

I – REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA: PRINCIPI GENERALI

Legislazione: Cost. 29 - c.c. 143, 159 - l. 19.5.1975 n. 151, riforma dir. fam., art. 228

Bibliografia: Alagna 1989 – Alpa e Bessone 1977 – Bessone 1975a – Bessone 1975b – Bianca 1985 – Bin 1971 – Caravaglios 1995 – Corsi 1979 – De Cupis 1975 – De Paola e Macrì 1978 – De Stefano 1990 – Di Mauro 1992 – Finocchiaro e Finocchiaro 1984 – Fusaro 1990 – Gabrielli e Cubeddu 1997 – Giorgianni 1989 – Ieva 1984 – Jannarelli 1990 – Laurini 1985 – Luminoso 1985 – Maiorca 1986 – Oppo 1997 – Parente 1990 – Quadri 1997 – Russo 1998 – Sacco 1992 – Santosuosso 1983 – Santosuosso 1992

1.1. il clima della Riforma

Rovesciando la soluzione adottata, nel solco di una lunga tradizione, dal legislatore del 1942, la riforma del 1975 propone **la comunione dei beni come regime legale** dei rapporti patrimoniali tra i coniugi; scelta che poteva dirsi scontata, giacché tale indicazione si ritrova nella quasi totalità dei progetti di legge a suo tempo presentati. Una siffatta unanimità non può certamente essere priva di un suo significato, anche se deve subito registrarsi che a questa non si accompagnano riscontri univoci intorno al ruolo che all'opzione comunitaria deve attribuirsi nell'economia globale della riforma.

Il legislatore del 1975 aveva di fronte a sé il compito, certamente non più differibile anche se in parte anticipato da alcune storiche pronunzie del Giudice delle leggi, di dare finalmente attuazione ai principi trasfusi nella Carta Costituzionale, e segnatamente quella “**eguaglianza morale e giuridica dei coniugi**” di cui all'articolo 29. Una parte preponderante delle innovazioni in quell'occasione introdotte recano in modo del tutto riconoscibile tale matrice, ed hanno concorso a ridisegnare profondamente un sistema sino ad allora caratterizzato dal ruolo dominante del marito quale “capo della famiglia”. Non sono rimaste estranee a tale linea d'intervento alcune disposizioni di rilevanza prettamente patrimoniale; ne è un esempio l'ultimo comma del nuovo articolo 143, che sancisce la perfetta parità dei coniugi dinanzi al dovere di contribuzione; il contenuto di tale norma fu peraltro sostanzialmente prefigurato dall'intervento della Corte Costituzionale sul vecchio articolo 145, comma 1 (Corte cost. 13.7.70, n. 133, FI, 1970, I, 2047). Ad una logica analoga è stata spesso ricondotta, anche se in termini per lo più alquanto generici, pure l'opzione comunitaria.

Con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale (1.1.48), foriera di mutazioni radicali delle condizioni di vita del cittadino, improntate ai principi di libertà personale e sociale, di uguaglianza anche di fatto, di rispetto della dignità della persona, di libertà di pensiero e di movimento nei rapporti civili, etico sociali, economici e politici, il concetto del riconoscimento della famiglia, come prima società naturale fondata sul matrimonio ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, non poteva non essere elaborato e manifestato in modo chiaro, com'è avvenuto con la precisa formulazione dell'art. 29 della Costituzione. Dopo oltre 25 anni il legislatore ordinario, in virtù della L. 19 maggio 1975 n. 151, ha tradotto in regole giuridiche i principi enucleati dalla “Carta” in relazione alla famiglia, con lo scopo di rafforzare il vincolo coniugale, di favorirlo e di garantirlo mediante una perfetta uguaglianza dei coniugi tra loro e verso i figli. Da ciò l'abolizione della potestà maritale e paterna; l'abolizione del sistema della separazione dei beni quale regime legale del rapporto patrimoniale coniugale; l'introduzione del principio della valorizzazione del lavoro, in modo paritario, di ciascuno dei coniugi, anche se soltanto casalingo: principio esteso a quegli altri familiari, che, in modo continuativo, prestino la loro fatica nell'ambito di una attività imprenditoriale a struttura familiare (art. 230 bis c.c.). Ecco allora la nascita del “nuovo” regime della comunione dei beni tra i coniugi, il quale, a differenza di quanto sancito dal vecchio codice del 1865 (artt. 1433 e seguenti) e di quanto stabilito dal più recente codice del 1942 (artt. 215 e seguenti), non è soggetto a convenzione tra i coniugi, né è affidato alla potestà amministrativa del marito, ma è un regime legale particolarmente scrupoloso nella disciplina dei rapporti tra i coniugi e verso terzi, di là dal quale non restano che convenzioni matrimoniali: sia per il regime della separazione dei beni e sia per il regime di una comunione

avente regole pattizie diverse da quelle legislative (salvo le limitazioni previste dall'art. 210 c.c. attuale). (Cass. 23.1.90 n. 351, FI, 1990, I, 2904; GC, 1990, I, 939; DF 1990, II, 656; NGCC, 1990, I, 602; VN, 1990, 125; GI, 1990, I, 1, 1269; Fa, 1990, 595).

Tale lettura, propensa a collegare al dettato costituzionale, senza eccezioni, le opzioni fondamentali operate in sede di riforma del diritto di famiglia, trova solidi radici nella letteratura giuridica contemporanea alla riforma. Un autore assai sensibile alle *issues* più fortemente connotate sotto il profilo ideologico, annotava:

Considerato che in regime di separazione dei beni ogni coniuge conserva la proprietà esclusiva del suo patrimonio e nulla ha da pretendere quanto al patrimonio altrui (essendo questa normativa comunque derogabile su accordo degli interessati), appare chiaro che le norme del codice civile non costituivano in alcun modo violazione dei principi di eguaglianza in senso giuridico, perché lo status formale del marito e della moglie ne risultava perfettamente identico. E tuttavia non poteva esservi forma più radicale di degradazione del ruolo familiare della donna, per effetto di una normativa che di fatto estendeva ai rapporti tra coniugi la logica capitalista di appropriazione di plusvalore.

In assenza di previsioni che inderogabilmente dispongano criteri di valutazione del lavoro domestico della moglie, e delle sue eventuali attività di collaborazione all'impresa familiare giuridicamente non formalizzate, qualsiasi normativa dei rapporti patrimoniali tra i coniugi determina risultati di discriminazione economica della donna assolutamente evidenti. Più precisamente, una codificazione che privilegia il regime della pura e semplice separazione dei beni contestualmente legittima forme di autentica espropriazione di forzalavoro non retribuita. E l'estendersi all'ambito familiare di una così odiosa logica di appropriazione di plusvalore non si compie senza degradare in modo irreparabile la qualità dei rapporti coniugali, e la immagine stessa della famiglia come luogo degli affetti.

Anche là dove non ne fossero violati i principi di eguaglianza in senso giuridico degli artt. 3 comma 1 e 29 comma 2, le norme del codice civile del 1942 nei loro effetti risultavano perciò incompatibili con qualsiasi prospettiva di attuazione del disegno costituzionale. Gli effetti di discriminazione della moglie dovuti al tradizionale regime dei rapporti patrimoniali tra i coniugi rappresentavano certamente uno degli "ostacoli di ordine economico e sociale" che l'art. 3 comma 2 impegna a rimuovere per assicurare alla donna eguaglianza in senso sostanziale. Le stesse garanzie di emancipazione femminile sono al tempo stesso condizione necessaria di ogni progresso verso il modello di famiglia delineato dall'art. 2. E indicando nella famiglia il naturale luogo di espressione e di tutela dei valori della persona, questa norma offre ancora una volta la misura di un contrasto di direttive che smentiva qualsiasi assunto di continuità tra un regime di codice autoritario e discriminante e un disegno costituzionale inteso invece a promuoverne una riforma radicale.

(Bessone 1975a, 2731)

Il linguaggio, pur nettamente datato nei suoi richiami più marcatamente ideologici e nell'ossequio (rituale, all'epoca) alla metodologia marxista, è cionondimeno (o forse proprio per questo) un'efficace testimonianza della densità delle **aspettative politiche** che sulla riforma si riversavano. I rapporti tra coniugi erano percepiti, in simili contesti culturali, come una proiezione della dialettica capitalista/proletario; alla riforma si additava una funzione fortemente **egualitaria sul piano economico**, in cui il proposito di attuazione del disegno costituzionale acquista uno slancio di impronta culturale limpidamente rivoluzionaria.

