

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 44-2023/C

COMUNIONE DE RESIDUO.
STUDIO SISTEMATICO DOPO LE SSUU 15889/2022
di Fulvio Mecenate

(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 novembre 2023)

Abstract

I - Secondo la sentenza della Cassazione civile, Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, la comunione de residuo ex art. 178 c.c. non è fonte di acquisto di una contitolarità reale, ma soltanto di diritti di credito. La sentenza è condivisibile, ma ha il difetto di non approfondire gli aspetti sistematici, limitandosi all'«adducere inconueniens».

II - L'alternativa tra contitolarità reale e mero diritto di credito, oltre a dividere la dottrina e la giurisprudenza, è avvalorata dalla comparazione storica e giuridica: entrambi i sistemi sono presenti e autorevolmente rappresentati.

III - La comunione de residuo, a dispetto del nome iuris, è un regime separatista, in cui un coniuge è titolare del bene «proprio» e può amministrarlo e disporne liberamente fino al termine del regime. Un'importante differenza tra i beni «personali» ex art. 179 e quelli «propri» ex art. 177 b/c consiste nella tendenziale caduta in comunione del reinvestimento. Ma la tendenziale caduta in comunione immediata del reinvestimento non riguarda i beni «propri» ex art. 178 c.c.

IV- La comunione residuale è prevista da due articoli: l'art. 177 lett. b) e c), e 178. La sentenza si occupa solo di quest'ultimo. I due articoli sono diversi tra loro: divergono la lettera della legge, la collocazione (riconducibile alla ratio legis) e la disciplina stessa: la tendenziale «comunitarizzazione» del reinvestimento senza possibilità di esclusione ex art. 179, che riguarda solo i beni ex art. 177 b/c. Ma soprattutto, sono diversi i beni considerati: cose determinate nel caso dell'art. 177; «entità contabili» nel caso dell'art. 178. La comunione de residuo si concretizza dunque in due situazioni giuridiche diverse: contitolarità reale, nelle fattispecie di cui all'art. 177 b)-c); credito perequativo («more germanico»), nella fattispecie di cui all'art. 178.

V – Il sistema della comunione de residuo appare dunque (almeno) «dualistico». La natura del bene (azienda, personale e cogestita) porta ad includere anche l'art. 177 co. 2 nel sistema «creditorio». Sempre sulla base del regime giuridico dei singoli tipi di bene, la contitolarità reale ex art. 177 b) - c), per i beni immobili o mobili registrati, degrada a diritto di credito ad rem, cioè diritto ad avere la [metà della] cosa tramite atto di ritrasferimento, analogamente alla situazione ex art. 1706 c.c. Il sistema, dunque, è in realtà «trialistico».

VI e VII - Considerazioni sistematiche avvalorano le conclusioni: per i beni mobili percepiti ex art. 177 b/c, negare l'instaurarsi della comunione reale e sostenere la tesi della nascita di un credito-ad-avere-la-cosa (per la metà), significa introdurre un'obbligazione di dare (la quota) in

senso romanistico, cui dovrebbe far seguito un atto (astratto) di ritrasferimento, o almeno un «adempimento traslativo»; riportando indietro di secoli la storia del nostro diritto civile.

Per i beni immobili (o mobili reg.) l'art. 1706 c.c. dimostra invece che l'ordinamento ha optato per l'adempimento traslativo (cosa che non costituisce un intralcio alla circolazione od una fonte di incertezza).

Per il denaro trasformato in credito verso le Banche, infine, l'antichissimo principio (D., XLVI, 3, 78) della *consumptio nummorum*, tuttora vigente, fa sì che esso non cada in comunione, ma sia oggetto di un mero diritto di credito proporzionale a favore del coniuge non-percettore.

VIII – La comunione de residuo, così delineata, sembra appiattare i casi veramente rilevanti (aziende e liquidità in banca) sull'ipotesi del credito «perequativo» spettante al coniuge non percettore. In realtà restano le differenze di disciplina, che riemergono subito, lì dove la natura del bene cessa di imporre il suo regime (per es., il denaro riversato in banca soggiace alla comunitarizzazione del reinvestimento come tutti i beni ex art. 177 b/c; e si differenzia quindi dal credito ex art. 178). E soprattutto resta la ricchezza e la pluralità del sistema che, anche alla luce degli spazi «convenzionali» lasciati ai partners, è di supporto, giuridico teorico e culturale, alle soluzioni pratiche la comunione de residuo può offrire, esaminate in un prossimo Studio.

Sommario: I. Premessa; II. Due sistemi a confronto; III. Il paradosso del nomen iuris: un regime del tutto «separatista»; IV. Gli artt. 177 e 178 c.c.: le differenze; V. Un sistema (almeno) dualistico; VI. L'argomento sistematico: A) beni mobili, denaro contante incluso B) beni immobili e mobili registrati C) denaro; VII. Conclusioni sulla natura della comunione de residuo; VIII) La comunione de residuo, in pratica.

I. Premessa. – Secondo la sentenza della Cassazione civile, Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889,¹ la comunione *de residuo* ex art. 178 c.c. non è fonte di acquisto di una contitolarità reale, ma di meri diritti di credito. A prima vista, ciò sembrerebbe depotenziare l'istituto della *comunione de residuo* e sottrarre ad essa molto interesse nell'attività del giurista pratico. Al contrario, si vedrà in un prossimo Studio quanto l'istituto ne venga rivitalizzato, sì da poter essere posto al centro, oggi più che mai, di molteplici soluzioni pratiche. A voler parafrasare la Relazione illustrativa di una recente importante riforma del diritto civile francese,² potremmo dire anche noi che il principio di

¹ La sentenza è stata oggetto di pubblicazione su molte riviste: v. ex multis, *Cassazione civile, Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889*, con nota di G. OBERTO, *La natura della comunione de residuo al momento della cessazione del regime legale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 12, 2022; *Digital Review*, 1, 2023; *CNN Notizie*, 23 maggio 2022, con nota di M. LABRIOLA, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sulla natura del diritto spettante al coniuge in sede di scioglimento della comunione legale sui beni oggetto della c.d. "comunione de residuo"*; *Famiglia*, 2, 2023, con nota di A. MECENATE, *La natura giuridica del diritto spettante al coniuge nella comunione c.d. de residuo*; *Notariato*, 4/2022, con nota di A.C. SORGE, *Sulla natura della comunione de residuo*, p. 375 ss.

² Mi riferisco alla riforma che fa capo all'Ordonnance n. 2016 – 131 del 10 febbraio 2016, che ha modificato in Francia la materia delle obbligazioni e dei contratti, rimuovendo la causa dal novero degli elementi costitutivi del contratto. Nel Rapporto al Presidente della Repubblica si legge appunto che l'abbandono della nozione di causa «permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers». Sul punto, per approfondimenti, si rimanda a *La riforma del Code civil*, a cura di G. VETTORI E. NAVARRETTA S. PAGLIANTINI, in *Persona e Mercato*, Rivista periodica on-line, Anno 2018 – Numero 1.

diritto enunciato dalla Cassazione con la sentenza in esame «*permetterà di riavvicinare [l'Italia] alla legislazione di numerosi diritti stranieri*».³

Si osservi che la sentenza è incentrata *esclusivamente* sulla fattispecie di cui all'art. 178 c.c.: e più precisamente, sull'impresa costituita *dopo il matrimonio* e gestita in via esclusiva da uno dei coniugi.

La Cassazione, con una posizione molto chiara e netta, ha accolto la tesi della natura *puramente* obbligatoria del diritto nascente dalla norma di cui all'art. 178 c.c., respingendo l'idea contrapposta della natura *reale* (e quindi, di *contitolarità vera e propria*) del diritto spettante al coniuge non-imprenditore.

Secondo il principio di diritto enunciato dalla Corte, nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. comunione de residuo (art. 178 c.c.), al momento dello scioglimento della comunione legale spetta all'altro coniuge [soltanto] *un diritto di credito pari al 50% dell'incremento di valore dell'azienda*, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, al netto delle passività esistenti alla medesima data; non già una contitolarità reale dell'azienda.⁴

Le conclusioni cui giunge la sentenza sembrano a chi scrive del tutto condivisibili. La sentenza purtuttavia ha un difetto evidente nel suo modo di argomentare, che balza agli occhi e non può essere ignorato: per giungere alle proprie conclusioni la Corte non si basa su argomenti di carattere teorico-sistematico ma, sulla scorta di ampia e autorevole dottrina,⁵ indulge piuttosto nell'«*adducere inconueniens*»; cosa che notoriamente non «*est argumentum solvere*».

Così, la sentenza parte dall'assunto (anch'esso del tutto condivisibile) che le norme in materia di regime patrimoniale legale della famiglia intendano bilanciare il principio solidaristico, che dovrebbe informare la vita coniugale (riconducibile all'art. 29 Cost.), con altri principi di pari dignità costituzionale: la tutela della proprietà privata, la remunerazione del lavoro, l'iniziativa economica privata e il valore economico dell'impresa (artt. 35, 41 e 42 Cost.),⁶ e afferma (direi, *ragionevolmente*) che la soluzione adottata sia più funzionale al contemperamento di questi principi.

³ V. nota precedente.

⁴ «*Va quindi affermato il seguente principio di diritto: "Nel caso di impresa riconducibile ad uno solo dei coniugi costituita dopo il matrimonio, e ricadente nella cd. Comunione de residuo, al momento dello scioglimento della comunione legale, all'altro coniuge spetta un diritto di credito pari al 50% del valore dell'azienda, quale complesso organizzato, determinato al momento della cessazione del regime patrimoniale legale, ed al netto delle eventuali passività esistenti alla medesima data".*»

⁵ V. la dottrina cit. nel § seg. Gli argomenti *in negativo*, per dir così, erano stati già espressi in modo molto chiaro da G. OBERTO, *La comunione*, I, cit., p. 871 ss., che aggiunge però anche l'interessante argomento comparatistico; nonché G. CIAN e A. VILLANI, voce *Comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)* in App. Noviss. Dig. It., II, p. 161 ss.

⁶ «*L'individuazione dei beni oggetto della comunione de residuo testimonia lo sforzo del legislatore di raggiungere un auspicato bilanciamento tra il principio solidaristico, che dovrebbe informare la vita coniugale (art. 29 Cost.), da un lato, e la tutela della proprietà privata e della remunerazione del lavoro, dall'altro (artt. 35, 41 e 42 Cost.). Inoltre, e con specifico riferimento ai beni di cui all'art. 178 c.c., si pone anche la finalità di non coinvolgere il coniuge non imprenditore nella posizione di responsabilità illimitata dell'altro, assicurando a quest'ultimo la piena libertà d'azione nell'esercizio della sua attività d'impresa. Non può, infatti, trascurarsi l'esigenza di garantire il coordinamento tra le novità introdotte dalla riforma del diritto di famiglia ed il preesistente impianto codicistico che nelle sue linee fondamentali è volto a privilegiare l'autonoma e libera disponibilità delle risorse, nonché il principio della circolazione dei valori ed il mantenimento dei livelli di produttività, che non possono soffrire ostacoli eccessivi per effetto della scelta in favore del regime della comunione legale.*»

Ma nel motivare la soluzione, la Corte si fonda espressamente e pressoché unicamente sugli *inconvenienti presentati dalla tesi della natura reale del diritto*,⁷ ponendoli alla base della scelta per la natura creditizia, anziché reale, del diritto derivante dalla comunione differita: la contitolarità pregiudicherebbe i terzi creditori dell'impresa, dimezzando la garanzia generica rappresentata dai beni aziendali;⁸ la contitolarità reale menomerebbe l'autonomia e libertà dell'imprenditore (e ciò contraddirebbe i principi costituzionali da cui si è partiti);⁹ la fase di scioglimento della comunione ordinaria sull'azienda potrebbe causare l'estinzione dell'impresa, con l'attribuzione del compendio pro quota al coniuge-non-imprenditore o a terzi, eredi di costui (anche in questo caso, con buona pace dei principi da cui si è presi le mosse); sarebbe irrazionale rendere più stretti i rapporti tra (ex?) coniugi proprio nel momento in cui la comunione si scioglie, per cause che potrebbero esser riconducibili al dissolvimento della stessa famiglia; *paradosso nel paradosso*, se la causa dello scioglimento fosse la morte di uno dei coniugi, la comunione dell'azienda riguarderebbe non più i coniugi stessi, bensì il coniuge superstite e gli eredi dell'altro.¹⁰ E tutto ciò striderebbe con l'esigenza, avvertita anche a livello di Unione Europea, di assicurare la sopravvivenza dell'impresa a fronte di eventi destabilizzanti.¹¹

La Corte, insomma, denuncia «*il potenziale attentato che la tesi della natura reale è in grado di arrecare alla stessa sopravvivenza dell'impresa*»¹² e lo respinge; ma non adduce argomenti in positivo, tranne la lettera (che per la Cassazione è *limite invalicabile dell'interpretazione*¹³) dell'art. 178: «... *si considerano oggetto della comunione*».

