

Il fondo patrimoniale tra protezione degli interessi familiari e pregiudizio delle ragioni creditorie

di *Maria Luisa Cenni*

1) Introduzione.

La prospettiva proposta, di analizzare il fondo patrimoniale tenendo conto da un lato della sua funzione fisiologica e dall'altro del suo utilizzo distorto, è di grande attualità ed utilità alla luce dei recenti orientamenti che si sono consolidati nella giurisprudenza di legittimità.

Infatti è evidente che la debolezza sul piano pratico di questo istituto (e anche degli altri patrimoni separati come trust e vincoli di destinazione) nasce dal conflitto che la sua applicazione pratica ha determinato fra quella che normativamente è la sua stessa "funzione economico sociale", cioè l'aspetto funzionale di essere destinato ai "bisogni della famiglia" e l'utilizzo concreto che ne viene fatto e determina un patologico "pregiudizio delle ragioni creditorie".

Inoltre sull'affidabilità dell'utilizzo del fondo patrimoniale incidono i problemi interpretativi che nascono dalla scarsa disciplina che lo regola che, come rileva la Suprema Corte in una recente Sentenza sulla quale mi soffermerò "non risulta esaustiva, avendo il legislatore ad essa dedicato soltanto cinque articoli, all'interno dei quali non sono puntualmente delineate e distinte le diverse fasi della costituzione, della gestione, della modificazione e dell'estinzione del fondo. Non solo ma nella disciplina adottata sono ravvisabili profili di dubbia coerenza..." (così Cass. 8 agosto 2014 n. 17811).

L'incertezza interpretativa derivante dalla inadeguata disciplina normativa e l'utilizzo distorto che dell'istituto è stato fatto hanno portato ad una interpretazione giurisprudenziale "difensiva" degli interessi dei creditori che ha ridotto la portata degli effetti limitativi della responsabilità patrimoniale discendenti dalla separazione patrimoniale (art. 170 c.c.).

Dovendo scegliere gli aspetti da affrontare per porre in evidenza, da un lato, la funzione del Fondo di "protezione degli interessi familiari", e dall'altro, i rimedi al potenziale pregiudizio delle ragioni creditorie ho ritenuto di prendere

le mosse dalle decisioni di maggior rilievo della Suprema Corte ed in particolare:

- 1) riguardo al primo aspetto della “protezione degli interessi familiari” dalle argomentazioni che emergono da recenti decisioni in materia di scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale e di atti dispositivi dei beni del fondo;
- 2) riguardo al secondo aspetto della “resistenza” del fondo come “strumento di protezione” dei beni che, con esso, vengono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia, e dei conseguenti interessi dei creditori, pare utile soffermarsi su alcune soluzioni interpretative consolidate in particolare:
 - sull’interpretazione dell’art. 170 c.c.;
 - sulla inefficacia del fondo a seguito di azioni revocatorie ordinaria e fallimentare;
 - sulla debolezza del fondo patrimoniale di fronte alla revocatoria penale e ai provvedimenti cautelari penali.Procedendo in questa analisi sarà utile accennare ad alcuni accorgimenti opportuni:
 - in sede di redazione dell’atto costitutivo del fondo patrimoniale;
 - qualora vengano contratte obbligazioni per scopi estranei ai bisogni della famiglia in presenza del fondo patrimoniale;
 - ed infine nella fase dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale.

2) Il fondo patrimoniale come strumento di protezione degli interessi familiari

Occorre premettere che il nostro ordinamento non ritiene meritevole di tutela la separazione patrimoniale in quanto tale bensì la separazione patrimoniale solo in quanto giustificata da un programma di destinazione meritevole di tutela che sia effettivamente perseguito attraverso lo strumento adottato.

In pratica non è meritevole di tutela costituire un fondo patrimoniale o un vincolo di destinazione o istituire un trust per proteggere i beni dei costituenti ma la separazione patrimoniale è strumentale ad una destinazione meritevole concretamente svolta dallo strumento adottato.

In maniera ancora più incisiva la recente giurisprudenza della Suprema Corte pone in evidenza un elemento fondamentale dei patrimoni destinati e cioè la necessità della “causa concreta” quale “programma

concreto che non può che risultare sulla base del singolo regolamento d'interessi attuato"¹: non basta che il costituente attraverso quello strumento dica di fare quella cosa ma ciò che rileva è la causa concreta nel suo svolgimento dinamico.

Nel fondo patrimoniale gli aspetti rilevanti per valutare questo aspetto, e per escludere il suo utilizzo come meccanismo frodatorio, riguardano:

- la sua fase genetica e cioè quando è stato costituito e come è costituito. Rilevano nel senso di qualificare il fondo patrimoniale quale "strumento frodatorio": la preesistenza di debiti, ovvero il progressivo aumento dell'esposizione debitoria successiva tale da far ravvisare la dolosa preordinazione; l'aver conferito in fondo patrimoniale tutti i beni ovvero una quantità sproporzionata rispetto ai bisogni della famiglia; l'introduzione di clausole liberalizzatrici nella disposizione dei beni in deroga all'art. 169; elementi tutti tali da far ritenere "che lo scopo del fondo patrimoniale, anziché essere l'accantonamento di un patrimonio per i futuri bisogni della famiglia, era (sia) strumentale all'elusione delle prevedibili conseguenze delle progressive esposizioni debitorie";²
- la fase dell'amministrazione e disposizione dei beni che ne formano oggetto;
- la fase della sua eventuale cessazione consensuale.

La funzione del Fondo patrimoniale, come rileva la Suprema Corte, è la destinazione dei beni ad esso conferiti a "far fronte ai bisogni della famiglia coniugale"³ è questa "la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli"⁴.

Dal vincolo di destinazione, al quale la Cassazione riconosce natura "reale"⁵, e dalla necessità di garantirne l'attuazione, poi discende la

¹ Su questo aspetto in materia di trust, ma con riferimento al fondo patrimoniale, l'importante sentenza della Cassazione, Sezione Seconda Penale, in data 16 aprile 2015 n. 15804/15.

² In questo senso già Cassazione, Sezione III, Sentenza 23 settembre 2004 n. 19131.

³ Dopo la legge 20 maggio 2016 n. 76 entrata in vigore il 5 giugno 2016 il fondo patrimoniale può essere costituito anche della parti dell'unione civile.

⁴ In questo senso, da ultimo l'importante Sentenza della Corte di Cassazione in data 8 agosto 2014 n. 17811.

⁵ In questo senso *Cass., Sez. 1, Sentenza n. [1242](#) del 27/01/2012*, secondo cui "In tema di azione revocatoria, la natura reale del vincolo di destinazione impresso dalla costituzione del fondo patrimoniale in vista del soddisfacimento dei bisogni della famiglia e la conseguente necessità che la sentenza faccia stato

“istituzione di un patrimonio a sé” (patrimonio separato secondo la Suprema Corte⁶) che giustifica la speciale disciplina, anch’essa a garanzia dell’attuazione del vincolo, ed in particolare, per quanto qui interessa:

- a) le regole dell’amministrazione e dell’alienazione dei beni del fondo contenute negli art. 168 comma ultimo e 169 c.c. (in deroga alla regola generale dettata dall’art. 1379 c.c.);
- b) il dovere di destinare i frutti e, più in generale, le utilità tratte dai beni oggetto del fondo alle necessità della famiglia (art. 167, comma secondo c.c.) con diretta incidenza di questo obbligo sull’applicazione dell’art. 169 c.c. e sulla necessità che gli atti gli alienazione comunque rispondano a “necessità od utilità” evidente” della famiglia;
- c) la necessaria contitolarità in capo ai coniugi dei diritti oggetto del fondo patrimoniale (art. 168, comma primo c.c.);
- d) la fisiologica temporaneità del fondo patrimoniale che cessa con il cessare del vincolo coniugale, con alcune precisazioni da fare riguardo alla convenzione risolutiva del fondo patrimoniale, proprio nell’ottica della tutela degli interessi della famiglia “nel suo complesso”⁷.

Occorre soffermarsi brevemente sui quattro elementi strutturali posti in rilievo al fine di evidenziare le principali implicazioni pratiche.

nei confronti di tutti coloro per i quali il fondo è stato costituito comportano che, nel relativo giudizio per la dichiarazione della sua inefficacia, la legittimazione passiva spetta ad entrambi i coniugi, anche se l'atto costitutivo sia stato stipulato da uno solo di essi, spettando ad entrambi, ai sensi dell'art.168 cod. civ., la proprietà dei beni che costituiscono oggetto della convenzione, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto costitutivo, con la precisazione che anche nell'ipotesi in cui la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo, essendosi il coniuge (o il terzo costituente) riservato la proprietà dei beni, è configurabile un interesse del coniuge non proprietario alla partecipazione al giudizio.” Conformi: Cass., Sezione 1, Sentenza 12 ottobre 2011, n. 1242, in Archivio C.E.D. Cassazione ; Cass., Sezione 3, 18 ottobre 2011, Sentenza n. 21494, in Archivio C.E.D. Cassazione; Cass., Sezione 1, Sentenza 13 luglio 2006, n. 15917, in Archivio C.E.D. Cassazione.

⁶ Cass., Sent. n. N. 21494 in data 13/07/2011 e Cass. N. 1112/2010 entrambe pronunciate in materia di fallimento nella vigenza del precedente art. 46 n. 3 L. Fall.).

⁷ Come affermato dalla Suprema Corte nella Sentenza 8 agosto 2014 n. 17811.

In realtà sono aspetti strettamente collegati e da trattare unitariamente in quanto:

- le particolari regole sull'amministrazione discendono dalla fisiologica appartenenza dei beni del fondo ad entrambi i coniugi e sono dettate dall'esigenza di attuazione del vincolo;
- il vincolo di destinazione, a sua volta, impone il rispetto dell'inderogabile requisito della "necessità od utilità evidente" negli atti di disposizione di cui all'art. 169 c.c.;
- tale requisito, come già detto, è strettamente collegato all'obbligo di destinazione di cui all'art. 167, comma secondo citato;
- nella fase di scioglimento convenzionale del vincolo, quando cioè i beni vengono volontariamente sottratti alla speciale disciplina di tutela, occorre valutare l'interesse concreto della famiglia nel suo complesso.

Pare opportuno partire da un breve quadro normativo sull'amministrazione dei beni del fondo patrimoniale e sulle peculiarità discendenti dall'essere il fondo patrimoniale caratterizzato dal "vincolo di destinazione".

Le norme sull'amministrazione dei beni del fondo sono contenute negli articoli 168, ult. comma, e 169 c.c. ed in particolare:

- l'art. 168 contiene un rinvio alle norme in materia di comunione legale, disponendo che: "L'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale". Queste norme sono contenute negli articoli da 180 a 184 c.c.;
- l'art. 169 c.c. ("Alienazione dei beni del fondo") pone norme particolari per alcuni atti di disposizione dei beni del fondo.

Dalle citate norme, funzionalmente collocate nell'ambito del patrimonio di destinazione cui sono destinate, si ricavano i seguenti criteri operativi:

- a) in virtù del rinvio operato dall'art. 168, ult. comma, c.c., le regole per l'amministrazione dei beni del fondo patrimoniale sono quelle contenute nell'art. 180 c.c. ovvero:
 - il principio dell'amministrazione disgiunta dei coniugi per gli atti di ordinaria amministrazione ed
 - il principio dell'amministrazione congiunta degli stessi per gli atti di

straordinaria amministrazione e per la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento.

Tali regole di amministrazione sono da considerarsi inderogabili in virtù del disposto dell'art. 210, ult. comma, c.c., ritenuto pacificamente applicabile anche al fondo patrimoniale⁸; sarebbe pertanto viziata da nullità la clausola contenuta nell'atto di costituzione del fondo che fissasse regole diverse;

- b) il principio dell'agire congiunto dei coniugi, previsto dall'art. 180 c.c., va però coordinato con il disposto dell'art. 169 c.c. il quale, con una formulazione letterale da più parti criticata⁹, e certamente poco chiara, dispone che: "Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o utilità evidente".

Circa i rapporti fra gli artt. 180 e 169 c.c. pare condivisibile l'affermazione secondo cui l'art. 169 c.c., nella misura in cui detta norme difformi rispetto all'art. 180 c.c., prevale su quest'ultimo essendo norma speciale;

- c) per individuare le regole in base alle quali vanno esercitati i poteri di amministrazione dei beni del fondo patrimoniale occorre tener presente che, diversamente dalla comunione legale, l'esercizio dei poteri di amministrazione dei beni del fondo è connotata da un ulteriore elemento: quello della finalità che i beni stessi, e le loro utilità, sono destinati a soddisfare.

Ciò implica che, contrariamente a quanto può accadere nell'ambito della comunione legale, la gestione dei beni del fondo non può avvenire in maniera arbitraria da parte dei coniugi, anche quando manchino figli minori, dovendo sempre essere rispettata la destinazione funzionale.

Da ciò si fa discendere che in materia di fondo patrimoniale deve considerarsi abusivo non solo l'atto compiuto in violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei poteri di amministrazione, come il caso in cui un coniuge compia da solo un atto per il quale è richiesto il consenso di entrambi, ma anche l'atto compiuto dai coniugi, anche congiuntamente, con finalità diverse dal soddisfacimento dei bisogni della famiglia¹⁰¹¹. Questa riflessione incide anche sull'interpretazione

⁸ T. AULETTA, *op. cit.*, 212 e 301; Trib. Foggia, 9 giugno 2000, cit.

⁹ Per tutti vedasi CORSI, *op. cit.*, 98.

¹⁰ In questo senso T. AULETTA, *op. cit.*, 215 e 259; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 305; LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., 56.

¹¹ Tale conclusione pare condivisa anche dalla giurisprudenza nelle recenti decisioni in cui afferma che il

dell'art. 169 c.c. sotto l'aspetto della fisiologica inderogabilità della "necessità" o "utilità evidente" ..

Agli atti compiuti con i necessari consensi e le necessarie autorizzazioni ma abusivi sul piano funzionale non si ritengono applicabili sanzioni di invalidità¹².

Tali possono definirsi gli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione impresso ai beni e, a titolo esemplificativo, sono quelli con cui:

- 1) si ipoteca un bene del fondo per scopi estranei ai bisogni della famiglia (in questo senso espressamente le infraccitate Sentenze della Corte di Cassazione n. 5385/2013 e 13622/2010);
- 2) si aliena un bene del fondo senza che ricorra il presupposto della necessità od utilità evidente della famiglia;
- 3) non si destina il ricavato di una vendita al soddisfacimento di bisogni familiari;
- 4) si impiegano i frutti dei beni del fondo per scopi estranei ai bisogni familiari.