Accenti non poi troppo dissimili echeggiano nella giurisprudenza del tempo. Nel 1972, vigente il regime di separazione, il Tribunale di Novara con una celebre ordinanza di rimessione (GiC, 1972, 2398) ne ipotizzò l'incostituzionalità per la mancata previsione di una presunzione di comunione incidentale degli acquisti. Così la Corte Costituzionale sintetizzava il provvedimento dei giudici novaresi.

Secondo l'ordinanza di rimessione, il vigente regime legale di separazione dei beni sarebbe in grave contrasto con l'art. 29 Cost., che vuole il matrimonio ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i soli limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare, in quanto, ove i coniugi non abbiano convenzionalmente stipulato la comunione dei beni, nella forma richiesta dall'art. 162 sotto pena di nullità, in caso di separazione personale, la moglie non esplicante attività professionale estranee all'ambito della famiglia si troverebbe nella impossibilità di far valere i propri diritti sulla casa coniugale, e in genere sui beni immobili e mobili acquistati dal marito durante il matrimonio con i proventi del lavoro e risparmio comune, alla cui formazione essa abbia contribuito con l'opera di casalinga e collaboratrice del marito nell'economia familiare. Una congrua tutela del coniuge economicamente più debole, generalmente della donna, potrebbe attuarsi a giudizio del Tribunale di Novara, ove al regime di separazione dei beni si sostituisse "l'altro principio, scaturente da un diverso regime, non attuato dalla vigente legislazione, caratterizzato dalla

presunta comunione tra coniugi, non certo di tutti i loro beni e relativi utili, ma almeno degli acquisti effettuati durante la convivenza coniugale": "abrogato il principio normativo della presunzione di appartenenza ad uno dei coniugi dei beni a lui intestati, automaticamente verrebbe a sostituirsi l'opposto principio della presunzione di appartenenza in comunione ad entrambi i coniugi dei beni acquistati durante il periodo di convivenza coniugale, salva, nei singoli casi, la prova del contrario".

La Corte, pur non disconoscendo la validità degli argomenti proposti, si sottrae alla richiesta.

La questione non è fondata. Il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dall'art. 29 Cost., esige certamente che ad esso si adegui ed uniformi anche il regime positivo dei rapporti patrimoniali; ed è incontestabile che la vigente disciplina legislativa di questi rapporti può dar luogo a situazioni di inadeguata tutela giuridica, tra le quali appare particolarmente grave e meritevole di protezione, specie nel caso di separazione personale, quella della donna priva di un proprio lavoro professionale autonomo, che abbia dedicato la sua attività all'adempimento dei doveri di moglie e di madre, occupandosi assiduamente delle cure e faccende domestiche. In regime di separazione dei beni, il contributo recato dall'operosità e dall'abnegazione della casalinga all'economia familiare, e al risparmio dell'azienda domestica, molto spesso ragguardevole anche se difficilmente valutabile in denaro, rimane privo di efficace tutela, specie quando il marito abbia investito i risparmi, frutto delle comuni fatiche e rinunzie, nell'acquisto a nome proprio di beni immobili e mobili. Se, sotto questo profilo, si deve riconoscere che il vigente ordinamento italiano presenta una vera lacuna, occorre tuttavia dichiarare, con eguale chiarezza, che il potere di colmare tale lacuna compete esclusivamente al legislatore. Ciò appare con sicura evidenza dalla stessa motivazione dell'ordinanza di rinvio, ove si prospetta la questione di costituzionalità dell'art. 215 c.c., proponendo la sostituzione del regime legale di separazione dei beni con quello della comunione, e addirittura di uno speciale tipo di "comunione incidentale presunta", limitata agli acquisti effettuati dall'uno o dall'altro coniuge durante la convivenza coniugale, salva la facoltà di prova contraria. A prescindere da ogni riserva sul merito della questione - poiché la formula proposta non sembra, di per sé, sufficiente ad assicurare in ogni caso l'uguaglianza dei coniugi nel regolamento dei reciproci rapporti patrimoniali in caso di separazione, e dà luogo a molteplici motivi di perplessità - è ovvio che una siffatta radicale riforma del regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi non può che spettare al legislatore. È superfluo aggiungere che la riforma del regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi si inserisce necessariamente in una più ampia, organica riforma dell'intero ordinamento del matrimonio e del diritto di famiglia, con riflessi sul sistema delle successioni, legittime e testamentarie. Solo in tale sede il legislatore potrà procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali." (Corte Cost. 26.6.74 n. 187, GiC, 1974, 1643).

Annota, adesivamente, l'anonimo commentatore di Giurisprudenza Costituzionale:

"La soluzione accolta è senz'altro da condividere: sia perché la norma costituzionale invocata non è suscettibile di per sé di determinare la concreta disciplina dei rapporti patrimoniali fra coniugi, che dev'essere necessariamente puntuale ed articolata pur alla luce del criterio dominante della "parità"; sia perché un intervento meramente caducatorio della Corte non avrebbe consentito la riesplorazione del sistema in termini globalmente più rispondenti al precetto costituzionale (dove la frustrazione dell'eliminazione della presunzione di separazione il cui opposto non è una generica comunione di tutti i beni, ma un *quid medii*, la cui determinazione spazia in un ambito di squisita discrezionalità legislativa, come è comprovato da un lato dalla difformità di progetti che, mossi dal preciso intento di adeguarsi al precetto costituzionale, si sono succeduti: e dall'altro della stessa opinabilità del regime che il tribunale propone per colmare la lacuna)." (GiC, 1974, 1643).

La Corte sembra in definitiva propendere per l'affermazione di un legame necessario tra il principio costituzionale di parità tra i coniugi e regimi comunitari, anche se dinanzi ad un sistema bisognoso di una riscrittura pressoché integrale, l'affermazione della discrezionalità del legislatore giocava un ruolo preminente. Paradossalmente, la radicale ed irrimediabile incostituzionalità del microsistema portava con sé una scarsità di punti di riferimento capaci di fornire indicazioni nitide sull'incostituzionalità di singole disposizioni.

1.2. la comunione nel sistema riformato

Ad una pur superficiale lettura della Novella, due dati balzano invece evidenti. In primo luogo, il regime comunitario è **liberamente derogabile** dai coniugi, a mente dell'articolo 159. In secondo luogo, il favor *communio* (sempreché possa dirsi esistente) è blando al punto da permettere che le coppie già unite in matrimonio evitassero il passaggio al regime comunitario con una semplice

dichiarazione unilaterale di uno solo dei coniugi, ai sensi dell'articolo 228 della legge di riforma (151/75). Il legislatore dà mostra qui di una considerevole cautela, di cui peraltro offre altrove prove ben più sorprendenti, ad esempio conservando in vita, sia pure a titolo transitorio, un istituto francamente indifendibile sul piano costituzionale come la dote, così dando vita ad un assetto normativo che a più riprese ha posto la Corte Costituzionale in una posizione di trasparente imbarazzo (Corte cost. 11.7.94 n. 194, FI, 1984, I, 2417; CS, 1984, II, 810; GC, 1984, I, 2691; GiC, 1984, I, 1393; DFP, 1984, 410. Inoltre Corte cost., 19.1.87, n. 6, FI, 1987, I, 668; CS, 1987, II, 29; GC, 1987, I, 766; Ipr, 1987, 517; AC, 1987, 594; NLCC, 1987, 465; SCI, 1987, 384; DFP, 1987, 520; GI, 1987, I, 1, 1704; VN, 1987, 194; GiC, 1987, I, 47).

Se mai vi fosse un legame necessitato tra principi costituzionali e regime comunitario, la Riforma dovrebbe quindi essere quanto meno sospettata di grave inattuazione della Carta. Un lavoro cui partecipò Mario Bessone, di cui sopra si è riportata un'opinione ante riforma, commenta invece l'innovazione legislativa con toni significativamente diversi rispetto ad un pur recente passato.

Queste disposizioni non possono allora non apparire deludenti a quanti guardano al regime di comunione come ad uno strumento di promozione dell'eguaglianza "morale" e "sostanziale" dei coniugi. Sembra tuttavia destituita di fondamento la tesi che vi ravvisa un contrasto con le norme della Costituzione (e segnatamente con gli art. 3 comma 2 e 29).

