

CENTRO DI STUDI ROMANISTICI VINCENZO ARANGIO-RUIZ

OPVSCVLA

VIII

UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II



OPVSCVLA

a cura del Dott. Alessandro Adamo

Il Centro Vincenzo Arangio-Ruiz - tenacemente voluto dal Lauria, costituito con decreto del presidente della Repubblica 12 marzo 1965 sulla struttura di una scuola di perfezionamento istituita nel 1959, intitolato al grande Maestro napoletano su iniziativa del De Martino, diretto prestigiosamente per oltre un ventennio dal Guarino, poi dall'Amirante, ora indegnamente da me - ha come "fine primario" quello di "promuovere, in cooperazione con ogni altro centro superiore di studi italiano od estero, la ricerca storica relativa al diritto del mondo romano", e come "fine sussidiario" quello di "offrire il contributo della esperienza giuridica romana alle esigenze informative e formative delle realtà giuridiche moderne, ivi comprese quelle parzialmente o totalmente indipendenti dalla tradizione romanistica" (così il decreto del Magnifico rettore 31 dicembre 1983 n. 1912).

Di fronte al tema, di grande attualità, della antica praesumptio Muciana, il Centro ha creduto opportuno di invitare a relazionarcene il collega Caravaglios.

Raffaele Caravaglios, laureatosi con lode in Giurisprudenza presso l'Università di Federico II negli anni '60 (dunque proprio sotto quei severi Maestri), notaio, è ricercatore presso il Dipartimento di Diritto comune patri-matrimoniale dello stesso Ateneo. Vi è altresì incaricato di insegnamenti presso la Facoltà di Scienze politiche e presso la Scuola di specializzazione in Diritto civile operante nell'ambito della Facoltà di Giurisprudenza. Ha esperienza di procuratore legale e di magistrato onorario. Giornalista pubblicista, ha al suo attivo una ampia ed apprezzata produzione scientifica.

È uno dei massimi esperti del sistema patrimoniale, cui ha dedicato recentissimamente un'altra trattazione in due tomi (del 1995: La comunione legale nella serie "Il diritto privato oggi").

Egli è stato il pressoché isolato sostenitore della posizione poi accolta dalla Cassazione con la ordinanza di rimessione al vaglio della Corte costituzionale dell'art. 70 della Legge fallimentare del 1942 (I sezione civile, n. 910, del 22 novembre 1994). In vari studi, a partire dal 1989, ha criticato la fine solo "dimezzata" della c.d. presunzione muciana. È pervenuto a tale convinzione,

ché fino a poco fa appariva avveniristica, traverso un severo vaglio dell'ambientazione della "regola di Mucio" nel contesto sociale e nella rete di principi giuridici della Roma a cavallo tra II e I secolo a.C., e della fruizione di tale regola dal Codice Napoleone al Codice di commercio ed al regio decreto 16 marzo 1942 n. 267: oltre ottanta pagine vi dedica nella monografia del 1991 su Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione muciana (ben più in tutti i sensi, dunque, della 'parte storica' introduttiva, consueta quanto inutile se soltanto descrittiva).

Della praesumptio Muciana, eliminata già dall'ordinamento tedesco e da quello francese, egli ha prognosticato il "dissolvimento" (l'espressione ricorre nel titolo di un suo scritto del 1992).

La Corte costituzionale (pronuncia 29 giugno 1995 n. 286) ha dichiarato inammissibile - com'è noto - la questione di legittimità costituzionale, non nascondendo però "incongruenze", "disarmonie", "inconvenienti", ed auspicando anzi un "razionale riordino della materia", da affidarsi ad "una serie di ... rimedi legislativi" e/o all' "attività ermeneutica di competenza dell'autorità giudiziaria". Chissà perché - sia consentita la notazione - la dottrina è relegata al ruolo ancillare: quasi fosse impersonata da fastidiosi ed inconcludenti parolai (pennaioli). Che giochi anche sull'alta Corte - Dio scampi - l'attuale temperie che vede l'onnipresenza ed il primato della giurisdizione?

L'art. 70 del r.d. del '42 ha scansato la mannaia di Palazzo della Consulta. Ma la fine potrà essergli procurata dall'intervento di chirurgia estetica (in sede parlamentare o nelle aule dei tribunali) cui è stato consigliato che venga sottoposto. Caravaglios ha già pronto il certificato di morte.

Perché proprio lui, a trattarne in una sede che - come dicevo - è dedicata al 'culto' del diritto romano? Forse per contrastarne le idee?

Un altro pezzo dell'antico diritto che dovrebbe scomparire (come il divieto di donationes inter virum et uxorem, cancellato, esso, sì, dalla Corte costituzionale nel 1973, e così via esemplificando...). Non dovremmo forse dolercene, noi 'sacerdoti' di quel mondo giuridico?

Qualcuno potrebbe averlo pensato. Ma sbaglia. Avrebbe sup-

posto, infatti, che i giusromanisti ritengano l'oggetto del loro studio come il sempiterno fondamento dell'ordinamento (privatistico) odierno e, correlativamente, con maggiore o minore consapevolezza, facciano 'apologia' di un diritto positivo anche inattuale, siccome derivante da solide ascendenze.

Ebbene, può essere capitato anche questo nel tardo Ottocento ed ai primi del Novecento. Il recupero dell'antico diritto - recupero reso possibile perché nelle società borghesi e preindustriali di quel tempo s'erano ripresentati taluni modi di produzione e scambio della formazione economica del mondo 'classico', e perché le elaborazioni giurisprudenziali romane erano pervenute ad un alto grado di autonomia rispetto ai processi materiali del contesto sociale loro contemporaneo -, quel recupero del diritto antico non sempre è stato disinteressato. E l'idea della 'continuità' con il passato, cui talvolta anche la storiografia si è adeguata, può aver portato a corroborare il diritto moderno pure quando esso era contestato e contestabile perché inadeguato ai nuovi rapporti politico-economici (si ricordino le aspre e lucide critiche alla sopravvivenza, per l'appunto, della praesumptio Muciana da parte di un Bolaffio, di un Candian, di un Bonelli, e s'era nel 1909 o poco oltre). Inoltre la sperimentata possibilità di impiego delle categorie giuridiche romane tanto oltre la società e l'età rispetto alle quali erano state create ha tentato qualche teorico ad attribuire a quelle categorie una loro virtuale sovrastoricità.

Ma non è più così. Ogni cosa ai suoi tempi.

Senza nulla togliere al suo valore ricognitivo delle basi del nostro sistema civilistico e del nostro pensiero giuridico, senza sottacere la funzione sua sperimentale ed addestrativa nonché, in primo e fondamentale luogo, culturale, lo studio del diritto romano ha fra i suoi compiti, a mio parere il più attuale, proprio quello di individuare e di segnare a dito la sua eventuale recezione e persistenza acritica, supina. Ciò affinché, in sede scientifica ed operativa, vengano eliminate le scorie e si abbandonino i dogmi che non hanno più ragion d'essere e tuttavia, per tradizione, tengono tuttora soggiogati i giuristi, tra l'altro con non irrilevanti conseguenze pratiche (la presunzione muciana docet).

Insomma, l'osservazione, che ci prefiggiamo ed infliggiamo ai nostri studenti, della 'nascita' di istituti e teorie induce appunto a rendersi conto che questi istituti e queste teorie dai 'natali' antichi sono storicamente dati e possono essere superati.

*Guai se una società non ha coscienza del proprio passato.
Ma guai se si irrigidisce sul passato e peggio se - come da una
bella immagine della sociologia nordamericana - appiattisce il
futuro sul presente.*

*Ecco - avete compreso - perché siamo ancor più lieti (lieti
lo saremmo stati anche se avesse avuto idee diverse) di dare la
parola a Raffaele Caravaglios, ringraziandolo.*

Napoli, 28 novembre 1995

Vincenzo Giuffrè

«Praesumptio Muciana» e rapporti patrimoniali tra
coniugi:
dal diritto romano alla Corte costituzionale

una relazione di

Raffaele Caravaglios

«Établissez le Code Civil à Naples: tout ce qui ne vous est pas attaché va se détruire alors en peu d'années». Così, fornendoci un esempio nitido di uso politico del diritto, Napoleone Bonaparte scriveva al fratello Giuseppe, re di Napoli, che si doleva dell'assedio delle grandi famiglie del Mezzogiorno. Napoleone si riferiva alla successione necessaria ed al divieto di diseredazione, che egli aveva introdotto nel Code civil per smembrare i patrimoni delle grandi famiglie europee che gli erano contro.

