

la colpa del venditore, dalla quale può prescindersi, invece, nella garanzia *ex art. 1490 c.c.*

L'interpretazione in parola, tuttavia, produce conseguenze talvolta assurde, poiché la prova della colpa del venditore è richiesta nel caso più grave (mancanza di qualità essenziale), mentre se ne può prescindere nel caso meno grave (semplice vizio della cosa).

Ove poi si prenda sul serio tale impostazione, si pongono ulteriori problemi interpretativi con riguardo all'accertamento della colpa in caso di mancanza di qualità.

Si è visto che secondo l'interpretazione giurisprudenziale assolutamente prevalente, accolta anche dalla sentenza in commento, le qualità promesse, per assumere rilevanza *ex art. 1497 c.c.*, devono essere espressamente dedotte in contratto. Quando tale condizione si sia realizzata, deve ritenersi che la espressa deduzione in contratto di una certa qualità, poi rivelatasi insussistente, sia di per sé sufficiente a far ritenere accertata la colpa in capo al venditore, oppure quest'ultimo potrà liberarsi dimostrando di aver incolpevolmente ritenuto sussistente la qualità promessa?

La soluzione più coerente con i principi posti dall'ordinamento in materia di responsabilità contrattuale sembra essere quella di consentire al venditore di dimostrare la propria incolpevolezza. D'altra parte, si potrebbe tuttavia argomentare che quando il venditore, che è il soggetto meglio in grado di valutare quali siano le effettive qualità del bene, ne afferma esplicitamente l'esistenza, con ciò stesso se ne fa garante nei confronti del compratore.

Proprio la consapevolezza dei problemi creati dalla vigenza di due diversi regimi giuridici con riguardo ai vizi e alla mancanza di qualità, di fronte ad una così problematica distinzione tra le due fattispecie, ha portato parte della dottrina a proporre la parificazione²⁴; tale invito, tuttavia, non è stato raccolto dalla giurisprudenza che, al contrario, tende a colpire ogni vizio dato con un'azione data e ad esasperare la contrapposizione tra i vari rimedi²⁵.

7. Conclusioni.

La ricognizione dell'ambito di operatività degli artt. 1490 e 1497 c.c. mostra due rimedi che, da un lato, finiscono per sovrapporsi dando adito a difficili problemi interpretativi, dall'altro, non consentono di valorizzare adeguatamente la volontà dei contraenti e lasciano sfornite di tutela una serie di difformità che esulano dal tradizionale paradigma del difetto materiale del bene.

In questo panorama sarebbe auspicabile giungere ad un'uniformazione dei rimedi oggi disciplinati agli artt. 1490 e 1497 c.c.²⁶ e ad un superamento delle distinzioni tra vizi materiali o immateriali e tra qualità "normali" o promesse.

Tale risultato potrebbe essere raggiunto, sulla scia delle indicazioni fornite dalla dottrina²⁷, attraverso un'interpretazione evolutiva che valorizzi le qualità promesse anche qualora queste non vengano espressamente specificate nel contratto, estenda l'esercizio dell'azione di riduzione del prezzo alla mancanza di qua-

lità e, da ultimo, abbandoni il requisito della materialità come presupposto per la sussistenza del vizio o della mancanza di qualità essenziali.

GIOVANNI CASTELLANI

FONDO PATRIMONIALE

I.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 5 marzo 2013, n. 5385 — UCCELLA *Presidente* — FRASCA *Relatore* — PRATIS P.M. (diff.) — B.G.R. (avv. Bigari) - Equitalia Romagna s.p.a (avv. ti Pastore Stocchi, Dalla Rovere).

Conferma App. Bologna, 15 settembre 2009.

Famiglia (Regime patrimoniale) — Fondo patrimoniale — Opposizione all'esecuzione sui beni e sui frutti — Onere della prova (C.c. artt. 170, 2697).

Qualora il coniuge che ha costituito un fondo patrimoniale familiare conferendovi un suo bene agisca contro il suo creditore chiedendo, in ragione della sua appartenenza al fondo, la declaratoria, ai sensi dell'art. 170 c.c., della illegittimità dell'iscrizione di ipoteca che egli abbia fatto sul bene, deve allegare e provare che il debito per cui è stata iscritta l'ipoteca è stato contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia e che il creditore era a conoscenza di tale circostanza (1).

II.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 19 febbraio 2013, n. 4011 — SALMÈ *Presidente* — BARRECA *Relatore* — VELARDI P.M. (conf.) — P.V.M. (avv. Pesaresi) - Intesa San Paolo s.p.a (avv. Ferrini).

Conferma Trib. Catanzaro, 15 novembre 2006.

Famiglia (Regime patrimoniale) — Fondo patrimoniale — Opposizione all'esecuzione sui beni e sui frutti — Onere della prova (C.c. artt. 170, 2697).

L'onere della prova dei presupposti di applicabilità dell'art. 170 c.c. grava sulla parte che intende avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale. Nel caso dell'opposizione proposta dal debitore avverso l'esecuzione avente ad oggetto tali beni, al fine di contestare il diritto del creditore di agire esecutivamente ex art. 615 c.p.c., l'onere della prova grava sul debitore opponente; questi non deve provare soltanto la regolare costituzione del fondo patrimoniale e la sua opponibilità nei confronti del creditore pignorante, ma anche che il debito per cui si procede venne contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia, con particolare riguardo all'ulteriore presupposto della conoscenza di tale estraneità in capo al creditore. Trattasi di prova che, alla stregua dei principi generali, ben può essere fornita anche avvalendosi di presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c., gravando comunque sull'opponente l'onere di allegare e dimostrare i fatti noti, da cui desumere, in via presuntiva, i fatti oggetto di prova (2).

²⁴ Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., 760.

²⁵ Cfr. SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2004, 538.

²⁶ Da tale uniformazione dovrebbe restare escluso l'*aliud pro*

alio rispetto al quale si giustifica l'esclusione dei termini di decadenza e prescrizione fissati all'art. 1495 c.c.

²⁷ Cfr. RUBINO, *La compravendita*, cit., 762.

I.



Omissis. — 2. L'esame dei tre motivi può procedere congiuntamente, in quanto essi pongono sotto distinti profili, un unico problema, quello della legittimità dell'iscrizione ipotecaria in generale su un bene conferito nel fondo patrimoniale.

Con riferimento alla fattispecie oggetto di lite, peraltro, il problema si specifica in un sottoproblema, posto che il regime dell'iscrizione ipotecaria che viene in rilievo è quello speciale dell'ipoteca prevista dal d.P.R. n. 633 del 1972, art. 77, che ha natura di ipoteca prevista dalla legge (e, dunque, non volontaria ai sensi dell'art. 2821 c.c.), ma non è assimilabile né a quella c.d. legale di cui all'art. 2817 c.c., né a quella giudiziale di cui all'art. 2818 c.c., come recentemente è stato affermato da questa Corte, con riferimento alla problematica fallimentare. Si veda Cass. 1 marzo 2012, n. 3232, secondo cui "L'iscrizione di ipoteca ai sensi del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 77, sugli immobili del debitore e dei coobbligati al pagamento dell'imposta, non è riconducibile all'ipoteca legale prevista dall'art. 2817 c.c., né è ad essa assimilabile, mancando un preesistente atto negoziale, il cui adempimento il legislatore abbia inteso garantire; essa, peraltro, neppure può accostarsi all'ipoteca giudiziale, prevista dall'art. 2818 c.c., con lo scopo di rafforzare l'adempimento di una generica obbligazione pecuniaria ed avente titolo in un provvedimento del giudice, in quanto quella in esame si fonda su di un provvedimento amministrativo. Ne deriva che, non rientrando nel disposto della l. fall., art. 67, comma 1, n. 4, l'ipoteca in questione non è suscettibile di revocatoria fallimentare, limitata a quelle volontarie e giudiziali" (in senso conforme Cass., 5 marzo 2012, n. 3397).

L'ipoteca in questione, infatti, è certamente prevista dalla legge, ma nel senso che è direttamente dalla legge che deriva la legittimazione dell'esattore all'iscrizione, la quale, però, almeno di norma, avviene sulla base di una sua scelta e con una manifestazione provvedimentale, salvo per il caso previsto dal comma secondo della norma, che, in tutte le varie versioni di essa succedutesi nel tempo (a far tempo dalla prima versione introdotta dal dlgs. n. 46 del 1999, art. 16) prevede una certa doverosità dell'iscrizione in presenza di taluni presupposti. L'iscrizione avviene, dunque, sulla base, di norma, dell'esercizio di un diritto potestativo dell'esattore nello svolgimento delle sue funzioni coattive e, quindi, sulla base del potere autoritativo *lato sensu* amministrativo connesso alle sue funzioni, tant'è vero che non è richiesto l'intervento del giudice.

In ragione di tali caratteristiche l'ipoteca di cui all'art. 77 sfugge, dunque, all'incasellamento in una delle categorie di cui al terzo comma dell'art. 2808 c.c., e si connota come una fattispecie del tutto particolare.

