

## II – REGIME TRANSITORIO

**Legislazione:** c.c. 159, 809 - l. 6.2.1913 n. 89, legge notarile, art. 48 - l. 19.5.1975 n. 151, riforma dir. fam., art. 228 – DL 9.9.1977 n. 688 (convertito con legge 31.10.1977 n. 804), proroga termini art. 228 l. 151/75 - l. 10.4.1981 n. 142, soppressione dell'autorizzazione ex 162cc

Bibliografia: De Paola e Macrì 1978 – Finocchiaro e Finocchiaro 1984 - Fusaro 1990 – Lenzi 1986 - Miserocchi 1975

### 3. 1. L'opzione per la separazione dei beni

Ai sensi dell'articolo 228, primo comma, della Novella, "le famiglie già costituite alla data di entrata in vigore della presente legge, decorso il termine di due anni dalla detta data, sono assoggettate al regime della comunione legale per i beni acquistati successivamente alla data medesima a meno che entro lo stesso termine uno dei coniugi non manifesti volontà contraria in un atto ricevuto da notaio o dall'ufficiale di stato civile del luogo in cui fu celebrato il matrimonio". Il termine biennale, originariamente in scadenza il 20 settembre 1977, fu prorogato al 15 gennaio 1978 dal DL 688/77, convertito con legge 804/77. La disposizione ha dato origine ad una considerevole serie di incertezze, alcune tra le quali conservano una certa attualità, nonostante la natura transitoria della norma.

Si sono avute controversie sulla necessità che l'atto recante l'opzione per la conservazione del regime di separazione rispetti le **forme** previste dalla legge per le convenzioni matrimoniali. Il punctum dolens è rappresentato dall'articolo 48 della legge notarile (6 febbraio 1913 n. 89), che sancisce l'irrinunciabilità dei testi nei "contratti di matrimonio"; quest'ultima espressione corrisponde a quella corrente nell'impero del codice del 1865, vigente all'epoca della redazione

della legge notarile, ma è stata reputata (in modo alquanto opinabile; vedasi infra, par. **8**) del tutto equivalente alla nozione di convenzione matrimoniale, secondo la legislazione attuale. Quid iuris, dunque, delle dichiarazioni ex art. 228 rese in assenza dei testimoni? Gli opposti esiti sono ben rappresentati da due pronunzie, di segno diametralmente opposto, della Corte d'Appello di Napoli; parametro d'entrambe le decisioni, com'è ovvio, la riconducibilità dell'opzione per la separazione, ex art. 228, all'area delle convenzioni matrimoniali.

Con il secondo motivo l'appellante contesta che gli atti in questione possano qualificarsi vere e proprie convenzioni matrimoniali ("contratti di matrimonio"), in quanto si tratta di atti a contenuto legislativamente predeterminato. La tesi merita consenso. La norma dell'a. 48 della legge notarile contiene una deroga alla regola generale secondo cui le parti hanno facoltà di rinunciare all'assistenza dei testimoni alla stipulazione dell'atto notarile. Trattasi, quindi, di norma eccezionale che in relazione a detta caratteristica deve essere interpretata con i criteri dettati dall'a. 14 delle preleggi. Alla stregua del rilievo che precede va considerato che l'atto con il quale i coniugi convengono che i beni acquistati anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 151 del 1975 siano assoggettati al regime della comunione non può essere inquadrato nella nozione di convenzione matrimoniale" delineata dall'a. 43 (a. 162 c.c.) della citata legge del 1975. A siffatta conclusione si deve giungere per la considerazione che la norma transitoria dell'a. 228 contiene una pura e semplice facoltà di scelta dei coniugi di assoggettare i loro beni al regime della comunione (regime legale), ed esclude che gli stessi possano dar luogo alla costituzione del fondo patrimoniale con tutti o alcuni dei beni stessi, sottraendo così i detti beni alla comunione legale; l'autonomia della volontà dei coniugi, nella ipotesi considerata, è ridotta dalla legge alla pura facoltà di scelta del regime legale che non è suscettibile di articolarsi nelle forme proprie di una convenzione (matrimoniale) e conseguentemente non è sottoposta nemmeno alla autorizzazione del giudice che è invece prevista, in generale, per tutte le modifiche alle vere e proprie convenzioni matrimoniali (aa. 43 l. cit. e 162 c.c.). Conseguenza che agli atti posti in essere in virtù della norma transitoria del secondo comma dell'a. 228 cit. non può - essendo atti oggettivamente diversi, se pure affini, rispetto alle vere e proprie convenzioni matrimoniali previste dalla legge - ritenersi applicabile il divieto che la legge notarile pone con carattere di specialità e con riferimento agli atti tipici di regolamento dei rapporti patrimoniali tra i coniugi.

(App. Napoli 23.4.81 n. 439, DG 1983, 172)

La seconda sentenza, di poco posteriore, confuta efficacemente l'argomentazione centrale svolta nella prima, così allineandosi all'opinione di gran lunga prevalente in dottrina (Avanzini 1975, 568; Miserochi 1975, 561).

