

normativa de los arts. 392 y siguientes del Código Civil » (relativi, per l'appunto, alla comunione ordinaria) ⁽²³⁹⁾.

Sezione II

La comunione legale di fronte alla comunione ordinaria

SOMMARIO: 7. Trattati caratteristici della comunione legale in rapporto alla comunione ordinaria. — 8. I soggetti della comunione legale e della comunione ordinaria. — 8.1. La comunione e i conviventi *more uxorio*. — 8.2. Ulteriori considerazioni sui soggetti della comunione. In particolare: la possibilità di esercitare i diritti dei coniugi in via surrogatoria. — 9. Oggetto, amministrazione e scioglimento nella comunione legale ed in quella ordinaria. — 10. Le quote e i relativi poteri nella comunione legale ed in quella ordinaria. In particolare: sull'indisponibilità della quota in comunione legale. — 10.1. L'indisponibilità della quota verso i terzi. — 10.2. La disponibilità della quota *inter coniuges*. — 11. Sintesi dei tratti caratteristici della comunione legale. Conclusioni sulla natura dell'istituto. La comunione come regime e come regime « legale ». Comunione e autonomia privata (rinvii).

7. *Tratti caratteristici della comunione legale in rapporto alla comunione ordinaria.* — Pur apparendo preferibile la tesi che qualifica la comunione legale quale una contitolarità di diritti per quote, alla stregua della comunione ordinaria disciplinata dal libro III del c.c., occorre notare che una certa serie di differenze caratterizzano la prima rispetto alla seconda. Esse attengono, in particolare: *a)* ai soggetti, *b)* all'oggetto, *c)* al modo di costituzione, *d)* all'amministrazione, *e)* ai rapporti con i creditori, *f)* al modo di estinzione dei due istituti. A ciascuno di tali aspetti verranno consacrate trattazioni specifiche nell'ambito del presente lavoro; appare però opportuno porre sin d'ora, nei §§ seguenti, alcuni punti fermi ⁽²⁴⁰⁾.

8. *I soggetti della comunione legale e della comunione ordinaria.*

8.1. *La comunione e i conviventi more uxorio.* — Cominciando

(239) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. loc. ultt. citt.*

(240) Per una trattazione riepilogativa delle differenze tra comunione legale e comunione ordinaria (anche se, sovente, svolta in modo assai divergente da quella qui esposta) v. anche BARBIERA, *Il matrimonio*, cit., p. 498 ss.

dai soggetti, andrà rimarcato che, a differenza della comunione ordinaria, la comunione legale può sussistere solo tra persone coniugate. Non è questa certo la sede per rivisitare *funditus* il tema dell'applicabilità *de iure condito*, ovvero dell'estensibilità *de iure condendo*, o, ancora, per via di contratto, dell'istituto in oggetto ad altri soggetti, ed in particolare ai conviventi *more uxorio* ⁽²⁴¹⁾. Basterà qui solo ricordare, in primo luogo, che l'argomento, a dispetto di quanto si sarebbe portati istintivamente a credere, è studiato da molto tempo.

Già alcuni celeberrimi dottori dell'antico diritto iberico, trattando delle peculiari disposizioni vigenti nel regno di Spagna sulla comunione degli acquisti ⁽²⁴²⁾, dopo aver premesso che l'istituto avrebbe avuto applicazione « etiam in matrimonio putativo, quando inter coniuges erat contractum matrimonium quod subsistere non poterat, stante legitimo impedimento » ⁽²⁴³⁾, e dopo aver affermato che, quanto meno in determinati casi, la comunione avrebbe potuto aver luogo anche tra fidanzati ⁽²⁴⁴⁾, soggiungevano che la medesima conclusione si sarebbe potuta forse anche estendere — secondo quanto testualmente asserito da Lopez de Palacios Rubios — al caso relativo a « duobus amasiis simul habitantibus ». Tra costoro, infatti, « videtur secundum aliquos tacite contracta societas, et lucra acquisita inter eos aequaliter dividuntur, eo modo, inter coniuges veros, vel putativos, praesertim si postea inter eos contractum fuit matrimonium » ⁽²⁴⁵⁾.

Non stupisca tanta « modernità » da parte dell'autore (Juan Lopez de Palacios Rubios, per l'appunto) del famigerato *requerimiento*: di quel documento, cioè, che i *conquistadores* leggevano alle popolazioni amerindie per intimare la sottomissione alla Corona di Spagna, minacciando, in caso contrario, gravi ritorsioni e che, di fatto, venne utilizzato nel Nuovo Mondo quale giustificazione per lo sterminio e la riduzione in schiavitù di milioni di persone. Quella presa di posizione sulla possibile applicazione della comunione legale ai conviventi va, invero, collocata nel contesto pretridentino, in cui il concubinato (sovente

(241) Sul punto si rinvia alle opere che verranno citate tra breve in nota.

(242) Su cui v. *supra*, Cap. I, § 5.1.

(243) Sul tema specifico dell'operatività del regime di comunione in caso di matrimonio putativo v. *infra*, Cap. XVIII, § 3.

