

FEDERICO TASSINARI

PATRIMONI PRIVATI E DESTINAZIONI
A TUTELA DELLA FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Patrimoni di destinazione e peculiarità dell'interesse familiare. — 2. Normale inidoneità della fondazione e del *trust*, come negozi di destinazione a tutela della famiglia, a realizzare l'interesse del disponente. — 3. Normale inidoneità del mandato, come negozio di destinazione a tutela della famiglia, a realizzare l'interesse del disponente. — 4. Permanente centralità, quale negozio di destinazione a tutela di interessi familiari, del fondo patrimoniale; ragioni del suo impiego limitato e distorto; prospettive di una sua più ampia diffusione. — 5. Prospettive interpretative per un migliore impiego dell'istituto del fondo patrimoniale. — 6. Esecuzione sui beni costituiti in fondo patrimoniale e sui relativi frutti e tutela dei creditori.

1. *Patrimoni di destinazione e peculiarità dell'interesse familiare.* — In un convegno avente per oggetto gli atti di autonomia privata finalizzati alla destinazione di uno o più beni, o di interi patrimoni, al perseguimento di uno scopo particolare, la relazione dedicata agli atti di destinazione posti in essere nell'interesse familiare non può non caratterizzarsi in maniera particolare in considerazione della difficile permeabilità che il nucleo familiare presenta, nella sua fase fisiologica, rispetto all'ingresso e all'applicazione, nel proprio ambito, delle regole giuridiche.

La destinazione dei beni di uno o di entrambi i coniugi, o anche di uno o più terzi, al fine di assicurare un determinato tenore al *ménage* familiare costituisce, per sua natura, un interesse di fatto prima che un interesse giuridico, un elemento spontaneo prima che l'adempimento di un obbligo sanzionabile dall'ordinamento.

Il vincolo giuridico di destinazione, derivante, come conseguenza, dal compimento di un atto di autonomia privata, costituisce normalmente, in ambito familiare, un effetto indesiderato, in quanto la trasformazione di una situazione spontanea in una situazione giuridicamente rilevante determina una indesiderata perdita di libertà in capo al disponente, alla quale quest'ultimo, normalmente, non intende assoggettarsi in assenza di una contropartita a proprio vantaggio.

Eppure, l'ordinamento giuridico, anche alla luce dei principi costituzionali dedicati alla famiglia (1), non può non con-

(1) In questa sede non è neppure possibile accennare al discusso tema della possibilità, in tutto o in parte, di estendere la tutela costituzionale in tema di fa-

siderare con favore quegli atti di autonomia privata di tipo « solidaristico » che hanno il fondamento e la finalità di garantire la stabilità del tenore di vita familiare e di agevolare, grazie a tale tenore, l'adempimento dei doveri di mantenere, istruire ed educare la prole, posti dalla stessa carta costituzionale a carico dei genitori.

Non a caso la legge di riforma del diritto di famiglia, entrata in vigore nel 1975, ha ritenuto di non abrogare l'istituto del patrimonio familiare di cui agli artt. 169-176 c.c. del 1942, pure dovendo prendere atto del totale fallimento dello stesso, rimasto sostanzialmente inutilizzato nella prassi negoziale, introducendo, in luogo di quest'ultimo, un nuovo istituto, parimenti configurato alla stregua di un vincolo di destinazione a tutela degli interessi familiari, denominato fondo patrimoniale, e disciplinato, questa volta, negli artt. 167-171 c.c.

Non a caso tuttavia, nello stesso tempo, il legislatore della riforma, nella speranza di introdurre uno strumento concretamente utilizzabile, ha cercato un meccanismo idoneo a rendere appetibile tale istituto, rinvenendolo nella limitazione di responsabilità dei beni del fondo patrimoniale e dei relativi frutti per quei debiti che « il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia » (art. 170 nuovo testo c.c.).

La disciplina che, nel suo complesso, caratterizza l'istituto del fondo patrimoniale concepito dal legislatore di riforma del 1975 appare tuttavia, al pari di altre disposizioni soprattutto in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, lacunosa ed astratta.

Pertanto, il compito dell'interprete, in tale contesto, non si può limitare al tentativo di una coerente interpretazione del dato normativo, ma deve estendersi alla ricerca dell'« anima »

miglia, di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost., alla famiglia di fatto. L'indagine del testo, pertanto, si limiterà ad analizzare il tema proposto all'interno della famiglia fondata sul matrimonio.

dell'istituto, attingendo, oltre che alle proprie nozioni teoriche e sistematiche, all'esperienza pratica professionale, che, sola, potrà scongiurare l'accoglimento di soluzioni che, seppure coerenti e tecnicamente corrette, restino confinate a livello di « laboratorio », offrendo, per contro, una sensibilità operativa in grado di non ripetere, anche per il fondo patrimoniale, l'esperienza fallimentare che caratterizzò l'antecedente del patrimonio familiare.

2. *Normale inidoneità della fondazione e del trust, come negozi di destinazione a tutela della famiglia, a realizzare l'interesse del disponente.* — La peculiarità evidenziata nel precedente paragrafo consente di trattare in maniera sintetica quegli istituti, come la fondazione ed il *trust*, che, pure nella complessità dei problemi che la loro attuale disciplina comporta per l'interprete, soprattutto al fine di coglierne, in entrambi i casi, i limiti massimi di utilizzabilità, appaiono caratterizzati dalla immediata perdita della disponibilità del bene da parte del disponente.

La fondazione di cui agli artt. 14 e ss. c.c., come è noto, male si attaglia al perseguimento di interessi familiari già su un piano generale, dal momento che l'attuale sistema normativo del codice civile e della legislazione speciale sembra circoscriverne l'ambito applicativo al solo caso del perseguimento di interessi di natura pubblicistica, di scopi così rilevanti sul piano morale e sociale da assurgere al rango di fini di pubblica utilità (2), tra i quali solo in minima parte possono rientrare gli interessi familiari.

(2) La norma addotta dalla dottrina dominante per giustificare la conclusione restrittiva riferita nel testo è costituita dall'art. 699 c.c., che, circoscrivendo all'esistenza di siffatto fine di pubblica utilità (premi di nuzialità o di natalità, sussidi per l'avviamento ad una professione, opere di assistenza, ecc.) la validità di disposizioni testamentarie aventi per oggetto l'erogazione periodica, in perpetuo o a tempo, di somme determinate, rifletterebbe l'esistenza di un principio di più ampia portata, contrario, anche al di fuori dell'istituto successorio, all'ammissibilità di

Se si condivide l'impostazione restrittiva dominante, infatti, il disponente potrebbe utilizzare l'istituto della fondazione al fine di creare su un patrimonio un vincolo di destinazione a tutela di interessi familiari (c.d. fondazione di famiglia) soltanto laddove egli sia intenzionato a selezionare un interesse familiare rispondente al predetto criterio della pubblica utilità, quale il mantenimento e l'istruzione di un discendente svantaggiato, in quanto portatore di *handicap* o vivente in un contesto familiare oggettivamente penalizzante, e non anche il mantenimento o l'istruzione del coniuge o dei discendenti in quanto tali.