Anche a voler sostenere la illegittimità costituzionale dell'art. 159, gravi sono le obiezioni cui si espone una tesi così strutturata. Già esposte in termini limpidi e concisi dalla Corte nella cennata sentenza n. 187 del 1974, esse possono trovare conforto nella considerazione che la comunione si presenta (senza carattere di necessità) come uno dei mezzi - ma certo non l'unico - per restituire dignità alla condizione della donna, specie se casalinga; ed inoltre che una completa attuazione del comma 2 dell'art. 3 relativamente all'eguaglianza fra i "sessi" coinvolge una più generale "riforma" della "condizione femminile", ed esula quindi dall'ambito ristretto di quella che, riguardando gli aspetti di disciplina giuridica della famiglia, è pur sempre una riforma di settore. Non ci si può nascondere poi che una "indiscriminata" inderogabilità del regime legale, si presenta, nella molteplicità delle situazioni concrete, come strumento pericolosamente confliggente con le esigenze di unità della famiglia espresse nell'art. 29; e appare contraria all'impegno assunto dalla Repubblica di "agevolare la formazione della famiglia" (art. 31 cost.), atteso che l'alternativa, per chi volesse sottrarsi a tale regime, sarebbe quella di non contrarre affatto matrimonio o di sciogliersi da quello esistente.

In questa prospettiva risulta più agevole cogliere i limiti e, viceversa, i pregi della normativa introdotta dalla riforma, che risulta apprezzabile soprattutto se si guarda ad essa come ad un primo (importante) passo sulla via assai lunga da percorrere della emancipazione femminile e più ancora come strumento di promozione dei valori di solidarietà, e di partecipazione dei singoli componenti alla vita del gruppo.

(Alpa e Bessone 1977, 694).

Lasciata alle spalle la palpitante fase della politica attiva, riprende quota un approccio più rigorosamente tecnico, ed in tale ottica non pare (per piana ammissione di una fonte non sospettabile, come s'è visto, di un approccio conservatore) che si possa revocare in dubbio la **neutralità dell'alternativa separazione/comunione** rispetto all'attuazione del principio di parità tra i coniugi (Gabielli-Cubeddu 1997, 13). E non basta: la disciplina del Code Napoléon, che pur prevedendo un regime di comunione assegnava al marito il ruolo di dominus esclusivo del ménage domestico, vale a rammentare come l'opzione comunitaria non sia incompatibile con un assetto familiare autoritario, ed anzi possa rivelarsi a questo funzionale. Il ricorrente richiamo ai valori costituzionali appare in definitiva alquanto velleitario, così probabilmente meritando la pungente ironia di Rodolfo Sacco:

Per taluni civilisti, la Costituzione è un novello san Gennaro, che si può pregare per ottenerne qualsiasi grazia. In questo clima, si è chiesto alla Costituzione di sponsorizzare, oltre alla invalidità delle donazioni tra coniugi, anche il regime legale di comunione degli acquisti tra coniugi. In realtà la Corte Costituzionale 26 giugno 1974 n. 187 aveva ritenuto infondata la questione di costituzionalità dell'articolo 215 c.c. (testo originario), sollevata in quanto tale articolo non prevedeva una presunzione di comunione degli acquisti.

(Sacco 1992, 9)

L'illustre Autore dà forse una lettura troppo netta della sentenza 187/74, di cui si sono riportati

sopra ampi stralci; comunque sia di ciò, è difficilmente controvertibile che l'evoluzione del pensiero giuridico successivo sia andata in tale direzione. La ratio dell'introduzione del regime legale comunitario va dunque ricercata altrove. Scrive Francesco Corsi:

Concludendo: tra regime di separazione e regime di comunione non è obiettivamente possibile additare l'uno come "meno costituzionale" dell'altro. In questa consapevolezza, il legislatore non ha potuto indicare - come invece ha fatto con il regime primario in rapporto ai doveri di contribuzione - un assetto rigido ed univoco del momento distributivo. Cosicché si è limitato ad eleggere a regime legale quello più consono alla struttura economico-familiare tra noi più diffusa, pronto a consentirne la rimozione non solo sull'accordo dei coniugi, ma anche su richiesta di uno solo, quando la comunione fosse divenuta strumento di sopraffazione, anziché di più concreta attuazione del principio di parità, o di violazione comunque del principio contributivo. Non sembra pertanto azzardato affermare che questi ultimi principi siano da considerare, in positivo, come ispiratori della disciplina primaria e contributiva e, in negativo, come limiti di disponibilità, in concreto, per i regimi diversi da quello (sempre paritetico, in linea teorica almeno) di separazione. (Corsi 1979, 58)

Si deve ai Finocchiaro una brillante sintesi delle principali tra le letture "forti" dell'opzione comunitaria, propense cioè a porre in collegamento l'istituto della comunione legale con istanze politico/giuridiche di rilevanza strategica.

All'indomani della nuova legge la dottrina si è subito interrogata, chiedendosi quale fosse, in concreto, il fondamento di tale nuovo assetto delle famiglie italiane. Non controverso che la riforma - alla cui realizzazione, come già è stato notato, ha concorso, senza ombra di dubbio, anche quello che si usa chiamare movimento per la liberazione della donna - costituisce un'esaltazione del ruolo della moglie nella famiglia, probabilmente anche eccessiva, le varie opinioni espresse al riguardo possono raggrupparsi in tre proposizioni fondamentali:

- a) si è voluto retribuire il lavoro della donna nella famiglia e nell'azienda del coniuge;
- b) è stata data attuazione al modello di famiglia accolto dalla Costituzione: in particolare, dall'adozione di modelli aristocratici di comportamento, nell'ambito familiare, si è passati a modelli democratici. Nell'esperienza italiana il regime di separazione dei beni ha, storicamente, operato "da strumento di discriminazione sociale della donna, e di degradazione del suo stato, secondo l'accezione marxiana della famiglia, intesa in luogo ove l'uomo .. è il borghese e la donna rappresenta il proletariato". La normativa precedente, pur se non costituiva, in alcun modo, violazione dei principi di eguaglianza, in senso giuridico, estendeva, ai rapporti tra coniugi, "la logica capitalistica di appropriazione di plusvalore" (da parte del marito). La nuova normativa, in sintesi, risponde ai principi affermati dalla Costituzione e, cioè ai valori tutelati dall'art. 29 (uguaglianza dei coniugi e unità della famiglia) e ai principi di uguaglianza sostanziale protetti dall'art. 3;
- c) idea ispiratrice della riforma è l'intento di stimolare la solidarietà, tra i componenti della famiglia.

A tale ricostruzione fa seguito un'aggressiva confutazione, dagli accenti conservatori ma di indubbia efficacia.

Tali affermazioni lasciano perplessi:

- la prima è inaccettabile, posto che si fosse voluto valorizzare, e retribuire, il lavoro domestico della donna si sarebbe dovuto introdurre, quantomeno, un regime differenziato, per le ipotesi in cui entrambi i coniugi svolgono attività produttiva o la moglie, appunto grazie ai redditi del marito, non svolga alcuna attività lavorativa domestica. In ogni caso se tale fosse, in concreto, lo scopo della nuova normativa, la stessa non potrebbe sfuggire al sospetto di incostituzionalità, ex art. 3 e 29, considerato che se alcune donne non beneficerebbero del nuovo regime per loro libera scelta, per moltissime altre l'esclusione della "comunione" sarà imputabile unicamente ad una decisione, assolutamente discrezionale e non sindacabile, del proprio marito, ex art. 228, 1° comma legge n. 151, senza che per esse venga meno l'obbligo del lavoro casalingo;
- contemporaneamente non pare che possa affermarsi, con tranquillità, che il legislatore, rendendo legale il regime della comunione dei beni, abbia attuato il precetto costituzionale: se così fosse avremmo, nella pratica, una parte della popolazione italiana (quella che ha accettato o accetterà il regime di comunione) che vive nel rispetto della Grande Carta, un'altra (quella che per i più svariati motivi, non ultimo l'obiettivo difficoltà interpretativa di alcune norme, ha ripudiato o ripudierà tale regime) che, all'opposto, vive fuori dalla Costituzione, senza alcuna possibilità, per la parte più debole del rapporto, di invocarne, in qualsiasi momento, la tutela, il che, obiettivamente, pare eccessivo;
- rispetto alle precedenti l'ultima, delle sopra ricordate affermazioni (la riforma mira a stimolare la solidarietà familiare e l'unità del consorzio coniugale) è, senza ombra di dubbio, la meno lontana, dalla realtà. Anche questa, però, presta il fianco a critiche. Osservava, saggiamente, Don Abbondio "...il coraggio, uno non se lo può dare". Non diversamente la solidarietà coniugale esiste o non esiste. È in rerum natura - ed occorre una pur minima esperienza dei casi matrimoniali per convincersene - che alla base d'un matrimonio armonioso sono altri valori, ben più profondi ed importanti, che non la contitolarità d'un appartamento in periferia o di alcuni titoli azionari. Appare utopistico, pertanto, affermare che il

regime di comunione legale è "elemento di coesione", di un matrimonio, allorché fanno difetto gli altri "valori" che devono sorreggere un'unione matrimoniale. Se si considera, poi, ad esempio, la disciplina positiva della comunione c.d. de residuo, è agevole concludere che la stessa, allorché manca, tra i coniugi, un solido rapporto affettivo e di illimitata fiducia, è unicamente fonte di sospetti, e dispetti, reciproci, e non di "unità". Riteniamo, in sintesi, che, molto più semplicemente, il legislatore del 1975 abbia, da un lato, voluto imitare autorevoli esempi stranieri (com'è, purtroppo, tradizione della nostra legislazione riformistica), dall'altro dare un abito legislativo ad un comportamento molto diffuso nella pratica. L'esperienza quotidiana ci insegna che già prima della novella generalmente gli immobili acquistati dai coniugi dopo il matrimonio, salvo che motivi di carattere fiscale non inducessero ad una diversa scelta, erano intestati ai coniugi congiuntamente; anche se intestati ad una sola delle parti tali immobili erano sentiti come propri di entrambi. Nel comune parlare la casa coniugale, i suoi arredi, in un mondo in cui la dote non esisteva più perché non dovuta e non voluta (e non potuta) erano dei coniugi, non del capo famiglia: il marito dispotico, che gestiva a suo piacimento tutti i guadagni, scegliendo dal luogo delle vacanze sino alla forma d'investimento dei risparmi, ignorando la moglie, era un residuo letterario ed aneddotico.

