

1.- L'esercizio dell'attività di impresa da parte dei coniugi in regime di comunione legale dei beni costituisce senza dubbio, ancora oggi, uno degli argomenti più dibattuti e spinosi nell'attività di ricostruzione e sistemazione dogmatica della materia del regime patrimoniale della famiglia.

Lo scarno dettato normativo e la complessità dei piani di indagine, che coinvolge e vede interferire profili di diritto comune dell'impresa con la disciplina della comunione legale, hanno dato luogo ad una molteplicità di contributi dottrinali e ad una copiosa produzione giurisprudenziale, tali da impedire il sedimentarsi di orientamenti uniformi e di soluzioni che possano dirsi definitivamente acquisite.

La varietà delle idee espresse rende impossibile, in questa sede, una rappresentazione che sia allo stesso tempo completa e sintetica della materia, capace di tener conto di tutte le varianti suggerite.

Ho ritenuto pertanto di prediligere le tematiche che manifestano, a mio parere, maggiore rilievo pratico nella realtà operativa, sottolineato dalla continua produzione giurisprudenziale degli ultimi anni che ha costituito la mia guida nel presente lavoro, e di concentrare dunque l'attenzione sulle fattispecie dell'impresa in forma individuale gestita da uno solo dei coniugi in regime di

comunione legale dei beni, alla quale l'altro coniuge non presta alcuna collaborazione, e dell'impresa in forma collettiva partecipata dal coniuge in comunione legale.

L'esigenza di delimitare il campo d'indagine impone invece di rinviare ad altra sede i temi dell'azienda e dell'impresa coniugale, caratterizzate dalla co-gestione da parte di entrambi i coniugi in comunione, in quanto, pur avendo dato luogo a vivacissime dispute dottrinali ed a pregevoli contributi, paiono destinati a creare minori preoccupazioni pratiche, come emerge da una non altrettanto ampia casistica giurisprudenziale, nonchè di rinviare la figura dell'impresa familiare, che riconosce e tutela il lavoro prestato di fatto in modo continuativo nella famiglia e nell'impresa familiare da parte di uno dei familiari dell'imprenditore che rientri nelle categorie previste dall'art. 230 bis c.c., e quindi pure da parte del coniuge, ma in maniera indipendente dal regime patrimoniale vigente per la coppia.

2.- Il regime dei beni aziendali e degli incrementi patrimoniali dell'impresa gestita da parte di uno soltanto dei coniugi in comunione è espressamente disciplinato dall'art. 178 c.c.-.

La norma pone una eccezione al regime legale degli acquisti sancito dalla lettera a) dell'art. 177 c.c. - per il quale costituiscono oggetto della comunione gli acquisti compiuti

dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio - e prevede che i beni e gli incrementi dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio, ed i soli incrementi dell'impresa costituita anche precedentemente, devono essere ricompresi nella comunione *de residuo*, e dunque sono esclusi dalla comunione legale immediata per essere considerati oggetto di comunione, ove ancora sussistenti, al momento dello scioglimento di questa.

Il fondamento della previsione legislativa viene prevalentemente riconosciuto nell'esigenza di tutelare i due valori, costituzionalmente garantiti, del diritto al lavoro e della libertà di iniziativa economica privata, che rimarrebbero fortemente menomati ove il coniuge dovesse continuamente relazionarsi all'altro nell'amministrazione e nella disposizione degli strumenti della propria attività.

Tale *ratio*, che giustifica il regime di eccezione alla regola dell'art. 177 lett. a), previsto dall'art. 178 per i beni strumentali all'attività di impresa, trova corrispondenza nella previsione dell'art. 179 lett d) c.c., che pone analoga eccezione per i beni destinati alla professione del coniuge, i quali restano esclusi dalla comunione in quanto personali del coniuge professionista.

L'esigenza di assicurare al coniuge l'autonomia della propria sfera *lato sensu* "professionale" ha indotto il legislatore, in

linea generale, a tenere nettamente distinto il concetto di "acquisti" compiuti separatamente dal coniuge durante il matrimonio, che di regola cadono in comunione legale, da quello di "attività" esercitata separatamente, che invece produce rispetto alla comunione effetti diversi, come emerge non solo dalle previsioni degli articoli 178 e 179 c.c., ma anche dallo stesso art. 177 comma 1 lettera c), che esclude dalla comunione immediata "i proventi dell'attività separata di uno dei coniugi", ed a contrario dalla lettera d) e dal secondo comma dell'articolo, che riconducono nel perimetro della comunione legale l'attività svolta congiuntamente dai coniugi.