In ogni caso, al di là di tale ostacolo tecnico nei confronti di una piena utilizzazione dell'istituto della fondazione ex artt. 14 ss. c.c. al fine di creare un patrimonio di destinazione a tutela di interessi familiari, resta la circostanza che il negozio di fondazione spoglia definitivamente il fondatore di ogni potere di amministrazione e di successiva diversa destinazione dei beni, attribuendone definitivamente (3) e da subito la titolarità in capo alla fondazione persona giuridica, assoggettando anche gli stessi amministratori dell'ente a penetranti limitazioni e controlli a garanzia dell'effettivo perseguimento del fine (di pubblica utilità) indicato dal fondatore stesso.

Anche a prescindere dalla eccessiva complessità che la creazione di una fondazione comporta sul piano sia dell'impegno patrimoniale del fondatore sia del costo di gestione derivante dal funzionamento dell'organizzazione della persona giuridica, quest'ultima perdita di controllo del patrimonio da parte del disponente determina, come conseguenza pratica,

vincoli di destinazione creati dall'autonomia privata, perpetui o a tempo, al fine di soddisfare interessi familiari privi del predetto carattere di pubblica utilità.

(3) La definitività, come si evince dall'art. 15 c.c. in tema di revoca del negozio di fondazione, deriva dal sopravvenuto riconoscimento da parte dell'autorità governativa, dall'effettivo inizio dell'attività dell'ente anche in pendenza del predetto riconoscimento e, infine, dalla sopravvenuta morte del fondatore.

l'impossibilità di utilizzare l'istituto in parola per il perseguimento di interessi familiari, con la sola eccezione di alcune situazioni di nicchia, riferibili a cospicui patrimoni ed in genere proiettate nel tempo successivo alla morte o alla perdita della capacità da parte del disponente, dove l'esigenza di conservazione del controllo del patrimonio di destinazione da parte del disponente stesso viene per definizione meno.

Anche il *trust*, che rispetto alla fondazione di cui agli artt. 14 e ss. c.c. si pone agli estremi opposti in termini di flessibilità e duttilità (4), per lo stesso motivo sopra evidenziato appare scarsamente idoneo a realizzare l'interesse del disponente a creare vincoli di destinazione a tutela dell'interesse familiare.

A prescindere dal problema, tuttora controverso, dell'ammissibilità del c.d. *trust* interno a seguito della ratifica da parte dell'ordinamento italiano della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 con la legge 16 ottobre 1989, n. 364 (5), e delle incertezze operative che ne discendono tutte le volte in cui i soggetti ed i beni coinvolti non presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, a prescindere inoltre dalla reticenza che, nelle predette ipotesi, possono derivare dall'assoggettamento dell'istituto ad una legislazione straniera poco conosciuta dall'operatore italiano, resta invero la circostanza che il *trust*, pure consentendo al disponente di assumere, nello stesso tempo, anche la veste di beneficiario o di gestore, mette lo scopo perseguito al centro della vicenda giuridica e subordina a tale scopo l'interesse di tutti i soggetti

(4) Per una agile sintesi incentrata sui profili gestori del *trust*, idonea a mettere in evidenza le caratteristiche indicate nel testo, v. E. CORSO, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Milano, 2000.

(5) Per una equilibrata disamina della questione, cfr., per tutti, M. BIANCA, *Vincoli di destinazione patrimoni separati*, Padova, 1996, soprattutto p. 81 ss., e AA.VV., *Mandato, fiducia e trust. Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, soprattutto p. 19 e ss. e 181 e ss.

coinvolti, ponendosi in rotta di collisione con l'evidenziato interesse di colui che crea vincoli di destinazione nell'interesse familiare a non perdere il controllo dei beni in oggetto in assenza di adeguate contropartite (6).

Anche l'utilizzazione del *trust* al fine della creazione di patrimoni di destinazione a tutela di interessi familiari sembra destinata a restare confinata a situazioni di nicchia, del tipo di quelle sopra evidenziate per quanto concerne la fondazione.

In tale limitato ambito, la scelta tra l'uno e l'altro istituto vedrà la prevalenza del *trust* laddove si metta l'accento sull'esigenza di flessibilità dello scopo e delle regole di gestione e la prevalenza invece della fondazione laddove si metta invece l'accento sull'opportunità di evitare da un lato le incertezze, tuttora non definitivamente sopite, in merito alla piena utilizzabilità del c.d. *trust* interno, dall'altro l'incognita collegata alla scelta, necessaria in caso di *trust*, di una adeguata legge straniera.

3. *Normale inidoneità del mandato, come negozio di destinazione a tutela della famiglia, a realizzare l'interesse del disponente.* — L'esigenza illustrata nel paragrafo introduttivo, che si è ritenuta centrale in tema di destinazione di beni a tutela dell'interesse familiare, consistente nella necessità che il disponente sia incoraggiato alla creazione del vincolo giuridico dal fatto di non perdere comunque la disponibilità dei beni in oggetto, non appare di per sé tale da scoraggiare l'impiego, per il fine considerato, dell'istituto del mandato di cui agli artt. 1703 e ss. c.c.

Nel mandato, infatti, il mandante resta il *dominus* dell'affare, potendo in ogni momento non solo dare al mandatario istruzioni vincolanti in merito al compimento degli atti (arg.

(6) Cfr., per tutti, l'ormai classico ampio lavoro di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001.

ex art. 1710, comma 2, c.c.) e, più in generale, all'amministrazione dei beni, ma anche, nonostante ogni patto contrario (art. 1723, comma 1, c.c.) e, ove ciò sia stato stabilito oppure sussista una giusta causa, ogni interesse personale dello stesso mandatario all'esecuzione dell'incarico (art. 1723, comma 2, c.c.), revocare in ogni tempo l'incarico conferito.

L'inidoneità del mandato come negozio di destinazione a tutela dell'interesse della famiglia a realizzare l'interesse del disponente deriva piuttosto da due diverse considerazioni.