Il riformatore, cioè, ha fatto proprio questo comune sentire i beni acquistati nel corso del matrimonio non sono dell'unico percettore del reddito - o del coniuge percettore del reddito maggiore -, ma di entrambi che, con il loro comune sacrificio, con la loro intima collaborazione quotidiana, hanno permesso quell'incremento di ricchezza) elevandolo a rango di "regime legale delle famiglie italiane".

(Finocchiaro 1984, 705).

La lettura dei Finocchiaro pare cogliere nel segno, anche se il significato culturale e sistematico dell'opzione comunitaria ne esce fortemente ridimensionato. E' chiaro comunque che la radicale derogabilità del regime comunitario impedisce non solo di riconoscere nella comunione legale l'attuazione di principi di rango costituzionale, ma anche di discorrere, in termini più generici, di **protezione del coniuge debole**: una simile direttiva politica non potrebbe che trovare attuazione sul piano tecnico nell'adozione di norme inderogabili (Oppo 1997, 21); da questo punto di vista la Riforma si è certamente dimostrata incongrua rispetto alle sue dichiarate premesse politiche e culturali.

Un ulteriore elemento emerge dall'evidenza empirica: nel sistema previgente, straordinariamente rare erano le comunioni convenzionali; di gran lunga più frequenti sono oggi i casi di scelta del regime di separazione. Sarebbe probabilmente errato scorgere però in questi riscontri i segni di un rifiuto sociale nei confronti della comunione. In passato, era frequentissima la decisione di porre in comune gli acquisti più significativi (a cominciare dalla casa d'abitazione), ma ciò si realizzava con semplici cointestazioni di diritto comune, senza che il regime patrimoniale in senso tecnico ne subisse ripercussione alcuna. Pare quindi lecito affermare che la riforma del 1975 si colloca in una linea di continuità, e non di rottura, nei confronti delle abitudini delle famiglie italiane: da un lato consacra ed incoraggia, attraverso l'opzione comunitaria, la prassi del coacquisto dei beni di maggior valore economico; d'altro lato offre rinnovata legittimazione, attraverso la previsione della libera scelta del regime di separazione, alla ricerca di assetti patrimoniali più articolati e sofisticati, di cui sono naturali fruitori i settori più abbienti della popolazione. Sotto quest'ultimo profilo, l'esperienza applicativa ormai quasi venticinquennale non ha fatto che confermare le previsioni dei pratici più accorti.

Sul piano sociale invece ritengo che la comunione inciderà principalmente sulle classi meno abbienti, o peggio, su quelle meno colte; a noi tutti è già capitato di constatare che anche per piccoli patrimoni la clientela ha avvertito la riforma, scegliendo o preannunciando la scelta del regime di separazione. Credo superfluo parlare dei grandi patrimoni la sistemazione dei quali resta affidata, per dirla con Nicolò, ad investimenti fuori, dentro, all'estero, a conti scoperti, a conti numerati, con le chiavi e così via. E chi subirà quindi la comunione, nella maggior parte dei casi inconsapevolmente, saranno i coniugi disinformati e impossidenti che, all'atto del matrimonio pur se interpellati dall'ufficiale dello stato civile, non intenderanno il senso della domanda, né avranno motivo di operare alcuna scelta. Solo dopo alcuni anni, quando quei coniugi potranno consentirsi il lusso di avere una casa e sapranno dal notaio che questa sarà comune, si porranno realmente il problema ed il notaio chiarirà loro che è possibile mutare il regime patrimoniale (...).

(Santangelo 1975, 929).

La recezione dei principi costituzionali, nel tessuto della riforma del 1975, è dunque affidata alla

disciplina del momento contributivo (o regime primario), restandone estraneo il momento distributivo (la comunione). Con ciò non si intende naturalmente negare (sulle orme di Caravaglios 1995, 53) la parziale reciproca compenetrazione e sovrapposizione dei due regimi sul piano teleologico-funzionale, che non ne smentisce però la netta autonomia sotto il profilo dogmatico.

Sganciato il microsistema della comunione dai riferimenti costituzionali, è possibile e necessario guardare alla comunione legale in termini di schietta opportunità politica, e si è visto sopra come sia criticabile la scelta del legislatore di consentire (ed in qualche caso persino di favorire) la conservazione degli assetti previgenti. Sotto un angolo visuale del tutto diverso (ma non meno legittimo né, a ben vedere, col primo confliggente) è stato criticato lo status di straordinario favore che al coniuge assegna l'interazione della comunione dei beni con le nuove regole della successione legittima.

Più grave è la censura che può essere sollevata in ordine all'eccessivo favore per la posizione patrimoniale del coniuge, comportante un esagerato pregiudizio per i figli, così legittimi come naturali. Comunione legale dei beni tra i coniugi (art. 159) e migliorata posizione successoria del coniuge superstite (il quale è ben più che un usufruttuario, avendo diritto ad una quota in proprietà, anche in concorso con i figli: artt. 540, 542, 581), sono state, secondo l'esplicita intenzione degli autori della riforma, gli idonei strumenti di salvaguardia e tutela della "parte più debole", vale a dire, generalmente, della moglie. Ma trattasi di strumenti che, insieme collegati, ribaltano la situazione a danno dei figli che ormai sono da considerarsi, essi, come la "parte più debole". Secondo il testo dell'art. 194, approvato dalla IV Commissione permanente della Camera, potevasi tenere conto, nella divisione dei beni della comunione legale, del diverso contributo dei coniugi alla creazione del patrimonio comune. Ma questa possibilità è stata soppressa nel testo definitivo in omaggio ad un rigido criterio di uguaglianza: nel che potremmo anche consentire se tutto si esaurisse nell'ambito dei coniugi; ma possono esservi anche i figli, spesso vi sono, e nei loro confronti questa rigida uguaglianza può convertirsi in una ingiustizia. A seguito dello scioglimento della comunione per le cause previste dall'art. 191, anche il coniuge che ha contribuito in misura notevolmente inferiore alla creazione del patrimonio comune - ciò si verifica tuttora molto spesso riguardo alla moglie - ottiene la metà del detto patrimonio. Inoltre, lo stesso coniuge, per effetto della morte dell'altro coniuge, ha il cennato diritto successorio sull'intero patrimonio ereditario di questo, comprensivo così dell'altra metà del patrimonio comune come dei beni estranei alla comunione. E quindi, i figli del defunctus, completamente esclusi da una metà del patrimonio comune, seppure creato col contributo notevolmente superiore del proprio defunto genitore, subiscono su tutto il resto (così sull'altra metà del patrimonio comune come sui beni estranei alla comunione) il pesante concorso del coniuge superstite. Tutto ciò (aggravato dall'inderogabilità della regola concernente la divisione in parti eguali dei beni della comunione: artt. 162, comma 3, 210, comma 3) è eccessivo ed ingiusto. Non solo il matrimonio può divenire, attraverso l'esposta disciplina, un lucroso investimento, fornendo anche una solida base economica per le eventuali nuove nozze del coniuge superstite, ma inoltre, a prescindere da ciò, assolutamente inaccettabile è il pregiudizio economico che viene arrecato ai figli malgrado il proclamato spirito di favore per tutti essi (legittimi e naturali). (De Cupis 1975, 311).