Più serio è invece l'argomento addotto in altra precedente decisione di questa Corte in materia, che cioè la norma in esame, per il suo carattere di norma transitoria ed eccezionale, avrebbe il limitato effetto giuridico di estendere ai beni preesistenti la comunione legale prescelta per i beni acquistati successivamente all'entrata in vigore della legge e non potrebbe essere assimilata alle convenzioni matrimoniali in senso tecnico, per le quali l'a. 162 c.c. prevede la forma dell'atto pubblico, in quanto non suscettibili di essere articolate in modo da determinare il contenuto e l'ambito oggettivo della comunione, come è invece possibile, ad esempio, quando si conviene la costituzione del fondo patrimoniale. Senonché se si accetta la premessa che ha natura di convenzione anche l'atto bilaterale che si limita a rendere possibile un effetto legale tipico e predeterminato secondo uno schema compiutamente regolato dalla legge, non vi sarebbe ragione per escludere, per ciò solo, natura di convenzione matrimoniale all'accordo in considerazione. D'altra parte non è neppure sempre esatto che la comunione che si stabilisce sui beni preesistenti - volontaria nel titolo che la determina, ma legale negli effetti che ne conseguono - sia rigidamente limitata secondo lo schema legale che si desume dalle norme contenute nella Sez. III del codice civile, sulla comunione legale, ammettendosi in dottrina che con la convenzione di cui all'a. 228 2° co. i coniugi possano estendere la comunione anche ai beni personali ed anche ai beni acquistati prima del matrimonio, a beni cioè per i quali è ammissibile la sola comunione convenzionale. Se perciò il legislatore ha richiesto l'accordo dei coniugi (non potendo imporre un'applicazione retroattiva della legge contenente il favor communionis senza un'adesione di volontà dei coniugi interessati) al fine di assoggettare alla comunione, già prescelta per i beni acquistati dopo l'entrata in vigore della riforma, anche i beni preesistenti la forma della convenzione, ciò non significa che tale atto sia da degradare al livello di convenzione priva di effetti (volontari) sul regime patrimoniale, e ciò anche se quello concretamente instaurato corrisponda pienamente allo schema legale tipico previsto per la comunione legale. Se poi si considera che dalla convenzione in esame deriva il trasferimento, unilaterale o reciproco, della proprietà di beni, spesso con fini di liberalità e sempre con quei risultati di uguagliamento delle posizioni economiche dei due coniugi che il legislatore intende favorire, e se si considera che tale regime deve essere reso ostensibile e opponibile anche ai terzi (si tratta di atti dispositivi che possono nuocere agli interessi di creditori e di titolari di altre aspettative sui beni trasferiti alla comunione) si ha la conferma che la stessa esigenza di solennità che ha indotto il legislatore a richiedere la forma dell'atto pubblico per le convenzioni matrimoniali (a. 162 c.c.) e l'intervento dei testimoni (a. 48 l. not.) presidia anche la convenzione qui in esame, che comporta spesso effetti non meno incisivi e rilevanti patrimonialmente.

(App. Napoli 6.11.81 n. 1305, DG, 1983, 172)

### **3.2. Altre cause impeditive dell'insorgere della comunione**

La Corte di Cassazione ha avuto modo di statuire che la dichiarazione ai sensi del primo comma dell'articolo 228 non ammette equipollenti. Si trattava, nella fattispecie, di un acquisto compiuto nel periodo transitorio; l'atto notarile recava una semplice menzione di routine a proposito del (non ancora operativo) regime di comunione, cui correttamente viene negata rilevanza dispositiva.

Sul punto controverso, se i coniugi abbiano manifestato volontà contraria al regime di comunione dei beni, con la dichiarazione contenuta nel rogito: ("Tutti gli assegnatari dichiarano, come confermano anche i rispettivi coniugi, d'essere a conoscenza delle norme sul nuovo diritto di famiglia di cui alla legge 19.5.1975 n. 151 e dichiarano che essi, tutt'ora, non sono soggetti, né per legge né per convenzione, al regime di comunione") questa Corte osserva che la riportata dichiarazione di scienza in ordine all'assenza del regime di comunione legale contenuta in una semplice clausola del bilaterale negozio d'acquisto, non equivale all'atto previsto dall'art. 228 I co. della L. 19.5.75 n. 151, che deve essere appositamente ricevuto da notaio o dall'ufficio in cui fu celebrato il matrimonio e deve rivestire una propria forma solenne e contenere una chiara manifestazione di volontà di non assoggettamento al regime di comunione, essendo l'atto medesimo assoggettato alla pubblicità mediante l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio. Conseguentemente ha avuto normale applicazione il regime di comunione, in mancanza di atto idoneo ad impedire l'attuazione di tale regime.

(Cass. 19.05.88 n. 3483, CG, 1988, 692; AC, 1988, 1188)

Parimenti, la semplice **separazione di fatto** è stata reputata circostanza di per sé insufficiente ad impedire l'insorgere della comunione.

“Restringendo il discorso all'ipotesi della separazione personale tra coniugi, ritiene questo Supremo Collegio di dover escludere che la previsione legislativa comprenda anche lo stato di separazione di fatto, e cio' in base ai seguenti rilievi: a) nel sistema codicistico, anche come modificato dalla legge di riforma del diritto di famiglia, la fattispecie della "separazione personale dei coniugi" non si estende oltre le ipotesi della separazione giudiziale e di quella consensuale omologata, come si evince in particolare dall'art. 150 in cui e' detto esplicitamente che la separazione puo' essere giudiziale o consensuale, e che il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi; b) posto che lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio presuppongono in ogni caso uno stato di separazione dei coniugi, legalizzato o di fatto, sarebbe stato inutile ed oltremodo superfluo indicare detti eventi quale autonoma causa di scioglimento della comunione se l'espressione "separazione personale" nell'art. 191 avesse compreso anche l'ipotesi della separazione di fatto; c) il vuoto legislativo in tema di pubblicità del regime patrimoniale della famiglia, determinato dalla mancanza di una norma che preveda l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio dei provvedimenti che dispongono la separazione personale dei coniugi, e che ha dato luogo a contrastanti pronunce giurisprudenziali (cfr. Trib. Monza, decr. 8-3-84; App. Trieste, 16-3-79) e ad articolate posizioni assunte dalla dottrina, verrebbe ad essere ancora più grave se si facesse rientrare nella previsione legislativa ex art. 191 anche l'ipotesi della separazione di fatto, dato che in questo caso manca qualsiasi titolo da esibire e da menzionare negli atti di vendita, e non potendo d'altra parte applicarsi in via analogica l'art. 193 ult. comma che prescrive l'annotazione della sentenza di separazione (giudiziale) dei beni. Conseguenza da quanto detto che lo stato di separazione di fatto, in sé e per sé considerato, non può determinare lo scioglimento della comunione, né può impedire l'insorgenza della comunione se esistente nel periodo transitorio 20.9.75 - 15.1.78 (sia che abbia avuto inizio in data anteriore all'entrata in vigore della legge di riforma, sia che abbia avuto inizio dopo).” (Cass. 7.5.87 n. 4235, FI, 1987, I, 2051; GC, 1987, I, 2552)