(244) Cfr. LOPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *Quaedam recollectae super legibus de Toro*, in *Repetitio rubricae et cap. per vestras, de donationib. inter virum et uxorem*, Lugduni, 1576, p. 424 ss.; GARCIA DE SAAVEDRA, *De coniugali acquaeatu*, cit., p. 73.

(245) Cfr. LOPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *Repetitio rubricae et cap. per vestras, de donationib. inter virum et uxorem*, cit., p. 120.

praticato dagli stessi ecclesiastici) era nei fatti largamente tollerato, anche per l'evidente impossibilità, in assenza di un sistema di registrazione dei matrimoni, di tracciare una netta linea di demarcazione tra unione legittima e unione di fatto ⁽²⁴⁶⁾.

Ora, se occorre correttamente ammettere che il citato dottore iberico traeva lo spunto per le conclusioni appena illustrate da una lettura a dir poco « azzardata » d'un passo di Bartolo, che, a ben vedere, aveva tratto ad una fattispecie diversa ⁽²⁴⁷⁾, sta comunque di fatto che non troppo lontano dall'esposto ordine di idee si collocava il pensiero dello stesso Molineo, quando, in relazione al caso delle nozze clandestine, asseriva che la comunione avrebbe potuto avere ugualmente effetto (pur tra soggetti il cui matrimonio, si badi, era addirittura inesistente!), qualora espressamente stipulata dalle parti ⁽²⁴⁸⁾.

(246) Sul tema si fa rinvio per tutti a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 24 ss.

(247) Il passo in questione è infatti quello in cui Bartolo (cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Infortiati Partem*, cit., f. 57), dovendo affrontare il tema della *societas tacite contracta*, con particolare riguardo al caso relativo a « duobus fratribus, vel patruo, vel nepote », concludeva che « quando uterque negotiatur, tunc si hincinde lucra consueverunt communicare, praesumo societatem contractam esse (...) et probo propter l. in concubinato., supra de concubinis et supra de ritu nupt. l. in libere. Praeterea talis actus, citra ius, et nomen societatis non potest celebrari, ergo societas videtur tacite contracta ». La conclusione partiva dunque dal presupposto (trascurato da Lopez de Palacios Rubios) che entrambi i parenti svolgessero attività commerciale, mentre il rinvio di Bartolo era a quella parte dei suoi *commentaria* (cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Infortiati Partem*, cit., f. 38), in cui, circa la l. *in concubinato*, *D de concubinis* (D, 26, 7, 1), si sosteneva che « inter duos fratres simul commorantes, et ponentes lucrum in communi, in dubio praesumitur contracta societas: sicut inter virum et mulierem, in dubio praesumatur contractum matrimonium ». Il richiamo di Bartolo al concubinato era dunque svolto unicamente al fine di argomentare che da un comportamento « concludente » era possibile inferire la stipula di un certo negozio (sulla prova del matrimonio nel periodo anteriore al Concilio di Trento cfr. per tutti OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 24 ss.). In senso contrario alle conclusioni di Lopez de Palacios Rubios cfr. però GARCIA DE SAAVEDRA, *De coniugali aquaestu*, cit., p. 108, che, dopo aver esposto l'opinione surriferita, sull'applicabilità della comunione ai *concubinarii*, concludeva affermando che « Mihi haec opinio non placet ex verbis nostrae legis, quae de marito ex uxore loquuntur, et rursus constante, inquit lex nostra, inter eos matrimonium ».

(248) « Non ergo a die contractus clandestini, nisi in vim clausulae expressae contractus, non in vim consuetudinis »: cfr. la nota all'art. 94 della *coutume* di Valois in MOLINEO, *Coutumes generales et particulieres du royaume de France & des Gaules: Mesmement toutes celles qui ont esté nouvellement redigees par les trois Estats, & homologues, corrigees & anotees de plusieurs decisions & arrests, diligemment &*

Certo, il brano di Molineo non si riferiva espressamente ai casi di *concubinatus*, ma tra tale situazione ed i *matrimonia clandestina* (pure caratterizzati, come il concubinato, dalla parvenza di un'unione matrimoniale, in assenza di una celebrazione *in facie Ecclesiae*) il passo era assai breve ⁽²⁴⁹⁾, come dimostrato dall'asprezza delle critiche mosse alla conclusione appena illustrata da parte della dottrina successiva e, in particolare, dal (Claude) de Ferrière. Quest'ultimo s'affrettò, infatti, a precisare che, in considerazione della *sacralité* del matrimonio, « la communauté de biens ne peut point avoir lieu entre ceux qui vivent dans le concubinage, quoy qu'ils ayent mis tous leurs biens ensemble, et qu'ils en jouissent confusement et indistinctement », peraltro ammettendo che « un homme et une femme peuvent contracter quelque société universelle ou particulière, quoy qu'ils vivent ensemble dans le concubinage, et telle société produiroit les effets ordinaires des sociétés, suivant la disposition du Droit Romain; mais de dire qu'ils pussent contracter une société, qui produisist les effets de la communauté de biens, comme le veut du Moulin, et se regler par les regles de la communauté entre mary et femme établies par les Coûtumes, c'est une proposition absurde, et que l'on ne peut pas soutenir » ⁽²⁵⁰⁾.

fidèlement par Messire Charles du Moulin, Avocat en la Cour de Parlement à Paris, & autres Jurisconsultes, I, cit., f. 184. Occorre però tenere conto del fatto che, all'epoca in cui il grande giurista francese scriveva queste osservazioni, vale a dire prima del decreto *Tametsi* del Concilio di Trento (1563) e dell'*Ordonnance de Blois* (1579), il requisito della celebrazione non era ancora richiesto come essenziale per l'esistenza del matrimonio (sul tema cfr. per tutti OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 24 ss.).