Si rileva ancora che il problema che è posto a questa Corte concerne *ratione temporis* il testo dell'art. 77 citato vigente al momento dell'iscrizione ipotecaria, ma, in realtà, la sua soluzione prescinde dalle varie versioni della norma succedutesi nel tempo, investendo la stessa legittimità dell'iscrizione in riferimento all'art. 170 c.c.

3. Il Collegio ritiene che la motivazione con cui la Corte territoriale ha ritenuto che l'iscrizione ipotecaria di cui trattasi non fosse preclusa dall'art. 170 c.c., e fosse, dunque, legittima, non sia corretta, ma, nel contempo, sulla base di quanto è messo in grado di percepire senza bisogno di accertamenti di fatto, ritiene che il dispositivo della sentenza impugnata debba ritenersi conforme a diritto sulla base di una diversa motivazione.

Queste le ragioni.

3.1. Prendendo le mosse, come postula parte ricorrente nel primo motivo, dalla sottolineatura del profilo funzionale che le Sezioni Unite hanno dato all'iscrizione di cui all'art. 77, sia pure ad altro effetto, va ricordato che esse hanno affermato che "in tema di riscossione coattiva delle imposte, l'ipoteca prevista dal d.P.R. n. 602 del 1973, art. 77, rappresentando un atto preordinato e strumentale all'espropria-

zione immobiliare, soggiace agli stessi limiti per quest'ultima stabiliti dall'art. 76, del medesimo d.P.R., come da ultimo modificato dal d.l. n. 203 del 2005, art. 3, conv. in l. n. 248 del 2005, e non può, quindi, essere iscritta se il debito del contribuente non supera gli ottomila Euro".

Questa sottolineatura, peraltro, assume importanza ai fini della soluzione del problema in esame, ma non un'importanza decisiva.

La ricerca della soluzione del problema, ad avviso del Collegio, deve avvenire partendo dalla disciplina del fondo patrimoniale e segnatamente attraverso la considerazione della lettura che recentemente la Prima Sezione Civile di questa Corte, cioè Cass., 4 giugno 2010, n. 13622, ha dato dell'atteggiarsi del fondo verso i terzi esaminando la previsione dell'art. 169 c.c., là dove fa riferimento alle condizioni alle quali è possibile fra l'altro ipotecare i beni immobili facenti parte del fondo patrimoniale. Tale lettura è stata nel senso di restringere l'ambito di applicazione della previsione della norma — che considera, accanto all'ipotecare, l'alienare, il dare in pegno ed il comunque vincolare i beni — tanto nel significato di regola generale (cioè in mancanza di previsione da parte dell'atto di costituzione del fondo di tali possibilità), quanto in presenza di una simile previsione, esclusivamente agli atti di costituzione di ipoteca (ed agli altri contemplati) provenienti dalla volontà del titolare del bene conferito nel fondo (cioè il coniuge, oppure il terzo cui allude l'art. 167 c.c., comma 1). In sostanza, si è condivisibilmente ritenuto che l'art. 169 regoli esclusivamente l'ipotesi di costituzione volontaria di ipoteca sul bene conferito nel fondo da parte del coniuge proprietario del bene oppure del terzo che ha costituito il fondo. Se nell'atto di costituzione del fondo non è stata espressamente prevista la facoltà di concedere ipoteca, essa non può essere esercitata da quei soggetti. Se quella previsione vi è stata essa soggiace alle condizioni di cui alla norma.

Del tutto al di fuori dell'art. 169 è stata collocata la fattispecie in cui non venga in rilievo il problema dell'ipoteca costituita volontariamente dal coniuge o dal terzo, ma si pretenda di far valere un'ipoteca su un bene del fondo da parte di un soggetto estraneo alla costituzione del fondo e cioè, è stato detto, anche se chi ha costituito il fondo abbia autorizzato l'ipotecabilità, intendendosi essa riferita solo ai soggetti titolari dei beni costituenti il fondo.

Questa lettura della norma, evidentemente, lascia al di fuori dell'art. 169 sia l'ipotesi di ipoteca legale sia quella di ipoteca giudiziale. E ciò, perché in tal caso non viene in rilievo la volontà del coniuge o del terzo costituente il fondo, bensì una "volontà" esterna all'ambito soggettivo del fondo e, particolarmente o derivante dalla stessa automatica previsione di legge o da un terzo, nel caso di ipoteca giudiziale (posto che pur sempre in tal caso è necessaria un'iniziativa del creditore per l'iscrizione).

Ora è palese che anche la costituzione della stessa ipoteca di cui all'art. 77, supponendo un'iniziativa di un soggetto estraneo al fondo (qual è l'esattore), si colloca al di fuori della fattispecie dell'art. 169 come letta dalla Prima Sezione, al cui orientamento questa sezione intende prestare adesione.

Ne deriva che il problema della possibilità di un'iscrizione ipotecaria legale o giudiziale o — per quanto interessa — secondo la fattispecie particolare dell'art. 77 deve essere risolto sulla base delle altre norme regolatrici del fondo patrimoniale.

3.2. Rispetto all'ipoteca legale ed a quella giudiziale, essendosi la disciplina del fondo inserita nel codice civile con la riforma del diritto di famiglia, il rapporto fra la normativa di generale previsione di dette forme di ipoteca e quella particolare del fondo si deve risolvere — tanto più per il fatto che la disciplina del fondo è stata collocata all'interno del codice, di cui faceva parte la disciplina di dette forme di ipoteca — nel senso che, se si rinviene nella regolamentazione del fondo stesso un principio che non risulta compatibile o risulta compatibile solo entro certi limiti con la possibilità che sui beni del fondo si possa iscrivere un'ipoteca

legale o giudiziale, per come è previsto dalla normativa generale sull'ipoteca, il rapporto va individuato nel senso che la *lex posterior specialis* espressasi con l'introduzione della disciplina del fondo ha inteso derogare a quella generale delle due ipotesi di ipoteca sopra indicate.

Ora, va rilevato che, se si considera l'ipotesi di cui all'art. 2817, cioè quella dell'ipoteca legale, una volta considerato che la fattispecie del n. 1, supponendo che vi sia stata alienazione dell'immobile, finisce per collocarsi nell'ambito dell'art. 169, nel senso che non può che ripetere la disciplina dell'atto di alienazione (per cui diventerà decisivo il fatto che se l'atto di alienazione sia stato possibile o meno ai sensi di quella norma) ed una volta rilevato che l'ipotesi del n. 2, non risulta interferire con l'ipotesi che si abbia un fondo patrimoniale, risulta da considerare effettivamente quella del n. 3, ed è per essa che il problema accennato si pone, potendo l'imputato o il responsabile civile cui essa allude identificarsi con il coniuge o con il terzo che ha costituito il fondo.

Viceversa, lo stesso problema si pone in generale per l'ipoteca giudiziale, posto che il debitore cui allude l'art. 2818 può ben essere il coniuge o il terzo che ha costituito il fondo.

3.3. Ai fini della soluzione del problema, essendo sia l'ipoteca di cui all'art. 2817, n. 3, sia quella di cui all'art. 2818 c.c., ricollegati a fattispecie che originano da fatti costitutivi che dipendono da evenienze che suppongono il coinvolgimento di un terzo estraneo alla costituzione del fondo patrimoniale e, quindi, di una sua iniziativa diretta alla costituzione dell'ipoteca, l'interprete deve interrogarsi sulla presenza nella disciplina del fondo patrimoniale di una norma che, regolando la posizione dei terzi rispetto al fondo, si presti a regolare anche la situazione del terzo che voglia iscrivere ipoteca ai sensi delle dette norme.

Una norma di questo contenuto esiste e si rinviene nell'art. 170 c.c. Essa si occupa della possibilità dell'esecuzione su beni e sui frutti del fondo e sotto tale profilo evoca chiaramente un'esecuzione di iniziativa di un terzo estraneo al fondo.

La norma non esclude in modo assoluto l'esecuzione, ma la condiziona all'essere la situazione per cui si procede e deve essere coattivamente realizzata (che viene chiamata "debito", ma, correlativamente, evoca il "credito") insorta "per scopi estranei ai bisogni della famiglia" e conosciuta dal creditore come tale. La formulazione della norma, evocando direttamente l'esecuzione, sembrerebbe porre una previsione che nelle intenzioni del legislatore parrebbe diretta a regolare soltanto l'inizio dell'esecuzione. Onde potrebbe pensarsi che la norma si occupi solo di regolare questo momento.

Senonché l'evocazione nella sostanza di tre distinte situazioni, quella dei "debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia" e, *a contrario*, quella dei "debiti che il creditore non conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia", nonché quella dei "debiti contratti per scopi non estranei ai bisogni della famiglia" e, quindi, assunti per soddisfare tali bisogni evidentemente dal soggetto che ha costituito il fondo conferendovi un bene e che normalmente dovrebbe rispondere, secondo la regola generale dell'art. 2740 c.c., con il suo patrimonio e, quindi, anche con esso, evidenzia che in realtà il legislatore ha voluto dettare una regola che non riguarda tanto l'inizio dell'esecuzione, bensì la forza stessa del titolo che potrebbe astrattamente svolgere la funzione di titolo per l'esecuzione sul bene facente parte del fondo patrimoniale, perché, evidentemente, formatosi contro il coniuge o contro il terzo che costituì il fondo.