Altre circostanze sono state invece ritenute idonee ad impedire l'insorgere del regime di comunione. E' il caso della proposizione della **domanda di scioglimento** del matrimonio.

Se invero uno dei coniugi nel biennio di transizione ha proposto domanda di scioglimento del matrimonio, deducendo uno stato di separazione di fatto risalente ad almeno due anni prima dell'entrata in vigore della legge n. 898-70, vuol dire che ha inteso legalizzare una situazione di separazione ritenuta irreversibile, e quindi non può non aver avuto anche una volontà contraria all'instaurarsi alla scadenza di detto periodo del regime di comunione legale per i beni acquistati successivamente a tale data. Opinare diversamente significherebbe ammettere la costituzione di una comunione di beni destinata inevitabilmente ad essere sciolta a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, una comunione cioè che verrebbe ad essere operante per un breve periodo (corrispondente alla durata del procedimento di divorzio) tra coniugi che da diversi anni (dovendosi risalire ad almeno due anni prima dell'entrata in vigore della legge n. 898-70) non vivono più insieme, tra i quali e' cessato di fatto il rapporto di coniugi e che non intendono più riconciliarsi essendosi ormai ciascuno costruito una vita propria ed autonoma.

Non vale, d'altra parte, obiettare che la dichiarazione di volontà contraria al regime della comunione legale prevista dall'art. 228, comma 1 cit., deve essere contenuta per espressa prescrizione legislativa in un atto ricevuto da notaio o dall'ufficiale di stato civile, ed inoltre annotata sull'atto di matrimonio per essere opponibile a terzi (ex art. 228, comma 3), perché le esigenze che hanno imposto tale regime di forma e di pubblicità vengono ampiamente soddisfatte dal deposito del ricorso - con cui viene proposta la domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio - presso il tribunale civile del luogo di trascrizione del matrimonio per l'annotazione in calce all'atto, ed infine dalla notificazione al coniuge convenuto sia di detto ricorso che del decreto del presidente del tribunale di fissazione davanti a sé del giorno della comparizione (art. 4 L. n. 898-70). (Cass. 7.5.87 n. 4235, FI, 1987, I, 2051; GC, 1987, I, 2552)

Analogamente s'è deciso, a fortiori, per il caso in cui nel periodo transitorio sopravvenga **separazione consensuale** dei coniugi ritualmente omologata (App. Firenze 25.1.89 n. 74, AC 1989, 1201): la separazione personale è causa di scioglimento della comunione ai sensi dell'articolo 191cc; il regime comunitario, pertanto, nascerebbe morto, il che pare francamente non aver senso. Alle medesime conclusioni può pervenirsi laddove nel periodo transitorio si sia verificata altra delle cause di scioglimento della comunione previste all'articolo 191, ad esempio morte e fallimento (Finocchiaro 1994, 2496). Una fattispecie alquanto singolare, oggetto di una decisione della Cassazione, riguardava una coppia separatasi e poi riconciliatasi prima del 15 gennaio 1978; la conclusione è nel senso della vigenza della comunione.

Appare evidente che un eventuale stato di separazione tra i coniugi preesistente alla scadenza del termine del 15

gennaio 1978 non può esplicitare alcuna rilevanza ove - come nella specie e' incontestato in giudizio, secondo quanto osserva la stessa sentenza impugnata - detta condizione sia stata superata da una successiva riconciliazione, a sua volta intervenuta prima del termine richiamato. Ed invero la sussistenza, allo scadere del limite temporale fissato dal legislatore per esprimere l'opzione per il regime della separazione dei beni, di un rapporto coniugale non solo giuridicamente persistente, ma connotato nella sua concretezza a tutte le condizioni che caratterizzano lo status di coniugi conviventi, vale ad assorbire la circostanza che in epoca precedente detti coniugi siano stati legalmente separati. Né può argomentarsi in contrario che ai sensi dell'art. 191 c.c. la separazione personale costituisce uno degli eventi determinanti la cessazione (per il futuro) della comunione legale, atteso che - come già rilevato - secondo la previsione della norma in esame la comunione dei beni si instaura unicamente alla scadenza del termine fissato per esprimere la volontà contraria, e pertanto prima di tale data il regime legale e' quello della separazione, ossia il medesimo regime che l'art. 191 c.c. fa derivare dalla separazione personale. Come e' evidente, a diversa soluzione deve pervenirsi nel caso in cui alla scadenza del termine i coniugi vivano legalmente separati, prevedendo in tale ipotesi direttamente la legge il regime di separazione dei beni.  
(Cass 23.2.93 n. 2221, GI, 1993, I, 1, 2084).