È sempre per motivi politici, ma diametralmente opposti (lì si trattava di disgregare i grandi patrimoni, qui di conservarli), che, molti secoli prima, nella famiglia romana patriarcale, patrilineare e potestativa, trovava origine la *praesumptio Muciana*, così chiamata in ossequio al nome di Quinto Mucio Scevola, più noto, ahimé, per aver tradotto in regola questo principio consuetudinario, che non per avere, per primo, diviso e sistemato per *genera* lo *ius civile*.

Parliamo, dunque, di un principio di diritto di natura politica, di un uso politico del diritto che presidia l'intangibilità del patrimonio familiare, prima del *pater*, più tardi del debitore.

D'altronde, la difesa dell'integrità del patrimonio familiare è storicamente ricorrente, fino a quando la famiglia ha rappresentato un ampio aggregato economico-politico. Ricordiamo, in proposito, la funzione di istituti quali lo *ius prothyméseos*, la *fraterna* e la *laudatio parentum*.

I compilatori hanno collocato i due frammenti di Pomponio e di Alessandro Severo, che si riferiscono alla presunzione muciana¹, sotto il titolo *De donationibus inter virum et uxorem*.

Questa corretta ed unitaria collocazione indica due cose:

- la prima è che esiste un collegamento diretto della presunzione col divieto di donazioni fra coniugi;
- la seconda è che entrambe le regole servivano a tenere completamente distaccati i patrimoni dei consorti.

La tendenza delle due regole a rimanere combinate tra loro, se pur con alterne vicende, si è manifestata, quasi ininterrottamente, fino ai nostri giorni². Tant'è vero che il divieto di donazione tra coniugi, riprodotto ancora nell'art. 781 del codice del '42, ma dichiarato incostituzionale nel 1973, comportava che il marito potesse recuperare i beni che provava di aver donato alla moglie.

All'epoca di Mucio, però, si sarebbero presentati ai coniugi problemi insuperabili allorché il marito non avesse potuto fornire tale prova. Il patrimonio di quest'ultimo, intanto, doveva essere comunque salvato. In quei casi, allora, o si sarebbe dovuto prendere atto che i beni erano pervenuti alla donna da estranei (con le fatali conseguenze che, per quest'ultima, derivavano dalla severità dei costumi); ovvero, per salvarla, si sarebbe potuto presumere - eccola qui la nostra regola - che qualsiasi cespite della moglie le derivasse, salvo prova contraria, da donazioni del marito. L'oggetto della donazione rientrava così nel divieto di donazioni tra coniugi e poteva essere recuperato dal marito stesso.

Fu questa la soluzione rassicurante che Mucio fece propria, confermando definitivamente i *responsa* dei giuristi *quibus permissum erat iura condere*, e trasformando la *opinio communis* di costoro in una *praesumptio iuris* con carattere di norma giuridica.

D'altronde, la regola che dal 1200 bilancerà tradizionalmente il sistema patri-matrimoniale basato sul capofamiglia, sul *pater* - il detentore dei beni del gruppo - era anche logica. Infatti, mentre Giovenale ci ricorda che *intolerabilius nihil est quam foemina dives*, le fonti ci insegnano che la donna, che *domum servavit, lanam fecit*, non è considerata una produttrice di ricchezza (come accadrà, del resto, fino agli albori del nostro secolo).

Comunque, quale che sia la *ratio* originaria e immediata della *praesumptio Muciana*, ciò che, ai nostri fini, preme rilevare è che, al di là della sua giustificazione tradizionale, vi è l'esigenza di conservazione del patrimonio della famiglia romana, di quel vero e proprio piccolo stato, da garantire in ogni modo, anche con la stessa presunzione muciana.

Di qui il collegamento della regola all'uso politico del diritto dal quale sono partito.

Nel 1200, poi, col fiorire della mercatura, dove il *solvere* era il fondamento dei commerci, emerge il più rilevante motivo di cambiamento della presunzione, che diviene accessoria al debito, sì che essa, pur presidiando l'integrità del patrimonio, svolge, ora, tale compito a vantaggio dei creditori.

Ben altro si potrebbe aggiungere all'*excursus* storico sulla regola di Mucio, ma gli avvenimenti economico-giuridici successivi a tale periodo avrebbero poco rilievo per il nostro filo argomentativo³.

Così, sulla base di quel che era *l'id quod plerumque accidit*, la

praesumptio Muciana - la più antica delle presunzioni romane - latrice di inquietanti discriminazioni nei confronti del coniuge dell'imprenditore, si affaccia, nel 1942, nel nostro ordinamento di soggetti non ancora uguali: spontanei affiorano alla mente i riferimenti alla patria potestà, alla potestà maritale, ed altri ancora.

Ma se questo è il quadro del passato, dall'emanazione della legge fallimentare ad oggi, vanno segnalati almeno due fondamentali eventi normativi, che sembrano deporre contro la compatibilità della regola con l'ordinamento.

Essi sono:

1) l'entrata in vigore della Carta Costituzionale, che riconosce, a differenza di prima, una società di eguali;

2) la riforma del diritto di famiglia, che finalmente attua il principio di parità coniugale. Il vigente art. 143 stabilisce che con il matrimonio i coniugi acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri di collaborazione nell'interesse della famiglia; essi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze ed alla propria capacità di lavoro professionale, a contribuire ai bisogni della famiglia. L'art. 144, poi, nel confermare il principio costituzionale di parità, sancisce, da una parte, che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare, e, dall'altra, che spetta a ciascuno di essi il potere di attuare l'indirizzo concordato.

Momenti centrali di tutto il sistema sono, dunque, il principio di contribuzione - ora paritario - ed il principio dell'accordo.

L'adozione di un tale sistema ha sortito l'effetto di spostare il baricentro del governo della famiglia dal marito (sul quale gravitava un tempo) ad entrambi i coniugi, come, ad esempio, dimostra la potestà sui figli che, da patria potestà (in quanto spettante al solo padre) è divenuta potestà *tout court* (giacché spetta ai genitori congiuntamente).

Con l'accordo, i coniugi stabiliscono il c.d. «tenore di vita» che essi intendono mantenere durante il matrimonio, tenore di vita che si commisura ad una serie di parametri che riguardano i beni che essi posseggono a qualsiasi titolo (quindi beni ereditari, donativi, personali ecc.), la loro capacità di lavoro professionale o casalingo, le rendite, ecc.: insomma, ogni componente atta a tradursi in termini reddituali.

Dunque, la Novella del '75 segna, evidentemente, il passaggio da una sorta di monarchia domestica alla diarchia che, dopo centi-

naia di anni di ininterrotto servizio, manda in soffitta il *pater*, il capo di famiglia, insieme al suo potere - tanto assoluto quanto romantico - di proteggere la moglie, tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che fosse necessario ai bisogni della vita in proporzione alle di lui sostanze, come recitava l'articolo 145 abrogato.

Nel continuare a delineare l'assoluta diversità di sfondo con il quale oggi collide l'art. 70 l. fall. (ci riferiamo alla circostanza che, a differenza del passato, al livello del godimento - vedremo fra breve cosa intendiamo dire -, i patrimoni dei coniugi sono completamente coesi tra loro), consentiteci due iperboli, che, vedrete, torneranno utili:

- la prima è che, oggi, sposare una persona equivale a sposare un patrimonio;

- la seconda è che è più facile per i coniugi separare personalmente se stessi che non i loro patrimoni.

Insomma, da una situazione di totale separazione di patrimoni familiari, si va sempre più verso una situazione - almeno entro certi limiti - di totale «comunione» patrimoniale tra coniugi, e non ci riferiamo alla sola comunione legale.

