "realizzazione" della comunione residuale viene dall'art. 178 c.c. - così come del resto dagli artt. 177, lett. b) e c) c.c. - collegata alla cessazione del regime legale. Cessazione che non può trovare la sua causa se non, per l'appunto, in una delle situazioni elencate dal citato art. 191. A parte, poi, siffatto assorbente rilievo, corre altresì il dovere di evidenziare la considerazione pratica per cui legare l'attuazione della comunione *de residuo* alla cessazione della destinazione aziendale dei beni potrebbe, in buona sostanza, concretarsi in un rinvio *sine die* del fatidico e sovente troppo a lungo atteso momento del *redde rationem*.

## RIVISTE

### Il Corriere del Merito

**Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata**

**Direzione scientifica Civile:** Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

**Direzione scientifica Penale:** Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

**Direzione scientifica Amministrativa:** Francesco Caringella, Giuseppe Chiné, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari

Periodicità: mensile

L'obiettivo della rivista è quello di offrire un **panorama giurisprudenziale ricco ed aggiornato** con un'attenzione particolare alla **fruibilità dei contenuti**.

Le **Sezioni**:

- "Osservatori", organizzati per Regione ed arricchiti dall'esposizione del **caso concreto** ("in fatto") ricavato dal testo ufficiale dei provvedimenti massimati;
- "In evidenza" con l'introduzione delle **parole chiave in neretto** e l'**evidenziazione dei passaggi più importanti** all'interno del commento;
- "I Contrasti", una **tabella di sintesi** segnalerà i **principali orientamenti giurisprudenziali** inerenti all'argomento trattato;
- "Primo piano" un **abstract d'autore** fornisce un sunto dell'argomento di attualità trattato.

In più, **ogni anno** riceverà **tre fascicoli** che tratteranno, di volta in volta, **Rassegne di giurisprudenza e dottrina ragionata** in ambito di diritto **civile, penale e amministrativo**.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo **www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito**, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale € 195,00

**Per informazioni**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **http://ipshop.ipsoa.it**