In particolare l'art. 169 c.c., che disciplina gli atti di alienazione dei beni del fondo, è considerata una delle principali norme poste a tutela

vincolo di destinazione già esistente su un bene del fondo, alienato, si trasferisce sulla somma ricavata o deve essere trasferito su un altro bene riacquistato con il ricavato. In questo senso in particolare: App. Bari, 15 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 200 di riforma a Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 201 ss.; Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, in *Vita not.*, 1, 81 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 215 ss., con nota di VIOTTI; Trib. Milano, 1° marzo 2000, secondo la quale "ove non ricorrano ipotesi di cessazione del fondo il vincolo di destinazione di un bene al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, non potendo di per sé cessare per il solo fatto dell'alienazione di quel bene (indipendentemente dal fatto che detta alienazione sia stata preventivamente consentita dalle parti ovvero autorizzata dal Tribunale), dovrà trasferirsi sull'importo ricavato dalla vendita del bene stesso, ovvero sul bene che con detto ricavato sia stato acquistato (a meno che non si sia trattato di vendita "necessaria" cioè autorizzata dal giudice ex art. 169 c.c. proprio al fine di soddisfare i debiti della famiglia). Incidentalmente sull'argomento anche Cass. 27 aprile 2001 n. 6167, in Archivio sentenze Civili Juris Data.

¹² Già nel vigore delle abrogate norme in materia di dote la giurisprudenza aveva elaborato delle massime in base alle quali il mancato adempimento delle prescrizioni attinenti all'impiego del prezzo di vendita, ed in particolare il mancato reimpiego della somma ricavata dalla vendita, non comportavano invalidità del negozio di alienazione. Nello stesso senso pare orientata la sentenza emessa, in sede di esecuzione, dal Tribunale di Bologna, IV Sezione civile, in data 7 luglio 2000, per il caso di un'ipoteca concessa da entrambi i coniugi, previa autorizzazione del Tribunale, su un immobile costituito in fondo patrimoniale a garanzia di un mutuo asseritamente contratto per la ristrutturazione dell'immobile stesso. A seguito dell'iscrizione ipotecaria l'istituto mutuante aveva erogato la somma ad uno solo dei coniugi senza operare alcun controllo sulla reale destinazione della somma stessa. Nel caso di specie il Tribunale ha affermato la validità del titolo azionato (l'iscrizione ipotecaria appunto) "a nulla rilevando l'effettiva destinazione delle somme operata dall'esecutato in presunto contrasto con la finalità dichiarata, non essendo la stessa opponibile all'istituto mutuante".

dell'interesse familiare nella fase dinamica della gestione del fondo e la principale, se non l'unica, norma che fissa il divieto di compimento di atti abusivi sotto il profilo funzionale.

Come noto tale norma prevede una facoltà di deroga per i costituenti alle regole in essa contenute; facoltà di deroga il cui utilizzo è talvolta individuato dalla giurisprudenza come indice di utilizzo frodatorio del fondo.

Come disciplina, l'art. 169 c.c., in parte conferma la regola dell'amministrazione congiunta contenuta nell'art. 180 c.c., richiedendo il consenso di entrambi i coniugi per il compimento degli atti in esso previsti, ed in parte se ne distacca laddove:

- richiede l'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori (di competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell'art. 38, comma 2°, disp. att. c.c.);
- limita il compimento di tali atti ai casi di necessità od utilità evidente;
- prevede che l'atto di costituzione del fondo possa contenere una deroga.

L'infelice formulazione letterale della norma ha dato luogo ad una pluralità di interpretazioni ¹³.

¹³ In particolare:

- vi è chi, interpretando la possibilità di deroga in maniera ampia, ritiene che il costituente il fondo patrimoniale possa, purché lo faccia nello stesso atto costitutivo e in maniera espressa, autorizzare i coniugi a compiere disgiuntamente anche gli atti di straordinaria amministrazione e a compierli senza l'autorizzazione del giudice quando vi siano figli minori;
- vi è chi invece ritiene derogabile solo la normativa che richiede il consenso di entrambi i coniugi e pertanto la norma legittimerebbe il costituente, terzo o coniuge, a riservarsi il potere di alienare i beni conferiti in fondo, sottraendoli in tal modo alla loro destinazione, ma non ritiene derogabile in presenza di figli minori l'autorizzazione giudiziale;
- al contrario, un'altra corrente di pensiero ritiene che la deroga possa riferirsi solo all'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, e quindi la norma avrebbe inteso unicamente riconoscere all'autonomia privata il potere di escludere tale autorizzazione lasciando i coniugi unici arbitri della necessità o utilità evidente dell'atto di alienazione;
- un'altra dottrina, muovendosi sulla stessa linea di pensiero dell'ultima teoria esposta, ritiene che la norma consenta di escludere l'autorizzazione giudiziale, ma attribuisce alla facoltà di deroga in essa contenuta portata restrittiva sotto l'aspetto della necessità dell'agire congiunto dei coniugi sostenendo che, in mancanza di figli minori, la relativa clausola potrebbe solo permettere ai coniugi di compiere disgiuntamente gli atti ricompresi nell'amministrazione ordinaria, ma sottoposti dalla norma stessa alla particolare disciplina dell'agire congiunto, ripristinando, sotto questo aspetto, le regole operanti per l'amministrazione della comunione legale riconosciute inderogabili (si porta come esempio la concessione di un pegno su un titolo di credito di modesto valore, ovvero l'alienazione dello stesso, inquadrabili fra gli atti di ordinaria amministrazione ma per i quali l'art. 169 c.c. impone l'agire congiunto).

L'incertezza interpretativa creatasi sulla portata dell'art. 169 c.c. ha dato luogo ad analogha incertezza sul fronte della sanzione civilistica applicabile in caso di atto compiuto in violazione delle regole contenute nella norma predetta e su questo aspetto la dottrina appare divisa fra:

- *tesi della inefficacia*: secondo la quale gli atti dispositivi di beni costituiti in fondo patrimoniale

Pare utile quindi, anche a fini pratici, cercare alcuni elementi utili nelle più recenti e significative decisioni della Suprema Corte.

Al riguardo paiono rilevanti:

- la già citata Sentenza in data 8 agosto 2014 n. 17811, che pronunciandosi in materia di scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale ha svolto importanti considerazioni sulla portata dell'art. 169 c.c., in particolare sotto l'aspetto dell'inserimento nell'atto costitutivo di "clausole liberalizzatrici" e sotto l'aspetto dell'incidenza della riserva di proprietà sulla disponibilità dei beni;
- la Sentenza n. 5385 del 5 marzo 2013¹⁴ e la Sentenza n. 13622 del 4 giugno 2010¹⁵ che forniscono indicazioni circa la necessità che l'atto

compiuti in violazione dell'art. 169 c.c., da un solo coniuge senza il consenso dell'altro o senza l'autorizzazione del giudice, sarebbero inefficaci ma sanabili a posteriori mediante una dichiarazione resa, nelle forme di legge, dal coniuge pretermesso o, in caso di figli minori, mediante acquisizione dell'autorizzazione giudiziale. Secondo la teoria esposta la sanzione dell'inefficacia sarebbe giustificata, da un lato, per l'impossibilità di applicare la sanzione dell'annullabilità in mancanza di una previsione specifica analoga a quella prevista dagli artt. 184 o 322 c.c., dall'altro per l'impossibilità di ravvisare nell'art. 169 c.c. una norma di ordine pubblico e come tale idonea a dar luogo ad una nullità virtuale;

— *tesi della annullabilità*: che si basa sul rinvio operato dall'art. 168, comma ultimo c.c. alle norme che regolano l'amministrazione della comunione legale, ritenendo applicabile l'art. 184 comma 2^o, c.c.;

— *tesi della nullità*: che si basa, innanzitutto, sulla inapplicabilità, anche per analogia, alle alienazioni di beni costituiti in fondo patrimoniale dell'art. 184, comma 2^o, c.c. in quanto il richiamo operato dall'art. 168, ult. comma, c.c., alle norme che regolano l'amministrazione della comunione legale, non può estendersi agli atti previsti nell'art. 169 c.c. per i quali il legislatore ha dettato una apposita disciplina contenuta nell'articolo stesso. Inoltre, in base a questa ricostruzione, l'art. 169 c.c. deve essere considerata norma imperativa che pone, in assenza del patto contrario, un divieto assoluto di alienazione volto a tutela di interessi non meramente privatistici e dunque non disponibili dalle parti, con la conseguenza che la sua violazione dà luogo alla sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.

¹⁴ Cass., Sez. 3, **Sentenza n. 5385** del 05/03/2013, secondo cui "L'art. 170 cod. civ., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria, ivi compresa quella di cui all'art. 77 del d.P.R. 3 marzo 1973, n. 602. Ne consegue che l'esattore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo, conferiti nel fondo, qualora il debito facente capo a costoro sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero quando - nell'ipotesi contraria - il titolare del credito, per il quale l'esattore procede alla riscossione, non conosceva l'estraneità ai bisogni della famiglia; viceversa, l'esattore non può iscrivere l'ipoteca - sicchè, ove proceda in tal senso, l'iscrizione è da ritenere illegittima - nel caso in cui il creditore conoscesse tale estraneità."

¹⁵ Cass., Sez. 1, **Sentenza n. 13622** del 04/06/2010, secondo cui "In materia di fondo patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 169 e 170 cod. civ. e dei principi costituzionali in tema di famiglia, i beni costituiti nel fondo, non potendo essere distolti dalla loro destinazione ai bisogni familiari, non possono costituire oggetto di iscrizione di ipoteca ad opera di terzi, qualunque clausola sia stata inserita nell'atto di costituzione circa le modalità di disposizione degli stessi in difformità da quanto stabilito dal citato art. 169 cod. civ.; tuttavia, nel caso in cui i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della

dispositivo venga sempre compiuto “nell’interesse della famiglia”. Sarà inoltre interessante, dal punto di vista pratico collocare l’art. 169 c.c. all’interno dell’elemento funzionale e delle diverse fattispecie costitutive del fondo patrimoniale.

a) Le principali norme a tutela degli interessi familiari: l’art. 169 c.c., l’art. 168, comma 1 c.c. e l’art. 171 c.c.. Le clausole liberalizzatrici in deroga all’art. 169: Orientamenti giurisprudenziali e cautele nel loro utilizzo

Occorre ora procedere ad una analisi dinamica delle tre norme sopra indicate iniziando dall’art. 169 c.c., ritenuto dalla giurisprudenza la principale norma posta a tutela degli interessi della famiglia (nella fase della gestione del fondo patrimoniale e rilevandosi da subito che essa trova il suo corrispondente nell’art. 171 c.c. che opera nella fase della cessazione del vincolo).

Gli elementi previsti dall’art. 169 c.c. sono:

a-1) l’autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori.

Su questo punto importanti indicazioni sono contenute nella citata Sentenza n. 13622/2010 la quale ammette l’eliminazione pattizia delle limitazioni di cui all’art. 169 c.c. con la sola eccezione della disposizione contenuta nell’ultima frase dell’articolo stesso secondo cui gli atti in questione possono essere compiuti “nei soli casi di necessità od utilità evidente”.

Per completezza di trattazione possiamo aggiungere che la giurisprudenza di merito si era già più volte pronunciata per la derogabilità dell’autorizzazione giudiziale ed in particolare aveva affermato che:

— pur in presenza di figli minori la disciplina legale sancita dall’art. 169 c.c., e quindi la preventiva autorizzazione del giudice, si rende applicabile solo in mancanza di deroga prevista nell’atto di costituzione del fondo patrimoniale ¹⁶;

famiglia, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere all’iscrizione d’ipoteca sui beni costituiti nel fondo, attesa la funzione di garanzia che essi assolvono per il creditore, in quanto correlati al soddisfacimento delle esigenze familiari.”

¹⁶ Trib. Roma, decr. 7 giugno 1979, in *Riv. not.*, 1979, 952; Trib. Trapani, 26 maggio 1994, in *Vita not.*, 1994, 1559-1561; Trib. Pisa, 9 novembre 2005, in *Riv. not.*, 2007, II, 659; Trib. Milano, 17 gennaio 2006 in *Riv. not.*, 2006, II, 1335, Trib. Brescia, 9 giugno 2006, *ibidem*, Trib. Lodi, 6 marzo, 2009, in *Notariato*, 2009, 364; Trib. Milano, 29 aprile 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 53, con nota di BALDINI, *Alienazione dei beni del fondo patrimoniale e autorizzazione del giudice. Considerazioni sull’art. 169 c.c. Contra*, Trib. Terni, 12 aprile 2005,

— pur in presenza di figli minori, la permuta di beni del fondo patrimoniale non necessita della preventiva autorizzazione giudiziale in caso di deroga prevista nell'atto di costituzione del fondo ¹⁷;

— in presenza di figli minori qualora nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale sia previsto che i beni oggetto del fondo possano essere liberamente alienati, ipotecati o vincolati senza necessità di autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 169 c.c., la costituzione di ipoteca sui beni del fondo è già autorizzata dall'atto costitutivo, non essendo necessario alcun intervento giudiziale ^{18 19}.

La posizione sufficientemente netta espressa dalla Suprema Corte con la citata sentenza n. 13622/2010, confermata nella sostanza dalla motivazione della successiva Sentenza n. 17811/2014, ci consente di giungere ad una prima conclusione e cioè: che è consentito all'autonomia privata derogare all'obbligo di autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, prevista dall'art. 169 c.c..

Una precisazione su questo specifico aspetto va fatta, e riguarda una rilevante questione posta in luce da una ordinanza della Suprema Corte, relativa ad un fondo patrimoniale che avrebbe dovuto cessare per intervenuto divorzio ma ultrattivo per la presenza di figli minori.

Secondo tale ordinanza²⁰ “La competenza a conoscere della domanda di autorizzazione alla cessazione del fondo patrimoniale costituito in favore di un figlio minore, limitatamente ad alcune unità immobiliari e sull'accordo di entrambi i genitori divorziati, è del tribunale per i minorenni e non di quello ordinario; elemento discriminante è la vigenza o la cessazione del vincolo coniugale al momento della proposizione

in *Riv. not.*, 2006, II, 1334.

¹⁷ Trib. Trapani, 26 maggio 1994, cit., 1559.

¹⁸ Trib. min. Roma, 9 giugno 1998, in *Riv. not.*, 1999, 166; Trib. Verona, 30 maggio 2000, in *Dir. fam.*, 2001, 594; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 170.

¹⁹ Va ancora ora segnalata qualche pronuncia di merito in senso diverso come quella del Tribunale di Torino Sez. II in data 18 giugno 2014, secondo cui “L'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 169 c.c. è necessaria anche in presenza di clausola che preveda il contrario ossia che consenta di alienare, ipotecare, dare in pegno o vincolare i beni del fondo con il solo consenso dei coniugi anche in presenza di figli minori”.