Tuttavia, a fronte di una identica *ratio* ispiratrice il legislatore ha previsto per le due fattispecie in discorso (ex art. 178 ed ex art. 179 lett. d) c.c.), un trattamento differenziato, sia in termini di regime giuridico cui i beni che ad esse si riferiscono risultano assoggettati (comunione de residuo/beni personali), sia in termini di formalità imposte per ottenere il risultato della esclusione dei beni dalla comunione, che risultano arricchite dalla previsione del comma 2 dell'art. 179 c.c. per l'acquisto di immobili o mobili registrati rientranti nella categoria della lettera d) dell'art. 179, e non sono per nulla richieste per l'acquisto di beni della medesima natura rientranti nella categoria

prevista dall'art. 178 c.c.-.

Particolare rilievo ha assunto dunque, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, per l'immediato risvolto pratico che ne discende, la questione del coordinamento tra le due disposizioni: se l'art. 178 debba considerarsi una mera specificazione dell'art. 179 lett. d), allorquando il coniuge acquirente svolga quella specifica attività professionale che è l'attività di impresa - l'art. 2082 c.c. infatti definisce imprenditore "chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi" -, ovvero se l'ambito di applicazione delle due norme sia diverso, riferendosi l'art. 178 all'attività di impresa e l'art. 179 alla professione liberale svolta dal coniuge in comunione.

La risposta al quesito porta come conseguenza la soluzione di un ulteriore interrogativo, rilevante sul piano operativo: se per escludere i beni destinati all'esercizio dell'azienda gestita da uno solo dei coniugi dalla comunione immediata, e farli ricadere nella comunione de residuo, sia necessaria la formalizzazione nell'atto di acquisto, mediante un'apposita dichiarazione del coniuge acquirente, della destinazione del bene all'esercizio dell'impresa e, ove si tratti di beni immobili o mobili registrati, sia necessaria la partecipazione all'atto dell'altro coniuge.

Sul primo punto - necessità di una formalizzazione in atto della destinazione del bene all'impresa - la dottrina non esprime unanimità di vedute, facendo leva, nell'affermare la tesi affermativa, su ragioni di opportunità ed esigenze di conoscibilità esterna dell'acquisto, a tutela del coniuge escluso e dei terzi, mentre la giurisprudenza ha più volte affermato il principio per cui, affinché i beni destinati all'esercizio dell'impresa costituiscano oggetto di comunione de residuo, è necessario e sufficiente che essi risultino effettivamente destinati, sin dal loro acquisto, all'attività, senza necessità di alcuna ulteriore formalità.

Con riferimento invece all'ulteriore requisito dell'intervento in atto dell'altro coniuge, imposta dal comma 2 dell'art. 179 c.c. per i beni strumentali all'esercizio della professione del coniuge, la dottrina dominante e la giurisprudenza anche della Suprema Corte, che si è pronunciata ex professo nella sentenza n. 7060 del 1986 e nella più recente pronuncia n. 18456 del 2005, sembrano aver fornito una soluzione pacifica alla questione, riconoscendo che l'art. 178 c.c. contiene una normativa compiuta ed esauriente in ordine all'acquisto dei beni aziendali, del tutto autonoma e distinta da quella che disciplina l'acquisto dei beni della professione.

La differenza tra le due fattispecie degli articoli 178 e 179 lett. d) c.c., evidente soprattutto sul piano degli effetti,

risponde ad una precisa scelta di politica legislativa, che impedisce di attrarre gli acquisti ex art. 178 nel campo di applicazione del disposto dell'art. 179 comma 2 c.c., e rende pertanto inutile la partecipazione del coniuge all'atto di acquisto, e giuridicamente irrilevante la dichiarazione da quest'ultimo effettuata circa la natura non comune del bene.

Infatti, per i beni personali, vi è una definitiva composizione degli interessi dei coniugi col sacrificio degli interessi del coniuge non professionista, temperato dal meccanismo del comma 2 dell'art. 179, secondo il quale per i beni immobili e per i mobili registrati, di regola di maggior valore patrimoniale, la semplice destinazione all'attività professionale non riesce da sola ad attribuire al bene acquistato la qualifica di bene personale, occorrendo all'uopo l'intervento dell'altro coniuge.

Di contro, per i beni acquistati dal coniuge imprenditore, il legislatore ha scelto, con la comunione de residuo, di non sacrificare definitivamente le aspettative dell'altro coniuge, rispetto ad un patrimonio presumibilmente rilevante, lasciando però libero l'imprenditore nelle sue scelte gestionali.

Gli interpreti hanno provato ad evidenziare le ragioni per cui il legislatore abbia scelto di distinguere la posizione del coniuge imprenditore rispetto a quella del coniuge professionista, individuandole nell'opportunità che, allo

scioglimento della comunione, dei beni dell'impresa si avvantaggi anche l'altro coniuge per il loro maggior valore, oppure nel più evidente carattere di investimento dei beni dell'azienda rispetto ai beni della professione, che dunque ne giustificherebbe dal punto di vista sistematico la non definitiva esclusione dalla comunione, o nel favor di cui godono nel sistema le professioni intellettuali.