3.4. Ne deriva allora che l'oggetto vero e proprio della regola dettata nell'art. 170 finisce per essere l'efficacia verso il fondo dei "titoli" che potrebbero giustificare l'esecuzione su un bene facente parte del fondo patrimoniale. L'esistenza di tale efficacia o al contrario la sua inesistenza sono il vero oggetto di disciplina della norma e non, come potrebbe riduttivamente credersi, l'inizio dell'esecuzione.

Ebbene se si accetta tale esegesi della norma, poiché l'ipoteca in generale ai sensi dell'art. 2808 "attribuisce al creditore il diritto di espropriare anche in confronto del terzo

acquirente" e, quindi, prima ancora, se terzo acquirente non vi sia, verso chi ha dato o è tenuto alla garanzia con il bene oggetto di ipoteca il debitore, ne viene che la norma dell'art. 170 si presta anche a regolare le condizioni in presenza delle quali un titolo che, ai sensi del n. 3, dell'art. 2817 c.c., o dell'art. 2818 c.c., potrebbe astrattamente giustificare l'insorgenza dell'ipoteca su un bene conferito nel fondo patrimoniale e, quindi, in proiezione l'esecuzione su di esso, può in concreto svolgere tale funzione.

In altri termini la norma dell'art. 170 se regola l'efficacia sui beni del fondo di titoli che possono giustificare l'esecuzione su di essi, si presta a regolare l'efficacia dei titoli che giustificano l'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 2817 c.c., n. 3, e art. 2818 c.c., e, quindi, sono funzionali all'esecuzione.

Ne consegue che l'ipoteca può iscriversi alle stesse condizioni alle quali un titolo esecutivo formatosi a carico del coniuge o del terzo che ha conferito il bene potrebbe essere fatto valere su di esso.

Il fatto che l'iscrizione di ipoteca potrebbe insistere sul bene senza che si dia corso all'esecuzione, così svolgendo cioè solo funzione di garanzia in vista di un'attività esecutiva da esercitarsi solo quando il bene fosse non più parte del fondo non è, d'altro canto, sufficiente ad escludere quanto appena affermato, una volta che si consideri che l'art. 170 vuole regolare le condizioni alle quali un titolo ottenuto da un terzo ed idoneo a consentire l'esecuzione, potrebbe farsi valere a questo scopo sul bene compreso. Poiché, una volta iscritta, l'ipoteca comporta che il bene possa essere eseguito è sufficiente tale idoneità a giustificare l'attrazione della fattispecie nel regime dell'art. 170.

E non v'è nemmeno bisogno di fare leva sul fatto che l'iscrizione si risolve comunque in un peso sul bene e come tale evoca la nozione del "vincolare i beni facenti parte del fondo patrimoniale", contenuta nell'art. 169.

3.5. Discende da quanto osservato che l'insorgenza su un bene compreso in un fondo patrimoniale dell'ipoteca si può avere sempre nel caso di "debito contratto per scopo non estraneo ai bisogni della famiglia" dal coniuge o dal terzo che l'ha conferito (si può pensare che una simile possibilità, normale per la fattispecie da cui può originare l'ipoteca giudiziale, possa al limite configurarsi anche per l'ipoteca di cui all'art. 2817 c.c., n. 3: si pensi ad un'attività delittuosa del coniuge o del terzo che costituì il fondo che sia stata compiuta per uno scopo di quel genere e ciò soprattutto nell'ottica riguardante il responsabile civile), mentre, nel caso di debito contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia, l'ipoteca può ancora insorgere legittimamente se il creditore non sia stato consapevole di tale estraneità e non può invece legittimamente insorgere se al contrario il creditore sia stato consapevole di quella estraneità.

La disciplina del fondo patrimoniale risulta, dunque, contenere fin dalla sua introduzione anche una regola che consentiva e consente di individuare l'atteggiarsi delle fattispecie di costituzione non volontaria dell'ipoteca, cioè quelle dell'ipoteca legale (sia pure con sostanziale riferimento all'ipotesi dell'art. 2817, n. 3, come s'è detto) e quella dell'ipoteca giudiziale.

Il coordinamento fra le due discipline si poteva dire realizzato dal legislatore con la regola dell'art. 170, interpretata nel senso su indicato.

4. Può passarsi ora all'esame della questione del rapporto fra la disciplina del fondo patrimoniale e quella dell'ipoteca di cui al d.P.R. n. 602 del 1973, art. 77.

In tal caso si è in presenza di una norma sopravvenuta rispetto sia alla disciplina generale dell'ipoteca sia a quella del fondo.

S'è già veduto che la fattispecie di ipoteca dell'art. 77 si presenta con peculiarità che non consentono di collocarla né nell'ambito dell'art. 2817, né nell'ambito dell'art. 2818 c.c.

La circostanza che non si tratta di ipoteca che sorge da atto di costituzione del coniuge (o del terzo) che costituì il fondo la colloca certamente al di fuori della disciplina della norma dell'art. 169. Viceversa, le sue particolarità non sono

sufficienti a sottrarla alla disciplina dell'art. 170, per come sopra ricostruita.

In tanto, la nuova *lex specialis* espressa nell'art. 77 non contiene alcun indice che si preoccupi di dettare una regola a sua volta speciale quando il bene faccia parte di un fondo patrimoniale.

D'altro canto, non è possibile ritenere che il legislatore nell'introdurre l'art. 77 abbia inteso, con la previsione della possibilità di iscrivere l'ipoteca da esso prevista, sottrarre tale possibilità alla osservanza da parte dell'esattore di eventuali regole particolari pregresse esistenti in ragione della particolare condizione del bene del debitore cui allude l'art. 77.

Non potrebbe, così sostenersi, che l'esattore, se il bene è incommerciabile ai sensi dell'art. 2810 c.c., n. 1, possa iscrivere ipoteca. In sostanza, non è dubitabile che l'art. 77 debba coordinarsi con la disciplina generale dell'ipoteca.

In mancanza di indici contrari, l'essere l'iscrivibilità delle ipoteche non volontarie sui beni del fondo patrimoniale sostanzialmente disciplinata dall'art. 170, una volta coniugata con la caratterizzazione dell'ipoteca di cui all'art. 77 come fattispecie di ipoteca certamente non volontaria e derivante da un atto di un soggetto terzo rispetto al fondo, non ha potuto che comportare la conseguenza della soggezione della fattispecie dell'art. 77, quando il bene del debitore fa parte del fondo patrimoniale, nell'ambito della disciplina dello stesso art. 170 per come sopra interpretata.

Deve essere, pertanto, affermato il seguente principio di diritto:

“L'art. 170 c.c., nel regolare in generale, facendo riferimento alla finalità per cui è stato contratto il debito ed alla conoscenza di tale finalità quando essa non sia stata il soddisfacimento di bisogni della famiglia, i limiti entro i quali un titolo formatosi a carico del coniuge (o del terzo) che ha costituito il fondo patrimoniale conferendovi il bene, per debiti da lui contratti, può giustificare l'esecuzione sul bene stesso, individua anche le condizioni alle quali il titolo relativo al debito può giustificare l'iscrizione di un'ipoteca non volontaria e, quindi, anche dell'ipoteca di cui al d.P.R. n. 602 del 1973, art. 77. Ne consegue che l'esattore può iscrivere tale ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo che li hanno conferiti nel fondo, qualora il debito del coniuge o del terzo sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari e, quando, ancorché sia stato contratto per uno scopo estraneo a tali bisogni, il titolare del credito per cui l'esattore procede alla riscossione non conosceva tale estraneità. Viceversa, l'esattore non può iscrivere l'ipoteca su detti beni e l'eventuale iscrizione è illegittima se il creditore conosceva tale estraneità”.

La motivazione della sentenza impugnata, dunque, non appare corretta, là dove ha ritenuto che in generale l'ipoteca di cui all'art. 77 possa essere iscritta, perché l'art. 170 si riferisce agli atti esecutivi e l'iscrizione di ipoteca tale non è.

La tesi affermata dalla Corte territoriale non tiene conto che l'art. 170 va inteso nei sensi sopra indicati, cioè come regolatore delle condizioni alle quali il titolo è idoneo a giustificare l'esecuzione sul bene facente parte del fondo in relazione alla causa del debito e, gradatamente, a seconda della conoscenza o non conoscenza della funzionalizzazione del debito a bisogni estranei alla famiglia. Di modo che la strumentalità dell'ipoteca proprio all'esecuzione impone di ritenere che la possibilità dell'iscrizione di ipoteca sia regolata allo stesso modo.