²⁰ La decisione cui si fa riferimento è: *Cass.*, Sez. 6 - 1, **Ordinanza n. 15859 del 20/09/2012**, in CED Cassazione. La Suprema Corte era già intervenuta in tema di regolamento di competenza sulla materia dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale con altre due ordinanze, e cioè: *Cass.*, Sez. 1, **Ordinanza n. 20418 del 21/09/2006**, in CED Cassazione, secondo cui “Competente a conoscere della domanda di autorizzazione allo scioglimento del fondo patrimoniale relativamente ad una sola unità immobiliare è il Tribunale ordinario e non il Tribunale dei minorenni, cui l'art. 38, primo comma, disp. att. cod. civ., demanda la cognizione delle ipotesi di cui all'art. 171 cod. civ., e, cioè, di intervenuta cessazione del fondo patrimoniale nella sua interezza per il venir meno degli effetti civili del matrimonio, relativamente alle statuizioni circa i diritti dei figli minori, e non anche delle ipotesi di alienazione di beni del fondo, di cui all'art. 169 cod. civ.” e *Cass.*, Sez. 1, **Ordinanza n. 6167 del 27 aprile 2002**, in CED Cassazione.

dell'istanza autorizzatoria, atteso che la sopravvenuta mancanza di coniugio - come nella specie - determina l'esigenza, in caso di permanenza, meramente temporanea, del vincolo di destinazione del fondo fino alla maggiore età del figlio, di prevedere l'intervento del giudice specializzato, al fine di provvedere specificamente alla sua tutela, nell'amministrazione e nella disposizione dei beni, non esistendo più il presupposto della comunione di affetti ed interessi che caratterizza il rapporto matrimoniale quale base giuridico-solidaristica del fondo medesimo, e non costituendo, quindi, la natura parziale del provvedimento un elemento dirimente circa la competenza.”.

Naturalmente il problema strettamente legato al conflitto di competenza fra il Tribunale Ordinario, chiamato a decidere sugli atti di amministrazione di cui all'art. 169 c.c. in presenza di figli minori, ed il Tribunale dei Minorenni, competente nelle diverse ipotesi previste dall'art. 171 c.c., è venuto meno dal 1 gennaio 2013 a seguito dell'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219., ma resta il problema sostanziale delle ipotesi in cui è necessaria l'autorizzazione giudiziale a tutela dei figli minori e della norma di riferimento.

L'ordinanza in esame precisa, correttamente, che nel caso di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza di figli minori si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art.169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo in quanto l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art.171, comma 3 c.c..

Riguardo all'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti previsti nell'art. 169 c.c. si può pertanto concludere affermando:

- *che salvo espressa deroga contenuta nell'atto di costituzione del fondo, in presenza di figli minori gli atti dispositivi previsti in detta norma possono essere compiuti solo con l'autorizzazione del Tribunale ordinario (art. 38 disp. Att. c.c.) del luogo in cui è stabilita la residenza della famiglia o, se questa manchi, del tribunale del luogo di domicilio di uno dei coniugi (art. 41 disp. Att. c.c.);*
- *nell'atto di costituzione del fondo i coniugi possono legittimamente prevedere che gli atti di cui all'art. 169 c.c. possano essere compiuti senza necessità di autorizzazione del giudice. In tal caso saranno i coniugi stessi a dover garantire nel compimento dell'atto il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, e quindi di tutti i suoi componenti, in essi compresi i figli minori (così Cass. 17811/2014);*
- *tale possibilità di deroga all'autorizzazione giudiziale è esclusa nel caso particolare di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza*

di figli minori, in quanto in tale ipotesi si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art.169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo poichè l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art.171, comma 3 c.c.;

- *in assenza di figli minori nessuna autorizzazione è prevista (essendo i coniugi unici arbitri degli interessi familiari).*

a-2) La “necessità” o “utilità evidente”

Altro requisito richiesto dall'art. 169 c.c. è quello della “necessità od utilità evidente”, il quale rappresenta un tratto fisiologico e necessario nella disciplina del fondo patrimoniale quale patrimonio separato di destinazione, e presuppone che l'atto possa essere compiuto dai coniugi solo se è necessario a far fronte ai bisogni della famiglia o se è di evidente utilità per le esigenze familiari.

Esso pertanto caratterizza il regime ed è inderogabile.

In questo senso pare nettamente orientata la recente giurisprudenza della Suprema Corte e, già prima, parte della Giurisprudenza di merito e della dottrina ²¹ secondo cui non si può far luogo all'alienazione né iscrivere ipoteca sui beni del fondo patrimoniale se non in relazione ai bisogni della famiglia e, quindi, le somme ricavate dalla vendita dei beni del fondo devono essere destinate a far fronte alle esigenze familiari e non si può iscrivere ipoteca se non a garanzia di un debito contratto nell'interesse della famiglia.

Particolarmente significativa appare, al riguardo, la già citata **Sentenza n. 13622 del 04/06/2010**, secondo cui “In materia di fondo patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt.169 e 170 cod. civ. e dei principi costituzionali in tema di famiglia, i beni costituiti nel fondo, non potendo essere distolti dalla loro destinazione ai bisogni familiari, non possono costituire oggetto di iscrizione di ipoteca ad opera di terzi, qualunque clausola sia stata inserita nell'atto di costituzione circa le modalità di disposizione degli stessi in difformità da quanto stabilito dal citato art. 169 cod. civ.; tuttavia, nel caso in cui i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della famiglia, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere all'iscrizione d'ipoteca sui beni costituiti nel fondo, attesa la funzione di garanzia che essi assolvono per il creditore, in quanto correlati al soddisfacimento delle esigenze familiari.”.

²¹ Corte App. Bari, 15 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 200, 201 e Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 201 ss. In dottrina CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 63; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 308.

Questa decisione nell'analizzare l'art. 169 c.c. si sofferma su alcune importanti questioni, ed in particolare:

- rileva che “L'articolo in questione prevede dunque che il costituente o i costituenti del fondo patrimoniale possono riservarsi la possibilità di alienare, ipotecare o vincolare i beni costituiti in fondo patrimoniale discostandosi dai vincoli stabiliti in proposito dall'articolo stesso.”;
- dopo aver rilevato che dalla clausola analizzata “si evince solamente una parziale "liberalizzazione" rispetto ai requisiti prescritti dall'art. 169 c.c., per il legittimo compimento di atti di disposizione di immobili costituiti in fondo patrimoniale.”, in quanto nel caso specifico era derogata solo l'autorizzazione giudiziale fermo restando il necessario assenso di entrambi i coniugi, afferma “ che “Comunque, anche in presenza di una clausola che prevedesse il venir meno di tutte le limitazioni per i coniugi agli atti dispositivi dei beni costituiti in fondo patrimoniale, ciò non vorrebbe comunque dire che i beni stessi si sarebbero trovati in un regime di libera commerciabilità.”;
- conclude poi affermando che: “In particolare, una interpretazione costituzionalmente corretta dell'art. 169 c.c., che sia, in particolare, rispettosa del disposto dell'art. 31 Cost., comma 1, impone una lettura dello stesso, nel senso che qualora l'atto costitutivo si discosti per quanto concerne l'alienazione e la costituzione di vincoli sui beni del fondo da quanto previsto nell'articolo resta in ogni caso ferma, quanto meno, la disposizione contenuta nell'ultima frase dell'articolo stesso secondo cui gli atti in questione possono essere presi "nei soli casi di necessità od utilità evidente". Detta frase, infatti, separata dalla precedente da un virgola disgiuntiva, si riferisce non alle modalità con cui gli atti di disposizione dei beni del fondo possono essere adottati anche in difformità da quanto disposto dall'art. 169 c.c., ma alla finalità intrinseca del fondo patrimoniale e degli atti stessi che devono in ogni caso essere assunti a vantaggio della famiglia; circostanza questa che continua a sussistere, in ogni caso, per i coniugi e che certamente non sussiste quando i beni in questione vengono aggrediti da terzi.”.

Può quindi concludersi per l'inderogabilità del requisito, previsto dall'art. 169 c.c., della “necessità” o “utilità evidente” il quale, evidentemente, è diretta conseguenza del “vincolo di destinazione” che, a sua volta, come rileva la Suprema Corte è “la funzione economico-sociale” che il legislatore ha inteso attribuire al fondo patrimoniale.

a-3) Il consenso di “entrambi” i coniugi, il principio di contitolarità e la riserva di proprietà: fattispecie e aspetti pratici

Maggiori difficoltà ed incertezze interpretative presenta l'ulteriore requisito del consenso congiunto dei coniugi e della sua derogabilità

Su questo aspetto ancora oggi vi sono profonde divergenze in dottrina, e scarse e non sufficientemente chiare indicazioni nella giurisprudenza di legittimità, e pertanto si può solo indicare un percorso argomentativo senza pretesa di giungere a conclusioni un minimo certe.

In questa ottica può essere utile procedere con una breve analisi casistica. Innanzitutto non pare sostenibile che la possibilità di deroga di cui all'art. 169 c.c. possa avere l'effetto di derogare al principio generale della legittimazione a disporre.

Conseguentemente non potrà ipotizzarsi una clausola di deroga che consenta:

- l'alienazione da parte di un solo coniuge dell'intera proprietà di un bene spettante in comunione, legale o ordinaria, ad entrambi i coniugi;
- l'alienazione da parte del solo coniuge non proprietario;
- l'alienazione da parte di un solo coniuge, o anche da parte di entrambi i coniugi, di un bene costituito in fondo patrimoniale da un terzo che se ne sia riservato la proprietà.

Restano da analizzare le ipotesi contrarie in cui con la clausola in deroga si intenda attribuire al proprietario il diritto di alienare i beni costituiti in fondo patrimoniale senza il consenso congiunto dei coniugi, e così potrà ipotizzarsi:

- l'alienazione da parte del solo coniuge proprietario;
- l'alienazione da parte del solo coniuge comproprietario della quota ad esso spettante in comunione ordinaria (posta la fisiologica indisponibilità della quota di comunione legale come da giurisprudenza costante della Suprema Corte e da ultimo Sentenza n. 6575 del 14 marzo 2013 e decisioni in essa citate);
- l'alienazione da parte del terzo costituente, che si sia riservato la proprietà dei beni costituiti in fondo patrimoniale o comunque da parte del terzo proprietario, senza il consenso dei coniugi o con il consenso di un solo coniuge.

In tali ultime ipotesi non potrà sostenersi che la deroga abbia l'effetto di rendere possibile l'alienazione del diritto di proprietà, o meglio di nuda proprietà, da parte del suo titolare, che in sede di costituzione se lo sia riservato ai sensi dell'art. 168, comma 1 c.c..

Tale facoltà di disposizione infatti deve ritenersi spettante al titolare del diritto a prescindere dall'esistenza di una clausola di deroga all'art. 169 c.c.²².

Resta da valutare se, nei casi predetti, una clausola volta a derogare ai principi contenuti nell'art. 169 c.c. possa avere la valenza di rendere alienabile il bene libero dal vincolo del fondo patrimoniale, senza il consenso

²² In questo senso espressamente T. AULETTA, *op. cit.*, 300.

congiunto dei coniugi.

Attribuire questa portata alla deroga significa ammettere la possibilità di sottrarre il bene alla destinazione impressagli al momento della costituzione del fondo senza il consenso dei soggetti, i coniugi, che sono stati parti necessarie della convenzione.

Al riguardo la giurisprudenza ha distinto fra cause di estinzione del fondo patrimoniale, quale convenzione, e singoli atti di alienazione che non incidono sulla convenzione in quanto tale ma sulla composizione oggettiva del fondo.

Tale distinzione è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza più recente, già citata ²³, la quale ha affermato che il vincolo di destinazione esistente sul bene costituito in fondo patrimoniale non cessa per effetto dell'alienazione del bene stesso bensì unicamente per il verificarsi delle ipotesi di cui all'art. 171 c.c..

Su questo aspetto, di primaria importanza dal punto di vista strutturale, si è pronunciata la Suprema Corte nella recente Sentenza n. 17811/2014 la quale nel valutare la *“facoltà, espressamente riconosciuta ai coniugi dal legislatore, di derogare convenzionalmente alla previsione del divieto di alienazione dei beni del fondo, disposta in via generale (art. 169 c.c., comma 1).”*, in relazione alla diversa ipotesi di cessazione convenzionale del fondo patrimoniale, afferma che *“è poi sufficiente rilevare che del tutto diversa è l'ipotesi di alienazione di beni del fondo - che comunque nonostante l'atto dispositivo incidente sulla sua consistenza conserva la sua validità ed efficacia - rispetto a quella di cessazione dello stesso che ne determina l'estinzione, sicché il parallelismo di disciplina non appare comunque correttamente evocabile.”*;

In tal modo la Suprema Corte giustifica la maggiore autonomia riconosciuta ai coniugi nel derogare alle previsioni dell'art. 169 c.c., anche in presenza di figli minori, rispetto alla diversa ipotesi dello scioglimento convenzionale.

Più in particolare, sotto l'aspetto pratico, può essere utile ipotizzare l'applicazione della clausola liberalizzatrice di cui si parla alle fattispecie costitutive configurabili, anche alla luce della “riserva di proprietà” consentita dall'art. 168, comma 1 c.c..

In tal modo potranno analizzarsi anche gli aspetti collegati alla disponibilità della “proprietà riservata”.

In via preliminare, e sinteticamente, pare opportuno porre in evidenza gli aspetti strutturali della “riserva di proprietà”²⁴.

Sulla base della possibilità di deroga contenuta nell'art. 168, comma 1 c.c., la prevalente dottrina ha sostenuto la possibilità per il costituente, o i costituenti, di riservarsi la proprietà dei beni conferiti, o di attribuirli ad uno

²³ In questo senso espressamente Cass. 17811/2014 e, prima, App. Bari, 15 luglio 1999, cit.; Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, cit.; Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, cit. e Trib. Milano, 1° marzo 2000, inedita.

²⁴ Ammessa dalla Suprema Corte: Sentenza n. 1242 del 27 gennaio 2012 e Sentenza n. 17811/2014;

solo dei coniugi o anche ad un terzo ²⁵.

Si attua in tal modo una dissociazione fra la proprietà dei beni ed il diritto, caratterizzato dallo speciale vincolo di destinazione, conferito in fondo patrimoniale²⁶.

La funzione del fondo patrimoniale, pertanto, può attuarsi in due forme di diversa intensità:

- in modo più pieno quando i coniugi siano proprietari dei beni che lo compongono in quanto, in tal caso, l'impiego per il soddisfacimento dei bisogni familiari non incontra limiti;
- in forma più ridotta quando occorra rispettare la nuda proprietà di un altro soggetto, destinata a riespandersi con il verificarsi di una causa di cessazione del fondo patrimoniale.