In verità, in materia di comunione *de residuo*, come vedremo più avanti, l'argomento letterale è per l'interprete a doppio taglio, perché lo costringe a confrontarsi anche con il testo dell'art. 177 c.c. lettere b) e c): «*costituiscono oggetto della comunione...*»; testo che rimanda chiaramente ad una comunione di tipo reale.¹⁴

Insomma, gli argomenti addotti dalla sentenza sono condivisibili, ma privi di approfondimenti *in senso positivo*.

Eppure, nel § 7.3 della sentenza viene succintamente indicato un (ennesimo) argomento di critica alla tesi della contitolarità reale, basato sulla natura dei diritti ex art. 178 c.c., che forse avrebbe meritato maggiore spazio: il «*saldo attivo del patrimonio aziendale*» è un'entità astratta

⁷ «*Depongono a favore di tale conclusione gli inconvenienti che la diversa tesi della natura reale del diritto presenta, come già evidenziato nell'illustrazione delle posizioni della dottrina*». Cass. cit., § 7.3.

⁸ «*L'insorgenza di una comunione anche sui beni mobili ed immobili confluiti nell'azienda, con la contitolarità che ne discende pone evidenti problemi nei rapporti con i terzi che abbiano avuto rapporti con l'impresa individuale del coniuge, i quali vedrebbero dal momento dello scioglimento della comunione legale, i beni non più appartenenti per l'intero all'imprenditore, ma in comunione con l'altro coniuge, con la conseguente dimidiazione della garanzia patrimoniale dai medesimi offerta, effetto questo che potrebbe anche scoraggiare i creditori dal continuare a riporre fiducia nella gestione successiva allo scioglimento della comunione legale.*» Cass. cit., § 7.3

⁹ «*Né va trascurato il fatto che il passaggio automatico dei beni comuni de residuo dalla titolarità e disponibilità esclusive del coniuge al patrimonio in comunione si tradurrebbe in una menomazione dell'autonomia e della libertà del coniuge stesso, che il legislatore ha, invece, inteso salvaguardare nella fase precedente allo scioglimento, con il rischio che la conflittualità tra coniugi, che spesso caratterizza alcune delle fattispecie che determinano la cessazione del regime patrimoniale legale, possa riverberarsi anche nella gestione e nelle scelte che afferiscano ai beni aziendali caduti nella comunione de residuo.*» Cass. cit., § 7.3.

¹⁰ *ibidem*

¹¹ *ibidem*.

¹² Cass., cit, § 7.4.

¹³ «*costituendo la lettera della norma, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della voluntas legis*». Cass., cit, § 7.4.

¹⁴ Come osserva G. OBERTO, nota cit., «*chi di ambiguità semantica ferisce (verrebbe quasi da dire), di ambiguità semantica perisce*»; p. 2618.

che può solo essere oggetto di un credito pecuniario.¹⁵ Quest'affermazione, come vedremo, merita di essere ripresa e sviluppata, insieme ad altri elementi, volti ad inquadrare sistematicamente la comunione *de residuo*. A tale inquadramento è dedicato questo Studio.

Le ricadute pratiche che ciò può comportare, le possibilità applicative della *comunione de residuo* e la capacità dell'istituto di venire incontro alle esigenze attuali della società italiana, ampliate ed esaltate anche per effetto del chiaro *dictum* della Corte, sono oggetto invece di uno Studio a parte.

È appena il caso di sottolineare che le argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione, come pure quelle sviluppate qui di seguito, pur avendo come fattispecie di partenza *due persone legate da coniugio*, sono estensibili *pleno iure* alle coppie unite civilmente, ai sensi della legge Cirinnà.¹⁶

Allo stesso modo va ricordato che la legge appena citata ha reso accessibile il regime di comunione *legale* dei beni anche ai conviventi registrati come tali presso l'anagrafe (art. 1, commi 50-53).

II. Due sistemi a confronto. La sentenza della Cassazione civile, Sez. Un., 17 maggio 2022, n. 15889, prende posizione su un problema, quello della natura obbligatoria o reale del diritto attribuito in virtù della comunione *de residuo*, che sin dall'introduzione di tale istituto ha diviso la dottrina e la giurisprudenza.

Ad una posizione dottrinale favorevole alla natura *reale* della comunione *de residuo*¹⁷ se ne è contrapposta un'altra, che indica invece in un mero credito il diritto spettante al coniuge al momento realizzativo della comunione stessa.¹⁸

¹⁵ «Il “saldo attivo del patrimonio aziendale” è però un'entità astratta che non può riferirsi se non al valore monetario del complesso dei beni che costituiscono l'azienda stessa, dedotte le passività». L'intero passo è il seguente: «Peraltro gli stessi fautori della tesi della natura reale del diritto ritengono in maggioranza che la comunione non insorga automaticamente sull'azienda o sugli incrementi, bensì sul “saldo attivo del patrimonio aziendale” (o dei suoi incrementi, nozione questa che sfugge alla costituzione di una contitolarità, presupponendo un calcolo di carattere economico), affermazione questa che per essere resa coerente con la premessa da cui si parte implicherebbe che delle passività debba essere chiamato a risponderne anche il coniuge non imprenditore. Il “saldo attivo del patrimonio aziendale” è però un'entità astratta che non può riferirsi se non al valore monetario del complesso dei beni che costituiscono l'azienda stessa, dedotte le passività, premessa questa che implica l'impossibilità di una reale contitolarità di diritti sui beni in oggetto, dovendosi invece propendere per la soluzione che attribuisce al coniuge non titolare del diritto reale una (eventuale, una volta effettuati i dovuti calcoli) pretesa di carattere creditorio.» Cass., cit., § 7.3.

¹⁶ L. 20 maggio 2016, n. 76.

¹⁷ G. OPPO, *Iniziativa economica e rapporti familiari*, in AA.VV., *La comunione legale*, a cura di C. M. Bianca, II, Milano, 1989; G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, in Riv. dir. civ., 1977; G. OPPO, *Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia*, in Riv. dir. civ., 1976; V. DE PAOLA – A. MACRÌ, *op. cit.*; M. DETTI, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in Riv. Not., 1976; G. DI TRANSO, *La comunione de residuo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Capozzi*, I, 1, Milano, 1992; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia - Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. del Codice Civile UTET*, t. I, parte III, Torino, 1983; M. DOGLIOTTI, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: beni in comunione de residuo e beni personali*, in Fam. dir., 1996; T. AULETTA, *op. cit.*; A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, Artt. 159-230, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 2003; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto di privato*, II, Milano; F. PREITE - A. CAGNAZZO, *Atti notarili - La volontaria giurisdizione - Vol. II: Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2012; A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Diritto di Famiglia*, *op. cit.*; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*, Milano, 2014; G. GABRIELLI - M.G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997; E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, in *Comm. Schlesinger*, sub artt. 177-179, Milano, 1999.

¹⁸ F.D. BUSNELLI, *La “comunione legale” nel diritto di famiglia riformato*, in Riv. Notar., 1976, 36 e segg.; G. CIAN, *Introduzione generale, sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 54; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di*

Non meno divisa è la giurisprudenza, con pronunce favorevoli alla natura «reale» della comunione residuale¹⁹ e pronunce di orientamento opposto;²⁰ al punto che la Prima Sezione Civile, con ordinanza del 19 ottobre 2021, n. 28872, ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite; intervento da cui il presente Studio prende le mosse.

In realtà il confronto tra due possibili modelli di comunione differita, reale ovvero obbligatorio, parte da molto più lontano.

Gli studi storici e comparatistici²¹ dimostrano l'esistenza, nel tempo e nello spazio, di molti ordinamenti che presentano regimi patrimoniali basati su forme di comunioni *differite*, ai quali appartiene la nostra comunione *de residuo*.²² La comparazione ci presenta tanto modelli basati sulla contitolarità reale (per es., nel Quebec, come regime legale; in Brasile, come regime

diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1979, 95 e 191; PAVONE LA ROSA, *Comunione coniugale e partecipazioni sociali*, in *Riv. Società*, 1979, 17 e segg.; Cipriano, *Il denaro depositato da un coniuge in comunione legale*, Nota a Pret. Bari, 6 febbraio 1982, in *Giur. It.*, 1983, 1, 7 e segg.; MARCHETTI, *Sui rapporti tra impresa coniugale e disciplina societaria*, in *Quadrimestre*, 1986, 570 e segg.; PADULA, *Sulla natura giuridica della comunione de residuo ex art. 177 b) e c) e art. 178 c.c.*, in *Mondo giud.*, 1989, 325 e segg.; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, 122, 145; CIAN E VILLANI, *La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, 346; PARENTE, *Struttura e natura della comunione residuale nel sistema del codice riformato*, Nota a Trib. Camerino, 5 agosto 1988, in *Foro It.*, 1990, I, c. 2333 e segg.; SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da Bigiavi*, Torino, 1995, 148; SPITALI, *(Il regime legale). L'oggetto*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2002, 134 e segg.; ID., *La comunione legale. L'oggetto della comunione legale*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, II edizione, Milano, 2012, 188 e segg. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001, 68 e segg., 83 e segg.; CAPECCHI, *L'oggetto della comunione legale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 384 e seg.; G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 871 e segg.; ID., *Sulla natura della comunione residuale al momento della cessazione del regime legale*, Nota a Cass. pen., 29 novembre 2010, n. 42182, in *Fam. e Dir.*, 2011, 371 e segg.; BENANTI, *Beni destinati all'esercizio dell'impresa di un coniuge in comunione dei beni e strumenti di tutela dei terzi*, loc. ultt. citt.; M.R. LENTI, *Lo scioglimento della comunione legale tra coniugi determina ex lege la contitolarità dei diritti e dei beni che cadono nella comunione de residuo ai sensi dell'art. 177, lett. b) e c) c.c.*, in *Vita Notar.*, 2016, 108 e segg.; Piemontese, *Regime patrimoniale della famiglia. Attività bancarie e comunione de residuo*, Nota a Cass. civ., 3 luglio 2015, n. 13760, in *Giur. It.*, 2016, 1102 e segg.; L. LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, 593; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, IX edizione, Milano, 2021, p. 109; B. CONCAS, *La natura della comunione de residuo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 2023, p. 249 ss., spec. p. 259.

¹⁹ Cass. n. 2680/2000; Cass. n. 7060/2004; Cass. n. 19567/2008; Cass. n. 13760/2015; Cass. civ., 16 luglio 2008, n. 19567; Cass. civ., 6 maggio 2009, n. 10386, in *Corr. Trib.*, 2009, 2979, con nota di Friedmann; in *Fam. e Dir.*, 2009, 888, con nota di Marzano; Cass. civ., 23 febbraio 2011, n. 4393; Cfr. Cass. civ., 19 febbraio 2021, n. 4492, Cass. civ., 9 marzo 2000, n. 2680, in *Foro It.*, 2000, I, c. 3551; in *Dir. Fall.*, 2001, II, 392, con nota di BONAVIDACOLA; in *Fallimento*, 2001, 39, con nota di CARAVAGLIOS; Cass. civ., 14 aprile 2004, n. 7060, cit.

²⁰ Cass. n. 7060/1986; Cass. n. 4533/1997; Cass. n. 6876/2013; Cass. Pen., Sez. 3, n. 42182/2010; Cass. civ., 14 aprile 2004, n. 7060, in *Riv. Notar.*, 2004, 1483 e in *Fallimento*, 2005, 146, con nota di FIGONE. Per un commento della decisione citata v. G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 371, 425, 863 e segg., 877. V. pure Cass. civ., 20 marzo 2013, n. 6876, in *Fam. e Dir.*, 2013, p. 660, con nota di FALCONI.

²¹ A. FUSARO, *La restituzione degli arricchimenti tra coniugi*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2010, II, p. 1-5; ID. *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, I, pp. 614-619; e spec. ID. *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in *Diritto Privato Europeo*, a cura di G. Alpa – Capilli, Padova, 2006, p. 53 ss.; G. OBERTO, *La Comunione legale tra coniugi*, I, Milano, 2010, pp. 3 ss. e, per la comunione residuale, p. 849 ss.