(249) E ancor più breve divenne con la formalizzazione del requisito della celebrazione delle nozze, su cui v. il richiamo alla nota precedente.

(250) Cfr. C. DE FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris: enrichie de nouvelles observations, & de plusieurs Questions décidées par les Arrêts des cours Souveraines, avec les Conférences des autres Coutumes*, II, cit., p. 467, che aggiungeva: « parce que de mesme que la dot ne peut estre sans le mariage, § *si adversus. Institut. de nupt. et l. 3 ff. de jure dot.*, quoy qu' au contraire le mariage puisse estre sans dot, aussi la communauté de biens ne peut estre sans mariage, encore que le mariage puisse estre sans communauté; ce qui est sans difficulté ». Anche GARCIA DE SAAVEDRA, *De coniugali acquæstu*, cit., p. 107, con riguardo ai matrimoni clandestini, riteneva che « non esse lucra communicanda, quæ fiant constante matrimonio reprobato ab Ecclesia sancta ». Analoghe considerazioni in BOURJON, *Le droit commun de la France, et la coutume de Paris réduits en principes*, I, cit., p. 516 (« les mariages clandestins ne peuvent produire de communauté »). Si potrà notare ancora che alcune *coutumes* francesi espressamente stabilivano che la *communauté de biens* non potesse avere luogo se non tra persone coniugate: è il caso, ad

La conclusione del de Ferrière, con un salto di qualche secolo, è valida ancora oggi. L'opinione assolutamente prevalente, invero, ripudia l'estensibilità in via analogica della comunione legale ai conviventi, oltre che per le evidenti differenze tra unione matrimoniale e unione di fatto, per via della fondamentale scelta operata dai *partners* del *faux ménage*, per il « non matrimonio », che impedisce di applicare ad essi le conseguenze di quello che finirebbe invece con l'essere un vero e proprio « matrimonio forzoso »⁽²⁵¹⁾. Va del resto rilevata la non contrarietà a Costituzione della mancata estensione legislativa⁽²⁵²⁾, dandosi anche atto delle gravissime obiezioni di carattere pratico che

esempio, della consuetudine di Tours (cfr. art. 231). Identica conclusione in Germania: cfr. per tutti NEUB, *Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft sowohl im Allgemeinen als nach den besonderen Gewohnheiten im Herzogthume Berg*, cit., p. 28 s.

(251) Cfr. per tutti OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 43 ss., 59 ss.; in giurisprudenza v. App. Firenze, 12 febbraio 1991, in *Dir. fam.*, 1992, p. 633, che espressamente rigetta la via dell'analogia, essendo l'applicabilità del regime *ex artt.* 177 ss. c.c. « dalla legge ricollegata al dato formale del vincolo matrimoniale » e come tale non estensibile analogicamente ad una situazione non caratterizzata da « un connotato di istituzionale stabilità (anche se non di indissolubilità) », essendo invece la durata del *ménage* di fatto « rimessa, giorno per giorno, alla mera volontà di ciascuno dei conviventi ».

Le considerazioni qui sommariamente svolte, unitamente a quelle dei lavori cui qui si fa rinvio, valgono poi a negare l'estensibilità in via analogica alla famiglia di fatto anche della comunione *de residuo*, con particolare riguardo a quella dei proventi dell'attività separata di ciascun coniuge, *ex art.* 177, lett. c), c.c. (secondo quanto proposto invece da BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Atti del convegno di Pontremoli, 27-30 maggio 1976, Montereccio, sd. ma 1977, p. 141; nello stesso senso v. inoltre BESSONE e FERRANDO, *Regime della filiazione, parentela naturale e famiglia di fatto*, in *Dir. fam.*, 1979, p. 1339). Di tale istituto va infatti subito notata la dubbia estrapolabilità (nell'ambito del nostro ordinamento) dal sistema più generale del regime legale matrimoniale, e la sua separabilità dalla comunione immediata, della quale costituisce un corollario. A ciò si aggiunga ancora la constatazione che questa particolare forma di comunione si presenta come indissolubilmente legata al momento dello scioglimento del regime legale, di cui presuppone pertanto la possibilità di una esatta individuazione. Individuazione che, diversamente dalla famiglia legittima, per la quale il codice prevede un'elencazione tassativa di casi (sull'argomento della tassatività dell'elencazione delle cause di scioglimento *ex art.* 191 c.c. v. *infra*, Cap. XVIII, § 8), dovrebbe qui essere compiuta dal giudice di volta in volta e *a posteriori*, mediante un'analisi del comportamento delle parti, che in occasioni del genere, si sa, è sovente tutt'altro che univoco. Per una veloce rassegna sul tema (anteriore al 1995) v. anche CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, cit., p. 1215 ss.

