



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Dario Scarpa

**La comunione legale nella teoria
del diritto civile 'riletto' alla luce
dei princìpi costituzionali**

Numero XV Anno 2022

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

La comunione legale nella teoria del diritto civile 'riletto' alla luce dei principi costituzionali

SOMMARIO: 1. Storia del regime della comunione legale come sistema di valori nell'evoluzione della disciplina matrimoniale – 2. Tecnica della 'categorizzazione', suo rifiuto ed espressione del principio costituzionale dell'iniziativa economica del singolo coniuge – 3. La comunione legale: non sistema autonomo di norme ma regime patrimoniale e dispositivo dei coniugi all'interno delle regole del diritto di famiglia – 4. Ricostruzione costituzionalmente orientata della disciplina positiva e flessibilità del regime patrimoniale della comunione legale tra coniugi.

1. Storia del regime della comunione legale come sistema di valori nell'evoluzione della disciplina matrimoniale

Il pensiero giuridico sul regime della comunione legale tra i coniugi ha conosciuto, nel tempo, un ampio dibattito sia in sede dottrinale che giurisprudenziale nella ricerca dei principi ispiratori dell'istituto con la formazione di opposte linee interpretative, anche sulla base di diversificati riferimenti a distinti principi costituzionali indicati come alla base dell'introduzione del regime patrimoniale¹.

Il cuore della disciplina positiva del regime della comunione legale vive nelle previsioni normative di ingresso dei beni all'interno della comunione, immediata o *de residuo*, tra coniugi e di mantenimento del

¹ Si legga P. PERLINGIERI, *Sui rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1979, 1262; M. DOGLIOTTI, *Separazione, addebito, affidamenti: criteri interpretativi e valutazioni di merito*, in *Giur. it.*, 11, 1982, 686; inoltre, F. SANTORO-PASSARELLI, *sub art. 143 c.c.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Carraro, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1977, 223; A. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 245 e S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, 339 ss.

carattere personale dell'acquisto; proprio con riferimento alle disposizioni di cui agli artt. 177-179 cod. civ. si è creato un ampio dibattito con l'assunzione di asseriti collegamenti a principi costituzionali per ampliare o restringere il campo di applicazione e di attrazione degli acquisti all'interno della comunione legale tra coniugi².

La riflessione sistematica che si vuole, ora, condurre, sulla disciplina della comunione legale necessita della prodromica individuazione del corretto inquadramento dell'istituto nel prisma dei vari e distinti principi di rango costituzionale che sovrintendono ai fondamentali diritti della persona³.

A ben ragionare, il sistema della capacità estensiva del regime patrimoniale della comunione legale non muove dall'asserita esistenza di un incontrastato *favor communionis* nella categorizzazione di beni e di acquisti che, in assenza di esplicita prescrizione, devono essere inseriti nella comunione legale⁴.

² Sul concetto di proprietà solidale, v. Corte cost. 17 marzo 1988, n. 311, in *Nuova giur. giv. comm.*, 4, 1988, 561; Cass. 4 agosto 1998, n. 7640, in *Giur. it.*, 10, 1988, 741; Cass. 24 agosto 2007, n. 17952, in *Fam. e dir.*, 1, 2008, 12; Cass. SS.UU. 22 aprile 2010, n. 9523. Ancora, Cass. 19 marzo 2003, n. 4033, in *Foro. it.*, 11, 2003, 2745; Cass. 7 marzo 2006, n. 4890, in *Giust. civ.*, 12, 2007, 1485; Cass. 11 giugno 2010, n. 14093, in *Notariato*, 2010, 3, 607; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16677, in *Giust. civ.*, 12, 2002, 2820; Cass. 14 gennaio 1997, n. 284, in *Dir. fam. e pers.*, 1, 1998, 26.

³ In funzione di cogliere il necessario prodromo della ricerca, vale a dire il ruolo dell'interpretazione giuridica, si legga P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2010, 318 ss.; ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1969, I, 455 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 15 s.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 10 ss. Inoltre, G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932, 9 s.; E. PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 22, Milano, 1972, 203 s. e, infine, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 287, il quale nega la natura aritmetica dell'operazione interpretativa, ispirata non soltanto all'oggettività ideale dei valori, ma anche all'oggettività reale del mondo sensibile così, sempre, ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 33.

⁴ Così A. TRABUCCHI, *Il ritorno all'anno zero: il matrimonio come fonte di disparità*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1975, 488; G. FERRANDO, *In tema di famiglia di fatto*, in *Giur. merito*, 2, 1977, 133; M. DOGLIOTTI, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2,

Difatti, la ricerca scientifica che si è in procinto di sviluppare vuole condurre ad una estensione applicativa della capacità attrattiva del regime comunitario ma, si badi, nella corretta individuazione dei principi (anche costituzionali) che devono fondare la disciplina positiva.

Il favore verso la comunione, meglio declinato nel *favor personae coniugis*, deve essere ripensato all'esito della sistemazione ordinamentale del regime della comunione legale quale struttura dispositiva e autopoietica della regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi, i quali, nell'espressione della propria autonomia privata, possono optare non solo per altri regimi regolatori ma, altresì, flettere le regole della comunione alle proprie esigenze di vita e della famiglia⁵.

L'indicata prospettiva di indagine della disciplina del regime della comunione legale porta, *de plano*, a dover ripensare i rapporti tra le prescrizioni codicistiche e i, tante volte, invocati principi costituzionali che, come detto, rappresentano nel loro insieme un prisma che permette una rilettura attualizzata delle tutele giuridiche predisposte a favore della comunione e dei singoli coniugi⁶.

Ferma la considerazione della atecnicità legislativa nella elencazione degli acquisti che cadono o meno in comunione legale tra i coniugi ed atteso il rifiuto di qualsiasi forma di dogmatismo nella risoluzione di aporie ermeneutiche⁷, la ricerca scientifica ha quale fondamento della

1978, 192; M. BESSONE, *Convivenza 'more uxorio' e tutela della famiglia di fatto in una giurisprudenza non conformista*, in *Giur. merito*, 5, 1979, 717.

⁵ Cfr. N. PUNZI, *L'intervento del giudice nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1978, 166; V. ROPPO, *Ipotesi vecchie e nuove di intervento del giudice nella famiglia*, in *Il diritto di famiglia*, Torino, 1979, 311 ss.; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, Torino, 1982, 90.

⁶ Nel senso di tale tendenza interpretativa v. A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Studi in onore di P. Rescigno. Teoria generale e storia del diritto*, Milano, 1998, 409 ss. e P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980, 95 ss.

⁷ Cfr., in tema, U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e Diritto*, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Roma-Bari, 1986, 5 ss.; S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, 10; ancora, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 21, Milano, 1965, 4. E, infine, per una visione completa del ruolo della norma giuridica, v. altresì, N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 23 ss.; ID.,

riflessione la flessibilità delle categorie di acquisti come scelti dal legislatore della riforma del 1975, *recte* il dovere dell'interprete di bilanciare gli interessi sottesi alle varie ipotesi empiriche che, pur non trovando espressa determinazione normativa, vanno studiate attraverso l'applicazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella scelta del criterio normativo risolutore⁸.

Il canone metodologico di portare a supporto dell'interpretazione del testo normativo il richiamo a principi costituzionali è, a dispetto di critiche dottrinarie, di assoluta rilevanza e ben lontano da assumere il carattere di apoditticità per l'indimostrata capacità dei principi di penetrare la disciplina positiva in tema di comunione legale.

A ben riflettere, l'eguaglianza e la solidarietà tra coniugi nell'espressione della comunione legale devono costituire le fonti ermeneutiche dell'applicazione del regime patrimoniale nei casi di dubbia risoluzione a fronte, altresì, dell'indicazione codicistica dell'uguaglianza dei coniugi nella gestione del patrimonio comune e degli obblighi familiari tendenti al rispetto della massima solidarietà tra i coniugi⁹.

Si rifletta sul tema con una veloce analisi sistemica delle norme: l'espressione normativa (v. art. 160 cod. civ.) che vuole che i coniugi non possano derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio, da un lato, e la prescrizione in virtù della quale il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e la stipula

Norme primarie e norme secondarie, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1975, 195 ss.

⁸ In tema, nella migliore e più chiara comprensione del ruolo che assumono la ragionevolezza e il bilanciamento degli interessi nell'opera dell'interprete, v. G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., 10 ss.; inoltre, in ambito prettamente familiare, G. COSCO, *Convivenze fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo*, in *Dir. famiglia.*, 3, 2006, 349 ss.; F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le Relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, 18 ss.; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e diritto*, 2016, 11, 919 ss.

⁹ Si legga, in materia, di P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e diritto*, 11, 2016, 846 s.; G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, 22 e ss.; G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, 1718 ss.

dei contratti con i quali si concedono o si acquistano i diritti personali di godimento e la rappresentanza in giudizio per le relative azioni spettano congiuntamente ad entrambi i coniugi dall'altro, danno chiara e incontestabile evidenza che il regime della comunione legale tra coniugi debba essere letto nel solco dell'eguaglianza e della solidarietà tra i coniugi¹⁰.

¹⁰ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e l'attesa della povera gente, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2013, 413 ss., il quale afferma: «da famiglia, definita (per la prima volta nel nostro ordinamento) dalla Costituzione come “società naturale” (art. 29), perde ormai la dimensione aggregante della solidarietà per diventare un semplice profilo della privacy di ciascun individuo. La Carta di Nizza, infatti, rinuncia a definire la famiglia per sancire il “diritto individuale di sposarsi e di formare una famiglia” (art. 9) e si preoccupa che la “vita familiare”, così come l'intero ambito della “vita privata”, sia “rispettata” (art. 7). L'antico principio della solidarietà nelle obbligazioni soggettivamente complesse, che risale al diritto romano, deve ormai fare i conti con un contro-principio di responsabilità parziaria, reclamato con vigore dialettico e con opinabili argomentazioni giuridiche a sostegno di un sistema, conforme alle nuove prospettive aperte dal diritto delle società commerciali e dei mercati, che valga a incentivare la composizione stragiudiziale delle liti consentendo un risparmio di risorse. Il diritto dei contratti registra un'accanita reazione della nostra dottrina a una giurisprudenza che coraggiosamente si impegna a scorgere nell'obbligo di buona fede e correttezza l'espressione di “un generale principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica: “i giudici che si affannano a correggere secondo buona fede i contratti - scrive un autorevole commentatore, che dichiara di credere che il fondamento della giustizia sia procedurale”, e cita John Rawls - non assicurano affatto la giustizia”; sì che la sentenza della Corte di cassazione all'uopo commentata finisce con “l'abrogare il diritto dello scambio di tutti i paesi evoluti” un diritto che - si legge in un altro commento - il singolo titolare “usa come un utensile; egli cerca il proprio vantaggio, profittando della protezione armata dello Stato”. Viene fatto di osservare, ed è stato polemicamente osservato: qui iure suo *abutitur, neminem laedit?* Cosa resta, infine, della invocazione del “principio della solidarietà”, che mezzo secolo fa Stefano Rodotà, nel (ri)aprire Il problema della responsabilità civile, individuava come “filo conduttore” atto a servire da guida nel ricostruire la totalità di una disciplina puntualizzandone la particolare operatività nel criterio dell'ingiustizia del danno? La responsabilità civile sembra far emergere sempre più un problema di allocazione del danno secondo criteri di politica economica. “L'idea di un “diritto soggettivo assoluto alla integrità del patrimonio” - si legge in una delle più recenti trattazioni - è, certo, teoricamente improponibile. Ma è un'idea che mostra nei fatti la necessità di porre in termini assolutamente diversi il problema dell'ingiustizia del danno”; un'idea che

La mancata concettualizzazione da parte del legislatore in tema di definizione dei beni che entrano in comunione legale e la derivata tecnica di elencazione non deve, tuttavia, portare alla necessità delle categorie dogmatiche quale insieme di regole aprioristiche tendenti a risolvere le difficoltà di sussunzione del fatto concreto nella regola di diritto.

“evoca una nozione di patrimonio come possibilità di conseguire un risultato utile che, a ben vedere, include tutto il valore d’uso e di scambio appropriabile attraverso l’esercizio della propria libertà”. In ultima analisi, “essenzialmente la responsabilità civile - questa è la conclusione - è un meccanismo sociale per la traslazione dei costi”. Per John Rawls la “solidarietà sociale” si traduce in una “idea di fraternità”: la quale - come riconosce il “maestro contemporaneo del liberalismo progressista” - ha sempre avuto “un ruolo secondario nella teoria della democrazia”, e spesso è stata relegata al rango di “una concezione impraticabile”. L’interpretazione che ne viene proposta per renderla “praticabile” poggia su “un principio di giustizia che renda fedelmente l’idea sottostante”, a sua volta identificato nel “principio della differenza”: il quale “sembra corrispondere al significato naturale della fraternità; cioè all’idea di non desiderare maggiori vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno meno bene”. L’idea di fraternità - che apparentemente sembra riportarci alla fraternité illuministica - si contrappone all’idea costituzionale della solidarietà; il “desiderio” che i maggiori vantaggi vadano “a beneficio dei meno avvantaggiati” prende il posto del “dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale”; il diritto di ognuno “alla più estesa libertà fondamentale” non coincide con i “diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, ma segna il passaggio dal personalismo all’individualismo, sia pure a un individualismo illuminato e egualitario. La crescente accoglienza in Europa della concezione rawlsiana della solidarietà-fraternità, talvolta espressamente professata, talaltra agevolmente riscontrabile, sembra dunque condurre ad una progressiva evaporazione del concetto di solidarietà: certamente in Italia, stando al confronto appena abbozzato con il modello di solidarietà delineato dalla nostra Costituzione; ma verosimilmente anche in Francia, nonostante l’apparente parallelismo tra il quasi-contratto posto da Léon Bourgeois a fondamento della solidarietà e l’ipotetico contratto sociale, immaginato da John Rawls, con cui ogni individuo, collocato in una “posizione originaria” coperta dal c.d. “velo dell’ignoranza”, e chiamato in piena libertà a stabilire i principi di giustizia, sarebbe indotto in quanto persona razionale - questa è la scommessa del filosofo di Harvard - a scegliere una giustizia che consenta di usare le disegualianze per migliorare le condizioni dei più svantaggiati: un contratto sociale che, lungi dal confrontarsi con le concezioni politiche dei solidaristi francesi della fine del secolo XIX, mira a portare a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale, quale si trova ad esempio in Locke, Rousseau e Kant».

A ben riflettere, le distinte classi di fatti di acquisti ricadenti o meno in comunione (come presenti negli artt. 177-179 cod. civ.) possono essere, in termini ermeneutici, definite come categorie di ricostruzione degli eventi patrimoniali della vita matrimoniale dei coniugi in funzione della regolazione dei rapporti economici tra gli stessi coniugi¹¹.

La categorizzazione dei fatti, si badi, non deve sfociare nella dogmatica ma, *a contrario*, nella esaltazione di un canone interpretativo che si fondi sui quei principi costituzionali che, di volta in volta, possono determinare l'inclusione di un determinato fatto o evento nell'una o nell'altra regola di diritto¹²; lungo questo percorso argomentativo ci si avvicina alla migliore soluzione del caso concreto, seguendo i criteri del bilanciamento d'interessi delle parti (i coniugi) coinvolte nella fattispecie, della ragionevolezza e della proporzionalità¹³.

Ma, allora, se il canone d'interpretazione è tale, la prima ricerca che si vuole condurre è quella di individuare il grado di connessione e la capacità di intervento dei principi costituzionali, nella loro poliedricità di spettro, rispetto al regime della comunione legale¹⁴.

¹¹ In particolare, v. E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, Milano, 1999, 48 s.

¹² Si consiglia P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 2001, 334 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 441 ss.

¹³ Così N. LIPARI, “*Spirito di liberalità*” e “*spirito di solidarietà*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 1997, 17 s.; F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 5, 1999, 435 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Lonrai, 1994, 273 ss.; C. MANCINA-RICCIARDI, *Famiglia italiana: vecchi miti e nuove realtà*, Roma, 2012, 23 ss.

¹⁴ Si legga il recentissimo - e pieno di riflessioni assolutamente attuali e condivisibili - studio del Consiglio nazionale del Notariato (n. 31-2021/C), V. TAGLIAFERRI, *Le attuali criticità della comunione legale e la convenzione matrimoniale impeditiva dell'acquisto in comunione*, 2021, 12. Lo studio sostiene, a ragione, che la attuale «disaffezione del comune sentire deriva in primis dall'inidoneità del regime della comunione ad attuare un'effettiva compensazione dei sacrifici affrontati da ciascun coniuge nell'interesse della famiglia, qualora si prenda in considerazione il problema dell'allocazione della ricchezza costituita dalle capacità di reddito dei coniugi». Lo studio, altresì, partendo dal dato che la recente giurisprudenza di legittimità tende correttamente a valorizzare l'analisi delle singole fattispecie concrete al fine di individuare l'adeguata misura dell'assegno divorzile (in relazione al modello di matrimonio e alle scelte adottate in comune

Ebbene, si rileva che la natura dispositiva della comunione legale conduce a confinare l'applicazione dei principi costituzionali nella scelta operata dai coniugi e dentro, di conseguenza, il perimetro regolamentare e applicativo del regime patrimoniale oramai adottato.

Pertanto, l'invocata discrasia ontologica tra la comunione legale con il correlato *favor comunionis* e i principi di eguaglianza¹⁵ e di solidarietà costituzionali, dedotti come assenti nei diversi regimi patrimoniali (*id est* la separazione), perde di forza persuasiva e rigore metodologico se solo si chiarisce che il principio di eguaglianza dei coniugi e quello di solidarietà tra gli stessi devono trovare applicazione nell'ambito dei

accordo tra i coniugi per la realizzazione dell'interesse familiare), nota come i criteri introdotti dalle Sezioni Unite siano il punto di partenza di una lettura moderna e di diritto positivo della crisi della famiglia e della redistribuzione della ricchezza; l'attuale contesto sociale e culturale obbliga una decisa rilettura della formula della solidarietà post-coniugale. La mutata condizione professionale e lavorativa della donna di questo secolo impone una valutazione che non deve essere limitata alla visione della stessa come soggetto da proteggere; ciascuno dei due partner potrebbe aver rinunciato a potenziali avanzamenti della carriera per far fronte ai bisogni della famiglia e dei figli. Di conseguenza la solidarietà post-coniugale non rappresenta più una formula che si applica automaticamente, bensì in seguito a concreta analisi di ogni singolo rapporto, ben potendo essere applicata anche a coppie dello stesso sesso. Valga notare, ancora, come lo Studio affermi, a ragione, la tendenza, normativa e giurisprudenziale, verso la migliore applicazione del regime della comunione legale: «in particolare, è necessario segnalare come le indicazioni della Cassazione in materia di assegni post matrimoniali possano costituire un indice di valutazione della comunione legale. Infatti, dette sentenze, pur non esplicitando in alcun modo un'indicazione di favore verso la comunione legale, certamente ne comportano una valorizzazione implicita; le nuove letture dei tradizionali criteri di *an* e *quantum* dell'assegno divorzile riducono le attribuzioni e le quantificazioni, mostrando come il coniuge in comunione legale sia avvantaggiato per la certezza e la celerità della distribuzione della ricchezza familiare accumulata derivante dall'instaurarsi della comunione de residuo. La giurisprudenza, pertanto, seppur in maniera non costante né omogenea, pare supportare il legislatore nella difesa della comunione legale: in una qualche misura, infatti, le viene riconosciuta una preminenza e una tutela implicita, che impongono all'interprete attento una rilettura organica dei punti di criticità della stessa».

¹⁵ Si rinvia a S. CASSESE, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2017, 5 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 1952, 738.

singoli regimi patrimoniali adottati e, quindi, nella specie, all'interno della comunione legale una volta che la volontà dei coniugi (effetto dispositivo) sia stata espressa (ovvero in assenza di contraria indicazione, essendo il regime in esame indicato come legale)¹⁶.

Non è errato parlare di un microsistema della comunione legale tra i coniugi all'interno della disciplina del diritto di famiglia, *recte* della disciplina del diritto patrimoniale familiare; tuttavia, tale acquisizione non conduce all'isolamento del regime rispetto alle, invece, necessarie forme di supporto interpretativo date dai principi e dai valori costituzionali¹⁷.

Se ben si comprende il meccanismo di interazione tra i valori costituzionali e l'applicazione del regime della comunione legale, è possibile ricavare il corretto inquadramento dei singoli principi nelle dinamiche interne alla gestione della comunione legale¹⁸.

La solidarietà tra coniugi, quale valore ordinamentale, trova ampia applicazione nel regime della comunione legale nel momento in cui i beni della comunione rispondono di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi all'atto dell'acquisto, di tutti i carichi dell'amministrazione, delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli, di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia e di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi¹⁹.

¹⁶ Cfr. A. FALZEA, *Le couple non marié*, in *Scritti d'occasione, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 2010, 101 ss.