Molto brevemente, non potendosene trattare diffusamente in questa sede, riguardo alla natura giuridica e alle caratteristiche del diritto oggetto di fondo patrimoniale quando il costituente si sia riservato la proprietà, può dirsi:

a) quanto alla sua natura che si parla:

- secondo una opinione, di posizione giuridica assimilabile all'usufrutto ordinario ²⁷;
- secondo altra opinione, di posizione assimilabile all'usufrutto legale in quanto "usufrutto di scopo"²⁸, dando particolare rilievo al vincolo di destinazione;
- secondo altra opinione ancora, di diritto reale sui generis ²⁹, rilevando come in esso siano presenti caratteristiche di entrambi, ponendo in rilievo la particolarità del diritto stesso.

Su questa linea di pensiero si colloca la Giurisprudenza ³⁰ la quale ritiene che alla riserva di proprietà apposta in un atto costitutivo di fondo patrimoniale vada conferita una connotazione

²⁵ In questo senso G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 295 ss.; CIAN CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Digesto it. Appendice*, III, Utet, 1982, 833; A.-M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, III, 402-403; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali fra coniugi*, pag. 149; NICOLINI, *Fondo patrimoniale*, in *Notariato*, 1998, 451; T. AULETTA, *op. cit.*, 172 ss.; MANDES, *Il fondo patrimoniale — Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, pagg. 667 ss., ed infine con qualche perplessità per la riserva a favore di un soggetto terzo, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 95 e 86 ed *ivi* nt. 9.

²⁶ La scelta legislativa che la proprietà dei beni possa non appartenere ad entrambi i coniugi pare compatibile con la funzione del fondo patrimoniale la quale può essere assolta, ed anzi nell'ottica legislativa deve essere principalmente assolta, con la destinazione ai bisogni della famiglia dei frutti, ed in genere delle utilità, ricavabili dai beni che ne formano oggetto.

²⁷ CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, 59-60.

²⁸ In questo senso G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 296.

²⁹ T. AULETTA, *op. cit.*, 178.

³⁰ Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 17811 dell' 8 agosto 2014**, in CED Cassazione e Tribunale Benevento 27 aprile 2007.

positiva, tesa comunque ad attribuire un diritto reale di godimento ai coniugi sul bene conferito, e qualifica detto diritto come inespropriabile ed inalienabile ed assimilabile “pur se non nominato, ad un diritto d’uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata”;

b) quanto alle sue caratteristiche:

- che ha l'effetto di stabilire limiti ed obblighi nella destinazione delle utilità che si possono trarre dai beni su cui è stato imposto il vincolo;

- che ha l'effetto di costituire in capo ai coniugi una necessaria ed inderogabile contitolarità di godimento, alla quale si applicano le regole della comunione legale. La Giurisprudenza evidenzia come “anche nell’ipotesi in cui la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo, essendosi il coniuge o il terzo costituente riservato la proprietà dei beni, il conferimento nel fondo comporta l’assoggettamento degli stessi ad un vincolo di destinazione, con la costituzione di un diritto di godimento attributivo delle facoltà e dei doveri previsti dagli artt. 167 – 171 cod. civ.”³¹;

- che ha, come contenuto, l'attribuzione ai coniugi del diritto di conseguire il possesso dei beni (se non si trovano già nel loro possesso congiunto) e di godere dei beni stessi traendone tutte le utilità nel rispetto della destinazione impressa dal vincolo.

Da quanto detto, emerge che:

1) se l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non dispone diversamente, in virtù dell'art. 168, comma 1^o, c.c., al momento della costituzione la proprietà dei beni passa in capo ad entrambi i coniugi (sempre che gli stessi non ne siano già comproprietari in comunione legale od ordinaria per quote uguali). La disposizione di legge si ritiene che operi anche nel silenzio dell'atto costitutivo: infatti se esso non contiene espressa riserva della proprietà in capo al costituente o trasferimento in capo ad altri in deroga alla regola fissata dall’art. 168, comma 1 c.c., opererà la detta norma e la proprietà si trasferirà in capo ad entrambi i coniugi ³²;

2) qualora non costituisca oggetto del fondo patrimoniale il diritto di proprietà, o un altro diritto reale tipico conferibile previsto nel libro III del c.c., ma l'atto costitutivo contenga la sola imposizione

³¹ Vedi da ultimo questo aspetto richiamato in Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 17811 del 8 agosto 2014**, in CED Cassazione.

³² Vedasi al riguardo la formulazione delle clausole proposta da NICOLINI, *Fondo patrimoniale*, cit., 450. In questo senso espressamente anche G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 302, secondo cui la legge configura il trasferimento della proprietà dal costituente ai coniugi beneficiari come effetto naturale della costituzione di fondo patrimoniale: nel senso che pur potendo essere escluso con apposita clausola, non occorre una volontà specificamente intesa a produrlo.

del vincolo di destinazione, su beni la cui proprietà è riservata in capo al costituente (o ai costituenti) o trasferita in deroga alla regola di cui all'art. 168, comma 1, c.c., la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, secondo la Giurisprudenza³³, ha come effetto unicamente l'imposizione del vincolo di destinazione e come oggetto un diritto reale di godimento attribuito ai coniugi assimilabile "pur se non nominato, ad un diritto d'uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata".

Ammesso quindi che, non solo il diritto di proprietà o altri diritti reali, possano essere conferiti in fondo patrimoniale, occorre rilevare che:

- oggetto del fondo sarà, di volta in volta, il diritto reale conferito, con i suoi fisiologici limiti, ed il vincolo di destinazione graverà sul diritto conferito, che spetterà necessariamente ad entrambi i coniugi ai sensi dell'art. 168 c.c. e riguardo al quale troverà applicazione la speciale disciplina dettata in materia di fondo patrimoniale ivi compresa la disposizione di cui all'art. 169 c.c.
- qualora l'atto costitutivo esprima solo una volontà vincolante, in quando il costituente si sia riservato la proprietà, o comunque il trasferimento della proprietà sia avvenuto in deroga alla regola generale dettata dall'art. 168, comma 1^o, c.c., formerà oggetto del fondo il diritto di godimento *sui generis* (anch'esso tipico e reale) nascente dall'imposizione del vincolo di destinazione.

Al diritto conferito, ed esclusivamente ad esso, dovranno pertanto riferirsi e rapportarsi:

- la situazione di contitolarità fra i coniugi, prevista dall'art. 168, comma primo c.c.;
- i poteri di amministrazione e di disposizione attribuiti ai coniugi, con le loro regole ed i loro limiti normativi;
- i diritti dei terzi creditori di agire sui beni e sui frutti del fondo.

Tornando alla proposta **analisi casistica**, si avranno le seguenti ipotesi:

1) ove il costituente sia un terzo, è ipotizzabile che:

a) attribuisca la proprietà ad uno solo dei coniugi (che la acquista a titolo personale se il regime patrimoniale generale consente tale acquisto: ad es. o i coniugi si trovano in separazione dei beni o il diritto di nuda proprietà viene attribuito al coniuge a titolo di donazione). In questo caso la "nuda" proprietà, gravata dal suddetto diritto di godimento discendente dal vincolo, sarà comunque liberamente disponibile dal coniuge che ne è unico titolare e l'eventuale deroga al consenso congiunto previsto dall'art. 169 c.c. avrà la

³³ Così espressamente le già citate Sentenze Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 17811 dell' 8 agosto 2014** e Tribunale Benevento 27 aprile 2007.

valenza di consentire all'unico coniuge proprietario di disporre dell'intero bene (come dice la Suprema Corte nella Sentenza n. 17811/2014 la costituzione del fondo non determina per ciò solo la perdita della proprietà dei singoli beni da parte dei coniugi che ne sono titolari e gli stessi "possono riservarsi nell'atto di costituzione la facoltà di alienazione dei beni), sempre però per il soddisfacimento dei bisogni familiari la cui valutazione viene affidata ad un solo coniuge;

b) attribuisca la proprietà ad entrambi i coniugi. In tal caso non vi sarà spazio per una eventuale deroga al principio dell'agire congiunto di cui all'art. 169 c.c. in quanto non lo consente il principio della legittimazione a disporre. In questo caso però potremo ipotizzare:

- che i coniugi abbiano acquistato la proprietà in comunione legale e abbiano conferito la proprietà del bene in fondo patrimoniale. In questo caso sarà inderogabile il principio dell'agire congiunto dei coniugi e non sarà ipotizzabile il trasferimento da parte di uno o di entrambi i coniugi di una quota del bene stante l'indisponibilità, secondo l'interpretazione giurisprudenziale assolutamente prevalente, della quota di un bene in comunione legale³⁴;

- che i coniugi abbiano acquistato il bene trovandosi in regime di separazione dei beni (per quote uguali o diseguali) e, in sede di costituzione del fondo, si siano riservati la proprietà. In questo caso la "nuda" proprietà riservata sarà comunque liberamente disponibile dai coniugi ma il consenso congiunto per l'alienazione dell'intero bene non sarà derogabile (principio della legittimazione a disporre);

- che i coniugi abbiano acquistato il bene trovandosi in regime di separazione dei beni (per quote uguali o diseguali) e intendano conferire in fondo patrimoniale la proprietà del bene. In questo caso qualora l'acquisto sia intervenuto per quote "diseguali" il conferimento della proprietà in fondo patrimoniale produrrà l'effetto della parità di quote previsto dall'art. 168, comma 1 c.c.. Il consenso congiunto per l'alienazione dell'intero bene, di cui all'art. 169 c.c., non sarà derogabile in quanto non lo consente il principio

³⁴ In questo senso la costante giurisprudenza della Suprema Corte e, da ultimo, la Sentenza n. 6575 del 14 marzo 2013 secondo la quale: "La comunione legale tra i coniugi costituisce, nella interpretazione giurisprudenziale assolutamente prevalente (fin da Corte cost. 10 marzo 1988, n. 311) e nonostante dissensi in parte della dottrina, una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto tutti i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei (tra le ultime: Cass. 24 luglio 2012, n. 12923; Cass., ord. 25 ottobre 2011, n. 22082; Cass. 7 marzo 2006, n. 4890), trattandosi di comunione finalizzata, a differenza della comunione ordinaria, non già alla tutela della proprietà individuale, ma piuttosto a quella della famiglia (tra le altre: Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098; Cass. 12 gennaio 2011, n. 517); essa può sciogliersi nei soli casi previsti dalla legge ed è indisponibile da parte dei singoli coniugi, i quali, tra l'altro, non possono scegliere quali beni farvi rientrare e quali no, ma solo mutare integralmente il regime patrimoniale, con atti dalla forma solenne opponibili ai terzi soltanto con l'annotazione formale a margine dell'atto di matrimonio; la quota non è quindi un elemento strutturale della proprietà: e, nei rapporti coi terzi, ciascuno dei coniugi, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell'intero bene comune."

della legittimazione a disporre. Resta ipotizzabile la previsione di una deroga al consenso congiunto per l'alienazione della quota di comproprietà (in comunione ordinaria) da parte del singolo coniuge titolare;

c) il terzo costituente si riservi la proprietà. Questo caso è simile al primo analizzato. In questo caso la "nuda" proprietà che il terzo costituente si è riservato, gravata dal suddetto diritto di godimento discendente dal vincolo, sarà comunque liberamente disponibile dal titolare, e l'eventuale deroga al consenso congiunto previsto dall'art. 169 c.c. avrà la valenza di consentire al terzo costituente, proprietario di disporre dell'intero bene. Qui l'anomalia nel consentire una deroga all'agire congiunto dei coniugi previsto dall'art. 169 c.c. pare più evidente in quanto si consente ad un terzo di valutare l'interesse familiare nel compimento dell'atto dispositivo del bene vincolato. Tale possibilità (di amministrazione affidata ad un terzo) non era prevista neppure nelle norme che disciplinavano il patrimonio familiare, il cui art. 173 c.c. prevedeva l'amministrazione affidata ad uno solo dei coniugi (anche se la proprietà spettava ad entrambi, e ciò si giustificava alla luce dell'inalienabilità dei beni del patrimonio) ma, al contempo, in caso di proprietà di un terzo costituente prevedeva che l'amministrazione fosse affidata al coniuge designato o, in mancanza di designazione, al marito;

d) la proprietà venga trasferita ad altro soggetto (ad esempio il nonno che trasferisce la proprietà al nipote gravata dal vincolo a favore della famiglia coniugale dei suoi genitori) . Valgono le considerazioni fatte nell'ipotesi precedente;

2) ove il costituente, già pieno proprietario del bene, sia uno solo dei coniugi, è ipotizzabile che:

a) riservi a se stesso la proprietà. Valgono le considerazioni svolte nel caso sub. 1 – a);

b) trasferisca l'intera proprietà all'altro coniuge. Anche questa è una ipotesi per la quale valgono le considerazioni svolte nel caso sub. 1 – a);

c) conferisca la proprietà nel fondo con attribuzione della stessa in capo ad entrambi i coniugi. Valgono le considerazioni svolte nel caso sub. 1 – b);

d) la proprietà venga trasferita ad altro soggetto (ad esempio ai figli). Valgono le considerazioni svolte nel caso sub. 1 – c - d);

3) ove costituenti siano entrambi i coniugi, già comproprietari in comunione legale od ordinaria, è ipotizzabile che:

a) sia attribuita la proprietà ad uno solo dei coniugi, se ciò è consentito dal regime patrimoniale generale adottato dai coniugi. Si crea un situazione analoga ai casi sopra analizzati sub 1-a) e 2-a);

b) la proprietà venga trasferita ad un terzo. Si crea un situazione analoga ai casi sopra analizzati sub 1- c - d) e 2- c- d);

- a) **i coniugi vogliono riservare in capo ad entrambi la proprietà del bene.** La comproprietà riservata sarà soggetta unicamente alle regole del regime coniugale “generale” vigente e pertanto:
- se tale (com)proprietà “riservata” è una comunione ordinaria ciascun coniuge potrà trasferire la propria quota, anche all’altro coniuge se il regime generale lo consente;
 - se tale (com)proprietà “riservata” è una comunione legale dovrà concludersi per l’indisponibilità della quota da parte del singolo coniuge, anche a favore dell’altro coniuge ed anche, ipoteticamente, per donazione (sorvolando ora sulle altre problematiche che l’alienazione donativa di un bene in fondo patrimoniale presenta sotto il profilo funzionale).

b) Conclusioni e osservazioni pratiche

Da quanto esposto emerge che, sulla base degli orientamenti della Suprema Corte che si vanno consolidando:

- Il vincolo di destinazione è per il fondo patrimoniale “la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli”;
- le regole di amministrazione, ed in particolare lo speciale regime contenuto nell’art. 169 c.c., sono poste dal legislatore per la migliore attuazione del vincolo stesso;
- nella fase della cessazione del vincolo, in particolare nell’ipotesi di scioglimento convenzionale, dovrà tenersi conto dell’interesse della famiglia nel suo complesso e dell’interesse dei creditori della famiglia (che con lo scioglimento del fondo vedono venir meno la loro garanzia specifica).