(252) Cfr. per tutti OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 53 ss.

potrebbero sollevarsi di fronte ad una ipotetica applicazione ai conviventi del regime *ex artt.* 177 ss. c.c., in assenza di una qualche forma di « consacrazione » e di pubblicità del rapporto ⁽²⁵³⁾. Tutto ciò pre-

(253) La principale difficoltà sembra costituita non tanto dalla (ovvia) necessità di individuare caso per caso la sussistenza del rapporto, quanto piuttosto da quella di appurare l'esatto momento di inizio e di cessazione del medesimo, posto che con questi termini andrebbero raffrontate le date d'acquisto dei singoli beni. La caduta in comunione opererebbe automaticamente al momento dell'effettuazione di ciascun acquisto ai sensi dell'art. 177, lett. *a*) e *d*), c.c., e ciò anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo risultasse formalmente compiuto da uno solo dei conviventi, secondo lo schema che va sotto il nome di coacquisto automatico (su cui v. *infra*, Cap. VII). Sennonché, al convivente pretermesso (a differenza del coniuge) verrebbe a mancare ogni forma di tutela nei confronti di atti pregiudizievoli dei suoi diritti posti in essere dal *partner*. Quest'ultimo aspetto è un'evidente (e inevitabile) conseguenza dell'impossibilità di dare alla comunione legale tra conviventi un rilievo verso l'esterno, dal momento che essa, a differenza del matrimonio, non si fonda su di un fatto certo e verificabile dai terzi. Tant'è vero che nessuno dei fautori dell'estensibilità in via analogica della normativa matrimoniale s'azzarda a suggerire l'applicazione della regola dell'annullabilità degli atti (di disposizione) in materia di beni immobili o mobili registrati compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro (art. 184 c.c.). Costoro sono anzi costretti a ripiegare sul principio risarcitorio previsto dal terzo comma della disposizione ultima citata (cfr. ad es. PROSPERI, *La famiglia non « fondata sul matrimonio »*, Camerino-Napoli, 1980, p. 291), così prospettandone un'estensione analogica « di secondo grado », posto che il medesimo si riferisce testualmente al solo caso dei beni mobili non registrati.

D'altronde non va dimenticato che i singoli aspetti del regime giuridico della comunione legale appaiono inscindibilmente connessi l'uno all'altro: la tutela « esterna » del regime, costituita dalla sua opponibilità *ex lege*, anche in difetto di espressa risultanza dello stesso sui pubblici registri mobiliari e immobiliari, è proprio lo strumento attraverso cui il legislatore ha voluto perseguire il risultato di attribuire alla comunione la massima capacità espansiva (cfr. F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, cit., p. 72; OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 195; v. inoltre *infra*, Cap. XXV, § 1) e non può essere pertanto avulsa dal sistema della comunione, senza snaturarne irrimediabilmente l'essenza. L'opponibilità verso i terzi della contitolarità sostanziale dei diritti acquistati da uno solo dei conviventi durante il rapporto sarebbe dunque concepibile — in relazione ai beni immobili o mobili registrati — solo a condizione che l'altro proponesse, una volta cessato il rapporto, una domanda di divisione, tempestivamente trascritta ai sensi dell'art. 2646, secondo comma, c.c., ovvero dell'art. 2653, n. 4, c.c., se si volesse ritenere ancora in vigore (oltre che estensibile ai conviventi) la norma in esame (per la negativa cfr. OBERTO, *Comunione legale, regimi convenzionali e pubblicità immobiliare*, cit., p. 227 s.; v. inoltre *infra*, Cap. XXI, § 4.2). In costanza di convivenza egli potrebbe invece agire contro il *partner* per ottenere una pronunzia di accertamento della comproprietà, sempre avendo cura di trascrivere immediatamente la relativa domanda. In caso di preventiva trascrizione da parte del terzo non rimarrebbe che la

messo, va però ribadito che rimane aperta la via della stipula di un contratto di convivenza, che consenta ai *partners* dell'unione libera di produrre, nei soli rapporti interni, effetti *lato sensu* assimilabili a quelli propri del regime descritto dagli artt. 177 ss. c.c. (254). Resta fermo che la conclusione di un siffatto accordo non potrà desumersi se non dalla

tutela risarcitoria e la relativa azione *ex art.* 2043 c.c. potrebbe venire proposta anche contro il terzo, nel caso di mala fede di quest'ultimo: cfr. Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1547, con nota di CIRILLO; in *Foro it.*, 1982, I, c. 394, con nota di PARDOLESI; Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 984, con nota di BENACCHIO; in *Foro it.*, 1989, I, c. 1568; in *Riv. not.*, 1989, II, p. 1260.