La prima di tali considerazioni risiede nel fatto che il mandato, avendo per oggetto il compimento di atti giuridici, coinvolge necessariamente almeno tre parti, il mandante, il mandatario ed il terzo destinato a compiere gli atti giuridici con il mandatario stesso, mentre, in sede di destinazione di beni a tutela dell'interesse familiare, non è dato rinvenire tali tre autonomi centri di interesse, dal momento che, se la possibilità di contrapporre un mandante ad un mandatario sussiste soltanto in presenza di vincoli di destinazione posti in essere da soggetti non appartenenti al nucleo familiare della cui tutela si tratta, la possibilità di contrapporre un mandatario ai terzi viene in ogni caso a sfumare, a causa del ruolo secondario che il compimento di atti giuridici nell'interesse della famiglia riveste rispetto al fatto in sé della destinazione che, pure assurgendo in ipotesi a vincolo di tipo giuridico, resta fondato su elementi di tipo appunto fattuale.

Inoltre, attraverso il mandato, sia con rappresentanza sia senza rappresentanza, non è possibile addivenire a qualsiasi tipo di separazione personale tra i beni oggetto dell'incarico ed il restante patrimonio del mandante (nel mandato con rappresentanza) o del mandatario (nel mandato senza rappresentanza), con la conseguenza che, in assenza della garanzia derivante da tale separazione patrimoniale, non si scorge l'interesse che potrebbe indurre il disponente a creare il vincolo giuridico a tutela dell'interesse familiare.

4. *Permanente centralità, quale negozio di destinazione a tutela di interessi familiari, del fondo patrimoniale; ragioni del suo impiego limitato e distorto; prospettive di una sua più ampia diffusione.* — Il fondo patrimoniale di cui agli artt. 167-171 c.c. vigente non presenta invece, sul piano astratto, gli inconvenienti che rendono inidonei, quali negozi di destinazione a tutela dell'interesse della famiglia praticabili su larga scala, gli istituti indicati nei due precedenti paragrafi.

Lo stesso fondo patrimoniale, infatti, a differenza di quanto è accaduto per l'istituto del patrimonio familiare abrogato nel 1975, non risulta un istituto sconosciuto alla prassi.

L'esperienza professionale notarile, peraltro, insegna che la maggior parte delle richieste di impiego dell'istituto si verifica quando uno dei coniugi o entrambi i coniugi, in vista della prossima ormai certa aggressione del loro patrimonio da parte dei creditori personali, intendono, alla luce del disposto dell'art. 170 c.c., porre un ostacolo che impedisca, o quantomeno ritardi, la procedura esecutiva nei confronti dei beni stessi.

La giurisprudenza edita in tema di fondo patrimoniale conferma in pieno tale conclusione, dal momento che la netta maggioranza dei provvedimenti a disposizione è costituita da sentenze emesse a seguito di un'azione revocatoria nei confronti dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale pregiudizievole delle ragioni dei creditori, sia di tipo ordinario (7), sia di tipo fallimentare (8).

(7) Le pronunce edite sono numerosissime. Limitandosi alle principali sentenze della Suprema Corte, tutte orientate nel senso di qualificare l'atto costitutivo di fondo patrimoniale, ai fini di tale azione, come atto gratuito, cfr. Cass., 15 marzo 2002, n. 11537, in *Riv. not.*, 2003, p. 444; Cass., 22 dicembre 1999, n. 591, in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 516; Cass., 18 marzo 1994, n. 2604, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 264; Cass., 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2959; Cass., 2 settembre 1996, n. 8013, in *Fall.*, 1997, p. 595.

(8) Ritengono che, a seguito del fallimento di uno dei coniugi, l'atto costitutivo di fondo patrimoniale posto in essere da entrambi i coniugi sia assoggettabile, in quanto atto gratuito, a dichiarazione di inefficacia ex art. 64 legge fall.,

La stessa esperienza professionale notarile offre peraltro almeno altre due indicazioni.

In primo luogo, la costituzione di fondo patrimoniale da parte di terzi diversi dai coniugi, pure essendo ammessa dall'art. 167 c.c., resta un'ipotesi di scuola, dal momento che il terzo, in assenza di creditori personali che minaccino nei confronti dei suoi beni un'azione esecutiva, non ha alcun interesse a perdere la proprietà o, in caso di riserva di quest'ultima ex art. 168, comma 1, inciso finale, c.c., la disponibilità del bene per tutta la durata del matrimonio nel cui interesse il fondo patrimoniale è costituito, mentre, in presenza di tale minaccia, possiede mezzi più semplici e diretti, per quanto lesivi della posizione dei creditori e quindi, in presenza di adeguata prova, a loro volta assoggettabili ad azione revocatoria, per realizzare l'interesse all'occultamento del proprio patrimonio, quali il trasferimento simulato o fiduciario, privo di vincoli di destinazione a qualsivoglia scopo, a favore di un terzo soggetto ritenuto a tal fine idoneo.

La costituzione di fondo patrimoniale da parte di un terzo per testamento, che in linea teorica, essendo legata alla morte del disponente, è sottratta all'inconveniente prospettato per l'ipotesi di costituzione mediante atto tra vivi, resta nondimeno un'ipotesi di scuola a causa della attuale modesta utilizzazione dell'istituto testamentario in generale e, probabilmente, anche della scarsa disponibilità di larga parte del ceto notarile ad assumersi la responsabilità professionale, attraverso la redazione di testamenti pubblici, di consigliare soluzioni specifiche fondate sull'impiego di istituti non ancora

Cass., 25 luglio 1997, n. 6954, in *Fall.*, 1998, p. 679; Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 666; e, nel merito, Trib. Napoli, 10 giugno 1995, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 166; Trib. Catania, 2 giugno 1986, in *Giur. comm.*, 1987, II, p. 627. Nel senso della possibilità di esperire azione revocatoria ordinaria pure in pendenza di procedura concorsuale, in forza del richiamo all'art. 2901 c.c. da parte dell'art. 66 legge fall., cfr., invece, Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Fall.*, 1998, p. 679.

sufficientemente collaudati a livello operativo. Non sembrerebbe invero da escludere una proficua possibilità di impiego dell'istituto del fondo patrimoniale costituito dal terzo per testamento tutte le volte in cui uno degli eredi, destinatario di una quota indivisa del patrimonio ereditario o di singoli beni (e coniugato), versi in una situazione patrimoniale che, determinando la minaccia di aggressioni da parte dei propri creditori personali, suggerisca, in luogo di più complesse ed incerte intestazioni fiduciarie a favore di altri coeredi o di terzi (9) o di tardive rinunce all'eredità stessa (10) o di pure e semplici pretermissioni (11), l'effettiva destinazione dei beni a tutela dell'interesse della famiglia, attraverso una scelta che appare, oltre che proficua nell'interesse del destinatario dell'attribuzione, perfettamente legittima dal punto di vista sistematico e, pertanto, sottratta ad ogni eventualità di azione revocatoria o di altro tipo da parte degli stessi creditori personali.