La dottrina più avveduta ha tuttavia evidenziato come sia difficile ricondurre ad un criterio logico sistematico rigoroso la scelta legislativa, e come piuttosto occorra prendere atto del dato normativo ed applicarlo come tale, pur restando aperti gli interrogativi in ordine alla riconoscibilità da parte dei terzi dell'esclusione del bene dalla comunione.

Pertanto, in sede di acquisto di un bene destinato all'impresa, l'attività del notaio appare in qualche modo agevolata, in quanto, secondo l'interpretazione prevalente in giurisprudenza e sostenuta anche da parte della dottrina, l'assenza delle dichiarazioni dell'imprenditore o del suo coniuge circa la destinazione del bene nel titolo di provenienza (che pure in realtà vengono inserite frequentemente nella pratica, anche per motivazioni di carattere fiscale) non comporta la caduta del bene in comunione legale ex art. 177 c.c.-.

Diversamente, il terzo e così il notaio che sia richiesto di ricevere un atto di disposizione di un bene aziendale, per stabilire se detto bene formi oggetto di comunione differita, e dunque per stabilire - il notaio - chi sia legittimato a disporre del bene stesso, dovranno verificare in concreto se l'oggetto dell'acquisto sia stato effettivamente destinato funzionalmente all'esercizio dell'impresa.

Solo ove risulti che la condizione dell'effettiva destinazione all'attività al momento dell'acquisto, unica richiesta dall'art. 178 c.c., sia stata rispettata, il notaio potrebbe ricevere l'atto di disposizione con la presenza del solo coniuge imprenditore, senza temere di incorrere in una causa di annullabilità (art. 184 c.c.) o addirittura di nullità (art. 771 c.c. in tema di donazione di beni altrui) dell'atto.

E' evidente che la verifica di tale situazione di fatto può richiedere un'indagine ben più laboriosa ed ardua di un mero controllo documentale, che si faccia discendere dalla lettura del titolo di acquisto, potendo in alcuni casi essere di immediata evidenza (come ad esempio nel caso dell'imprenditore che voglia disporre dell'immobile dove è posta la sede della propria impresa), ed in altri imporre l'analisi di elementi ulteriori e diversi (individuati dalla dottrina nelle scritture contabili dell'impresa, nel libro degli inventari, etc.).

Peraltro, anche con riferimento ai beni personali di cui all'art. 179 lettera d), per cui la legge impone i requisiti formali della dichiarazione in atto del coniuge acquirente e dell'intervento adesivo dell'altro coniuge, le Sezioni Unite della Cassazione, nella recente sentenza n. 22755 del 2009, dirimendo il contrasto esistente nelle sezioni semplici in ordine alla natura giuridica della dichiarazione del coniuge non acquirente, ha precisato come il solo rispetto delle formalità previste dall'articolo 179 comma 2, che non sia accompagnato dall'effettiva destinazione dei beni all'esercizio della professione del coniuge, non sia sufficiente ad escludere i beni stessi dalla comunione legale immediata.

In sostanza, il controllo della concreta destinazione del bene costituisce in ogni caso un'attività preliminare che il notaio è tenuto a svolgere per individuare la corretta titolarità dei beni, attività resa oggi ancor più pregnante alla luce degli obblighi espressamente imposti dal D.L. 78/2010 di verifica, prima della stipula dell'atto, della conformità soggettiva delle intestazioni catastali dei beni con le risultanze dei Registri immobiliari.

3.- Le riflessioni che precedono forniscono lo spunto per affrontare un'altra questione assai dibattuta, e di importante riflesso pratico: quali diritti spettino al coniuge

dell'imprenditore sui beni da quest'ultimo destinati all'esercizio della propria attività.

Finchè dura la comunione, la dottrina e la giurisprudenza dominanti riconoscono al coniuge imprenditore un potere di godimento, amministrazione e disposizione pieno dei beni.

All'altro coniuge non spetta alcun diritto, nè una aspettativa di diritto giuridicamente tutelata, ma una mera aspettativa di fatto, inidonea ad incidere sulle vicende dei beni prima dello scioglimento della comunione.

E' questo l'orientamento espresso anche dalla Suprema Corte nella sentenza 2597 del 2006, che ha tuttavia riconosciuto al coniuge non imprenditore una serie di strumenti giuridici a tutela della propria aspettativa (separazione giudiziale dei beni, azione revocatoria, domanda di risarcimento danni in favore della comunione) tali da indurre gli interpreti a ritenere che la Corte, nel momento stesso in cui proclama la natura di mero fatto dell'aspettativa dell'altro coniuge, la riqualifichi sostanzialmente in termini di aspettativa di diritto.