¹⁷ Cfr., in tema, A. DONATI, *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione*, Napoli, 1998, 343 s.; F. GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution*, Paris, 1992, 19; J.E.S. HAYWARD, *Solidarity and the Reformist Sociology of Alfred Fouillée*, in *American Journal of Economics and Sociology*, 1963, 216: «finally, in the course of rightly destroying privileges and monopolies, the Revolution in France, like the Reformation in England, allowed itself to be carried away to the extent of destroying the very principle of association».

¹⁸ Cfr. M. GORGONI, *Le convivenze di fatto meritevoli di tutela e gli effetti legali tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e Convivenze di fatto L. 20 maggio 2016 n. 76*, a cura di M. Gorgoni, Sant'Arcangelo Romagna, 2016, 191, e F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella L. 20.5.2016 n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2016, 1738 ss.

¹⁹ Si legga C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto di famiglia*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, 285;

Appare, pertanto, evidente come la spinta solidaristica sia presente nella gestione del patrimonio in comunione legale in funzione della tutela degli interessi di vita della famiglia²⁰ e dei coniugi e come la concreta e

G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 106; G.B. FUNAIOLI, *L'evoluzione giuridica della famiglia e il suo avvenire al lume della Costituzione*, Firenze, 1951, 44.

²⁰ Mi si consenta qui una breve divagazione storico-filosofica sulla famiglia. La famiglia è la società naturale, i cui membri sono uniti da amore, fiducia e naturale obbedienza, è una società naturale perché ognuno appartiene come membro ad una famiglia non per volontà propria ma per natura e perché le relazioni e il comportamento reciproco dei membri della famiglia non sono fondati sulla riflessione, ma sul sentimento. «La famiglia è un tutto organico. La fiducia che i membri della famiglia hanno reciprocamente consiste nel fatto che ciascuno non ha un interesse per sé, ma in generale per il tutto [...] La prima naturale relazione in cui l'individuo entra con altri è la relazione famigliare. Essa ha, per vero, anche un lato giuridico, ma questo è subordinato al lato del sentimento, dell'amore, della fiducia [...] Ogni membro della famiglia non ha la sua essenza nella propria persona, ma soltanto la totalità della famiglia costituisce la sua personalità [...] L'unione di persone dei due sessi, che è il matrimonio, non è essenzialmente né unione meramente naturale, né un puro contratto civile, ma un'unione morale del sentimento, nel mutuo amore che le fa una persona sola [...] Il dovere dei genitori nei confronti dei figli è di provvedere al loro mantenimento ed educazione, quello dei figli è di obbedire ad essi, finché non diventano indipendenti, ed onorarli per tutta la vita» (così, G.W.F. HEGEL, *Philosophische Propädeutik*, hrsg. von K. Rosenkranz, Berlin, 1840, 6 ss.). La riflessione filosofica di Hegel ripercorsa è volta a fondare l'incondizionatezza dell'istanza etica. In tale contesto teoretico diventa problematico armonizzare il valore morale col dinamismo della vita affettiva. Si rifletta poi su quanto afferma il filosofo francese Jean Francois Lyotard, interrogato sulla questione dei diritti dell'uomo: «ciò che rende simili gli uni agli altri gli essere umani è il fatto che ognuno porta in sé la figura dell'altro» (così J.F. LYOTARD, *I diritti dell'altro*, in *I diritti umani*, a cura di S. Shute e S. Hurley, Milano, 1994, 32 ss.). Non si può dire 'io' senza contemplare un 'tu', un 'altro' nel quale mi riconosco. Conoscenza e comprensione devono essere alla base di una civile convivenza tra persone. La famiglia occidentale per quanto riguarda legge e principi è rispettosa della pari dignità dei suoi membri, in particolare della donna e dei minori. In una visione assiologica, per una comunione di vita è necessario superare ogni atteggiamento di divisione e di incompatibilità. La famiglia è elemento costitutivo di un disegno creativo, è espressione dell'amore coniugale. La vita familiare ha possibilità di crescere giorno per giorno a condizione che non venga mai meno l'impegno perseverante dei coniugi. I coniugi, avverte il Concilio Vaticano II, adempiranno il loro dovere con umana e cristiana responsabilità, con riflessione e impegno comune si

corretta determinazione dell'accentuazione solidaristica del regime si debba rintracciare nel sistema regolatorio scelto ed operante efficacemente²¹.

In tema, entra ora in gioco l'applicazione del canone interpretativo del bilanciamento d'interessi tra coniugi per individuare i limiti ordinamentali alla solidarietà tra coniugi nell'esercizio delle proprie attività personali ed economiche; le classi dei fatti che determinano il mantenimento della titolarità personale del bene, con impedimento dell'ingresso in comunione, sono, all'opposto, espressione del valore costituzionale della libertà d'iniziativa economica dei singoli consociati.

È, di risulta, evidente come la lettura, assiologicamente orientata, della disciplina della comunione legale tra coniugi porti alla naturale evidenziazione di una continua ponderazione del grado applicativo dei valori ordinamentali tramite il necessario bilanciamento tra gli interessi (patrimoniali e personali) dei soggetti coinvolti²².

formeranno un retto giudizio, tenendo conto sia del proprio bene personale che quello dei figli [...] valutando le condizioni di vita del proprio tempo e salvaguardando la scala dei valori del bene della comunità familiare e della società temporale. L'attenzione si sofferma infine sulla prospettiva di Kierkegaard che richiede di ridefinire le categorie stesse mediante le quali l'esistenza può essere pensata, le categorie sono il singolo e la possibilità. Queste categorie possono essere applicate alla propria vita soltanto dall'interno. Kierkegaard si colloca, così, nell'ottica agostiniana della ricerca interiore. L'individuo, il singolo, si trova davanti alternative diverse riconducibili a due differenti modelli esistenziali che il Nostro descrive in Aut-aut: la vita estetica o quella etica. A essi ne si aggiunge un terzo: la vita religiosa. Questi tre modelli di vita possono essere considerati stati dell'esistenza. Lo stadio etico è caratterizzato dalla scelta, l'individuo si determina. Vivere eticamente vuol dire essere mariti, padri ed assumere tutti quei compiti e quelle responsabilità che fanno di noi un tassello della struttura sociale.

²¹ In tal senso M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, Torino, 1972, 113 ss., ma già precedentemente, per altro aspetto, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, 560. Altresi, P. RESCIGNO, *L'eguaglianza dei coniugi nell'ordinamento della Comunità Europea*, in *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi*, Napoli, 1974, 20 ss.; P. BARILE, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi*, cit., 42 ss.

²² Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese,

Attesa la necessità di ricercare, come si tenterà di fare nel prosieguo della presente ricerca, il grado di flessibilità ed estensione delle categorie di beni e degli acquisti che possano entrare o meno in comunione legale tra i coniugi, vale ora provarsi nello studio dei limiti di interazione tra il principio solidaristico tra coniugi e il principio della libertà di iniziativa economica per comprendere come, *de iure*, non esista un reale conflitto nelle determinazioni patrimoniali all'interno del regime della comunione legale²³.

Si rifletta: la solidarietà trova applicazione nella gestione del patrimonio in comunione legale con il correlato effetto di produrre la partecipazione del coniuge alle situazioni reali, creditorie e debitorie afferenti ai bisogni della famiglia; al contrario, la libertà d'iniziativa economica ed imprenditoriale del singolo coniuge riguarda la fase anteriore la gestione del patrimonio comune, *recte* il momento di determinazione delle categorie di classe cui è destinato l'eventuale acquisto.

Il bilanciamento degli interessi tra i coniugi, *de facto*, prospetta una assiologica interazione tra i valori costituzionali descritti, senza che occorra procedere ad alcuna limitazione dei campi applicativi della disciplina positiva della comunione legale; le fasi e gli sviluppi del regime patrimoniale individuano, in progressione, distinti valori costituzionali ed ordinamentali che trovano la corretta traslazione nei rapporti patrimoniali dei coniugi²⁴.

A. Nicolussi, Milano, 2011, 143; E. ROSSI, *La fraternità fra obbligo e libertà. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, a cura di A. Marzanati e A. Mattioni, Roma, 2007, 86 s.; F. PIZZOLATO, *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 2001, 762.

²³ In materia si può indicare il seguente formante della giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 23 maggio 1966, n. 46, in *Giust. civ.*, 1, 1966, 152; Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126, *Giust. civ.*, 1, 1969, 4; Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 127, *Giust. civ.*, 1, 1969, 6; Corte cost. 13 luglio 1970, n. 128, *Giust. civ.*, 1, 1970, 199; Corte cost. 13 luglio 1970, n. 133, *Giust. civ.*, 2, 1970, 202; Corte cost. 26 giugno 1974, n. 187, *Giust. civ.*, 2, 1974, 334.

²⁴ Cfr. T. TODOROV, *Mémoire du mal, tentation du bien*, Paris, 2000, 4: «que nous a apporté le XX siècle? Le pire: un régime politique inédit, le totalitarisme, la torture, la

Se la solidarietà porta – nel corso della gestione del patrimonio in comunione – alla espressione di una mutualità nel perseguimento dell'interesse familiare con la partecipazione di entrambi i coniugi a sostegno della superiore tutela dei bisogni del nucleo familiare²⁵, la

déportation, l'humiliation de millions d'autres; pourtant, ses protagonistes aspiraient au bien, non au mal».

²⁵ Si legga M. PARADISO, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato: Leggendo il volume omonimo di Roberto Cippitani*, in *Dir. famiglia*, 2, 2012, 368, il quale afferma: «quanto alla economicità, si evidenzia, anzitutto, che la solidarietà ben può fare ingresso in rapporti giuridici di natura patrimoniale, ed è perciò compatibile con la materia dei contratti, essendo suscettibile di divenire oggetto di una vera e propria obbligazione: ciò che conta, infatti, a norma dell'art. 1174 c.c., è che la *prestazione* sia “suscettibile di valutazione economica”. Certo, la solidarietà tra privati può realizzarsi anche attraverso la donazione o altri contratti gratuiti, ma sia nel settore privato, sia in quello pubblico i rapporti diretti ad assolvere l'impegno di solidarietà possono essere onerosi o gratuiti, bilaterali o unilaterali: possono considerarsi onerosi e bilaterali, ad esempio, le convenzioni tra gli enti pubblici e coloro che erogano i servizi sociali, ma non di rado sono bilaterali e onerosi anche i rapporti tra i soggetti che forniscono detti servizi e gli utenti (si pensi al contratto tra una persona bisognosa e un ente pubblico che fornisca l'alloggio in una casa popolare). E se non è oneroso il rapporto tra il volontario e l'ente presso il quale è prestata l'attività, certo lo è il rapporto tra l'ente *non profit* e i propri dipendenti. Onerosità e bilateralità, d'altra parte, si possono osservare anche nei finanziamenti pubblici e nell'erogazione delle prestazioni previdenziali; e se per attuare gli obblighi di solidarietà gli enti pubblici possono servirsi di provvedimenti amministrativi, questo non toglie che sempre più spesso si faccia ricorso a “strumenti” contrattuali. Un altro rilievo che viene avanzato, dal punto di vista del diritto privato, è che la solidarietà non si attua soltanto con uno specifico tipo di atto negoziale. Vi possono essere rapporti che per legge sono direttamente destinati alla realizzazione di tale obiettivo, com'è il caso del rapporto tra l'ente di beneficenza ed i volontari che svolgono la loro attività. Ma nella generalità dei casi la solidarietà ben può realizzarsi attraverso contratti non esclusivamente finalizzati a questo scopo: contratti d'opera (i servizi di assistenza prestati da una fondazione o una associazione), di comodato e di locazione (ad es., per gli alloggi popolari), contratti di vendita (la cessione di prodotti alimentari o di vestiario a prezzi agevolati). Ne emerge, perciò, la neutralità dello strumento attraverso il quale si attua il dovere di solidarietà. In definitiva, perciò, la “funzione solidaristica” appare pienamente compatibile con le categorie dell'obbligazione e del contratto, sia quando le prestazioni sono fornite da un privato, sia quando competono a un ente pubblico, in particolare nei programmi di finanziamento e nella erogazione dei servizi sociali. Ma tale funzione non è incompatibile con la stessa “dimensione” del mercato e dell'impresa, quali emergono

autodeterminazione del coniuge nella diversa espressione della propria iniziativa economica – nella fase genetica dell’acquisto – è il momento di tutela della autonomia del singolo nella trasformazione e progressione del proprio patrimonio²⁶.

Il percorso interpretativo prosegue nella constatazione di un dato di sicura rilevanza nella concreta determinazione del perimetro d’azione del singolo coniuge in comunione legale; attesa l’affermazione del principio *nemo invitus locupletari potest*, l’eccezionalità dell’efficacia della comunione legale tra coniugi risiede, di certo, nell’automatico trasferimento della (com)proprietà a favore del coniuge non partecipante all’acquisto secondo la regola, di derivazione germanica, della comunione senza quote a fronte della mera presenza dello *status*²⁷.

Se, *naturaliter*, l’acquisizione della proprietà (di qualsiasi bene economicamente valutabile) è il derivato dell’attività personale teleologicamente orientata del coniuge, la speciale caratterizzazione del microsistema della comunione legale consiste nella parziale deroga a tale modello eziologico in modo da esaltare, invece, lo *status* coniugale che, nel rispetto del sistema di acquisizione automatica della comunione, determina una situazione di comproprietà in aperto contrasto al valore ordinamentale in tema di diritto della proprietà che manifesta la tensione

in particolare dalla nuova disciplina interna e comunitaria, che consente di “mettere in evidenza il ruolo della solidarietà nelle relazioni economiche e di queste nel raggiungimento degli obiettivi sociali. Anzi si sostiene che, in molti casi, il mercato e le relazioni economiche possano soddisfare le finalità solidaristiche meglio della beneficenza, in quanto mettono le persone in grado di uscire dalla situazione di bisogno rispettandone la dignità. È il caso del microcredito, della fornitura di apparati tecnici a basso costo..., del commercio equo e solidale, che promuovono l’indipendenza delle persone attraverso l’imprenditorialità e il consumo».

²⁶ Si legga A. FALZEA, *Fatti di sentimento*, in *Dogmatica giuridica, ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 435 ss.

²⁷ V. A. DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1981, 349.

verso la caducità delle situazioni giuridiche di contitolarità (per il tramite dell'esercizio della divisione)²⁸.

La specialità e la eccezionalità della disciplina della comunione legale tra i coniugi devono, pur tuttavia, essere sottoposte ad una più profonda analisi assiologica nella prospettiva di indagine delle tutele, anche costituzionali, dei singoli coniugi²⁹.

Ebbene, proprio l'affermazione del carattere della eccezionalità, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 14 disposizioni preliminari, dovrà essere concretamente valutata nelle varie classi di fatti che prevedono l'inclusione del bene in comunione ovvero consentono il mantenimento della piena titolarità del bene a favore del singolo coniuge acquirente.

Ebbene, valga per ora ricavare il termine conclusivo dell'iniziale approccio ermeneutico al regime nella considerazione per cui la ricognizione del materiale normativo della comunione legale e la constatazione della relativa incompletezza nella previsione di particolari categorie di fatti - che modificano la patrimonialità della comunione e del singolo coniuge - muovono verso l'obbligo dell'interprete di rintracciare valori ordinamentali ulteriori, rispetto a quelli espressi nel microsistema del regime, per la risoluzione di discrasie e aporie sistematiche ed ordinamentali³⁰.

²⁸ Si legga P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al nucleo familiare*, Camerino-Napoli, 1982, 74 ss.; A. TRABUCCHI, *Fedeltà coniugale e Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1974, 314.

²⁹ Cfr. F. VIGLIONE, *I rapporti di convivenza: esperienze europee*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2016, 1724. Inoltre, M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 864.

³⁰ Così E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2015, 47 ss.; C. IRTI, *Digressioni intorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016, 488 s.; G. GIACOBBE, *Le sezioni unite tra monofiliachia e nomofantasia*, in *Dir. fam.*, 12, 2014, 1417 ss.; E. MARTINELLI, *L'araba fenice: post fata resurgo: La riforma del processo matrimoniale canonico e i suoi riflessi sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2016, 1070 s. e ID., *La prolungata convivenza come coniugi ovvero il letto di Procuste delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 8, 733 ss. V., altresì, E.A. EMILIOZZI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio: l'incerto cammino della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2017, 71 ss.

È utile proporre l'*excursus* storico delle dinamiche costituzionali nelle interazioni dei rapporti tra coniugi; la pluralità di interventi della Corte costituzionale in materia di diritto di famiglia è chiara espressione dell'equilibrio tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'unità familiare nel rispetto degli artt. 29 e 30 della Costituzione³¹.

La persistenza, almeno apparente, del citato equilibrio trova conferma nella lettura tradizionale del dato costituzionale nel senso della preminenza della famiglia fondata sul matrimonio e dei diritti dei suoi membri, famiglia intesa in senso estensivo ed assiologico per la configurazione di istituzioni concorrenti, quali le unioni civili³².

³¹ Cfr. I. THERY, *Remariage et familles composées: des evidence aux incertitudes*, in *Année sociologique*, 1987, 119 ss. Sul tema v. altresì, per ulteriori indicazioni, T. AULETTA, *Disciplina delle Unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2016, 403 ss.

³² Si legga U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2019, 568 ss., per il quale: «prioritariamente occorre valutare la tenuta degli assetti costituzionali sotto la pressione dei divergenti principi internazionali. La riforma del 1975, preceduta da una pluralità di interventi della Corte costituzionale, si può considerare espressione attuativa di quell'equilibrio tra tutela dei diritti individuali e salvaguardia dell'unità familiare che ha trovato accoglimento nell'Assemblea costituente e che è sancita negli articoli 29 e 30 della Costituzione. Le più recenti novelle, invece, sembrano esprimere un diverso equilibrio, che solo in apparenza vuole essere conforme a una lettura *original intent* del testo costituzionale, riconoscendo ancora limiti all'ingresso del figlio naturale nella famiglia coniugale e differenziando su aspetti specifici le regole delle unioni civili dalla disciplina del matrimonio: la sensazione emergente dall'analisi complessiva delle nuove regole è che, aldilà del mero rispetto formale, sia stata forzata la *ratio* corrispondente alla volontà del costituente, per adeguare il dettato costituzionale ai modelli di derivazione internazionale. Una regola sovraordinata che assicura tutela al rapporto di filiazione di chi è nato fuori dal matrimonio "compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima", non sembra legittimare la costituzione di rapporti con i parenti del genitore naturale, tantomeno nella forma assolutamente paritaria che è stata adottata dalla novella. L'equiparazione piuttosto, invero percepita quale doverosa dall'odierno comune sentire, troverebbe legittimazione soltanto se fosse considerata espressione della prevalenza sul dato costituzionale del divieto di qualsiasi forma di discriminazione, ivi compresa quella fondata sulla nascita, espressamente sancito dall'art. 21 della Carta di Nizza e dagli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo. La lettura tradizionale del dato costituzionale nel senso della

preminenza della famiglia fondata sul matrimonio e dei diritti dei suoi membri, ove fosse intesa in senso rigoroso, potrebbe precludere la configurazione di istituzioni concorrenti, in cui fossero riprese su profili fondamentali le regole coniugali, quali sono le unioni civili. La scelta del legislatore della novella di assicurare un modello istituzionale alle coppie omosessuali richiede un'interpretazione evolutiva del disposto costituzionale, la quale consenta di individuare nuovi interessi preminenti che possano concorrere con i diritti dei membri della famiglia fondata sul matrimonio. Il riconoscimento di un modello forte, piuttosto, sembra essere coerente con i principi europei di non discriminazione volti ad assicurare alla coppia dello stesso sesso un trattamento equivalente alla coppia di sesso diverso: se così fosse, ne discenderebbero conseguenze sul piano dell'interpretazione del dato normativo e in particolare sul fondamento e sulla ragionevolezza delle differenze di disciplina tra unione civile e matrimonio. Fondamentale è l'esigenza di verificare la congruità delle scelte normative con il quadro socio-economico e con il contesto culturale entro i quali si collocano i rapporti familiari. Il conflitto fra tradizione e modernità, soprattutto se declinato nella tensione tra logiche confessionali e impostazioni laiche, si rivela una chiave di lettura debole, che non coglie la complessità delle relazioni tra società e diritto, la concorrenza tra l'emergenza dei bisogni e la loro legittimazione ideologica, la discontinuità nella direzione e nell'intensità dei processi economici, culturali e politici. Le stesse direttive della Carta costituzionale, che pretendono l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e ogni tutela per i figli nati fuori dal matrimonio, dovettero attendere quasi trent'anni per trovare attuazione nella riforma del diritto di famiglia. I principi costituzionali esprimono un modello paritario nei rapporti tra uomini e donne, che ha trovato fondamento nella partecipazione delle donne all'economia belligerante e all'esperienza partigiana (e che si era già riflesso sul piano politico nell'estensione del suffragio elettorale); ma la loro attuazione è stata ritardata da un clima economico e culturale, in cui si riproponeva il modello familiare della borghesia tradizionale, nel quale la distinzione di ruoli tra i sessi restava consolidata e fortemente condivisa. La partecipazione della donna coniugata quale portatrice di reddito alla famiglia era tendenzialmente integrativa e marginale, per la preminenza dell'occupazione maschile sostenuta dallo sviluppo economico del dopoguerra; era considerata inoltre, secondo l'impostazione culturale dominante, auspicabilmente superabile con la nascita dei figli, in modo da consentire alla donna di concentrare le energie nella loro educazione e istruzione. La riforma del diritto di famiglia coincise con le crisi e gli assestamenti degli anni settanta, a seguito dei quali la partecipazione della donna alla formazione del reddito familiare era divenuta sempre più importante e il suo accesso al mondo del lavoro facilitato dall'espansione del settore dei servizi: ma i fattori economici non sarebbero stati forse sufficienti se non accompagnati dai mutamenti culturali e politici, che indicavano nell'accesso al lavoro la via maestra per l'emancipazione femminile, intesa quale valore intrinsecamente positivo».