La soluzione cui si è pervenuti non è dissimile da quanto ha affermato Cass., 18 maggio 2012, n. 7880, resa dalla Sezione Tributaria della Corte.

5. Tuttavia, l'erroneità della motivazione della sentenza impugnata, come si è preannunciato, non comporta che il suo dispositivo sia errato.

Va considerato che il coniuge (o il terzo) titolare del bene facente parte del fondo patrimoniale che si faccia attore contestando la legittimità dell'iscrizione ipotecaria perché avvenuta al di fuori delle condizioni legittimanti previste dall'art. 170 assume l'onere di allegare e dimostrare i fatti costitutivi dell'illegittimità dell'iscrizione.

Tra tali fatti vi è, innanzi tutto, l'essere stato il debito del coniuge (o del terzo) in relazione al quale si è proceduto all'iscrizione, contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia. Inoltre, egli deve allegare e dimostrare che tale estraneità era conosciuta dal creditore che abbia iscritto l'ipoteca.

Tali oneri di allegazione e di prova si configurano anche quando si proponga contro l'esattore domanda di declaratoria della illegittimità dell'iscrizione di un'ipoteca iscritta ai sensi dell'art. 77.

Ora, risulta dalla citazione introduttiva del giudizio di merito, che si rinviene nel fascicolo del giudizio di primo grado di parte ricorrente, contenuto nel fascicolo depositato in questo giudizio di legittimità, che il B. (punto 1) allegò che l'ipoteca era stata iscritta “a garanzia del credito derivante da una cartella esattoriale relativa a crediti Inps” e, quindi, del tutto genericamente nel successivo punto 4 che il credito “per il quale il concessionario sta procedendo”, non poteva giustificare l'iscrizione “non trattandosi di obbligazione contratta nell'interesse della famiglia o per l'amministrazione del fondo patrimoniale, a sensi dell'art. 170 c.c.”.

Tale allegazione era del tutto generica quanto alla ragione per cui il credito non si sarebbe potuto ritenere contratto nell'interesse della famiglia, non potendosi reputare che ciò derivasse automaticamente dall'essere il credito riferibile all'Inps, ed inoltre era del tutto omissiva dell'indicazione della conoscenza di tale circostanza da parte del soggetto creditore per conto del quale l'esattore procedeva.

La citazione, del resto, non conteneva istanze istruttorie volte ad accertare la circostanza allegata. La quale, d'altro canto, non risultava nemmeno dai documenti prodotti, posto che dal documento 1, evocato al punto 1 e che si rinviene nello stesso fascicolo emerge che la cartella esattoriale fa riferimento a tre codici di tributo, il 18073 relativo a “somme aggiuntive versamento contributi FIS”, l'8094 relativo a “contributi IVS/percentuale sul minimale”, e 8095 relativo a “somme aggiuntive omesso versamento contributi IVS”. Tali indicazioni nulla dicono in ordine all'attività in relazione alla quale si era prodotto il debito e, particolarmente, nulla dicono che consenta l'apprezzamento di cui all'art. 170.

Va ricordato che la giurisprudenza di questa Corte (*ex multis*, si veda Cass. Sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862; anteriormente Cass., 5 giugno 2003, n. 8991; Cass. 31 maggio 2006, n. 12998), ha affermato che “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'antiorità 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”.

Dunque, nell'atto introduttivo del giudizio vi era una situazione nella quale la domanda non era corredata da una precisa allegazione dei fatti giustificativi della richiesta di declaratoria della illegittimità dell'iscrizione ed anzi tali allegazioni erano del tutto generiche.

D'altro canto, è vero che la resistente, costituendosi, come emerge dalla comparsa di risposta che si rinviene nel fascicolo di primo grado presente nel suo fascicolo, a sua volta non svolse allegazioni specifiche circa l'origine del credito, ma, in disparte che, di fronte alla genericità delle avversarie allegazioni non aveva l'onere di farlo, va rilevato che in chiusura della comparsa essa risulta avere sostenuto l'infon-

datezza anche “in fatto” della domanda avversaria, e, dunque, risulta avere contestato la generica allegazione avversaria. Ciò avrebbe dovuto indurre il B. a svolgere opportuna attività prima di precisazione della sua domanda sui punti sui quali risultava generica nei sensi sopra detti e, quindi, conseguente attività istruttoria.

6. Ora, è pacifico — emerge dal ricorso e ne da conferma la stessa sentenza impugnata — che la causa passò in decisione senza che fosse sollecitata dalle parti un’attività istruttoria e, dunque, l’intero giudizio si è svolto ed è stato deciso nei due gradi di merito nella situazione emergente dagli atti introduttivi rispettivi delle parti.

In tale situazione, per quello che questa Corte constata senza che occorran accertamenti di fatto, che non siano dati dall’esame delle legittime produzioni delle parti in questo giudizio di legittimità, la domanda del B. avrebbe dovuto essere rigettata perché i suoi fatti costitutivi inerenti l’estraneità del debito al bisogno familiare e la conoscenza di tale estraneità da parte del creditore il cui credito l’esattore riscuoteva non erano dimostrati ed anzi nemmeno specificamente allegati quanto alla prima e non allegata quanto alla seconda.


La domanda avrebbe dovuto essere rigettata dal giudice di primo grado per tale ragione e la stessa cosa, non avendolo fatto quel giudice, avrebbe dovuto fare la Corte territoriale.

La constatazione dell’esistenza di tale ragione di rigetto deve essere fatta ora da questa Corte come ragione che rende conforme a diritto il dispositivo di rigetto della sentenza, previa correzione della motivazione nei sensi su indicati.

Non è possibile in tale situazione far luogo a cassazione con rinvio (come, invece, accaduto nel caso deciso dalla sezione tributaria, con la già citata sentenza n. 7880 del 2012, nel quale vi era apposito motivo sulle condizioni previste dall’art. 170, che il giudice di merito aveva omesso di accertare ed il rinvio fu ritenuto necessario per tale ragione), perché il giudizio di rinvio sarebbe del tutto superfluo, in quanto non potrebbe portare che alla constatazione che la domanda è stata basata su fatti costitutivi generici e soprattutto indimostrati e non potrebbe che essere respinta, dato il carattere chiuso del giudizio di rinvio.

Il principio di diritto che giustifica il rigetto del ricorso è, dunque, il seguente: “qualora il coniuge che ha costituito un fondo patrimoniale familiare conferendovi un suo bene agisca contro il suo creditore chiedendo, in ragione della sua appartenenza al fondo, la declaratoria, ai sensi dell’art. 170 c.c., della illegittimità dell’iscrizione di ipoteca che egli abbia fatto sul bene, deve allegare e provare che il debito per cui è stata iscritta l’ipoteca è stato contratto per uno scopo estraneo ai bisogni della famiglia e che il creditore era a conoscenza di tale circostanza. Tali oneri sussistono anche in relazione all’iscrizione di ipoteca ai sensi del d.P.R. n. 602 del 1973, art. 77. In sede di giudizio di cassazione contro una sentenza di merito che abbia rigettato la domanda ritenendo non soggetta all’art. 170 l’iscrizione di ipoteca, la Corte di cassazione, qualora constati che i detti oneri risultano inadempiti, deve rigettare il ricorso, previa correzione della motivazione della sentenza impugnata. — *Omissis*.”

II.

 *Omissis*. — 2. Col primo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., n. 3), violazione degli artt. 170 e 2697 c.c., e art. 12 disp. Att. C.c., al fine di censurare il rigetto dell’opposizione che la sentenza impugnata ha basato sulla mancanza di prova da parte della debitrice dell’estraneità ai bisogni della famiglia del debito per il quale procedeva la banca creditrice. Sostiene la ricorrente che, secondo la giurisprudenza e la dottrina dominanti, dai bisogni della famiglia sarebbero escluse le esigenze essenzialmente individuali, tra cui l’accrescimento del patrimonio personale; che, in particolare, in ordine alle spese sostenute per potenziare l’attività d’impre-

sa o, più in generale, l’attività lavorativa di un membro della famiglia, queste non si risolverebbero necessariamente in un vantaggio per l’intera famiglia, in quanto, in questo caso, la destinazione dei redditi ai bisogni della stessa, oltre ad essere eventuale, sarebbe senza dubbio parziale, alla luce del fatto che i redditi non dovrebbero essere destinati interamente alla famiglia. In conclusione, secondo la ricorrente, sarebbe innegabile che un potenziamento delle capacità lavorative di un membro della famiglia si risolverebbe in un aumento del patrimonio personale di quest’ultimo, e solo eventualmente nel miglioramento del tenore di vita del gruppo familiare.

La ricorrente critica anche l’applicazione dell’art. 2697 c.c., fatta al caso di specie da parte del Tribunale, per avere questi posto a carico della debitrice la prova dell’estraneità del debito ai bisogni della famiglia, mentre sarebbe stata onerata soltanto della prova della regolare costituzione del fondo patrimoniale (quest’ultima, fornita in giudizio). Aggiunge che il giudice di primo grado avrebbe omesso di valutare se la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio avessero o meno, nel caso di specie, inerenzia diretta ed immediata con i bisogni della famiglia, con ciò omettendo di applicare, a detta della ricorrente, i principi di diritto più volte affermati da questa Corte, da ultimo con la sentenza 31 maggio 2006, n. 12998.