Conseguentemente le clausole derogatorie alla disciplina legale di cui all’art. 169 c.c., pur ammesse nei limiti precisati, vengono interpretate dalla Giurisprudenza come un indice di possibile utilizzo frodatorio del fondo patrimoniale.

Sotto questo specifico aspetto occorre tener presente una tendenza interpretativa che si va consolidando, e che risulta dalla Sentenza della Cassazione Penale *n. 40364 del 19/09/2012* che si è pronunciata in materia di sequestro preventivo, nella quale proprio la presenza di una clausola derogatoria all’art. 169 porta la Corte a rilevare che il fondo

non è costituito ad esclusivo interesse del minore, individuando tale norma come l'unica posta a tutela del minore³⁵.

Altre pronuncie poi ci portano a comprendere il percorso intrapreso dalla giurisprudenza verso una interpretazione che privilegia il concreto utilizzo del fondo patrimoniale desumendolo anche dall'atto costitutivo.

In questo senso alcune sentenze della Cassazione penale (tutte in materia di sequestro preventivo penale) secondo cui:

- l'elemento che integrerebbe la fraudolenza (insieme ad altre circostanze di fatto) sarebbe rappresentato dalla circostanza che nell'atto di costituzione "non erano state indicate le ragioni della costituzione del fondo patrimoniale" (cass. 7 ottobre 2009 n. 38925).
- "la costituzione del fondo patrimoniale costituiva un atto fraudolento idoneo ad impedire il soddisfacimento delle pretese dell'Erario e che lo stesso, nella specie, doveva ritenersi predisposto al perseguimento della indicata finalità, **non palesandosi giustificato dalla situazione familiare dell'indagato...**" Sentenza n. 5824 in data 06/02/2008;
- l'esistenza di beni non inclusi nel fondo patrimoniale e di valore tale da costituire adeguata garanzia esclude l'utilizzo fraudolento dell'istituto. Sul punto Cassazione, sentenza 4 marzo 2016, n. 9154, sez. III penale, secondo cui "A fronte di un fondo patrimoniale costituito ex art. 167 cod. civ., per fare fronte ai bisogni della famiglia, è necessario accertare, ai fini della sussistenza del reato di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11, che nell'operazione posta in essere sussistano gli elementi costitutivi della sottrazione fraudolenta: il processo di merito deve dunque individuare quali siano gli aspetti dell'operazione economica che dimostrino **la strumentalizzazione della causa tipica negoziale** allo scopo di evitare il pagamento del debito tributario. A ciò deve aggiungersi, sia sotto il profilo della idoneità degli atti a pregiudicare l'esecuzione coattiva, sia sotto il profilo della prova della sussistenza del dolo specifico di frode, la necessità di dimostrare che la **costituzione del fondo patrimoniale abbia in concreto** messo in pericolo la garanzia patrimoniale. Ne consegue che qualora - come nel caso di specie - la difesa abbia prospettato in sede cautelare l'esistenza

³⁵ Secondo tale Sentenza "Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equi valente, non presupponendo alcuna forma di responsabilità civile, può avere ad oggetto anche beni inclusi nel **fondo patrimoniale** familiare, in quanto appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti. (Fattispecie nella quale, in relazione a reati fiscali, è stato ritenuto legittimo il sequestro sul 50% di un immobile appartenente al ricorrente, benché incluso nel **fondo patrimoniale**, dal cui atto costitutivo non emergeva alcuna destinazione per il soddisfacimento degli interessi del figlio minore)."

di beni non inclusi nel fondo e di un valore tale da costituire adeguata garanzia, il giudice ha l'onere di fornire una pur sommaria motivazione sulla ragione per cui la costituzione del fondo rappresenterebbe, in ogni caso, uno strumento idoneo a rendere più difficoltoso il recupero del credito erariale.”.

Possiamo quindi raggiungere la prima conclusione operativa circa le cautele in sede di predisposizione dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale:

- utilizzare con cautela le clausole liberalizzatrici nella disposizione dei beni del fondo in quanto il loro utilizzo depone nel senso della simulazione e fraudolenza nell'impiego concreto dell'istituto;
- per la stessa ragione evitare di assoggettare l'intero patrimonio a fondo patrimoniale quando tale patrimonio sia evidentemente proporzionato per la garanzia dei bisogni familiari;
- tenere in debito conto che la proprietà riservata resta fuori dall'oggetto del fondo patrimoniale quindi resta fuori anche dalla tutela assicurata dall'art. 170 c.c..

Se ci poniamo invece nella fase della amministrazione e disposizione e nella fase della cessazione del vincolo occorre tener presente la distinzione fra:

1) vicende estintive del fondo patrimoniale;

2) vicende modificative del fondo patrimoniale, con particolare riguardo, per affinità di ambito operativo, alle variazioni nella composizione oggettiva del fondo patrimoniale che incidono su singoli beni e che conseguono ad atti di disposizione dei beni stessi.

L'interpretazione dell'art. 169 c.c., sopra proposta ed accolta dalla giurisprudenza di legittimità, ci ha portato ad affermare che:

- gli atti previsti in detta norma non comportano cessazione del vincolo;
- intervengono quindi in un momento in cui il vincolo esiste e va rispettato;
- l'esistenza di detto vincolo comporta che gli atti di disposizione possono essere compiuti solo in caso di necessità od utilità evidente e questo presupposto non può essere derogato;
- a tutela degli interessi della famiglia il ricavato dall'alienazione dovrà essere impiegato per i bisogni della famiglia (necessità) o reinvestito nell'acquisto di un bene anch'esso destinato a far fronte ai bisogni familiari (utilità evidente).

Nell'ambito di operatività dell'art. 169 c.c., pertanto, gli interessi della famiglia sono tutelati dalla persistenza del vincolo, e ciò giustifica la deroga ammessa dalla predetta norma. Se i coniugi vogliono alienare

liberamente, fuori dei casi di necessità od utilità evidente, senza obblighi di impiego o reinvestimento delle somme ricavate per i bisogni della famiglia, o comunque vogliono compiere liberamente atti dispositivi dei beni costituiti in fondo dovranno agire sulla stessa esistenza del vincolo ed il relativo negozio resterà fuori dall'ambito applicativo dell'art. 169 c.c. per rientrare eventualmente nella previsione dell'art. 163 c.c..

In tal caso la Suprema Corte (con la più volte citata Sentenza n. 17811/2014 e le precedenti, anch'esse citate, ordinanze) ha confermato esservi una differenza, sul piano degli interessi da tutelare, a seconda che vi siano o meno figli minori e tracciando quindi il seguente quadro:

- 1) i coniugi possono sciogliere consensualmente il fondo patrimoniale se non vi sono figli minori;
- 2) se vi sono figli minori, o anche solo concepiti, i coniugi non possono sciogliere il fondo patrimoniale, occorrendo una "valutazione" nell'interesse dei minori;
- 3) nel caso di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza di figli minori si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art. 169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo in quanto l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art. 171, comma 3 c.c..

Sul piano pratico quindi occorrerà valutare l'opportunità di evidenziare negli atti dispositivi dei beni del fondo le ragioni di necessità o utilità evidente che li giustificano.

In particolare questo aspetto rileva, come dimostrano le numerosissime decisioni della Suprema Corte sul punto, nella concessione di garanzie ipotecarie sui beni del Fondo (ma gli stessi principi, con i dovuti adattamenti, dovrebbero applicarsi agli atti di alienazione dei beni del fondo nei quali sarebbe opportuno menzionare quale causa di "necessità" li determina o invece quale causa di "opportunità" specificando in tale ultimo caso le intenzioni di reimpiego collegandole magari ad un "patto di rotatività" contenuto nell'atto costitutivo del fondo).

Come nell'ipotesi di iscrizione di ipoteca non volontaria vale il principio della "illegittimità" dell'iscrizione per debiti estranei ai bisogni della famiglia per i quali il creditore conosceva tale estraneità (fra moltissime decisioni si cita da ultimo la Sentenza della Cassazione, Sez. 3, n. 1652 del 29 gennaio 2016) lo stesso principio vale, ovviamente, per l'iscrizione dell'ipoteca volontaria sotto

l'aspetto della responsabilità nascente dal compimento dell'atto abusivo.

Il notaio quindi che interviene, ad esempio, nel perfezionamento di un contratto di concessione di finanziamento con garanzia ipotecaria contratto da coniugi che abbiano costituito un fondo patrimoniale sarà opportuno che:

- qualora oggetto di ipoteca sia un immobile oggetto del fondo patrimoniale, specifichi che il finanziamento viene contratto per esigenze familiari, e l'ipoteca viene conseguentemente concessa per tali esigenze. In tal modo sarà evidente la non "abusività dell'atto" sotto il profilo funzionale e il creditore sarà maggiormente garantito dalla speciale disciplina contenuta nell'art. 170 c.c. (è bene ricordare l'orientamento assolutamente consolidato secondo cui il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni del fondo va ricercato nella relazione fra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti ed i bisogni della famiglia, con la conseguenza che l'esecuzione e/o l'iscrizione ipotecaria può aver luogo quando la ragione del rapporto obbligatorio abbia inerenza diretta con i bisogni familiari così già Cass. 12998/2006)³⁶;
- qualora venga dai coniugi o anche da uno solo di essi contratto un debito per scopi estranei ai bisogni della famiglia tale debito non potrà essere garantito con ipoteca su beni del fondo patrimoniale e sarà opportuno (o meglio sarebbe dire necessario) evidenziare al momento dell'assunzione di tale debito (anche sotto forma di garanzia fideiussoria) che esso viene contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia al fine di rendere inequivoco l'elemento soggettivo del creditore richiesto dall'art. 170 c.c..

Infine un accenno alle cautele qualora il notaio sia chiamato a ricevere una convenzione di scioglimento del fondo patrimoniale.

Tale convenzione infatti può essere, lei stessa, lesiva degli interessi della famiglia nel suo complesso (come dimostra il caso deciso dalla più volte citata Sentenza della Suprema Corte n. 17811/2014) e dei precedenti creditori che trovano la fonte del loro credito nei bisogni familiari, e pertanto occorrerà verificare, oltre all'inesistenza di figli minori, anche i

³⁶ Su questo aspetto in particolare la più volte citata cassazione Sez. 1, **Sentenza n. 13622 del 04/06/2010** secondo cui "In materia di fondo patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt.169 e 170 cod. civ. e dei principi costituzionali in tema di famiglia, i beni costituiti nel fondo, non potendo essere distolti dalla loro destinazione ai bisogni familiari, non possono costituire oggetto di iscrizione di ipoteca ad opera di terzi, qualunque clausola sia stata inserita nell'atto di costituzione circa le modalità di disposizione degli stessi in difformità da quanto stabilito dal citato art. 169 cod. civ.; tuttavia, nel caso in cui i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della famiglia, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere all'iscrizione d'ipoteca sui beni costituiti nel fondo, attesa la funzione di garanzia che essi assolvono per il creditore, in quanto correlati al soddisfacimento delle esigenze familiari. "

concreti effetti che lo scioglimento convenzionale produce sui terzi creditori della famiglia che possano risultare pregiudicati da tale scelta (e ai quali forse potrà spettare l'azione revocatoria).

3) Il fondo patrimoniale come strumento di pregiudizio delle ragioni dei creditori: orientamenti della giurisprudenza e cautele

L'evoluzione della Giurisprudenza della Cassazione civile e penale sul fondo patrimoniale rende ormai evidente l'inutilità di ricorrere a questo strumento al fine di sottrarre i beni alla garanzia dei creditori. Anche sotto questo aspetto assistiamo ad una evoluzione della giurisprudenza che valorizza l'aspetto sostanziale nell'attuazione della destinazione.

Come abbiamo detto alla separazione patrimoniale, cui dà luogo la costituzione del fondo, consegue, come elemento tipico, una limitazione di responsabilità dei beni facenti parte del patrimonio separato, i quali sono destinati al soddisfacimento delle obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione, con conseguente rafforzamento della garanzia di certi creditori.

Tale effetto è previsto dall'art. 170 c.c., secondo il quale *“l'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.”*

Strumenti di tutela della garanzia patrimoniale a fronte di responsabilità civile

Gli aspetti da tenere in considerazione nell'escludere il ricorso al fondo patrimoniale a fronte di situazioni “critiche”, emergono con chiarezza dalle decisioni (espressione di orientamenti consolidati) che andrò a richiamare, e sono:

- 1) la nozione molto ampia di bisogni della famiglia, che esclude solo le esigenze voluttuarie e speculative, ed il criterio identificativo dei crediti che possono trovare soddisfacimento sui beni del fondo; elementi sui quali si è pronunciata la Cassazione, Sez. 5, **Sentenza n. 15862 del 07/07/2009** (con orientamento ormai consolidato) secondo cui *“Il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo patrimoniale va ricercato non già nella natura delle obbligazioni (legale o contrattuale), ma nella relazione esistente tra il fatto generatore di esse ed i bisogni della famiglia, essendo irrilevante l'anteriorità o posteriorità del credito rispetto alla costituzione del fondo, atteso che il divieto di esecuzione forzata non è limitato ai soli*

crediti (estranei ai bisogni della famiglia) sorti successivamente alla sua costituzione, ma vale anche per i crediti sorti anteriormente, salva la possibilità per il creditore, ricorrendone i presupposti, di agire in via revocatoria. (Nell'enunciare il suddetto principio la S.C. ha precisato che vanno ricompresi nei bisogni della famiglia anche le esigenze volte al pieno soddisfacimento ed all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi).³⁷

- 2) la natura gratuita dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale, con tutte le conseguenze sulla revocatoria ordinaria, sulla revocatoria fallimentare e sulla revocatoria penale.

In tema di revocatoria ordinaria la natura gratuita è ormai pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza costante della Suprema Corte³⁸ all'atto costitutivo del fondo patrimoniale con conseguente esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria, ai sensi dell'art. 2901 e con gli effetti dell'art. 2902 c.c., in presenza dei requisiti previsti per tali atti (cioè credito dell'attore in revocatoria, eventus damni e scientia damni).