Valga mettere in evidenza che i principi costituzionali esprimono un modello paritario nei rapporti tra uomini e donne³³; tuttavia, in senso storico, a ben riflettere, se la partecipazione della donna coniugata, portatrice e produttrice di reddito alla famiglia, è stata tendenzialmente riconosciuta integrativa e marginale, al contempo l'apporto di risorse

³³ Ancora, si legga U. SALANITRO, *Per una riflessione*, cit., 576, per cui «sul piano dei rapporti patrimoniali, mi limito a formulare due considerazioni di carattere generale, l'una nel senso della continuità, l'altra della discontinuità. Nel segno della discontinuità è il *revirement* giurisprudenziale in tema di assegno divorzile. La precedente regola, di matrice giurisprudenziale, che parametrava l'assegno al tenore di vita coniugale, consentiva, senza oneri probatori impegnativi, di salvaguardare lo status sociale conseguito dal partner economicamente più debole. Si trattava di una regola che costituiva proiezione di un modello di coppia tradizionale, in cui i coniugi, al momento in cui impostavano la propria vita coniugale, potevano confidare nell'indissolubilità del matrimonio, o comunque nella sua tendenziale persistenza, e consideravano perciò ottimale una suddivisione dei ruoli in maniera netta tra lavoro esterno e interno alla famiglia. La regola giurisprudenziale, rendendo indissolubile il matrimonio nel suo versante patrimoniale, non poteva che essere superata in un ordinamento che ne ha reso più facile lo scioglimento, proponendo un modello flessibile, più attrattivo nei confronti di chi intende accedere all'istituzione coniugale e più consono alla gestione delle forme della ricomposizione familiare. In un contesto, che si è andato affermando nella compagine sociale, in cui entrambi i componenti della coppia non si sottraggono in via principio alla realizzazione nel lavoro esterno alla famiglia e in cui gli schemi di collaborazione familiare sono più articolati rispetto al passato, l'orientamento delle Sezioni unite, adottando una pluralità di criteri, consente quella flessibilità che si configura congrua con la molteplicità dei modelli sociali». Cfr., in tema, Cass. 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 10, 2018, 1186 ss.; C.M. BIANCA, *Le Sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postfamiliare*, in *Fam. e dir.*, 9, 2018, 955 ss.; E. QUADRI, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 9, 2018, 971 ss.; M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile. La rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. e dir.*, 9, 2018, 983 ss.; E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir.*, 9, 2018, 1019 ss.; C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 9, 2018, 1041 ss.; M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Foro. it.*, 18, 2018, 2703 ss.; C. BENANTI, *La nuova funzione perequativo - compensativa dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2018, 1601 ss.; E. BARGELLI, *Assegno di divorzio e tenore di vita matrimoniale*, in *Giur. it.*, 1, 2017, 219 ss.

patrimoniali ed economiche da parte del coniuge di sesso maschile ha assunto la netta preminenza³⁴.

La, appena indicata, tendenza è il portato di una statica e inconcludente riflessione che non può condurre ad alcuna valida sistematicità del dato normativo; *a contrario*, la riflessione sulla comunione legale tra i coniugi e l'emersione di nuovi criteri di interpretazione delle singole fattispecie devono manifestare la naturale tensione verso l'evoluzione della tecnica ermeneutica, capace di cogliere le mutate esigenze e i modi di vivere delle persone fisiche quali titolari degli stessi diritti e meritevoli di essere considerate nel rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.)³⁵.

³⁴ È utile, sui profili patrimoniali delle unioni di fatto e nel senso di una continuità logica delle argomentazioni proposte, citare ancora U. SALANITRO, *Per una riflessione*, cit., 581 s: «nel segno della continuità è invece la scelta di mantenere l'intensa tutela del partner sul versante patrimoniale delle forme familiari istituzionali, derivante dalla duplice regola della comunione dei beni e della successione legale e necessaria. Tutela che, pur essendo criticata in sede di rapporto di coniugio, perché considerata troppo protettiva, è stata estesa, come si è già rilevato, anche all'unione civile. Né si dica che non si potesse adottare una regola diversa, più leggera, ove reputata aderente ai nuovi valori: abbiamo già notato che la disciplina delle unioni civili sembra abbandonare quelle regole che non appaiono consone ai tempi e comunque a distinguersi su profili non secondari dalla disciplina matrimoniale. Oltre a testimoniare, come già illustrato, la rilevanza relazionale dell'istituto delle unioni civili, la conferma della disciplina patrimoniale e successoria nei regimi di coppia istituzionali rappresenta l'attualità del modello – che potrà, forse in futuro, essere alleggerito nei meccanismi di funzionamento, riducendo la portata oppositiva della tutela in riduzione, ma – che appare sostanzialmente confermato nelle finalità e nelle proporzioni. In particolare, il regime della comunione legale è stato confermato ed esteso, nonostante le alte percentuali di abbandono: per cui occorre riflettere sull'opinione di chi, muovendo dall'idea che il regime legale della comunione costituisca una *penalty default rule*, in quanto stabilisce una regola dispositiva che è sistematicamente derogata, avverte che la disponibilità di una regola posta a tutela del *partner*, che sia in una posizione concreta di debolezza, favorisce la comunicazione di informazioni e la trattativa nella coppia, tanto più in un contesto in cui si perviene alla scelta matrimoniale in età più avanzata, con diverse esperienze lavorative ed affettive e con una maggiore consapevolezza».

³⁵ Così F.D. BUSNELLI, *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia?*, in *Unioni Civili e Convivenze di fatto*, cit., 11

Lo spunto di riflessione che si può ricavare dall'iniziale trattazione del tema, sotto il profilo costituzionale, *recte* dell'applicazione dei principi di rango costituzionale all'interno del regime della comunione legale, può muovere, correttamente, dal rilievo per cui se il regime legale costituisce una *penalty default rule* per cui la comunione determina una regola dispositiva che viene, tuttavia, sistematicamente derogata come la prassi indica chiaramente, si può dedurre che la tensione normativa e dell'interprete debbano progredire verso la massima flessibilità del meccanismo regolatorio in funzione di accompagnare la ricercata disponibilità dei coniugi a soddisfare le proprie esigenze di vita, personali e familiari³⁶.

Nella prospettiva di individuare la sostanza dell'interesse della famiglia, è da valutare che in quest'ultima non vi sono interessi che trascendano gli interessi individuali dei vari componenti³⁷; ne deriva che la famiglia è inquadrabile come una istituzione in senso organicistico in cui non sono suscettivi di tutela giuridica tutti i fini familiari che i coniugi perseguono nella costanza della c.d. *affectio familiaris*.

Nel sistema del pluralismo costituzionale delle formazioni sociali, la Carta procede, di certo, ad una graduazione valoriale nella

ss. Evidenzia questo aspetto M. SESTA, *La disciplina dell'unione tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 884.

³⁶ In tema, altresì, A. BELVEDERE, *L'autonomia del minore nelle decisioni familiari*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristofaro e A. Belvedere, Milano, 1980, 323 ss.; D. ORLANDO CIAN, E. PALERMO FABRIS, *L'ascolto del minore e la giustizia*, Milano, 2001, 34; F. RUSCELLO, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Famiglia*, 10, 2002, 933 ss. Si legga P. STANZIONE, "Minorità" e tutela della persona umana, in *Dir. fam.*, 7, 2000, 762, per il quale «l'interesse del minore, in altri termini, non è cosa diversa da quello dello sviluppo della persona».

³⁷ Così C.F. SABEL, O. GERSTENBERG, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: the ECJ and the Emergence of a Co-Ordinate Constitutional Order*, in *European Law Journal*, 1, 2010, 37: «it is conceivable that the BVG, especially in the light of the Lisbon, ...could take the occasion of its pending review of the Mangold to articulate a Solange III doctrine, according to which it reserves the right to intervene not only when the ECJ ignores altogether consideration of fundamental rights, but also when the ECJ imposes its own interpretation of such rights in complete disregard of legitimate national diversity in their interpretation».

individuazione del rapporto di 'genere a specie' che corre tra l'art. 2 Cost., che tutela ogni formazione sociale per la sua funzione realizzatrice, e l'art. 29 Cost., che individua la famiglia come meritevole di una tutela nella realizzazione della funzione sociale³⁸.

Nel solco di tale istanza costituzionale, l'interprete può ricavare il concetto, assiologico oltre che puramente ordinamentale, per cui la partecipazione alla famiglia, da parte dei coniugi, non può costituire causa di limitazione o di negazione della titolarità dei diritti inviolabili, ma può, invece, determinare la compressione di alcuni diritti patrimoniali che, in senso ragionevole e sulla base del corretto bilanciamento d'interessi, possono venire limitati in funzione del superiore interesse della famiglia³⁹.

La riconosciuta teleologia familiare presuppone l'indisponibilità di solo alcune determinate situazioni soggettive familiari a carattere personale, fornendo, *de facto*, autonomo rilievo al matrimonio inteso come contratto⁴⁰; in termini ontologici, la Carta costituzionale assume una nozione di matrimonio contenutisticamente e assiologicamente orientata in cui i singoli coniugi devono poter avere spazio di azione

³⁸ Cfr. A. MENNITI, S. TERRACINA, *Le famiglie ricostituite*, in *Lo stato delle famiglie in Italia*, a cura di M. Barbagli e C. Saraceno, Bologna 1997, 272 ss.; C. FREGUJA, *Le famiglie ricostituite*, in *Famiglie: mutamenti e politiche sociali*, Bologna, 2002, 127 ss.; S. MAZZONI, *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte*, Milano, 2002, 46; T. AULETTA, *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, in *Famiglia*, 1, 2005, 19 ss.; G. FERRANDO, *Famiglie ricomposte e nuovi genitori*, in *Giur. it.*, 1, 2007, 12 ss.; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2003, 327 ss.; A. D'ANGELO, *La famiglia nel XXI secolo: il fenomeno delle famiglie ricomposte*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, a cura di D. Amram e A. D'Angelo, Padova, 2011, 13 ss.

³⁹ Ancora, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, 14, Milano, 1965, 495 ss., anche in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 163 ss.

⁴⁰ In tema S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1, 1950, 62; ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 118 e ora anche in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2012, 16. Inoltre, Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro. it.*, 21, 2012, 1992 ss., con nota di R. ROMBOLI.

patrimoniale nel perseguimento del proprio interesse e di quello familiare⁴¹.

Ebbene, campo di elezione e di fertile applicazione dei suindicati principi e ragionamenti è, certamente, il regime patrimoniale della comunione legale quale sistema che consente ai coniugi di dividere scelte patrimoniali in ordine alla famiglia⁴².

Appare congrua – ed ancora attuale – la ricostruzione che vuole la categoria dell'interesse familiare come concezione organica e superindividuale della famiglia in virtù della collocazione della stessa come comunità; in tal senso, l'interesse della famiglia coincide con l'interesse alla comunione di vita, *recte* con l'interesse a che lo svolgimento della vita familiare (in ipotesi di regime di comunione legale) rappresenti il fulcro dell'azione dei singoli coniugi, di modo che anche l'interprete, nella soluzione di aporie ermeneutiche, tenga conto del superiore interesse familiare⁴³.

⁴¹ Si studi il *dictum* della Corte cost. del 18 dicembre 2017, n. 272, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ. Sui riflessi filosofici delle argomentazioni addotte, v. G. FORNERO, *Postmoderno e filosofia*, in *La filosofia contemporanea*, a cura di G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Torino, 1994, 396 s.

⁴² A conforto della ricostruzione proposta, ancora V. TAGLIAFERRI, *Le attuali criticità*, cit., 11 secondo cui: «[...] quanto alla scelta, invece, concessa ai conviventi, sempre nella medesima l. n. 76/2016, di scegliere quale regime patrimoniale quello della comunione legale, le criticità emergono con evidenza sempre maggiore. La facoltà di includere nel contratto di convivenza una volontà pattizia capace di originare il medesimo regime disposto dal legislatore in presenza di determinati presupposti lascia moltissime questioni operative aperte, quali, prima di tutto, la opponibilità di detta scelta ai terzi e, poi, le modalità concrete di applicazione delle regole di amministrazione ordinaria e straordinaria. Inoltre, una tale scelta pone questioni importanti di tipo sistematico, in relazione non solo alla possibilità di creare convenzionalmente una situazione che nelle famiglie fondate su matrimonio e unione civile è disposta dalla legge, ma anche sulla possibilità di incidere pattiziamente sul regime così creato. È, infatti, indiscutibile che una completa parificazione del regime legale delle famiglie istituzionali con quello elettivo delle convivenze comporti per lo meno una forzatura del sistema dei regimi patrimoniali in genere».

⁴³ Cfr. E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 9, 2002, 960 e M. PARADISO, *Navigando*, cit., 285 ss.; v. altresì, Corte EDU 14 gennaio 2016, Mandat c. Francia, ric. 3955/12. Ma in senso contrario, Corte EDU 5 novembre 2002, Yousef c. Olanda, ric.

Se ben si riflette sul ruolo della famiglia all'interno del nostro ordinamento giuridico si può argomentare, secondo una visione giusnaturalistica correlata al giuspositivismo, che ogni formazione sociale di coppia (nella specie la famiglia) si caratterizza sulla base dell'evoluzione fenomenologica della propria composizione soggettiva⁴⁴;

33711/96; recentemente Corte EDU 22 marzo 2012, Ahrens c. Germania, ric. 45071/09; in dottrina, v. B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *www.rivistaaic.it*, 1, 2017, 10 s.

⁴⁴ Si legga V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2018, 407 ss., per il quale: «da consacrazione ufficiale del superiore interesse del minore a principio-cardine di ogni decisione che lo riguardi si deve alla Convenzione ONU del (20 novembre) 1989 sui diritti del fanciullo (art. 3, comma 1), dove per la prima volta è stato anche predisposto un vero e proprio statuto normativo integrale dei diritti del minore (sia di protezione che di prestazione e promozione). Da qui la formula è passata nella Convenzione europea di Strasburgo del (25 gennaio) 1996 sull'esercizio dei diritti del minore (art. 1, comma 2; art. 6, lett. a); art. 10) per approdare nel 2000 (7 dicembre) alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in oggi – come adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 – avente lo stesso valore vincolante dei Trattati europei (art. 6, par. 1, TUE), che quella formula testualmente trascrive nell'art. 24, comma 2, e contemporaneamente proietta in tutti gli atti normativi di diritto europeo derivato riguardanti persone minori di età (tra cui, in particolare, reg. n. 2201/2003/CE: artt. 12, par. 1, lett. b); 15, par. 1, 5; 23, par. 1, lett. a); dir. 2003/86/CE: art. 5, par. 5; dir. 2011/36/UE: artt. 14, par. 2; 16, par. 2; reg. 2013/604/UE: artt. 6, 8, 20, par. 3; dir. 2013/33/UE: artt. 11, 23). Dalla Costituzione poi e dai sopra richiamati atti normativi sovranazionali ha preso avvio nel nostro diritto interno tutta una serie di leggi di attuazione – quelle specialmente in materia di adozione, di riforma del diritto di famiglia e della filiazione – nelle quali il riferimento al principio del superiore interesse del minore (artt. 32, comma 1; 35, commi 3 e 4, l. n. 184/1983; art. 28, comma 3, d. legisl. n. 286/1998), altre volte aggettivato anche come preminente (art. 57, comma 1, n. 2, l. n. 184/1983) o come prioritario (artt. 155 *quater*, comma 1, e 337 *sexies*, comma 1, c.c.) o ancora come esclusivo (artt. 317 *bis*, comma 2, e 337 *ter*, comma 2, c.c.; art. 11, comma 1; 25, comma 5; 33, comma 4, l. n. 184/1983), diviene sempre più ricorrente, insieme a un ampio catalogo di corrispondenti diritti. Il definitivo imprimatur a tutto ciò giunge con la recente trasformazione, anticipata dall'Europa (reg. 2201/2003, artt. 8 ss.), della potestà genitoriale in responsabilità genitoriale (nuovo art. 316 c.c.). Ma si deve ritenere che considerazione preminente e primaria debba riservarsi all'interesse del minore, a volte qualificato anche come morale e

materiale (art. 155 *sexies*, comma 2, c. c.), pure in tutti i casi in cui la normativa si limiti semplicemente a richiamarlo tout court senza ulteriore specificazione o aggettivazione (artt. 155 *bis*, comma 1, e 158, comma 2, c.c.; art. 4, comma 16, l. n. 898/1970; artt. 4, commi 5 e 5 *ter*, 14, comma 1, 19, comma 2, 25, commi 3 e 4, 35, comma 4, 43, comma 3, 46, comma 2, l. n. 184/1983; art. 6, comma 2, l. n. 162/2014) e ciò anche in applicazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione italiana, il quale esige il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. L'interesse superiore del minore ascende così, per via anche dell'appena richiamata disposizione costituzionale, a valore apicale di sistema, diviene il nuovo principio sistematico organizzatore di tutto il diritto minorile e si potrebbe senz'altro dire dell'intero diritto di famiglia e di tutta la normativa a tutela dell'infanzia. Si può affermare che anche in questo campo il diritto, alla fine, si è riconciliato con la vita. Ancora: "Diritti deboli o "non definitivi", si è detto, e tuttavia suscettibili secondo la Corte costituzionale italiana (sent. n. 1/2002) di immediata applicazione e in quanto tali idonei a conferire al minore – secondo autorevole opinione – anche uno *status activus*, comportante un vero e proprio principio di reciprocità strutturale degli interessi dei bambini e degli adulti, nel senso che al diritto di ascolto dei primi sarebbe simmetrico il dovere di questi ultimi di apprendere e imparare dal bambino per orientare atteggiamenti od azioni nel superiore interesse dello stesso. A spostare decisamente la tutela oltre la titolarità e verso una maggiore effettività è la sopra richiamata Convenzione di Strasburgo del 1996, la quale ha predisposto una dettagliata disciplina del diritto di ascolto con attribuzione al minore, avente capacità di discernimento, di un vero e proprio potere di autodeterminazione in ordine alla gestione dei propri interessi e al pieno esercizio dei propri diritti, con il riconoscimento e la promozione nei processi decisionali che lo riguardano del diritto ad essere consultato, a ricevere ogni pertinente informazione e ad esprimere liberamente la propria opinione (art. 3), al fine che della stessa se ne tenga debito conto (art. 6, lett. c), con azionabilità persino diretta da parte dello stesso minore di determinati diritti quali elencati negli artt. 4 e 5 della Convenzione medesima. La sopraggiunta Carta dei diritti fondamentali dell'UE a sua volta ha incluso il potere conferito ai minori di esprimere liberamente la propria opinione" tra i diritti di uguaglianza, ma senza condizionarlo né alla capacità di discernimento né alle questioni di loro interesse. Solo l'obbligo della sua presa in considerazione viene subordinato all'età e alla maturità, nonché limitato alle questioni che li riguardano (art. 24, comma 1). Ma anche nella normativa europea derivata può dirsi ormai costante il riferimento alla necessaria audizione del minore in tutti i procedimenti che lo riguardano in ragione dell'età o del suo grado di maturità (reg. n. 2201/2003/CE: artt. 11, par. 2; 23, par. 1, lett. b); 31, par. 2; art. 41, par. 2, lett c); 42, par. 2, lett. a); dir. 2011/36/UE: art. 15; dir. 2013/33/UE: art. 23, par. 2, lett. d). Da Convenzioni e Carte il principio dell'ascolto e della partecipazione previa informazione trapassa nelle legislazioni nazionali e diviene, anche in attuazione del già

difatti, mentre la formazione familiare in assenza di prole è, nella assiologia della disciplina, centro di interessi patrimoniali e esistenziali solo dei coniugi, la formazione sociale della coppia con figli prevede un 'altro' rispetto di interazione di interessi nei rapporti tra coniugi e figli, con la correlata esigenza di rileggere la disciplina positiva della comunione legale in stretto rapporto con le norme a tutela delle obbligazioni comportamentali e patrimoniali a tutela dei figli⁴⁵.

richiamato art. 117, comma 1, della Costituzione, un principio generale pure del nostro ordinamento, che ne subordina l'esercizio al compimento del dodicesimo anno di età o, a prescindere dall'età, al possesso di una sufficiente capacità di discernimento (artt. 155 *sexies*, comma 1; 250, comma 4; 315 *bis*, comma 3; 316, comma 3; 336 *bis*; 337 *octies*; 348, comma 3; 38 *bis* disp. att. c.c.; art. 4, comma 8, l. n. 898/1970; nonché l. n. 184/1983 e successive modificazioni, con riferimento ai vari provvedimenti disciplinati dalla stessa). In alcuni casi viene addirittura richiesto il consenso del minore (art. 273, comma 2, c. c.) o il suo assenso (art. 250, comma 2, c. c.), ma solo in presenza di un prestabilito limite di età (anni quattordici). Ascolto e partecipazione quali strumenti intesi a favorire la realizzazione del *best interests of the child* hanno il compito di radicare il senso di ogni previsione normativa, di ogni decisione giudiziaria, di ogni provvedimento amministrativo relativi a minori nella concreta e reale, unica e irripetibile vicenda esistenziale di ciascuno di essi quale persona portatrice di proprie esigenze, bisogni, idealità, aspirazioni da soddisfare, allo scopo di scongiurare il rischio che la promozione del suo interesse possa divenire l'ennesimo espediente per l'affermazione dell'interesse degli adulti: evenienza assolutamente da impedire». V. altresì, in materia: P. RONFANI, *Dal bambino protetto al bambino partecipante. Alcune riflessioni sull'attuazione dei "nuovi" diritti dei minori*, in *Soc. dir.*, 1, 2001, 77 ss.; A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela. Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001, 32 s.; ID., *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990, 10 ss. Si legga, inoltre, E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1, 1999, 88 ss.