2.1. Il motivo è infondato.

In primo luogo, va ribadito il principio affermato da questa Corte, e correttamente applicato dal giudice di merito, per il quale l’onere della prova dei presupposti di applicabilità dell’art. 170 c.c., grava sulla parte che intende avvalersi del regime di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale. Nel caso dell’opposizione proposta dal debitore avverso l’esecuzione avente ad oggetto tali beni, al fine di contestare il diritto del creditore di agire esecutivamente ex art. 615 c.p.c., l’onere della prova grava sul debitore opponente; questi non deve provare soltanto, come sostenuto dalla ricorrente, la regolare costituzione del fondo patrimoniale e la sua opponibilità nei confronti del creditore pignorante, ma anche che il debito per cui si procede venne contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia (cfr. Cass., 15 marzo 2006, n. 5684; Cass., 30 maggio 2007, n. 12730; v. anche Cass., 31 maggio 2006, n. 12998, con particolare riguardo all’ulteriore presupposto della conoscenza di tale estraneità in capo al creditore, di cui non è necessario occuparsi in questa sede). Trattasi di prova che, alla stregua dei principi generali, ben può essere fornita anche avvalendosi di presunzioni ai sensi dell’art. 2729 c.c., gravando comunque sull’opponente l’onere di allegare e dimostrare i fatti noti, da cui desumere, in via presuntiva, i fatti oggetto di prova.

2.2. Quanto al criterio identificativo dei crediti che, essendo stati contratti per fare fronte ai bisogni della famiglia, possono essere soddisfatti anche per via esecutiva, sono pertinenti i richiami che la ricorrente ha svolto ai precedenti di questa Corte.

In particolare, va ribadito il principio di diritto per il quale “in tema di esecuzione sui beni del fondo patrimoniale e sui frutti di essi, il disposto dell’art. 170 c.c., nel testo di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151 — per il quale detta esecuzione non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, va inteso non in senso restrittivo, come riferentesi cioè alla necessità di soddisfare l’indispensabile per l’esistenza della famiglia, bensì — analogamente a quanto, prima della riforma di cui alla richiamata l. n. 151 del 1975, avveniva per i frutti dei beni dotali — nel senso di ricomprendere in detti bisogni anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all’armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi” (così già Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, seguita da Cass., 18 settembre 2001, n. 11683, citata nella sentenza impugnata; nonché, di recente, da Cass. Sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862).

Si è quindi preferita una nozione di bisogni della famiglia

piuttosto ampia, per la quale si esclude che bisogni rilevanti siano soltanto quelli essenziali del nucleo familiare, ma vi si comprendono anche altre esigenze, purché il loro soddisfacimento sia funzionale alla vita della famiglia; inoltre, si è attribuita rilevanza non solo ai bisogni oggettivi, ma anche a quelli soggettivamente ritenuti tali dai coniugi, adottandosi peraltro un parametro di valutazione negativo, secondo quanto sopra.

Come è noto, controversa è la possibilità di ricondurre ai bisogni della famiglia i debiti derivanti dall'attività professionale o d'impresa di uno dei coniugi, anche in considerazione del fatto che i redditi relativi sono di norma, ma non necessariamente, destinati al mantenimento della famiglia (cfr. Cass., 18 settembre 2001, n. 11683, cit.).

È vero che, come sostenuto dalla ricorrente, secondo la giurisprudenza di questa Corte (ed, in particolare, Cass., 31 maggio 2006, n. 12998), la destinazione ai bisogni della famiglia non può dirsi sussistente per il solo fatto che il debito sia sorto nell'esercizio dell'impresa, tuttavia è evidente che la richiamata circostanza non è, *a contrario*, nemmeno idonea ad escludere in via di principio che il debito possa dirsi contratto per soddisfare detti bisogni (così Cass. Sez. trib., 7 luglio 2009, n. 15862). Piuttosto, occorre che l'indagine del giudice si rivolga specificamente al fatto generatore dell'obbligazione, a prescindere dalla natura di questa: 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 nel senso ampio di cui sopra, nel quale sono ricompresi anche i bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari.

2.3. Il Tribunale di Catanzaro non si è affatto discostato dai principi appena richiamati.

Ed invero, dopo aver ribadito l'interpretazione estensiva della norma quanto all'individuazione dei bisogni della famiglia rilevanti ex art. 170 c.c., l'ha riferita al caso di specie motivando nel senso che non vi sono state, non solo prove, ma nemmeno allegazioni da parte dell'opponente sulle ragioni del debito assunto nei riguardi del San Paolo Imi, né sulla destinazione a scopi estranei ai bisogni della famiglia delle somme utilizzate dal debitore. Ha quindi concluso per il rigetto dell'opposizione, ritenendo che l'opponente non avesse assolto l'onere della prova.

La statuizione è basata su un accertamento in fatto. Questo, in quanto relativo alla riconducibilità dei debiti alle esigenze della famiglia, è istituzionalmente riservato al giudice del merito e non è censurabile in cassazione, se congruamente motivato (cfr. da ultimo, Cass., 30 maggio 2007, n. 12730; Cass., 24 gennaio 2012, n. 933).

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto non adeguatamente provato detto presupposto, perché non desumibile dal contratto, che era fonte del debito, in sé solo considerato (lettera di fideiussione), essendo mancata ogni ulteriore allegazione in punto di fatto da parte dell'opponente quanto al contesto nell'ambito del quale l'obbligazione era stata assunta. Trattasi di motivazione logica e coerente con i principi di diritto di cui sopra.

L'assunto della ricorrente secondo cui la sentenza sarebbe errata perché il giudice di merito non avrebbe tenuto conto della fonte e delle ragioni del rapporto obbligatorio che avrebbero dovuto far presumere l'inerenza immediata e diretta di questo ai bisogni della famiglia — assunto, che, peraltro, avrebbe dovuto essere dedotto sotto il profilo del vizio di motivazione (e, non per violazione di legge) — è comunque privo di fondamento.

Quanto alla fonte del credito, il Tribunale, ha espressamente precisato che, volendo considerare soltanto la lettera di fideiussione, questa avrebbe condotto ad una presunzione contraria a quella favorevole all'opponente.

Quanto alle ragioni che avrebbero indotto la P. a stipulare l'obbligazione, si è già detto che il Tribunale ha evidenziato proprio la mancata allegazione delle ragioni del rapporto obbligatorio, sicché non è dato comprendere come il giudice avrebbe potuto tenere conto di un dato, che ha espressamente ritenuto non solo non dimostrato, ma nemmeno allegato. In conclusione, il primo motivo di ricorso va rigettato. — *Omissis*.



(1-2) Fondo patrimoniale e onere della prova ex art. 170 c.c.: note critiche e proposta (alternativa) per un'interpretazione costituzionalmente orientata

SOMMARIO: 1. L'onere della prova secondo il diritto vivente. — 2. Note critiche: il rischio di inutilizzabilità del fondo. — 3. Proposta alternativa circa l'*onus probandi* gravante i coniugi ex art. 170 c.c. sulla base del principio di vicinanza e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2697 c.c.

1. L'onere della prova secondo il diritto vivente.

Il fondo patrimoniale ex artt. 167 e segg. c.c. rappresenta un vincolo di destinazione di beni immobili, mobili registrati e titoli di credito, i quali sono resi vicari all'attuazione degli interessi della famiglia¹.

¹ La letteratura in materia di fondo patrimoniale è assai copiosa: cfr. *ex multis*: E. RUSSO, *Il fondo patrimoniale*, originariamente in AA.VV., *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano 1973, 549 e segg., riedito in Id., *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 113 e segg. (da cui si attingono le successive citazioni); CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma Dir. Fam.* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 343 e segg. (nonché Id., *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. Dir. Fam.* a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, III, Padova, 1992, 43 e segg.); P. PERLINGIERI, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale su «beni futuri»*, in *Dir. Famiglia*, 1977, 265 e segg.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3ª ed., Napoli, 2006, 977 e segg.; D'ADDINO SERRAVALLE, *La natura del fondo patrimoniale e il provvedimento giudiziario del comma 3 dell'art. 171 c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, 327 e segg.; G. CIAN, CASAROTTO, voce "Fondo patrimoniale della famiglia", in *Noviss. Dig. It.*, app. III, Torino, 1982, 825 e segg.; G. GABRIELLI, voce "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 293 e segg.; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali. Famiglia e impresa*, in *Tratt.*

Dir. Civ. e Comm. a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1984, 83 e segg.; LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. Notar.*, 1991, I, 53 e segg.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1992, *passim* e spec. 185 e segg.; Id., *Il fondo patrimoniale*, in *Dir. Fam.* a cura di Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, 2ª ed., Torino, 2007, 387 e segg.; M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 48 e segg.; DOGLIOTTI, FIGONE, *Il fondo patrimoniale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, IV, Torino, 1999, 575 e segg.; BARTALENA, *Il fondo patrimoniale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, I, 27 e segg.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, 4ª ed., Milano, 2005, 145 e segg.; B. GRASSO, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, 3, II, 2ª ed., Torino, 2005, 420 e segg.; M. BIANCA, *artt. 167-170, in Comm. breve Dir. Fam.* a cura di Zaccaria, 2ª ed., Padova, 2011, 537 e segg.; CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. Dir. Fam.* a cura di Zatti, III, *Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli e Sesta, 2ª ed., Milano, 2012, 680 e segg.