### 3.3. Modus operandi del regime transitorio

Delicate questioni sono connesse alla esatta identificazione del meccanismo tecnico/giuridico proprio del regime transitorio. Si pone innanzitutto il problema se il coniuge che abbia proceduto all'acquisto di un bene durante il periodo transitorio potesse legittimamente alienarlo senza il concorso dell'altro coniuge, sempre durante il periodo transitorio. Tutto questo, ovviamente, laddove non vi sia stata opzione per il regime di separazione ai sensi dell'articolo 228, giacché in tal caso la comunione non sarebbe mai venuta ad esistenza. La soluzione dipende dalla preferenza tra le **due diverse ricostruzioni** possibili, che così possono schematizzarsi:

- la comunione legale è insorta al 15 gennaio 1978, investendo però i beni acquistati anche separatamente, ed ancora esistenti nel patrimonio del coniuge acquirente;
- la comunione legale è insorta al 20 settembre 1975, fatta salva la possibilità d'eliminarla retroattivamente con la contraria opzione ex 228.

In conformità all'opinione dottrinale prevalente e più autorevole questo Supremo Collegio ritiene di dovere aderire alla prima delle due interpretazioni surriferite che a parte gli inconvenienti pratici derivanti dalle conclusioni della tesi opposta trova supporto nella stessa formulazione letterale della disposizione: "le famiglie già costituite alla data di entrata in vigore della presente legge, decorso il termine di due anni ... sono assoggettate al regime della comunione legale per i beni acquistati successivamente alla data medesima, a meno che entro lo stesso termine uno dei coniugi ...": e' evidente che il verificarsi, o meno, dell'effetto comunione, e' ricollegato ad un avvenimento futuro ed incerto (l'omessa dichiarazione di scelta): non si tratta, nella specie, di condicio hominis ma di condicio iuris, stabilita dallo stesso legislatore ed e' pacifico che al verificarsi di una condicio iuris non può realizzarsi alcun effetto retroattivo e, pertanto, e' inammissibile supporre che il bene, già "comune" divenga "personale". In realtà al momento in cui la condizione si verifica occorre considerare la situazione patrimoniale dei coniugi così com'è in quel momento e, di conseguenza, se (e nei limiti in cui sono presenti) esistono beni acquistati da uno dei coniugi nel periodo intermedio questi cadono in comunione - sempreché non vi sia stato rifiuto anche unilaterale del nuovo regime -, con esclusione di qualsiasi efficacia retroattiva alla dichiarazione di scelta se questa invece sia stata fatta.

Tutto ciò implica che:

- a) quanti erano già uniti in matrimonio alla data di entrata in vigore della nuova normativa (salva sempre l'ipotesi in cui sia stato espresso dissenso anche da uno solo dei coniugi nei confronti del regime di comunione legale) sono soggetti alla nuova disciplina unicamente a decorrere dal 16 gennaio 1978;
- b) ciascun coniuge poiché, fino al 15 gennaio 1978, non era soggetto al regime della comunione legale ha avuto sino a quella data, dei beni di sua esclusiva proprietà, il più ampio potere dispositivo e, pertanto, eventuali suoi atti di disposizione non si sarebbero potuti annullare ad istanza dell'altro coniuge ex art. 184-63 (purché, naturalmente, perfezionati entro il 15 gennaio 1978);
- c) oggetto della comunione (ai sensi degli artt. 177-56 e segg.) sono, per quanti già uniti in matrimonio alla data di entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, non solo gli acquisti compiuti dagli sposi congiuntamente e disgiuntamente, successivamente al 15 gennaio 1978, ma anche quelli, anteriori, posti in essere nel biennio 21 settembre 1975 - 15 gennaio 1978, purché ancora nel patrimonio del coniuge acquirente;
- d) posto in essere che il regime di comunione per quanti erano già uniti in matrimonio al 20 settembre 1975, sorge unicamente alla data 16 gennaio 1978, deve escludersi che la dichiarazione di rifiuto del regime legale, ai sensi dell'art. 228, comma 1, abbia, quale proprio effetto, lo "scioglimento della comunione", per cui, in nessun caso, la stessa potrebbe far sorgere, reciprocamente, in capo ai coniugi, quei diritti sui frutti e sui proventi dell'attività separata dell'altro, tipici dello "scioglimento della comunione" (art. 177-56 lett. b e c).

(Cass. 7.5.87 n. 4235, FI, 1987, I, 2051; GC, 1987, I, 2552)

Nello stesso senso Cass. 25.7.1997 n. 6954, FI, 1998, I, 893. Secondo un'opinione giurisprudenziale, l'applicazione del regime transitorio non pare soffrire eccezione alcuna quando, anziché in materia di comunione immediata, si versi in materia di comunione de residuo:

La questione relativa all'operatività dell'art. 178 c.c. nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore della L. n. 151 del 1975 e la scadenza del periodo transitorio previsto dall'art. 228 della novella non risulta finora specificatamente affrontata in giurisprudenza, mentre la sua rilevanza nel caso concreto appare sicura, sol che si consideri che, ove si aderisse alla tesi dello slittamento dell'efficacia dell'art. 178 c.c. dopo il 15 gennaio 1978, il bene di cui si tratta non potrebbe neppure considerarsi destinato alla comunione di residuo, integrando invece un cespite destinato a rimanere di proprietà esclusiva del coniuge acquirente sulla base del previgente regime di separazione. Ma, sia il dato letterale dell'art. 228 della L. n. 151 del 1975, che fa espresso riferimento all' "acquisto." di beni, sia la destinazione dell'acquisto del bene di uso imprenditoriale alla "comunione" (sia pure de residuo) inducono a ritenere che l'immobile in questione sia soggetto al disposto dell'art. 178 c.c. (ed è quindi suscettivo di cadere in comunione, anche se temporaneamente personale) sulla base dello stesso principio di diritto intertemporale enunciato dalla Corte Suprema con riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 177 lett. a) c.c. principio che, secondo la prevalente dottrina, è estensibile alle altre ipotesi di comunione di residuo contemplate alle lett. b) e c) della medesima disposizione. (Trib. Monza 14.11.88, RN, 1989, 622).