⁴⁵ Cfr. A. GORASSINI, *Convivenze di fatto e c.d. famiglia di fatto. per una nuova definizione dello spazio topologico di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 7, 2017, 855 ss.: «nella struttura preordinata alla presenza dei figli (formazione sociale biologico-culturale) si assiste ad una limitazione dei diritti dei singoli componenti una coppia per fare spazio sia ai doveri di solidarietà biologica e sociale che ai diritti inviolabili del nuovo nato (soggetto debole imputabile ai procreatori), che comprimono i diritti dei componenti la coppia (altrimenti non sacrificabili neppure per reciproco accordo e neppure unilateralmente, non essendo disponibili se non in mera via di fatto), anche quelli fondamentali, non annullandoli ma ponendoli in posizione di subordinate ai doveri, peraltro in conseguenza di una loro pregressa scelta libera che però – per la presenza di una nuova persona – non è più ritrattabile nella sua interezza. Tutte sono formazioni sociali caratterizzate dalla dualità

Il diritto, nella concreta applicazione delle norme, deve seguire il principio di ragionevolezza nella concreta espressione di criteri e ragionamenti tesi alla soluzione di casi e vicende che sono, *naturaliter*, in costante mutamento sia sotto il profilo scientifico che sociologico; la scienza giuridica si confronta con le altre scienze e ne asseconda il percorso attraverso la proposizione di ragionevoli strutture giuridiche che possano bilanciare gli interessi sociali, esistenziali e patrimoniali delle persone fisiche coinvolte⁴⁶.

di coppia (escludendo tutte le altre possibili) possono essere ricomprese nell'art. 2 Cost., ma alcune preordinate alla società naturale famiglia sono caratterizzate più dal dovere solidale che dalla realizzazione egoitaria dei singoli come persone; e in quelle familiari alcune sono tendenzialmente intrise di doverosità perché legate alla loro genesi sacrale forse risalente al diritto muto ancestrale (ancora presente nella celebrazione dei matrimoni religiosi, ma di fondo presente anche nella celebrazione del rito civile, e non presente nella unione civile. La ricerca giuridica dovrebbe essere almeno coordinata con i risultati delle ricerche di altre scienze, verso cui però i giuristi non sono propensi a confrontarsi, con il verificarsi di paradossi (volutamente) non esplicitati. Questo spiega, però, la ricerca affannosa di garantire comunque e in ogni caso una filiazione (anche solo adottiva) riproposta a proposito della l. n. 76 (ancora non sopita nella dialettica pubblica) e l'affanno al riconoscimento, comunque, della procreazione medicale anche surrogata. Si vuole in questo campo che la cultura sovrasti la natura, come in epoche passate, prima dell'avvento ecologico necessitato, si chiedeva la prevalenza della artificialità sul mondo materiale. Ma si spiega anche la portata peculiare del mancato riconoscimento nel comma 11 di alcune discipline previste per il matrimonio nell'art. 143 c.c., proprio quelle in cui si ha il riferimento alla famiglia come qualcosa di oltre la mera somma dei soggetti in coppia: contribuire ai bisogni comuni, non ai bisogni della famiglia e alla collaborazione nell'interesse della famiglia. L'interesse fondamentale si allarga verso un orizzonte comunitario di vita più intensa rispetto a quella meramente affettiva e di reciproca assistenza, di condivisione costante di spazi oltre che di tempi (anche se sempre e solo in funzione di migliore realizzazione egoitaria); e così si capisce perché il convivente superstite ha diritto ad abitare nella stessa casa; si noti, si parla di casa di comune residenza e ciò sembra spiegare il contenuto del comma 44: la facoltà di succedere nel contratto di locazione al compagno convivente premorto deriva da un diritto individuale (non familiare) condiviso, ma anche il limite del comma 43 con la cessazione per mancata abitazione stabile o per nuova convivenza e in progress, unione civile, matrimonio (nella legge ricordati in ordine inverso, visto che più forte è la situazione divergente nelle realtà formalizzate).

⁴⁶ Così E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 13 ss. Altresì, M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, Roma, 1976,

2. *Tecnica della 'categorizzazione', suo rifiuto ed espressione del principio costituzionale dell'iniziativa economica del singolo coniuge*

Come si è in precedenza indicato, l'evoluzione interpretativa del regime di comunione legale tra i coniugi deve abbandonare, in assoluto, qualsiasi fissazione di mero dogmatismo nel tentativo di cristallizzazione delle categorizzazioni dei beni in comunione e dei beni personali⁴⁷. Il regime della comunione necessita di una lettura assiologica delle disposizioni, in senso combinato, per valorizzare gli interessi e le tutele della famiglia e a tal fine i valori costituzionali costituiscono le chiavi di sintesi della scelta specifica⁴⁸.

La fenomenologia della prassi familiare induce ad evidenziare che i mutamenti delle situazioni soggettive e patrimoniali dei coniugi possono verificarsi *manente* matrimonio. Nella disamina delle ipotesi di ingresso in comunione legale la previsione normativa fondamentale (art. 177 cod. civ.) indica che entrano in regime comunitario gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali, i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione, i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se,

86 ss.; F.D. BUSNELLI, *Persona e famiglia*, Pisa, 2017, 218 s.; M.E. QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995, 89 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore di età*, Padova, 2015, 3 ss. Si consiglia, inoltre, A. BARATTA, *Infanzia e democrazia. Per una interpretazione dinamica della Convenzione internazionale sui diritti del bambino*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1999, 495 ss.

⁴⁷ Leggi G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 161 ss.

⁴⁸ Cfr. A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1949, 38 ss. e A. TRABUCCHI, *Natura, legge e famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1977, I, 1 ss. (pubblicato nuovamente in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica. Scritti giuridici di A. Trabucchi*, raccolti e ordinati da G. Cian e R. Pescara, Padova, 1988, 344 ss.); inoltre, si segnala, per lo studio della varietà dei modelli che concorrono a plasmare nella disciplina delle relazioni di natura familiare in prospettiva storico-comparatistica, M. RHEINSTEIN, *The Family and the Law*, in *Int. Enc. Comp.*, 1, 1974, 3 ss.

allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati e le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio⁴⁹.

La capacità espansiva della comunione legale si apprezza nell'attività dei coniugi in corso di matrimonio con l'applicazione dell'automatismo acquisitivo della contitolarità del bene acquistato a prescindere dalla effettiva partecipazione del coniuge, a dispetto del naturale principio ordinamentale *pacta sunt servanda* e della relatività degli effetti negoziali tra le parti contrattuali⁵⁰.

La previsione normativa di una clausola legale di determinazione della contitolarità necessita, come si vuole dimostrare nel prosieguo della trattazione, di una stretta interazione tra i valori ordinamentali, ed è

⁴⁹ Così F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, 3 ss. Cfr., in tema, E. RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali*, Milano, 1999, 240 ss.; M. KROGH, *Gli acquisti del coniuge imprenditore in regime di comunione legale dei beni*, in *Scritti in onore di G. Capozzi*, Milano, 1992, 724; M. DETTI, *Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi*, in *Riv. not.*, 12, 1976, 1170; M.C. ANDRINI, *Convenzioni matrimoniali e pubblicità legale nel nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. not.*, 12, 1975, 1115; C. NIUTTA, *La comunione legale*, in *Dir. fam.*, 11, 1976, 1789 ss.; B. DE FILIPPIS, *Trattato breve di diritto di famiglia*, Padova, 2002, 253.

⁵⁰ In tema, F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, Napoli, 2015, 10 ss. L'Autore, in modo convincente sostiene che «... è opportuno sottolineare che la tesi dell'attitudine della mancanza di *expressio causae* a determinare una valutazione negativa della promessa è diffusamente accolta in dottrina (sia in maniera subliminale, sia scopertamente). In particolare, di recente essa è stata sostenuta, allestendo un ponderoso apparato concettuale. Un simile ragionamento è focalizzato sull'assunto che la mancanza di *expressio causae* non è suscettibile di essere invocata rispetto ai contratti sinallagmatici, mentre il predetto elemento di fatto è considerato un requisito essenziale delle promesse unilaterali. [...] Meritano di essere considerate, innanzitutto, le teorie comportanti un sostanziale ampliamento dei negozi unilaterali con effetti (non obbligatori, ma) dispositivi, i quali risultano riscuotere l'approvazione da parte dell'ordinamento. Si tratta, soprattutto, delle ricostruzioni dirette a riconoscere che, nonostante la mancanza di un'univoca previsione legislativa o addirittura contro di essa, i seguenti atti siano capaci, in determinate circostanze, di sancire la vincolatività delle situazioni programmate indipendentemente dal consenso, espresso o tacito, del destinatario: remissione unilaterale di dilazione, atto di donazione nelle fondazioni, atti di destinazione patrimoniale».

imprescindibilmente legata al rispetto del principio di bilanciamento degli interessi e di proporzionalità⁵¹.

Ma, allora, si rifletta: nell'ottica di voler operare una, ermeneuticamente corretta, distinzione tra clausole legali del regime della comunione e principi costituzionali, va evidenziato che la clausola di contitolarità recepisce un principio di eguaglianza (in termini di apporto dei coniugi) e di solidarietà (dei bisogni familiari) generalmente riconosciuti nei vari ordinamenti⁵², postulando, inoltre, con una considerevole portata innovativa, un'ulteriore attenuazione del principio *pacta sunt servanda*, a mezzo di una deroga alla regola generalmente diffusa nei vari ordinamenti nazionali⁵³.

Si deduce come la disciplina del regime della comunione legale considera come causa di attribuzione della contitolarità non qualsiasi forma di incremento del patrimonio del singolo coniuge, ma gli acquisti ovvero i proventi che non presentano il carattere della stretta personalità organizzativa riferibile alla sfera giuridico-patrimoniale del singolo, attraverso una valutazione non in astratto, ma alla luce del giudizio che,

⁵¹ Fondamentale la lettura di G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., 83.

⁵² In una prospettiva comparatistica, v. F.E. OLSEN, *The Family and the Market: a Study of Ideology and Legal Reform*, in *Harv. L. Rev.*, 25, 1983, 1497 ss.; di J. CARBONE, N. CAHN, *Marriage Markets. How Inequality is Remaking the American Family*, New York, 2014, 21 ss.

⁵³ Con qualche isolata eccezione, tra cui appunto il diritto italiano, che prevede, agli artt. 1467-1469 cod. civ., l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, dal quale deriva la possibilità, per la parte gravata dallo squilibrio economico, di chiedere la risoluzione del contratto se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa a seguito del verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili. Cfr. F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Europa*, 3, 2005, 509; Id., *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2012, 17; V. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 4, 2002, 774; Id. *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contr. impr.*, 3, 2002, 507; F. CALVARI, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr. impr.*, 1, 2004, 40; V. SICCHIERO, *Le clausole di rinvio fisso e rinvio mobile alla disciplina esterna al contratto*, in *Contr. impr.*, 6, 2004, 1027.

ex ante, l'interprete ritiene di formulare nella divisazione e nella ponderazione degli interessi coinvolti⁵⁴.

Il superamento di qualsiasi forma di dogmatismo deriva, a ben ragionare sull'evoluzione del principio di relatività, dal riconoscimento della produzione di effetti giuridici diretti verso terzi, non partecipanti alla formazione dell'accordo negoziale⁵⁵; proprio il regime patrimoniale della comunione legale consente tale effetto estensivo verso un soggetto (il coniuge) non partecipante al negozio e, tuttavia, beneficiario dell'efficacia traslativa, *pro quota*, del bene oggetto dell'acquisto⁵⁶.

⁵⁴ Nella prospettiva di inquadrare in modo corretto l'adeguatezza e proporzionalità anche in funzione del rispetto del principio di eguaglianza, si deve porre in evidenza come all'interno delle norme di organizzazione, vale a dire quelle norme strumentali attraverso la cui applicazione la disciplina positiva del diritto civile vuole garantire in modo continuativo la tutela dei diritti fondamentali dei singoli, si possa intravedere il nucleo essenziale dell'adeguatezza e della proporzionalità. Si rifletta in materia di diritto dell'impresa: le norme di organizzazione della struttura societaria tendono, *de plano*, a garantire i soci non solo dell'eguaglianza tra loro nell'esercizio concreto dei diritti sociali, ma, prodromicamente, vogliono che la struttura dell'ente sia adeguata alle esigenze del perseguimento dell'interesse sociali al fine, indi, di ottenere il risultato del rispetto del principio di pari trattamento dei soci appartenenti alla compagine societaria. In tema G. D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, 43 ss.

⁵⁵ In tal senso P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, Napoli, 1988, 136 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, 474; ID., *Sui rapporti personali della famiglia*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1982, 18; F.D. BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto*, Montereggio-Parma, 1977, 133 ss.; ID., *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2002, 510; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 282 ss.; P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale. Rapporti personali della famiglia*, Roma, 1980, 12 ss.; M. DOGLIOTTI, *Spunti sulla qualificazione giuridica della famiglia di fatto. Spunti, questioni, prospettive*, in *Giur. it.*, 3, 1980, 350.

⁵⁶ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1, 1945, 3 ss.; in tema di interpretazione nel ragionare il diritto di famiglia fuori dagli schemi dell'autonomia negoziale P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, 462 e A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2002, 213 ss.

Atteso che la fonte dell'efficacia vincolante dell'atto di autonomia deve essere ravvisata nell'elemento volitivo del soggetto, la concessione (secondo un canone di eccezionalità legale) dell'estensione traslativa a favore del terzo, oltre il limite ordinamentale nella intangibilità della sfera giuridica altrui, vuole la presenza del vantaggio patrimoniale a favore del soggetto che (ferma la facoltà di rifiuto) riceve l'attribuzione traslativa.

Il valore ordinamentale appena esposto è di assoluta rilevanza nella risoluzione delle questioni che attengono alla esatta delimitazione del meccanismo acquisitivo della comunione legale tra coniugi in tema, *inter alia*, di crediti e di posizioni contrattuali in cui un coniuge subentra, *manente* il regime di comunione.

Ebbene, come si specificherà più avanti, il principio di relatività ed il limite operativo della certezza dell'incremento patrimoniale a favore del soggetto (coniuge) non partecipante al negozio dispositivo rappresentano gli indici di determinazione dell'azionamento (o meno) del regime di comunione legale⁵⁷.

Il confronto 'costituzionale' degli interessi presenti nel regime di comunione porta, ora, a rintracciare come il principio di eguaglianza sostanziale (art. 2 Cost.) tra i soggetti dell'ordinamento possa influenzare le dinamiche patrimoniali della comunione legale.

La mera apparenza di una lesione del principio indicato, da parte della dilatazione applicativa della comunione tra coniugi, deve essere rivalutata a fronte del canone di ragionevolezza che vuole un naturale coordinamento del principio di eguaglianza sostanziale con quello della parità coniugale di cui all'art. 29, comma 2, Cost.⁵⁸.

⁵⁷ Per uno sguardo comparatistico, A. BAINHAM, *Changing Families and Changing Concepts: Reforming the Language of Family Law*, in *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, a cura di J. Eekelaar e T. Nhlapo, Oxford, 1998, 153 ss.; ID. *Du mariage pour tous à la famille homosexuelle*, in *Droit de la famille*, 1, 2013, 7 ss.; K. YOSHINO, *Speak Now. Marriage Equality on Trial*, New York, 2015, 34 ss.

⁵⁸ Cfr. F. CAGGIA, *capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, 1573 ss., per il quale: «la sopravvivenza della categoria dello status nei recenti approdi del diritto di famiglia può essere analizzata anche alla luce del ruolo inclusivo o esclusivo che il concetto di famiglia esercita rispetto all'accesso dei modelli di relazione nella sfera del giuridico e degli effetti che l'aspetto definitorio produce fuori dai confini

della disciplina dei rapporti di diritto privato. Un esempio di questa funzione è rappresentato dall'inclusione delle relazioni omosessuali nel concetto di famiglia attraverso l'invocazione del "matrimonio per tutti", una formula che ha in particolare connotato il dibattito sul superamento dell'eterosessualità, inteso come presupposto per la celebrazione del matrimonio, nell'esperienza francese. Questa prospettiva ha trovato il suo elemento di maggiore persuasione argomentativa nell'adesione alla concezione *savignana* del matrimonio come status, inteso come presupposto necessario per accedere anche ai benefici e ai diritti di contenuto sociale riconosciuti ai coniugi eterosessuali e per conseguire un vincolo formale che conferisca il crisma della riconoscibilità sociale del rapporto all'unione omosessuale. Una più attenta considerazione delle argomentazioni utilizzate dalle corti straniere permette rilevare le funzioni diverse che la prospettiva dello status può soddisfare con riferimento ai processi di giuridificazione dei nuovi modelli familiari. I due principali argomenti coincidono con l'affermazione del principio di eguaglianza e il rispetto della dignità della persona, che, pur essendo contestualmente invocate in molte decisioni, appaiono militare, come è stato sottolineato dalla dottrina, nel senso di logiche giuridiche e politiche molto diverse. Il principio di uguaglianza insiste in particolare sul piano della parità di accesso da riconoscere ai soggetti omosessuali non solo rispetto a un trattamento da parte del diritto ma anche rispetto al godimento dei benefici e delle prestazioni sociali, di norma riconosciuti sul presupposto di una relazione fondata sul matrimonio. In questo modo l'accesso al matrimonio come status non assume soltanto il significato di un necessario passaggio per saldare la relazione omosessuale alla giuridicità ma, come si è detto, produce i suoi effetti anche sul terreno della redistribuzione delle risorse pubbliche. La giustificazione del diritto dei soggetti omosessuali ad accedere all'istituto del matrimonio attraverso il ricorso al principio di dignità rappresenterebbe invece una pura e semplice adesione alla concezione del matrimonio come status, senza alcuna considerazione critica verso i suoi contenuti e sugli eventuali effetti distributivi che questo modello produrrebbe. In questo caso l'aspirazione sarebbe motivata dal considerare dignificante l'accesso al matrimonio in sé, senza alcun contributo nel senso di un processo di trasformazione dell'istituzione, con la conseguenza che il matrimonio omosessuale si traduce in una mera adesione ai valori convenzionali e ai canoni tradizionali del diritto di famiglia. Si assiste così anche nel processo di affermazione del matrimonio omosessuale ad una sorta di polivalenza funzionale del concetto di status, il quale si rende disponibile a favorire l'affermazione ora di prospettive conservatrici dell'organizzazione sociale ora di tendenze e spinte che intendano mettere in radicale discussione quell'assetto. La separazione tra diritto di famiglia e diritto privato patrimoniale tracciata da Savigny nel *System* è anche indice di un modello di organizzazione della società, in cui si assume che la famiglia debba essere separata dalle dinamiche con cui si struttura il mercato economico. Questa costruzione produce la ricaduta che l'organizzazione della famiglia e quella del mercato dovessero

L'espresso richiamo al matrimonio quale sintesi dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi conduce a valutare come la sostanza dell'eguaglianza tra coniugi attenga al governo del patrimonio familiare – nei limiti della legge –, a garanzia dell'unità familiare; anche in tale occasione di coordinamento ordinamentale, il regime della comunione si incastra correttamente con i valori costituzionali se solo si valuta la progressione temporale nell'esplicitazione dei principi⁵⁹.