Sul punto da ultimo Cassazione, sentenza 6 maggio 2016, n. 9128, sez. I civile, secondo cui: *“La costituzione del fondo patrimoniale è un atto a titolo gratuito, sia quando provenga da un terzo o da uno solo dei coniugi, sia quando provenga da entrambi i coniugi, poiché, oltre a mancare un obbligo giuridico di provvedere alla costituzione, non sussiste alcuna contropartita in favore dei costituenti. Né la qualificazione di gratuità può essere esclusa adducendo che i coniugi, con la costituzione del fondo patrimoniale, adempiono un obbligo (anche) giuridico, ossia quello di fare fronte ai bisogni della famiglia: difatti l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia (articolo 143 c.c.) non determina alcun obbligo di costituire il fondo patrimoniale, che ha essenza e finalità diverse ed ulteriori, consistenti nel vincolare alcuni beni al soddisfacimento anche solo eventuale di tali bisogni, sottraendoli alla garanzia generica di tutti i creditori”.*

³⁷ In questo senso anche Cass. 15862/2009; Cass. 12730/2007; Cass. 12998/2006, Cass. 23 gennaio 2006, n. 5684, in Archivio Sentenze Civili Juris Data; Cass. 18 settembre 2001, n. 11683, in Archivio Sentenze Civili Juris Data.

³⁸ La giurisprudenza di legittimità ormai consolidata attribuisce all'atto costitutivo di fondo patrimoniale natura di atto di liberalità o di atto a titolo gratuito. In tal senso: Cass. 12 dicembre 2014, n. 26223, in Archivio CED Cassazione; Cass. 17 gennaio 2007, n. 966; Cass. 7 marzo 2005, n. 4933; Cass. 23 marzo 2005, n. 6267; Cass. 20 giugno 2000 n. 8379, tutte in Juris Data, Archivio Sentenze Civili.

- 3) L'affermata gratuità della costituzione di fondo patrimoniale, stante l'assenza di una corrispondente attribuzione in favore dei disponenti, anche quando l'atto costitutivo del fondo è posto in essere dagli stessi coniugi, anche quando i beni già appartengano ad entrambi i coniugi in comunione legale od ordinaria, e pertanto l'atto costitutivo del fondo patrimoniale sia privo, oltre che di effetto traslativo, anche di qualsiasi effetto attributivo, in questo senso, dal ultimo **Cassazione, ordinanza 23 febbraio 2015, n. 3568, sez. VI - 1 civile secondo cui** *“Il negozio costitutivo del fondo patrimoniale, anche quando proviene da entrambi i coniugi, è atto a titolo gratuito, senza che rilevino in contrario i doveri di solidarietà familiare che nascono dal matrimonio, posto che l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia non comporta affatto per essi l'obbligo di costituire i propri beni in fondo patrimoniale, che ha essenza e finalità diverse ed ulteriori, consistenti non nel soddisfare i bisogni della famiglia, ma nel vincolare alcuni beni al soddisfacimento anche solo eventuale di tali bisogni, sottraendoli alla garanzia generica di tutti i creditori. Pertanto, in caso di fallimento di uno dei coniugi, il negozio costitutivo di fondo patrimoniale è suscettibile di revocatoria fallimentare a norma della L. Fall., art. 64, dovendosi del pari escludere che tale costituzione possa considerarsi di per se, così ricadendo in una delle esenzioni previste dalla seconda parte del citato art. 64, L. Fall., come atto compiuto in adempimento di un dovere morale nei confronti dei componenti della famiglia, a meno che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del "solvens" di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione. La costituzione del fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia, anche qualora effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti, suscettibile, pertanto, di revocatoria, a norma dell'art. 64 r.d. n. 267 del 1942, salvo che si dimostri l'esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del "solvens" di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione.”*
- 4) la conseguente necessità e sufficienza (in particolare sulle condizioni per esperire l'azione revocatoria: Cass. 19131/2004 e Cass. 15310/2007), ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, delle condizioni di cui al n. 1 dell'art. 2901 c.c. e cioè:
- la semplice consapevolezza da parte del debitore, ai fini della *scientia damni*, di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore, ovvero la previsione di un mero danno potenziale che potrà derivare

ai creditori dall'atto posto in essere per i crediti sorti prima della costituzione del fondo (in questo senso espressamente Cass. 30 giugno 2015 n. 13343 e Cass. 31 marzo 2017 n. 8315), ed

- il consilium fraudis (la dolosa preordinazione al fine di pregiudicarne il soddisfacimento), per i crediti sorti successivamente;

- notevole rilevanza viene attribuita all'entità dei beni conferiti in fondo anche ai fini della concretizzazione dell'eventus damni.

Riguardo all'esperibilità dell'azione revocatoria, poi, la Suprema Corte con sentenza 27 gennaio 2015, n. 1450, sez. III civile precisa che *“L'azione revocatoria ordinaria presuppone, per la sua esperibilità, la sola esistenza di un debito, e non anche la sua concreta esigibilità, con la conseguenza che, prestata fideiussione in relazione alle future obbligazioni del debitore principale connesse all'apertura di credito regolata in conto corrente, gli atti dispositivi del fideiussore successivi all'apertura di credito ed alla prestazione della fideiussione, se compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, sono soggetti all'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c., n. 1, prima parte, in base al solo requisito soggettivo della consapevolezza del fideiussore (e, in caso di atto a titolo oneroso, del terzo) di arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore (scientia damni), ed al solo fattore oggettivo dell'avvenuto accreditalimento giacché l'insorgenza del credito va apprezzata con riferimento al momento dell'accreditalimento e non a quello, eventualmente successivo, dell'effettivo prelievo da parte del debitore principale della somma messa a sua disposizione. “*

5) la funzione dell'azione revocatoria ordinaria di ricostituzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del suo debitore, (restituzione del bene al creditore) con la conseguenza di ritenere sussistente l'interesse del creditore a far dichiarare inefficace un atto che renda maggiormente difficile e incerta l'esazione del suo credito (facendone discendere la non necessità che l'atto di disposizione del debitore abbia reso impossibile la soddisfazione del credito essendo sufficiente che abbia determinato o aggravato il pericolo di incapienza dei beni del debitore);

6) l'applicabilità all'atto costitutivo di fondo patrimoniale, in quanto qualificabile a titolo gratuito, dell'art. 64 della Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267). Sul punto da ultimo Cassazione, sez. I civile, sentenza n. 9128 depositata il 6 maggio 2016, che conferma il consolidato orientamento secondo cui la costituzione del fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia, anche qualora sia effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti e pertanto è suscettibile di revocatoria, a norma dell'art. 64 l. fall.: *”Sono privi di*

effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante”, salvo che si dimostri l'esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del solvens di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione.³⁹.

La Suprema Corte ammette che la costituzione del fondo patrimoniale possa rappresentare una delle diverse modalità attraverso le quali i coniugi adempiono all'obbligo (giuridico oltre che morale) di provvedere ai bisogni della famiglia, ma tale finalità va concretamente provata dal costituente, su cui incombe il relativo onere trattandosi di prova di un fatto impeditivo dell'operatività della revocatoria di cui all'art. 64, l. fall..

Anche su questo aspetto la Corte di cassazione evidenzia la tendenza a dare rilievo alla funzione “concreta” del fondo con la conseguenza che anche in fase genetica sarà talvolta opportuno evidenziare le ragioni che giustificano la costituzione del fondo.

Del meccanismo di cui all'art. 64 Legge Fallimentare si occupa anche la Sentenza delle Sezioni Unite penali in data 16 settembre 2016 n. 38670, la quale in motivazione afferma: *“Allo stesso modo, nei confronti dell'imputato-debitore che sia fallito, può essere fatta valere, in sede di emissione o impugnazione del sequestro conservativo, la disciplina dell'art. 64 legge fall., che prevede la inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento e che, citata come fattispecie di revocatoria fallimentare (invece espressamente regolata dai successivi artt. 66 e segg.), al pari della analoga disciplina penale, è destinata a garantire una tutela più rafforzata di quella abbinata alla revocatoria ordinaria, qualificata, dall'art. 2904 cod. civ., come rimedio sussidiario rispetto alle altre due tipologie di inefficacia. Anche in relazione alla disciplina dell'art. 64 legge fall. si registra l'unanime riconoscimento, da parte*

³⁹ Nel senso dell'applicabilità dell'art. 64 Legge Fallimentare al fondo patrimoniale: anche Cass., Sez. 1, **Sentenza n. 19029** del 08/08/2013, in CED Cassazione, secondo cui “La costituzione del **fondo patrimoniale** per fronteggiare i bisogni della famiglia, anche qualora effettuata da entrambi i coniugi, non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti, suscettibile, pertanto, di revocatoria, a norma dell'art. 64 legge fall., salvo che si dimostri l'esistenza, in concreto, di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del "solvens" di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione.”. Ed inoltre: Cass., sez. VI, 23 febbraio 2015, n. 3568, in CED Cassazione; Cass., sez. I, 23 marzo 2005, n. 6267, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 3; Cass. Civile 23 marzo 2005, n. 6267, in Archivio Sentenze Civili Juris Data; Cass. Civile 8 settembre 2004, n. 18065, in Archivio Sentenze Civili Juris Data.

della giurisprudenza civile di legittimità e della dottrina, che l'inefficacia ha carattere necessario ed oggettivo ed opera automaticamente

ove sussista il presupposto dell'esistenza dell'atto e della sua gratuità, tanto da potere essere dichiarata, in sede civile, con sentenza avente natura ricognitiva della situazione giuridica (Sez. 1, n. 6918 del 01/04/2005, Rv. 580236; Sez. 1, n. 1831 del 09/02/2001, Rv. 543739; sulla stessa linea, Sez. 3, n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633294).

In altri termini, non deve darsi luogo ad un'azione revocatoria in separata sede, posto che gli atti gratuiti, alle condizioni sopra precisate, sono inefficaci di diritto, non rilevando neppure la sussistenza dello stato di insolvenza, atteso che sono oggetto di una presunzione assoluta di frode nel biennio precedente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Tale assunto ha trovato, recentemente, un solido conforto normativo nella previsione, contenuta nel nuovo secondo comma dell'art. 64 (aggiunto dall'art. 6, comma 1-bis, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. dalla l. 6 agosto 2015, n. 132), secondo cui i beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono direttamente acquisiti al patrimonio del fallimento per effetto della trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento, essendo ammesso reclamo avverso detta trascrizione.”

Il tema della revocabilità della costituzione del fondo patrimoniale va tenuto distinto da quello della non inclusione nella massa fallimentare dei beni oggetto di un fondo regolarmente e validamente costituito. Ai sensi, infatti, dell'art. 46 l. fall., il fondo patrimoniale è inserito nell'elenco di beni e rapporti giuridici sottratti allo spossessamento derivante dalla dichiarazione di fallimento.

L'esclusione di cui all'art. 46 l. fall. opera, infatti, nel presupposto che il fondo patrimoniale sia stato costituito al di fuori dei casi in cui ricorrono i presupposti per la revocatoria ex art. 64 l. fall.⁴⁰;

⁴⁰ Inoltre, come rilevato da Boggiali –Ruotolo in CNN Notizie del 11/05/2016, Segnalazioni Novità Giurisprudenziali, FALLIMENTO E REVOCABILITÀ DELLA COSTITUZIONE DEL FONDO PATRIMONIALE (Cass., sez. I, 6 maggio 2016, n. 9128) “l'art. 46 l. fall. prevede espressamente l'esclusione dal fallimento dei beni costituiti in fondo patrimoniale, ne deriva che il fallito conserva l'amministrazione e la disponibilità degli stessi secondo il regime proprio del fondo patrimoniale e il compimento di atti di disposizione sugli stessi non è soggetto ad autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione (sul compimento di atti di disposizione del fondo patrimoniale da parte del fallito, v. Boggiali, *I limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, in *Studi e materiali*, 2013, 171 ss., spec. 174).”

7) il requisito soggettivo, previsto dall'art. 170 c.c., della conoscenza da parte del creditore dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia, per poter ottenere la limitazione di responsabilità prevista dalla norma stessa.

Proprio avuto riguardo al tenore letterale dell'art. 170 c.c., è rappresentato dal rilievo che la norma attribuisce, all'atteggiamento psicologico del creditore.

Tale norma crea tre diverse categorie di creditori:

- soggetti il cui credito è sorto per bisogni della famiglia, il cui soddisfacimento è facilitato sui beni del fondo e che possono procedere esecutivamente ed iscrivere anche ipoteche giudiziali sui beni del fondo solo che dimostrino l'obbligazione è stata contratta per esigenze familiari (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 5385 del 05/03/2013, secondo cui *“L'art. 170 cod. civ., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria, ivi compresa quella di cui all'art. 77 del d.P.R. 3 marzo 1973, n. 602. Ne consegue che l'esattore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo, conferiti nel fondo, qualora il debito facente capo a costoro sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero quando - nell'ipotesi contraria - il titolare del credito, per il quale l'esattore procede alla riscossione, non conosceva l'estraneità ai bisogni della famiglia; viceversa, l'esattore non può iscrivere l'ipoteca - sicchè, ove proceda in tal senso, l'iscrizione è da ritenere illegittima - nel caso in cui il creditore conoscesse tale estraneità.”*. Nello stesso senso anche Cassazione, Sez. 3, Sentenza n. 1652 in data 29 gennaio 2016);

- soggetti il cui credito è sorto per scopi estranei ai bisogni della famiglia ma che ignoravano tale estraneità al momento del sorgere dell'obbligazione, la Cassazione afferma che l'onere di provare tale conoscenza grava sui coniugi e non sul creditore procedente. Infatti il creditore dovrebbe dare la dimostrazione di una circostanza negativa - cioè di non essere stato a conoscenza che il debito era stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia - contravvenendo al principio secondo cui i fatti negativi non sono oggetto di prova (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 4011 del 19/02/2013, secondo cui *“l'onere della prova dei presupposti di applicabilità dell'art. 170 cod. civ. grava su chi intenda avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale, sicchè, ove sia proposta opposizione, ex art. 615 cod. proc. civ., per contestare il diritto del creditore ad agire esecutivamente, il debitore opponente deve dimostrare non soltanto la regolare costituzione del fondo e la sua opponibilità al creditore procedente, ma anche che il suo debito verso quest'ultimo venne contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a tal fine*

occorrendo che l'indagine del giudice si rivolga specificamente al fatto generatore dell'obbligazione, a prescindere dalla natura della stessa: pertanto, i beni costituiti in fondo patrimoniale non potranno essere sottratti all'azione esecutiva dei creditori quando lo scopo perseguito nell'obbligarsi fosse quello di soddisfare i bisogni della famiglia, da intendersi non in senso meramente oggettivo ma come comprensivi anche dei bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari.”);

- soggetti il cui credito è sorto per scopi estranei ai bisogni della famiglia e consapevoli di tale estraneità. Solo a quest'ultima categoria di creditori è impedita l'esecuzione sui beni del fondo;

8) l'estensione data dalla giurisprudenza dei seguenti aspetti relativi all'obbligazione, alla sua natura, alla sua fonte, al tempo e al modo della sua assunzione:

- ai fini di identificare i crediti che possono trovare soddisfacimento sui beni del fondo è irrilevante la natura delle obbligazioni e non assume alcun rilievo il tempo in cui il debito è sorto, essendo rilevante solo la relazione fra il fatto generatore delle obbligazioni e i bisogni della famiglia (Cass. 15862/2009, Cass. 8991/2003 e Cass. 12998/2006);

- è irrilevante l'antiorità del credito rispetto alla costituzione del fondo poiché l'art. 170 non limita l'esecuzione forzata ai soli crediti estranei ai bisogni della famiglia sorti successivamente alla costituzione del fondo, ma estende la sua efficacia ai crediti sorti anche anteriormente salva la possibilità per il creditore di agire in revocatoria (Cass. 15862/2009, Cass. 4933/2005);

- non assume rilievo la fonte del credito, contrattuale o non contrattuale (Cass. Civile 18 luglio 2003, n. 11230; Cass. Civile 5 giugno 2003, n. 8991; Cass. Civile 31 maggio 2006, n. 12998), purchè l'obbligazione sia corrispondente al soddisfacimento di bisogni familiari.