²² Invero, la particolarità del regime legale italiano consiste nel fatto che il legislatore del 1975, anziché scegliere tra comunione *solo* immediata e comunione *solo* differita, abbia introdotto entrambe le forme: come osserva G. OBERTO, «Solo in Italia, a quanto consta, si è invece ritenuto di utilizzare il meccanismo della compartecipazione differita per talune particolari situazioni nel più ampio contesto di un regime legale invece fondamentalmente basato sulla comproprietà immediata, così introducendo elementi di distonia gravidi di serie e complesse questioni ermeneutiche». (op. cit., p. 851).

convenzionale)²³ quanto modelli basati su diritti di credito agli utili e incrementi (per es., in Germania, come regime legale; in Francia e in Spagna, come regime convenzionale).²⁴

La comunione differita è adottata in molti paesi (oltre a quelli già citati, anche i Paesi nordici, Israele, Svizzera, Olanda, nonché in molti Stati dell'America Latina) in tante differenti versioni che uniscono, ad un regime *separatista* durante il matrimonio, la spartizione finale dei beni ovvero del loro controvalore pecuniario.²⁵ Quest'ultima versione è la più diffusa, e la *Zugewinnngemeinschaft* tedesca ne appare la forma «*paradigmatica*».²⁶ I coniugi rimangono nella piena disponibilità dei propri beni; allo scioglimento del matrimonio, ciascuno vanterà un credito pari alla metà dell'incremento realizzato dal patrimonio dell'altro; e quindi, previa compensazione (*Ausgleich*), il coniuge meno favorito avrà un credito pari alla metà della differenza tra i rispettivi incrementi patrimoniali.²⁷

La comunione *de residuo* può dunque, in astratto, dar luogo tanto ad una comunione reale quanto ad una compartecipazione di tipo puramente obbligatorio: la tradizione e la comparazione avallano e contemplano tanto l'una che l'altra soluzione.

Posto che le soluzioni contrapposte (contitolarità reale – diritto di credito) hanno pari dignità teorica, la comunione *de residuo* nel diritto italiano può essere analizzata senza preconcetti.

III. Il paradosso del nomen iuris: un regime del tutto «separatista».

La comunione *de residuo* evidenzia, se vogliamo, un *paradosso*; paradosso che prescinde dalla sentenza 15889/2022, ma che questa finisce per sottolineare ancora di più: ad onta del nome «*comunione*» *de residuo* (presente anche all'estero: *Zugewinn«Gemeinschaft»*; «*Communauté*»; ecc.), il regime è un regime del tutto *separatista*, per nulla affatto *comunitario*.

La dottrina comparatistica, cui si è fatto cenno, non dubita affatto che i regimi a c.d. «*comunione differita*» siano da ascrivere a pieno titolo nel novero dei regimi *separatisti*.²⁸

Il paradosso («*comunione de residuo*» come regime in realtà del tutto *separatista*) è forse giustificato, nel diritto italiano, dal fatto che la c.d. «*comunione*» differita (regime invero *separatista*) sia stata affiancata ad un regime di comunione (questa sì) immediata, finendo per confondere e sovrapporre i due aspetti.

In realtà, il bene che ricade in tale regime differito, *perdurante il regime stesso*, è di proprietà esclusiva del coniuge percettore; è soggetto alla sua amministrazione esclusiva; costui infine ne può liberamente disporre senza altro limite che quello, ovvio e generale, dell'osservanza

²³ G. OBERTO, *La Comunione*, cit., p. 849 ss.

²⁴ A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.*; G. OBERTO, *op. loc. ult. cit.*;

²⁵ A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.*, p. 70.

²⁶ A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ G. OBERTO, *La Comunione*, cit., p. 152 ss.;

²⁸ A. FUSARO, *op. loc. ult. cit.*; G. OBERTO, *op. loc. ult. cit.*

dell'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia ex art. 143 c.c. (c.d. «regime primario»)²⁹ E questa esclusività dura *almeno* fino allo scioglimento della comunione; ma, là dove si ritenesse che al coniuge non-percettore spetti solo una mera liquidazione compartecipativa, dovremmo invece dire che tale l'esclusività esiste *sempre e comunque*, anche a comunione sciolta. La dottrina ha proposto per questo tipo di beni la definizione di beni «propri», per distinguerli da quelli più esattamente «personali» di cui all'art. 179 c.c.³⁰

Sono state respinte alcune posizioni (invero, appartenenti alla dottrina e alla giurisprudenza più risalenti) per cui al coniuge non-percettore sarebbe spettato un qualche controllo sull'operato dell'altro,³¹ ed è stata vieppiù respinta la tesi secondo cui si sarebbe dovuto fare un impiego «virtuoso» dei beni *propri*, per cui il coniuge «*dissipatore*» avrebbe dovuto render conto delle sue entrate e di come le avesse spese.³² Non si dubita invece che il coniuge percettore abbia il pieno diritto di disporre liberamente dei propri redditi e delle proprie sostanze, una volta che le esigenze familiari siano state soddisfatte adeguatamente.³³

In realtà la comunione *de residuo* considerata *di per sé*, astraendo cioè dal regime di comunione immediata che in Italia l'accompagna in relazione ad altri beni, non è altro che un regime di separazione *piena e assoluta*, che introduce in questa dimensione pienamente separatista la volontà «perequativa» di far compartecipare *a posteriori* un coniuge alle fortune concretizzate dall'altro in costanza di regime; obiettivo che può essere realizzato in astratto dal legislatore tanto trasferendo ad un coniuge parte dei beni dell'altro, quanto (più spesso) tramite un diritto di credito ad una liquidazione in denaro (che potremmo definire «*liquidazione compartecipativa*»).

Tra il bene «personale» di cui all'art. 179 c.c. ed il bene «proprio» sembrano evidenziarsi in effetti due sole differenze:

a) la «*comunitarizzazione*» a posteriori, cioè allo scioglimento del vincolo matrimoniale o del regime in questione; comunitarizzazione che però, come abbiamo visto, può operare (e più spesso

²⁹ Più in generale, sull'argomento della comunione *de residuo* e le relative problematiche applicative, in dottrina si vedano, tra gli altri, P. STANZIONE, *Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1984, p. 1091 ss.; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile Cicu-Messineo*, I, Giuffrè, Milano, 1979; AA.VV., *La comunione legale (a cura di C.M. Bianca)*, Giuffrè, Milano, 1989; F. PARENTE, *op. cit.*; p. G. OBERTO, *La comunione legale tra i coniugi. Storia, natura, ratio e oggetto. Comunione de residuo e beni personali*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 849 ss.; M. CAVALLARO, *La c.d. comunione de residuo fra garanzia dell'autonomia individuale e «vanificazione» dei fini della comunione*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 147 ss.; P. DE BIASE, *Comunione de residuo sui beni d'impresa: una situazione giuridica variabile*, in *Diritto famiglia e persone*, 2013, 2, p. 676 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 379 ss.; N. CIPRIANI, *La comunione de residuo*, in AA.VV., *Manuale di Diritto di famiglia (a cura di G. CARAPEZZA FIGLIA, N. CIPRIANI, G. FREZZA, G. PERLINGIERI E P. VIRGADAMO)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, pp. 104-105.

³⁰ G. OBERTO, *La Comunione, cit.*, p. 859 ss.

³¹ F.D. BUSNELLI *La «comunione legale» nel diritto di famiglia riformato* in *Riv. Notar.*, 1976, p. 36 ss. Si segnala la posizione di C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 2001, p. 68 ss., che ritiene non consumati i beni reinvestiti a vantaggio del patrimonio personale.

³² Cass. 10 ottobre 1996, n. 8865, in *Vita Not.*, 1996, p. 1200; Cass. 23 settembre 1997, n. 9355; Cass. 17 novembre 2000, n. 14897.

³³ Così si esprime Cass. 3 febbraio 1995, n. 1321. V., pure Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 2597; Cass. 21 ottobre 2010 n. 21648, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1529; Cass. civile sez. I, 15 gennaio 2018, n.773; Corte d'Appello Roma, Sez. III, Sent., 22 novembre 2011, n. 4962. In dottrina: A. ed M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 932; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, II ed., Milano, 1985, p. 82; G. Obero, *op. cit.*, p. 909 e ss.; T. AULETTA, *La comunione legale*, in *Trattato di diritto privato (diretto da M. Bessone)*, III, Giappichelli, Torino 2011, p. 98 ss.; ID., *Comunione legale dei beni (oggetto)*, in *Enc., Dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano, 2022, p. 155; M. CAVALLARO, *La c.d. comunione de residuo fra garanzia dell'autonomia individuale e «vanificazione» dei fini della comunione*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 140.

opera) anche solo in senso «traslato» ed «economico-patrimoniale»; cioè attribuendo un *credito* all'altro coniuge in funzione perequativa. Dunque, la comunitarizzazione è più spesso «impropria»;

b) la tendenziale «comunitarizzazione» del reinvestimento, vale a dire, il fatto che il bene «proprio», una volta reinvestito, faccia (di regola) cadere l'oggetto del reinvestimento in comunione immediata; comunitarizzazione che peraltro non può essere esclusa facendo ricorso alle norme di cui all'art. 179 lett. f) c.c., come sarà detto più in dettaglio nel paragrafo che segue³⁴. E' stato osservato tuttavia che la comunitarizzazione del reinvestimento non può avvenire allorquando ciò che viene riacquistato sia un bene *di uso strettamente personale* di uno dei coniugi (art. 179 lett. c) ovvero serva *all'esercizio della sua professione* (art. 179 lett. d), perché in questi casi il carattere personale del bene è stabilito dalla legge esclusivamente sulla base della sua destinazione, prescindendo dall'appartenenza del denaro utilizzato per l'acquisto.³⁵

Comunque, tale caduta tendenziale in comunione immediata del reinvestimento vale solo per i beni di cui all'art. 177 b)/c); non vale invece per quelli di cui all'art. 178 c.c., a norma del quale anche il reinvestimento rimane bene «proprio» del coniuge percettore.³⁶

Ben s'intende, tali differenze tra beni «propri» e beni «personali» hanno un rilievo che contribuisce a *spiegare* il paradosso del nome «Comunione» («*Gemeinschaft*»; «*Communauté*»); ma a rigore *non lo giustifica* affatto, posto che i beni «propri» appartengono ad un solo coniuge, che questi è del tutto libero nell'amministrarli e nel disporne, che l'altro coniuge non ha un'aspettativa di diritto ma di mero fatto.³⁷ Il paradosso del nome è tanto più accentuato ed evidente proprio per i beni di cui all'art. 178 c.c. da cui abbiamo preso le mosse, perché la «comunitarizzazione» è del tutto impropria; e il reinvestimento non è affatto «comunitarizzato», come si vedrà subito appresso.

IV - Gli artt. 177 e 178 c.c.: le differenze. Si osservi che la comunione *de residuo*, nel nostro ordinamento, è prevista da due norme distinte: l'art. 177 co. 1 e l'art. 178 c.c.

In realtà, si vedrà più avanti, le norme da considerare sono tre,³⁸ perché tra la prima e la seconda, nel giusto mezzo, sia topograficamente che nelle espressioni adoperate e nella materia trattata, troviamo la norma dell'art. 177 co. 2; secondo il quale, per determinate aziende (quelle di proprietà individuale ante-matrimonio ma cogestite), «*la comunione concerne solo gli utili ed incrementi*» e il momento realizzativo del regime differito è diverso dallo scioglimento del regime di comunione (rappresentato invece dallo scioglimento dell'impresa).³⁹

³⁴ Disposizione che riguarda soltanto «...i beni acquistati con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o del loro scambio».

³⁵ In tal senso G. AMADIO, *Sullo scioglimento della comunione legale*, Studi in memoria di G. Gabrielli, tomo I, Napoli, 2018, pp. 63-64. Del resto, osserva ancora l'A., se la personalità dei beni ex art. 179 lett. c-d dipendesse esclusivamente dalla personalità del denaro o dei beni utilizzati per acquistarli, l'ipotesi sarebbe del tutto già inclusa nella lettera f) dello stesso articolo e quindi finiremmo per interpretare le disposizioni in oggetto in modo da abrogarle: G. AMADIO, *ibidem*.

³⁶ Per una posizione contraria alla comunitarizzazione del reinvestimento dei beni «propri» v. tuttavia T. AULETTA, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui anche per i beni riacquistati con tali beni può configurarsi l'acquisto personale ai sensi dell'art. 179 c.c.

³⁷ V. in particolare Cass. 21 ottobre 2010 n. 21648, cit.