La fattispecie presenta significative differenze rispetto all'istituto previgente del «patrimonio familiare»²: quest'ultimo, infatti, era caratterizzato dalla più rigida indisponibilità ed impignorabilità dei beni conferiti³. Il fondo patrimoniale (ed i suoi frutti), al contrario, risponde dei debiti che siano sorti per fare fronte ai bisogni della famiglia; inoltre l'art. 170 c.c. prevede che, a certe più rigorose condizioni, i creditori possano aggredire il patrimonio vincolato anche per soddisfare obbligazioni che siano del tutto estranee all'attuazione di un interesse familiare. Più nel dettaglio, infatti, la disposizione in oggetto prevede che «l'esecuzione su 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».

Sul versante processuale, in prima battuta, sembra pacifico che ogni ostacolo alla pignorabilità e all'esecuzione dei beni del fondo, siccome derivante dell'intemperanza dei requisiti previsti dell'art. 170 c.c., non possa operare *ex officio*, bensì che debba essere fatto valere dai costituenti del fondo, segnatamente nella forma della citazione in opposizione di cui all'art. 615 c.p.c.⁴

Da qui, nell'incardinarsi di questo giudizio, si è posta la questione che è stata indagata nelle sentenze in epigrafe, vale a dire quella della ripartizione del relativo onere della prova.

Secondo allora l'opinione maggioritaria in letteratura, tale *onus probandi* viene fatto ricadere *in toto* su chi intenda giovare del relativo regime di segregazione patrimoniale: ciò comporta che, in sede di giudizio di opposizione all'esecuzione, saranno i coniugi coloro

che saranno chiamati a dimostrare non solo l'estraneità del debito alle esigenze del *menage* familiare, ma anche lo stato soggettivo del creditore contro di loro procedente⁵. Si aggiunga che l'attore in opposizione *ex art.* 615 c.p.c. dovrà raggiungere la prova della vera e propria «consapevolezza» del creditore dell'estraneità del debito: non basterebbe infatti, almeno secondo il dato letterale, neppure la prova della mera «conoscibilità» secondo un giudizio medio, così come *e.g.* richiede invece l'art. 1341 c.c.⁶

Pertanto trova sedimentazione la regola espressa parimenti dalle pronunce qui in commento: il fondo patrimoniale risponderà sicuramente dei debiti collegati al *menage* familiare, ma questo non esaurirà la sua soglia di pignorabilità; là dove il debito sia stato contratto per finalità estranee al bisogno familiare, secondo questo modo di pensare, la permeabilità del fondo all'esecuzione dipenderà dalla capacità probatoria, da valutarsi in concreto, degli attori in opposizione circa un aspetto che concerne il foro interno della controparte processuale. Ciò vale a dire che, qualora gli istruenti del vincolo (ovvero i beneficiari, nel caso di fondo istituito da un terzo) non riescano a dimostrare la consapevolezza del creditore dell'estraneità del debito ai bisogni familiari, allora si potrà sempre e comunque procedere al pignoramento dei beni che erano stati vincolati *ex art.* 167 e segg. c.c.: l'esecuzione sarà cioè possibile anche qualora il detto credito sia sorto, per ipotesi, per soddisfare ragioni del tutto estranee alla tutela ed allo sviluppo del *menage* familiare⁷.

Si deve poi sottolineare che questa direzione inter-

² Sull'istituto previgente si rinvia alle classiche trattazioni di Mosco, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice italiano*, Roma, 1939, *passim*; Azara, *Del patrimonio familiare*, in *Comm. C.C.* d'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1940, 426 e segg.; Morvidi, *Il patrimonio familiare*, Udine, 1941, *passim*. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. G. Gabrielli, voce «Patrimonio familiare e fondo patrimoniale», cit., 321.

³ Così l'art. 170, comma 2, c.c. abr. prevedeva che l'esecuzione fosse limitata ai soli frutti dei beni costituenti il patrimonio familiare. L'art. 167, comma 2, c.c. abr. prevedeva l'inalienabilità dei beni del fondo, opponibile ai terzi ai sensi dell'art. 169, commi 3 e 4, c.c. abr. I beni potevano poi essere venduti solo con idonea autorizzazione giudiziaria per evidenti utilità *ex art.* 170, comma 1, c.c. abr. Il giudice poteva poi addirittura decidere il reimpiego del prezzo della compravendita. Colgono in questo senso l'innovatività del fondo patrimoniale rispetto patrimonio familiare: Carresi, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma Dir. Fam.* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., 343 e segg.; E. Russo, *Il fondo patrimoniale*, cit., 114 e 124; P. Perlingieri, *Sulla costituzione del fondo patrimoniale su «beni futuri»*, cit., 268; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 977, nt. 235; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 51.

⁴ Così G. Gabrielli, voce «Patrimonio familiare e fondo patrimoniale», cit., 301. Conf. anche da ultimo Chianale, *I diritti reali*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2010, 139. V. altresì T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 324 e 325, dove, pur confermando tale impostazione, si pone il problema che, qualora i coniugi siano inerti e compiacenti verso i creditori personali, ciò potrebbe comportare il soddisfacimento sui beni del fondo anche per debiti extrafamiliari, a scapito delle ragioni dei figli (il tema è avvertito anche da E. Russo, *Il fondo patrimoniale*, cit., 130 e 131): secondo l'autore il quesito è però risolvibile sostenendo che anche i figli (autonomamente ove siano già maggiorenni, tramite un curatore speciale, ove minorenni) abbiano

legittimazione attiva per opporsi all'esecuzione sui beni del fondo.

⁵ Così *ex multis*: G. Gabrielli, voce «Patrimonio familiare e fondo patrimoniale», cit., 301; G. Cian, Casarotto, voce «Fondo patrimoniale della famiglia», cit., 829; E. Russo, *Il fondo patrimoniale*, cit., 131; Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 104; B. Grasso, *Il fondo patrimoniale*, 431; C.M. Bianca, *Diritto Civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, cit., 151; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 324; M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 50; Cenni, *Il fondo patrimoniale*, cit., 782; Riva, *Il regime patrimoniale della famiglia, in Famiglia e minori* a cura di Ciatti, Torino, 2010, 205; A. Galasso, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, I, *Libro I, delle persone e della famiglia (artt. 159-230)*, Bologna-Roma, 2003, 169, secondo cui opererebbe una presunzione, fino a prova contraria, di collegamento dei debiti contratti dai coniugi ai bisogni familiari (contra parzialmente v. però G. Cian, Casarotto, *op. loc. ult. cit.*, nt. 33; Corsi, *op. ult. cit.*, 104, secondo cui anche l'eventuale assunzione congiunta di un debito da parte dei coniugi non fa presumere che si tratti di per sé di un debito assunto nell'interesse familiare).

⁶ Cfr. E. Russo, *Il fondo patrimoniale*, cit., 131, il quale nota che, ai sensi dell'art. 170 c.c., non basta la mera conoscibilità da parte del creditore. Conf. G. Cian, Casarotto, voce «Fondo patrimoniale della famiglia», cit., 829, ove si parla di «effettiva conoscenza dell'estraneità».

⁷ Così E. Russo, *Il fondo patrimoniale*, cit., 131, il quale segnala che: «per quanto lontano dai bisogni della famiglia, un credito qualunque potrà sempre incidere sui beni, se non si riesce a provare che la conoscenza effettiva, da parte del creditore, della estraneità del debito ai bisogni della famiglia». Conf. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 104; Cenni, *Il fondo patrimoniale*, cit., 782, la quale specifica che il fondo patrimoniale risponderà anche per «soggetti il cui cre-

pretativa è stata intrapresa anche dal diritto giudiziale⁸, essendo inoltre opportuno segnalare una recente applicazione di tale rigoroso *onus probandi* anche nella fattispecie specifica dell'iscrizione di ipoteca da parte dell'ente riscossore per debito tributario⁹, al pari della questione decisa nella seconda fra le sentenze in epigrafe. Sicché i principi di diritto espressi dalle pronunce qui annotate, oltre che trovare riscontro nella dottrina maggioritaria, si collocano in un rapporto di stretta continuità con il diritto vivente.