Quindi il fondo può rispondere:

- a) per obbligazioni tributarie relative ai beni costituiti in fondo. Sul punto sono recentemente intervenute più Sentenze della Suprema Corte in particolare in materia di iscrizione di ipoteca legale a garanzia di obblighi tributari affermando, con giurisprudenza ormai costante il principio secondo cui *“In tema di riscossione coattiva delle imposte, l'iscrizione ipotecaria è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'art. 170 c.c., sicché è legittima solo se l'obbligazione tributaria sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, ma grava sul debitore che intenda avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale l'onere di provare l'estraneità del debito alle*

esigenze familiari e la consapevolezza del creditore.” (da ultimo Cass. Sez. 5, Sentenza n. 22761 del 09/11/2016 e nello stesso senso Cass. Ordinanza n. 23876 del 23/11/2015, Sez. 3, Sentenza n. 1652 del 29/01/2016);

- b) per obbligazioni derivanti da responsabilità per danni cagionati dagli immobili costituiti in fondo (art. 2053 c.c.);
- c) per obblighi derivanti da responsabilità per debiti risarcitori (Cass., Sez. 3, **Sentenza n. [18248](#)** del 26/08/2014, secondo cui *“In tema di fondo patrimoniale, la circostanza che un credito inerisca ai bisogni della famiglia - come nel caso del credito risarcitorio spettante al titolare di uno “ius in re aliena” (nella specie, usufrutto) per abusivo godimento abitativo, da parte dei coniugi, del bene staggito - rende sempre e comunque legittima l'esecuzione, a prescindere dalla data di insorgenza del credito rispetto a quella di costituzione del fondo e dalla sua fonte (contrattuale od extracontrattuale).”*);
- d) per oneri condominiali relativi agli immobili facenti parte del fondo (sul punto Cassazione, sentenza 31 ottobre 2014, n. 23163, sez. III civile secondo cui *“In tema di fondo patrimoniale, tra i debiti contratti per i bisogni della famiglia, per i quali può avere luogo l'esecuzione forzata ai sensi dell'art. 170 cod. civ., vanno compresi quelli riguardanti i beni costituiti in fondo patrimoniale, per definizione destinati essi stessi al soddisfacimento delle esigenze familiari, sicché rientrano in tale ambito anche i debiti per oneri condominiali e per spese processuali sopportate dal condominio per riscuotere gli oneri condominiali relativi ad un immobile facente parte del fondo patrimoniale.”*

L'esecuzione dei creditori per bisogni della famiglia avrà ad oggetto il diritto costituito in fondo patrimoniale.

Qualora al momento della costituzione vi sia stata riserva della proprietà da parte del costituente, con conseguentemente attribuzione ai coniugi del diritto di godimento di cui si è detto, l'azione esecutiva potrà rivolgersi solo nei confronti dei frutti, considerato il carattere di inalienabilità e di inespropriabilità attribuito a tale diritto di godimento.

Viceversa il diritto di nuda proprietà che il costituente si sia riservato in sede di costituzione del fondo, non formando oggetto del fondo stesso, sarà soggetto alle regole generali di responsabilità non essendo ad esso applicabile il particolare regime previsto dall'art. 170 c.c. (In questo senso: Trib. Bassano del Grappa, Sentenza in data 3 febbraio 1994, in Resp. civ. e prev., 1995, pag. 959 ss.. Su questo aspetto una particolare interpretazione estensiva viene data dal Tribunale di Benevento nella citata decisione in data 27 aprile 2007, 172);

9) il recente orientamento della Suprema Corte sulla data di decorrenza della prescrizione per l'azione revocatoria ordinaria. La

Cassazione infatti con Sentenza, Sez. 3, *Sentenza n. 5889 del 24/03/2016* (Rv. 639406) ha affermato che: *“La disposizione dell'art. 2903 c.c., laddove stabilisce che l'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto, deve essere interpretata, attraverso il coordinamento con la regola contenuta nell'art. 2935 c.c., nel senso che la prescrizione decorre dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi, in quanto solo da questo momento il diritto può esser fatto valere e l'inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, su un'azione revocatoria ordinaria di costituzione del fondo patrimoniale, ha ritenuto la decorrenza della prescrizione non dalla stipula dell'atto, ma dal giorno dell'annotazione dell'atto stesso nei registri dello stato civile).”*

A tutto quanto detto occorre naturalmente aggiungere ora la nuova disposizione, sulla quale non possiamo in questa sede soffermarci, di cui all'art. 2929 bis c.c. che consente al creditore anteriore:

- e) pregiudicato da un atto del debitore di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione (peraltro nel fondo patrimoniale possono ricorrere entrambe le ipotesi a seconda che la fattispecie costitutiva preveda la sola imposizione del vincolo o attui anche un trasferimento);
- f) avente ad oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri;
- g) compiuto a titolo gratuito (e, come abbiamo visto, questa è la natura riconosciuta all'atto costitutivo di fondo patrimoniale) dopo il sorgere del credito;
- h) munito di titolo esecutivo, di procedere ad esecuzione forzata del bene conferito in fondo patrimoniale (successivamente al sorgere del suo credito) senza aver prima agito in revocatoria ed ottenuto la relativa sentenza dichiarativa di inefficacia.

Questa “revocatoria semplificata” introdotta dall'art. 2929 bis c.c. è consentita solo se il creditore trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto.

Successivamente dovrà essere esperita l'azione revocatoria.

Un aspetto va sinteticamente posto in evidenza ed è il rilievo da attribuirsi ora alla trascrizione di cui all'art. 2647 c.c. alla luce della nuova disposizione.

Come sappiamo la Suprema Corte a Sezioni Unite ha affermato che per il fondo patrimoniale l'efficacia di opponibilità ai terzi (pubblicità dichiarativa) è affidata all'annotazione nei registri dello stato civile, ai sensi dell'art. 162 c.c., mentre la trascrizione di cui all'art. 2647 c.c. è degradata a mera pubblicità notizia.

Fermo restando che qualora con il fondo patrimoniale si attui anche un meccanismo traslativo la pubblicità dichiarativa di esso è affidata alla

trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c. dovrà ora rivalutarsi anche la rilevanza della trascrizione di cui all'art. 2647 c.c.

Fondo patrimoniale e revocatoria penale

La cassazione con sentenza 31 ottobre 2014, n. 23158, sez. III civile, si occupa dell'applicazione della revocatoria di cui all'art. 192 c.p. affermando che *“In sede di opposizione all'esecuzione, come l'opponente può contestare il diritto di procedere all'esecuzione forzata adducendo una ragione di impignorabilità del bene staggito (nella specie, il suo conferimento ad un fondo patrimoniale) sorta anteriormente alla formazione del titolo esecutivo giudiziale od al conseguimento della sua definitività, così, simmetricamente, non è precluso al creditore procedente di replicare che la pignorabilità del bene deriva dall'applicazione dell'art. 192 cod. pen., qualora il fondo sia stato costituito dall'autore del reato dopo la commissione dello stesso, attesa l'inesistenza di un rapporto di pregiudizialità tra azioni revocatorie, tanto più di quella penale, rispetto all'opposizione all'esecuzione che si fondi sull'impignorabilità di beni che siano oggetto di queste.”*

La Sentenza affronta alcune questioni di interesse:

- 1) Innanzitutto se sia affetto da nullità per illiceità della causa, o per frode alla legge o comunque per motivo illecito comune alle parti, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1343, 1344 e 1345 c.c. l'atto di costituzione di fondo patrimoniale nel caso in cui violi o eluda l'applicazione di norme a tutela dei creditori (art. 2740 o 2043 c.c. e 185 c.p.) che abbia cioè l'intento di frodare i creditori. A questo aspetto la Cass. Fornisce risposta negativa e chiarisce che *“L'atto negoziale lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non è quindi di per sè solo illecito (e quindi non è nullo, ne' per illiceità della causa, ne' per frode alla legge, ne' per motivo illecito determinante comune), sia perché nessuna norma vieta - di per sè sola considerata - alle parti di compiere attività negoziali che possano comportare un pregiudizio economico o patrimoniale per i terzi, sia perché è previsto un sistema speciale di tutela di chi risulta danneggiato, articolato sulla sola inefficacia degli atti negoziali posti in essere in suo danno ed a peculiari condizioni. In relazione a tale conclusione di mera inefficacia gli interpreti elaborano, come visto, la sola eccezione - del tutto condivisibile, ma che con ogni evidenza non ricorre nella fattispecie - che la preclusione al terzo dell'esercizio del diritto, derivante dall'atto negoziale in sua frode, costituisca di per sè sola e di per sè stessa un risultato vietato, assistito generalmente non solo da una tutela risarcitoria, ma*

pure da una tutela recuperatoria piena o in forma specifica: al di fuori di questo solo caso, allora, il contratto è pienamente valido ed efficace, impregiudicata appunto soltanto la reazione del diretto interessato, al ricorrere di quei particolari presupposti.”

Sulla gratuità ribadisce:

“Va subito precisato che non si ha alcun valido motivo per discostarsi dal costante insegnamento di questa Corte regolatrice - tanto da potersi in questa sede limitare a richiamarlo - in tema di negozio costitutivo del fondo patrimoniale - finalizzato a fronteggiare i bisogni della famiglia - quale atto a titolo gratuito, anche se posto in essere da entrambi i coniugi: e, come tale, suscettibile di essere dichiarato inefficace in pregiudizio di quei creditori in frode ai quali sia stato posto in essere (per limitarsi alle più recenti: Cass. 8 agosto 2013, n. 19029; Cass. 7 ottobre 2008, n. 24757; Cass. 7 luglio 2007, n. 15310; Cass. 17 gennaio 2007, n. 966; Cass. 23 settembre 2004, n. 19131). Del resto, è evidente che nessuna diminuzione del patrimonio si ha con detto atto, conseguendosi perfino il beneficio, sia pure a prezzo di una certa qual limitazione del potere di disporre, di sottrarne cespiti in genere di rilevante importanza all'esecuzione per crediti diversi da quelli relativi ai bisogni della famiglia. Su questa premessa, diviene allora indispensabile verificare se e a quali condizioni possa essere fatta valere l'inefficacia anche del fondo patrimoniale, pure ai sensi del più volte richiamato art. 192 cod. pen., cui si riconduce quello opposto dagli odierni ricorrenti incidentali - originari debitori eseguiti oppositori - alla creditrice pignorante opposta.”

Sulla revocatoria penale rileva:

- 1) *“La dottrina penalistica individua il fondamento e la funzione di tale istituto risiedono nella necessità di approntare uno strumento mediante il quale riuscire a neutralizzare gli atti fraudolenti compiuti dal reo e finalizzati al depauperamento del patrimonio in pregiudizio del creditore: donde la necessità, avvertita dal codificatore, di predisporre una tutela più rafforzata rispetto a quella ordinaria civilistica, come si desume dal fatto che lo stesso art. 2904 cod. civ., a chiusura della sezione dedicata all'azione revocatoria, fa salve le disposizioni dettate su tale istituto in materia fallimentare e in materia penale.*

- 2) *Tuttavia - e nonostante la singolare tenuità dell'interesse della dottrina penalistica a questo peculiare profilo - l'istituto in esame è al contempo una sanzione - una sanzione civile, come testualmente si esprime la norma che lo prevede - del reato: una sua conseguenza sanzionatoria, benché del tutto peculiare, strutturata quale strumento ulteriore e complementare rispetto ai normali mezzi civilistici conservativi di cui agli artt. 2900 ss. c.c., quali le azioni revocatoria ordinaria e surrogatoria.*
- 3) *Per la verità, a stretto rigore, l'inefficacia in esame non è riservata neppure ad un'azione ad hoc, né configurata come esito di una declaratoria all'esito di quest'ultima; in tal senso milita, ove non lo si voglia svalutare immotivatamente, il dato testuale dell'art. 192 cod. pen., che commina direttamente l'inefficacia dell'atto come conseguenza del reato, senza passare, come si esprime invece la norma del codice civile sulla generale actio pauliana, per l'abilitazione del singolo creditore ad agire per farlo dichiarare inefficace (secondo, cioè, il chiaro disposto dell'art. 2901 cod. civ., per il quale il creditore "può domandare che siano dichiarati inefficaci" determinati atti di disposizione del patrimonio: sicché solo dopo la declaratoria di inefficacia egli potrà agire esecutivamente sui beni che ne sono oggetto). In tal senso la giurisprudenza penale in tema di sequestro conservativo, come visto, presuppone in via diretta ed immediata l'aggregabilità, con tale misura certamente cautelare, proprio di beni oggetto di quegli atti dispositivi (v. la già citata Cass. pen., n. 2386/2009, imp. Liuzzi).*
- 4) *"Se tanto è vero, l'inefficacia può essere fatta utilmente valere - se non ai fini della ricordata misura cautelare penale speciale, ma senza alcuna concreta definitiva conseguenza sul bene oggetto dell'atto di disposizione - esclusivamente a far tempo dalla dichiarazione di colpevolezza dell'autore dell'atto e, più precisamente, dal momento in cui quest'ultima, avendo determinato l'esistenza del credito in capo al danneggiato, possa fondare (secondo i principi generali sull'esercizio dell'azione civile nel processo penale, il cui approfondimento non rileva ai fini della presente controversia) un'azione esecutiva contro chi ne è attinto. Conseguenza di tanto è che, in applicazione della regola generale prevista dall'art. 2935 cod. civ., prima di tale data non può iniziare a decorrere nemmeno il termine prescrizione; il quale, poi, per l'astratta riconducibilità dell'azione in esame al più ampio genere di quella revocatoria, non potrà che essere quello*

quinquennale previsto dall'art. 2903 cod. civ.: non rileva allora, quale exordium praescriptionis, la data dell'atto di disposizione. E, in applicazione anche in questo caso di regole generali civilistiche (e segnatamente dei commi primo e terzo dell'art. 2945 cod. civ.), il termine prescrizione è dapprima interrotto dall'esecuzione di una misura cautelare (come pure dall'inizio di un giudizio risarcitorio) e poi rimane sospeso - in dipendenza della retroazione al tempo di attuazione della misura cautelare degli effetti del pignoramento in cui essa si converte - durante tutto il tempo di pendenza del giudizio, penale o civile poco importa, che culmini nella pronuncia di un titolo esecutivo in favore del danneggiato che sia riconosciuto creditore.”.