L'eguaglianza (sostanziale) dei coniugi, quali persone fisiche, si rintraccia nella fase antecedente la scelta del regime e nell'esercizio della libera iniziativa privata, mentre l'eguaglianza (morale e giuridica) dei coniugi – all'interno del contesto matrimoniale – si esalta nel governo del patrimonio comune e nell'efficacia estensiva del regime di contitolarità per gli acquisti soggetti all'ingresso in comunione legale⁶⁰.

essere fondate su paradigmi diversi: la famiglia su un'idea diseguale della posizione interna dei membri, dove la curvatura delle relazioni è condizionata dall'autorità maritale e patriarcale; il mercato economico, secondo il modello classico, organizzato intorno all'idea dei soggetti che contrattano le proprie utilità, muovendo da una posizione di parità formale. Di questa costruzione interessa mettere in luce il fondamento in un'idea autoritaria della società e della famiglia fondata sulla riproduzione dei ruoli di genere e sulla loro perpetrazione per effetto della limitazione d'interventi esterni rispetto all'organizzazione e allo svolgimento della vita familiare. Questo modello di costruzione della relazione familiare attribuisce alla donna, quasi per vocazione naturale, una funzione destinata alla riproduzione, all'educazione della prole e alla gestione del *menage* mentre all'uomo è affidato il compito di provvedere al mantenimento del gruppo in quanto unico membro destinato al lavoro esterno e a competere nel mercato delle professioni».

⁵⁹ Ancora, in senso comparatistico, J. DEWAR-S. PARKER, *English Family Law since World War II: From Status to Chaos*, in *Cross Currents. Family Law and Policy in the US and England*, a cura di S. N. Katz, J. Eekelaar, M. Maclean, Oxford, 2000, 123 ss.; ed ancora, a confronto, nella dottrina italiana per la individuazione della corretta interpretazione V. SCALISI, *Le stagioni*, cit., 1287.

⁶⁰ V. BARGELLI, *Divorzio privato e prospettive dell'autonomia contrattuale*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2020, 363; M. MARTINO, *Funzione assistenziale e compensativa dell'assegno di divorzio: la possibilità di una rinnovata valorizzazione delle scelte di autonomia in vista dello scioglimento del matrimonio*, in *Familia*, 2, 2019, 85 ss.; C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 10, 2018, 1041 ss.

La validità dell'inquadratura prospettica del valore costituzionale nel regime della comunione legale trova conforto anche nella ulteriore declinazione del principio di eguaglianza nell'esercizio delle professioni dei coniugi; difatti, la disciplina positiva che individua il mantenimento del carattere personale dei beni acquistati per lo svolgimento della propria professione fornisce conferma della correttezza del percorso ermeneutico per cui il regime della comunione legale tra coniugi deve manifestare la massima flessibilità ed adattabilità all'iniziativa professionale, e personale, del coniuge nel rispetto del valore di rango costituzionale per cui l'eguaglianza – nella specie – sostanzia la libertà d'iniziativa di ciascuno dei coniugi nell'autodeterminazione di scelte di vita.

Come si tratterà nella prosecuzione della trattazione in tema di acquisizione della ricchezza, il momento della strumentalità dell'attività, e dei conseguenti acquisti, costituisce il *discrimen* nella determinazione dell'ingresso del bene all'interno del patrimonio comune o del mantenimento della titolarità personale del coniuge acquirente⁶¹.

La maturata acquisizione, d'impronta assiologica, conduce a considerare il canone della ragionevolezza come momento di assoluta rilevanza nella corretta applicazione dei limiti di rilevazione della titolarità esclusiva del coniuge che svolge attività professionale: l'attività, qualificata come professionale, è quella che il coniuge svolge in via prevalente con la volontà di perseguire un intento economico nell'esercizio e nel dispendio delle proprie energie (manuali e/o intellettive)⁶².

⁶¹ Cfr. U. PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2016, 1754.

⁶² Cfr. G. GIACOBBE, *Genitorialità sociali e principio di solidarietà: riflessioni critiche*, in *Dir. famiglia*, 1, 2005, 152: «l'inserimento nell'art. 30, comma 1, Cost. del termine *diritto* sembra, dunque, rappresentare uno dei segni della diversa concezione del rapporto tra genitori e figli, nel senso non già dell'accentuazione - come potrebbe apparire dalla utilizzazione dello strumento del diritto soggettivo - del profilo attivo - se non proprio autoritario - dell'attività del genitore, bensì dell'emergenza del vincolo familiare e della preminenza degli interessi unitari da esso derivanti. Si vuole con ciò affermare che il profilo del diritto - valutato nell'ambito della linea di tendenza che considera la persona

Si badi: è proprio in tale passaggio della valutazione del caso concreto che la ragionevolezza assume un peso determinante nella risoluzione della vicenda, giacché l'interprete⁶³ dovrà operare un netto *discrimen* tra le attività che possono essere ricondotte alla professione (o professioni) del coniuge secondo la naturale strumentalità tra bene acquistato e professione e le altre attività che, al contrario, non presentano tale carattere e sono, di guisa, ricadenti nella comunione legale in termini di efficacia traslativa del bene⁶⁴.

A modo di corollario interpretativo, la tutela del lavoro, quale esplicitazione del principio d'iniziativa economica privata, delimita la partecipazione del coniuge al prodotto dell'iniziativa lavorativa attraverso la restrizione a determinati acquisti o al residuo non consumato del guadagno⁶⁵; la natura della comunione legale differita sui

come singolo e nelle formazioni sociali ove si esplica la sua attività, come valore primario (art. 2 Cost.) - rappresenta lo strumento tecnico giuridico predisposto per affermare l'originarietà di quel rapporto ed indicare la preclusione di interventi autoritativi esterni che interrompano o alterino il collegamento che deve caratterizzare il legame tra genitore e figlio: su questo terreno si colgono i segni della diversa concezione della famiglia, intesa come unità organica nella quale, pur a titolo diverso, tutti i componenti hanno pari dignità e debbono essere posti nella condizione di dare attuazione alla loro personalità. La premessa per comprendere l'incidenza effettuale del profilo del *diritto* emergente dall'art. 30 Cost., in relazione alla considerazione paritetica, sotto il profilo del mantenimento, dell'educazione ed istruzione della prole, della filiazione legittima e naturale, è rappresentata, in sintesi, dal principio della responsabilità per la procreazione».

⁶³ Ancora, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Berlin, 1849, 4 ss., con la traduzione italiana curata da V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, 3 ss.

⁶⁴ Cfr. F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 5, 2016, 665 ss.; M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2016, 231 ss.; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1319 ss.; altresì, F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 1, 2017, 7 ss.; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza (art. 1, comma 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 4, 2016, 694 ss.

⁶⁵ Si legga J. BASEDOW, *Konstantinidis v. Bangemann, oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in *ZEuP*, 4, 1994, 197 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni*, cit., 1045 ss.; sulla costituzionalizzazione del diritto di famiglia americano J. BARRON, *The*

guadagni del coniuge non consumati nel corso della vigenza del regime fornisce evidenza del rispetto del principio di autodeterminazione del singolo coniuge il quale, si noti, mantiene la piena disponibilità del bene, *recte* dei guadagni derivanti dall'attività lavorativa con il limite della caduta in comunione del residuo⁶⁶.

Ora, il bilanciamento degli interessi tra attivazione della comunione legale e affermazione della titolarità del singolo coniuge provoca una riflessione sull'ulteriore principio della tutela della proprietà per negare una asserita espropriazione automatica operata dalla comunione legale senza indennizzo a carico del coniuge acquirente⁶⁷.

Seguendo una linea assiologica, l'asserita compressione del principio della proprietà deriverebbe dall'alterazione della titolarità a favore del coniuge non partecipante alla situazione soggettiva acquisitiva in virtù dell'automatismo del fenomeno della comunione legale; tuttavia, il canone della ragionevolezza, applicato alla comunione legale, vuole la corretta ponderazione del diritto proprietario del coniuge a fronte del valore solidaristico ed egualitario del regime della comunione, quale modello regolamentare liberamente scelto dai coniugi.

Ebbene, l'armonia dei valori costituzionali ed ordinamentali viene confermata dalla rilevazione per cui la compressione (*pro quota*) della proprietà di situazioni soggettive e patrimoniali riferibili per genesi ad un coniuge è il portato normativo di un'opzione dispositiva voluta dallo stesso coniuge che, pertanto, non vede in alcun modo alterata o negata la propria tutela di rango costituzionale⁶⁸.

Constitutionalization of American Family Law: The Case of the Right to Marry, in *Cross Currents*, cit., 257 ss.

⁶⁶ Cfr. R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali sul disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Corr. giur.*, 8, 2019, 601 ss.; G.F. BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali"*. *Note de iure condendo*, in *Fam. e dir.*, 11, 2019, 1153 ss. Si consiglia, altresì, ai fini della illustrazione sintetica del dibattito, la lettura di T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 1, 2003, 45 ss.

⁶⁷ Ancora, in tema, M.R. MARELLA, *Il diritto*, cit., 233 ss.

⁶⁸ Sull'evoluzione del diritto europeo della famiglia e delle successioni W. PINTENS e M. SCHERPE, *Die Marckx-Entscheidung des Europäischen Menschenrechtsgerichts als eine Keimzelle eines europäischen Familien- und Erbrechts. Ein Rück- und Ausblick nach fünfunddreißig Jahren*, in *Festschrift für D. Martinzyum*, a cura di N. Witleb, R. Ellger, P. Mankowski, H. Merkt,

La norma di legge prevede, difatti, che i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi, costituita dopo il matrimonio, e gli incrementi dell'impresa, costituita anche precedentemente, si considerano oggetto della comunione solo se sussistono al momento dello scioglimento di questa.

Tra le classi e le categorie di fatti, da considerare in termini di mantenimento delle situazioni soggettive personali del coniuge, vanno rilevate quelle afferenti ai beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori, ai beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di una azienda facente parte della comunione, ai beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno (nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa) ed ai beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto⁶⁹.

Calando quanto indicato in termini puramente privatistici, i coniugi, attraverso il recepimento del regime patrimoniale della comunione legale, accettano su base volontaria la clausola legale dell'alterazione nella titolarità dei beni e delle situazioni soggettive di cui sono portatori⁷⁰.

O. Remien, Tubingen, 2014, 127 ss. In termini esegetici, v. lo studio di C. PETTITI, *L'è galité entre è poux*, in *Le droit de la famille à l'è preuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2008, 29 ss. Inoltre, H.D. KRAUSE, *Comparative Family Law. Past Traditions Battle Future Trends - and Viceversa*, in *Oxford Handbook of Comparative Law*²⁵, New York, 2006, 1099 ss.; infine, M. ANTOKOLSKAIA, *Comparative Family Law: Moving with the Times?*, in *Comparative Law. A Handbook*⁷, a cura di E. Orucu e D. Nelken, Oxford-Portland, 2007, 241 ss.

⁶⁹ In tema T. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2014, 459 ss.; ancora, R. AMAGLIANI, *Gli accordi*, cit., 588 s.

⁷⁰ Cfr. L. MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Justitia*, 1, 1990, 4; C. GRASSETTI, voce *Famiglia*, in *Dig. it.*, 11, Torino, 1990, 192 ss.; S. PULEO, voce *Famiglia (disciplina privatistica)*, in *Enc. giur.*, 10, Roma, 1989, 1 ss.; ID., *Concetto di famiglia e rilevanza della famiglia naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1979, 381. Fra gli altri, ancora, A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *I contratti di convivenza*, a cura di E. Moscati e A. Zoppini, Torino, 2002, 26; P. RESCIGNO, *Unicità o pluralità del concetto di famiglia. Tipi e modelli. Le comunioni di vita fuori dal matrimonio*, in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 9 ss.; F. CUOCOLO,

Ciò che appare evidente dall'emersione della flessibilità del regime patrimoniale della comunione legale immediata e differita, fondata sull'elemento volitivo di entrambi i coniugi, è la convivenza certa dei valori del diritto comune patrimoniale con i principi di rango costituzionale, senza che sia possibile attribuire alla comunione caratteri e tutele contrarie alla Costituzione.

La flessibilità della comunione legale tra coniugi, muovendo dalla evidenziazione dell'elemento volontaristico dei soggetti nella determinazione degli effetti del regime, permette di considerare come l'assetto dei valori familiari all'interno dei rapporti dei coniugi si coniughi perfettamente con i principi costituzionali.

La riflessione sistematica è il portato della constatazione per cui il meccanismo della comunione legale, in quanto regime dispositivo, nasce dalla volontà dei coniugi i quali, nel rispetto delle regole redistributive della patrimonialità, declinano i principi costituzionali senza possibilità alcuna di deviazione dalle tutele connesse⁷¹.

voce *Famiglia. Profili costituzionali*, in *Enc. giur.*, 10, Roma, 1989, 2 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 494; P. ZATTI, *Famiglia, Familiae - Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 1, 2002, 9 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 25 ss.

⁷¹ Ancora, F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, 1573 ss., per il quale: «Il dialogo tra sistemi e l'imitazione di modelli di disciplina elaborati in esperienze straniere, al pari delle trasformazioni sociali che attraversano tutti gli ordinamenti occidentali, assumono un ruolo decisivo nel processo di convergenza delle discipline nazionali del diritto di famiglia nel senso della secolarizzazione e dell'affermazione dei valori di eguaglianza, solidarietà e libertà. Questo processo contribuisce a formare un substrato comune dei sistemi di diritto di famiglia, che finisce per modificare l'approccio da parte della dottrina rispetto ai temi dell'uniformazione internazionale del diritto di famiglia. Al suo interno, infatti, tende progressivamente ad allargarsi l'elenco delle voci favorevoli a realizzare progetti di diritto di famiglia uniforme in ambiti regionali definiti da ordinamenti giuridici omogenei, fino ad assumere il contorno di progetti concretamente realizzati nello spazio definito dall'Unione Europea, sebbene nei limiti dei profili transfrontalieri delle relazioni familiari. Tuttavia, il persistere delle differenze tra i diversi ordinamenti giuridici induce oggi una parte della dottrina comparatistica ad indagare le cause delle trasformazioni del diritto di famiglia, o delle sue resistenze, guardando oltre l'argomento del substrato sociale o del legame con la cultura nazionale. Lo spunto è

Proprio in base a quanto rappresentato, è necessario abbandonare qualsiasi ipotesi di ricostruzione dogmatica del fenomeno della comunione legale e, soprattutto, rifuggire dalla deriva della formazione di aprioristiche categorizzazioni dei fatti acquisitivi che determinerebbero o una eccessiva capacità espansiva della disciplina della comunione legale dei coniugi (in danno della tutela costituzionale della posizione del singolo, come individuo che matura esigenze di sviluppo della propria personalità e professionalità) ovvero, all'opposto, una massima autodeterminazione dispositiva del singolo coniuge (in spregio al principio solidaristico che permea, di certo, la vita familiare).

Si rifletta: l'errore che genera una tale impostazione è l'incapacità di poter indagare la singola fattispecie in ogni sua conseguenza in termini

fornito dalle considerazioni formulate da Alan Watson nei suoi studi sui trapianti giuridici, il quale ha osservato la trapiantabilità dei modelli diritto di famiglia sulla scorta dell'adozione, a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, del regime della separazione dei beni tra coniugi in ordinamenti giuridici, che non presentavano un'affinità sociale né si trovavano in una condizione di prossimità geografica. Se la circolazione del modello di separazione dei beni non poteva essere spiegata alla luce dell'omogeneità sociale o della vicinanza geografica tra gli ordinamenti, necessariamente di altra natura dovevano essere le ragioni dell'imitazione, da ricercarsi nelle diverse finalità politiche cui un modello di diritto di famiglia può concorrere. Infatti, nell'esempio portato da A. Watson, l'adozione della separazione dei beni si prestava a soddisfare gli interessi dei ceti alto borghesi dell'Inghilterra vittoriana, così come quelli dell'aristocrazia russa durante l'impero zarista ma, allo stesso tempo, era utile nell'affermare l'idea di eguaglianza e il valore dell'autoregolamentazione della società che pervade il primo socialismo russo. Del resto, non è casuale che questo modello di disciplina sia stato sostituito dal regime della comunione dei beni, quando l'idealismo socialista viene soppiantato dal pragmatismo dell'Unione Sovietica e dalle politiche di limitazione della libertà contrattuale e di protezione della donna. Dalle considerazioni formulate a margine della circolazione del modello della separazione dei beni tra coniugi si può affermare che gli obiettivi di politica del diritto rappresentano il filtro attraverso il quale un legislatore può selezionare un modello straniero da imitare, con la conseguenza che l'imitazione diviene lo strumento per realizzare una politica sociale ed economica, per esprimere una cultura politica maggioritaria o concorrere alla costruzione di un *political discourse*. Allo stesso modo per il tramite dell'analisi dei processi politici e istituzionali è possibile spiegare le differenze tutt'ora esistenti tra i diversi sistemi di diritto di famiglia, e forse anche a sciogliere l'attuale complessità».

di interessi protetti, di tutele di posizioni soggettive e di potenziali effetti giuridici.

Se ben si ragiona sulla collocazione del microsistema della comunione legale nel sistema dei valori ordinamentali, si ritiene di poter dedurre la necessità dell'applicazione del criterio del bilanciamento degli interessi sottesi alla singola fattispecie, quale momento di sintesi tra sistematicità del regime legale, natura dispositiva dello stesso e tutela delle posizioni subiettive⁷².

La natura (di derivazione legale e convenzionale) flessibile della comunione legale consente di valutare con la dovuta attenzione e ponderatezza il singolo caso e il fatto di acquisizione del bene; se ben si legge e comprende la disciplina della comunione legale è possibile – si ritiene – cogliere come e quanto la stessa fletta la positività delle singole prescrizioni ai concreti interessi della famiglia e dei coniugi.

⁷² Sul tema la letteratura civilistica è ampia: T. AULETTA, *Gli acquisti a titolo originario*, in *La comunione legale*, a cura di C.M. Bianca, Milano, 1989, 73; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 1981, 63 ss.; P. DI MARTINO, *Gli acquisti a titolo originario in regime di comunione legale tra coniugi*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, Milano, 1980, 591 ss.; ID. *Gli acquisti in regime di comunione legale tra coniugi*, Milano, 1987, 7 ss.; M. GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 1986, 99 ss.; M. NUZZO, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984, 103 ss.; A. LUMINOSO, *Accessione e altre vicende delle cose nella comunione coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1985, 761 ss.; L. BOTTAZZI, *Acquisti per accessione e comunione legale fra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1993, 793 ss.; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1979, 424 ss.; ID., *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, 882 ss.; M. FINOCCHIARO, *Due problemi controversi in tema di comunione legale coniugale: gli acquisti per accessione*, in *Vita not.*, 3, 1981, 476 ss.; M. COMPORZI, *Gli acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1985, 56 ss.; L. BARASSI, *La posizione del venditore nelle operazioni immobiliari alla luce del nuovo regime patrimoniale tra coniugi*, in *Diritto di famiglia, Società - contrattazione immobiliare*, Milano, 1978, 110 ss.; M. GIORGIANNI, *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 209; M. MAZZOLA, G. RE, *Proposta di un diverso modo di intendere la comunione dei beni tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 1978, 757 ss.; F. PROSPERI, *Sulla natura della comunione legale*, Napoli, 1983, 87 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, 91 ss.; M. FRAGALI, *La comunione*, Milano, 1978, 180; F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole in tema di diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2017, 191 ss.

Ebbene, tale caratterizzazione della comunione deve essere colta dall'interprete nel momento della risoluzione delle varie situazioni soggettive che devono essere valutate in via ragionevole e secondo il conseguente bilanciamento degli interessi⁷³.

Il tentativo di categorizzare le classi di fatti o di acquisti che possono o meno entrare in comunione legale è, *in nuce*, errato in virtù della chiara apoditticità della ricostruzione del sistema legale che si vorrebbe portare avanti; se, infatti, la categoria – in senso giuridico – può avere dignità di cittadinanza nell'applicazione ordinamentale dei valori è solo laddove quella categoria sia suscettiva di massima precisione sussuntiva, vale a dire sia capace di poter inquadrare una variegata e, soprattutto, completa gamma di atti e di fatti (nel caso in esame, di acquisti) come ricompresi al suo interno e, di risulta, sotto la vigenza della prescrizione di legge.

Ma tale ipotesi ricostruttiva non è percorribile nel microsistema della comunione legale tra i coniugi in cui, invece, a fronte di una profonda atecnicità del dato normativo, le classi di fatti e di acquisti previste a livello normativo sono incomplete nella determinazione del perimetro applicativo, frammentarie nella spiegazione di efficacia e sommarie nella ricostruzione empirica⁷⁴.