Si deve poi precisare che letteratura giuridica — in modo conforme alla prima delle sentenze in commento — ha talora tentato di mitigare siffatto carico probatorio, affermando che la prova della consapevolezza del creditore possa essere fornita dai coniugi soltanto per mere presunzioni¹⁰.

2. Note critiche: il rischio di inutilizzabilità del fondo.

Questo complessivo modo di vedere non appare tuttavia del tutto convincente; più nel dettaglio, riallacciandosi a riflessioni già svolte più diffusamente in altra sede¹¹, sembra tuttora possibile (e per certi versi

auspicabile) una diversa lettura, più “garantista” rispetto a quella tradizionale or ora descritta.

In primo luogo anche il congegno deduttivo delle presunzioni legali semplici, pur declinabile “in astratto”, sembra essere facilmente devitalizzabile “in concreto” nelle singole dinamiche processuali: questo a condizione che si vada ad indagare la nozione (e soprattutto il “perimetro”) delle obbligazioni che possano essere potenzialmente idonee ad essere contratte nell'interesse familiare.

A questo riguardo, infatti, il punto più delicato concerne l'apprezzamento delle obbligazioni contratte dai coniugi nell'ambito della loro attività imprenditoriale, lavorativa o professionale: la posizione più tradizionale (e maggioritaria) in dottrina esprime una sorta di «giudizio negativo *a priori*», ritenendo che la natura tipica di questo genere di attività renda i relativi debiti estranei, per definizione, alla soddisfazione di bisogni familiari¹². Pertanto, se si tiene ferma questa affermazione, effettivamente, il mezzo di prova per via presuntiva può essere efficace, così come propone un parte della letteratura: l'assunzione dell'obbligazione nel corso

dito è sorto per scopi estranei al bisogno della famiglia ma che ignoravano tale estraneità al momento del sorgere dell'obbligazione». In posizione in parte divergente (e più garantista verso i beni del fondo) v. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 325 e 326, il quale ritiene che il creditore che sia in buona fede circa l'estraneità del debito ai bisogni della famiglia possa trovare soddisfacimento solo pro quota sui beni del fondo. Inoltre, secondo il medesimo autore (Id., *Il fondo patrimoniale*, in *Dir. Fam.* a cura di Bonilini e Cattaneo, cit., 454), il creditore in buona fede personale del coniuge, prima di poter agire sulla quota del fondo patrimoniale, sarebbe comunque tenuto ad esaurire, con *beneficium excussionis*, il patrimonio individuale del coniuge che ha contratto l'obbligo. Conf. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia- Le successioni*, cit., 150.

⁸ Cass., 15 marzo 2006, n. 5684, in *Vita Notar.*, 2006, 796, secondo cui, «in sede di opposizione al pignoramento, spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, sia perché i fatti negativi (nella specie l'ignoranza) non possono formare oggetto di prova, sia perché esiste una presunzione di inerenza dei debiti ai detti bisogni». Per un breve commento a questa sentenza v. anche S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2010, 41, il quale annota che questa decisione si presenta in qualche misura sistematicamente eccezionale, dato che «è ormai raro che il brocardo *negativa non sunt probanda* trovi cittadinanza nella giurisprudenza di legittimità» (infatti, per un vasto florilegio giudiziale circa la possibile prova dei fatti negativi, in relazione però a fattispecie diverse dal fondo patrimoniale, v. *infra*, nt. 41). *Contra* v. invece MAGGIOLO, *Il fondo patrimoniale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Cendon, *La famiglia*, II, Milano, 2000, 387, secondo cui tale allocazione dell'onere probatorio si spiegherebbe proprio in ragione del fatto che i fatti negativi (come la non conoscenza di un fatto o di una situazione) non possono essere oggetto di prova. Conf. a questa spiegazione B. GRASSO, *Il fondo patrimoniale*, cit., 431. Nello stesso senso v. anche Cass., 30 maggio 2007, n. 12730, in *DeJure*; nonché, nella giurisprudenza di merito, Trib. Parma, 7 gennaio 1997, in *Nuova Giur. Comm.*, 1998, I, 31 con nota di MORA, *Fondo patrimoniale, opposizione all'esecuzione ed onere della prova*, ove si specifica nuovamente che «la costituzione del fondo patrimoniale non determina “ipso iure” la impignorabilità dei beni che ne fanno parte, così sottraendoli all'azione esecutiva, ma occorre una componente di ordine soggettivo, e cioè la conoscenza da parte del creditore che l'obbligazione era contratta per scopi estranei ai bisogni della famiglia. L'onere della prova della conoscenza della estra-

neità del debito ai bisogni della famiglia grava su chi voglia avvantaggiarsi di tale cognizione e pertanto sui coniugi che l'invocano»; Trib. Perugia, 12 febbraio 1987, in *Vita Notar.*, 1998, I, 604.

⁹ Specifica infatti chiaramente Cass., Sez. trib., 30 gennaio 2012, n. 1295, in *DeJure*, il fatto che sia onere del soggetto che ha subito l'ipoteca per tributi inevasi — ovvero il costituente del fondo patrimoniale — quello di dimostrare compiutamente «l'estraneità del debito ai bisogni familiari e la conoscenza di tale estraneità in capo al creditore».

¹⁰ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia- Le successioni*, cit., 151, secondo cui: «la prova può essere data anche per presunzioni semplici, essendo sufficiente provare che lo scopo dell'obbligazione appariva come normalmente estraneo ai bisogni della famiglia (es. obbligazioni di tipo imprenditoriale)». Conf. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 324, secondo cui: «assume particolare rilievo la natura dell'obbligazione, nella misura in cui risulti del tutto evidente la sua estraneità al soddisfacimento di bisogni familiari (si pensi al credito derivante dalla vendita di una partita di merce destinate all'impresa del coniuge)». *Contra* l'utilizzo delle presunzioni favore dei coniugi per dimostrare la consapevolezza dell'estraneità, v. però Cass., Sez. trib., 30 gennaio 2012, n. 1295, cit.

¹¹ Sia consentito rinviare a FRANCISSETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, Napoli, 2012, 29 e segg.

¹² In questo senso cfr. G. CIAN, CASAROTTO, voce “Fondo patrimoniale della famiglia”, cit., 829; G. GABRIELLI, voce “Patrimonio familiare e fondo patrimoniale”, cit., 300; il quale ritiene che «ogni esigenza peculiare della persona è estranea all'ambito dei bisogni familiari. E lo sono in particolare le esigenze professionali che appartengono alla sfera extradomestica e individuale e fruttano al singolo, solo indirettamente potendo tradursi in un vantaggio per gli altri familiari». Conf. T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 200, secondo cui il reddito appartiene al coniuge imprenditore senza che abbia un obbligo di ridistribuirlo ai familiari; nello stesso senso, più recentemente, CENNI, *Il fondo patrimoniale*, cit., 694 e segg. Questo con l'eccezione peculiare, secondo una certa opinione, dell'impresa familiare all'interno della quale lavorino tutti i membri del nucleo domestico. In questo senso v. G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.* Di diverso avviso, circa tale fattispecie, sono G. CIAN, CASAROTTO, *op. loc. ult. cit.*; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, cit., 200 e 201.

dell'attività imprenditoriale o professionale dei coniugi risulta un fatto noto «grave, preciso e concordante», da cui dedurre la conoscenza creditoria della estraneità ai sensi dell'art. 170 c.c.¹³

Senonché il diritto giudiziale risulta di diverso avviso: secondo quest'ultimo — ivi comprese entrambe le pronunce in commento — l'attività economica dei coniugi, in sé considerata, non è un elemento sufficiente per valutare, in un senso o nell'altro, se il debito che essa crea sia vicario alla soddisfazione di bisogni familiari. Si ritiene invece necessario un giudizio “in concreto” che venga eseguito volta per volta¹⁴: sicché il criterio identificativo — che scevera i crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato sui beni conferiti nel fondo — va ricercato non già nella natura astratta delle obbligazioni o delle attività, bensì nella relazione esistente, in punto di singole circostanze effettive, tra il fatto generatore del debito e i bisogni della famiglia. In questo senso, allora, si suggerisce un “parametro negativo”, tale per cui si possono ritenere del tutto estranee solamente le «attività voluttuarie o meramente speculative»¹⁵.

Di fronte a tali diverse coordinate sostanziali, allora, il possibile ricorso al meccanismo delle presunzioni finisce per incepparsi. Coloro i quali si oppongono all'esecuzione infatti — di fronte all'impossibilità di provare effettivamente la consapevolezza del creditore dell'estraneità del debito — non potrebbero semplicemente allegare come “fatto noto” *ex art. 2727 c.c.* l'origine (ovvero la natura tipica) dell'obbligazione nell'ambito dell'attività imprenditoriale, professionale o lavorativa (elemento, cioè, da cui voler dedurre il “fatto ignoto” della conoscenza creditoria *ex art. 170 c.c.*): questo passaggio logico non sarebbe evidentemente possibile, dato che l'attività astrattamente considerata

— secondo questo filone della giurisprudenza — non è neppure un elemento insuperabilmente certo ed incontrovertibile al fine di sceverare, in un senso o nell'altro, la reale destinazione finalistica dell'obbligazione assunta¹⁶.