Maggiori dubbi interpretativi sorgono in ordine al meccanismo attuativo della comunione de residuo al verificarsi di una causa di scioglimento del regime legale.

Al riguardo sono state proposte sostanzialmente due opzioni interpretative.

Una prima, sostiene la formazione di una situazione di reale contitolarità tra i coniugi dei diritti che residuano allo scioglimento della comunione, tesi sostenuta dalla dottrina tradizionale e recentemente anche dalla Cassazione (nella sentenza 2597 del 2006 prima ricordata, ed in altre pronunce della Sezione tributaria), per la quale si verificherebbe un ritrasferimento dei beni in capo al coniuge non imprenditore, determinando una vera e propria comproprietà differita.

Si contrappone, d'altro canto, la tesi che individua una comunione meramente virtuale, operante cioè solo sul piano obbligatorio e contabile.

Tale seconda ricostruzione, sostenuta dalla giurisprudenza della Cassazione in pronunce anteriori a quella del 2006 e da autorevole e brillante dottrina, riconosce al coniuge non imprenditore un diritto di credito per la metà del valore patrimoniale netto dei beni e degli incrementi dell'impresa, da conteggiarsi nella determinazione delle poste di dare ed avere relative ai rimborsi ed alle restituzioni, nel caso in cui per l'acquisto di quei beni si sia utilizzato danaro comune, ed alla divisione dell'attivo e del passivo della comunione, prevista dall'art. 194 c.c.-.

La tesi proposta, che condividerei, ha il pregio di superare i problemi applicativi che deriverebbero ritenendo, invece, che sui beni aziendali si instauri una contitolarità al momento

dello scioglimento della comunione legale.

I terzi, ed in particolare i creditori dell'imprenditore, i quali abbiano fatto affidamento su una determinata consistenza patrimoniale dell'impresa, si vedrebbero sottratta una parte del patrimonio dell'imprenditore alla loro garanzia patrimoniale.

L'imprenditore, poi, subirebbe del pari una sottrazione dei beni aziendali al libero esercizio dell'attività, in un momento, quello dello scioglimento della comunione, che può non coincidere con la cessazione dell'impresa, e potrebbe determinare in concreto un impedimento alla prosecuzione della gestione, vanificando così la stessa ragione giustificatrice di quel meccanismo voluto dal legislatore per tutelare la libertà di iniziativa economica che è la comunione de residuo.

Tale conseguenza appare ancora più inaccettabile ove si pensi che l'instaurarsi della comunione potrebbe coincidere con un momento di maggiore attrito tra i coniugi - si pensi allo scioglimento della comunione legale che avvenga per causa di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio.

Peraltro, la stessa lettera della legge pare supportare tale ricostruzione.

Infatti, mentre l'art. 177 c.c., nel definire i contorni della comunione legale, individua i beni che ne "costituiscono oggetto", l'art. 178 c.c., non a caso, stabilisce che i beni e

gli incrementi destinati all'impresa di uno dei coniugi "si considerano" oggetto della comunione, proprio a sottolineare che, pur non essendo comuni, a differenza dei beni personali di cui all'art. 179 c.c. che non vengono in alcun modo e mai più ricondotti nell'ambito dei diritti dei coniugi in comunione, di essi e del loro valore si deve tener conto al fine di regolare e liquidare i rapporti che confluiscono nella comunione legale.

Le conseguenze sul piano pratico, per la successiva circolazione dei beni e, conseguentemente, per l'attività del notaio, sono di immediata evidenza: dei beni ex art.178 resta unico titolare e legittimato ad amministrare e a disporre l'imprenditore.

Solo per fare un esempio, nel caso che la comunione si sciogla per morte dell'imprenditore, oggetto della successione, per la tesi che si ritiene preferibile, sono i beni nella loro interezza, e non solo per la quota della metà, e sui beni interi andranno calcolate le quote spettanti agli eredi del defunto, con appostamento tra le passività del credito del coniuge superstite.

Ove invece il regime legale venga meno per la morte dell'altro coniuge, non si avrà contitolarità dei beni aziendali e degli incrementi tra il coniuge imprenditore superstite e gli altri eredi del coniuge defunto (che potrebbero essere i figli, ma

anche, in loro mancanza, i fratelli o ascendenti del defunto, o addirittura estranei) in quanto oggetto della successione non sarà la quota di metà dei beni, ma il diritto di credito al loro controvalore netto.

3. Procedendo poi sul piano dell'indagine, e spostandomi sul secondo tema proposto, ovvero la partecipazione ad imprese collettive da parte del coniuge in comunione legale, possiamo in primo luogo sgombrare il campo da ogni dubbio circa la possibilità per i coniugi in comunione di costituire validamente un qualsiasi tipo di società, da soli o con terzi.

La dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti hanno infatti definitivamente superato gli argomenti addotti dai sostenitori della tesi negatrice, individuabili essenzialmente nel riconoscimento alla comunione legale della natura di soggetto di diritto, distinto dalle persone dei coniugi, ed unico centro di imputazione del rapporto nascente dalla costituenda società, nella quale dunque difetterebbe il requisito della pluralità dei soci, nonché nella qualificazione dell'impresa coniugale quale unica forma consentita ai coniugi in comunione per l'esercizio in comune dell'attività di impresa, e non come figura residuale, sulla base di una asserita incompatibilità tra la disciplina societaria e le norme cogenti della comunione legale in tema

di amministrazione dei beni.

L'attenzione va dunque rivolta al diverso problema, non risolto, del regime al quale debbano considerarsi assoggettate le partecipazioni sociali acquistate dal coniuge in comunione legale.

E' evidente che rilevi, in prima battuta, la categoria alla quale appartiene il bene (o il danaro) che venga impiegato per il conferimento ovvero per l'acquisto della partecipazione.

Nel caso si tratti di bene o danaro rientrante in una delle categorie previste dall'art. 179 c.c., anche la partecipazione acquistata dal coniuge resta esclusa dalla comunione legale, ai sensi dell'art. 179 lett. f), configurando la fattispecie un acquisto personale per surrogazione, derivante dallo "scambio di un bene personale".

Sul piano operativo, è opportuno che la natura personale dell'acquisto si faccia risultare espressamente dal titolo, mentre non si rende necessaria la partecipazione all'atto dell'altro coniuge, come peraltro precisato dalla ben nota Regola n. 20 dei Protocolli dell'attività notarile, pure alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che tende a qualificare le quote di società come beni mobili, ed in particolare come beni mobili immateriali registrati, per il particolare regime di pubblicità al quale sono assoggettate le relative vicende (orientamento portato a fondamento della tesi

che ammette la costituzione di fondi patrimoniali aventi ad oggetto quote di srl e, secondo la dottrina più evoluta, anche quote di snc), dal momento che l'art. 179 comma 2 c.c. impone l'intervento del coniuge non acquirente per l'esclusione dei soli beni mobili "elencati nell'art. 2683 c.c.", nel quale non sono ricomprese le quote sociali.

La questione si pone invece in maniera più complessa ove il coniuge impieghi, per l'acquisto o il conferimento, beni attualmente comuni, oppure oggetto di comunione de residuo, per i quali ultimi la giurisprudenza e la dottrina quasi unanimi escludono l'operatività di un meccanismo surrogatorio analogo a quello previsto per i beni personali dall'art. 179 lett. f).

Come è noto, manca in materia un'espressa indicazione legislativa: ciò spiega anche il netto contrasto di opinioni.

Ai due estremi diametralmente opposti si pongono l'opinione che nega che le partecipazioni a qualunque tipo sociale possano costituire oggetto di comunione legale, e la tesi secondo la quale tutte le partecipazioni sociali cadono in comunione legale.

Il primo orientamento, che allo stato attuale del dibattito può dirsi sostanzialmente marginale, parte dalla qualificazione della natura della partecipazione sociale come diritto di credito o status appartenente al socio, e si fonda

essenzialmente su una lettura restrittiva dell'art. 177 c.c., per la quale gli acquisti ricadenti nella comunione sarebbero solo quelli aventi ad oggetto il diritto di proprietà o altri diritti reali, con la conseguenza che le quote sociali ne resterebbero per loro natura escluse.

La seconda ricostruzione, invece, alla quale ho già fatto cenno, riconduce ogni partecipazione sociale alla categoria dei beni mobili ex articoli 810 e 812 ult. comma c.c., in quanto suscettibili di valutazione economica, idonee a formare oggetto di diritti (usufrutto - pegno), trasferibili inter vivos e mortis causa, assoggettabili ad espropriazione forzata.

Come tali, le partecipazioni sociali vengono considerate sempre idonee a costituire acquisti patrimoniali ai sensi dell'art. 177 lett a) c.c.-.

Tale ricostruzione, formulata da dottrina acuta ma minoritaria, è stata recentemente accolta dalla Cassazione nella sentenza 2569 del 2009 in materia di acquisti di quote di società di persone, nell'ambito di un filone, sempre più emergente dalle più recenti pronunce della Corte, che tende a rafforzare la forza attrattiva e l'operatività del regime legale nelle fattispecie dubbie, ma che costituisce ad oggi l'unico precedente in termini, in netto contrasto con l'orientamento pressochè costante della giurisprudenza di

legittimità e di merito.

Infatti, a fronte delle riferite tesi, che tentano di fornire una risposta unitaria al problema partendo dalla natura giuridica delle quote sociali, la giurisprudenza dominante e la maggioranza degli autori ritengono che le partecipazioni sociali non possano essere ricomprese in una classificazione unitaria, ma che si renda necessario considerare gli aspetti differenziali dei tipi sociali a cui appartengono, per individuare le relazioni con la comunione legale.