In secondo luogo, l'esperienza professionale notarile porta a sottolineare come, in tutte quelle ipotesi in cui i coniugi interessati intendono utilizzare l'istituto del fondo patrimoniale in via preventiva, ovvero in assenza di un'attuale posizione debitoria in capo ad uno o entrambi gli stessi, ma semplicemente in prospettiva di una sua eventuale futura insorgenza, con ciò legittimamente operando e scongiurando ogni possi-

(9) L'intestazione fiduciaria tramite disposizione testamentaria, ai sensi dell'art. 627 c.c., non attribuisce al destinatario sostanziale della disposizione alcuna azione, neppure di accertamento, consentendogli soltanto di conservare ciò che il fiduciario gli abbia spontaneamente attribuito in esecuzione della disposizione fiduciaria stessa.

(10) La rinuncia all'eredità che risulti pregiudizievole rispetto alle ragioni dei creditori personali del rinunciante può essere impugnata da questi ultimi attraverso lo specifico rimedio di cui all'art. 524 c.c., sulla base del solo fatto oggettivo del pregiudizio, a prescindere dallo stato soggettivo del rinunciante.

(11) La pretermissione testamentaria di un legittimario attribuisce a quest'ultimo, come è noto, l'azione di riduzione di cui agli artt. 553 e ss. c.c., che può essere esercitata, in base alle regole generali, anche dai creditori personali, ai sensi dell'art. 2900 c.c., in via surrogatoria.

bilità di successiva azione revocatoria, si incontrano nondimeno alcune difficoltà che, talvolta, possono essere ritenute insuperabili, e pertanto tali da portare all'accantonamento dell'istituto del fondo patrimoniale.

La prima di tali difficoltà, tipicamente riscontrabile in presenza di un coniuge imprenditore commerciale o socio di riferimento di una società commerciale, deriva dagli effetti negativi che la semplice costituzione del fondo patrimoniale determina nei confronti del sistema bancario, a causa della scarsa disponibilità di quest'ultimo, in presenza di un fondo validamente costituito ed annotato a margine dell'atto di matrimonio, a continuare ad erogare a quel coniuge o a quella società il proprio credito.

Non importa, in questa sede, se tale circostanza derivi semplicemente dalla sinistra reputazione che l'istituto del fondo patrimoniale ha acquisito presso il sistema bancario a causa principalmente del suo distorto utilizzo nella prassi, o, piuttosto, dall'endemica sottocapitalizzazione del patrimonio aziendale e sociale che caratterizza indiscutibilmente il capitalismo italiano, inducendo il sistema bancario stesso a fare affidamento, nell'erogazione del credito all'impresa, più che sulla consistenza della relativa azienda, sul patrimonio privato dell'imprenditore o del socio garante personalmente. Resta il fatto che la costituzione di un fondo patrimoniale da parte di chi svolge, in proprio o tramite società controllata, un'attività di impresa commerciale costituisce normalmente una fonte di futuri problemi per i rapporti bancari, e quindi un fatto fortemente dissuasivo per un utilizzo preventivo e non distorto dell'istituto.

La seconda di tali difficoltà, di tipo strettamente tecnico-giuridico, concerne la relativa difficoltà che l'impiego del fondo patrimoniale determina, nonostante qualsiasi clausola venga inserita nel relativo atto costitutivo, al fine di garantire la possibilità di recuperare in futuro la piena disponibilità dei beni in capo ai coniugi costituenti, sia al fine dell'alienazione,

sia al fine della successiva estinzione del vincolo pure conservando i coniugi la titolarità del bene stesso.

La formulazione e, soprattutto, la prevalente interpretazione, fino ad oggi, di alcune norme del codice civile in tema di fondo patrimoniale, ed in particolare degli artt. 169 e 171 c.c., hanno costituito un non trascurabile ostacolo nei confronti di una ampia e fisiologica utilizzazione dell'istituto codicistico.

Prima di intraprendere, nel successivo paragrafo, un'indagine volta al superamento o, quantomeno, al ridimensionamento di quest'ultimo ostacolo, è bene individuare un percorso corretto per ottenere un relativo rilancio, *de iure condito*, dell'istituto di cui agli artt. 167-171 c.c., che collochi quest'ultimo all'interno del sistema, che ne rispetti quindi in pieno i principi ed i valori, e che sia realmente funzionale all'interesse della famiglia anziché, puramente e semplicemente, a quello dei coniugi, o di uno dei coniugi, a fruire di una (indebita) limitazione di responsabilità verso i propri creditori personali.

Tale percorso sarà in questa sede affrontato tentando di offrire una sintetica risposta, con la sensibilità del giurista operativo, a tre specifiche e collegate domande.

Prima domanda: quale è il vantaggio per la famiglia derivante dalla sostituzione di un vincolo di destinazione di fatto con un vincolo di destinazione di diritto liberamente revocabile e « frustrabile » da parte degli stessi soggetti vincolati?

Seconda domanda: in presenza di quali condizioni sostanziali i coniugi possono beneficiare, nei confronti dei creditori quivi indicati, della limitazione di responsabilità stabilita dall'art. 170 c.c.?

Terza domanda: quale significato assume, nell'ottica della procedura esecutiva, la limitazione di responsabilità di cui al citato art. 170 c.c., e, più precisamente, quale è il giusto punto di equilibrio, anche al fine di una corretta interpretazione delle norme processuali e di una razionale distribuzione del-

l'onere della prova, tra l'interesse della famiglia, di cui la norma codicistica vuole essere espressione, e l'interesse generale alla tutela e realizzazione del credito?

In questa sede si cercherà, brevemente, di mettere a fuoco la prima domanda, mentre per le ultime due domande si proverà indicare una possibile risposta soltanto nell'ultimo paragrafo, dopo avere cercato di superare larga parte degli ostacoli posti, nei confronti di una piena e fisiologica utilizzazione del fondo patrimoniale, dall'attuale interpretazione degli artt. 169 e 171 c.c.

L'interesse dell'ordinamento verso una maggiore diffusione di un vincolo di destinazione di tipo giuridico a tutela dell'interesse familiare, individuabile nell'impiego dei beni vincolati « a far fronte ai bisogni della famiglia », secondo l'espressione utilizzata dal legislatore nell'art. 167 comma 1 c.c., pure in presenza di una piena alienabilità dei beni e revocabilità del vincolo da parte degli stessi costituenti, deve essere colto nell'incentivo che il vincolo giuridico determina per garantire, proprio nei fatti, la destinazione medesima.

La tutela della famiglia, che costituisce un insopprimibile obiettivo costituzionale e politico del legislatore, si ottiene attraverso qualsiasi strumento che ne favorisca non solo la creazione e la conservazione, ma anche la prosperità economica.

Quest'ultima prosperità, a sua volta, è inscindibilmente collegata con la possibilità di impiegare risorse per fare fronte ai bisogni della famiglia, che devono intendersi in senso non restrittivo (comprensivi quindi non solo della sussistenza, ma anche di tutto ciò che risulta funzionale alla conservazione, ma anche al miglioramento, del tenore di vita) (12).