D'opposto avviso una dottrina (Finocchiaro 1984, 2501), sulla base della lettera della norma, che fa riferimento ai soli "acquisti"; la materia, per quanto di interesse empirico sempre più limitato, meriterebbe forse un approfondimento, giacché si possono nutrire dei dubbi sulla applicabilità degli argomenti proposti a tutte le ipotesi, tra loro alquanto disomogenee, di comunione de residuo. Si è pure deciso che ai sensi dell'articolo 228 le (rarissime!) comunioni degli utili e degli acquisti di cui al regime previgente (vecchio articolo 215) debbono intendersi convertite in comunioni legali:

La questione da risolvere consiste nello stabilire se le comunioni dei beni - recte: comunioni degli utili e degli acquisti - stipulate anteriormente alla riforma del diritto di famiglia, introdotta con la legge 19.5.1975 n. 151, siano disciplinate da questa legge oppure restino assoggettate alla disciplina normativa vigente all'epoca della loro stipulazione. La questione va risolta nel primo senso. Secondo l'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale "le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori .... o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore". Questa ipotesi ricorre nella specie, non essendovi dubbio che la menzionata legge n. 151 contiene una disciplina innovativa ed esaustiva dell'intera materia del diritto di famiglia, tanto che prevede numerose e dettagliate "norme finali e transitorie". Le convenzioni in esame quindi devono ritenersi disciplinate dalla nuova normativa. Né può invocarsi, a sostegno della interpretazione contraria, il principio della ultrattività dei contratti. E' ben vero, difatti, che questi restano assoggettati (unicamente) alla normativa vigente al momento della loro conclusione (sia, ovviamente, in ordine alla loro validità, sia) in ordine ai loro effetti: ma ciò solo se questi si esauriscono nel periodo di vigenza di tale normativa. Allorché, invece, gli effetti si protraggono indefinitamente nel tempo, non può non applicarsi ad essi la normativa vigente nel momento in cui essi devono prodursi. Né ciò importa violazione del principio della irretroattività della legge perché la nuova legge si applica non al contratto, ma alla situazione che lo stesso ha prodotto. Nella specie quindi la nuova normativa non incide sul contratto poiché non immuta la situazione giuridica dallo stesso creata - e cioè la comunione tra coniugi - ma viene a disciplinare gli effetti di quella situazione che dovrebbero prodursi all'epoca di vigenza di essa normativa. (Cass. 17.3.95 n. 3087, DFP 1995, 1403).

L'annotazione a margine dell'atto di matrimonio (sulla quale in generale infra, §13) è requisito per l'opponibilità a terzi a mente dell'ultimo comma dell'articolo 228 della legge 151/75.

#### **4. L'assoggettamento a comunione degli acquisti anteriori**

Problematiche relativamente più modeste sono state proposte in relazione all'altra opzione consentita dall'articolo 228 della Novella, che abilita i coniugi a convenire la caduta in comunione dei beni acquistati prima del 20 settembre 1975 ma dopo il matrimonio. In verità fu affacciata talora, specie nella giurisprudenza tributaria, l'idea che tale disposizione fosse applicabile anche ai **beni preuziali**: tale soluzione talora difesa in dottrina (Finocchiaro 1984, 2504) era del massimo

interesse empirico, giacché avrebbe consentito di porre in comunione beni acquistati prima del matrimonio profittando del regime fiscale di estremo favore dettato dall'ultimo comma dell'articolo. La Corte di Cassazione ha costantemente respinto tale ipotesi:

“La formulazione del secondo comma, che testualmente si riferisce all'assoggettamento a comunione dei "beni acquistati anteriormente alla data indicata nel primo comma" (cioè' anteriormente alla data di entrata in vigore della legge), ha fatto sorgere il dubbio se i beni in questione siano unicamente quelli in precedenza acquistati da uno di detti coniugi in costanza di matrimonio (cosiddetti beni postnuziali), o anche quelli acquistati prima del matrimonio (beni prenuziali). Dubbio destinato di conseguenza a riflettersi anche sul regime fiscale degli atti di assoggettamento a comunione di tali beni, dal momento che il terzo comma del citato art. 228 - come s'è già riferito - esenta da imposte dagli atti compiuti a norma del precedente secondo comma, ma non anche, ovviamente, gli atti che esulino del tutto dalla previsione dell'articolo in esame. Ora, sotto il profilo esclusivamente letterale, potrebbe avere un qualche apparente fondamento la tesi secondo la quale resterebbe nella previsione della citata norma tutti i beni appartenenti ad uno solo dei coniugi, che si intendano assoggettare a comunione, indipendentemente dall'essere essi prenuziali o postnuziali, in quanto effettivamente il citato secondo comma dell'art. 228 parla genericamente, e senza ulteriori distinzioni, di beni acquistati anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di riforma. Tuttavia, i canoni dell'interpretazione sistematica e razionale conducono sicuramente ad opposta soluzione. Dal punto di vista sistematico, infatti, non può prescindersi dal porre in relazione il secondo con il primo comma dell'articolo in esame. E da tale relazione appare evidente come entrambi i commi abbiano inteso disciplinare, in via transitoria, la fattispecie dei beni acquistati in costanza di matrimonio da coniugi che si trovassero in regime di separazione patrimoniale al tempo dell'entrata in vigore della riforma: il primo comma facendo senz'altro ricadere nel regime di comunione i beni acquistati da detti coniugi dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, salvo manifestazione di volontà contraria; ed il secondo comma lasciando invece in essere il regime della separazione per i beni già acquistati in precedenza (ma pur sempre durante il matrimonio), salva espressa convenzione volta ad assoggettare detti beni a comunione. La ratio legis che ha ispirato tale normativa, d'altronde, è palesemente quella di un tendenziale accostamento reciproco del regime patrimoniale delle famiglie costituite prima e dopo l'entrata in vigore della riforma, pur nel rispetto delle situazioni già altrimenti stabilizzate, e di un conseguenziale favore anche fiscale) verso atti destinati ad una migliore armonizzazione delle situazioni preesistenti con il nuovo regime della comunione legale. Il che conferma che la disposizione del secondo comma del citato art. 228, e l'esenzione tributaria che il terzo comma vi ricollega, possono riferirsi unicamente ad atti che abbiano ad oggetto beni acquistati da uno dei coniugi in costanza di matrimonio: perché solo tali beni, ove si trattasse di applicare la disciplina della legge di riforma a rapporti matrimoniali sorti dopo la sua entrata in vigore, ricadrebbero naturalmente nella comunione legale, mentre i beni personali indicati dal primo comma, lettera a), dell'art. 179 c.c. possono entrare a far parte della comunione soltanto in via convenzionale (cfr. art. 210 c.c.). E, dunque, mal si comprende per quale ragione si sarebbe voluto offrire un vantaggio fiscale, in sede transitoria, ad atti di assoggettamento a comunione di beni prenuziali che, anche in prospettiva di piena attuazione della riforma, potrebbero rientrare nella comunione medesima solo per via convenzionale e sarebbero comunque soggetti ad imposta proprio perché implicanti un trasferimento assolutamente volontario tra coniugi.  
(Cass. 12.4.96 n. 3481, CTC, 1996, II, 468)