Partendo da questo presupposto, attraverso percorsi argomentativi differenti, i diversi orientamenti che si sono affermati al riguardo approdano ad una soluzione sostanzialmente condivisa, che vede le quote sociali divise in due categorie: quelle che restano escluse dalla comunione immediata per essere oggetto di comunione de residuo (partecipazioni in società semplici, snc, sas e sapa in qualità di socio accomandatario), e quelle che cadono in comunione legale immediata (partecipazioni in srl, spa, sas e sapa in qualità socio accomandante).

Il punto di partenza comune è rappresentato dalla considerazione pregiudiziale per cui, in mancanza di norme direttamente applicabili, occorra far ricorso, per la soluzione della questione, alla disposizione generale dell'articolo 177 lett. a) ed alla previsione dell'art. 178

c.c., norma quest'ultima ritenuta applicabile all'ipotesi di acquisto, da parte del coniuge in comunione, di partecipazioni sociali (con conseguente estensione del regime della comunione de residuo) non direttamente ma in via analogica, sulla base dell'assunto ormai definitivamente acquisito, per tutti i tipi sociali, anche non personificati, che imprenditore è la società e non il socio.

In questo ambito, emerge l'orientamento dottrinale, condiviso in alcune occasioni anche dalla giurisprudenza, che utilizza quale elemento dirimente per l'inclusione della partecipazione nella comunione legale, il regime di responsabilità del socio nei differenti tipi societari, per il quale cadono in comunione immediata le partecipazioni caratterizzate da responsabilità limitata, mentre ne restano escluse quelle che attribuiscono al socio una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

L'interpretazione si fonda sull'analogia, in termini di responsabilità, tra esercizio dell'impresa individuale e partecipazione a responsabilità illimitata: in entrambi i casi il coniuge risponde con tutti i propri beni delle obbligazioni nascenti dall'esercizio dell'attività, in entrambi i casi è esposto al fallimento (direttamente, il coniuge imprenditore individuale; per estensione ex art. 147 l. fall., il coniuge socio a responsabilità illimitata).

Si aggiunge, inoltre, in alcune formulazioni della tesi, l'esigenza di tutelare il coniuge non acquirente dalle conseguenze negative della partecipazione in società, in assenza di una sua espressa manifestazione di volontà ai fini della assunzione della responsabilità.

L'esposta opinione coincide, sostanzialmente, nelle conclusioni con quella, forse più coerente con l'obiettivo proprio dell'art.178, di garantire la libertà di iniziativa economica del coniuge in comunione, secondo la quale sarebbero escluse dalla comunione immediata e cadrebbero in comunione de residuo le partecipazioni il cui acquisto sia strumentale alla gestione della società, mentre sarebbero oggetto di comunione immediata le partecipazioni il cui acquisto costituisca un mero investimento patrimoniale.

La tesi si manifesta in due diverse articolazioni.

Per la prima, andrebbe verificata caso per caso l'effettiva destinazione dell'acquisto della partecipazione alla gestione della società da parte del coniuge socio, analogamente a quanto impone l'art. 178 per l'acquisto del bene destinato all'impresa da parte del coniuge imprenditore individuale. Essa, pur avendo il pregio di fornire una soluzione che tenga conto della realtà delle fattispecie concrete, presenta però il limite di attribuire rilevanza giuridica ai motivi che sottendono l'acquisto, ed il rischio di creare incertezza sul

regime delle partecipazioni, dipendente dall'intento soggettivo del coniuge acquirente, mutevole e non conoscibile da parte dei terzi.

La seconda, si sforza di ancorare l'intento soggettivo ad un dato obiettivo, che viene individuato nell'assunzione del rischio di impresa, inscindibilmente collegato al potere di gestione della società, attuale o anche solo potenziale.

Pertanto, si presumono acquisti - strumentali, oggetto di comunione de residuo, quelli relativi a partecipazioni alle quali è collegata la responsabilità illimitata del socio (in soc. semplice, snc, in qualità di accomandatario di sas e di sapa), ed acquisti - investimenti, ricadenti in comunione legale ex art. 177 lett. a), quelli aventi ad oggetto partecipazioni alle quali è connessa la responsabilità limitata (in spa, srl, o in qualità di accomandante).

A ben vedere, le tesi che si fondano sulla responsabilità, pur avendo il pregio di tentare di fornire un criterio obiettivo nella soluzione della questione, incontrano un innegabile limite, peraltro rilevato dai loro stessi sostenitori, in quelle fattispecie che, anche in società con partecipazioni fisiologicamente a responsabilità limitata, ricollegano a particolari vicende inerenti la partecipazione la responsabilità illimitata del socio: si pensi alla disciplina dell'unico quotista di srl o dell'unico azionista di spa,

nonchè del socio accomandante che violi il divieto di immistione nella gestione della società.