La conservazione ed il miglioramento del tenore di vita

(12) Deve ovviamente trattarsi del tenore di vita familiare e non individuale, ovvero del tenore di vita dei coniugi in quanto tali e della prole, comprensivo delle rispettive esigenze di educazione, istruzione, avviamento alla professione, ma, probabilmente, anche svago.

familiare, a loro volta, derivano da un mero dato fattuale, ovvero dalla possibilità di impiegare concrete risorse economiche per le anzidette finalità sociali, sottraendo le stesse risorse a qualsiasi destinazione alternativa, individuale, imprenditoriale o di altro tipo.

L'istituto del fondo patrimoniale, allora, risulta funzionale a tale obiettivo se e nei limiti in cui consente di attrarre verso l'obiettivo anzidetto un maggior numero di risorse, al pari di quanto accadrebbe per una agevolazione fiscale o creditizia. A differenza di queste ultime provvidenze, tuttavia, l'istituto del fondo patrimoniale non costituisce un aiuto da parte dello stato, ma semplicemente una forma di promozione dell'autonomia negoziale.

Ma perché la stipulazione di un atto costitutivo di fondo patrimoniale dovrebbe favorire l'effettivo afflusso di risorse per fare fronte ai bisogni della famiglia?

La risposta, se non ci si inganna, dovrebbe essere semplice e agevolmente condivisibile: finché la destinazione di un patrimonio a fare fronte ai bisogni di una famiglia resta un mero dato di fatto, qualsiasi interesse individuale o imprenditoriale sopravvenuto in contrasto con tale destinazione può in ogni momento fare venire meno quest'ultima, senza alcuna remora e senza alcuna attesa; quando invece la destinazione di un patrimonio a fare fronte ai bisogni di una famiglia diviene un vincolo giuridico la cui permanenza è funzionale ad un interesse personale del disponente, nel caso di specie coincidente con la conservazione della limitazione di responsabilità di cui all'art. 170 c.c., l'insorgenza di un interesse successivo in contrasto con la permanenza della destinazione a tutela della famiglia non comporta come plausibile conseguenza il puro e semplice venire meno della destinazione stessa, ma induce colui che ha costituito il vincolo di destinazione a valutare se sia preferibile conservare la suddetta limitazione di responsabilità sacrificando l'interesse sopravvenuto in contrasto

con la permanenza della destinazione familiare oppure viceversa.

Inoltre, stante la disciplina dell'istituto del fondo patrimoniale, ed in particolare il disposto dell'art. 171, comma 4, c.c., che richiama, in assenza di figli, le norme in materia di comunione legale, poiché lo scioglimento del fondo richiede comunque il consenso di entrambi i coniugi, occorrerà che la scelta di fare cessare la destinazione a tutela dell'interesse familiare sia in ogni caso condivisa da entrambi i coniugi, non potendo derivare dall'interesse egoistico di uno solo di essi.

5. *Prospettive interpretative per un migliore impiego dell'istituto del fondo patrimoniale.* — Si è già rilevato che la maggior parte della giurisprudenza edita in tema di fondo patrimoniale si riferisce all'accoglimento di domande di azione revocatoria da parte dei creditori pregiudicati dalla costituzione del vincolo e dalla limitazione di responsabilità che ne è derivata ex art. 170 c.c.

Deve ora rilevarsi che l'analisi del materiale giurisprudenziale edito consente di evidenziare un secondo « filone », relativo a tutti quei provvedimenti di volontaria giurisdizione che sono stati richiesti dai coniugi interessati (ma non sempre ottenuti) per consentire la libera alienazione di uno o più beni costituiti in fondo o lo scioglimento del vincolo stesso pure in presenza di figli minori, ai sensi degli artt. 169 e 171 c.c.

Come si è rilevato nel precedente paragrafo, coloro che costituiscono un fondo patrimoniale vincolando uno o più beni a fare fronte ai bisogni della famiglia sono indotti alla stipulazione del relativo atto per fruire del vantaggio della limitazione della responsabilità di cui all'art. 170 c.c. (perché in assenza di tale prospettiva non avrebbe per essi alcun senso assoggettarsi ad un vincolo giuridico che, comunque lo si interpreti nel merito, comprime la propria posizione dominicale), ma sono frenati dalla prospettiva di non potere, in un momento successivo in cui se ne presenti l'opportunità, a pre-

scindere dagli interessi della famiglia, alienare liberamente il bene oppure, ferma la propria posizione dominicale, fare venire meno il vincolo di destinazione in forza di un *contrarius consensus* liberamente espresso.

L'impossibilità, alla luce dell'attuale elaborazione interpretativa ed applicazione giurisprudenziale degli artt. 169 e 171 c.c., di garantire adeguatamente quest'ultimo interesse induce molti potenziali fruitori dell'istituto del fondo patrimoniale a desistere, nella convinzione che i penetranti vincoli discendenti dall'applicazione di queste norme, soprattutto in presenza di figli minori, pesino in negativo più di quanto la possibilità di fruire della limitazione di responsabilità *ex art. 170 c.c.* pesi in positivo. Tale conclusione sarà condivisa, soprattutto, da tutti coloro che, non essendo ancora indebitati, e ragionevolmente sperando di non divenirlo mai neppure in futuro, intenderebbero utilizzare l'istituto del fondo patrimoniale in una prospettiva fisiologica, a tutela di un effettivo interesse familiare e per una finalità di tipo latamente assicurativo, e non al fine di indebitamente sottrarre all'esecuzione forzata dei beni ormai presi di mira dai creditori.

Al fine di permettere un ragionato rilancio dell'istituto, occorre quindi considerare se vi sia spazio per un'interpretazione dei citati artt. 169 e 171 c.c. che sia idonea a permettere all'autonomia privata, attraverso un'adeguata negoziazione delle clausole del fondo patrimoniale, il massimo della libertà sia in sede di alienazione del bene o dei beni che ne fanno parte, sia in sede di scioglimento dell'intero vincolo.

Per quanto riguarda il problema dell'alienazione del bene vincolato in fondo, deve rilevarsi la posizione restrittiva assunta da una parte della dottrina (13) e della giurispruden-

(13) Ritengono che l'inciso iniziale dell'art. 169 c.c. non consenta di derogare il requisito dell'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, tra gli altri, G. CIAN-G. CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, III, Torino, 1982, p. 832 e ss.; E. RUSSO, *L'autonomia privata nella*

za (14), di fronte all'ambiguo tenore dell'art. 169 c.c., ed in particolare all'impossibilità di riferire in maniera inequivocabile l'inciso iniziale della norma, che fa salvo un espresso « consenso » dell'atto costitutivo del fondo in senso permissivo, al primo degli incisi successivi della norma (per l'alienazione occorre il consenso di entrambi i coniugi), oppure anche al secondo (per l'alienazione, in presenza di figli minori, occorre, oltre al consenso di entrambi i coniugi, l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o utilità evidente), oppure ancora, aderendosi ad una terza interpretazione della norma, anche al secondo inciso, ma solo in parte (in presenza di figli minori, si può prescindere esclusivamente dal consenso di entrambi i coniugi, ma non anche dall'autorizzazione giudiziale).