Tra le ragioni che s'oppongono all'estensione analogica del regime di comunione legale ai conviventi non va poi trascurata l'esigenza di garantire certezza non solo verso i terzi, ma anche tra le parti. In particolare appare necessario tutelare non solo il « convivente debole », ma anche quello che, avendo operato un acquisto in un periodo « incerto », vuoi all'inizio, vuoi alla fine della relazione, deve essere posto nella condizione di sapere con sicurezza se il bene sia personale ovvero comune e dunque se egli possa o meno liberamente disporne. Appare poi opportuno evitare che quello dei *partners* il quale abbia già deciso di por fine al rapporto, ma che è a conoscenza del fatto che l'altro sta per realizzare a proprio nome un determinato acquisto, rinviì intenzionalmente la rottura, o addirittura si precostituisca fraudolentemente le prove di una persistenza del *ménage* al momento dell'acquisto. Inutile dire che i problemi di cui sopra troverebbero rimedio se si ipotizzasse una forma di registrazione del rapporto paramatrimoniale, analogamente a quanto suggerito da svariate esperienze straniere e proposto da alcune iniziative legislative. Sul tema, che non può essere certo affrontato in questa sede, v. per tutti E. QUADRI, *Problemi giuridici attuali della famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, p. 502 ss.; CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000, *passim*; CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, p. 501 ss.; AA.VV., *Matrimonio, Matrimonii*, a cura di BRUNETTA D'USSEAU e D'ANGELO, Milano, 2000, *passim*; IEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *Riv. not.*, 2001, p. 37 ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, p. 970 ss.; per un'ampia panoramica delle questioni sul tappeto cfr. inoltre BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 509 ss.; v. poi anche VITUCCI, *Dal di che nozze... Contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Familia*, 2001, p. 713 ss.; FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, p. 192 ss.; SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 399 ss.; BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, *passim*. Per un'esaustiva analisi comparativa cfr. pure BOELE-WOELKI e FUCHS (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerp - Oxford - New York, 2003; all'interno di quest'ultimo lavoro collettaneo si potrà segnalare, sul tema specifico della discriminazione nei confronti delle coppie omosessuali e delle relative dichiarazioni a livello internazionale, il contributo di YTTBERG, *All Human Beings are Equal, but Some are More Equal than Others—Equality in Dignity without Equality in Rights*, *ivi*, p. 1 ss.

(254) Cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 262 ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, p. 54 ss.

chiara estrinsecazione di una volontà negoziale in tal senso, non potendosi accogliere da noi la tesi, pure prospettata in dottrina, della ammissibilità di un *implied cohabitation agreement* ⁽²⁵⁵⁾. È poi chiaro che ai conviventi saranno applicabili gli ordinari rimedi di diritto comune per il caso di esercizio congiunto di un'attività economica, con il conseguente riconoscimento di una società di fatto, qualora ne sussistano i presupposti ⁽²⁵⁶⁾.

Diverso discorso è quello che può svolgersi *de iure condendo*, circa l'opportunità di estendere ai conviventi un qualche regime di comunione (legale o ordinaria che sia). La via, già percorsa (peraltro non senza contraddizioni e ripensamenti) all'estero da talune legislazioni ⁽²⁵⁷⁾, è stata tentata più volte senza esito da numerosi progetti di legge di casa nostra: a partire, ad esempio, da quello che, presentato già nel

(255) Sul tema v. *amplius* OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 215 ss.

(256) Sul tema si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., p. 222 ss., 227 ss.; ID., *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, cit., p. 32 ss., anche per una panoramica dell'utilizzo, nelle esperienze straniere, dell'istituto della società civile.

(257) È il caso (oltre che, come ovvio, degli ordinamenti che conoscono come legale un regime di tipo comunitario ed in cui la disciplina matrimoniale viene *sic et simpliciter* richiamata dalle norme sul partenariato registrato, come avviene, ad esempio, nei Paesi scandinavi) della Germania, ove il *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)* del 16 febbraio 2001, che aveva originariamente previsto per i conviventi omosessuali che avessero provveduto alla registrazione della loro unione, l'apposito regime della *Ausgleichsgemeinschaft*, modellato sulla falsariga della *Zugewinnngemeinschaft*, ha, a seguito della riforma di cui alla l. 6 febbraio 2005, adottato quale *Güterstand* (cfr. il nuovo § 6), peraltro derogabile, proprio quello previsto quale regime legale per i coniugi, con espresso rinvio ai §§ 1363, comma secondo, nonché da 1364 a 1390 *BGB*. In Francia, invece, l'originaria versione dell'art. 515-5 *c.c. fr.*, introdotto dalla l. n° 99-944 del 15 novembre 1999, che stabiliva, in difetto di apposita convenzione derogativa, per i *concubins pacsés* la regola dell'*indivision* (cioè della comunione ordinaria, e non di quella legale tra i coniugi) per gli acquisti compiuti, anche separatamente, è stata sostituita, per effetto della l. n° 2006-728 del 23 giugno 2006, in vigore dal 1° gennaio 2007, da una nuova formulazione che prevede come applicabile *par défaut* il regime di separazione dei beni (cfr. il primo comma della citata norma, a termini del quale « Sauf dispositions contraires de la convention visée au deuxième alinéa de l'article 515-3, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels »). La medesima soluzione era stata adottata ancor prima in Spagna dalla legge catalana n. 10/1998, del 15 luglio 1998, *de uniones estables de pareja* (cfr. l'art. 3, secondo comma, u.p., per le unioni eterosessuali, così come l'art. 22, ultimo comma, u.p., per le unioni omosessuali, secondo cui « cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute

corso della X legislatura, prevedeva l'applicazione ai conviventi *more uxorio* degli artt. 177, 178, 179 e 194 c.c. ⁽²⁵⁸⁾, per venire (sempre, naturalmente, a titolo di mero esempio, atteso il gran numero di iniziative legislative sul tema di questi ultimi anni, rimaste, peraltro, tutte lettera morta) alle proposte presentate, in tempi più recenti, nel corso della XIV legislatura, tra cui spiccava quella dal titolo « Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto » ⁽²⁵⁹⁾.

Il regime patrimoniale *envisagé* da questa iniziativa si fondava (cfr. art. 11, commi terzo e quarto) sulla libertà di scelta tra il regime di « comunione legale regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione III, del codice civile » (regime che — a ben vedere — non si sarebbe più potuto definire, nel caso di specie, come « legale », nascendo dall'accordo delle parti, anziché « per *default* » dalla legge) e quello di « comunione convenzionale regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione IV, del codice civile » (con il problema, non risolto dalla proposta, costituito dal fatto che una semplice « scelta » avrebbe dovuto dar luogo ad un regime che avrebbe dovuto essere dettagliatamente regolato da una serie di intese, le quali a loro volta non avrebbero potuto essere contenute se non in un apposito contratto). In caso di mancata effettuazione della scelta, il regime sarebbe stato quello separatista. Un'analogia proposta coeva prevedeva invece l'alternativa

y la administración de sus bienes »; analogamente dispone l'art. 6 della legge aragonese n. 6/1999, del 25 marzo 1999, relativa a *parejas estables no casadas*).

(258) Si tratta della proposta presentata il 9 ottobre 1987, d'iniziativa dei Deputati Calvanese e altri, recante il n. 1647 e intitolata « Nuove norme in materia di diritto di famiglia ». Essa, agli artt. 13 e 15, prevedeva testualmente quanto segue:

« Art. 13 (Patrimonio della famiglia di fatto).

I conviventi *more uxorio* possono rivolgersi al giudice per chiedere la divisione del patrimonio costituito durante la convivenza.

Il giudice valuta, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, la consistenza del patrimonio costituito dai conviventi con apporti di lavoro professionale, o casalingo, ai sensi degli articoli 177, 178 e 179 del codice civile, come sostituiti rispettivamente dagli articoli 56, 57 e 58 della legge 19 maggio 1975, n. 151.

Il giudice procede alla divisione del patrimonio ai sensi dell'art. 194 del codice civile, come sostituito dall'art. 73 della legge 19 maggio 1975, n. 151 ».

« Art. 15 (Facoltà per i conviventi di escludere il regime di comunione e la costituzione di impresa familiare)

Le disposizioni di cui agli articoli 13 e 14 della presente legge non si applicano se i conviventi concordano su ciò con atto pubblico di cui all'articolo 2699 del codice civile ».

(259) Cfr. la proposta « Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto », n. 3296/XIV/C, presentata il 21 ottobre 2002 di iniziativa dell'On. Grillini.

« secca » tra il regime di separazione dei beni (che si sarebbe dovuto « presumere » in mancanza di scelta) e un non meglio precisato « regime di comunione per i beni che verranno acquistati a titolo oneroso posteriormente alla conclusione del contratto », di cui il progetto non si degnava neppure di specificare la natura (appartenenza alla *species* definita dagli artt. 177 ss. c.c., o a quella di cui agli artt. 1100 ss. c.c.?) ⁽²⁶⁰⁾.

Nella XV legislatura, poi, il richiamo agli artt. 177, 178, 179 e 194 c.c. tornava a comparire nell'ambito di un progetto in cui l'accertamento delle eventuali pretese delle parti sarebbe divenuto tecnicamente impossibile, dal momento che il rinvio alle cennate norme sarebbe stato inserito in una disposizione la cui prima parte contraddittoriamente avrebbe attribuito al giudice (secondo modelli propri dei sistemi di *common law*) il potere di procedere alla divisione del patrimonio « indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, tenuto conto della consistenza del patrimonio costituito dalle parti con apporti di lavoro professionale e casalingo ». Ciò che appare evidentemente inconciliabile con l'applicazione delle norme codicistiche citate, così come conformate dal nostro legislatore ⁽²⁶¹⁾.

Assai più realisticamente, un'altra proposta della medesima XV legislatura prevedeva per *default* il regime di separazione, in caso di mancata scelta per il regime di comunione legale *ex* artt. 177 ss. o di quello di comunione convenzionale *ex* artt. 210 s. c.c. ⁽²⁶²⁾. Significativamente il d.d.l. governativo sui diritti delle persone conviventi (c.d. « di.co. ») ⁽²⁶³⁾, risalente al medesimo turno di tempo, appariva muto

(260) Cfr. l'art. 230-*nonies* c.c., secondo la proposta n. 4334/XIV/C (« Disciplina del patto civile di solidarietà »), presentata il 2 ottobre 2003, di iniziativa dell'On. Rivolta e altri.