La decorrenza di questa prescrizione, come individuata dalla Suprema Corte, pone il fondo patrimoniale come atto a titolo gratuito, a fronte di responsabilità patrimoniali da reato, in una situazione di incertezza molto più prolungata a livello temporale rispetto a quella prevista dal codice civile (anche con il correttivo della decorrenza della relativa azione non dall'atto ma dalla sua opponibilità ai terzi come stabilito dalla citata recente Sentenza della Suprema Corte).

Il Fondo patrimoniale e la responsabilità penale: il sequestro preventivo e il sequestro conservativo penale

Occorre infine richiamare la ormai consolidata giurisprudenza relativa alla legittimità delle misure cautelari penali su beni oggetto di fondo patrimoniale, che ci porta ad osservare come nessuna protezione garantisce il fondo a fronte di esse.

Infatti l'unico elemento rilevante in questa ipotesi è l'appartenenza del bene sequestrato al patrimonio del reo, elemento che la Suprema Corte ritiene esistente anche in presenza di fondo patrimoniale.

Partendo da un blocco di decisioni in materia sequestro preventivo finalizzato alla confisca in ipotesi di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte richiamano:

- a) Cass., Sez. 3, **Sentenza n. [40364](#)** del 19/09/2012, secondo cui “Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, non presupponendo alcuna forma di responsabilità civile, può avere ad oggetto anche beni inclusi

nel **fondo patrimoniale** familiare, in quanto appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti. (Fattispecie nella quale, in relazione a reati fiscali, è stato ritenuto legittimo il sequestro sul 50% di un immobile appartenente al ricorrente, benché incluso nel **fondo patrimoniale**, dal cui atto costitutivo non emergeva alcuna destinazione per il soddisfacimento degli interessi del figlio minore).⁴¹

- b) Cass., Sez. 3, **Sentenza n. 6290** del 14/01/2010, secondo cui “Il sequestro preventivo può riguardare anche i beni costituenti il **fondo patrimoniale** familiare di cui all'art. 167 cod. civ., giacché appartenenti al soggetto che ve li ha conferiti.”
- c) Cass., Sez. 3, **Sentenza n. 5824** del 18/12/2007, secondo cui “In tema di reati tributari, la costituzione di un **fondo patrimoniale** integra il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, in quanto è atto idoneo ad ostacolare il soddisfacimento di un'obbligazione tributaria.”

⁴¹ Nella motivazione della decisione si legge: “Secondo giurisprudenza pressoché consolidata di questa Corte che il Collegio condivide pienamente e da cui non ha motivo di discostarsi, “...i beni costituenti il fondo patrimoniale rimangono nella disponibilità del proprietario o dei rispettivi proprietari, ma hanno solo un vincolo di destinazione. Da ciò consegue che i beni immobili conferiti dal ricorrente non possono che appartenere a lui e pertanto resta soddisfatto il criterio dell'appartenenza della cosa al reo, che ne giustifica la confisca e il preventivo sequestro. Ciò premessoci rileva che questa Corte si è già pronunciata sulla sequestrabilità per finalità preventive dirette alla confisca dei beni costituenti il fondo patrimoniale, osservando che non esiste alcuna incompatibilità tra il sequestro preventivo e i regimi di particolare favore assicurati dalle leggi civili a taluni beni in ragione della loro natura o destinazione. I precedenti in questione (Cass. sez. 2, sent. n. 16658 dep. il 2 maggio 2007; 29940 del 2007), contengono alcune puntualizzazioni applicabili anche alla fattispecie Si è sostenuto che le norme civilistiche che definiscono la natura di taluni cespiti patrimoniali (es. artt. 169 e 1881), ovvero disciplinano l'esecuzione coattiva civile (es. artt. 543 e 545 c.p.p.) riguardano esclusivamente la definizione della garanzia patrimoniale a fronte delle responsabilità civili, e in nulla toccano la disciplina della responsabilità penale, nel cui esclusivo ambito ricade invece il sequestro preventivo. Peraltro la struttura e la finalità del sequestro preventivo rendono evidente e non equivocarle la differenza con le fattispecie civilistiche, tanto cautelari che espropriative: il sequestro preventivo non presuppone alcuna responsabilità civile, ed è anzi indipendente dall'effettiva causazione di un danno quantificabile; non prelude ad alcuna espropriazione, ma semmai ad un provvedimento sanzionatorio), quale è la confisca, che prescinde dal danno e considera solo l'esistenza di un particolare rapporto di strumentalità o di derivazione tra la cosa e il reato. Tali asimmetrie rendono improponibile qualsiasi tentativo d'analogia, che certo non può essere ispirata dai precedenti giurisprudenziali in tema di sequestro conservativo disposto nel processo penale, trattandosi nell'ipotesi del sequestro conservativo della medesima misura cautelare disciplinata dal codice di procedura civile, e posta a presidio della garanzia patrimoniale a fronte della responsabilità per obbligazioni di natura civilistica (risarcimento in favore della parte civile) o la cui realizzazione coattiva è strutturata sul modello dell'espropriazione forzata (spese processuali e pene pecuniarie)”. “La legittimità del sequestro finalizzato alla confisca non è esclusa dal fatto che trattasi di confisca per equivalente, poiché l'assenza di nesso pertinenziale tra il reato commesso e i beni confiscabili “per equivalente” non altera la natura sanzionatoria della confisca, che colpisce il reo in quanto la giustificazione dell'intervento penale, con il simultaneo travolgimento dei vincoli civilistici, risiede unicamente nell'appartenenza del bene sequestrato al patrimonio del reo” (Cass. pen. Sez. 3 n. 6290 del 14.1.2010).”

- d) Cass., Sez. 2, Sentenza n. 29940 del 27/06/2007, secondo cui “Il sequestro preventivo può avere ad oggetto il fondo patrimoniale coniugale, poiché i vincoli di disponibilità previsti dall'art. 169 cod. civ. non riguardano la disciplina della responsabilità penale.”

In particolare questa decisione introduce una distinzione che verrà ripresa da tutte quelle successive ed in particolare la differenza fra sequestro preventivo, sequestro conservativo e particolari regimi di favore assicurati dalle leggi civili, affermando: “Relativamente all'esistenza del fondo patrimoniale, questa Suprema Corte ha già esaminato il problema della compatibilità tra il sequestro preventivo e i regimi di particolare favore assicurati dalle leggi civili a taluni beni in ragione della loro natura o destinazione, risolvendolo in senso positivo. Il precedente in questione (Cass. sez. 2, sent. n. 16658 dep. il 2 maggio 2007), benché riferito a una polizza assicurativa, contiene un pertinente obiter dictum, che si trascrive: L'evocazione dell'art. 1923 c.c., al fine di escludere l'assoggettabilità della polizza a sequestro preventivo non è pertinente: quella norma, come molte altre che definiscono la natura di taluni cespiti patrimoniali (es. artt. 169 e 1881 c.c.), ovvero disciplinano l'esecuzione coattiva civile (es. artt. 543, 545 c.c.), attiene esclusivamente alla definizione della garanzia patrimoniale a fronte delle responsabilità civili, e in nulla tocca la disciplina della responsabilità penale, nel cui esclusivo ambito ricade invece il sequestro preventivo. Peraltro la struttura e la finalità del sequestro preventivo rendono evidente e non equivocabile la differenza con le fattispecie civilistiche, tanto cautelari che espropriative: il sequestro preventivo non presuppone alcuna responsabilità civile, ed è anzi indipendente dall'effettiva causazione di un danno quantificabile; non prelude ad alcuna espropriazione, ma semmai ad un provvedimento sanzionatorio, quale è la confisca, che prescinde dal danno e considera solo l'esistenza di un particolare rapporto di strumentante o di derivazione tra la cosa e il reato. Tali asimmetrie rendono improponibile qualsiasi tentativo d'analogia, che certo non può essere ispirata dai precedenti giurisprudenziali in tema di sequestro conservativo disposto nel processo penale, trattandosi in quel caso della medesima misura cautelare disciplinata dal codice di procedura civile, e posta a presidio della garanzia patrimoniale a fronte della responsabilità per obbligazioni di

natura civilistica (risarcimento in favore della parte civile) o la cui realizzazione coattiva è strutturata sul modello dell'espropriazione forzata (spese processuali e pene pecuniarie).”

Desidero, infine, richiamare due recenti decisioni, sempre in tema di sequestro preventivo penale:

- a) una che analizza un caso di utilizzo del fondo patrimoniale come mezzo concreto di sottrazione fraudolenta di beni per la commissione del delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.). La Cassazione, Sez. 6, con *Sentenza n. 7525 del 24/02/2016*, afferma anche in questo caso che *“Integra il delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice il compimento di un atto fraudolento o simulato che ostacoli o ritardi nell'azione l'avente diritto, a prescindere dalla effettiva realizzazione dello scopo perseguito (Fattispecie relativa al conferimento in un fondo patrimoniale dell'unico bene immobile suscettibile di pignoramento da parte dell'imputato che era stato condannato al pagamento di una provvisoria in favore della parte civile).”*;
- b) la seconda (Cass. Sez. 2, *Sentenza n. 1716 del 29/01/2016*) che esamina l'ipotesi in cui un notaio ha costituito un fondo patrimoniale (oltre che istituito un trust) su beni precedentemente gravati da sequestro preventivo penale, concludendo per la nullità dell'atto e per la responsabilità professionale del notaio ex art. 28 legge notarile⁴².

Alcuni passaggi della motivazione presentano interesse, ed in particolare:

- laddove afferma che nella sottrazione di beni immobili è lo stesso atto dispositivo di diritti sugli immobili sequestrati (in luogo dell'amotio) *“che è idoneo ad eludere il vincolo o quanto meno a rendere più difficoltoso il conseguimento della finalità cui il vincolo è funzionale ad integrare la*

⁴² In particolare la Suprema Corte ha affermato che “Risponde dell'illecito disciplinare di cui all'art. 28, comma 1, della l. n. 89 del 1913 il notaio che abbia ricevuto un atto di disposizione (nella specie, costituzione di fondo patrimoniale) relativo ad immobile sottoposto a sequestro penale, trattandosi di attività negoziale compiuta in spregio alla norma penale e, dunque, "espressamente proibita dalla legge", in quanto idonea "ex se" a sottrarre il bene al vincolo o, comunque, a rendere più difficoltoso il conseguimento della finalità cui il vincolo è funzionale, ex art. 334 c.p.”.

sottrazione (confr. Cass. SU penali del 2010 n. 43428). In ogni caso, l'inopponibilità al sequestrante dell'atto ricevuto da notaio non fa degradare la condotta alla figura del reato "impossibile", ma integra gli estremi del reato "tentato" penalmente rilevante”;

- laddove rileva che l'attività professionale del notaio è stata svolta nella sua piena consapevolezza dell'evidente finalità elusiva perseguita dal cliente, integrante, quest'ultima, quanto meno reato tentato, e continua osservando che “Al di là della valutazione dei profili di responsabilità penale, che qui non sono in discussione, occorre necessariamente valutare il comportamento tenuto dal notaio, pur nell'ambito dei confini definiti dagli artt. 27 e 28 della legge notarile, tenendo conto dell'attuale evoluzione dell'etica sociale verso un ordinamento economico/finanziario che limita sempre più l'area delle possibili elusioni delle norme imperative a protezione del bene comune da esso tutelato e che, di conseguenza, sempre più responsabilizza la specifica funzione dei soggetti obbligati in ragione della loro qualificazione professionale ad intervenire nelle transazioni commerciali a tutelare non solo gli interessi delle parti contraenti, ma anche e specialmente quelli della generalità dei cittadini. Sotto quest'ultimo profilo, le norme penali di cui è stata richiamata la violazione hanno la specifica ed evidente finalità di garantire lo Stato nelle sue pretese fiscali avverso gravi violazioni in corso di accertamento, sanzionando appunto quei comportamenti che con esse si pongano in contrasto.”. “ In tale prospettiva valutativa va inquadrata in particolare l'attività notarile, per la sua specifica e delicata funzione, che, tra l'altro, ne ha finora garantito la sua conservazione. E in tale prospettiva vanno letti e interpretati gli artt. 27 e 28 della legge notarile, che definiscono i confini della attività del notaio tra l'obbligo di rogare gli atti richiesti e l'obbligo di rifiutarli. Al riguardo, non può certamente ritenersi che l'obbligo di rogare l'atto, previa adeguata informativa sul suo contenuto e sui suoi effetti, possa risultare di ampiezza tale da imporgli di prestare la propria assistenza anche quando l'atto da rogare si ponga come un evidente strumento elusivo di norme pubblicistiche, assistite da sanzioni penali, pur in presenza di norme che, complessivamente interpretate, possano, in tesi, non necessariamente integrare la sola nullità intesa sotto il profilo civilistico.”;

- concludendo che *“La violazione della norma penale conduce, ineluttabilmente, alla violazione dell'articolo 28 della legge notarile, perché l'attività negoziale compiuta in spregio della norma penale è colpita da nullità derivante dal contrasto con disposizioni di legge imperative (vedi Cass. 2010 n.4657 e Cass. 1998 n. 7665). In particolare, per quanto attiene alla violazione dell'articolo 11 del decreto legislativo n. 74 del 2000, va rilevato che la costituzione di un fondo patrimoniale è idonea ad integrare la "sottrazione" prevista dalla predetta norma (vedi Cass. penale del 2012 n. 21013) e che anche la costituzione di un trust, nonostante la formale liceità dello strumento utilizzato, può realizzare l'intento frodatorio avuto di mira dall'agente (vedi Cass. penale 15449 del 2015).”*.

Maria Luisa Cenni