La lettera della norma, di per sé, incoraggia l'interpretazione più favorevole alla piena espressione dell'autonomia privata, attribuendo all'inciso iniziale dell'art. 169 c.c., proprio in virtù di tale sua collocazione, la facoltà di derogare sia alla necessità del consenso di entrambi i coniugi, sia alla necessità, in presenza di figli minori, non solo di tale consenso congiunto, ma anche della stessa autorizzazione giudiziale.

stipulazione di convenzioni matrimoniali, in *Vita not.*, 1982, p. 511 ss. (in particolare p. 513); in senso contrario, favorevoli ad una piena derogabilità dell'art. 169 c.c., ivi inclusa, in presenza di figli minori, la necessità dell'autorizzazione giudiziale, F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 62, A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 825 ss., M.L. CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Trattato di dir. di fam.*, a cura di F. Anelli, M. Sesta, *Regime patrimoniale della famiglia*, vol. III, p. 606 ss., soprattutto p. 615.

(14) Ritengono inderogabile l'autorizzazione giudiziale *ex art.* 169 c.c. in presenza di figli minori Trib. Trani (decr.), 3 maggio 1999 e App. Bari (decr.), 15 luglio 1999, entrambi in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 200 e ss.; ritengono invece derogabile tale autorizzazione Trib. Roma (decr.), 7 giugno 1979, in *Riv. not.*, 1979, p. 952; Trib. Trapani (decr.), 26 maggio 1994, in *Vita not.*, 1994, p. 1559 e ss.; Trib. min. Roma (decr.), 9 giugno 198, in *Riv. not.*, 1999, p. 166 e ss.; Trib. Verona (decr.), 30 maggio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 170 e ss.

Tuttavia, si aggiunge, l'interpretazione letterale deve fare i conti con quella logica, alla quale ripugna di ammettere che un atto di autonomia privata che può provenire non solo dai coniugi-genitori, ma anche da un terzo, possa derogare ad un elemento, quale quello dell'autorizzazione giudiziale, posto dalla legge nell'interesse di soggetti diversi da coloro che hanno stipulato la clausola in deroga, soprattutto in considerazione del fatto che si tratta di tutelare dei soggetti incapaci, e quindi ritenuti meritevoli di un'adeguata protezione legislativa attraverso norme inderogabili.

Eppure, meglio ancora riflettendo, l'interpretazione da ultimo prospettata risulta solo in una visione astratta degli istituti giuridici quella più idonea a garantire il massimo della protezione per i figli minori.

La conseguenza di tale interpretazione sarebbe infatti, come si è già detto e conviene qui ripetere, anziché la piena applicazione di tale autorizzazione giudiziale, la rinuncia *ab initio* a porre in essere, in situazione non patologica, tutte le volte in cui ci si trova o si rischi di trovarsi in futuro in presenza di figli minori, il vincolo stesso di destinazione a tutela dell'interesse familiare.

Essendo l'istituto del fondo patrimoniale un istituto fondato sulla libera stipulazione di un atto di autonomia privata, l'alternativa, se si vuole essere concreti, non è tra libera alienazione e necessità di un'autorizzazione giudiziale, bensì, salve limitate eccezioni (15), tra scelta o abbandono dell'istituto stesso.

Ora, se si condividono le argomentazioni addotte alla fine

(15) Le limitate eccezioni che possono ipotizzarsi, attingendo ancora una volta all'esperienza professionale, sono, escludendo l'ipotesi di atti costitutivi di fondo patrimoniale non adeguatamente istruiti o perfezionati in contesti « patologici », in cui l'esigenza di sottrarre beni ai creditori è ritenuta così pressante da prevalere su ogni altra possibile valutazione, quelle in cui non vi sono attualmente figli minori, oppure vi è attualmente la ragionevole convinzione che quel bene non dovrà mai esser alienato, ipotecato o dato in pegno.

del precedente paragrafo in risposta alla prima delle tre domande quivi poste, è bene, laddove non sussistano situazioni patologiche di indebitamento, che l'interpretazione dell'art. 169 c.c. destinata a prevalere sia quella che, oltre ad essere più coerente con la lettera della norma, sia maggiormente funzionale, in concreto e non in astratto, agli interessi coinvolti.

Per la stessa ragione pratica testé evidenziata, è opportuno che l'interpretazione dell'art. 169 c.c. non porti ad ipotizzare, a seguito dell'alienazione a titolo oneroso di uno o più beni del fondo, la necessità di qualsivoglia obbligo di reimpiego del corrispettivo ricavato dall'alienazione stessa (16).

A prescindere dalla difficoltà di ordine sistematico di ipotizzare che, in violazione della regola imperativa posta, anche nell'interesse dei terzi ad una agevole individuazione dei beni vincolati tramite idonea forma di pubblicità, dall'art. 167, comma 1, c.c., secondo cui solo i beni immobili, mobili registrati o titoli di credito possono costituire oggetto di fondo patrimoniale, anche un corrispettivo (normalmente) pecuniario possa essere assoggettato al vincolo in parola, resta il fatto che l'alienazione, per garantire la funzionalità e, con essa, l'appetibilità concreta dell'istituto, deve consentire lo smobilizzo del bene al fine specifico di perseguire finalità alternative rispetto a quelle familiari inizialmente privilegiate, e non,

(16) La posizione dominante in giurisprudenza è invece favorevole ad ammettere tale obbligo di reimpiego. In tale senso, cfr. App. Bari (decr.), 15 luglio 1999, cit., Trib. Genova (decr.), 26 gennaio 1998, in *Nuova giur.civ. comm.*, 1999, I, p. 215 e ss.; Trib. Milano (decr.), 1 marzo 2000, inedito, ma cit. in M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 613 e ss.. Tuttavia, in senso contrario a tale obbligo di reimpiego, da ultimo, recependo le osservazioni del notaio ricorrente, coincidenti nella sostanza a quelle evidenziate nel testo, cfr. l'interessante pronuncia di Trib. Lecco (decr.), 5 dicembre 2002, in revoca del precedente provvedimento emesso dallo stesso giudice in data 1 ottobre 2002 (entrambi pubblicati in *Riv. not.*, 2003, p. 448 e ss.). Nel senso dell'obbligo del reimpiego appare ancora orientata, tuttavia, la dottrina dominante (cfr. F. CARRESI, *op. cit.*, p. 356; M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 615 e ss.).

ferme queste ultime, la finalità di una mera trasformazione oggettiva dei beni vincolati.