### In tale prospettiva

non è che i coniugi non possano concludere contratti relativi a singoli beni determinati, sia creando comunioni convenzionali anche per quote diseguali, in deroga al co. 3 dell'art. 210 c.c., sia mediante l'acquisto singolare, purché nell'atto sia stato parte anche l'altro coniuge, ma in tal caso non si tratta di una convenzione che modifica il regime legale della comunione, sibbene una comunione ordinaria a quote diseguali che non modifica il regime legale. Come ulteriore corollario la comunione convenzionale come tale non sarà esente dal pagamento delle imposte. nione di beni acquistati anteriormente al matrimonio.  
(Cass 3.8.94 n. 7206, VN, 1994, 641; RGT, 1994, 1203; GC, 1994, I, 3076).

La natura della comunione retroattiva ex 228 è stata affrontata in un interessante passaggio di una pronuncia di merito: si tratta di comunione **legale o convenzionale?**

Il favor infine nell'art. 228 non è, come opina il tribunale, nei confronti di un caso particolare di comunione convenzionale ma solo nella possibilità di rendere retroattiva la comunione legale che altrimenti verrebbe a stabilirsi dal 20 settembre 1975. L'articolo in questione si occupa della comunione legale rispetto alle famiglie già costituite prevedendo al 1° comma l'esclusione dal 20 settembre 1975, al 2° comma l'allargamento ai beni acquistati anteriormente a tale data. Detto comma, malgrado parli semplicemente di comunione, si riferisce comunque alla comunione legale e perché non fa che proseguire il discorso iniziato al 1° comma e perché ove i coniugi volessero stabilire la comunione convenzionale non avrebbero bisogno di alcuna concessione. Ove si ponga mente al fatto che la modifica del regime presunto in tema di rapporti patrimoniali della famiglia è stata dettata dall'apprezzamento della

cooperazione dei coniugi nella costituzione di un patrimonio che non esisteva prima delle nozze, non ci vuole altro a dedurre sia il favor nei confronti della comunione legale e non anche nei confronti della comunione convenzionale sia la ragione esplicita della norma transitoria: consentire anche alle famiglie già costituite la realizzazione dall'inizio della comunione legale senza alcun aggravio fiscale e la riduzione a metà degli onorari professionali. Se il 3° comma, come è pacifico, si applica esclusivamente alla comunione legale retroattiva, non si vede perché il 2° comma dovrebbe ipotizzare un caso di comunione convenzionale. Infine non è fuor di luogo ricordare che sono esenti da imposte e tasse e riduzione alla metà tanto gli atti con i quali uno dei coniugi opta per il regime di separazione o entrambi per la comunione legale retroattiva sia "i trasferimenti eventuali e conseguenti di diritti". Il che sta ad indicare che non è sufficiente per includere nella comunione legale i beni acquistati dopo il matrimonio la dichiarazione di cui al 2° comma.

Poiché avviene un trasferimento della titolarità, sia pure in ragione della metà, avendo tale trasferimento per oggetto beni immobili è necessario un atto scritto, art. 1350, n.3, c.c., che specifichi i singoli beni sui quali la comunione si stabilisce. Non ha altro senso l'inciso "compresi i trasferimenti eventuali e conseguenti di diritti". Conseguenti appunto allo stabilirsi della comunione legale. Nella specie nessun trasferimento è stato effettuato e non a caso perché tutti i beni immobili si appartenevano alla Romanelli prima del matrimonio, direttamente o in via di surrogazione ex art. 179, (lett. f), cc.