³⁸ G. CIAN e A. VILLANI, *op. cit.*, p. 161.

³⁹ V. in fine del presente paragrafo, ultimi tre capoversi, dedicati all'art. 177 co. 2 c.c.

Ai sensi dell'art. 177 co. 1, «Costituiscono oggetto della comunione: ... b) i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi; c) i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi;» percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione.

Ai sensi dell'art. 178, «si considerano oggetto della comunione...» «i beni ...e gli incrementi dell'impresa [individuale]», se sussistono allo scioglimento della comunione stessa.

La citata sentenza Cass. SS. UU., pur adoperando espressioni ampie, ha deciso solo con riferimento a quest'ultima norma, in materia di beni destinati all'impresa individuale ed incrementi di essa.

Ma le due disposizioni hanno differenze evidenti. Gli artt. 177 co. 1 e 178 non sono affatto disegnati allo stesso modo.

a) La prima evidente differenza è nella **lettera** della disposizione: «Costituiscono oggetto della comunione/Si considerano oggetto della comunione». Se la lettera della legge per la Cassazione è *limite invalicabile dell'interpretazione*,⁴⁰ è giusto non ignorare la differenza.⁴¹ Senza voler affatto esagerare la portata dell'argomento, una diversità letterale tuttavia oggettivamente esiste; e sembra indirizzare l'interprete ad indicare, nel primo caso, una contitolarità *reale* («costituiscono»); nell'altro un *dover-essere* («si considerano»), cioè una situazione obbligatoria.⁴²

b) E' poi oggettivamente diversa la **collocazione** delle norme. Le lettere b) e c) dell'art. 177 co. 1 sono collocate nel giusto mezzo di un contesto che, senza ombra di dubbio, prevede situazioni di comunione *reale*, quali sono le fattispecie di cui alle lettere a) e d). E' dunque coerente trarne un altro argomento in favore della tesi secondo cui l'art. 177 co. 1 disciplini situazioni di contitolarità *reale*: contitolarità *immediata*, nel caso delle lettere a) e d); *differita*, nel caso delle lettere b) e c).

L'andamento in forma di *chiasmo* (a-d; b-c) si spiega assai bene con il fatto che la lettera d) del primo comma si riferisca alle aziende cogestite da entrambi i coniugi, esattamente *al pari del secondo comma*. Il co. 1-d) riguarda le aziende cogestite-comuni; il co. 2 riguarda le aziende cogestite-individuali. Il co. 2 è anzi distinto dalla precedente disposizione, e collocato a sé, proprio per la diversa soluzione adottata: la comunione differita che esso prevede riguarda gli utili ed incrementi ed è di tipo obbligatorio, come vedremo. La *vis attractiva* della materia trattata (*aziende cogestite*) ha determinato da un lato il *chiasmo* tra ipotesi di comunioni [reali] immediate e differite, dall'altro l'inserimento, proprio nell'articolo altrimenti dedicato *solo* alle comunioni reali (immediate o differite che siano), di un comma che prevede una comunione di tipo obbligatorio, quindi differente.⁴³

L'art. 178 è un articolo e una disposizione a parte, in posizione intermedia tra le *comunioni reali* previste dall'art. 177 co. 1 e le situazioni di *proprietà individuali* previste dall'art. 179.

⁴⁰ Come si è già ricordato, Cass. 15889/2022, cit., § 7.4 si esprime così: «costituendo la lettera della norma, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*».

⁴¹ Di «lettera della legge oscillante» parlano G. Cian e A. Villani, op. cit., p. 161.

⁴² Sulla già segnalata «ambiguità semantica» v. pure § 1, nota 14.

⁴³ Per una trattazione estesa dell'argomento v. G.A.M. TRIMARCHI, *Le imprese dei coniugi*, in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2009, spec. pp. 1-107.

Come si vedrà più avanti⁴⁴ questa diversità di posizionamento e di collocazione non è casuale, perché pone nell'ordine esatto (chiasmo a parte) tutte le *quattro possibili alternative* (artt. 177/1; 177/2; 178; 179) nel regime di titolarità dei beni; ne rispecchia esattamente la gerarchia in un graduale passaggio, in quattro fasi, da immediata *contitolarità*, a bene «*proprio*», a bene totalmente *personale*; dimostra che la *ratio legis* è stata quella di distinguere sistematicamente situazioni tra loro differenti e metterle in ordine. Tra queste l'art. 178 costituisce un dato di qualità tale, da venire dopo quelli di cui all'art. 177 co. 1 e co. 2, e prima della totale personalità di cui all'art. 179.

c) E' diversa la ***disciplina***, cioè il regime stesso della proprietà di detti beni, per le ragioni indicate nel paragrafo precedente in ordine al *destino del reinvestimento*.

Sebbene una voce autorevole si sia, anche recentemente, pronunciata per un appianamento di questa differenza,⁴⁵ è pacifico, al contrario, che *i beni di cui all'art. 177 b) e c)*, se reinvestiti, diano luogo *di regola* ad acquisti di beni ricadenti in comunione immediata senza la possibilità di esclusione ex art. 179 lett. f) c.c., che esclude dalla comunione immediata stessa soltanto «*i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati*» o con il loro scambio. Infatti, nei beni «*personali sopraelencati*» la lett. f) non contempla affatto i beni c.d. «*propri*» ex art. 177 b)/c), il cui reinvestimento cade dunque in comunione immediata;⁴⁶ salva l'eccezione, già vista nel paragrafo precedente, costituita dal caso in cui ciò che viene riacquistato sia un bene destinato ad essere comunque di proprietà esclusiva, perché *di uso strettamente personale* di uno dei coniugi (art. 179 lett. c) ovvero *serva all'esercizio della sua professione* (art. 179 lett. d).

Ora, il tendenziale principio per cui i beni «*propri*», una volta reinvestiti, cadono in comunione immediata, vale solo per quelli di cui all'art. 177 lettere b) e c), e non per quelli contemplati dall'art. 178, come ci insegna la sentenza da cui si sono prese le mosse (e, direi anche, come dimostrano le considerazioni sistematiche che seguono⁴⁷). I beni destinati all'esercizio dell'impresa individuale, e i loro incrementi, sono beni sui quali non si creerà mai una contitolarità reale, ma solo un credito «*perequativo*» al momento dello scioglimento della comunione. Il reinvestimento dei beni aziendali non può dar luogo a comunione immediata.

L'importanza di questa differenziazione nelle situazioni di «*comunione differita*» disciplinate dagli artt. 177 e 178 sembra superare per importanza gli altri argomenti, e credo che non possa essere ignorata al fine di tracciare una netta demarcazione.

Le considerazioni fatte, e quelle che saranno svolte più avanti, accomunano nelle conclusioni (anche in ordine alla mancata comunitarizzazione del reinvestimento) l'art. 177 co. 2 e l'art. 178. I quali del resto hanno anch'essi un'evidente linea di continuità: entrambi trattano delle aziende di proprietà di un solo coniuge; ma nel primo caso *cogestite*; nel secondo caso no.

d) Infine (e soprattutto) è diversa la ***natura oggettiva dei beni*** considerati. L'art. 178 contempla innanzi tutto gli *incrementi aziendali*. Ma gli incrementi aziendali non sono beni in

⁴⁴ In questo paragrafo, *in fine*.

⁴⁵ T. AULETTA, op. loc.ult. cit.

⁴⁶ G. OBERTO, op. cit., p. 859 ss.; F. CORSI, op. cit., p. 92; A. e M. FINOCCHIARO, op. cit., p. 1012; E. RUSSO, op. cit., p. 81; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 119 ss.; Cass. 23 settembre 1997, n. 9355 in Giur. It., 1998, p. 1; Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098; Cass. 15 gennaio 2009, n. 799.

⁴⁷ *Infra*, lett. d).

natura, bensì *entità contabili*,⁴⁸ da determinare attraverso un confronto tra uno status iniziale e uno status finale, alla luce di una differenza tra attivo e passivo. Ed anche i «*beni destinati all'esercizio dell'impresa*» individuale (se costituita dopo il matrimonio), substrati materiali dell'azienda, possono essere, in tutto o in parte, beni circolanti, in noleggio, in leasing; perché l'azienda è di per sé un complesso di beni ma soprattutto un complesso di rapporti. I *beni destinati* non hanno un valore *statico*, ma *dinamico*, in quanto funzionalizzati all'impresa. Non ha senso valutare in sé e per sé sedie, tavoli, stoviglie, macchinari di un ristorante (in proprietà o leasing o noleggio che siano); ha senso valutarli in quanto funzionalizzati all'azienda, come substrato materiale di essa.⁴⁹

Dunque, anche i «beni destinati all'impresa» sono una «*rechnerische Groesse*», un'entità contabile da determinare; e la *rech.Gr.*, l'entità contabile che si ha diritto di ricevere, è proprio l'essenza del credito pecuniario, secondo la teoria generale delle obbligazioni.⁵⁰

Al contrario, l'art. 177 cade su beni determinati, su *res* esistenti in natura: *frutti e proventi percepiti e tutt'ora esistenti*. Questi «*frutti e proventi percepiti e tutt'ora esistenti*» possono essere casse di frutta (frutti naturali), banconote lasciate nel cassetto, azioni, warrants, quadri o gioielli: tutti *beni tangibili, res* materiali.

Più spesso, però, i frutti e i proventi *percepiti* (canoni di locazione, stipendi, pensioni, TFR, compensi di attività professionale, dividendi) saranno stati depositati in Banca, e consisteranno in un credito verso la Banca stessa.⁵¹ Per questa ipotesi, che sembra poi la più importante, proprio la natura oggettiva del bene (*credito*, in sostituzione della *pecunia*) riconduce all'applicazione di norme particolari, cui dedicheremo un'indagine specifica più avanti.⁵²

Non si può dubitare che la tra i beni in comunione residuale di cui all'art. 177 possano ricadere anche mobili registrati e immobili; non come «*frutti*» (lett. b), ragionevolmente,⁵³ ma come «*proventi*» dell'attività separata (lett. c). Depone in tal senso la genericità dello stesso termine «*proventi*». Com'è stato giustamente osservato, un soggetto, per un'attività di lavoro, potrebbe ottenere a titolo di compenso uno o più determinati beni immobili: per es., il direttore dei lavori o il progettista o l'artigiano con cui venga convenuto, a compenso della sua opera, il

⁴⁸ V. quanto chiaramente affermato dalla sentenza Cass. SS.UU. in commento, § 5: «*non si tratta di beni materiali ma di valori contabili, risultanti dalla differenza tra il valore dell'azienda al momento dell'instaurarsi della comunione legale ed il suo valore al successivo momento dello scioglimento, e quindi insuscettibili di "contitolarià reale"*».

⁴⁹ A me sembra che «*beni destinati all'esercizio dell'impresa*» sia invero sinonimo di *patrimonio aziendale*; e del resto la sentenza Cass. SS.UU. in commento riguarda proprio *beni (immobili) aziendali*; come più estesamente indicato *infra*. E' stato correttamente osservato che in un'azienda vi possono essere beni che appartengano all'imprenditore o beni che appartengano a terzi, ferma restando comunque la titolarità dell'azienda, nel suo complesso, in capo all'imprenditore (G.A.M. TRIMARCHI, *Le imprese dei coniugi*, cit., p. 53).

⁵⁰ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeine Teil*, XIII Auflage, Muenchen, 1982.

⁵¹ Invero, che il credito sia un'entità suscettibile di cadere in comunione immediata o *de residuo* è argomento oggetto di ampio dibattito. Limitandoci al problema che qui interessa della comunione residuale, non sembra potersi dubitare che il credito non soddisfatto, benché esigibile, non sia un provento (o frutto) *percepito*, e quindi non possa cadere in comunione *de residuo*. Ben diverso è il caso più normale ed usuale del credito pecuniario al provento/frutto, soddisfatto e quindi *percepito* tramite accredito o versamento sul proprio conto corrente bancario, secondo l'*id quod plerumque accidit* (ipotesi specifica trattata *infra*, § VI). Sul punto v., per tutti, g. OBERTO, op. cit., p. 894. Per una voce contraria M. COSTANZA, *Quaestio – Scioglimento della comunione legale – morte di un coniuge*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 359.

⁵² V. il § VI.