Per le stesse ragioni, infine, concludendo in merito alle principali questioni poste, ai fini della tesi qui sostenuta, dall'art. 169 c.c., giova sottolineare come, in contrasto con la posizione dottrinale dominante (17), non sia opportuno, per le stesse ragioni sopra evidenziate, subordinare l'alienazione dei beni del fondo, in presenza di figli minori e di una clausola derogatoria della competenza giudiziale, al requisito della necessità o utilità evidente, ritenendo che la clausola valga non ad eliminare la necessità, nell'interesse degli stessi minori, di tali requisiti, ma soltanto a spostare la relativa valutazione dall'autorità giudiziaria ai soggetti costituenti il fondo patrimoniale, per la ragione, che pare decisiva, che questi ultimi possono non coincidere (si pensi alla costituzione di fondo da parte di terzo) con i coniugi esercenti la potestà e, quindi, non avere alcun titolo per valutare ciò che è necessario o evidentemente utile per un minore ad essi estraneo.

Per quanto riguarda invece il secondo aspetto accennato, ovvero la possibilità di addivenire in qualsiasi tempo, anche in presenza di figli minori, all'immediato consensuale scioglimento del fondo patrimoniale, sembra decisivo sottolineare come l'argomento negativo, addotto da alcune pronunce giurisprudenziali (18), desumibile dal confronto tra l'art. 171, comma 1, c.c., che individua come cause di cessazione del fondo patrimoniale, in generale, solo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, e l'art. 171 comma 4 c.c., che ammette l'applicazione delle altre

(17) In tale senso, A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 830 e M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 615.

(18) V. Trib. Genova (decr.), 26 gennaio 1998, cit. e Trib. min. Bologna, 7 marzo 2001, inedito, ma cit. da M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 627 e ss.; in senso contrario, v., tuttavia, Trib. min. Venezia (decr.), 17 novembre 1997, in *Riv. not.*, 1998, p. 223 e ss.; Trib. min. Venezia (decr.), 7 febbraio 2001, in *Riv. not.*, 2001, p. 1189 e ss.

cause di scioglimento previste dalla legge per la comunione legale (art. 191 c.c., tra cui il consenso di entrambi i coniugi) solo in assenza di figli minori, non meriti accoglimento, in quanto quella specifica causa di scioglimento coincidente con la volontà di entrambi i coniugi trova autonomo fondamento nei principi generali in materia di convenzioni matrimoniali (art. 163 c.c., relativo alla modificabilità in ogni tempo delle convenzioni matrimoniali) e, laddove il fondo sia stato costituito dagli stessi coniugi e non da un terzo, nei principi generali in materia contrattuale (art. 1372 c.c., relativo alla ammissibilità del mutuo dissenso come figura negoziale generale applicabile come regola a tutti i contratti in corso di esecuzione).

Per lo stesso motivo, non sembra che le previsioni di cui all'art. 171, commi 2 e 3, che, in presenza di figli minori e a tutela degli stessi, prevedono una ultrattività del fondo patrimoniale rispetto allo scioglimento del matrimonio, possano trovare applicazione (analogica) ad un'ipotesi, quale quella in esame, in cui vi è permanenza del vincolo matrimoniale (19).

6. *Esecuzione sui beni costituiti in fondo patrimoniale e sui relativi frutti e tutela dei creditori.* — L'interpretazione fortemente liberale degli artt. 169 e 171 c.c. proposta nel precedente paragrafo, che, come si è visto, trova nella più recente giurisprudenza di merito alcune significative aperture, non può invece essere riproposta per quanto concerne l'art. 170 c.c., perché, in questo specifico caso, ogni apertura all'autonomia privata, lungi dal tradursi in un *favor* per una diffusione in contesti fisiologici dei vincoli di destinazione a tutela di interessi familiari, si risolve in un pregiudizio per il ceto

(19) Favorevole all'applicazione analogica dell'art. 171 commi 2 e 3, in caso di scioglimento consensuale del fondo patrimoniale in presenza di figli minori, in ipotesi ammesso, previa necessità di un'autorizzazione in tale senso dell'autorità giudiziaria, cfr. Trib. min. Lecce, 25 novembre 1999, in *Riv. not.*, 2002, p. 394 e ss.

creditorio e, per tale ragione, per la stessa sicurezza e speditezza dei traffici giuridici.

L'interprete, a proposito di quest'ultima norma, deve trovare un adeguato punto di equilibrio tra l'interesse dei coniugi, e, più in generale, dei soggetti che costituiscono il fondo patrimoniale, da un lato, e l'interesse dei creditori estranei ai bisogni della famiglia dall'altro.

Il rinvenimento di tale punto di equilibrio presuppone la soluzione di questioni non solo di diritto sostanziale, ma anche di diritto processuale.

L'art. 170 c.c. trova applicazione laddove il fondo patrimoniale sia stato costituito ed annotato a margine dell'atto di matrimonio, al fine di garantirne l'opponibilità ai terzi (20), prima che il creditore, nell'ipotesi in cui il fondo patrimoniale abbia per oggetto diritti reali immobiliari, abbia trascritto il pignoramento ai sensi degli artt. 555 e ss. c.p.c.

L'anzidetta circostanza, tuttavia, non impedisce in maniera assoluta la procedibilità dell'azione esecutiva, in quanto l'art. 170 c.c., come già rilevato, esclude l'esecuzione sui beni del fondo e sui relativi frutti soltanto « per i debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia ».

(20) La giurisprudenza di legittimità e, a quanto consta, di merito costante, unitamente alla dottrina dominante, ritiene che l'opponibilità ai terzi dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale derivi unicamente dall'annotazione dell'atto stesso a margine dell'atto di matrimonio, valendo la pubblicità nei registri immobiliari eseguita ex art. 2647 c.c., nell'ipotesi in cui il fondo patrimoniale abbia per oggetto diritti reali immobiliari, soltanto alla stregua di una pubblicità notizia. In tale senso, per tutte, cfr. Cass., 1° ottobre 1999, n. 10859, in *Vita not.*, 1999, p. 1433 (che, tra l'altro, ha espressamente qualificato l'atto costitutivo di fondo patrimoniale come convenzione matrimoniale); Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita not.*, 1999, p. 1434; Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 677; nel merito, Trib. Bergamo, 16 novembre 1981, in *Giur. merito*, 1982, p. 516; Trib. Napoli, 17 febbraio 1982, in *Vita not.*, 1982, p. 1275; Trib. Milano, 5 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, c. 470. In dottrina, per riferimenti, cfr. M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 616 e ss.