Ma soprattutto, le riferite tesi non soddisfano, a mio parere, in tutte quelle situazioni reali - la maggioranza invero nel panorama economico attuale - in cui l'acquisto della partecipazione è funzionalmente destinato all'esercizio dell'attività economica, proprio potendo sfruttare la limitazione della responsabilità.

Mi riferisco in particolare all'acquisto di partecipazioni in srl.

E' innegabile che la qualificazione quasi unanime delle quote di srl quali oggetto di comunione legale immediata discenda dall'applicazione del principio interpretativo, per il quale nei rapporti tra i coniugi il regime giuridico delle partecipazioni in srl è conforme a quello delle partecipazioni in spa, che trova fondamento nella disciplina delle società anteriore alla Riforma del 2003, in cui la srl si presentava come modello strutturale non affatto autonomo, ma piuttosto conformato sul tipo spa.

Tale principio ha indotto quasi unanimemente gli interpreti, a parte poche interessanti voci contrarie, ad estendere alle quote di srl le conclusioni alle quali la giurisprudenza è addivenuta in diverse pronunce con riferimento alle azioni di spa, qualificandole incrementi patrimoniali rientranti tra gli

acquisti di cui all'art. 177 lettera a) in quanto l'aspetto patrimoniale di esse si presenta assolutamente prevalente rispetto ai diritti ed agli obblighi connessi con lo status di socio che rappresentano.

A mio parere, tale principio può essere messo in discussione alla luce della attuale normativa in materia di srl.

E' noto infatti che la scelta operata dal legislatore del 2003 sia stata quella di offrire agli operatori un modello societario che non apparisse più appiattito sul modello della spa, ma fosse caratterizzato da una maggiore flessibilità - attraverso l'ampio spazio riconosciuto all'autonomia privata - ed imperniato su una fondamentale considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali (attraverso la possibilità dell'attribuzione di partecipazioni non necessariamente proporzionali ai conferimenti, la possibile attribuzione a singoli soci di particolari diritti, la disciplina del trasferimento delle partecipazioni sociali, la disciplina del recesso, la possibilità di riservare alcuni atti di gestione ai soci).

Nel perseguire questo obiettivo di politica legislativa, la legge ha configurato un modello societario la cui partecipazione si presenta "oggettivamente" strumentale all'esercizio dell'attività di impresa per le caratteristiche proprie del tipo, ed indipendentemente dalla scelte concrete e

mutevoli operate in sede statutaria dai soci, del tutto analogamente a quanto accade per le quote di società di persone, che si ritengono oggetto di comunione de residuo.

Rispetto ad esse, infatti, l'esclusione dalla comunione immediata opera sia che i soci rendano applicabile la regola per cui l'amministrazione della società spetta a tutti, sia nel caso in cui convengano in sede pattizia di attribuire il potere di gestione ad alcuni soci soltanto.

Si prescinde dunque dall'atteggiamento soggettivo di chi acquisisce la partecipazione, ma viene in considerazione che cosa egli realizza e che cosa gli è dato realizzare, anche solo potenzialmente, attraverso la partecipazione al tipo sociale prescelto.

In questa prospettiva, a mio parere, anche l'acquisto della partecipazione in srl può qualificarsi come acquisto - strumentale, escluso dalla comunione legale immediata ed oggetto di comunione de residuo.

La soluzione proposta sembra trovare conforto nella nuova figura della società semplificata a responsabilità limitata prevista dall'art. 2463 bis c.c., che forse non costituisce propriamente il frutto di una scelta legislativa ponderata come quella che sta alla base della riforma del 2003, ma che certamente è stata introdotta non tanto per favorire l'investimento patrimoniale, quanto piuttosto per incentivare

l'iniziativa imprenditoriale dei cd. "giovani" (gli under 35) proprio facendo leva su un rischio d'impresa ridotto, sia in termini di capitale impiegato, sia in termini di responsabilità (oltre che su altri incentivi economici ben noti).

Un brevissimo cenno meritano, a questo punto, le implicazioni pratiche della impostazione formulata, nei rapporti tra i coniugi, verso i terzi e nei confronti della società.

Ove si accolga l'idea che le quote di srl restano escluse dalla comunione immediata, deve ritenersi conseguentemente che spetti al solo coniuge acquirente il potere di disporre della partecipazione a qualsiasi titolo, oneroso o gratuito, non solo manente comunione, ma anche, per la tesi alla quale ho ritenuto di aderire, ove si verifichi una causa di scioglimento del regime legale, negandosi in ogni caso una contitolarità anche differita della quota, ma riconoscendosi al coniuge non acquirente solo un diritto di credito.