Inoltre, la possibile obiezione che l'opera di categorizzazione possa essere il portato dell'attività interpretativa muove da una incontestabile contraddizione in termini: se categorizzare è attività dell'interprete non si comprende come possa quest'ultimo esimersi da svolgere un'opera di bilanciamento degli interessi nella singola fattispecie, in quanto la determinazione della singola categoria di fatti cui applicare una

⁷³ In materia P. STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rapporti personali nella famiglia*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1979, 92, e in *Rass. dir. civ.*, 3, 1980, 442. Inoltre, ai fini di una ulteriore trattazione, v. F.D. BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1982, 54; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, Milano, 1996, 38; M. GIORGIANNI, *In tema di capacità del minore di età*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1987, 103.

⁷⁴ Cfr. E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 8, 2002, 991 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2001, 303 ss.

individuata disciplina significa, in termini assiologici, ricercare le tutele e gli interessi che quella singola categoria sottende in confronto (*id est* in bilanciamento) alle altre categorie di fatti che abbiano una certa vicinanza in senso empirico e giuridico.

3. *La comunione legale: non sistema autonomo di norme ma regime patrimoniale e dispositivo dei coniugi all'interno delle regole del diritto di famiglia*

La natura dispositiva del regime di comunione legale tra i coniugi deve essere ripensata a livello assiologico per ricavare una diversa prospettiva d'indagine nei rapporti patrimoniali tra i coniugi e tra questi e i terzi nella determinazione delle tutele reciproche; si deve abbandonare la visione di mera eccezionalità e specialità della comunione legale tendente ad allontanare il regime dai valori costituzionali che governano, anche, la vita della famiglia in una naturale tensione valoriale verso il *favor personae* (coniugis)⁷⁵.

Se si riflette sulla natura ontologica del vincolo matrimoniale e sugli effetti derivati, il regime patrimoniale legale crea un nesso tra comunione di vita e comunione dei beni, tale per cui il comportamento dei coniugi assume un valore che riconnette all'agire individuale del singolo coniuge rilievo metaindividuale, espressivo di una posizione soggettiva all'interno di un particolare gruppo⁷⁶. In tema, il conforto viene dalla giurisprudenza

⁷⁵ Così A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2002, 225 ss.

⁷⁶ In tema, T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2015, 615 ss.; G. IORIO, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 9, 2015, 1014 ss.; F. ROMEO, M.C. VENUTI, *Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 8, 2015, 971 ss.; inoltre, G. CASABURI, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile, ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami familiari*, in *Foro it.*, 1, 2016, 10 ss.; G. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge, (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2, 2015, 165 ss.; M. TRIMARCHI, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre*, in *Jus Civile*, 1, 2016, 1 ss.

costituzionale⁷⁷ che ha rimarcato come, diversamente da quella ordinaria, la comunione legale sia una comunione senza quote, quale forma di proprietà solidale conferente ai coniugi un diritto unico e pieno sui beni che ne costituiscono l'oggetto⁷⁸.

La rilettura dell'impianto normativo del regime verso la conciliazione della comunione legale all'interno della generale disciplina delle convenzioni matrimoniali porta ad escludere la ricerca di una autonomia sistematica della comunione legale con la correlata impossibilità di utilizzare altri valori ordinamentali nella risoluzione delle varie e tante discrasie che la normativa presenta. In materia, si pensi al modello di garanzia che la disciplina positiva propone nella gestione del patrimonio comune conforme – come chiarito –, di certo, ai valori della proprietà solidale⁷⁹.

⁷⁷ Nel formante della giurisprudenza costituzionale Corte cost. 17 marzo 1988, n. 311.

⁷⁸ Si legga, in particolare, C. CACCAVALE, *Trasferimenti tra coniugi, privi di corrispettivo, e obbligazioni naturali*, Studio CNN n. 273-2017/C, e ID., *Trasferimenti tra coniugi, privi di corrispettivo, e giustificazione causale*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2020, 425 ss.

⁷⁹ In dottrina, F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*, 1, 2016, 9; U. PERFETTI, *Autonomia*, cit., 1761; F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2016, 1476; ID., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Jus Civile*, 2, 2017, 183; ID., *Architetture costituzionali, frantumi europei, incursioni giurisprudenziali, rammendi legislativi. Quale futuro per la famiglia*, in *Unioni civili e Convivenze di fatto*, cit., XXIII; M. GORGONI, *Le convivenze di fatto meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità*, in *Unioni civili e Convivenze di fatto*, cit., 186; F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 76/2016*, in *Dir. fam.*, 9, 2016, 1085; E. QUADRI, *Convivenze e contratto di convivenza*, in *Jus Civile*, 1, 2017, 108 s.; G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, 1179; P. ZATTI, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2016, 1663; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 9, 2016, 933; P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 845 ss.; A. ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 9, 958 ss.; G. BUFFONE, M. GATTUSO, M.M. WINKLER, *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, 2017, 5 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 848 ss.; L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e modello matrimoniale: prime riflessioni*, in *Gur. it.*, 21, 2016, 1779 ss.; ID., *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *www.giustiziacivile.com*, 1,

Se solo si legge con attenzione il disposto dell'art. 180 cod. civ., è facile riconoscere ai coniugi, per gli atti di gestione ordinaria, il potere di amministrazione disgiunta, mentre, per la gestione straordinaria, si vuole un'amministrazione congiunta.

La presenza di una differenziazione nell'espressione della disponibilità della titolarità dei beni e dei rapporti afferenti il patrimonio in comunione legale è testimonianza della piena compatibilità del regime rispetto alle canoniche forme di disposizione di altri patrimoni comuni in cui, *in limine*, la ordinarietà e la straordinarietà del potere dispositivo del rapporto giuridico sono indici di legittimazione da parte del contitolare.

Difatti, a tutela della proprietà immobiliare comune, il regime legale (art. 184, comma 1, cod. civ.) prevede che l'atto di alienazione individualmente deciso e compiuto da un coniuge, per quanto

2016, 2 ss.; ID., *Evoluzione e approdi della convivenza more uxorio: dialogo con Alberto Trabucchi*, in *Giust. civ.*, 1, 2017, 59; A. FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 21, 2016, 1789 ss.; M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 8, 2016, 868 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus Civile*, 2, 2016, 195 ss.; G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente", e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 9, 2016, 980 ss.; G. IORIO, *Il disegno*, cit., 1022 ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 21, 2016, 1792 ss.; ID., *L'unione civile: una speciale formazione sociale d'istituzione legislativa?* in *Lo Stato*, 2, 2016, 261 ss.; A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: famiglie mascherate? (nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in *Consulta online*, 2, 2016, 251 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 21, 2016, 1797 ss.; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 21, 2016, 1817 ss.; G. CASABURI, E. GRIMALDI, *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, 1 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto alla coesione familiare prima e dopo la legge n. 76 del 2016*, in *Giur. it.*, 11, 2017, 584 ss.; M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 43 ss.; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto. Una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 3, 2016, 333 ss.; E. GIUSTI, F. VETTORI, *Famiglia di fatto ed unioni civili: verso un nuovo modello di famiglia?* in *www.giustiziacivile.com*, 1, 2016, 1 ss.; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, 54 ss.; M. SESTA, *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 1 ss.; L. DELL'OSTA, G. SPADARO, *Unioni civili e convivenze: tutte le novità*, Milano, 2016, 34 ss.

geneticamente efficace, configuri la violazione della regola generale della valida formazione del consenso negoziale, quale processo di individuazione del vizio che governa ogni fattispecie negoziale⁸⁰.

Occorre, tuttavia, farsi carico di una valida obiezione di ordine sistematico che, *prima facie*, potrebbe determinare la erroneità dell'assunzione ma che, ad una profonda analisi, si rileva essere affetta dalla più grave forma di vizio ermeneutico: il dogmatismo.

Ebbene, la circostanza per cui nella comunione legale non esiste quota e non esiste, pertanto, un diritto del singolo coniuge sulla porzione (materiale, sotto il profilo quantitativo e dispositivo) dei singoli beni e dei rapporti che formano il patrimonio comune non inficia in alcun modo la rappresentazione sistematica data al regime della comunione legale all'interno del diritto comune patrimoniale.

Si rifletta: ciascuno dei coniugi è titolare (in rappresentanza verso i terzi) dell'intero e, come tale, può disporne *a domino*. In assenza di preventivo accordo tra i coniugi, l'atto individuale è invalido, pur se strutturalmente perfetto ed efficace.

La patologia del rapporto dispositivo, all'interno delle dinamiche di gestione della comunione legale, trova *de iure* la medesima *ratio* dei rapporti in comunione ordinaria, per cui è la mancata espressione del consenso di uno dei coniugi a rappresentare il vizio del volere che, conformemente alle previsioni generali in materia di contratto, comporta l'annullabilità del negozio, secondo la disciplina ordinaria (art. 1425 cod. civ.).

L'approccio assiologico della disciplina del regime della comunione legale è rafforzato da un ulteriore ambito di tutela che non è stato mai approfondito in modo adeguato a livello dottrinario e giurisprudenziale: la tutela che il sistema regolatorio vuole fornire a favore dei figli.

⁸⁰ Il formante giurisprudenziale, già in tempi oramai risalenti, è ampio: Cass. 6 maggio 1957, n. 1529, in *Giust. civ.*, 2, 1958, 244; Cass. 18 maggio 1953, n. 1047, in *Giust. civ.*, 23, 1953, 1632; Cass. 25 maggio 1955 in *Giust. civ. mass.*, 11, 1955, 578; Trib. Trani 26 novembre 1957, in *Corti Bari, Lecce e Potenza*, 3, 1958, 102; Pret. Roma 23 febbraio 1959, in *Temi rom.*, 5, 1959, 499; Pret. Manfredonia 29 dicembre 1959, in *Dauria giudizi.*, 1, 1961, 52; App. Trieste 13 luglio 1957, in *Giust. civ., mass.*, 1, 1957, 35; App. Torino, 1° febbraio 1957, in *Giust. civ., mass.*, 1, 1957, 17.

La lettura della norma codicistica (art. 186 cod. civ.) individua, tra gli obblighi gravanti sui beni in comunione, quello riguardo alle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli, nonché ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia⁸¹. La prescrizione si rapporta, *de plano*, al valore costituzionale del dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli ed al principio solidaristico dell'agevolazione, con misure economiche e altre provvidenze, della formazione della famiglia e dell'adempimento dei compiti relativi (artt. 30 e 31 Cost.)⁸².

La prospettazione che risulta è quella per cui il regime patrimoniale della comunione legale non vede interessati e tutelati solo i coniugi, ma

⁸¹ Cfr. A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Le obbligazioni alimentari tra parti di un'unione civile e tra conviventi nel diritto internazionale privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2017, 197 ss.; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 854. Sulla differenza tra il diritto al mantenimento ed il diritto agli alimenti cfr. C. MAJORCA, *Degli alimenti*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1940, 772; G. TEDESCHI, voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 12, Torino, 1957, 490; G. TAMBURRINO, voce *Alimenti*, in *Enc. dir.*, 24, Milano, 1958, 33 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Gli alimenti*, Milano, 1973, 28 ss.; L. CABELLA PISU, *Prestazioni alimentari del terzo e strumenti di regresso*, in *Foro it.*, 16, 1971, 713 ss.; A. DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Diritto di famiglia. Scritti in onore di R. Nicolò*, Milano, 1982, 313; A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 1977, 609 ss.; A. TRABUCCHI, voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 12, Torino, 1980, 227. Inoltre, cfr. G. PROVERA, *Degli alimenti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 158 ss.; C. ARGIROFFI, *Degli alimenti*. Milano, 2009, 197 ss.; T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 43 ss.; ID., voce *Alimenti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, 4, Roma, 1988, 1 ss.; M. SALA, *Gli alimenti*, in *Il diritto di famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. Bonilini-Cattaneo*, Milano, 2007, 603; R. PACIA, *Degli alimenti*, cit., 469 ss.; ID., *Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2011, 53; M. DOGLIOTTI, *Gli alimenti*, Torino, 1999, 502; C.G. TERRANOVA, *Contributo ad una teoria unitaria delle prestazioni alimentari*, Napoli, 2004, 51.

⁸² Cfr. T. AULETTA, *Disciplina*, cit., 394; F. TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. e dir.*, 7, 2016, 892; F. DANОВI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e dir.*, 9, 2016, 1005; A. FIGONE, *La disciplina della convivenza*, in *Genius*, 2, 2016, 144; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 9, 2016, 957.

anche – se presenti – i figli in funzione del rispetto dei doveri e degli obblighi, anche patrimoniali, a favore degli stessi.

In buona sostanza, e perimetrando la disamina unicamente alle obbligazioni che abbiano valenza patrimoniale⁸³, la situazione giuridica e subiettiva del figlio entra nella gestione del patrimonio comune da parte dei coniugi quale limite alla libera disponibilità dei contitolari i quali, se vedono ampliare la capacità del patrimonio in comunione (in forma immediata o differita), sono altresì soggetti ad una obbligazione comportamentale, indefinita nella quantificazione ma chiara nella qualificazione, con fondamentali riflessi di ordine patrimoniale.

Valga sottoporre al vaglio costituzionale anche tale profilo del regime della comunione legale tra coniugi e derivare, anche in tal caso, la piena compatibilità assiologica della prescrizione con i valori costituzionali se solo si individua correttamente e temporalmente l'estrinsecazione del principio nella progressiva formazione del patrimonio comune in titolarità indivisa dei coniugi, nel rispetto delle regole (temporalmente antecedente nella loro applicazione) di inclusione o meno dei beni e dei rapporti in comunione.

Non può non rilevarsi il carattere assistenziale e di ristoro del lavoro domestico del coniuge (donna, si pensi al c.d. progetto Iotti) presente nella formulazione della novella legislativa del 1975⁸⁴; il valore

⁸³ In tema, G.F. PALERMO, *Obbligazioni solidali nell'interesse della famiglia?* in *Riv. not.*, 3, 1979, 488. Inoltre, E. PEREGO, *Se in regime di separazione dei beni un coniuge risponda delle obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2, 1987, 351; P. STANZIONE, *Comunione legale tra coniugi e responsabilità per le obbligazioni assunte*, in *Dir. fam.*, 10, 1984, 1101; C. DEL BAGNO MAIOLI, *Dovere di contribuzione e solidarietà tra coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1984, 481. Altresì, F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Torino, 1989, 250; R. PERCHINUNNO, *Le obbligazioni nell'interesse familiare*, Napoli, 1982, 94; A. FALZEA, *Il dovere*, cit., 623; S. ALAGNA, *Il principio patrimoniale primario della famiglia*, in *Vita not.*, 4, 1977, 862.

⁸⁴ Si nota A.M. MUSY, *Il coniuge massajo va dal dentista*, in *Giur. it.*, 18, 1993, 1511, il quale considera: «da *ratio decidendi* non si riferisce a quelle che sono le argomentazioni principali degli autori favorevoli al principio solidaristico; bensì, riaffermando che in generale solo il coniuge che abbia personalmente stipulato l'obbligazione per contribuire al soddisfacimento dei bisogni della famiglia risponde del debito contratto, ammette una deroga a tale principio allorché si tratti di un bisogno primario, tanto più

costituzionale, per cui le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento da parte del coniuge della essenziale funzione familiare e assicurare allo stesso e alla prole una speciale adeguata protezione, deve essere correttamente integrato nel meccanismo di acquisizione patrimoniale del regime di comunione⁸⁵.

A ben ragionare sul valore indicato, sembrerebbe di essere di fronte ad una prescrizione di ordine solidaristico verso il coniuge che debba temperare la propria attività lavorativa con lo svolgimento della necessaria funzione familiare⁸⁶.

quando a questo si aggiunge la necessità di tutelare l'affidamento, ingenerato dagli stessi coniugi con il loro comportamento»; v. altresì, in argomento, M. PENNASILICO, *Il potere additivo del coniuge massajo: la svolta mancata della Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 5, 1994, 845.

⁸⁵ Si legga C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019, 5 ss. L'Autrice parte dalla condivisibile analisi della divaricazione tra l'impianto della Carta costituzionale e il panorama del diritto del lavoro ispirato al carattere della flessibilità che, se mal coniugata con la sicurezza, rischia di compromettere il bene della dignità delle persone lavoratrici, per giungere alla ragionata riflessione per cui il lavoro costituisce una condizione di equilibrato sviluppo della democrazia e, al contempo, un diritto fondamentale, fonte di dignità per la persona. Si afferma, a ragione, che «il lavoro è, da un lato, condizione di equilibrato sviluppo della democrazia, e, dall'altro, diritto fondamentale, il cui esercizio è fonte di dignità per la persona. Si comprende così quanto irrinunciabile sia l'impegno delle istituzioni per garantire e promuovere tale valore, la cui salvaguardia assicura la natura democratica dell'ordinamento e accresce la dimensione di partecipazione di ciascun individuo al cammino della comunità». Il confronto della ricostruzione dell'Autrice con la tematica della flessibilità all'interno della comunione legale dei coniugi è foriero di interessanti spunti di ulteriore ragionamento in senso assiologico. Difatti, l'Autrice – sulla scorta del paradigma della *flexicurity* – sostiene la trasformazione del rapporto di lavoro in virtù della perdita dei connotati di diritto per assumere, invece, quelli di un bene (se non addirittura di una proprietà). Ebbene, si ritiene che tale impostazione, se declinata in senso civilistico, possa essere suscettiva di notevole utilità valoriale nell'affermazione della flessibilità del regime della comunione legale tra i coniugi nel momento della verifica della natura dell'attività lavorativa compiuta dal singolo coniuge nella vigenza della comunione.

⁸⁶ Così E.A. EMILIOZZI, *Autonomia contrattuale e invalidità del matrimonio*, Milano, 2001, 51; P. POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. e giur.*, 1, 1988, 115; G. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, Milano, 1997, 536; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 201; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 450.

Il percorso interpretativo, in prospettiva assiologica e di bilanciamento di interessi, deve portare ad evidenziare, in prima istanza, la preminenza dell'ufficio familiare in rapporto allo svolgimento dell'attività lavorativa in funzione della successiva indicazione dell'interesse dei figli in termini di protezione patrimoniale.

Per quanto l'espressione costituzionale faccia riferimento al coniuge 'donna', la migliore esplicitazione valoriale del principio deve poter essere declinata nei confronti di entrambi i coniugi attesa la chiara preminenza della tutela della protezione dei figli: quindi, soggezione della posizione subiettiva del coniuge (in termini di interesse lavorativo) rispetto alla situazione giuridica e patrimoniale dei figli quale coniugazione del valore ordinamentale preminente⁸⁷.

⁸⁷ Sul tema dei diritti patrimoniali del coniuge, in senso successorio, C. COPPOLA, *I diritti di abitazione e di uso spettanti ex lege*, Torino, 2016, 983 ss.; G.F. BASINI, *I diritti successori del coniuge separato*, Torino, 2016, 2274 ss.; E. PEREGO, *I diritti d'abitazione e d'uso spettanti al coniuge superstite*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1975, 553; M.G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, 31 s.; L. MENGONI, *Delle successioni legittime*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 99 ss.; A. MIRONE, *I diritti successori del coniuge*, Napoli, 1984, 110 ss.; A. MASCHERONE, *Il nuovo trattamento successorio del coniuge superstite*, in *Il nuovo diritto di famiglia* (Contributi notarili), Milano, 1975, 639; C. TRINCHILLO, *Il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia*, in *Studi in onore di G. Capozzi*, Milano, 1992, 1214; G. VICARI, *I diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite*, in *Dir. fam.*, 10, 1978, 1314 ss.; A. RAVAZZONI, *I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite*, in *Dir. fam.*, 2, 1978, 222 ss.; L. MEZZANOTTE, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, 43 ss.; R. CALVO, *I diritti successori del coniuge*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, Napoli, 2013, 633 ss. Nel formante giurisprudenziale, Cass. 27 gennaio 2016, n. 1588, in *Giur. it.*, 14, 2016, 1328, con nota di I. RIVA, *Diritto di abitazione del coniuge superstite – Il possesso della casa familiare da parte del coniuge superstite ai fini dell'acquisto della qualità di erede*. Ancora, in dottrina cfr. L. CARRARO, *La vocazione legittima alla successione*, Padova, 1979, 114; E. PEREGO, *I presupposti della nascita dei diritti d'abitazione e d'uso a favore del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 1980, 714; G. FREZZA, *Appunti e spunti sull'art. 540, comma 2, c.c.*, in *Dir. fam.*, 9, 2008, 966; G. TEDESCO, *Successione legittima e diritti del coniuge superstite sulla casa familiare fra legato con dispensa dall'imputazione, prelegato e legato in conto*, in *Riv. not.*, 3, 2013, 425; A. TULLIO, *I diritti successori del coniuge superstite*, in *Fam. pers. succ.*, 2, 2012, 290; V.E. CANTELMO, *La situazione del coniuge superstite*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 1980, 51; A. MIRONE, *I diritti*, cit., 143 ss.