⁵³ In tal senso la dottrina citata appresso. Tuttavia sarebbe a mio avviso astrattamente ipotizzabile un contratto del tutto atipico, in cui colui che concede il godimento di un bene «*ritragga dalla cosa come corrispettivo*» periodico («*canoni... rendite... corrispettivo delle locazioni*»; art. 820 c.c.) non denaro, ma beni mobili registrati o addirittura immobili.

trasferimento di un'unità immobiliare;⁵⁴ che potrebbe essere attribuita anche a titolo di *datio in solutum*.⁵⁵

Si noti che, come già detto, se l'immobile fosse solo *indirettamente* un provento dell'attività separata, nel senso che derivasse dal *reinvestimento* di tali proventi, si sarebbe al di fuori della comunione *de residuo* ex art. 177 lett. c) e il bene acquistato cadrebbe piuttosto in comunione immediata ai sensi del medesimo articolo, lettera a), senza neanche la possibilità di esclusione di cui all'art. 179 co. 1, lett. f, e co. 2 c.c. Dunque, i beni immobili e mobili registrati sono «*proventi dell'attività separata*» e cadono in comunione *de residuo* solo quando siano *direttamente* attribuiti come provento.

Anche in questo caso, avremo di fronte di beni determinati, specificamente individuati.

Sul piano pratico, si rimanda alla trattazione fatta più avanti per evidenziare che l'applicabilità dell'art. 177 lett. c) agli immobili, pur con le dovute attenzioni del caso, non può costituire fonte di incertezza e di intralcio alla circolazione.⁵⁶

Anche l'art. 178 c.c. può riguardare beni immobili o mobili registrati *destinati*, in costanza di matrimonio, *all'impresa individuale*. Si noti, anzi, che la controversia oggetto della sentenza in esame ha avuto origine proprio da terreni edificabili, destinati all'impresa individuale, rivendicati come comuni. Ebbene, come ci insegna la Suprema Corte, anche i beni in questione, una volta inseriti nell'azienda, divengono a tutti gli effetti *beni aziendali*, e quindi «entità contabili» («*rechnerischen Groessen*»)⁵⁷.

In conclusione, l'art. 177 co. 1 riguarda beni determinati, ben passibili di ricadere in contitolarità reale, eccezion fatta per il caso in cui i proventi consistano in *denaro*, trasformato in credito verso una Banca; l'art. 178 riguarda invece sempre e soltanto entità contabili (per usare le parole della Cassazione) «*risultanti dalla differenza tra il valore dell'azienda al momento dell'instaurarsi della comunione legale ed il suo valore al successivo momento dello scioglimento, e quindi insuscettibili di "contitolarità reale"*».⁵⁸

⁵⁴ Così G. OBERTO, op. cit., p. 893; T. AULETTA, op. cit., p. 155.

⁵⁵ G. OBERTO, op. loc. ult. cit. Contra: Cass. 8 maggio 1996, n. 4273, in *Notariato*, 1997, p. 27 e P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, cit., p. 119; ma non sembra persuasivo che l'immobile debba essere sempre considerato un «reinvestimento».

⁵⁶ V. il paragrafo seguente.

⁵⁷ Si noti infine la differenza con l'art. 179 lett. d, che riguarda i beni destinati all'esercizio della professione del coniuge: quest'ultimo pone un vincolo di forma (art. 179 co. 2) e comporta l'esclusione totale dalla comunione *di un bene individuato*; secondo la dottrina dominante, è limitato alla professione in senso stretto e non comprende anche quella di imprenditore; dunque, riguarda un bene non-aziendale: GIONFRIDA DAINO, *i beni destinati all'esercizio della professione*, in AA.VV., *La comunione legale*, a cura di C.M. BIANCA, I, cit., p. 481 ss.; DE PAOLA, op. cit., p. 485; E. RUSSO, op. cit., p. 200; G. OBERTO, op. cit., p. 1009 ss. Una lettura diversa è data da G.A.M. TRIMARCHI, op. cit., il quale afferma il *principio della naturale tendenza del bene aziendale ad essere personale*, ma nel senso dell'art. 178 c.c. (salvo che l'iniziativa d'impresa sia ascrivibile ad entrambi i coniugi: p. 52 e 63). L'A. sostiene che «*l beni aziendali, pur essendo personali, sono assoggettati alla disciplina dell'art. 178 c.c. ... salve le ipotesi dell'art. 177 che ne prevedono, a certe condizioni, l'inserimento in comunione legale*». Il delicato rapporto tra art. 178 (comunione *de residuo*) e l'art. 179 lett. d (personalità dei beni) è dunque risolto da Trimarchi in favore della comunione *de residuo*, quale regime speciale dei beni aziendali; e l'art. 179 lett. d esprimerebbe il principio secondo cui «*solo i beni aziendali, e non quelli professionali, possono, a certe condizioni, essere avocati alla comunione*» (p. 59). A me sembra che l'art. 179 lett. d) si riferisca ad un *genus*, costituito da tutti i beni destinati all'esercizio della *professione*, inclusa *l'impresa individuale* di un coniuge; e che rispetto ad esso l'art. 178 si riferisca invece ad una *species*: i beni destinati alla professione (impresa individuale compresa) di uno dei coniugi sono personali (art. 179/d), ma se l'impresa è *costituita dopo il matrimonio*, allora i beni (anziché essere personali) cadono in comunione *de residuo* (art. 178); cioè se ne deve tener conto ai fini del credito perequativo che spetterà al coniuge, *se sussistono al momento dello scioglimento* della comunione stessa.

⁵⁸ Cass. SS.UU. in commento.

Tra tutte le differenze evidenziate tra la disciplina dell'art. 177 e quella dell'art. 178, la differenza consistente nella diversa natura dei beni sembra essere quella di maggior respiro sistematico e decisamente la più importante. Ed è decisiva per accomunare, ai fini del discorso che segue, all'art. 178 anche il comma 2 dell'art. 177, che ha per oggetto «*gli utili ed incrementi*» delle aziende individuali (e *anteriori al matrimonio*) di un coniuge, co-gestite insieme all'altro. Non a caso anche in questa fattispecie la dottrina si è orientata nel senso che al coniuge *cogestore-non-titolare* spetti un diritto di credito;⁵⁹ soluzione per la quale militano le stesse considerazioni «negative» svolte dalla sentenza Cass. SS. UU. 15889/2022, nonché quelle «sistematiche» che il presente Studio è volto ad evidenziare: *in primis*, appunto, la natura dei beni considerati.⁶⁰

La differenza tra le due norme sulle aziende (177 co. 2 e 178) sta nel fatto che *il diritto perequativo* è attribuito al coniuge creditore non al momento dello scioglimento della comunione, ma al momento realizzativo del valore dell'azienda (sia esso la liquidazione, la cessione, ecc.); ed ha per oggetto, nel primo caso, il valore degli utili ed incrementi; nel secondo, gli incrementi (se l'impresa è costituita prima del matrimonio) o gli incrementi ed i beni ad essa destinati (se l'impresa è costituita dopo il matrimonio).

Questa conclusione rafforza l'idea che la *collocazione* delle norme (argomento sviluppato sopra, sub lettera b) sia tutt'altro che casuale, e risponda ad una precisa *ratio legis*. In materia di distinzione tra beni «*comuni*», «*propri*» e «*personali*», gli artt. 177/1, 177/2, 178, 179, evidenziano una gradualità sistematica che corrisponde a dati precisi ed alla volontà del legislatore.

Gradualità nella gradualità, in materia di azienda le disposizioni limitrofe mostrano una continuità sistematica e precisa, senza «chiasmi»: l'ultima lettera dell'art. 177 co. 1; l'art. 177 co. 2; l'art. 178, prima alternativa, l'art. 178, seconda alternativa, vanno in ordine preciso e progressivo:

- *az. costituita post-matrimonio da entrambi i partners e cogestita (177 co. 1);*
- *az. costituita ante-matrimonio da un partner, e cogestita (177 co. 2);*
- *az. costituita post-matrimonio da un partner, e da lui gestita (178, altern. 1);*
- *az. costituita ante-matrimonio da un partner, e da lui gestita (178, altern. 2).*

Corrispondentemente e coerentemente, anche i diritti spettanti ai coniugi sono posti in ordine sistematico:

- *comunione immediata (177 co. 1);*
- *comunione degli utili ed incrementi (177 co. 2);*

⁵⁹ V. CIAN e VILLANI, op. cit., p. 161.

⁶⁰ La «*incompatibilità di alcuni beni facenti parte della comunione de residuo, come gli incrementi, con la configurazione del diritto reale, non potendosi delineare una situazione di contitolarità su di essi poiché consistono nel calcolo dell'aumento di valore dell'azienda*» è ravvisata anche da B. CONCAS, *La natura della comunione de residuo*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, 2023, p. 260. È interessante osservare che secondo il detto Autore le osservazioni della Corte, circa gli inconvenienti prodotti della denegata natura reale del diritto del coniuge non-imprenditore sarebbero comunque almeno in parte superabili valorizzando alcune norme in materia di comunione, come l'art. 720 c.c. (op. cit., p. 263 ss.).

- *comunione degli incrementi e dei beni destinati (178, prima alternativa);*
- *comunione dei soli incrementi (178, seconda alternativa).*

V. Un sistema (almeno) dualistico.

Secondo un determinato punto di vista, la sentenza della Cassazione si rivolgerebbe tanto all'ipotesi sub art. 178 c.c. che a quelle sub art. 177, per ragioni di uniformità e certezza del diritto; la Cassazione manifesterebbe cioè l'intenzione di fornire un'interpretazione armonica ed omogenea della comunione *de residuo*.⁶¹ Ma si è visto che la sentenza della Cassazione, opportunamente, non esce dal solco del *thema decidendum*, e non contiene espressioni che indichino una volontà generalizzante rispetto alla controversia da decidere, incentrata solo sull'art. 178 c.c. Il tema della comunione *de residuo ex art. 177 c.c.*, invece, non è mai trattato nella sentenza 15889/2022, e non sembra che essa dia modo di annoverare le Sezioni Unite tra i fautori di una determinata tesi sul punto.

Se come detto subito sopra sono diverse la lettera della legge, la collocazione delle norme, la disciplina cui danno vita, la natura intrinseca dei beni considerati (*dato, quest'ultimo, di peso sistematico evidente*), è necessario concluderne che anche le conseguenze in punto di titolarità dei beni siano diverse; sulla scorta del resto di una dottrina elaborata già pochi anni dopo la riforma del diritto di famiglia.⁶²

Dalle considerazioni di cui sopra si può trarre la conclusione che la comunione *de residuo*, nel diritto vigente, non abbia un solo modo di presentarsi, ma almeno due (in realtà *tre*, come si vedrà appresso):

- il regime che potremmo chiamare di comunione reale differita, di cui all'art. 177 lett. b)/c), consistente nel dar vita ad una comunione *incidentale* in cui i diritti reali che vi soggiacciono spettano per il 50% a ciascun coniuge;⁶³

- il regime di *natura puramente obbligatoria* di cui all'art. 178 c.c. (cui va accostato l'art. 177 co. 2), in cui ad un coniuge spetta un mero credito pecuniario nei confronti dell'altro, che potremmo invece definire regime di liquidazione pecuniaria compartecipativa (perché il coniuge non-titolare deve ricevere una somma in denaro, che gli permetta di partecipare, per la metà, agli incrementi ottenuti dall'azienda dell'altro).

Scioltasi la comunione, *per effetto del primo articolo*, i coniugi divengono titolari del 50% ciascuno del *diritto reale* oggetto della comunione differita (ma si vedrà *infra*⁶⁴ cosa accade per i

⁶¹ Così testualmente A.C. SORGE, op. cit., p. 386.

⁶² Mi riferisco ad A. BURDESE, *Quaestio – Scioglimento della comunione legale dei beni per morte di un coniuge*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 343 ss., secondo il quale solo l'art. 177 [lett. b) e c)], darebbe luogo ad una contitolarità reale, mentre l'art. 178 darebbe luogo ad un credito. V. anche M. BESSONE, in M. BESSONE e AA.VV., *La famiglia nel nuovo diritto*, IV ed., Bologna, 1995, p. 172 ss. Per una riproposizione recente v. L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, II ed., Milano, 2020, p. 618 e, in senso almeno dubitativo, A. MECENATE, op. cit., p. 10.

⁶³ Si enfatizza la parola «*reali*» per sottolineare che i *crediti pecuniari da somma percepita come frutto o provento*, e accreditata o depositata in Banca, hanno una disciplina diversa. V. *infra*, § VI.

⁶⁴ V. il paragrafo seguente.

diritti reali sugli immobili); *per effetto del secondo articolo*, dovrà esser liquidata al coniuge non-imprenditore, che ne sarà creditore, una somma; somma che sarà pari al valore netto degli incrementi relativi all'impresa individuale dell'altro (se costituita prima del matrimonio) ovvero degli incrementi e dei beni ad essa destinati (se costituita dopo il matrimonio); da determinare con riferimento al momento dello scioglimento del regime di comunione legale.