Quest'ultima espressione è stata interpretata dalla giurisprudenza della Suprema Corte in maniera estensiva, essendosi ritenuto che in essa rientrino non soltanto le esigenze c.d. indispensabili per la vita familiare, ma anche « quelle esigenze volte al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse soltanto le esigenze di natura voluttuaria caratterizzate da intenti meramente speculativi » (21).

Ne deriva che, se, condividendosi tale interpretazione estensiva, risultano ampliate le possibili destinazioni rilevanti ai fini dell'art. 167 c.c., come già sopra accennato, risultano nel contempo aumentati anche i creditori che possono continuare a soddisfarsi sui beni vincolati in fondo nonostante l'opponibilità nei loro confronti del vincolo stesso.

Dunque, in base all'art. 170 c.c. l'improcedibilità dell'azione esecutiva in presenza di un fondo patrimoniale opponibile non è di tipo assoluto, ma di tipo relativo, e, conseguentemente, non può essere rilevata dal giudice d'ufficio, ma deve essere eccepita dall'esecutato attraverso un'opposizione all'esecuzione ai sensi degli artt. 615 e ss. c.p.c.

La lunghezza del procedimento cognitivo che deriva da quest'ultima opposizione e, ancora di più, l'inesistenza di preclusioni riguardanti l'opposizione in parola nell'ambito delle varie fasi del procedimento esecutivo possono portare a manovre dilatorie comunque pregiudizievoli per il ceto creditore. Tuttavia, su tale questione, squisitamente processuale, non appare possibile soffermarsi ulteriormente in questa sede, occorrendo piuttosto che di essa si faccia carico la riforma *in itinere* del codice di rito, dal momento che la mancata soluzione di tali inefficienze processuali non consentirà, comunque si interpreti il diritto sostanziale, il superamento di quel-

(21) Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Giust.civ.*, 1984, I, p. 1663 e ss., e Cass., 9 aprile 1996, n. 3251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2959 e ss.

l'utilizzazione patologica del fondo patrimoniale che si è fin dall'inizio stigmatizzata e che si ha ragione di ritenere uno dei principali ostacoli all'effettiva diffusione dell'istituto.

Alla luce della disciplina sostanziale di cui agli artt. 167 e ss. c.c., e della natura di vincolo di destinazione creativo di un patrimonio separato propria del fondo patrimoniale, deve ritenersi, nonostante tale aspetto sia stato finora alquanto trascurato sia in dottrina sia a livello di prassi processuale, che l'opponibilità del vincolo del fondo patrimoniale medesimo al creditore pignorante e la palese estraneità del credito di quest'ultimo (e degli altri eventuali creditori intervenuti) ai bisogni della famiglia, al punto da non consentire al creditore di addurre l'ignoranza soggettiva di tale circostanza (22), non sono di per sé decisivi per concludere nel senso dell'improcedibilità dell'azione esecutiva.

La predetta disciplina sostanziale dell'istituto in parola impone infatti, ad avviso di chi scrive, due importanti precisazioni.

In primo luogo, l'improcedibilità non può essere pronunciata tutte le volte in cui il soggetto che ha vincolato il bene in fondo patrimoniale, sia esso un coniuge o un terzo, si sia riservata la proprietà del bene stesso, come consentito dall'inciso finale del comma 1 dell'art. 168 c.c. (23).

In tale ipotesi, infatti, l'azione esecutiva deve egualmente procedere nei confronti della proprietà, dovendo il provvedi-

(22) Laddove la sussistenza di tale elemento soggettivo sia invece in discussione, deve ritenersi che il relativo onere della prova spetti ai coniugi esecutati e non al creditore procedente o intervenuto, in ossequio al principio generale per cui *negativa non sunt probanda* (conforme M.L. CENNI, *op. cit.*, p. 642; *contra* V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 1996, III, p. 124).

(23) La dottrina tende a qualificare il diritto spettante ai coniugi in tali ipotesi di riserva della proprietà come un diritto reale *sui generis*, personale ed inalienabile, strumentale all'amministrazione del bene, assimilabile all'usufrutto legale in quanto, a sua volta, suscettibile di essere definito come un « usufrutto di scopo » (cfr., per tutti, E. RUSSO, *L'autonomia privata...*, cit., p. 512; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, p. 296).

mento traslativo emesso dal giudice dell'esecuzione limitarsi a rispettare il diritto anomalo attribuito ai coniugi, per tutta la durata del fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 171 c.c., riducendosi a quest'ultimo diritto il vincolo di destinazione e la conseguente separazione patrimoniale.

In secondo luogo, la stessa improcedibilità non può essere pronunciata tutte le volte in cui, pure trovandosi il creditore di fronte ad un atto costitutivo del fondo patrimoniale, attributivo della proprietà ad entrambi i coniugi, formalmente ineccepibile ed a lui opponibile, consti che, dal punto di vista fattuale, il bene aggredito non sia stato effettivamente destinato a far fronte ai bisogni della famiglia, come pure richiesto dall'art. 167 c.c.

La natura del fondo patrimoniale come vincolo di destinazione che dà luogo alla nascita di un patrimonio separato impone di valorizzare una caratteristica generale di tutti gli istituti rientranti nella predetta categoria interpretativa, consistente nella necessità, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina, e quindi anche della limitazione di responsabilità riconosciuta dal legislatore, che la destinazione del patrimonio allo scopo sia effettiva e non soltanto dichiarata.

Ove tale effettività non sussista (24), la disciplina speciale in tema di responsabilità dovrà essere disapplicata, ritornandosi alla regola generale di cui all'art. 2740 c.c., secondo cui

(24) L'effettività della destinazione del bene a far fronte ai bisogni della famiglia non viene meno in caso di destinazione promiscua familiare-personale, almeno tutte le volte in cui la destinazione personale non risulta quantitativamente prevalente rispetto a quella familiare; tale effettività, per contro, viene meno nel caso in cui il bene sia destinato a finalità aziendali o di esercizio di professione intellettuale, dal momento che quest'ultima destinazione è alternativa e non cumulabile con quella familiare. Parimenti, in caso di bene locato o ad altro titolo produttivo di frutti civili, la mancata destinazione dei frutti percepiti a far fronte ai bisogni della famiglia determinerà come conseguenza l'espropriabilità non del bene principale (che, in quanto abbia effettivamente prodotto i frutti, ha svolto la propria funzione conformemente al programmato vincolo di destinazione), ma soltanto dei frutti medesimi.

il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i propri beni presenti e futuri.

Il relativo onere della prova, in ossequio al principio generale secondo cui *negativa non sunt probanda*, dovrà essere posto a carico dei coniugi esecutati e non del creditore precedente.