Le argomentazioni addotte dalla trattatistica civile a sostegno della settorializzazione del regime della comunione legale tra i coniugi muovono proprio dall'asserita incongruità di calare la disciplina positiva all'interno del sistema valoriale della Costituzione, per cui piuttosto che fornire una reale sintesi dei principi costituzionali nelle concrete dinamiche del regime patrimoniale, si è spinti ad allontanare la comunione legale dai valori costituzionali sulla base dell'acquisizione – meramente letterale e per nulla aderente al necessario bilanciamento di interessi, di tutele e di *rationes* – dell'isolamento sistematico dell'istituto quale *unicum* dell'ordinamento⁸⁸.

Invece, la sistematicità della comunione legale è presente e trova fondamento non solo nella chiara evidenza delle rintracciabilità dei valori costituzionali nei diversi profili applicativi del regime patrimoniale, ma anche nella individuazione, a livello ermeneutico, della necessità dell'applicazione dei valori ordinamentali per la risoluzione delle vicende concrete che la pratica comune presenta agli operatori giuridici.

La tendenza a riconoscere la massima autonomia privata dei coniugi nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali determina, ora, l'opportunità di tracciare la linea di demarcazione normativa e convenzionale tra il meccanismo legale di comunione e l'adozione di un modello privato di regolamentazione delle situazioni giuridiche e patrimoniali dei coniugi⁸⁹.

Difatti, i coniugi non possono pattuire in modo generico i loro rapporti patrimoniali; questi ultimi sono in tutto o in parte regolati da leggi e le convenzioni devono, inoltre, enunciare in modo concreto il

⁸⁸ Così S. PATTI, *Il diritto al mantenimento e prestazione di lavoro nella riforma del diritto di famiglia*, in *Dir. fam.*, 12, 1977, 1368; P.M. VECCHI, *Obbligazioni nell'interesse della famiglia e responsabilità solidale dei coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 1991, 623.

⁸⁹ Così F.D. BUSNELLI, voce *Comunione dei beni tra coniugi*, in *Enc. dir.*, 8, Milano, 1961, 266; M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975 n. 151*, Milano, 1984, 886; S. FIACCAVENTO, *La costruzione in costanza di matrimonio su terreno di proprietà esclusiva del coniuge tra principio dell'accessione e comunione legale dei beni*, in *Giur. it.*, 18, 1992, 1553; M.A. NICCOLI, *In tema di acquisti dei coniugi in regime di comunione legale*, in *Rass. dir. civ.*, 5, 1987, 816.

contenuto dei patti con i quali gli stessi coniugi intendono regolare tali loro rapporti.

Peraltro, l'analisi della convenzionalità del regime della comunione legale verte sul disposto di cui all'art. 210 cod. civ., per cui i coniugi possono, mediante convenzione stipulata ai sensi di legge, modificare il regime della comunione legale dei beni purché le convenzioni siano chiare e mantengano il carattere programmatico nei rapporti patrimoniali tra i coniugi⁹⁰.

Il disposto normativo prescrive che non sono derogabili le norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni del regime e all'uguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formano oggetto della comunione legale⁹¹.

⁹⁰ Ancora, in ambito successorio, Cass. 25 maggio 2012, n. 8352, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7, 2012, 991 ss., con nota di R. PACIA, *Principio di autonomia e validità del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; in *Corr. giur.*, 5, 2013, 614 ss., con nota di B. CALIENDO, *La diseredazione: "(non) vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole..."*; in *Fam. pers. succ.*, 4, 2012, 763, con nota di V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; in *Vita not.*, 4, 2012, 665 ss., con nota di D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione (Cass., Sez. II, 25 maggio 2012, n. 8352)*, in *Corr. giur.*, 7, 2013, 769; G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, in *Fam. pers. succ.*, 4, 2007, 716 ss.; A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1970, 40 ss.; ID., *Esclusione testamentaria degli eredi e diritto di rappresentazione*, in *Giur. it.*, 12, 1955, 749 ss.; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 20 ss.; E. ONDEI, *Le disposizioni testamentarie negative*, in *Foro pad.*, 7, 1977, 303 ss.; A. CICU, *Diseredazione e rappresentazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 1956, 385 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, in *Corr. giur.*, 12, 1994, 1498 ss.; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1941, 232 ss.; G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 1968, 1189 ss.; A. TORRENTE, voce *Diseredazione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, 10, Milano, 1964, 102 ss.; A.C. JEMOLO, *La diseredazione*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 1965, 505 ss.; F. GERBO, voce *Diseredazione*, in *Enc. giur. Treccani*, 12, Roma, 1, 2008, 1 ss.

⁹¹ Cfr., ancora, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1979, 110. Inoltre, nota la posizione di A. PALAZZO, *Tipologie e diversità degli acquisti personali dei coniugi in comunione dei beni*, in *Riv. not.*, 6, 2006, 1127 ss.; altresì, P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 179 c.c.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, 159; E. DEL PRATO, *L'esclusione dell'acquisto dalla comunione ex art. 179, comma 2, c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2002, 460.

Ebbene, l'adattabilità della convenzione matrimoniale al sistema della comunione legale è una facoltà regolatoria dei coniugi nella espressione dell'autonomia privata e nel rispetto della programmaticità della convenzione, fermi gli obblighi gestori nel corso del rapporto matrimoniale; lo studio, orientato in senso assiologico della disciplina positiva, concede l'opportunità di dare conferma alla necessità dell'applicazione dei principi costituzionali anche al regime comunitario di matrice convenzionale.

La regola pattizia – e modificatrice del regime della comunione – caratterizza la sussidiarietà della convenzione matrimoniale rispetto alla comunione legale nel rispetto della costituzione di un nuovo regime patrimoniale che trova le basi regolamentari nella comunione tra coniugi, con le eccezioni divise dai medesimi coniugi e le inderogabilità legali⁹².

Gli elementi inderogabili sono convenzionalmente costituiti dalla impossibilità di ricomprensione nella comunione legale dei beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori, dei beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di una azienda facente parte della comunione e dei beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno, nonché della pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa.

La lettera della norma (art. 211 cod. civ.) dà prova che i valori ordinamentali sono presenti sia nella comunione legale che nella comunione convenzionale; in buona sostanza, la modificabilità, in senso quantitativo e con adattamenti programmatici, del regime patrimoniale dei rapporti economici tra i coniugi deve rispettare i medesimi valori ordinamentali che abbiamo visto essere presenti nel regime legale.

⁹² Cfr., nel formante giurisprudenziale, Cass. 26 gennaio 2009, n. 1833, in *Riv. crit. dir. lav.*, 3, 2009, 496; Cass. 27 dicembre 1999, n. 14579, in *Dir. prat. lav.*, 21, 2000, 1468; Cass. 22 novembre 1989, n. 5006, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 1990, 572; 1 Cass. 7 febbraio 1988, n. 1701, in *Foro it.*, 25, 1988, 2306; Cass. 13 dicembre 1986, n. 7486, in *Mass. Giust. civ.*, 21, 1986, 2144; Cass. 16 giugno 1978, n. 3012, in *Foro pad.*, 2, 1979, 103. Ancora, Cass. 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 12, 2007, 1728; App. Bologna 21 gennaio 2014, n. 62, in *Fam. e dir.*, 9, 2014, 994. Inoltre, Corte cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Giur. cost.*, 2, 1980, 323; Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404, in *Foro it.*, 27, 1988, 2515 e in *Giur. it.*, 12, 1988, 1627.

L'interazione tra comunione legale e convenzioni matrimoniali dimostra la centralità, nel sistema ordinamentale, della comunione legale quale sistema regolatorio, reversibile e bilanciato nella tutela di entrambi i coniugi e dei figli.

Il ragionamento sistematico porta l'interprete a ripudiare l'eccezionalità del regime della comunione legale, quale microsistema autonomo e impermeabile all'influsso degli ulteriori valori ordinamentali, e a considerare il regime comunitario quale centro della regolamentazione convenzionale e patrimoniale dei coniugi a tutela degli interessi della famiglia⁹³.

La natura dispositiva e il carattere della reversibilità permettono, inoltre, l'affermazione della flessibilità del regime legale della comunione quale sistema di regole delle acquisizioni patrimoniali dei coniugi, in funzione del rispetto della poliedricità dei valori costituzionali in *favor personae (coniugis)*⁹⁴.

La comunione legale può essere, a rigore, vista come un modello di regolazione dei rapporti patrimoniali dei coniugi sul quale l'autonomia degli stessi coniugi può operare nei limiti di legge⁹⁵; a tal fine, a dispetto della visione dottrinale che vede nella comunione legale dei beni tra i coniugi un sistema di determinazione della titolarità personale dei beni tra i coniugi stessi, il regime legale costituisce il modello di verifica della contitolarità di determinati acquisti compiuti dai coniugi durante il

⁹³ Cfr. N. FLORIO, *Famiglia e impresa familiare*, Bologna, 1977, 56; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1984, 138; G. FERRI, *Convivente more uxorio e impresa familiare*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, 435 s.; C.A. GRAZIANI, *L'impresa familiare*, Torino, 1996, 675; C.M. BIANCA, *Regimi patrimoniali della famiglia e attività di impresa*, in *Dir. fam.*, 12, 1976, 1246; F. PROSPERI, *Impresa familiare*, Milano, 2006, 167; L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 1996, 204 s.; ID., *Attività d'impresa e rapporti familiari*, Padova, 2009, 214 ss.

⁹⁴ Cfr. G. GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi. Esclusione dalla comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1988, 356 ss.

⁹⁵ In ambito comparatistico J. PRUTTING, P. SCHIRRMACHER, *Die Auslegung von familiengesellschaftsbezogenen Rechtsgeschäften*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 15, 2017, 833; v. anche A. KOEBERLE-SCHMIDT, H. WITT, P. FAHRION, *Family Business Governance*, Berlin, 2012, 41.

matrimonio e di convenzionalità di regole programmatiche nell'inclusione di beni in rapporto di comunione tra i coniugi.

La indicata interazione tra i valori ordinamentali all'interno del meccanismo acquisitivo dei beni in regime di comunione legale tra i coniugi deve portare ad esaltare il grado di flessibilità legale del regime in funzione di permettere all'interprete di districarsi nella risoluzione del caso concreto in presenza, come spesso accade, di possibili contrastanti tensioni valoriali verso l'accentuazione di un principio costituzionale rispetto ad altri.

La flessibilità che, ora, si vuole rintracciare nel regime comunitario è data dalla sistematicità della disciplina positiva la quale, a ben ragionare, riesce costantemente a flettere le tutele dei singoli coniugi e del nucleo familiare in base all'evoluzione dei rapporti (patrimoniali) che vengono a determinarsi⁹⁶.

In tale prospettiva interpretativa, il tentativo di individuazione – sulla base della disciplina del diritto positivo – nella convenzionalità matrimoniale di regole comunitarie (proprie della comunione legale) può passare attraverso una lettura combinata, e sistematica, dei disposti di cui agli artt. 1362, 1374 e 1375 cod. civ., nell'ambito, quindi, delle regole della contrattualistica privata e dei principi che la regolano.

Se si riflette sulla rilevanza della comune intenzione delle parti (*id est* i coniugi) nella genesi dell'accordo contrattuale-programmatico e del ruolo dello stato soggettivo di ciascun contraente nella effettuazione della regolamentazione d'interessi, si può, con ragionamento deduttivo, ricavare la conclusione che la previsione di inclusione in comunione di beni nel caso di alterazioni (modificazioni) patrimoniali nel corso di efficacia della convenzione di comunione non rappresenti, null'altro – traslando il fenomeno nella disciplina positiva – che la ricerca della reale regolamentazione programmatica voluta dai coniugi con la contestuale approvazione del meccanismo giuridico dell'integrazione contrattuale delle conseguenze derivanti dalla legge (*id est* del regime della comunione legale), dagli usi e dall'equità, avendo, prodromicamente, come fulcro del

⁹⁶ Cfr. G. PALMERI, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2004, 82; L. BALESTRA, *L'impresa*, cit., 692.

ragionamento sistemico, la necessaria adozione della visione ordinamentale⁹⁷.

La riflessione sulla portata del fenomeno delle convenzioni matrimoniali in comunione comporta l'evidenziazione della rilevanza giuridica delle c.d. sopravvenienze e alterazioni strutturali, vale a dire delle circostanze che, attesa la mancata prescrizione pattizia, sopravvengono alla vita e crescita della famiglia, determinando, nell'esecuzione concreta delle obbligazioni nascenti, uno squilibrio organizzativo tra le originarie condizioni di regolamentazione e gli sviluppi patrimoniali successivi⁹⁸.

⁹⁷ Si legga S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. impr.*, 2, 2006, 215; A. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 3, 2006, 478; V. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 5, 2006, 919; M. BORTOLUZZI, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. impr.*, 6, 2007, 1431; A. RICCIO, *La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto*, in *Contr. impr.*, 1, 2008, 11; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 1, 2009, 151.

⁹⁸ È opportuno e utile – anche nello studio e nella ricerca dell'evoluzione della comunione legale tra i coniugi – indicare come i fenomeni della adeguatezza e della rinegoziazione, in vari settori del diritto, sono stati, di recente, studiati sia dalla dottrina straniera che da quella italiana. Si riporta parte della vasta letteratura in tema: A. AL FARUQUE, *Possible Role of Arbitration in the Adaptation of Petroleum Contracts by Third Parties*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2, 2006, 151 ss.; M. ALMEIDA PRADO, *Le Hardship dans le droit du commerce international*, Bruxelles, 2003, 55; ID., *La Théorie du Hardship dans les Principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des principes et des solutions adoptées par le droit français et par le droit américain.*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 1997, 323 ss.; P. BERNARDINI, *Hardship e Force Majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, a cura di M. Bonell e F. Bonelli, Milano, 1997, 193 ss.; M. BONELL, *The Unidroit Principles in Practice. Case-law and Bibliography on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, New York, 2006, 5 ss.; ID., *A Global Arbitration Decision Decided on the Basis of the Unidroit Principles: in re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*, in *Arbitration International*, 4, 2010, 249 ss.; ID., *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995, 91; M. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura, finalità*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1995, 14; M. BONELL, F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, cit., 34 ss.; F. BONELLI,

Risoluzione per eccessive onerosità sopravvenute, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1988, 10; M. BORTOLOTTI, *Diritto dei Contratti internazionali*, Padova, 2009, 34; ID., *Le clausole di Forza Maggiore nei contratti internazionali, con particolare riferimento alla ICC Force Majeure Clause 2003*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2004, 4; J.D. BREDIN, *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*, 1982, 15; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. Europa*, 3, 2005, 509; ID., *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2012, 17; V. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 4, 2002, 774; ID. *L'interpretazione del contratto ed il principio nemo contra factum proprium venire potest*, in *Contr. impr.*, 3, 2002, 507; F. CALVARI, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr. impr.*, 1, 2004, 40; C. SALVI, *Accordo gravemente iniquo e riconduzione ad equità nell'art. 7. d.lgs. n. 231 del 2002*, in *Contr. impr.*, 1, 2006, 166; S. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr. Europa.*, 4, 1998, 789; D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2002, 23 ss.; M. CREMADES, S. PLEHN, *The new Lex Mercatoria and the harmonization of the laws of international commercial transactions*, in *Boston Univ. International Law Journal*, 15, 1984, 317 ss.; G. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1, 1995, 5; A.G. DOUDKO, *Hardship in Contract: The Approach of the Unidroit Principles and Legal Developments in Russia*, in *Uniform Law Review*, 14, 2000, 483 ss.; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*, Padova, 1988, 66; ID., *Les clauses de Force Majeure et de Hardship dans les contrats internationaux*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2001, 297 ss.; U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats internationaux. Pathologie et Remèdes*, Bruxelles, 1996, 54; U. DRAETTA, C. VACCÀ, *Inadempimento, Adattamento, Arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 67; E. FINAZZI AGRÒ, *L'effettiva incidenza dei Principi Unidroit nella risoluzione delle controversie internazionali: un'indagine empirica*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 557 ss.; M. FONTAINE, *Les dispositions relatives au Hardship et à la Force Majeure*, in *Contratti Commerciali Internazionali e Principi Unidroit*, cit., 183 ss.; M. FONTAINE, F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali*, Milano, 2008, 31 ss.; A. FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buyout, Hardship clause, Countertrade, Cash and carry, Merchandising, Know-how, Securitization*, Torino, 1996, 45; M. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il Contratto Internazionale. Diritto comparato e prassi internazionale*, in *Trattato di Diritto Commerciale e Diritto Pubblico dell'Economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 2010, 231; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2006, 313 ss.; F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto del Commercio Internazionale*, Padova, 2007, 86; B. GOLDMAN, *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives*, in *Journal du Droit International*, 10, 1979, 465 ss.; R.A. HILLMAN, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, in *Duke Law Journal*, 1, 1987, 1 ss.; A. FINOCCHIARO, *Il giudizio di equità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Contr. impr.*, 1, 2005, 103; R. CALVO, *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. impr.*,

La tematica è di assoluto rilievo sistematico in quanto, si ritiene, consente di poter riflettere sulla adattabilità, *recte* flessibilità dell'impianto

1, 2005, 118; A. LORDI, *Corporate governance e prezzo contrattuale. Contributo allo studio delle regole formanti la giustizia contrattuale. Profili comparativi*, in *Contr. impr.*, 2, 2005, 338; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 3, 2005, 501; G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 3, 2005, 539; V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 3, 2005, 579; G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e Regole del Diritto Privato*, Padova, 2007, 66 ss.; H. JENKINS, *Exemption for Nonperformance: UCC, CIGS, Unidroit Principles: A Comparative Assessment*, in *Tulane Law Rev.*, 28, 1997, 2015 ss.; P. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, in *Journal du droit international*, 11, 1975, 467 ss.; ID., *L'interprétation des contrats internationaux*, in *Journal du Droit International*, 1981, 5; ID., *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*, La Haye, 2007, 41 s.; O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?*, in *American Journal of Comparative Law*, 11, 1992, 573 ss.; ID., *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*, in *Hastings International Comparative Law Review*, 14, 1997, 809; V. LASBORDERS, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, 2000, 535; F. MACARIO, *Adegnamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 5 ss.; D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *AM. J. Comp. L.*, 21, 1992, 657 ss.; W. MELIS, *Force Majeure and Hardship Clause in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, in *J. Int'l arb.*, 7, 1984, 213 ss.; M. MUSTILL, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in *Arbitration International*, 1, 1988, 86 ss.; B. OPPETT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de hardship*, in *Journal du Droit International*, 1, 1974, 54; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992, 162 ss.; J.M. PERILLO, *Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis*, Roma, 1996, 2 ss.; D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986, 45 ss.; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989, 218 ss.; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 4, 2005, 647 ss.; L. PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 3, 1997, 566; A.H. PUELINCKX, *Frustration, Hardship, force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances*, in *Journal International Arbitration*, 2, 1986, 47 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 111 ss.; C.M. SCHIMTTHOFF, *Hardship and intervenor cases*, in *The Journal of Business law*, 2, 1980, 87; ID., *The Law of International Trade, in Sources of the Law of International Trade*, London, 1964, 38; M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004, 352 ss.; M.M. VIRALLY, *Un tiers droit? Réflexions théoriques*, in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Etudes Goldman*, Paris, 1982, 373.

normativo del regime legale di fronte alla evidenziazione di modifiche sostanziali della patrimonialità dei coniugi nel corso della vincolatività della comunione legale; come dedotto in precedenza, la declinazione assiologica della comunione tra coniugi pretende che si operi secondo un metodo di interpretazione che temporalizzi le condotte e, quindi, anche gli acquisti dei coniugi *manente* matrimonio.

Quei doveri e quelle obbligazioni, che l'ordinamento pone a carico dei coniugi a favore della famiglia e dei suoi componenti, possono, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, essere modificati in virtù delle mutate condizioni patrimoniali dei medesimi coniugi (e della famiglia)⁹⁹.

4. Ricostruzione costituzionalmente orientata della disciplina positiva e flessibilità del regime patrimoniale della comunione legale tra coniugi

La rivisitazione del regime della comunione legale ha, finora, condotto all'individuazione della centralità dell'istituto nei modelli di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi. Pur nella considerazione della indeterminatezza della disciplina positiva in tema di metodologia classificatoria delle categorie di fatti che permettono l'ingresso di beni e acquisti in comunione legale, il regime patrimoniale in esame sostanzia la tutela assiologica nell'espressione della personalità dei coniugi, da un lato, e nella patrimonialità dei soggetti coinvolti, dall'altro¹⁰⁰.