Potrà sembrare azzardato, ma il divorzio e la separazione incidono ben poco sull'unione patrimoniale dei coniugi. Infatti, quasi che lancia un anatema ai divorziandi, la Suprema corte - con due recenti sentenze -, dapprima ha ammonito che dal matrimonio «discendono conseguenze perenni e ineludibili (si pensi al dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, dovere persistente anche a divorzio avvenuto)»⁴, e, qualche tempo dopo⁵, ha chiarito che il tenore di vita da assicurare al coniuge divorziato non solo è quello che i coniugi avevano concordato durante il matrimonio, ma addirittura l'altro - ancor più elevato - del quale essi avrebbero potuto godere *manente matrimonio*, in relazione ai parametri che abbiamo prima indicato (lavoro professionale, rendite, lavoro anche domestico, ecc.). Un legame, si badi bene, postmatrimoniale, che prescinde dal regime secondario - comunione legale, comunione convenzionale o separazione dei beni - in pratica adottato dai coniugi. È indubitabile, quindi, che se vi è un legame postmatrimoniale tra i patrimoni dei coniugi, a maggior ragione vi è un legame *manente matrimonio*, che, sulla base del tenore di vita concordato, consente ai coniugi di godere l'uno dei beni dell'altro. È questo il significato da attribuire alla richiamata «unione patrimoniale a livello di godimento».

Le conclusioni della Suprema corte mettono, quindi, in discussione la stessa efficacia recidente o terminale del divorzio.

Dunque - e non è una *boutade* -, a differenza di quanto avveniva in passato, non solo si può dire che non vi è più la netta separazione dei patrimoni coniugali, i quali, invece, si addizionano per consentire ai coniugi quel determinato tenore di vita, ma ancor più va sottolineato che il divorzio patrimoniale non esiste. Insomma, alla sacramentale indissolubilità del vincolo religioso si è sostituita, a seguito della legge sul divorzio o, se volete, di una sua recente, ma univoca interpretazione, l'indissolubilità patrimoniale. Che si tratti della rivincita degli antidivorzisti? D'altronde, basta dare un'occhiata all'attuale sistema successorio, nel quale sono sopravvalutati i diritti del coniuge superstite, per comprendere che il percorso separatista dei patrimoni coniugali non esiste più.

Se poi, a suo tempo, avessimo dato uno sguardo al di là delle Alpi, ci saremmo accorti che nel biennio 1968/1970 gli ordinamenti francese e tedesco - il primo in via legislativa ed il secondo per incostituzionalità -, ritenendo la presunzione muciana in conflitto con le mutate realtà della famiglia e della donna, avevano espulso la regola dalle rispettive legislazioni, rimettendoci, ancora una volta, un serio problema di coordinamento tra ordinamenti comunitari, tuttora lontani da un diritto privato europeo (si pensi, ad esempio, alle contrastanti vedute sulla essenzialità della causa, sulla configurazione della rappresentanza o sulla più o meno stringente applicazione del principio di consensualità).

Anzi, taluni nostri ritardi - non mi riferisco certamente alla sola muciana - inducono a credere che le forze trainanti della civiltà si siano spostate, nel tempo, dal Sud verso il Nord. Se ripercorriamo l'ideale itinerario storico e geografico che, partendo dall'Egitto e toccando, poi, la Grecia, Roma, la Firenze del Rinascimento, la Francia di Napoleone, l'Austria di Francesco Giuseppe, giunge oggi alla Germania di Bonn, ce ne rendiamo conto.

Nonostante il completo cambiamento di quadro, la giurisprudenza di legittimità⁶, adeguandosi all'opinione prevalente in dottrina⁷, ha decretato nel 1989 la fine solo dimezzata della presunzione muciana: l'art. 70 l. fall., inapplicabile vigente tra i coniugi la comu-

nione legale, sarebbe ancora applicabile in regime di separazione. Ciò sulle frettolose e non motivate considerazioni che:

a) la Novella del '75 non conterrebbe alcun segno di inversione nella tendenza a preferire le ragioni creditorie a quelle della famiglia;

b) i regimi di separazione - vigente e passato - si equivarrebbero, quasi che il regime di separazione dei beni rappresentasse una propaggine del diritto comune, un'*enclave* dove la famiglia sarebbe «sotto vuoto» rispetto alla sua disciplina speciale.

Di qui i nostri precedenti riferimenti all'attuale coesione dei patrimoni dei coniugi.

Quanto alla mancanza di segni di inversione, essi, invece, ci sono e saranno trattati nel prosieguo.

Secondo la dottrina dominante, poi, l'incompatibilità dell'art. 70 l. fall. con la comunione coniugale si fonderebbe sulla circostanza che la regola degli acquisti (art. 177) toglie ogni rilievo alla provenienza del danaro - fondamentale quest'ultima per l'operatività della muciana - in quanto il regime legale, da qualunque dei coniugi il danaro provenga, consente l'identico effetto della costituzione della comunione sul bene acquistato. Insomma, la presunzione legale dell'eguale contributo dei coniugi per l'acquisto alla comunione si scontra con l'opposta presunzione dell'art. 70 l. fall., secondo la quale i beni che il coniuge del fallito ha acquistato a titolo oneroso nel quinquennio anteriore al fallimento, si presumono, di fronte ai creditori, e salvo prova contraria, acquistati con danaro del fallito; si considerano, cioè, proprietà di lui, per cui il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso.

Prima di proseguire, bisogna sottolineare ancora alcune cose. Innanzi tutto, che l'esegesi del diritto patrimoniale della famiglia soffre più della convinzione che il regime comunitario sia attuazione di principi costituzionali, che non dell'opinione - che ci pare più corretta - secondo la quale il legislatore, con la comunione, avrebbe voluto solo parificare la partecipazione dei coniugi agli incrementi patrimoniali realizzati durante il matrimonio.

In secondo luogo, che l'assetto giusfamiliare generale non si può liquidare nell'alternanza dei soli regimi di separazione e comunione legale, come sembra fare la dottrina di maggioranza.

L'affermazione - grave e immotivata - secondo la quale i regimi di separazione presente e passato si equivarrebbero, ed il convin-

cimento che la comunione avrebbe, essa sola, natura paracostituzionale, nell'investire il fondamento dell'attuale regime di separazione dei beni, mettono in discussione sia l'assetto generale dell'impianto patri-matrimoniale, sia il ruolo che, nel sistema, giocano tutti i regimi (primario e secondari).

E vedremo, nelle conclusioni, quali sono le conseguenze di siffatte convinzioni.

L'assetto giusfamiliare dal quale prendere le mosse per meglio valutare il quadro generale, è, invece, raffigurabile - in termini geometrici - come un trapezio isoscele capovolto, una sorta di costellazione, sulla cui base maggiore, in posizione sovraordinata e paracostituzionale, trovano posto il regime primario, l'impresa familiare (traduzione letterale dell'art. 36 Cost.) ed il fondo patrimoniale, e sulla cui base minore, in posizione sottordinata ai primi, si trovano schierati, in una pari lontananza costituzionale, i regimi secondari, comunione legale (o convenzionale) e separazione dei beni.

Questi ultimi, proprio perché derogabili, non sono diretta applicazione dei principi superiori di cui discutiamo (avremmo altrimenti rapporti di coniugio più o meno costituzionali a seconda del regime prescelto). D'altra parte, se proprio si volesse assegnare alla comunione un tale ruolo paracostituzionale, non si percepirebbero chiaramente neppure fini e funzioni del regime primario, che si confonderebbe (il regime primario) con la prima (la comunione dei beni). Dunque, a differenza di quanto si sostiene, i regimi secondari non rappresentano che gli strumenti mediante i quali i coniugi stabiliscono - concordemente e liberamente - vincoli patrimoniali più o meno forti.

Se questo è l'assetto generale, l'«organigramma» patri-matrimoniale, resta da vedere quale sia la funzione che svolgono comunione legale e regime primario, cioè i regimi più coinvolti degli altri dal nostro ragionamento.

Anche la dottrina più attenta⁸, dopo avere riconosciuto l'esistenza di un «regime primario» della famiglia, che vige per il solo fatto di essere coniugi, distingue la funzione del complessivo impianto in due momenti:

a) uno, inderogabile e «contributivo», che connoterebbe il regime primario stesso (l'art. 143, principale referente normativo, usa, appunto, il termine «contribuire»);

b) l'altro, derogabile e «distributivo», che riguarderebbe i regimi secondari.

Cosicché, il primo, in attuazione del principio di solidarietà coniugale, concernerebbe la soddisfazione dei bisogni della famiglia (fino al «tenore di vita» concordato), laddove la «scelta» tra comunione legale e separazione dei beni documenterebbe la propensione dei coniugi a redistribuire o meno fra di loro le fortune acquistate - congiuntamente o disgiuntamente - *manente matrimonio*.

Insomma, nel primo caso, saremmo di fronte ad uno o più «oboli», che partono dai patrimoni dei coniugi e si uniscono per la soddisfazione dei bisogni; nel secondo - che sarebbe solo distributivo - sembrerebbero quasi distribuirsi cose altrui: se alla base non vi è contribuzione, cosa mai si distribuirebbe?