(261) Cfr. il progetto di legge n. 1563/XV/C, presentato il 2 agosto 2006 dall'On. De Simone e altri, che proponeva l'introduzione di un art. 455-*septies* c.c., il cui quarto comma era del seguente tenore: « Nel caso di separazione, le parti procedono di comune accordo alla divisione patrimonio comune. Nel caso in cui l'accordo non sia possibile il giudice, indipendentemente dalla titolarità o dal possesso dei beni, tenuto conto della consistenza del patrimonio costituito dalle parti con apporti di lavoro professionale e casalingo ai sensi degli articoli 177, 178 e 179, decide sulle conseguenze patrimoniali procedendo alla divisione del patrimonio ai sensi dell'articolo 194, fatta salva la possibilità per le parti agire per il risarcimento del danno eventualmente subito ».

(262) Cfr. art. 8, terzo, quarto e quinto comma, della proposta n. 33/XV/C, presentata il 28 aprile 2006 d'iniziativa degli On. Grillini e altri.

(263) Cfr. il d.d.l. di iniziativa governativa n. 1339/XV/S. Per alcune osservazioni

sul punto, mentre la successiva proposta del Presidente della Commissione giustizia del Senato (sui c.d. « c.u.s. ») ⁽²⁶⁴⁾ avanzava l'idea della (necessaria) indicazione, nel vagheggiato « contratto di unione solidale », dell'intenzione delle parti di assoggettare o meno « alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti ». Formulazione, questa, da cui sembra dato arguire che il regime proposto avrebbe dovuto essere quello di una comunione ordinaria (con possibile determinazione convenzionale delle quote in misura diversa da quella paritaria, imposta, come noto, dall'art. 210 c.c.), che si sarebbe però costituita *ex lege* anche in caso di acquisto da parte di uno solo dei conviventi. La proposta non chiariva, peraltro, quale avrebbe dovuto essere il regime applicabile nel caso di silenzio del contratto sul punto ⁽²⁶⁵⁾.

Analoga poliedricità di posizioni caratterizza le proposte presentate nel corso della XVI legislatura. Così, mentre il progetto conosciuto con l'acronimo « Di.do.re. » ⁽²⁶⁶⁾ ignora puramente e semplicemente ogni questione attinente al regime patrimoniale della coppia convi-

su tale progetto cfr. GRASSO, *Tiziano o Duchamp: sul disegno di legge in tema di « Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi »*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 723 ss.

(264) Cfr. il disegno di legge dal titolo « Contratti di unione solidale », presentato il 12 luglio 2007 dal Sen. Salvi, Presidente della Commissione Giustizia del Senato, al comitato ristretto ed approvato dalla Commissione predetta il 4 dicembre 2007. Per alcune osservazioni su tale progetto cfr. LAURINI, *Le convivenze extra-familiari. Una proposta di disciplina rispettosa dei principi etici e costituzionali*, in *Notariato*, 2008, p. 362 s.

(265) Cfr. il testo del proposto art. 455-*octies* c.c.: « Regime patrimoniale. Nel contratto di unione solidale le parti devono indicare se intendono assoggettare alle norme della comunione in generale i beni acquistati a titolo oneroso successivamente alla stipulazione del contratto stesso, anche quando l'acquisto sia compiuto da una sola delle parti ».

(266) Cfr. il progetto di legge dal titolo « Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi », presentato l'8 ottobre 2008 dai Dep. Barani ed altri (n. 1756/XVI/C). Analogo silenzio contraddistingue la proposta n. 1862/XVI/C, d'iniziativa dei Deputati Mantini ed altri, dal titolo « Norme sulla responsabilità delle persone stabilmente conviventi, in materia di successione, obblighi alimentari, prestazione di lavoro, permesso di soggiorno, contratti di locazione, assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, assistenza in caso di ricovero, internamento o detenzione, nonché di decisioni in materia di salute e in caso di morte », presentata il 3 novembre 2008.