Lo studio ermeneutico di un istituto giuridico introdotto decenni or sono, quale la comunione legale, necessita di una riquilificazione delle capacità prescrittive delle norme attraverso un'analisi storica e sociologica che tenga, pertanto, conto delle mutate esigenze dei soggetti

⁹⁹ Cfr. A. ROCCHIETTI MARCH, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili e mobili registrati*, in *La comunione legale*, a cura di C.M. Bianca, Milano, 1989, 581; S. RAMPOLLA, *L'intervento del coniuge non acquirente all'atto di acquisto di bene personale: natura e trascrizione*, in *Vita not.*, 1, 1993, 20; F. SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, Torino, 2002, 78 ss.

¹⁰⁰ Si veda R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Tratt. Bessone. Il diritto di famiglia*, Torino, 2010, 466.

e del nucleo familiare al cui interno si sviluppano, appunto, le dinamiche e gli interessi dei coniugi e della prole¹⁰¹.

Il diritto, nella specie la norma, segue l'evoluzione della società civile e della rappresentazione storica che l'interprete giuridico acquisisce dalla prassi e dalla valutazione dei fatti nello svolgimento del proprio compito.

¹⁰¹ Cfr. E. BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2020, 852, per la quale: «[...] è in questo quadro che la decisione unilaterale del marito quale criterio di governo della famiglia si evolve nella regola dell'accordo: in linea con l'affermazione del principio di eguale libertà e responsabilità dei coniugi, la regola in questione si sostituisce a quella dell'autorità maritale contribuendo alla realizzazione degli emergenti valori solidaristici ed egualitari che permeano di sé la comunità familiare nell'attuale quadro normativo. Ormai chiara l'inadeguatezza di una regola "buona" per ogni famiglia, alla quale in definitiva "la precettistica non si addice", l'art. 144 c.c. dispone che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare: una norma il cui "alto significato" è stato senza riserve riconosciuto dalla dottrina che non ha esitato a considerarla "norma cardine nell'ambito della nuova disciplina del diritto di famiglia". È allora la regola che ciascun gruppo familiare conia da sé, espressione di "personalizzazione" dell'istituto matrimoniale, quella più razionale ed in definitiva privilegiata dal legislatore della riforma. Il tema dell'attitudine dell'autonomia privata a disciplinare rapporti di natura personale e quello dell'ammissibilità di un negozio familiare costitutivo di un rapporto a contenuto esclusivamente non patrimoniale attraversano tutta la letteratura civilistica: scorrendone le pagine emerge evidente il disagio alla declinazione contrattuale dei doveri personali, nonostante il loro attuale significativo "depotenziamento". Ed invero, come si sa, la loro violazione né assurge più a giusta causa per la separazione e per il mutamento del relativo titolo; né risulta di per sé idonea a fondare l'addebito; né, ancora, viene ritenuta autonomo titolo di una responsabilità aquiliana, a meno che non accompagnata dalla violazione di diritti di alta rilevanza costituzionale della personalità, quali riservatezza, dignità, onore, ecc. Il dato comparativo potrebbe suggerire all'interprete nostrano l'idea che una soluzione restrittiva, preclusiva cioè dell'assunzione di doveri personali all'interno di una struttura giuridica, sia il portato di un assetto normativo anacronistico, quasi retrogrado. Ed è verosimilmente da una riflessione siffatta e dal conseguente proposito di aggirare il tenore dell'art. 1174 c.c., che alcuni studiosi hanno tratto le mosse per tentare una "patrimonializzazione convenzionale indiretta" di condotte in sé insuscetibili di valutazione economica. Al riguardo, s'è talora prospettato l'impiego di categorie di incerta tenuta nel nostro ordinamento, come le c.d. clausole premiali in cui la patrimonializzazione discende dal legame condizionale tra l'attribuzione economica e la regola di condotta di per sé insuscetibile di diventare prestazione obbligatoria».

Se è innegabile che la novella legislativa della riforma del diritto di famiglia ha il cardine della protezione del coniuge più debole e, segnatamente, della emersione del valore del lavoro domestico del coniuge, l'attuale disciplina del regime patrimoniale, calata nella corrente realtà socio-economica, pretende una nuova lettura assiologica della comunione legale, intesa quale modello dispositivo di regolamentazione patrimoniale dei coniugi adattabile alle mutevoli esigenze dei soggetti e quale sistema regolatorio che opera non solo nei rapporti tra i coniugi ma, altresì, nei rapporti tra coniugi e terzi¹⁰².

Il c.d. *favor personae coniugis* va riletto non in funzione assistenziale ma nel prisma dei valori ordinamentali coinvolti nella comunione di vita dei coniugi; il sistema del meccanismo alternativo di inclusione del bene acquistato *manente* comunione o di mantenimento della titolarità esclusiva da parte del singolo non trova, oramai, più ragione nel *favor communionis* o nella declinazione meramente assistenziale del *favor personae coniugis* quanto nella tutela della volontà dei coniugi che, sia nel regime *ex lege* che nella espressione convenzionale della comunione, rappresentano la migliore programmazione dei propri interessi e di quelli della famiglia¹⁰³.

La regola della comunione legale, suscettiva di determinare l'automatismo della contitolarità del coniuge su acquisti operati dall'altro (coniuge), inquadra un sistema di inclusione in comunione di beni fondato su criteri di temporalità dell'acquisto, di partecipazione (*recte* compartecipazione) dei coniugi ad attività economiche e di individuazione residuale di rapporti e situazioni giuridiche riferibili a beni personali del coniuge.

La normata categorizzazione dei beni ricadenti in comunione legale e dei beni personali deve essere riletta in funzione di una assiologica

¹⁰² In tema, P. RESCIGNO, *Diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1998, 109. In argomento, altresì, E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Familia*, 1, 2005, 8.

¹⁰³ Ancora, F. SANTORO-PASSARELLI, *Art. 144 c.c.*, in *Comm. al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, Padova, 1992, 524; M. PARADISO, *I rapporti*, cit., 170 ss.; A. TRABUCCHI, *Il governo della famiglia*, Padova, 1972, 48.

preminenza della comunione legale a fronte della residualità, giuridica, della categorizzazione dei beni personali¹⁰⁴.

Ebbene, la lettura del dato normativo, nella fisionomia dell'architettura del regime legale, individua la centralità operativa della comunione legale nella previsione per cui gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio cadono, *naturaliter*, in comunione; la prescrizione acquisitiva a favore del regime, al di là di dei limiti successivamente previsti dall'inclusione, rappresenta la canonica forma di operatività delle azioni e dei fatti che i coniugi svolgono nel corso del rapporto coniugale.

Occorre, pertanto, aver presente la naturale tendenza alla produzione di ricchezza del patrimonio comune quale elemento a formazione progressiva nel corso della vincolatività del regime legale e, di conseguenza, rilevare la natura residuale della disposizione in tema di determinazione (o mantenimento) della natura personale dei beni a favore del singolo coniuge acquirente; in prospettiva assiologica, la residualità si traduce nella classificazione di fatti che costituiscono eccezioni negative alla formazione della comunione legale, *recte* all'accumulazione della patrimonialità necessaria alla comunione di vita e al perseguimento degli interessi e dei bisogni dei familiari¹⁰⁵.

È proprio la ricerca delle interazioni tra le diverse classi dei fatti – fatti che consentono la caduta in comunione legale tra coniugi – a rendere possibile individuare il carattere della flessibilità del regime patrimoniale; difatti, se la lettera a) dell'art. 177 cod. civ. determina, come precisato, la regola di funzionamento della comunione, il prosieguo della disposizione dispone l'inclusione in comunione dei frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi (percepiti e non consumati allo scioglimento della

¹⁰⁴ Cfr. U. SALANITRO, *Modelli familiari, mutamenti strutturali e disciplina della filiazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 1, 2007, 13.

¹⁰⁵ Cfr., sui profili di invalidità, G. PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, 5 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173 ss.; S. POLIDORI, *Disciplina della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 113 ss.; V. SCALISI, voce *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Enc. dir.*, 18, 2001, 489 ss.; ID., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2007, 851.

comunione), dei proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi (se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati) e delle aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio¹⁰⁶.

Ne deriva una chiara eterogeneità delle classi di fatti che costituiscono la comunione legale e la derivata necessità di ricercare l'eventuale esistenza di un nesso funzionale tra i beni che cadono sotto la vigenza del regime e, per l'effetto, nella contitolarità per quota indivisa dei coniugi.

I frutti, naturali e civili, dei beni propri di ciascuno dei coniugi possono essere sottoposti ad una categorizzazione di fatti che vuole la condivisione di quei beni che siano il portato della capacità espansiva, in termini patrimoniali, del patrimonio del singolo coniuge.

Tale categorizzazione, se rapportata in senso ermeneutico alla regola fondante la comunione di cui alla lett. a) dell'art. 177 cod. civ., crea un nesso di ordine funzionale nella ricerca della espansività della comunione stessa, in quanto si realizza una continuità valoriale nella formazione del patrimonio comune, composto progressivamente dagli acquisti dei coniugi durante il matrimonio (*id est* comunione immediata) e dalla maturazione dei frutti che, seppur di derivazione personale in termini di titolarità, vengono ad esistenza nel corso del rapporto coniugale e non risultano consumati al momento dello scioglimento della comunione (*id est* comunione *de residuo*)¹⁰⁷.

Medesime argomentazioni deduttive sono adottabili con riguardo alla successiva classe di fatti costituita dai proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati; nella specie, il collegamento rispetto alla regola del regime può, con rigore, essere rintracciato nella circostanza della inclusione in comunione (differita) dei beni e dei rapporti che risultano essere il prodotto della attività personale del singolo coniuge, se non

¹⁰⁶ Ancora, U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2020, 645; R. FRANCO, *L'autonomia negoziale nel governo della crisi familiare: spinte evolutive e persistenti resistenze*, in *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, Milano, 2018, 153 ss.

¹⁰⁷ Così G. AMADIO, *Teoria del negozio e interessi non patrimoniali*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, 41.

consumati al momento dello scioglimento della comunione, in virtù del principio solidaristico applicato alla comunione di vita tra coniugi¹⁰⁸.

Nel merito delle aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio si riscontra una chiara continuità di collegamento rispetto alla naturale inclusione dei beni acquistati in corso di matrimonio, attesa la comune matrice temporale di acquisizione *post* matrimonio.

Ebbene, la previsione della categoria in esame mostra l'evidenza del principio di eguaglianza tra i coniugi e di parità di trattamento economico nel caso di costituzione di azienda da parte dei coniugi; vale porre in evidenza che la norma vuole la presenza sia del dato temporale della costituzione dell'azienda successivamente al matrimonio che di quello della gestione congiunta da parte dei coniugi.

In senso valoriale, tale duplicità di profili rappresenta la traduzione dei principi costituzionali della eguaglianza dei soggetti nell'espressione dei diritti di gestione dell'azienda e di iniziativa economica privata, pur nella contitolarità del bene aziendale, in virtù dell'automatismo della comunione legale¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Cfr. G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, 49; A. FASANO, G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Milano, 2016, 66.

¹⁰⁹ Si legga D. CARUSI, *Il principio di eguaglianza nel diritto civile vecchie e nuove prospettive*, in *Dir. famiglia*, 1, 2002, 148, per il quale: «l'istanza di eguaglianza non è estranea neanche ai diritti dell'antichità, i diritti diseguali fondati sulla formale distinzione dei soggetti e delle loro prerogative a seconda del rango, dell'origine, della classe sociale; particolarmente utile, da questo punto di vista, risulta l'angolo visuale della pluralità degli ordinamenti: le disparità del quadro generale non escludono la coerenza all'interno dei singoli complessi normativi. In reazione alla frammentazione dei corpi normativi e delle prerogative individuali nel diritto medievale, lo Stato moderno afferma l'eguaglianza tra tutti i suoi cittadini. Nelle Carte costituzionali del '700, e poi nelle moderne Costituzioni, l'enunciazione del principio di eguaglianza ha, innanzi tutto, il significato di definire l'efficacia della legge, e di affermare l'unità del soggetto di diritto: la precettività delle norme - di tutte le norme - non si arresta di fronte ad alcuna condizione personale o sociale, né di fronte all'appartenenza ad alcun gruppo; la formula "tutti sono uguali davanti alla legge" equivale a quella che campeggia nei tribunali, "la legge è uguale per tutti". Gli ulteriori significati da attribuire all'art. 3, comma 1 della nostra Costituzione - contrariamente, forse, a quanto comunemente si

Ulteriore conferma del rispetto dei valori ordinamentali, come tracciati, si rinviene nel capoverso nella norma di legge (art. 177 cod. civ.) per cui, qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi; appare evidente la tensione normativa a rimediare ad un eventuale sacrificio economico e

pensi - costituiscono un problema, sul quale non esiste, tra gli studiosi, uniformità di vedute: c'è qui un costituzionalista che potrà parlarne meglio di me. Una cosa, tuttavia, è certa: il sindacato che la Corte Costituzionale esercita sulle leggi in base al comma 1 dell'art. 3, è anche un controllo di non arbitrarietà delle discriminazioni, un controllo "formale" di ragionevolezza; controllo non sul merito delle scelte politiche, ma sull'idoneità delle discriminazioni normative di cui il sistema è composto ad esprimere scelte politiche significanti, gerarchie di interessi, e, in una parola, discrezionalità legislativa, piuttosto che puro esercizio di potere. Per fare solo un esempio tratto effettivamente dalla giurisprudenza della Corte: la norma che prevede che la conoscenza della lingua francese sia condizione per l'esercizio della professione di guida turistica in Val d'Aosta, lede il principio di eguaglianza; non v'è alcuna ragione per impedire l'esercizio di questo mestiere in una lingua diversa dal francese, ad uso dei turisti delle varie nazionalità; escludere le persone ignare del francese è una discriminazione fine a se stessa, e perciò arbitraria. È, invece, ragionevole che la conoscenza del tedesco sia condizione per ricoprire l'ufficio di segretario comunale nella Provincia di Bolzano: qui la discriminazione ha una funzione plausibile, che è quella di garantire la minoranza linguistica residente sul territorio. Il principio di eguaglianza, nel senso di divieto di discriminazioni arbitrarie, ha un suo riflesso dinamico in quella che potremmo chiamare l'istanza di razionale assimilazione di fattispecie affini: quanto più casi estranei alla previsione di una norma si presentino simili a quelli previsti, tanto più, in virtù della fondamentale connessione tra l'idea dell'eguaglianza ed il fenomeno giuridico, si manifesterà l'aspirazione dei soggetti interessati a veder estesa l'applicazione del precetto. Questa aspirazione assumerà, di volta in volta, forme diverse: si atteggerà come pretesa politica, affinché mediante un nuovo enunciato normativo il caso non previsto sia assoggettato allo stesso trattamento; oppure, e tanto più facilmente quanto appaia spiccata la similitudine, si rivolgerà al giudice, affinché in sede applicativa estenda il precetto al caso estraneo alla letterale definizione della fattispecie; o alla Corte Costituzionale, affinché giudichi illegittima l'esclusione del caso dal campo di applicazione del precetto, ed estenda di conseguenza tale campo mediante l'emissione di una sentenza additiva (è illegittima la norma x, nella parte in cui non prevede certi gruppi di fattispecie). Lungo questa scala ideale, l'esigenza di assimilazione di fattispecie affini si va, via via, trasformando, da argomento persuasivo, in motivo rigorosamente tecnico-giuridico».

patrimoniale del coniuge, non titolare dell'azienda ma, tuttavia, partecipante alla gestione di quest'ultima.

Le interazioni e i rapporti funzionali tra le categorie di beni che cadono in comunione (immediata e differita) portano, di risulta, alla evidenziazione della flessibilità del regime legale che ha, quale sistema di regolazione di rapporti patrimoniali, insita in sé la capacità di estendere il proprio campo di attrazione verso beni e rapporti che derivano, anche, da situazioni subiettive riferibili al singolo coniuge; la correttezza ermeneutica dell'impostazione, basata sul cennato profilo assiologico, non viene scalfita dalla categorizzazione dei beni personali (come disposta dall'art. 179 cod. civ.) in quanto, come chiarito, tale classificazione assume carattere di ordine residuale e tendente a limitare la capacità espansiva della comunione legale.

La flessibilità del regime trova, poi, forza sistematica nella lettura combinata – in senso funzionale – della disciplina della comunione legale e della disciplina della convenzione in comunione; i coniugi (art. 210 cod. civ.) possono, nell'esercizio della propria autonomia privata, convenire la costituzione della comunione patrimoniale nei limiti di cui agli artt. 161 e 162 cod. civ., purché non venga prevista deroga alcuna alle norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni e all'uguaglianza delle quote limitatamente, *naturaliter*, a quei beni e a quei rapporti che formano oggetto del regime legale.

Ne consegue che il carattere flessibile della comunione, nel sistema gestorio del regime, si esplica nella diversa classificazione e categorizzazione dei beni che cadono in comunione ovvero mantengono la natura personale a favore del coniuge.

Il modello interpretativo da adottare nella soluzione di fattispecie acquisitive di beni da parte dei coniugi in regime di comunione legale deve basarsi, naturalmente, sul bilanciamento degli interessi coinvolti nella vicenda oggetto di analisi; in presenza di una lettura della legge che, da un lato, lascia diversi percorsi interpretativi nella ricerca della tensione assiologica del regime e, dall'altro, indica profili di incertezza classificatoria nella categorizzazione delle classi di acquisti da parte dei coniugi, diventa dirimente procedere da parte dell'interprete secondo

una metodologia di ricerca che tenda sempre a bilanciare gli interessi dei soggetti coinvolti nella singola vicenda oggetto di esame¹¹⁰.

A ben riflettere, è solo attraverso una compiuta operazione di bilanciamento, nel rispetto del principio della ragionevolezza nella lettura della norma di legge, che gli interessi patrimoniali dei coniugi e della famiglia possono trovare adeguata tutela giuridica¹¹¹.

ABSTRACT

Il pensiero giuridico sul regime della comunione legale tra i coniugi ha conosciuto, nel tempo, un ampio dibattito sia in sede dottrinale che giurisprudenziale nella ricerca dei principi ispiratori dell'istituto con la formazione di opposte linee interpretative, anche sulla base di diversificati riferimenti a distinti principi costituzionali indicati come alla base dell'introduzione del regime patrimoniale. Il canone metodologico di portare a supporto dell'interpretazione del testo normativo il richiamo a principi costituzionali è, a dispetto di critiche dottrinarie, di assoluta rilevanza e ben lontano da assumere il carattere di apoditticità per l'indimostrata capacità dei principi di penetrare la disciplina positiva in

¹¹⁰ Si legga, in modo illuminante, G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., 114 ss., il cui pensiero rivoluziona, in senso molto persuasivo, il ruolo del giurista all'interno dell'odierna civilistica. Anche, L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, 1, 2002, 373 ss. Similmente, U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, 25, Milano, 2010, 398. Inoltre, S. TROIANO, voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 25, Milano, 2013, 766 ss.; S. ZORZETTO, *Reasonableness*, in *Italian Law Journal*, 1, 2015, 107 ss. Dal canto suo E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2010, 23.

¹¹¹ Così P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 437 ss., per il quale, in modo oltremodo convincente, di conflitto di interessi nel rientra «dibattito sulla funzione (sui confini della ragione dell'agire) delle situazioni soggettive nelle quali vi sia una scissione tra titolarità ed esercizio». Altresì, P. SIRENA, *Alienità dell'affare e conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato ex art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1994, 85; G. CARAPEZZA FIGLIA, S. SAJEVA, *Responsabilità civile e tutela ragionevole ed effettiva degli interessi*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura di G. Perlingieri e A. Fachechi, Napoli, 2017, 161 ss.

tema di comunione legale; a ben riflettere, l'eguaglianza e la solidarietà tra coniugi nell'espressione della comunione legale devono costituire le fonti ermeneutiche dell'applicazione del regime patrimoniale nei casi di dubbia risoluzione a fronte, altresì, dell'indicazione codicistica dell'uguaglianza dei coniugi nella gestione del patrimonio comune e degli obblighi familiari tendenti al rispetto della massima solidarietà tra i coniugi.

The juridical thought on the regime of legal communion between spouses has experienced, over time, a wide debate both in doctrinal and jurisprudential terms in the search for the inspiring principles of the institute with the formation of opposing lines of interpretation, also on the basis of diversified references to distinct constitutional principles indicated as the basis for the introduction of the property regime. The methodological canon of supporting the interpretation of the normative text with the reference to constitutional principles is, in spite of doctrinal criticisms, of absolute relevance and far from assuming the character of apodicticity due to the unproven ability of the princes to penetrate positive discipline. On the subject of legal communion; upon reflection, the equality and solidarity between spouses in the expression of legal communion must constitute the hermeneutic sources of the application of the property regime in cases of doubtful resolution in the face, also, of the codicistic indication of the equality of the spouses in the management common assets and family obligations aimed at respecting the maximum solidarity between the spouses.

PAROLE CHIAVE

Comunione, Coniugi, Metodo, Costituzione
Communion, Spouses, Method, Constitution

DARIO SCARPA

Email: dario.scarpa@unimib.it