Questa netta distinzione funzionale, tuttavia, non ci convince. Infatti, ferma restando l'inderogabilità del regime primario e la derogabilità della comunione legale, a nostro avviso, entrambi i regimi hanno finalità sia contributiva che distributiva, pur muovendosi all'interno di due «circuiti» separati, che si distinguono fra loro per più ordini di ragioni:

a) per la diversità del tipo di diritto distribuito: proprietario o reale, nel caso della comunione legale; di solo godimento, nel caso del regime primario (in funzione del mantenimento del tenore di vita concordato);

b) per la durata del diritto distribuito: nel caso della comunione, il diritto è acquistato *sine die*, ma il regime degli « acquisti » si arresta alla cessazione del regime legale; nel caso del regime primario, invece, è la redistribuzione del godimento ad essere *sine die* (sfugge perfino, come abbiamo visto, al divorzio), arrendendosi solo con la morte del coniuge beneficiario (art. 149 c.c.), o con il suo passaggio a nuove nozze (artt. 5 e 9 bis, l. n. 898/1970);

c) per la diversità dell'oggetto della prestazione contributiva: quasi sempre il danaro nella comunione legale allo scopo di acquistare; non soltanto danaro, ma anche altri beni o attività messi a disposizione dei bisogni dei coniugi nel regime primario. L'abbiamo detto: il lavoro casalingo o l'attività professionale del coniuge, ecc., entrambi sempre finalizzati al raggiungimento del tenore di vita concordato, come noi pensiamo, o, addirittura, imposto, come sembra sostenere la Suprema corte;

d) per la diversità delle finalità contributive, che, nella comu-

nione legale, hanno ad oggetto l'acquisizione di un diritto reale a favore di entrambi i coniugi, e nel regime primario il godimento di un certo tenore di vita.

Insomma, mentre per il solo fatto di essere sposati, vi è una comunione di godimento «perenne» o «ultrattiva», cioè quella del regime primario (la moglie possiede una villa a Cortina, il marito una villa a Capri ed entrambi godono di tali beni e di quanto li correda, e così delle automobili, ecc.), la comunione legale può esservi solo se i coniugi lo desiderano. Dunque, gli stadi di comunione, si potrebbe dire «legale», possono essere due, due comunioni legali: una - programmatica e solo probabile, rimessa alla potestà dei coniugi - incidente sui diritti reali, la vera e propria comunione legale; l'altra - attuale e inderogabile - incidente su quelli di godimento, derivante dal regime primario.

Questa ricostruzione del sistema, improntata sulla coesistenzialità e contestualità delle funzioni o fasi contributiva e distributiva, ci consente, da un lato, di confermare che al livello di regime primario vi è una sutura perenne tra i patrimoni e, dall'altro, di affermare che la *vis invasiva* del regime di base sconfessa inesorabilmente, ancora una volta, l'opinione secondo la quale i regimi di separazione - attuale e precedente - si equivarrebbero.

Se quanto sin qui detto ha fondamento, già solo per questo la presunzione muciana può considerarsi sfasata rispetto all'ordinamento.

Nel 1994, la Suprema corte⁹, muovendo da presupposti diversi rispetto ai suoi numerosi interventi precedenti, ha accolto nella quasi totalità dei passaggi le tesi qui indicate e da noi proposte fin dal 1990¹⁰. I giudici della prima sezione, nel rinviare alla Corte costituzionale l'art. 70 l. fall., hanno individuato nel regime primario, introdotto dallo *ius superveniens* ed ispirato alla parità dei coniugi, alla parità dei nuclei familiari ed alla tutela della famiglia fondata sul matrimonio, l'essenza del proprio discorso.

I principi sin qui messi in evidenza - ha spiegato la Corte - conformano le nuove e più moderne relazioni patrimoniali dei coniugi, hanno cioè una portata generalissima - quella che chiamavamo *vis invasiva* -, che informa, in ogni caso, i rapporti coniugali stessi, quale che sia il regime secondario in concreto prescelto dai coniugi: di separazione, di comunione convenzionale o legale, regimi che, nel trapezio prima descritto, assumono la più verosimile e sottordinata collocazione (ricorderete che la polemica riguarda la

paracostituzionalità della comunione legale). Lo scontro, del quale prende atto la Suprema corte, dunque, è quello tra i principi generali del diritto di famiglia - che impregnano anche i regimi secondari - e la presunzione muciana, e non quello (o non solo quello) tra quest'ultima e questo o quel regime secondario.

Secondo tale impostazione, l'art. 70 l. fall. pare impigliarsi - conferma la Suprema corte - nella rete dei principi generali, con i quali viene comunque a collidere per la valenza antinomica dei presupposti da cui muove e del risultato cui giunge, assoggettando il coniuge *in bonis* all'onere - certamente faticoso e spesso impossibile da soddisfare - di fornire la prova che, nella logica paritaria della riforma, dovrebbe rappresentare, piuttosto, la regola: la prova, cioè, dell'effettività degli acquisti personali di ciascun coniuge, come corollario della loro pari dignità, che è l'antitesi di qualsiasi sudditanza economica, compresa quella del coniuge dell'imprenditore¹¹.

La Cassazione, oltre che sulla necessità di rileggere il quadro generale, ci conforta anche su un preciso dato positivo di «contraddizione» ed «intima irragionevolezza» della regola di Mucio con la Novella, contraddizione che, come da tempo suggerivamo, viene individuata con riferimento all'art. 193 c.c. Tale disposizione consente al singolo coniuge in comunione legale, ricorrendone i presupposti, di pervenire al regime di separazione dei beni in via giudiziale.

Grazie ad un giudicato connotato anche dalla caratteristica dell'urgenza (gli effetti della separazione retroagiscono al momento della domanda giudiziale), i legami della comunione si possono recidere sostituendosi a tale regime secondario quello della separazione.

Le ipotesi in cui la tutela del 193 può essere invocata sono molteplici, ma, ai nostri fini, è sufficiente esaminarne solo una: quella che riguarda il disordine degli affari di uno dei coniugi che mette in pericolo gli interessi dell'altro. La fattispecie comprende, senza ombra di dubbio, le situazioni di dissesto economico che, ove uno dei coniugi sia imprenditore, preludono al fallimento (così smentendo la diffusa opinione, prima ricordata, secondo la quale la riforma non presenterebbe segni di inversione nella tendenza a preferire le ragioni creditorie a quelle della famiglia).

Sbagliamo, forse (e con noi la Cassazione), se aggiungiamo che le gravi preoccupazioni cui fa fronte l'art. 193 si accrescono qua-

lora il «disordinato» ipotizzato dalla norma sia un imprenditore? E, se così è, l'art. 193 non è l'antidoto messo a punto dal legislatore per ovviare al travolgimento che, in caso di fallimento, colpirebbe inesorabilmente il coniuge *in bonis*? Se - sembra dire il legislatore - temi che il tuo coniuge imprenditore, dagli affari disordinati, possa fallire (mettendo in pericolo, come richiede la norma, gli interessi dell'altro coniuge), invoca pure il rimedio in parola, il quale - come «ancora di salvataggio» che ti ho approntato - ti condurrà alla salvezza, appunto al regime di separazione dei beni.

Se fosse vera la tesi che avversiamo, il provvidenziale rimedio previsto dall'art. 193 - divenuto una vera e propria trappola per il coniuge *in bonis* - non darebbe altro risultato che quello di proiettare chi intende salvarsi verso il totale coinvolgimento dei propri beni nel fallimento del «coniuge disordinato» (almeno di quei beni acquistati nei cinque anni precedenti). Dunque, il coniuge *in bonis*, che a seguito del fallimento dell'altro, se in comunione legale, avrebbe salvato la metà dei beni, passato in separazione, per effetto dell'art. 70 l. fall., non solo rischierebbe di perdere, *ex tunc*, quanto direttamente acquistato, ma non avrebbe la metà di quanto nel frattempo acquistato dal coniuge imprenditore, per la mancata vigenza della comunione legale.

Se la via giudiziale salva, non c'è motivo di dubitare che salvi anche la scelta volontaria per la separazione dei beni.

Ci pare che ad ambedue le obiezioni della dottrina dominante (le ricordate? quella che i regimi di separazione presente e passato si equivarrebbero, e l'altra, testé richiamata, della mancata inversione di tendenza circa la preferenza delle ragioni creditorie) si sia data una risposta esauriente e motivata.