Opina la difesa degli appellati che la comunione legale non ha bisogno di essere stabilita convenzionalmente essendo sufficiente in proposito la legge. Se i coniugi hanno ritenuto di procedere ad una convenzione, evidentemente non può trattarsi che di comunione convenzionale. L'argomento è suggestivo ma non conduce alle conclusioni fatte proprio dal primo giudice e dagli appellati sperate. E' vero che la comunione legale non ha bisogno di essere convenuta, ma tanto vale per i matrimoni contratti dal 20 settembre 1975 in poi, per i matrimoni precedenti è indispensabile la manifestazione concorde della volontà dei coniugi. Tale volontà non estrinseca una convenzione matrimoniale bensì l'attuazione di una facoltà riconosciuta dalla legge. Il "convenire" di cui al 2° comma dell'art. 228 designa tale accordo non una convenzione matrimoniale. E' vano quindi parlare di una semplice evasione fiscale, della quale, peraltro, risponderebbe anche il notaio rogante, manca proprio la convenzione matrimoniale con la quale le parti avrebbero adottato il regime di cui all'art. 210 cc.

(App. Bari 6.9.89, FI, 1990, I, 3491).

Si ritrova qui en passant la conferma dell'opinione di gran lunga prevalente in giurisprudenza a proposito dell'applicabilità del secondo comma dell'articolo 228 ai soli beni acquistati dopo il matrimonio. Due ulteriori questioni sono affrontate in modo alquanto promiscuo, ma debbono a rigore tenersi distinte. Un conto, infatti, è chiedersi se la comunione retroattiva (in quanto regime) sia riconducibile al modello legale o meno: la soluzione affermativa pare obbligata, giacché non si scorge traccia di una volontà legislativa diretta a sottoporre a due discipline distinte i due tronconi di comunione, rispettivamente alimentati dai beni acquistati prima o dopo il 20 settembre 1975. Su questo punto è intervenuta con molta chiarezza la Corte di Cassazione.

Dissensi (qui variamente accentuati dai ricorrenti) sono, invece, emersi sulla identificazione (e sull'oggetto) della "comunione" (senza aggettivo) prevista dal secondo comma dell'art. 228. Ma, ove si rifletta che esso - come rilevato dalla Corte territoriale - altro non è che la prosecuzione del discorso iniziato col comma che lo precede, rispetto al quale il "quid pluris" è costituito unicamente dal potere attribuito ai coniugi di mettere pattiziamente in comunione anche i beni acquistati anteriormente alla data indicata nel primo comma, pianamente ne deriva, già per questo, che la comunione di cui, in entrambi i commi, la norma si occupa è tipologicamente la stessa, ossia la comunione legale (pura), dalla quale - conviene ripeterlo - i beni prematrimoniali sono esclusi, con la conseguenza che l'avverbio "anteriormente" usato nel secondo comma deve, coerentemente, intendersi riferito ai beni acquistati prima della data di entrata in vigore della riforma, ma dopo la celebrazione del matrimonio.

(Cass. 24.11.92 n. 12531, DFP, 1993, 480).

Altro e distinto problema è decidere se l'atto di autonomia privata col quale si pone in essere tale retroattività sia riconducibile alla categoria delle convenzioni matrimoniali, e qui la decisione (in senso negativo) del Tribunale di Bari appare più opinabile, anche se non manca di un qualche fondamento: tale atto non comporta un intervento sul regime patrimoniale applicabile, ma solo un'integrazione del suo contenuto. Sotto altro profilo, certamente

la convenzione in parola è un vero negozio dispositivo: il cedente, già titolare dell'intero, attribuisce al proprio coniuge una quota ideale degli stessi e conviene che, per il futuro, detti beni sosterranno alla disciplina dei beni oggetto di comunione legale.

(Finocchiaro 1984, 2506).

La natura dell'opzione per la retroattività ex 228 può aver riflessi su un altro piano. Tali atti ebbero luogo necessariamente durante il periodo transitorio, tra il 1975 e l'inizio del 1978. La legge 10.4.1981 n. 142, articolo 2, su cui *amplius infra*, impone l'autorizzazione del giudice per mutare le convenzioni matrimoniali stipulate per atto pubblico prima dell'entrata in vigore della legge stessa, e dunque prima del 1981. Si potrebbe quindi ritenere che, laddove le coppie che a suo tempo fecero luogo all'opzione in esame intendessero passare (anche oggi) al regime di separazione, debbano richiedere l'**autorizzazione** ai sensi della legge 142. Lo ha negato il Tribunale di Lucca.

(...) ritenuto che con tale atto i coniugi non hanno posto in essere una convenzione matrimoniale diretta a mutare, per l'avvenire, il regime patrimoniale della famiglia, ma si sono limitati a mettere in comune i beni personalmente acquistati in precedenza; considerato che il regime patrimoniale, attualmente in vigore per i ricorrenti, è quello della comunione dei beni *ope legis* e che la convenzione che i detti coniugi si accingono a stipulare non muta una precedente convenzione matrimoniale (...)  
(Trib. Lucca 29.10.84, GM, 1986, 69).

La pronuncia è stata commentata sfavorevolmente (Lenzi 1986, 74) in quanto vi si è letta la negazione della natura di convenzione matrimoniale dell'opzione in oggetto. Non appare però indispensabile spingersi così lontano: il Tribunale toscano s'è limitato ad osservare che il passaggio alla separazione dei beni modifica il regime patrimoniale per il futuro, mentre la retroattività riguardava il passato. Il punto non è quindi domandarsi se l'opzione per la retroattività ex 228 sia una convenzione matrimoniale, il che si può senz'altro concedere, ma se tale convenzione venga mutata dal successivo passaggio alla separazione: è questo secondo distinto interrogativo a ricevere risposta negativa, giacché i due atti hanno ambiti temporali d'azione totalmente diversi ed indipendenti.