Se il regime di cui all'art. 177 lett. b) e c) è separatista e individuale *manente comunione*, quello di cui all'art. 178 lo rimane anche dopo. Dunque le quattro differenze evidenziate nel paragrafo precedente si arricchiscono di un'ulteriore divergenza sul piano della disciplina, che va ad aggiungersi a quella già vista in materia di caduta in comunione del reimpiego: salve le eccezioni che vedremo, i beni medesimi vengono comunitarizzati nei casi di cui all'art. 177 lett. b) e c); non vengono invece giammai comunitarizzati nel caso di cui all'art. 178 (e 177 co. 2).

La conclusione sul dualismo *comunione reale/credito partecipativo*, basata sulla lettera del testo, sulla *ratio legis* evidenziata dalla collocazione delle norme, sulla disciplina concreta, sulla natura dei beni che sono oggetto dell'una e dell'altra disposizione, trova una conferma in considerazioni sistematiche di più ampio respiro (v. *infra*, par. seguente), in grado di dimostrarci tra l'altro che *anche la comunione reale differita, a sua volta*, quando si tratti di beni immobili o beni mobili registrati, *transita per una fase di natura obbligatoria* (sia pure come *diritto ad rem*). Il sistema dualistico (comunione reale/credito partecipativo) può essere in definitiva indicato come *trialistico*.

VI. L'argomento sistematico.

A) I beni mobili, denaro contante incluso.

Si è già visto che l'art. 177 b)/c) riguarda beni determinati e specifici, comprese le possibili somme di denaro; eccezion fatta per il caso (invero, socialmente assai comune) che le somme di denaro da frutto o provento percepito siano state depositate o accreditate in Banca; nel qual caso invece di un diritto reale avremo di fronte un credito.

Nel caso in cui la situazione ex art. 177 b)/c) riguardi beni determinati e specifici, se davvero volessimo optare per l'idea che la norma sulla comunione *de residuo* sia mera fonte di diritti di credito, dovremmo immaginare - sciolta la comunione - un credito ad avere il 50% della cosa determinata, anziché la diretta titolarità di detto 50%. Dovremmo immaginare *un'obbligazione di dare (la quota), in senso romanistico*; un diritto *al* 50% anziché *sul* 50%.

Ma questa inutile superfetazione e complicazione costituirebbe una scelta antistorica, che andrebbe contro i principi accolti dall'ordinamento giusciviltistico.

La pretesa, perfetta ed esigibile, alla metà di beni *presenti e determinati*, che siano beni specifici (il quadro, il gioiello, le cassette di frutta, il denaro nella cassaforte), dà luogo per l'ordinamento a contitolarità *ipso jure* dei beni stessi (situazione, beninteso, da non confondere con il diritto *personale verso l'attuale proprietario* a contrarre, per ottenerne il bene determinato o il credito).

E' appena il caso di osservare che nella storia del diritto civile, nel diritto romano in particolare e nell'evo medio, l'obbligazione di dare non era sufficiente a trasferire la proprietà di una cosa determinata, occorrendo un atto astratto di trasferimento (*mancipatio, traditio*);⁶⁵ e ciò fin quando il legislatore codicistico post-rivoluzionario (invero, accogliendo una prassi già in essere) non ha fissato il principio che «l'obbligazione di dare una cosa determinata rende il creditore proprietario» (art. 1139 Code Napoleon).⁶⁶ E il nostro ordinamento, com'è universalmente noto, accoglie questa *semplificazione*.⁶⁷

⁶⁵ «*Dominia rerum non nudis pactis transferuntur sed mancipationibus et traditionibus*» (C., 2, 3, 20); V. pure Gai *Institutiones* 2, 40: «*Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. 41. Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipaverò neque in iure cesserò, sed tantum tradiderò, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa <esset. 42. Usucapio autem> mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.» [40. Dobbiamo ora avvertire che presso gli stranieri vi è un solo tipo di proprietà: infatti un tale o è proprietario, o non lo si considera tale. Anche il popolo romano un tempo seguiva questo criterio: ciascuno, infatti, o era proprietario *ex iure Quiritium* o non si riteneva proprietario. Successivamente, tuttavia, la proprietà ammise una distinzione, così che uno potesse essere proprietario *ex iure Quiritium* e un altro avere la cosa *in bonis*. 41. Infatti, se non ti avrò né mancipato né trasferito con *in iure cessio* una *res Mancipi*, ma avrò effettuato una semplice *traditio*, la cosa diventa *in bonis* presso di te, ma resterà di mia proprietà *ex iure Quiritium*, sintanto che tu non la usucapisca possedendola; infatti, una volta compiuta l'usucapione, essa comincia ad essere tua di pieno diritto, vale a dire *in bonis* e in base al *ius Quiritium*, come se fosse stata oggetto di *mancipatio* o di *in iure cessio*. 42. L'usucapione delle cose mobili, poi, si compie in un anno; quella di un fondo e di un edificio, invece, in un biennio; e così è stato stabilito dalla legge delle XII Tavole].*

⁶⁶ Art. 1139 C.Nap. «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. / Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite...». Il principio è ribadito in sede di vendita (che «è perfetta tra le parti, e la proprietà si acquista di diritto al compratore, al momento che siasi convenuto su la cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa né sia pagato il prezzo») e di donazione (art. 938: «La donazione accettata nelle forme sarà perfetta mediante il solo consenso delle parti; e la proprietà degli effetti donati s'intenderà trasferita nel donatario, senza la necessità di formale tradizione.»). Il testo italiano è tratto dal *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, 1806.

⁶⁷ Che si tratti di una semplificazione, è la spiegazione del principio del consenso traslativo data dagli interpreti pre e post-codificazione. Il principio sarebbe stato dunque accolto dal legislatore in conformità alla prassi ormai in essere nelle convenzioni, in cui era contemplata una *traditio ficta*, come clausola di stile: «*Siccome tra noi si mette sempre nei contratti di vendita una clausola colla quale il venditore si spoglia e si dimette dalla proprietà e dal possesso della cosa venduta per impossessarne il compratore, la qualcosa si dice tradizione fittizia; dal momento che il contratto è perfetto e compiuto, tutti i diritti che appartenevano al venditore passano nella persona del compratore, in modo che se il venditore era proprietario l'acquirente diventa anche proprietario*» (G. ARGOU, *Institution au Droit Français*, vol. II, p. 239-240, Parigi, 1753). Secondo Laurent, «Questa clausola era di stile, e gli autori del codice l'hanno sottintesa in tutti i contratti traslativi di proprietà scrivendola nella legge... La qual cosa significa che la proprietà è trasmessa dal momento che il contratto è perfetto»; sebbene a suo giudizio la ragione del principio del consenso traslativo dovrebbe più correttamente essere un'altra, e cioè che «nel diritto naturale ... deve bastare la sola volontà del padrone della cosa perché un proprietario trasferisca la proprietà ad un'altra persona. La qual cosa è per noi così evidente che peniamo a comprendere come si sia potuto mai sostenere che oltre la volontà del proprietario bisognasse ancora un fatto materiale che si è detto tradizione... Gli autori del codice non avevano un'idea precisa del principio che hanno stabilito» (F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. it. di A. Di Majò, vol. XVI, Napoli, Roma, Milano, 1881, pp. 317-321). Osserva C. Demolombe: «...Tutt'altro è dunque, nell'art. 1138, il senso della parola "perfetto"; che significa che l'obbligazione di dare è considerata compiuta, eseguita, in virtù del solo consenso delle parti del contratto (cfr. gli artt. 938; 1583). Questa interpretazione... è d'altra parte, confermata dalla tradizione storica che domina questa materia. Il principio del nostro antico diritto francese era, è ben vero, conformemente al diritto romano, che la convenzione non era affatto, di per sé, traslativa della proprietà, e che occorreva, oltre ad essa, la tradizione; ma il principio era stato di volta in volta superato, nella pratica; ci si contentava della tradizione finta; vale a dire che si inseriva nei contratti, e specialmente nei contratti di vendita, una clausola per la quale il venditore dichiarava di spogliarsi del possesso della cosa per investirne l'acquirente; l'acquirente, da parte sua, si dichiarava immesso nel possesso; e questa clausola di spossessamento-impossessamento, che era divenuta di stile, operava la *traditio ficta*; che teneva luogo della tradizione reale; e compiva, in sua vece, il trasferimento di proprietà» (C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, Parigi, 1868, p. 395; traduzione mia).

L'art. 1376 c.c., in modo particolare, è la principale (non l'unica) manifestazione dell'accoglimento del principio del consenso traslativo.⁶⁸

Se il diritto (originariamente *di credito ad ottenere il trasferimento della cosa*, trasformato in *diritto reale sulla cosa* dall'ordinamento) non è ancora «esigibile» perché la cosa è *futura, generica o altrui*, la proprietà si trasferirà *ipso jure*, non appena la cosa sarà *presente, specificata o di chi l'ha venduta*; senza mai necessità di un atto di (ri-)trasferimento.

Altro esempio: il mandante che ha diritto alle cose mobili acquistate dal mandatario per suo conto, può *direttamente* rivendicarle: «*il mandante può rivendicare le cose mobili acquistate per suo conto dal mandatario che ha agito in nome proprio*» (art. 1706 c.c.). Gli immobili e i mobili registrati fanno eccezione, come vedremo *infra*.⁶⁹

Nella sublocazione, «*il locatore... ha azione diretta contro il subconduttore*» (art. 1595 c.c.); e la regola *dell'azione diretta* costituisce un principio che la dottrina e la giurisprudenza dominanti estendono all'intera figura negoziale del *sub-contratto*.⁷⁰

Gli esempi fatti dimostrano che in via di principio *il diritto, perfetto ed exigibile, alla titolarità del determinato bene mobile(/credito)* è in via di principio semplificato dalla legge nella *titolarità diretta del determinato bene mobile(/credito)*, applicando il rasoio di Occam (*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*).

Se obliterassimo questo principio con riferimento all'art. 177 b)/c), dovremmo concluderne che, senza fondata ragione, con la fattispecie in commento si stia introducendo qualcosa che assomigli alla figura [inesistente nel nostro ordinamento] *dell'atto di trasferimento astratto*

⁶⁸ Sul principio del consenso traslativo la letteratura è ovviamente vastissima. V. comunque *ex multis* P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, 1964; G. STOLFI, *Appunti sul cosiddetto principio consensualistico*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1977 I, 1; R. SACCO, *Le transferts de la propriété des choses mobilières*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 442; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento di proprietà*, 1990; AA.VV. in L. VACCA (cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storica e comparatistica*, Atti del Congresso 17-21.4.1990, 2 voll., 1991; F. FERRARI, *Abstractionsprinzip, Traditionsprinzip e consensualismo nel conferimento dei beni mobili* in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 729; MACCARONE, *Obbligazione di dare e consenso traslativo*, in *Riv. notariato*, 1994, 1319; BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. Priv.* 1995 I, 5; FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa*, ivi, 83; CAGNASSO, *Contratto di appalto e trasferimento delle proprietà*, ivi, 35; VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, 1995; GANDOLFI, *Sulla sorte del contratto con effetti reali (nella prospettiva di una codificazione europea)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 1015; CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reali*, in *Studi Rescigno*, III, 2, 1998, 133.