2. Comunione legale: un microsistema assediato?

Le reazioni del mondo dei pratici alla Riforma del 1975 furono di segno prevalentemente critico, e non mancarono scoperti tentativi di circoscrivere le ripercussioni della Novella sul mondo dell'economia e dei traffici negando, ogniquale volta possibile, l'applicabilità delle nuove norme; si distinse la circolare ABI n. 63 del 21 ottobre 1975 (RN 1975, 1377) che fu ironicamente definita, peraltro non del tutto a torto, una dichiarazione di guerra. Premevano certo in tale direzione preconcetti di carattere ideologico, alimentati forse più dalla fanfara ideologizzante che accompagnò la riforma che da autentica ripugnanza verso l'istituto della comunione; ben più influenti furono però le imperfezioni tecniche della riforma, così numerose ed importanti da far apparire la fuga come il miglior strumento ermeneutico, in un'ottica di sicurezza delle transazioni. Tale atteggiamento ha oggi perduto attualità: un quarto di secolo di faticosa metabolizzazione ha consentito di smaltire gran parte di quel carico di incertezze, anche se permangono gravi disfunzioni specie a livello di sistema pubblicitario. Nel contempo è emerso però un trend giurisprudenziale che autorizza a parlare di "rigetto della comunione" in termini ben più profondi (Quadri 1997, 238). Limitando l'esame alla giurisprudenza di legittimità, almeno due vicende appaiono significative in

tal senso.

2.1. Il rifiuto del coacquisto

Sul finire degli anni Ottanta il Supremo Collegio affermò che, in costanza di comunione legale, deve ritenersi consentito al coniuge non acquirente di rifiutare il coacquisto rendendo una dichiarazione negoziale ad hoc; la soluzione, per quanto conforme a quanto ipotizzato da autorevolissima dottrina (Gabrielli 1988a) è tuttora fonte di perplessità.

Ritiene la Corte che, quando all'acquisto proceda uno solo dei coniugi, il consenso dato al riguardo dall'altro coniuge, purché nello stesso atto di acquisto qualora questo abbia per oggetto immobili o mobili iscritti in pubblici registri, impedisce la caduta del bene nella comunione pure fuori delle ipotesi (art. 179, comma 1 lett. c., d., f., c.c.) in ordine alle quali la legge espressamente vi ricollega siffatta conseguenza (art. 179, comma 2, c.c.). Il regime della comunione legale comunica per la quota della metà i beni acquistati da uno dei coniugi all'altro automaticamente, ma ciò non esclude che quest'ultimo possa, prima che la fattispecie acquisitiva si perfezioni, opporsi efficacemente a che questa si ripercuota nella sua sfera patrimoniale, rifiutare utilmente la contitolarità del diritto che gli sarebbe attribuita in virtù della sola conclusione dell'atto di acquisto, con la conseguenza che il bene verrà ad appartenere esclusivamente e per intero al coniuge contraente. Nessuno può essere costretto, contro la sua volontà, ad acquisire un bene o la sua proprietà ed il fatto che il coniuge abbia accettato o prescelto il regime della comunione non comporta che non possa rinunciare alla quota che gli spetterebbe su un determinato bene di cui stia per procurarsi l'acquisto l'altro coniuge separatamente. Del resto il codice prevede (art. 2647) la possibilità che i coniugi deroghino, con apposita convenzione in forma pubblica, parzialmente alla disciplina della comunione legale escludendo dalla comunione singoli beni: ora, non vi è alcuna ragione perché uno dei coniugi non debba poter consentire che l'altro proceda ad un determinato acquisto a titolo personale, se quest'ultimo ricorre per l'acquisto allo strumento dell'atto pubblico e nello stesso atto pubblico viene espresso il consenso del coniuge non acquirente (art. 62, 1179, ult. comma, c.c.). (Cass. 2.6.1989 n. 2688, FI, 1990, I, 608; GA, 1990, 37; RN, 1989, 866; GI, 1990, I, 1, 75; AC, 1990, 492; NGCC, 1990, I, 219; GC, 1990, I, 1359; DFP, 1990, 56; GI, 1990, I, 1, 1307).

Alcuni tra i motivi di perplessità sono ben espressi da Ferdinando Parente nella sua nota per FI:

La tesi della Suprema corte, modellata, come accennato, su tutt'altro filone d'indagine - e secondo cui sarebbe possibile al singolo coniuge rifiutare la quota che gli spetterebbe su un determinato bene di cui stia per procurarsi l'acquisto separato l'altro coniuge - si dimostra inconciliabile con lo statuto normativo "speciale" della comunione legale. Essa presuppone, anzitutto, una visione atomistica nettamente in contrasto con la configurazione giuridica della comunione coniugale come comunione senza quote - secondo il modello della comunione a mano comune (zu gesamt Hand) di tipo germanico - ovvero come comunione di massa, concezione quest'ultima che, pur in presenza di un dibattito in itinere, sembra trovare accoglimento in larga parte della dottrina sulla base di numerosi indizi legislativi. Inoltre, essa non appare funzionale all'esclusione del singolo cespite dal patrimonio comune, in quanto il rifiuto di un coniuge ad acquistare la quota di sua pertinenza al singolo cespite, ammessa per ipotesi praticabile, non sottrarrebbe comunque l'intero cespite allo statuto della comunione legale, al quale rimarrebbe comunque sottoposta la quota del coniuge non dismittente. Diversamente argomentando, si giungerebbe all'assurdo di sostenere che il rifiuto da parte di un coniuge della quota di comunione sul singolo cespite comporta sottrazione dell'intero bene al regime della comunione legale. La tesi, infine, non si preoccupa di coordinare l'esplicazione del potere di autonomia dei coniugi con le categorie dei beni personali (art. 179 c.c.), rendendo praticamente possibile il conseguimento di un risultato effettuale identico a quello perseguito con la previsione eccezionale delle categorie di beni personali, al di fuori delle prescrizioni normative e tipologiche imposte dal legislatore della riforma (art. 179 c.c.) ed a prescindere da interventi dei coniugi attuati in forma di convenzioni matrimoniali o nel rispetto delle cautele di forma e di pubblicità di cui agli art. 162, 210 e 2647 c.c.. (Parente 1990, 611).

È dunque chiaro che in discussione non v'è soltanto un'opzione ermeneutica, in fin dei conti di secondaria importanza, quanto piuttosto la definizione stessa dell'istituto della comunione legale, il riconoscimento della sua peculiarità tecnico giuridica. In termini più vigorosi, ma forse anche più banali, l'orientamento della Suprema Corte è criticato anche in una pronunzia di merito

Resta però pur sempre da verificare se i coniugi, pur intendendo mantenere il regime della comunione legale, possano estromettere dalla medesima uno o più determinati beni. In effetti, vi è una parte della dottrina (cui sembra aver fatto

riferimento la S.C.) che ammette tale possibilità. Il meccanismo giuridico che renderebbe attuabile una simile ipotesi (esclusa, per i motivi esposti, la convenzione matrimoniale), sarebbe o un accordo vero e proprio fra le parti, ovvero un atto unilaterale di rifiuto da parte di uno dei due coniugi. Infatti nessuno può essere costretto, contro la sua volontà, ad acquisire un bene o la sua comproprietà ed il fatto che il coniuge abbia accettato o prescelto il regime della comunione, non comporta che non possa rinunciare alla quota che gli spetterebbe su un determinato bene di cui stia per procurarsi l'acquisto l'altro coniuge separatamente. Si fa inoltre rilevare che, a norma degli artt. 1321 e 1322 c.c., nulla vieta che le parti, nel regolare i loro rapporti patrimoniali, possano concordemente decidere che un determinato bene, anziché far parte della comunione legale, faccia parte della comunione ordinaria con regole, quindi, del tutto diverse. Infine si fa osservare che questi tipi di negozi e atti giuridici non sarebbero vietati perché, se il legislatore ha previsto che i coniugi possano scegliere il più drastico regime della separazione personale di beni, a maggior ragione dev'essere possibile escludere dalla comunione legale un singolo bene, dato che nel più sta il meno.

Questi, in sintesi, gli argomenti addotti da quella parte della dottrina che ritiene ammissibile che si possa escludere dalla comunione legale uno o più determinati beni. Senonché tale tesi ha il difetto di non poter portare a sostegno alcun concreto dato normativo, rifacendosi semplicemente a principi generali che, però, nel caso di specie, non sembrano applicabili. L'osservazione elementare da cui bisogna partire per una corretta disamina del problema è la seguente: il sistema normativo creato dal legislatore nel 1975 è un sistema speciale con delle regole particolari, impiantato però su un corpo legislativo (il codice civile) improntato a principi nettamente liberistici.