La decisione della Consulta non si è fatta attendere¹². La Corte costituzionale, ritenendo che gli «aspetti irragionevoli» lamentati dalla Cassazione attengano ad «incompatibilità tra norme di natura ordinaria», ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell'art. 70 l. fall.

Nel «graziare» quel che resta della presunzione muciana - l'ambito di applicazione della norma si è, nel tempo, sempre più ristretto -, i giudici delle leggi sembrano vanificare gli sforzi della dottrina di minoranza.

Ma, a ben guardare, le cose non stanno così come potrebbe apparire.

La Consulta, infatti, confermando l'indiscutibile rilievo del-

l'ordinanza, conviene sull'esistenza e sull'ampiezza degli aspetti irragionevoli della regola di Mucio al confronto dello *ius superveniens*. Ciò nondimeno, la Corte, non trovando al proprio interno il necessario consenso, non abroga l'art. 70, sostanzialmente inadeguato a valori di giustizia, ma decide, da un lato, di sollecitare un «intervento legislativo» di riordino della materia; dall'altro, spingendosi ben oltre - e quasi a voler compensare la mancata decisione di incostituzionalità -, in più di un passaggio arma addirittura la mano della Cassazione, attivando così gli anticorpi della muciana in tutto il sistema. La Corte, infatti, facendo professione di pilatismo, suggerisce ai giudici ordinari che, trattandosi (cito testualmente) di «aspetti irragionevoli che non attengono all'ambito costituzionale (...), la loro soluzione - in modo ad esempio analogo a quanto avvenuto per l'ipotesi di comunione legale - resta affidata all'attività ermeneutica di competenza dell'autorità giudiziaria».

Nel divincolarsi dalla discussione *ratione materiae*, cioè sul filo dell'ordinarietà delle norme (la Consulta dimostra così di non aver voluto decidere per l'espunzione totale della regola *de qua*), la Corte costituzionale mette in campo una questione ponderale, ossia di valore tra norme in contrasto (quelle di diritto di famiglia, da una parte, e l'art. 70 l. fall., dall'altra), e dichiara che la Novella del '75 si compone di norme che, «pur configurandosi come attuazione dei principi della Costituzione, sono di 'rango' pari all'art. 70 l. fall.», smentendo così tutti coloro che hanno ritenuto speciali ora le norme comunistiche, ora quella fallimentare.

A giudizio della Consulta, quindi, non saremmo più in presenza di un ordinamento familiare presidiato da un regime primario, diretto depositario del principio costituzionale di eguaglianza tra coniugi (illazione della quale ci doliamo); né avremmo più - come altri vorrebbe - una comunione legale direttamente attuativa dei principi della Carta (illazione sulla quale, invece, concordiamo), ma saremmo di fronte a questo insieme di grigie norme ordinarie, dello stesso rango dell'art. 70 l. fall.

Non sembra il caso - ormai la Consulta si è pronunziata - di attardarci ad elencare i motivi avanzati e poi respinti di incostituzionalità della regola di Mucio. Tuttavia, malgrado l'occasione perduta, appare preferibile che la soluzione della *vexata quaestio* sia stata rimessa nelle mani dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ciò per due ordini di ragioni. La prima è che l'interruzione traumatica dell'art. 70 l. fall., per incostituzionalità, avrebbe impe-

dito ogni ulteriore approfondimento. La seconda, strettamente connessa alla precedente, è che i primi commentatori dell'ordinanza di rimessione - senza procedere ad alcuna riflessione in grado di giustificare il *revirement* della Cassazione - si sono ritrovati improvvisamente d'accordo sulla nuova tendenza della Corte Suprema, in una inattesa quanto sorprendente concordanza di opinioni su quella che era divenuta nei loro scritti l'ovvia conclusione circa le sorti della muciana, che, fino alla coraggiosa presa di posizione della Cassazione, era tutt'altro che scontata¹³.

Tanto per rendere l'idea, ricordiamo, tra le altre, tre significative prese di posizione che si sono susseguite nel tempo.

Nel 1981, il Tribunale di Milano dichiarava che nemmeno i sostenitori della parziale abrogazione dell'art. 70 l. fall. (quelli che lo ritenevano espunto vigente tra i coniugi la comunione), ponevano «seriamente» in discussione la persistente operatività dell'istituto, vigente tra i coniugi la separazione dei beni¹⁴. Nel 1992, un noto studioso, nel riferirsi alle nostre solitarie opinioni, affermava che vi è «addirittura» chi ritiene che la presunzione muciana non operi in separazione dei beni¹⁵. *Dulcis in fundo*, molto illumina la posizione della Consulta il fatto che, ancora nel 1995, l'autorevole relatore della sentenza qui discussa, abbia ribadito di ritenere l'art. 70 tuttora applicabile, «ovviamente», in regime di separazione dei beni¹⁶. «Seriamente», «ovviamente», «addirittura»: la Consulta, in realtà, non poteva proprio darci di più di quanto abbiamo avuto.

Di fronte a tali affermazioni, mentre riteniamo indispensabile un'anamnesi seria dei rapporti tra l'art. 70 l. fall. e la Novella del '75, consideriamo utile concludere questa conversazione con una valutazione dell'incidenza che le novità contenute nelle decisioni richiamate - ordinanza della Cassazione e sentenza della Consulta - potranno avere sul piano ricostruttivo dell'intero impianto giusfamiliare, che è poi il vero punto focale della questione.

In sintesi, comunemente si ritiene che:

- 1) il regime legale rappresenterebbe l'autentica attuazione dei principi costituzionali;
- 2) i regimi di separazione presente e passato si equivarrebbero;
- 3) nessuna inversione di tendenza vi sarebbe nel preferire le ragioni dell'impresa a quelle della famiglia;
- 4) l'art. 70 troverebbe applicazione, per i motivi *sub* 2), vigente tra i coniugi il regime di separazione dei beni, e non più in comunione.

Queste convinzioni danno luogo ad un assetto generale dei regimi familiari che può così sintetizzarsi:

a) la comunione legale è il regime preferenziale, perché direttamente rispondente ai principi costituzionali;

b) ad esso sottostà il regime di separazione dei beni, per molti un «non regime», governato dal diritto comune;

c) per i motivi *sub a)* poco sono visibili la funzione e, addirittura, l'esistenza del regime primario.

Orbene, a dispetto di tali convinzioni, i quattro punti innanzi indicati sono stati tutti, implicitamente o esplicitamente, disattesi da almeno una delle due decisioni, talvolta da entrambe.

Quanto detto *sub 1* (la paracostituzionalità della comunione legale) è stato negato perché la Consulta, affermando che le incongruenze lamentate si risolvono prevalentemente in contrasti fra norme di natura ordinaria, sottintende - finalmente - di non considerare più il regime legale diretta promanazione del dettato costituzionale.

Il punto 2 (l'equivalenza dei regimi di separazione passato e presente) viene disatteso perché si riconosce, nell'ordinanza della Suprema corte, «la diversa configurazione che, quanto alla sua fonte, assume ora il regime di separazione dei beni», e la sua difformità da prima, per la *vis invasiva* del regime primario che ne conforma i contenuti.

Quanto affermato *sub 3* (la mancanza di qualsiasi segno di inversione nel preferire le ragioni creditorie a quelle familiari) è smentito dal dettato dell'art. 193. Quanto indicato *sub 4*, infine (la parziale espunzione dell'art. 70), è respinto perché entrambe le decisioni, riconoscendo la «irragionevolezza» della norma fallimentare rispetto allo *ius superveniens*, ne rendono ineluttabile l'implicita e totale abrogazione. Insomma, un rivolgimento alle radici, non c'è che dire!

Allora, se quanto abbiamo sin qui detto ha una sua validità, se vi è un sostanziale accordo fra le Corti - malgrado le differenti strade percorse - nel riconoscere la necessità della totale espunzione della regola di Mucio, siamo certi che, tra breve, il coniuge *in bonis* non sarà più costretto ad indossare, metaforicamente, il berretto bianco con il simbolo della volpe, come accadeva un tempo. La moglie del fallito (ed i familiari di questo) - prescriveva lo Statuto di Ferrara del 1567 - «*teneantur tunc portare continue in capite unum biretum album cum signo vulpis*»¹⁷. Sei coniuge di un furbo? Che lo scorno ed il disdegno ti perseguitino e ti discriminino nella società.