⁶⁹ Sulla titolarità del mandante in relazione ai beni mobili e crediti per lui acquistati dal mandatario in proprio nome, v. R. SACCO, *Il Contratto*, IV ed., 2016, p. 908 ss., il quale in particolare osserva: «*Nei limiti in cui è applicabile la regola consensualistica, la volontà comune dei due soggetti del contratto di mandato è senz'altro operativa. ... Nei sistemi che ammettono senza limiti l'effetto reale del semplice consenso, l'appartenenza della proprietà al soggetto che interviene all'atto, o alla diversa persona che con lui si sia accordata, è una faccenda che si decide appunto fra i due soggetti interessati, e non altri. Nulla impedisce che i contraenti dispongano che una fattispecie acquisitiva, di cui è soggetto uno di essi, produca invece un acquisto a favore dell'altro... La concezione della ficta traditio come modo presunto di acquisto è caduta, e dopo ciò è caduta anche la concezione legale dell'obbligo di dare come supporto dell'acquisto del bene...: perciò il legislatore può configurare l'acquisto diretto del mandante (un unico atto – oltre al mandato –, e un unico trasferimento), come può invece configurare l'acquisto indiretto (un unico atto, due trasferimenti)... La lettera ... dimostra che il mandatario è un non domino, e opta per il trasferimento unico» pp. 911-914. Per una posizione diversa in materia di collegamento tra artt. 1705-1706 e principio consensualistico ex art. 1376 v. A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984, pp. 211, 224, 233.*

⁷⁰ V. sull'argomento BIANCA, *Diritto civile*, 3, Il contratto, Milano, 2000, p. 728; RESCIGNO, *Appalto I*, *Diritto privato*, Enc. giur., II, Roma, 1988, 1 ss. RICCIUTO, *Subcontratto*, Enc. giur., XXX, Roma, 1993; IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, *Contr.*, 1998, 411 ss.; DE NOVA, CHIESA, DELFINI, MAFFEIS, SALVADÈ, *La subfornitura. Legge 18 giugno 1998*, n. 192, Milano, 1998; CUFFARO (a cura di), *La subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 1998; BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000; MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003; BERTI E GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005; GRASSO, *Il subcontratto*, Camerino-Napoli, 1977, 15; PISANI, *Il subcontratto*, Nuova giur. civ. comm., 1999, II, 245 ss.

necessario al fine dell'acquisto della (con-)titolarità, sul modello della *Gewere* e dell'*Auflassung*. Verificatosi per legge il diritto del coniuge Tizio ad esser titolare del 50% del bene X percepito da Caia, dovremmo ottenere il risultato transitando per un atto traslativo *astratto* di Caia, che non abbia altra funzione (appunto) che quella di trasferire.

Poiché non è verosimile che con la comunione *de residuo* si introduca nel nostro ordinamento *l'atto astratto di trasferimento*, dovremmo almeno ammettere che si stia introducendo *l'atto di adempimento traslativo necessitato*. In altre parole, l'art. 177 b)/c), *sine necessitate*, costituirebbe una norma che, per trovare la propria realizzazione (com-proprietà del bene) richiederebbe un apposito atto di trasferimento *causa solvendi* da un coniuge all'altro.⁷¹

Ma l'adempimento traslativo, pur non essendo estraneo al nostro ordinamento come la *Gewere*, è tuttavia richiesto solo quando sia necessario, o per il particolare schema negoziale atipico prescelto dalle parti (negozio fiduciario; eccezione negoziale all'art. 1376 c.c.⁷²) o per ragioni di forma vincolata e pubblicità inerenti il trasferimento di un bene (art. 1706 c.c.).

B) Beni immobili e mobili registrati.

Quanto appena detto spiega anche l'eccezione relativa ai beni immobili e mobili registrati, per i quali è prevista una forma di pubblicità. Per questa ragione, dunque, l'art. 1706 prevede un atto di adempimento traslativo: «*Se le cose acquistate dal mandatario sono beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il mandatario è obbligato a ritrasferirle al mandante.*».

Sulla base delle regole di trasferimento di tali beni (che richiedono la forma scritta o *ad substantiam* o comunque per la pubblicità; e appunto un regime di pubblicità), sembra ragionevole dedurre, da tutto ciò e dall'esempio paradigmatico dell'art. 1706 c.c., che per tali beni anche l'art. 177 b)/c) richieda l'atto di adempimento traslativo, così avvicinandosi in qualche limitata misura al sistema obbligatorio previsto dall'art. 178 c.c. Proprio le regole per la sicurezza della circolazione, create dal legislatore, dimostrano la congruenza della conclusione, che tutela appunto i valori della sicurezza giuridica.

A differenza dell'art. 178 c.c., però, il diritto di credito alla metà del bene immobile o mobile registrato ex art. 177 b)/c), pur *non* essendo un diritto reale (*in rem*), sarà pur sempre un diritto *personale* ma *ad rem*, cioè ad avere *la cosa specifica* (beninteso per il 50%), perfettamente corrispondente alla norma di cui all'art. 1706 c.c.; e non sarà affatto un diritto di credito ad

⁷¹ Sul tema dell'adempimento traslativo, v. G. MACCARONE, *Considerazioni d'ordine generale sulle obbligazioni di dare in senso tecnico*, in *Contratto e impresa*, 1998, 627 ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, 735 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 523 ss., specie per quanto concerne la tesi che ravvisa in queste figure dei negozi unilaterali; A. DI MAJO, *Causa e imputazione degli atti solutori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 781 ss.; A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, 17 ss., 21; P.M. VECCHI, *Il principio*, cit., 38 ss.; B. CORTESE, *'Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009, p. 71 ss., in particolare 102 ss.; R. FERCIA, «*Quia vendidit, dare promisit*», Cagliari, 2009, 111, nt. 17 e 117, nt. 25.

⁷² Sull'eccezione negoziale all'art. 1376 c.c., e più in generale sulla derogabilità del principio del consenso traslativo, v. soprattutto le pagine di R. SACCO, op. cit., p. 977 ss. (paragrafo intitolato «... *Consensualismo contro libertà contrattuale*») che con la consueta vivacità afferma: «*in realtà dal punto di vista logico e interpretativo nulla, proprio nulla, impedisce il riconoscimento, nel diritto italiano, della vendita con efficacia obbligatoria. ... Né si comprende perché il giurista italiano debba nutrire diffidenza verso la vendita con efficacia obbligatoria, ossia verso la promessa di procurare allo stipulatore la proprietà di una cosa determinata. ... E' mai possibile che ciò che a Trento è il modo unico di vendere diventi – a Verona – contrario a norma imperativa e all'ordine pubblico? ... Basterà, per escludere gli Italiani dall'utilizzo di questo strumento, il ricordo delle fobie manifestate, al riguardo, da giuristi francesi?*» (pp. 979-980).

un'entità *meramente determinabile*, cioè ad una «grandezza contabile», come nel caso dell'art. 178 c.c.

Le differenze di disciplina sono rilevanti: nella fattispecie di cui all'art. 177 b)/c) è ammissibile l'esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. (cfr. art. 1706 c.c.: «*In caso d'inadempimento, si osservano le norme relative all'esecuzione dell'obbligo di contrarre*»); è configurabile una tutela aquiliana del credito; il coniuge creditore sarà preferito all'acquirente in mala fede o a titolo gratuito (art. 2901 c.c.) secondo una disciplina che anche in altri paesi europei tutela *l'avente diritto al bene*. Ancora, il diritto *di credito* del creditore *ad rem* può prevalere persino rispetto al diritto *reale* dell'avente causa, o di chi iscriva ipoteca o trascriva un pignoramento, o del fallimento (art. 103 della Legge fallimentare, oggi art. 210 Cod. della crisi), sulla base della priorità della trascrizione della domanda giudiziale rispetto alla formalità eseguita dall'avente causa, dal creditore ipotecario o pignoratizio, dal fallimento o dalla liquidazione giudiziale.

Ed aggiungo che alcune linee evolutive, sebbene non consolidate, tendano ad ampliare il solco che divide il titolare di un mero diritto di credito *rispetto al titolare del diritto personale a ricevere un bene determinato (ad rem)*, avvicinando sempre più quest'ultimo ad una posizione di titolarità reale:⁷³ così per es., una sentenza della Cassazione ha teorizzato la possibilità che a certe condizioni il creditore *ad rem* sia ammesso ad esperire l'opposizione di terzo all'esecuzione (pur cassando la sentenza di secondo grado che aveva riconosciuto tale diritto all'affittuario d'azienda).⁷⁴

Al coniuge titolare di un credito ex art. 178 c.c., soltanto determinabile e non *ad rem*, spetta una tutela assai più debole, in sostanza imperniata sull'impugnazione degli atti in frode alle sue ragioni ex art. 2901 c.c. e lesivi della «garanzia generica» del suo credito.

C) I crediti pecuniari «da percezione avvenuta».

Un tema di grande rilevanza è costituito dall'ipotesi socialmente più frequente e più importante: il denaro, secondo *l'id quod plerumque accidit*, sarà rappresentato soprattutto da somme riversate o accreditate su di un conto corrente bancario, e dunque «trasformate» in un credito verso la Banca.

Si sono viste sopra, invece, le ragioni che spingono a differenziare il regime degli artt. 177 e 178, principalmente sulla base della natura dei beni oggetto di comunione *de residuo* (ma non solo).

⁷³ Di questi temi e queste linee di tendenza evolutiva si è occupato il Convegno organizzato dalla Fondazione Italiana del Notariato, *L'interpretazione della volontà delle parti e gli istituti della simulazione, del negozio fiduciario e del negozio indiretto*, Roma, 11-12 maggio 2023, e in particolare le relazioni di L. VARRONE, e A. CAPRIOLI, *Contratto simulato, contratto fiduciario e negozio indiretto: il regime sostanziale e processuale*.

⁷⁴ Cass. civ., Sez. III, Sent., (data ud. 24/06/2011) 31/08/2011, n. 17876, in *De Jure, Banche Dati editoriali GFL* e altresì in *Leggi d'Italia legale*. Secondo la sentenza cit., «*la legittimazione a proporre tale opposizione va estesa anche a chi si presenti come titolare di taluni particolari diritti di credito relativamente alla cosa oggetto dell'esecuzione con riferimento ai diritti di credito, il criterio della prevalenza si precisa e si integra con l'altro criterio del rapporto diretto con la cosa, di guisa che occorre aver riguardo non ad un generico diritto di credito, ma a quel diritto che sia suscettibile di soddisfarsi sulla cosa oggetto dell'esecuzione, ovvero a quel diritto che abbia efficacia reale;...*» (sic!). Il contenuto del passaggio della sentenza non mi sembra chiarissimo; dovrebbe coincidere tuttavia con quanto ho indicato precedentemente nel testo: il creditore *ad rem*, trascrivendo tempestivamente *la domanda o il titolo* da cui nasce il proprio credito – si pensi per es. al promissario acquirente di un immobile – può prevalere su determinati terzi titolari di diritti reali. Comunque, non si può dubitare che la sentenza esprima una posizione di apertura verso il «*titolare di taluni particolari diritti di credito*».

Ora, però, proprio queste le ragioni teoriche esigono di individuare un regime *specifico* per il denaro ed i crediti pecuniari verso le Banche «*da percezione avvenuta*» (quei crediti cioè in cui sia stata trasformata la somma percepita).⁷⁵

Ove applicassimo anche al denaro ed ai crediti pecuniari i principi che sopra, lettera A, sono stati elaborati per (*gli altri*) beni mobili, ciò significherebbe che il denaro e i crediti da «percezione avvenuta» verso le Banche ricadrebbero in una contitolarità reale allo scioglimento della comunione, e che il coniuge non percettore potrebbe rivendicare direttamente il 50% di quelle somme e giacenze bancarie che rappresentino il frutto dei beni dell'altro coniuge o il provento della sua attività separata; con incertezze e difficoltà che è facile intuire.

Ma porta alla conclusione opposta un antichissimo principio, formulato nel Digesto,⁷⁶ noto come *consumptio nummorum*, che si afferma tuttora vigente nel nostro ordinamento da parte di dottrina autorevolissima e giurisprudenza risalente:⁷⁷ «*Si alieni nummi, inscio, vel invito domino, soluti sunt: manent eius, cuius fuerunt. Sed si mixti aliis sint, ita ut discerni non possint: eius fieri, qui accepit, in libris Caij scriptum est: ita ut furti actio domino cum eo, qui dedisset, competeret.*» Il mescolarsi, in capo all'accipiens, del denaro altrui con il proprio rende indistinguibile la somma del terzo; questo fatto estingue il diritto del dominus della somma trasferita e genera un diritto di credito in capo al terzo stesso.

Il principio si giustifica come eccezione alla regola (espressa oggi, nell'ordinamento italiano, dall'art. 939 c.c.) per cui la commistione di cose mobili, appartenenti a proprietari diversi, mescolate in modo inseparabile, dia luogo a comunione. Quando si tratta di denaro, e la mescolanza renda indistinguibile la somma appartenente al terzo, la regola della comproprietà si converte nell'appartenenza del denaro all'accipiens, salve le ragioni di credito dell'ex proprietario della somma.