Non è pertanto corretto applicare in modo automatico i principi liberistici di cui agli artt. 1321-1322 c.c. senza tener presenti le peculiarità proprie del regime patrimoniale voluto dal legislatore del 1975 e improntato a principi di solidarietà e tutela del coniuge più debole. Infatti, quanto all'autonomia privata, si può facilmente obiettare che non può essere spinta al punto da obliterare del tutto un complesso normativo voluto espressamente dal legislatore per tutelare la parte più debole del matrimonio. In altri termini, di fronte alla precisa ed insindacabile scelta legislativa di attribuzione ope legis all'altro coniuge della quota indivisa di tutti gli acquisti intervenuti in costanza di matrimonio fra coniugi in regime di comunione legale, non pare possa dubitarsi che ogni rinuncia all'acquisto in comunione del bene, ovvero ogni accordo diretto a farlo rientrare nel diverso regime della comunione ordinaria, deve ritenersi tamquam non esset. Ragionare diversamente significherebbe rendere del tutto ultronee e senza significato alcuno le tassative ipotesi in cui, al contrario, il legislatore ha ritenuto che, pur in presenza del regime della comunione legale, alcuni beni, quando sussistono determinate condizioni, possono non far parte della comunione legale (art. 178-179 c.c.).

(Trib. Piacenza 9.4.1991, DFP, 1991, 1033; RN, 1991, 723).

La replica del Tribunale emiliano è probabilmente in errore quando discorre della comunione legale come di “un complesso normativo voluto espressamente dal legislatore per tutelare la parte più debole del matrimonio”, giacché tale ratio mal si concilia con la libera derogabilità sancita dalla Riforma, rispetto alla quale la rinuncia per singoli coacquisti appare effettivamente un *quid minus*. Valide sono però le obiezioni, peraltro già avanzate in dottrina, collegate al regime pubblicitario, e gli argomenti con i quali il giudice di merito rintuzza il riferimento, operato dalla Cassazione, al principio dell'autonomia privata.

La tesi esposta dalla S.C. urta poi in modo insanabile con il regime della pubblicità. Infatti, com'è noto, nella ipotesi di comunione legale vi è una presunzione per cui tutti i beni cadono in comunione: il che significa che i terzi, in presenza del regime di comunione legale fra due coniugi, sono legittimati a ritenere che tutti i beni acquistati in costanza di matrimonio fanno parte della comunione. Al contrario, viene richiesta la pubblicità (cfr. artt. 179, 162, 163, 2647 c.c.) per quei beni che, eccezionalmente, sono esclusi dalla comunione, proprio per permettere ai terzi di accertare che un determinato bene non fa parte della comunione legale, pur vigendo fra i coniugi quel regime. Seguendo invece il principio statuito dalla S.C. il sistema normativo sopra descritto ne sarebbe sconvolto, posto che il terzo non potrebbe più verificare se un determinato bene fa parte o meno della comunione legale, non bastando certamente obiettare che “con la trascrizione dell'atto è resa pubblica anche la sua dichiarazione, in esso contenuta”; infatti, della dichiarazione unilaterale, con la quale uno dei coniugi rinuncia al bene acquistato dall'altro coniuge, unico destinatario è il terzo, dato che la suddetta dichiarazione certamente non viene trascritta nei registri immobiliari, rendendo quindi impossibile ai successivi acquirenti di verificare che quel bene non faceva parte della comunione legale.

Ma a ben vedere, poi, non è ravvisabile alcuna compressione dell'autonomia privata. Infatti il legislatore ha lasciato liberi i coniugi di scegliere fra diversi regimi patrimoniali antitetici (comunione-separazione) o addirittura di creare, essi stessi, nella loro autonomia, un regime convenzionale (art. 210 c.c.). Ma è chiaro che, una volta che i coniugi hanno stabilito, a monte, quale debba essere il loro regime patrimoniale, sono obbligati a seguirne le regole, non potendo ammettersi delle deroghe, al di fuori dei casi espressamente e tassativamente disciplinati, pena il completo stravolgimento di tutto il sistema e, alla fin fine, la sua inutilità e il ritorno di fatto, attuato in modo surrettizio, al vecchio regime.

Così anche è del tutto fuor di luogo richiamare il principio del *nemo potest locupletari invitus*. È infatti evidente che la teoria del negozio di rifiuto è stata elaborata per tutelare quei soggetti che si trovano ad essere destinatari, contro la loro volontà, degli effetti di atti giuridici compiuti da terzi (si pensi, per fare l'esempio più banale, a un terzo destinato erede

che non vuole accettare l'eredità). Nel caso di specie, invece, non può essere ipotizzata una situazione del genere, perché le parti, nello scegliere liberamente il regime della comunione legale, sapevano che tutti i beni acquistati dall'uno o dall'altro sarebbero entrati in comunione legale. Infine, anche l'argomento che nel più sta il meno, oltre che non avere alcuna dignità giuridica, non prova alcunché. In realtà, proprio la circostanza che il legislatore ha lasciato liberi i coniugi di scegliere il regime patrimoniale più confacente ai loro interessi, sta a indicare che si può scegliere il regime che si vuole, ma, una volta effettuata la scelta, si devono seguire le norme dettate per il regime patrimoniale scelto, non essendo ammissibile cambiare, di volta in volta, ad libitum "le regole del gioco" (*electa una via, non datur recursus ad alteram*).

(Trib. Piacenza 9.4.1991, DFP, 1991, 1033; RN, 1991, 723).

Il conflitto tra i principi generali invocati dalla Cassazione (su cui amplius Gabrielli 1997, 95) ed il microsistema della comunione legale ben potrebbe essere risolto a favore di quest'ultimo anche limitandosi ad impugnare gli strumenti ermeneutici più tradizionali, ed in primis il principio di specialità. La **soccombenza** della comunione legale (perché di questo si tratta) deve necessariamente trovare spiegazione su un altro piano. Nonostante l'elevatissima qualità tecnica delle argomentazioni sviluppate dalla dottrina (Gabrielli 1988a, De Stefano 1990) difficile sottrarsi all'impressione di trovarsi di fronte ad una precisa direttiva di politica del diritto, ispirata alla percezione della comunione legale come **corpo estraneo** rispetto al nostro sistema civilistico, la cui operatività sarebbe pertanto meritevole di compressione ogniqualvolta possibile.

2.3. Accessione e comunione legale

Analoghe considerazioni debbono svolgersi in relazione ad una vicenda giurisprudenziale più nota e combattuta, quella relativa ai rapporti tra accessione e comunione legale. Oggetto del contendere è se un immobile edificato in costanza di comunione legale su un terreno di proprietà esclusiva di uno dei coniugi cada in comunione legale od al contrario appartenga in via esclusiva al coniuge proprietario del suolo. Alimenta l'incertezza l'assenza, nella legislazione italiana, di una disposizione paragonabile all'articolo 1406 del Code Civil francese: "*Forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que ...*". Se possibile, il fondamento delle decisioni è qui ancora più palese.

Si pone quindi l'alternativa - oggetto di contrapposte scelte da parte dei giudici dei due gradi - se, in applicazione delle regole sull'accessione (art. 934 e 936 cod. civ.), la costruzione appartenga al solo coniuge proprietario del suolo (salvo il diritto di credito dell'altro coniuge, diritto sulla cui configurazione ed estensione qui non si controverte), ovvero la stessa, in virtù della norma dell'art. 177, primo comma, lettera a), cod. civ. (nel testo introdotto dalla legge 19 maggio 1975 n. 151), sia di proprietà comune.

La seconda soluzione, ammettendo la coesistenza del diritto di proprietà (pacificamente esclusiva) di uno dei coniugi sul suolo e una comunione ("pro indiviso") sulla costruzione, implica la costituzione di un diritto reale superficario, della cui definizione e costruzione giuridica la Corte territoriale non si è fatta carico. Ritene il Collegio che un tal diritto non trovi posto nel sistema dei diritti reali immobiliari, nè sia previsto dal novellato art. 177, anche in una sua estensiva interpretazione. Sotto il primo profilo non può essere posto in dubbio che la disposizione dell'art. 934 cit., il quale stabilisce che qualunque costruzione esistente sopra il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge, comporta che la proprietà della costruzione viene acquistata automaticamente dal proprietario del suolo senza necessità di una specifica manifestazione di volontà (conf. sent. nn. 708-62, 5135-87). Di regola infatti tutto quanto si incorpora con il fondo in maniera organica (come nella piantagione) o meccanica (come nella costruzione) diviene parte dello stesso fondo, sebbene sia "res aliena" (conf. sent. n. 1143-61). Di eccezioni a tale regola che derivino dal "titolo" non si discute nella presente controversia. Nè una deroga "ex lege" può farsi discendere dalle norme sulla comunione legale e, in particolare, dall'art. 177, primo comma, lettera b), secondo il quale costituiscono oggetto della comunione gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi a beni personali. Non è necessario soffermarsi sul significato da attribuire alla locuzione "compiuti", al fine di stabilire se il disposto della citata lettera a) sia compatibile con l'automatismo dell'acquisto della proprietà per accessione, perchè la trascritta disposizione, anche se interpretata in via estensiva, non potrebbe determinare la creazione di un diritto superficario del tutto nuovo rispetto al sistema (sicché non potrebbe giammai trovare al sua fonte in una norma di carattere generale come quella in esame), posto che nella disciplina degli artt. 952 e segg. la costituzione del diritto di fare o mantenere una costruzione al di sopra del suolo trova origine sempre e soltanto in un atto dispositivo.