Vero è che a conclusione non dissimile si giunge considerando le quote di srl oggetto di comunione immediata, dal momento che l'art. 184 c.c. non applica - agli atti di disposizione di beni diversi dagli immobili o dai mobili registrati ex art. 2683 c.c. compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro - la sanzione dell'annullabilità, ma riconosce una mera tutela obbligatoria al coniuge estraneo all'atto, che

potrà ottenere la ricostituzione della comunione allo stato in cui era, o, ove non sia possibile, il pagamento dell'equivalente.

Tuttavia, l'atto di disposizione della quota in comunione legale da parte uno solo dei coniugi è inattaccabile solo se effettuata a titolo oneroso, mentre impinge nel divieto dell'art. 771 c.c. - che vieta la donazione di beni altrui - ed è dunque nullo se effettuato donandi causa.

Sempre ove si accolga la tesi proposta, non può riconoscersi in capo al coniuge non acquirente alcuna pretesa ad ottenere la cointestazione della quota nel registro delle Imprese ai fini della legittimazione all'esercizio dei diritti sociali.

Neanche deve ritenersi rilevante l'assenza, in capo al medesimo, di eventuali requisiti richiesti per l'acquisto della partecipazione dalla legge o dallo statuto sociale, che contenga patti limitativi al trasferimento delle partecipazioni.

Tale profilo merita particolare attenzione in materia di società semplificate a responsabilità limitata, per le quali l'art. 2643 bis c.c. espressamente vieta la cessione delle quote a soggetti non aventi i requisiti di età previsti dalla legge, a pena di nullità dell'atto.

Infatti, ove si segua la tesi dominante della caduta in comunione immediata delle quote, e l'acquirente sia coniugato

con un soggetto over 35, richiede attenta e meditata riflessione la risposta al quesito se il rapporto di comunione rilevi solo nei rapporti interni tra i coniugi - come sostenuto da parte della dottrina relativamente ai limiti statutari alla circolazione delle quote - e pertanto l'acquisto che legittimi all'esercizio dei diritti sociali il solo coniuge avente i requisiti di legge sia valido ed efficace, oppure se l'assenza del requisito in capo al coniuge non formalmente intestatario della quota, ma comunque titolare ex lege, impedisca, come a me sembrerebbe, la cessione nel suo complesso.

Un ultimo accenno alla trasformazione.

Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato la questione se la trasformazione da società con partecipazioni strumentali, escluse dalla comunione immediata ex art. 178 c.c., in società con partecipazioni investimento, oggetto di comunione legale ex art. 177 lettera a), comporti il mutamento di regime delle partecipazioni di cui il coniuge sia divenuto titolare per effetto della trasformazione, determinandone la caduta in comunione legale.

Parte della dottrina e della giurisprudenza di merito (Tribunale Catania 17 luglio 2007) ritengono che, venendo meno in tali fattispecie le ragioni che giustificavano un sacrificio nell'interesse del coniuge non socio, non

sussistano ostacoli ad un'estensione dell'art. 177 lettera a) alla partecipazione sociale, comportando il passaggio da un tipo societario all'altro una modifica del significato della partecipazione del coniuge socio, in termini di investimento e non più in termini di strumento per lo svolgimento dell'attività in senso lato imprenditoriale.

In senso contrario viene rilevato che la trasformazione da un tipo sociale all'altro non comporta in capo al coniuge socio alcun "acquisto" rilevante ai sensi dell'art. 177 lettera a) c.c., in quanto si configura quale vicenda modificativa dell'organizzazione societaria esistente e delle sue regole, e non produce alcun effetto traslativo nè per il patrimonio della società nè per il patrimonio dei soci.

Tale vicenda si considera dunque inidonea a modificare il regime delle partecipazioni, che resta quello impresso al momento iniziale dell'acquisto, così come - secondo l'orientamento assolutamente dominante - il mutamento di destinazione, da parte dell'imprenditore, del bene inizialmente destinato all'impresa non è idoneo a sottrarlo dal regime della comunione de residuo ex art. 178 per attrarlo nella comunione legale.

Ne consegue che, seguendo la tesi dominante, la trasformazione progressiva, per esempio, da snc in srl non è idonea ad attrarre in comunione le quote della società risultante dalla

trasformazione (che restano assoggettate al regime di cui all'art. 178 c.c.). Analogamente, la trasformazione regressiva da srl in snc non muta il regime delle quote, che pure in società di persone, saranno oggetto di comunione immediata.

Tale ultima ipotesi, naturalmente, non potrà verificarsi ove invece si ritenga che anche le quote di srl siano oggetto di comunione de residuo, mantenendo le partecipazioni un regime identico in entrambe le ipotesi di trasformazione alle quali ho fatto riferimento.