La spiegazione del principio è basata ancora una volta nella natura del bene di cui si parla: l'art. 939 c.c. è riferibile ad un tipo di massa, che abbia «*una certa propensione a rimanere uguale a se stessa in modo durevole*»,⁷⁸ mentre il denaro è circolante per sua stessa natura, al punto che riferire la quota di comproprietà all'ammontare sempre variabile di una somma in giacenza avrebbe conseguenze «*bizzarre e fastidiose*». ⁷⁹

Ora, il principio della *consumptio nummorum*, che sussiste per il caso in cui venga dato in pagamento denaro *sic et simpliciter* altrui al momento della percezione, dev'essere a maggior ragione applicato quando l'altruità della somma sia destinata a sorgere in un momento successivo. La stessa natura del bene *pecunia* (convertita di solito in *credito alla pecunia* presso il sistema

⁷⁵ Giova ripetere che il credito da frutto di bene proprio o di attività separata che non sia stato ancora adempiuto dal debitore, esigibile o non che sia, non può essere considerato «frutto percepito» o «provento»; e quindi non è soggetto alla disciplina dell'art. 177 lett. b-c. Diverso naturalmente è il caso che il pagamento sia consistito nel versare la somma sul c/c del creditore, o che il creditore abbia versato sul proprio c/c la somma ottenuta in pagamento: in questo caso il relativo credito sul c/c bancario è un frutto percepito, o un provento.

⁷⁶ XLVI, 3, 78.

⁷⁷ R. SACCO, *Il Contratto*, cit., p. 885; E. BETTI, *Teoria generale delle Obbligazioni*, III, p. 56 ss.; in giurisprudenza Cass. 27 febbraio 1953, n. 482, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1953, III, 269 con nota di A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*.

⁷⁸ R. SACCO, *op. cit.*, p. 886.

⁷⁹ R. SACCO, *op. cit.*, p. 885. L'Autore dimostra, anche con un esempio, quanto assurda sarebbe l'applicazione della regola ex art. 939 c.c., prendendo il caso di un pagamento effettuato nei confronti di una Banca. Peraltro l'eccezione avrebbe una radice ancora più profonda, che consisterebbe nella sopravvivenza, nelle pieghe del nostro ordinamento, di alcune ipotesi di atto solutorio astratto. R. SACCO, *op. cit.*, p. 886.

bancario), porta a indicare la natura creditoria del diritto del coniuge non-percettore che sorge *de residuo* ai sensi dell'art. 177 lett. b-c.

Si possono dunque delineare le conseguenze sulle giacenze bancarie dello scioglimento della comunione *de residuo* (con particolare attenzione allo scioglimento causato dalla morte di uno dei coniugi), individuando situazioni di *credito* per il coniuge superstite e di *debito* per gli eredi, alle quali partecipa di consueto anche lo stesso coniuge creditore, con conseguenti proporzionali estinzioni per confusione.⁸⁰ L'Agenzia delle Entrate, in materia di imposta sulle successioni, afferma condivisibilmente che debba costituire oggetto di dichiarazione, ai fini dell'imposta, l'intero importo del saldo del conto corrente del *de cuius*, fatta salva la dimostrazione da parte del contribuente che sussistono i presupposti per applicare il regime della comunione legale differita, indicando in tal caso i diritti del coniuge superstite come passività ereditaria.⁸¹

Eppure, anche nel caso appena esaminato della *consumptio nummorum*, che trasforma i frutti e proventi percepiti in un credito verso la Banca, una differenza tra la comunione *de residuo* ex art. 177 e quella ex 178 c.c. tuttavia *perdura*: *le situazioni giuridiche soggettive non sono esattamente le stesse*; rimane una differenza *importante*.

Anche se il bene *credito pecuniario*, per la sua stessa natura, impone giusta *consumptio nummorum* una comunione di tipo obbligatorio *che sembra del tutto simile a quella di cui all'art. 178*, pure essa non cessa di essere una comunione disciplinata dall'art. 177. E la disciplina torna a rivelare di essere quella di cui all'art. 177, non appena *la natura del bene considerato* cessa di imporre le sue regole. Intendo dire, che quando il denaro da percezione di frutto o compenso, appostato in Banca, viene reinvestito, il reinvestimento cadrà, *tendenzialmente*,⁸² *in comunione immediata e senza l'esimente di cui all'art. 179*, così come avviene per i beni di cui all'art. 177; mentre se la comunione fosse stata disciplinata dall'art. 178, il reinvestimento sarebbe rimasto bene «proprio».

E' una differenza, ripeto, importante, che dimostra che la comunione *de residuo* non è singolare e monolitica, ma *plurale e differenziata*.

Le differenze di disciplina tra le diverse ipotesi di cui agli artt. 177 e 178 sono sempre delineate dal legislatore *in ragione ed in funzione* dei diversi beni o diritti che sono oggetto di comunione differita. Ed è proprio per attenersi al diverso regime dei beni che la comunione *de residuo* può differenziarsi anche *all'interno* delle stesse comunioni differite, *reale e obbligatoria*.

VII. Conclusioni sulla natura della comunione *de residuo*.

La comunione *de residuo*, in conclusione, è un regime pienamente separatista, la cui *ratio* è operare una perequazione tra le posizioni dei coniugi al momento dello scioglimento del rapporto. Questo risultato è realizzato in tre modi, e la c.d. «comunione» residuale, nel momento della sua realizzazione, si presenta in tre forme:

⁸⁰ A.C. SORGE, op. cit., p. 386-387

⁸¹ Risposta ad interpello n. 398/2022.

⁸² Fa infatti eccezione l'acquisto di beni personali ai sensi dell'art. 179, lettere c) e d) (v. sopra, § III).

ex art. 177 co. 1, lett. b) e c),

a) *contitolarità reale*, riguardante i beni mobili, incluse le somme di denaro materialmente esistenti;⁸³

b) *diritto di credito ad rem*, cioè all'ottenimento del 50% del bene determinato, se questo è un bene mobile registrato o immobile;

tuttavia, quale eccezione alla contitolarità di cui al punto a), le somme di denaro depositate o accreditate in banca, e trasformate quindi in un credito pecuniario, daranno vita a loro volta ad un credito pecuniario in favore del coniuge non-percettore, per il principio della *consumptio nummorum*;

ex art. 178,

c) *diritto di credito* corrispondente ad un'entità contabile; la quale entità è costituita dagli incrementi dell'impresa e dai beni destinati ad essa, se l'impresa è costituita *dopo* il matrimonio; soltanto dagli incrementi dell'impresa, se l'impresa è costituita *prima* del matrimonio.

All'ipotesi sub c) – e all'ultima fattispecie in particolare - ho più volte avvicinato l'art. 177 co. 2 (azienda personale *ante*-matrimonio ma cogestita), che diverge dall'art. 178 solo per il momento realizzativo (lo scioglimento dell'impresa) e perché l'entità contabile è formata *dagli utili e dagli incrementi*.⁸⁴

A guardar bene, la *ratio* della distinzione poggia su un elemento concreto, più volte evidenziato: la natura del bene «proprio», su cui cade il diritto *perequativo*.

Si osservi che la disciplina sopra delineata, applicata agli immobili, non costituisce un intralcio alla circolazione od una fonte di incertezza. Il bene immobile che fosse «*provento dell'attività separata*» ex art. 177 lett. c)⁸⁵ sarà distinto come tale dai beni comuni ex art. 177 lett. a) sulla base della *causa del contratto di trasferimento* (contratto peraltro a forma vincolata) che se del caso ben evidenzierà il fatto che si tratti di un compenso in natura per l'attività separata, o una prestazione in luogo di adempimento per detto tipo di attività; ricordando del resto che l'art. 177 lettera a) ha un carattere di regola di principio, rispetto al quale la lettera 177-c) («bene proprio») e l'art. 179 («bene personale») costituiscono eccezioni; regola che per i beni mobili è espressamente ribadita dall'art. 195 c.c.

Nel momento in cui il regime di comunione legale si scioglie, il coniuge percettore sarà obbligato ad effettuare un [ri-]trasferimento del 50% della proprietà del bene, essendo esposto all'esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre ex art. 2932 c.c. Fino ad allora egli rimarrà unico soggetto titolare, legittimato a disporre del bene; salvi ovviamente gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

⁸³ Cioè, i depositi bancari che costituiscono «*percezione*» del frutto o del provento. Questo per distinguerli dai crediti relativi a frutti e compensi che, non ancora percepiti ai sensi dell'art. 177, non possono affatto ricadere in comunione *de residuo*. V. sul punto il paragrafo 4, lett. d).

⁸⁴ V. sopra, par. IV.

⁸⁵ Abbiamo detto nel § IV che sarebbe bizzarro ipotizzare che il bene immobile, o mobile registrato, possa essere un frutto civile.

VIII) La comunione de residuo, in pratica.

E' chiaro che quanto detto sub § VI-C) in ordine al denaro e ai «*crediti pecuniari verso le Banche da percezione avvenuta*» finisce per sottrarre molta importanza concreta alla comunione differita reale e in generale alla configurazione trialistica indicata sub § VI.

Stretta tra la comunione *reale immediata* e quella *differita puramente creditoria*, la comunione differita *reale* sembra ridursi a ben poca cosa. Scomparsa la figura del «padrone» che vive dei frutti naturali del podere dato a mezzadria, esclusa quindi ormai – almeno come ipotesi socialmente normale – l'ipotesi dei frutti della terra da cui dipenda la vita della famiglia, rimane da considerare oggetto di comunione differita *reale* il denaro conservato nel cassetto o in cassaforte; il quadro o il gioiello pagato a titolo di corrispettivo atipico o di *datio in solutum*; e poco altro. Forse, l'importanza economico-sociale della comunione *differita reale* è conservata in vita dall'ipotesi di *stock options*, di azioni e *warrants* ricevuti in pagamento dai dipendenti e dai dirigenti d'azienda, e da ipotesi simili.

Una limitata diffusione economico-pratica sembra poi ovvia anche per la seconda ipotesi fatta sopra, sub VI, lett. B), e cioè quella della comunione differita che dia luogo ad un credito *ad rem*, per il caso (invero particolarissimo) dei beni immobili e mobili registrati trasferiti a titolo di corrispettivo atipico, o a titolo di prestazione in luogo di adempimento, e simili.

Il principio della *consumptio nummorum* porta ad un esito creditorio anche per *il denaro*, se riversato o accreditato in Banca.

In concreto, la comunione *de residuo* sembra appiattirsi sul riconoscimento di un diritto di credito in favore del coniuge non percettore, al di là di eccezioni «reali» numericamente scarse e normalmente prive di grande rilevanza economica.

Ma il dato puramente pratico-economico non annulla e non svisciva, a mio avviso, quello giuridico.

In primo luogo, non sono da trascurare le differenze sopra indicate tra gli stessi tipi di «esito creditorio»: quello creditorio «puro» di cui agli articoli 177 co. 2 e 178; quello «*ad rem*» ex art. 177 b/c per eventuali mobili registrati ed immobili; quello creditorio «puro» ma con tendenziale comunitarizzazione del reinvestimento, ancora una volta ex art. 177 b/c, per il denaro riversato in Banca.

In secondo luogo e soprattutto, non dev'essere trascurata l'importanza giuridica e teorica (oltre che culturale), di distinguere esattamente all'interno dell'istituto le diverse ipotesi volute dal legislatore. La comunione *de residuo* nel nostro ordinamento, più che in altri, si presenta *plurale, articolata, sfaccettata e complessa*, aderendo di volta in volta allo statuto proprio dei beni considerati (bene-azienda; beni mobili; beni mobili registrati e immobili; credito verso le banche, ecc.) nel modo più consono e confacente.

Infine, la pluralità dei modi di essere della comunione *de residuo*, la ricchezza di articolazioni e di soluzioni che la permea e la caratterizza, consente ad essa di essere uno strumento flessibile

che, sapientemente utilizzato dall'Interprete, è in grado di venire incontro alle esigenze delle diverse famiglie della società italiana, alla luce degli spazi convenzionali lasciati ai *partners*, ed alla luce del fenomeno sempre più emergente della *contrattualizzazione del diritto di famiglia*;⁸⁶ contrattualizzazione che può trarre un ulteriore fecondo sviluppo proprio dagli spazi che vengano a riconoscersi ad una comunione *de residuo* multiforme.

Alle possibili applicazioni specifiche della comunione *de residuo* è dedicato lo Studio che fa seguito a quello presente.

⁸⁶ Sul tema, segnalo i lavori del recente Convegno *La nuova stagione del diritto di famiglia*, svoltosi a Roma, Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Roma La Sapienza, il 20 ottobre 2023 (con la partecipazione di M. BIANCA, F. MACARIO, L. MOSCATI, M. PARADISO, E. DEL PRATO, S. PATTI, M. G. RUO, E. GIACOBBE, A. SPADAFORA, N. LIPARI, M. SESTA, G. D'AMICO, G. LUCCIOLI, F. MANGANO, E. BATTELLI, A. MORACE PINELLI, F. ASTONE, E. NAVARRETTA).