Al contrario, secondo la tesi qui disattesa il coniuge proprietario del suolo verrebbe privato (contro o senza una sua manifestazione di volontà) di una quota della sua piena proprietà (ma la stessa soluzione si imporrebbe rispetto alla piantagione posta in essere in pendenza del matrimonio retto da comunione legale, in spregio al divieto posto dall'art. 956 cod. civ.); mentre l'altro coniuge, il quale non verrebbe a trovarsi comunque in posizione paritaria, diverrebbe titolare di un (parziale e non meglio definito) diritto di superficie.

(Cass. 11.6.1991 n. 6622, FI, 1992, I, 1854; CorG, 1992, 313; GI, 1992, I, 1, 108; ND, 1992, 123; NGCC, 1992, I, 209; RN, 1991, 1001; VN, 1991, 1027; DFP, 1992, 176; DG, 1991, 815).

La successiva pronuncia a Sezioni Unite del 1996 non si discosta da tale modulo argomentativo, e si fa anzi carico di replicare alla perplessità avanzate.

Una parte della giurisprudenza di merito e dei contributi dottrinali critica questo indirizzo, perché non tiene conto di "valori" affermatasi con la riforma del diritto di famiglia che esprime un "favor" dell'ordinamento in materia di comunione legale. Inoltre la costituzione di una proprietà superficiaria in capo ai coniugi, nell'ipotesi che l'incremento o la modificazione immobiliare "sia suscettibile di essere considerato come un'unità funzionalmente autonoma e nel contempo strutturalmente identificata" ben si concilia con il principio che lo stesso soggetto può essere al contempo dominus soli, quale proprietario del suolo acquistato come bene personale, e cosuperficiario con l'altro coniuge, quale comunista superficiario della costruzione. Infine si rileva come rimarrebbe inspiegabile ed incoerente un diverso trattamento del risparmio familiare diretto all'acquisto della proprietà immobiliare a seconda che si pervenga mediante un acquisto, a titolo oneroso e derivativo della casa coniugale, ovvero mediante la costruzione dell'alloggio familiare su di un suolo di proprietà personale di uno dei coniugi al quale andrebbe corrisposto il pagamento di una somma pari alla metà del valore del suolo utilizzato per la costruzione comune. Queste posizioni critiche non sono tuttavia condivise da altra dottrina la quale avverte che in tali modo si finisce con il comportare non solo un arricchimento della comunione, ma un definitivo gravame sul precedente di uno dei coniugi difficilmente armonizzabile con i valori e le finalità dell'istituto. Altre critiche muovono sotto il profilo dell'estrema difficoltà di indicare quanta parte del terreno di uno dei coniugi sia sottratto alla proprietà esclusiva ed aggregata alla nuova costruzione familiare.

La risposta è assai articolata.

Occorre quindi riesaminare la fattispecie al fine di riscontrare l'applicabilità o meno del principio dell'accessione, in relazione alla costruzione eseguita, post nuptias, sul suolo personale ed esclusivo di uno dei coniugi, senza nulla concedere ad affrettare e poco proficue generalizzazioni. Infatti, da un lato, alcuni modi di acquisto a titolo originario difficilmente possono essere posti a base degli acquisti ex art. 177 lett. a), quando sono riconducibili all'attività separata di uno dei due coniugi, come la caccia, la pesca, le opere di ingegno, le invenzioni, mentre dall'altro l'acquisto a non domino, in buona fede, di una cosa mobile, mediante il possesso ex art. 1153, realizzato da uno dei coniugi, ove non rientri tra i beni personali" ai sensi dell'art. 179 c.c., ricade certamente nell'ambito della comunione legale sebbene l'acquisto vada qualificato tra quelli a titolo originario e non a titolo derivativo. Tanto premesso, limitando l'indagine alla fattispecie in esame non può non rilevarsi come l'indirizzo dottrinario, fatto proprio dall'attuale ricorrente, finisce con l'isolare nell'ampio panorama normativo contenuto nell'art. 934 c.c., il caso limite della costruzione, post nuptias, di un'unità funzionalmente autonoma e strutturalmente identificata, dalle altre varieghe fattispecie ipotizzabili che vanno dalla ristrutturazione di un edificio o di un appartamento alla trasformazione delle colture di un fondo, al rimboschimento, al lavoro di miglioramento ed abbellimento. In tutti questi altri casi, espressamente contemplati dalla disposizione sull'accessione ed aventi a base la stessa ratio normativa, si accetta il principio dell'acquisto per accessione con la conseguenza che l'incremento del bene personale di uno dei coniugi esclude qualsiasi ipotesi di comunione di diritti reali e fa sorgere soltanto un diritto di credito in favore dell'altro coniuge o della stessa comunione. Come appare evidente, non è facile escerpire, dal contesto dello scenario normativo dell'accessione, sulla base del cd. favor communionis, la sola ipotesi della costruzione di un bene funzionalmente autonomo e strutturalmente identificabile da accatastare, previa cancellazione della partita relativa al catasto terreni e formazione di una nuova partita al catasto fabbricati, in base ad un acquisto automatico privo di titolo pattizio o di una specifica previsione normativa; ne è facile limitare, in base a criteri non soggettivi, quale parte del suolo di proprietà esclusiva, al di là dell'area coperta della costruzione, debba ritenersi caduta in comunione o comunque asservita al nuovo esame e quindi sottratta alla proprietà personale di uno dei coniugi.

La giurisprudenza di legittimità consapevole di questi limiti aveva già avuto modo di sottolineare come l'accessione, quale modo di acquisto a titolo originario, operi automaticamente in favore del proprietario del suolo che acquista ipso iure, anche la res aliena, senza che si necessaria una specifica manifestazione di volontà (Cass. 12.6.1987 n. 5135), in virtù del principio di incorporazione della res con il suolo (cd. attrazione reale), come unione organica (come nella piantagione) o meccanica (come nella costruzione). Lo stesso ordinamento giuridico, dopo aver accolto nel macrosistema civilistico il principio romanistico secondo cui quidquid inaedificatur solo cedit, ha espressamente disciplinato le sole deroghe consentite al principio dell'automaticità, mediante la stessa legge o un titolo derivante dallo stesso proprietario del suolo.

Nella specie, manca un qualsiasi titolo, redatto con il rispetto della forma richiesta per i diritti relativi ad immobili

(Cass. 14.3.1988 n. 2439), ed in particolare per quelli che costituiscono, modificano o trasferiscono un diritto di superficie (art. 1350 n. 2 c.c.), che legittimi la costituzione di un diritto reale di superficie caratterizzato dal fare e dal mantenere una costruzione al di sopra di un suolo di proprietà esclusiva, avendo l'ordinamento, con la disposizione dell'art. 952 c.c., rimesso espressamente alla sola volontà del proprietario la costituzione di un diritto di superficie inevitabilmente limitativo del diritto di proprietà. La giurisprudenza, attraverso l'inevitabile contenzioso conosce come spesso il dominus soli, anziché stipulare un contratto d'appalto, preveda con l'appaltatore la permuta tra la proprietà attuale del suolo e quella di uno o più degli erigendi appartamenti, ma in questo caso la permuta tra bene presente e bene futuro è basata su di un esplicito accordo pattizio, che manca del tutto nella fattispecie in esame. Manca altresì un'espressa specifica norma o una combinazione di norme che legittimi, in tutto o in parte, una deroga al principio dell'accessione, come si evince dal contesto dell'art. 934 c.c. come è dimostrato dalla disposizione espressamente prevista dall'art. 938 c.c., divenuta peraltro il fulcro dell'indirizzo giurisprudenziale che legittima la realizzazione di un'opera di interesse pubblico mediante l'espropriazione sostanziale o l'occupazione appropriativa basata appunto sull'accessione invertita in favore della pa.

(Cass. s.u. 27.1.96 n. 651, CorG, 1996, 556; GC, 1996, I, 342; FD, 1996, 220; DFP, 1996, 517; AC, 1996, 735; Not, 1996, 427; RN, 1996, 545; VN, 1996, 742; GIUS, 1996, 587).