NOTE

* Il testo riproduce la relazione svolta il 28 novembre 1995 al Centro di Studi romanistici Vincenzo Arangio-Ruiz, con la sola aggiunta di un ridotto apparato di note. Avvertiamo, però, che gli argomenti trattati in modo necessariamente sommario sono sviluppati in R. CARAVAGLIOS, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione muciana*, Jovene, Napoli, 1991; ID., *Riflessioni sul dissolvimento della presunzione muciana*, in *Fallimento*, 1992, p. 553 ss.; ID., *La comunione legale*, Giuffrè, Milano, 1995; e in un ulteriore saggio di imminente pubblicazione in *Foro it.*, 1996.

1 Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 24.1.51. e CI. 5.16.6.1 (a. 229).

2 Si pensi alla dote (artt. 177 ss., abr., c.c.), all'usufrutto uxorio (art. 581, abr., c.c.), ai paraferna, ecc.

3 Si consenta, pertanto, il rinvio all'ampio svolgimento da noi operato in *Rapporti patrimoniali*, cit., pp. 3-4, 13-82.

4 Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 278 ss., con nota di M. BERNARDINI.

5 Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in R. CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, cit., I, p. 155 ss.

6 Cass. 17 febbraio 1989, n. 954, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 623 ss., con nota di R. CARAVAGLIOS.

7 Cfr., per tutti, G. OPPO, *Commento all'art. 70 l. fall.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Cedam, Padova, 1993, p. 46 ss.

8 F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, VI, I, 1, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 23 ss., 47.

9 Cass. ord. 22 novembre 1994, n. 910, in *Corr. giur.*, 1995, p. 730 ss., con nota di R. CARAVAGLIOS.

10 R. CARAVAGLIOS, *Nota di commento a Cass.* 23 gennaio 1990, n. 351, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 605 ss.

11 Solo di recente un'autorevole dottrina (E. QUADRI, *Il contenuto della comunione legale: l'itinerario esegetico della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 316) - condividendo l'impostazione da noi formulata (in *Rapporti patrimoniali*, cit., spec. pp. 136 ss., 235 ss.) - ha osservato che l'inapplicabilità della presunzione muciana, limitata dall'orientamento dominante ai coniugi in regime di comunione, «proprio in quanto da riportare al nuovo assetto econo-

mico di tipo contributivo, attuativo dei principi costituzionali, pare, come tale, da estendere pure ai coniugi in regime di separazione dei beni ».

12 Corte cost. 29 giugno 1995, n. 286, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1138 ss., con nota di R. CARAVAGLIOS.

13 Alludiamo ai lavori di V. CARBONE, *Requiem per la presunzione muciana?*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 127 ss. e di L. PANZANI, *Brevi note in tema di presunzione muciana e regimi patrimoniali tra coniugi*, in *Fallimento*, 1995, p. 405 ss. Fa eccezione, invece, il commento di M. PENNASILICO, *La dubbia costituzionalità della presunzione muciana tra Cassazione e Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 632 ss., che ha mostrato già in passato di condividere le nostre argomentazioni (cfr. ID., *Presunzione muciana e nuovo diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1993, p. 394 ss.).

14 Trib. Milano 9 luglio 1981, in *Foro pad.*, 1982, I, c. 84.

15 P. SCHLESINGER, *Commento all'art. 177*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Cedam, Padova, 1992, p. 96, nota 21.

16 Così, F. SANTOSUOSSO, *Beni ed attività economica della famiglia*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* Bigiavi, Utet, Torino, 1995, p. 458, che conferma l'opinione già espressa in ID., *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, I, 1, III, Utet, Torino, 1983, p. 298.

17 Riprodotto in A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, 1917, rist., Giuffrè, Milano, 1962, p. 197.

Con la pubblicazione qui di seguito, in appendice, della più recente sentenza della Suprema corte (del 29 dicembre 1995) che, dopo la relazione tenuta dal Caravaglios, ha sdradicato i principi affermati solo qualche mese addietro in materia di praesumptio Muciana, si intende offrire un ulteriore elemento di riflessione. La Corte ha accolto gran parte delle argomentazioni che furono espresse nella relazione tenuta al Centro, in particolar modo per quanto attiene al principio della *vis invasiva* del regime primario della famiglia. L'iniziativa può anche essere intesa (perché no?) come un invito (un po' provocatorio forse) a confrontarsi nuovamente sul tema. Perché soltanto alla Cassazione, infatti, dovrebbe essere accordato il privilegio di cambiare idea? [ALESSANDRO ADAMO]

Corte di Cassazione 29 dicembre 1995 n. 13149: - Pres. Cantillo - Rel. Morelli - P.M. Palmieri.

Svolgimento del processo. - Con sentenza 11 febbraio 1983 il Tribunale di Genova dichiarava il fallimento della Riva Luigia s.n.c. e dei suoi soci illimitatamente responsabili Noceti Giovanni e Ottonello Bruno. Il giudice delegato, in data 3 marzo 1983, in applicazione della presunzione muciana, acquisiva all'attivo fallimentare un immobile acquistato il 21 marzo 1979 da Romano Grazia e Simonini Amalia, coniugi rispettive, in regime di separazione, dei due falliti.

Poiché Romano Grazia e Simonini Amalia non ponevano il bene a disposizione del Fallimento, anzi lo locavano a Cecchi Ornello e Parodi Giorgio, il curatore provvedeva, con atto notificato il 4-5 febbraio 1987, a citare questi ultimi, oltre che le altre due, per ottenere la liberazione dell'immobile e la dichiarazione che gli acquisti erano stati compiuti con denaro dei rispettivi mariti, e dunque che esso faceva parte dell'attivo fallimentare, e che non erano opponibili al fallimento i contratti di locazione; chiedeva altresì la condanna dei conduttori al pagamento di una indennità di occupazione ed il risarcimento danni a carico della Romano e della Simonini.

Si costituivano in giudizio le due convenute contestando il

fondamento della domanda, di cui chiedevano il rigetto.

Il Tribunale accoglieva integralmente la domanda, eccetto la richiesta di risarcimento.

Proponevano appello sia Romano Grazia e Simonini Amalia che i Parodi e l'Ottanelli; ma la Corte di appello di Genova rigettava i gravami. Di qui l'odierno ricorso Romano-Simonini cui replica la curatela con controricorso illustrato anche con memoria.

Motivo della decisione - 1. Il ricorso - con i cui tre connessi mezzi si critica la Corte genovese per non aver, rispettivamente rilevato la già intervenuta abrogazione della "presunzione muciana" (per incompatibilità, *in toto*, con la sopravvenuta legge di riforma del diritto di famiglia); denunciato (in subordine) la sua illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 24, 29 e 31 Costituzione; correttamente, comunque, applicato la correlativa disciplina - è fondato, per quanto si dirà, nel suo primo mezzo: nel quale restano, all'evidenza, assorbiti gli altri.

2.1. Con precedente ordinanza n. 910 del 22 novembre 1994, questa Sezione - assunta, in premessa, l'interpretazione, a quel momento invalsa, secondo cui la c.d. "presunzione muciana", *sub* art. 70 l.fall., non si applica con riguardo ai beni oggetto di comunione legale dei coniugi secondo le disposizioni degli artt. 177 c.c. ss. (nel testo fissato dalla riforma del diritto di famiglia di cui alla l. 19 maggio 1975 n. 151) perché, in questo caso, "la presunzione dell'appartenenza al coniuge imprenditore (in relazione agli acquisti) è combattuta e vinta dal principio giuridico della attribuzione degli acquisti ad entrambi i coniugi a prescindere dall'accertamento della provenienza del denaro, anzi sull'apposta presunzione che il prezzo sia la risultante di un eguale apporto dei coniugi" (Cass. 7338/90; 351/90; 954/89) - ha già sollevato questione incidentale della norma stessa nella parte in cui essa sia tuttora ritenuta applicabile in regime di separazione dei beni e negli altri regimi patrimoniali della famiglia *ex* l. 1975 n. 151 cit.