Mancando nel secondo comma dell'articolo 228 la previsione, contenuta invece nel primo comma, di una competenza concorrente dell'ufficiale di stato civile, l'opinione di gran lunga prevalente è nel senso che l'assoggettamento alla comunione degli acquisti anteriori potesse avvenire esclusivamente con **atto notarile** (Miserocchi 1975, 563; Trib. Livorno 6.2.89, GI, 1989, I, 1232; SCI, 1989, 555). Una notevole confusione fu indotta dal DM 31/7/75, recante approvazione del nuovo formulario per gli Ufficiali dello Stato Civile, e che prevedeva tale ipotesi al punto 159ter, poi rimosso con DM 4/3/77.

La Cassazione ha altresì stabilito che rientra (o meglio: rientrava) nella facoltà dei coniugi procedere all'estensione ex 228 solo per **beni determinati**.

“In questo senso depone il dato letterale, una volta che il precetto normativo non prescrive in alcun modo che la convenzione deve essere universale e deve avere per oggetto tutti indistintamente gli acquisti dei coniugi anteriori all'entrata in vigore della legge di riforma del diritto di famiglia. Né ad ovviare alla carenza normativa può valere il richiamo alle caratteristiche essenziali dell'istituto della comunione legale ed, in particolare, all'assoggettamento al suo regime di tutti gli acquisti dei coniugi. Al momento della stipula delle convenzioni, i beni dei singoli coniugi non sono ancora assoggettati al regime della comunione legale, sicché la disciplina sugli atti che dispongono del diritto su stessi non può essere individuata nelle regole proprie a questo istituto: esse regole cioè possono valere successivamente al momento dell'assoggettamento, ma non per disciplinare l'assoggettamento stesso. Inoltre, dalla circostanza che al momento della convenzione i singoli coniugi siano titolari del diritto sui beni conferendi e siano liberi di conferirli o no, consegue anche che la convenzione stessa ha ad oggetto una situazione giuridica e di fatto essenzialmente diversa da quella rilevante in tema di comunione legale: essa convenzione, infatti, opera non già l'esclusione dalla comunione legali di beni che vi dovrebbero essere inclusi secondo le regole proprie dell'istituto, sibbene l'inserimento nella comunione di beni che ne dovrebbero essere esclusi in quanto acquistati personalmente dal singolo coniuge in regime di separazione dei beni. In siffatta prospettiva, allora, non può essere in alcun modo pertinente il richiamo alle regole della comunione legale ai fini della disciplina della materia oggetto delle convenzioni ex art. 228, c. 2 L. n. 151-1975. In ogni caso è principio che con una dichiarazione espressa i coniugi possono convenire l'esclusione dalla comunione legale di alcuni beni ancorché non ricorrano le ipotesi specificamente contemplate dall'art. 179, 1 comma ultima parte lettere c), d) f) (v. Cass., 3 giugno 1989, n. 2688). Vale a dire che non è affatto vero che in tema di comunione legale i coniugi non possono derogare pattiziamente alla disciplina normativa sull'universalità dei beni che devono esservi assoggettati; e

che, pertanto, le regole dell'istituto non possono essere certo invocate per giustificare la soluzione qui respinta. Il dato letterale, e' confortato da quello sistematico. In via diretta dall'esistenza di norme che disciplinano convenzioni che hanno ad oggetto l'esclusione di beni dalla comunione tra i coniugi e che ne presuppongono la validità (v. artt. 210 e 2647 Cod. civ.). In via indiretta, dall'irrazionalità della lettura qui disattesa, vuoi perché essa comporta che colla regolamentazione pattizia della fase di transizione tra i due regimi patrimoniali della famiglia debbano rimanere assoggettati necessariamente alla comunione legale anche dei beni che, nel regime ordinario, non solo sono sempre esclusi da quella comunione per espressa volontà normativa, ma non possono esservi inseriti neppure con una convenzione ex art. 210 Cod. civ.; e vuoi perché non è data individuare ragione perché i coniugi debbano necessariamente conferire alla comunione l'universalità dei loro beni mentre sono liberi di assoggettarli o no alla comunione stessa.”

(Cass 18.5.94 n. 4887, GI, 1995, I, 1, 1066; GC, 1995, I, 1621; FD, 1994, 647).

Deve appena osservarsi che, una volta ammesso, come ha fatto la giurisprudenza della Cassazione con la sopra citata sentenza 2688/89, che si possa far luogo al rifiuto di singoli coacquisti in costanza di comunione, non v'è certamente alcun ostacolo ad ammettere che altrettanto si potesse fare in sede di retroattività convenzionale ex 228.

Al momento priva di riscontri in giurisprudenza l'affermazione secondo cui l'atto col quale si fa retroagire la comunione legale integrerebbe gli estremi di una **donazione indiretta** (Finocchiaro 1984, 2507). Tale tesi è di notevole interesse empirico anche sul lungo periodo, in quanto potrebbe fondare pretese in sede successoria, per molti decenni a venire, nei confronti del coniuge beneficiario da parte degli altri legittimari. Impegnativo assumere una posizione netta su una così complessa questione (sulla quale, molto elegantemente, Moscarini 1976, 168). Da un lato è indiscutibile che attraverso tale opzione si potesse in concreto pervenire a beneficiare un coniuge; per converso occorre prendere atto che ciò avveniva per il tramite di uno strumento (la comunione legale) assai peculiare, ed ordinariamente capace di dar luogo a sostanziali riallocazioni di ricchezza totalmente sganciate dalla normale logica gratuità/onerosità. In altri termini: in costanza di comunione i beni acquistati con risorse esclusive di un coniuge divengono comuni senza che con ciò si abbia, per pacifica opinione, una donazione indiretta; non appare facile giustificare un'opposta conclusione in relazione alla comunione retroattiva ex 228 che, come s'è visto, è a pieno titolo comunione legale.

Anche qui, l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio (sulla quale in generale infra, §13) è requisito per l'opponibilità a terzi ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 228 della legge 151/75.