A questa pronunzia si rifà la più recente Cass 22.4.98 n. 4076 (FI, 1998, I, 2451; RN, 1998, 885). La Cassazione fa luogo ad un'evidente petizione di principio laddove afferma che la normativa in materia di comunione legale potrebbe intervenire in materia di diritti reali solo laddove disponesse in modo espresso; le ipotesi in cui si riconosce comunemente la legge disporre in modo implicito sono persino troppo comuni e note.

È bensì vero che il codice atteggia la superficie come conseguenza di un contratto tra il proprietario del suolo ed il terzo, ma è altrettanto vero che sono conosciute situazioni nelle quali la superficie si manifesta anche a prescindere dell'esistenza di un contratto che abbia lo scopo di costituire un diritto superficiario. Essa può, infatti, manifestarsi come conseguenza o effetto giuridico di talune fattispecie, come avviene ad es. per il c.d. condominio di case per piani. (Giorgianni 1989, 209).

Con grande eleganza, si è fatto osservare come le tecniche ricostruttive in materia di diritti reali debbano dipendere dalle logiche in funzione delle quali l'indagine è svolta: è quindi metodologicamente scorretto tentare di trarre dalla disciplina del diritto di superficie argomenti tesi a comprimere l'operatività del meccanismo comunitario.

Come da tempo la dottrina più attenta ha chiarito e come, anche di recente, opportunamente è stato ribadito, non ha alcun senso porsi il problema della individuazione dei beni e della unitarietà o della pluralità di beni in assoluto, dovendo esso essere posto in relazione ai diversi rapporti giuridici disciplinati dalla legge. Pur di fronte ad una stessa entità naturalistica od economica, l'ordine positivo, nel regolare i singoli tipi di rapporti, può operare un'individuazione del bene o dei beni diversa in riferimento ai vari rapporti ed in particolare può riconoscere - come dall'altra parte emerge dalla disciplina positiva - ora un unico bene ora una pluralità di beni (in senso giuridico). In ogni caso, l'individuazione del bene, dando origine a un'individualità giuridica nuova e unitaria, esprime essa stessa l'esistenza di un autonomo interesse in ordine all'entità cui questo si ricongiunge. L'autonomia dell'interesse (meritevole di protezione) costituisce a propria volta il risultato o di una valutazione dello stesso titolare dell'interesse, nei casi in cui l'individuazione costituisca l'effetto (diretto o riflesso) di un atto di autonomia del medesimo; o di una valutazione tipizzata dell'ordinamento, nelle ipotesi in cui quella conseguenza derivi da una vicenda effettuale ex lege. Se queste premesse sono esatte, ne discende che al fine di determinare quali vicende delle cose rilevino e in qual modo le stesse operino, in relazione all'oggetto della comunione coniugale, occorrerà aver riguardo, fondamentalmente, alle norme dettate dagli artt. 159 e 177 e segg. Sarà l'esame di tale disciplina a rilevare quali entità, costituenti il risultato delle vicende in parola, siano suscettibili di divenire autonomo punto di riferimento oggettivo degli interessi (dei coniugi) che la legge tutela mediante l'istituto della comunione legale. Come ai fini dell'individuazione del possibile oggetto, ad esempio, della proprietà, dell'usufrutto, del diritto di superficie, del diritto del conduttore o di un diritto di prelazione legale è necessario aver riguardo alle norme che regolano le corrispondenti figure di rapporti, così, per individuare i possibili termini oggettivi di riferimento della comunione legale, si rende indispensabile assumere come criterio di qualificazione giuridica il rapporto di comunione. Né dovrà sorprendere, alla stregua di codeste premesse, che si possano riconoscere come autonomi beni, oggetto di comunione, entità materiali che fuori di tale disciplina e con riferimento ad altri tipi di rapporti sono sfornite ordinariamente di una propria individualità (giuridica) (come, ad esempio, dati incrementi naturali di cose immobili o mobili) o che, per converso, si debba negare la qualificazione di bene con riguardo ad entità che invece, in relazione ad altri schemi di rapporti, sono solitamente considerate dal sistema come unità oggettive autonome (come, ad esempio, le parti o i frammenti risultanti dalla separazione, divisione o distruzione di una cosa prima unitaria). Le varie vicende delle cose e l'interferenza delle stesse con l'oggetto della comunione vanno infatti valutate

nell'ottica specifica della disciplina positiva corrispondente, dei suoi contenuti e delle esigenze sostanziali che ne stanno alla base.
(Luminoso 1985, 777).

La possibilità di dar vita ad itinerari alternativi è confermata da un pronunzia di merito, che valorizza la distinzione tra vicenda acquisitiva in capo (secondo il diritto comune) ad un singolo coniuge, ed estensione dell'acquisto (operata dal regime comunitario) in capo anche all'altro coniuge:

Le norme che regolano l'accessione infatti operano nei rapporti fra proprietario del suolo e terzi autori della costruzione mentre quelle che regolano la comunione legale operano fra coniuge proprietario del suolo e l'altro coniuge. Orbene, poiché attraverso il dato positivo non è dato ritenere che la costruzione eseguita in costanza del matrimonio su suolo di proprietà di un coniuge sia, al pari del suolo, un bene personale di questi, la sorte della costruzione suddetta prescinde da un giudizio di prevalenza dell'un gruppo di norme sull'altro venendo così ad essere disciplinata dalla contemporanea operatività di entrambi. E dalla contemporanea operatività discende che il coniuge proprietario del suolo diviene proprietario della costruzione realizzata su di esso per effetto delle regole sull'accessione e che tale nuovo acquisto, per le regole della comunione legale, diviene comune.

In altri termini si viene a costituire a favore della comunione un diritto di superficie attraverso un ritrasferimento legale della costruzione dal proprietario alla comunione. E questo ritrasferimento opera perché il principio generale della comunione legale costituisce una deroga, anche se non espressa, derivante dalla legge, del principio della accessione, deroga prevista dall'art. 934 c.c.

Il tribunale riconosce che con una siffatta costruzione si dà dell'art. 934 c.c. una lettura nuova perché si viene a sostenere che la norma suddetta riconosce operatività non solo a deroghe espresse ma anche a deroghe implicite quale verrebbe ad essere il generale principio della comunione legale, tuttavia una lettura della norma in detti termini non è ontologicamente incompatibile con la voluntas legis. Anzi coordinata con le norme sulla comunione legale in genere essa non solo costituisce il più logico temperamento fra i diversi effetti che il principio dell'accessione e quello della comunione legale generano ma è nella sostanza l'unica che possa assicurare, in una fattispecie come quella in esame, una più efficace tutela degli interessi di entrambi i coniugi dal momento che, con la creazione di una proprietà superficiaria a favore della comunione, il coniuge proprietario del suolo non subisce alcuna diminuzione del suo patrimonio e nel contempo l'altro coniuge viene a godere dell'utile derivante dall'investimento e delle tutele connesse alla contitolarità del bene. Con riferimento alla controversia in esame allora l'appartamento costruito durante il matrimonio è da includere, quale proprietà superficiaria, nella comunione legale.

Pertanto esso appartiene ad entrambi i coniugi in parti uguali.

(Trib. Lucca 24.2.90, GC, 1990, I, 1618).

Pare dunque di poter concludere che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione gli argomenti tecnici fanno da scudo ad un'evidente **opzione sul piano dei valori** in campo. Si è tentato di far risalire tale contrapposizione ad un conflitto tra valori costituzionalmente protetti.

La quaestio che fin qui ci ha occupato involge non solo - come finora giurisprudenza e dottrina hanno evidenziato - un problema di compatibilità o coordinamento tra due norme codicistiche - l'art.177, comma 1, lett.a) da una parte e l'art.934 c.c. dall'altra - bensì coinvolge più a monte, come accennato, due norme costituzionali: due principi costituzionalmente garantiti, ossia l'art. 29 e l'art. 42 cost.

Difatti i valori costituzionali a fondamento dell'istituto della comunione legale si scontrano, vengono a stridere necessariamente con altri valori costituzionalmente tutelati e che "conservano ancora la loro tradizionale funzione di mezzi necessari per lo sviluppo ed il libero svolgimento della personalità umana".

Tra le due norme non è possibile, come invece si è cercato di fare da parte della teoria c.d. della proprietà superficiaria, ritrovare un momento di coordinamento, ma necessariamente occorre operare una scelta a favore dell'una o dell'altra, insomma è un problema di prevalenza.

Ma quale è la norma, il principio da privilegiare?

(Di Mauro 1992, 770).

Ma è parso sopra, sulle orme della dottrina ormai prevalente, di poter negare la riconducibilità del sistema della comunione legale ai principi costituzionali, onde tale approccio non pare condivisibile.