Anche in tale più ristretto ambito di operatività quella presunzione - si sottolineava nella predetta ordinanza - non si sottrae, infatti al dubbio di incostituzionalità:

a) "per violazione dell'art. 3 cpv., in relazione anche agli artt. 3, comma 1, 29 e 31, comma 1 Cost., per irragionevolezza sopravvenuta della norma in esame nel quadro della nuova disciplina dei rapporti di famiglia, attuativa di valori costituzionali";

b) "per contrasto con il combinato contesto degli artt. 31 (là

dove questo impone di agevolare la formazione della famiglia), 29 (che fonda, a sua volta, la famiglia sul matrimonio) e 3 Cost. (per quanto ne esce, da detti parametri, rafforzata l'esigenza di tutela della famiglia, con l'implicito divieto di farla oggetto di misure di sfavore)". Considerato anche, in relazione a tale ultimo profilo, che, una volta "superata dalla stessa evoluzione del costume la presunzione (da cui a sua volta in gran parte, anche se non esclusivamente, dipende quella muciana) per cui, quando il marito sia imprenditore, la moglie viva in posizione subordinata, e quando sia la moglie ad esercitare attività commerciale, il marito si trasformi in "uomo atto a casa", ne risulta eccessiva, ed ingiustificatamente gravatoria della famiglia legittima, la riferita misura di tutela dei creditori, a fronte di un pericolo di commistione di patrimoni e fittizie intestazioni analogamente, e con non diversa intensità, verificabile anche in altre parallele forme di convivenza in ipotesi prescelta dell'imprenditore";

c) per ulteriore contrasto con l'art. 3, primo comma, in ragione della disparità di trattamento non agevolmente giustificabile, che ne deriva, alla stregua di tutte le considerazioni che precedono (ed agli effetti della disciplina delle revocatorie fallimentari), in danno delle famiglie che abbiano scelto il regime di separazione dei beni od altro regime convenzionale (e che per ciò dovrebbero continuare a risentire l'applicazione della presunzione in esame), per un verso, all'esterno rispetto a famiglie di fatto od altre forme di libera convivenza e per altro verso, all'interno stesso della famiglia legittima, rispetto ai nuclei che hanno optato per il regime di comunione legale; tutti del pari sottratti alla sfera di operatività della norma suddetta.

2.2. Alla questione così prospettata la Corte costituzionale ha - come è noto - risposto con la recente sentenza n. 286 del 29 giugno 1995, che si conclude bensì formalmente con un dispositivo di inammissibilità, una all'esito di un articolato e complesso iter motivo nella sua sostanza, invece, pienamente adesivo a tutte le censure ed argomentazioni svolte nella ordinanza di rimessione.

Alle quali la citata sentenza ulteriori, anzi, ne aggiunge, sottolineando, tra l'altro, come "già agli inizi di questo secolo numerosi studiosi ritennero che detto istituto non fosse più giustificato (...)", ricordando poi che "anche in regime di separazione di beni la Corte di cassazione nel 1977 aveva già escluso l'applicabilità della presunzione nel caso in cui il coniuge del fallito fosse anch'egli imprenditore"; rammentando ancora la avvenuta "abolizione della presun-

zione muciana in Francia", parallelamente alla intervenuta sua caducazione per contrasto con l'art. 6 Abs. 1 del Grundgesetz in Germania; e richiamando infine quanto dalla stessa Corte già osservato con la sentenza n. 91 del 1973, dichiarativa della illegittimità del divieto di donazione tra coniugi (art. 781 c.c.) per la ragione appunto che esso rappresentava "una palese ineguaglianza giuridica di coloro che sono uniti in matrimonio legittimo non solo rispetto alla generalità dei cittadini, ma anche rispetto ad altri casi di unioni e di convivenze, quali il matrimonio putativo, il matrimonio successivamente annullato, la convivenza *more uxorio* di cui all'art. 269 del codice civile, il concubinato ed altre".

2.2.1. Il vero è che la riferita pronunzia non può compiutamente intendersi, nel suo effettivo contenuto, se non alla luce dei più recenti indirizzi della giurisprudenza costituzionale - cui essa si uniforma - che hanno ridisegnato i confini della funzione sindacatoria ex art. 134 Costituzione in rapporto, per un verso, alla funzione esegetica e, per altro verso, alla sfera delle valutazioni ed opzioni di merito normativo.

Nella prima direzione è stato infatti - con accentuato self restraint - più volte ribadito, anche nel corrente anno, che l'interpretazione della legge ordinaria, dalla quale scaturisce la formazione del "diritto vivente", è riservata ai giudici comuni e segnatamente alla Corte di cassazione, organo istituzionale della nomofilachia (cfr. pronunzie nn. 37, 149, 225, 274, 326, 361, 378, 410/1994; 32, 47, 58, 110, 331/1995), negandosi conseguentemente accesso al giudizio di legittimità a questioni sostanzialmente interpretative (cfr. nn. 58, 82, 110, 337/1995), soprattutto se volte ad una surrettizia contestazione della esegesi della Cassazione (nn. 410/94; 110, 188/95), e sollecitandosi, nel contempo, i giudici *a quibus* a non trascurare le tecniche della interpretazione "adeguatrice", che consentono di ottenere l'allineamento del dato normativo ai superiori precetti della Costituzione (ove possibile) già sul piano ermeneutico, indipendentemente dal ricorso al giudizio incidentale di costituzionalità (cfr. nn. 44, 121, 149, 255, 410, 443, 451/1994).

Mentre, nella contrapposta direzione dei rapporti con la funzione legislativa, il confine è stato, per così dire, spostato invece più avanti. Dacché - pur rimanendo fermo il canone fondamentale di separazione per cui è inammissibile l'intervento correttivo della Corte quando la *reductio ad legitimitatem* non sia "a rima obbligata", ma consenta una duplicità o pluralità di possibili soluzioni, la scelta

(di merito) tra le quali va conseguentemente riservata al legislatore - la Corte ha in più casi, in situazioni siffatte, abbandonato lo schema operativo (sino a quel punto consueto) di una declaratoria di inammissibilità in limine, facendo precedere tale - pur necessitato - esito decisorio da una previa ricognizione e verifica di consistenza dei denunciati vizi di illegittimità (al fine evidentemente di sottolinearne, più incisivamente, la necessità di emenda per via legislativa): così arricchendo la tipologia delle proprie decisioni con nuovi e più sofisticati modelli di pronunzia, che taluno ha efficacemente definito di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" (cfr. sentt. 227, 291/1991; e, in particolare, 432/1993).

2.2.2. In questo quadro di precedenti trovano appunto esaustiva spiegazione le (solo) apparenti contraddizioni della sentenza n. 286/95 in esame.

Le varie censure formulate dal giudice *a quo* vengono infatti - in questa - sostanzialmente aggregate in due gruppi, secondo che prospettino l'incostituzionalità sopravvenuta dell'art. 70 l.fall. per incompatibilità con i principi fondamentali e la disciplina dei regimi patrimoniali della famiglia introdotti dalla legge di riforma n. 151 del 1975; ovvero ipotizzino più diretti profili di contrasto con gli artt. 3, 29 e 31 della Costituzione.

Con riguardo alla prima serie di rilievi, afferma la Corte che questi non sono di per sé idonei a condurre ad una declaratoria di incostituzionalità, in quanto le incongruenze denunciate "si risolvono prevalentemente in contrasto tra la norma impugnata ed altre norme dello stesso rango, quali quelle di riforma del diritto di famiglia, le quali, pur configurandosi come corretta attuazione dei principi della Costituzione, non partecipano tuttavia della stessa forza di questi principi".

Prospetta contestualmente, per altro, la stessa Corte la possibilità che tali incongruenze e contraddizioni possano invece condurre a ritenere implicitamente abrogata la presunzione muciana - per incompatibilità con lo *ius superveniens* - in relazione anche agli altri regimi patrimoniali, "in modo analogo a quanto avvenuto per l'ipotesi di comunione legale". Ma conclude poi che una tale valutazione, proprio perchè involgente una operazione interpretativa, "resta affidata all'attività ermeneutica di competenza dell'autorità giudiziaria". (Analogamente nella precedente sentenza n. 153/1995, l'abrogazione della norma denunciata, esclusa dal giudice *a quo*, è stata assunta come un dato non reversibile, ancorchè concettualmente

non condiviso, del giudizio di costituzionalità). Nel che è l'applicazione appunto del primo dei ricordati indirizzi operativi del Giudice delle leggi.