vente, la proposta d'iniziativa dei Deputati Bernardini e altri ⁽²⁶⁷⁾ mira all'introduzione, tra l'altro, di un art. 455-*undecies* c.c. così concepito: « (Regime patrimoniale dell'unione civile). — 1) All'atto di costituzione dell'unione civile le parti possono scegliere mediante convenzione ai sensi dell'articolo 455-*sexies* il regime patrimoniale della stessa. 2) Nel caso che, per qualsiasi ragione, si ometta di stipulare la convenzione di cui al primo comma, si presume scelto il regime di separazione legale ». Da notare, a tacer d'altro, le disastrose conseguenze di una previsione che si limiterebbe a « presumere » la scelta di una dato regime: con la conseguenza che la prova della scelta di un regime diverso sarebbe, con ogni probabilità sempre ammessa, in contrasto con le prescrizioni formali richieste per la validità stessa della scelta di un regime alternativo! Tra le convenzioni previste dal proposto art. 455-*sexies* c.c. non compare, almeno espressamente, quella costitutiva di un regime di comunione, anche se l'ampia formulazione del primo comma della stessa (« Con convenzione stipulata ai sensi delle disposizioni del presente codice e delle leggi speciali vigenti in materia di contratti, le parti dell'unione civile possono disciplinare gli aspetti patrimoniali della stessa, nonché i termini per la cessazione unilaterale di cui al terzo comma dell'articolo 455-*octies* e le conseguenze patrimoniali di tale cessazione ») induce a ritenere senz'altro possibile un accordo diretto alla creazione di un regime comunitario, sulla falsariga di quanto proposto dallo scrivente. Il problema sarebbe, semmai, e ancora una volta, quello di comprendere se tale comunione sarebbe opponibile ai terzi, né sul punto potrebbe essere d'aiuto quanto disposto dal capoverso del proposto art. 455-*octies*, che si limita a legare al rispetto delle regole dell'atto pubblico l'opponibilità della convenzione, senza spendere una parola sul delicatissimo tema della relativa pubblicità.

Non molto dissimilmente da tale ultima iniziativa, un'altra proposta, d'iniziativa dei Deputati Lucà ed altri ⁽²⁶⁸⁾, suggerisce (cfr. il relativo art. 4) la previsione della « separazione dei beni, in conformità alla disciplina stabilita dal libro primo, titolo VI, capo VI, sezione V, del codice civile » quale « regime patrimoniale legale tra le persone

(267) Cfr. la proposta n. 1065/XVI/C (« Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di unione civile »), presentata il 15 maggio 2008.

(268) Cfr. la proposta n. 1858/XVI/C (« Riconoscimento giuridico di diritti, responsabilità e facoltà alle persone che fanno parte di unioni di fatto e delega al Governo per la disciplina della successione tra le medesime »), presentata il 3 novembre 2008.

componenti l'unione di fatto ». Nessuna menzione è fatta della possibilità che le parti convengano un regime diverso, anche se l'espresso richiamo al concetto di « regime patrimoniale legale » induce a ritenere che non siano esclusi regimi patrimoniali di fonte convenzionale, ivi compreso, quindi, un eventuale regime comunistico ⁽²⁶⁹⁾.

Più preciso sul punto il disegno di legge d'iniziativa della Sen. Franco ⁽²⁷⁰⁾, che, all'art. 8, comma terzo, prevede che « I contraenti dell'unione civile possono scegliere tra i seguenti regimi patrimoniali: *a*) la comunione legale, come regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione III, del codice civile; *b*) la comunione convenzionale, come regolata dal libro I, titolo VI, capo VI, sezione IV, del codice civile ». Di tale opzione andrebbe fatta menzione nel registro dello stato civile, mentre, in difetto di scelta, il regime sarebbe quello della separazione dei beni, con conseguente applicazione delle « norme del libro I, titolo VI, capo VI, sezione V, del codice civile ».

8.2. *Ulteriori considerazioni sui soggetti della comunione. In particolare: la possibilità di esercitare i diritti dei coniugi in via surrogatoria.* — Concludendo sul tema dei soggetti della comunione legale, potrà

(269) Il citato proposto art. 4 si preoccupa invece di prevedere, al comma terzo, che « Gli atti di disposizione patrimoniale effettuati tra le persone componenti l'unione di fatto in proporzione ai rispettivi redditi, alle rispettive sostanze e alle rispettive capacità lavorative costituiscono adempimento di obbligazione naturale, in conformità alla disciplina stabilita dall'articolo 2034 del codice civile ». Il successivo comma quarto stabilisce, poi, che « Salvo prova contraria, si presume che gli atti di disposizione patrimoniale eccedenti la misura individuata dal comma 3 costituiscono donazioni, per la cui validità sono richiesti i requisiti stabiliti dal libro secondo, titolo V, del codice civile ». Siffatte disposizioni raccolgono, ancora una volta, la più risalente proposta « privata », redatta dallo scrivente il 28 febbraio 2000, nell'ambito dei lavori di una riunione di esperti convocata presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, inviata in pari data all'Ufficio Legislativo del suddetto Dipartimento e pubblicata nel proprio sito *web* il 10 giugno 2000 (cfr. OBERTO, *Proposta di legge sul tema: disposizioni in materia di accordi di convivenza*, disponibile alla seguente pagina *web*: <http://giacomooberto.com/convivenza/proposta.htm>, anche in OBERTO, *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, Milano, 2002, p. 1057 ss.). L'art. 3 della proposta dello scrivente era stato letteralmente ripreso dalla proposta presentata il 13 giugno 2001 di iniziativa dell'On. Belillo (n. 795/XIV/C) ed è stato quindi trasposto nel progetto qui menzionato e presentato nella XVI legislatura (sul tema v. anche OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2004, p. 87 ss.).

(270) Cfr. la proposta n. 91/XVI/S (« Norme sul riconoscimento giuridico delle unioni civili »), comunicata alla Presidenza il 29 aprile 2008.