Parallelamente, con riguardo agli ulteriori profili di violazione (diretta) degli artt. 3, 29 e 31 Costituzione - prospettati nell'ordinanza di rimessione e pur ritenuti "particolarmente delicati" dal Giudice *ad quem*, soprattutto in riferimento all'art. 31 che "non si limita ad impegnare la Repubblica ad interventi di promozione sociale a tutela della famiglia, ma implica altresì il divieto per il legislatore di introdurre discipline sfavorevoli alla famiglia stessa" - la stessa Corte ha escluso per altro, in applicazione per questo aspetto del secondo esaminato suo orientamento, che essi potessero condurre ad un suo intervento correttivo poiché questo avrebbe appunto comportato una "scelta fra diverse soluzioni" nel bilanciamento delle "esigenze dei rapporti fra i coniugi rispetto a quelle dei creditori" riservata, come tale, al legislatore.

Per cui, conclusivamente - svolgendo l'ipotetica implicita nella riassunta decisione - il contenuto di questa compiutamente si esplicita nel senso che - ove la presunzione *sub* art. 70 l.fall. non risulti *in toto* già abrogata dalla l. 151/1975 (come la Corte pare ritenere, ma si astiene dal rilevare in contrasto con la diversa ricostruzione del diritto vivente assunta nell'ordinanza di rinvio) - la stessa non possa altrimenti essere rimossa (o modificata) che dal legislatore nel limite della cui discrezionalità la Corte ha ritenuto precluso il proprio intervento, continuando nel frattempo a circolare - quella disposizione - nell'ordinamento, non ostante i molteplici suoi pur rilevanti aspetti di anacronismo (anche sul piano comparatistico), di autonomia con gli obiettivi della riforma del diritto di famiglia e di contrasto con i succitati parametri costituzionali, in relazione al profilo, soprattutto, della parità dei coniugi anche sul piano della eguale dignità del rispettivo apporto economico al benessere della famiglia, con il lavoro prestato fuori casa che entro le mura domestiche.

2.3. Questa Corte deve quindi ora appunto riconsiderare - nell'esercizio della funzione di nomofilachia così autorevolmente e concludentemente sollecitata - se la disposizione dell'art. 70 l.fall. debba o meno considerarsi, nella sua interezza, implicitamente abrogata dalla sopravvenuta normativa di cui alla legge n. 151/1975.

Al riguardo sembrano decisive le considerazioni già svolte, nella citata ordinanza di rimessione n. 910/1994, sulla assoluta in-

compatibilità della presunzione muciana con la nuova introdotta disciplina del diritto di famiglia.

In premessa, è appena il caso - per inciso - di puntualizzare che in quella ordinanza, la valorizzazione della riferita incompatibilità in termini di *quaestio legitimitatis* mirava evidentemente a risolvere ad un livello più alto ed in forma più radicale (con una pronuncia cioè di incostituzionalità) il problema del superamento della presunzione muciana ma ciò non già per una (non pretesa) assunzione a "parametro" del giudizio incidentale della citata legge 151, pur sempre fonte di rango ordinario ancorché dichiaratamente attuativa dei principi costituzionali che regolano la famiglia, bensì sulla base di una sorta di equazione logica, per cui la difformità dalla legge conforme a canoni costituzionali (artt. 3, 29, 31) si risolvesse in indice sintomatico di violazione dei canoni stessi (essi sì assunti a parametro) in quel modo attuati.

Ciò posto, poiché, la prospettiva della caducatoria *ex* art. 134 Costituzione è stata comunque ritenuta impercorribile, gli stessi rilievi posti a suo fondamento vanno delibati sul piano interpretativo per quanto attiene al profilo cronologico di immanente o meno vigenza del più volte menzionato art. 70 l.fall.

Ed è innegabile che, in questa chiave, quei dati ermeneutici valgono a sorreggere la conclusione della intervenuta abrogazione implicita della norma *sub iudice* ad opera della legge 151/75.

Come sostanzialmente del resto riconosciuto dalle stesse già citate sentenze n. 954/89 e n. 351/90 - che hanno riferito la sopravvenuta inapplicabilità dell'art. 70 l.fall. (pur) al (solo) regime di comunione legale, con argomentazioni, però, dotate di incomprimibile *vis* espansiva nei confronti di ogni altro regime patrimoniale, convenzionale, della famiglia - la menzionata novella del 1975 introduce infatti una rete di principi ispirati al canone sovraordinato della parità delle posizioni dei coniugi - nella quale la norma "interferente" (cfr. Cass. n. 954 del 1989) dell'art. 70 l. fall. va ad impigliarsi e comunque a collidere, per la valenza assolutamente antinomica dei presupposti da cui muove e del risultato cui viene in ogni caso ad approdare, assoggettando il coniuge *in bonis* all'onere "spesso faticoso se non addirittura impossibile" (Cass. n. 351 del 1990) di provare ciò che, nella logica paritaria della riforma (e della normativa sovraordinata di sostegno), dovrebbe essere piuttosto il dato fattuale di normale ricorrenza da superare con la prova *ex adverso*: l'effettività cioè degli acquisti personali, come corollario della pari dignità, che

esclude la sudditanza economica anche del coniuge imprenditore.

Ulteriori, più puntuali ed insuperabili, profili ostativi alla ipotesi di permanenza in vigore della presunzione muciana discendono inoltre dalla incompatibilità della stessa con specifiche disposizioni od istituti del nuovo diritto di famiglia.

In particolare, in questa prospettiva, il riferimento va all'art. 193 novellato c.c. (che è norma inderogabile ai sensi del successivo art. 210), laddove questo indica il passaggio, anche per via giudiziale, al regime di separazione dei beni come rimedio fisiologico per le patologie del regime di comunione legale.

Non sfugge infatti - ed è stato adeguatamente sottolineato da acuta dottrina - come questa "àncora di salvataggio", offerta al coniuge in comunione a fronte di situazioni di disordine negli affari del consorte, rischi di trasformarsi in una "trappola" quando un tale disordine (come nel più dei casi) sia relativo ad attività imprenditoriale (e prodromico di uno stato di insolvenza): poiché, con la scelta - che, nell'intenzione del legislatore, vuole essere cautelativa - del regime di separazione dei beni, il coniuge dell'imprenditore si porrebbe in posizione di virtuale soggezione alla presunzione muciana con il risultato (di cui vanamente si cercherebbe una giustificazione) di mettere a repentaglio anche quella quota di proprietà degli acquisti che la comunione gli avrebbe garantito.

Determinante risulta anche la diversa configurazione che, quanto alla sua fonte, assume ora il regime di separazione dei beni.

Nell'attuale assetto dei rapporti patrimoniali della famiglia, la separazione dei beni costituisce, infatti, non più "regime legale" ma il risultato effettuale di una apposita "convenzione" dei coniugi: che, per un verso, ne disvela l'intenzione di evitare commistioni di patrimoni (fuori dall'area, ovviamente, di necessaria confluenza inerente al c.d. "regime primario" della famiglia) e, per altro verso, sul piano socio-economico, statisticamente tende a ricollegarsi ad una situazione fattuale in cui entrambi i coniugi hanno proprie e distinte fonti di reddito.

Per cui - ove ancora in vigore - la prescrizione in questione dovrebbe ora superare e travolgere, con il meccanismo dell'inversione dell'onere della prova, non più soltanto l'effettività del singolo acquisto operato dal coniuge dell'imprenditore nell'arco del quinquennio, ma anche l'effettività (o comunque la perdurante osservanza) dello scopo della convenzione di base sulla opzione del regime patrimoniale.

Il che è certamente contrario al contenuto ed alla *ratio* della legge 1975 n. 151, che non può averlo, per ciò, disvoluto.

È, comunque, decisivo - ai fini dell'apprezzamento complessivo degli esaminati dati ermeneutici in chiave di intervenuta abrogazione della presunzione muciana - è il canone dell'esegesi adeguatrice, che impone di privilegiare la soluzione conforme a Costituzione rispetto ad altra con essa, invece, in contrasto.

Rilevando, contemporaneamente, il sottolineato carattere attuativo di dettami costituzionali a rendere incontrovertibile la *vis abrogans* della legge 151 anche rispetto a disposizione - come l'art. 70 della legge fallimentare - con essa incompatibile.

3. Per effetto dell'accoglimento del ricorso, va quindi cassata la sentenza impugnata, con rinvio della causa ad altra sezione della stessa Corte di Genova, cui si demanda di provvedere anche in ordine alle spese di questo giudizio di legittimità. (*Omissis*)

*In duecento esemplari
fuori commercio*

*Stampato nella Litografia Editrice De Frede - Via Mezzocannone 69
Napoli, 20 marzo 1996*