Da qui si mette in luce un risultato complessivo: seguendo (e declinando armonicamente fra loro) le due linee direttrici imposte dal diritto giudiziale, vale a dire quella in punto di onere della prova e quella in punto di obblighi familiari, la barriera di inespropriabilità dei beni del fondo finisce per essere tangibilmente ridotta ad un velo sottile, quasi inesistente¹⁷. Pertanto ci si è anche coerentemente domandati se, di fronte a tali rigorose condizioni, possa ancora residuare un interesse delle parti all'utilizzo di siffatto istituto giuridico¹⁸.

Già questo primo aspetto empirico, per certi versi, può assumere il ruolo di “livella” argomentativa, utile cioè a mettere bene in risalto taluni aspetti di “squilibrio” sistematico cui sembra criticamente esporsi la giurisprudenza da ultimo esaminata: è indubbio infatti che tale interpretazione dell'onere della prova circa l'art. 170 c.c., nella sua severità, comporta il rischio di una graduale disapplicazione del fondo patrimoniale nelle relazioni economico-familiari, di modo che si potrebbe quasi giungere a discorrere di “abrogazione” per via interpretativo/giudiziale¹⁹ o, quantomeno, di “inutilizzabilità” *de facto* dell'istituto segregativo. Ma allora un'operazione ermeneutica affiorante dalle maglie del diritto giudiziale — allorché conduca all'esito demolitivo dell'utilità pratica di una fattispecie giuridica astratta — sembra suscitare perplessità sia in generale a livello metodologico, sia in relazione al caso specifico sulla base di valutazioni di (ancor più seria) natura assiologica: non solo sembra necessario tenere conto del princi-

¹³ Cfr. nuovamente C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, cit., 151; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, 324.

¹⁴ In questa direzione v. già CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 89, secondo cui «è questione da risolversi in fatto, con riguardo alle singole circostanze».

¹⁵ Così inizialmente questo indirizzo è inaugurato da Cass., 7 gennaio 1984, n. 134, in *Giur. It.*, 1984, I, 740; in *Foro It.*, 1985, I, 1, 558; in *Giust. Civ.*, 1984, I, 663; in *Dir. Famiglia*, 1984, 881; cfr. poi più recentemente: Cass., 5 giugno 2003, n. 8991, in *Vita Notar.*, 2003, 1435; in *Giust. Civ.*, 2004, I, 3097, con nota di PISCITELLI, *L'inopponibilità del fondo patrimoniale a fronte di obbligazioni risarcitorie da fatto illecito vantaggiose per la famiglia*; Id., 11 luglio 2003, n. 11230, in *Giur. It.*, 2004, 1615; Id., 31 maggio 2006, n. 12998, in *DeJure*; Id., 30 maggio 2007, n. 12730, in *DeJure*. Cfr. altresì Id., 18 settembre 2001 n. 11683, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1950, ove si specifica parimenti che l'accertamento in concreto relativo alla riconducibilità del debito alle necessità della famiglia costituisce un tipico accertamento in fatto, istituzionalmente rimesso all'apprezzamento del giudice del merito». Alla base di tale ragionamento, dunque, vi è l'idea secondo cui la famiglia, per soddisfare i suoi bisogni, si giovi comunemente dei redditi derivanti dal lavoro dipendente e dall'attività imprenditoriale/professionale dei coniugi: pertanto anche le spese rivolte all'incremento o alla sopravvivenza dell'impresa possono essere talora ipoteticamente funzionali, attraverso questo metro di giudizio, al mantenimento, ovvero addirittura all'ampliamento, delle corrispondenti esigenze familiari. In questo senso v. già, con posizione in controtendenza rispetto a quella tradizionale, E. RUSSO, *Il fondo patrimoniale*, cit., 131 e nt. 15. *Contra* CENNI, *Il fondo patrimoniale*, cit., 695.

¹⁶ Cfr., nuovamente, Cass., Sez. trib., 30 gennaio 2012, n.

1295, cit. la quale, sia pure implicitamente, sembra muoversi in tale direzione.

¹⁷ E. RUSSO, *Il fondo patrimoniale*, cit., 131, il quale, occupandosi della nozione ampia di bisogni familiari raccordata all'onere della prova, così si esprime: «la latitudine di quest'ultima formula, comprendente anche l'ipotesi di debiti contratti non solo per il sostentamento, ma anche relativamente all'attività economica della famiglia stessa, fa sì che risulta ben difficile distinguere i beni estranei da quelli relativi ai bisogni della famiglia, con la conseguenza che l'aggressione dei beni del fondo finisce con l'essere quasi indiscriminatamente consentita». Nello stesso senso v. anche RIVA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 206.

¹⁸ Così cfr. nuovamente le dense riflessioni di E. RUSSO, *op. ult. cit.*, 132, secondo cui: «la inespropriabilità dei beni, infatti, nella logica di un patrimonio di destinazione vincolato, si pone come una sorta di corrispettivo rispetto alla inalienabilità. Questo comporta infatti una (auto)limitazione che può essere sopportata in vista del beneficio della sottrazione dei beni alla aggressione dei creditori. Venendo meno la inespropriabilità non si riesce più a percepire la funzione giuridica dello schema legale apprestato e la adozione di esso da parte dei privati. Non si tratta di un istituto “più scarno e agile” rispetto alla disciplina del patrimonio familiare, bensì di un istituto sostanzialmente privo di contenuto e senza pratica funzione». Posizione pessimistica, per ragioni simili, veniva parimenti espressa da CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma Dir. Fam.* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., 344; G. GABRIELLI, voce “Patrimonio familiare e fondo patrimoniale”, cit., 295.

¹⁹ Circa l'interpretazione abrogante v. P. PERLINGIERI, *Interpretazione abrogante dell'art. 2823 c.c.? (in tema di iscrizione di ipoteca su beni futuri)*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1968, 17 e segg.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 109 e 110.

pio di separazione dei poteri e del limite di stretta legalità che informa le regole sulla successione/abrogazione delle fonti (così come si può dedurre dall'art. 15 disp. prel.), ma sembra anche opportuno considerare, soprattutto, le peculiarità che caratterizzano la fattispecie in oggetto nell'ambito più vasto del «diritto civile nella legalità costituzionale».

Se il legislatore ha previsto il fondo patrimoniale — alla stregua di possibile strumento derogatorio della garanzia patrimoniale generica ai sensi dell'art. 2740, comma 2, c.c. — ciò significa che è stata svolta una «valutazione *a monte*» di meritevolezza dell'istituto, tale per cui si è riconosciuto che la detta convenzione matrimoniale realizza interessi di per sé degni di tutela secondo l'ordinamento ai sensi dell'art. 1322 c.c. Infatti è proprio l'identificazione di detti interessi — secondo una posizione che si ritiene di condividere — l'elemento giuridico che autorizza la limitazione *ex lege* della responsabilità patrimoniale attraverso un atto di autonomia privata: ciò vale a dire attraverso l'attribuzione al debitore del diritto di imporre un vincolo di destinazione su taluni beni di sua appartenenza²⁰.

Risulta allora chiaro che tali interessi meritevoli di tutela, nello specifico, sono consistenti nella protezione della famiglia come formazione sociale ove si sviluppa la personalità umana (*ex art. 2 Cost.*, ma anche ai sensi degli artt. 29 e segg. *Cost.*)²¹. La ragione di tale scelta sembra cioè permeare la stessa funzione tipica (potremmo dire la «causa in astratto») dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale: quest'ultimo, infatti, rappresenta il regime patrimoniale più strettamente

legato agli interessi familiari, tanto da assumere «una funzione patrimoniale chiaramente comunitaria»²².

Sembra allora singolare che quello stesso negozio, una volta che venga sottoposto al vaglio del diritto giudiziale, venga poi inteso in modo tale per cui la detta finalità destinataria — avente chiaro spessore costituzionale — venga devitalizzata nella sua dimensione pratica (potremmo dire nella realizzazione della corrispondente «causa in concreto»). Risulta cioè discutibile che un atto di autonomia negoziale caratterizzato da una «funzione economico-sociale» di rilevanza costituzionale — tale per cui, addirittura, la meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* sembrerebbe secondo taluno operare *in re ipsa*²³ — venga poi declinato dalla giurisprudenza in modo tale per cui quest'ultimo finisca per perdere, sempre e comunque, la sua corrispondente «funzione economico-individuale»; ciò di modo che le parti difettino dell'interesse concreto all'utilizzo di tale istituto giuridico.

3. *Proposta alternativa circa l'onus probandi gravante i coniugi ex art. 170 c.c. sulla base del principio di vicinanza e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2697 c.c.*

A fronte di questo aspetto, si è suggerita una diversa proposta ricostruttiva in tema di onere della prova, la quale è stata ispirata proprio dall'obiettivo di recuperare una qualche forma di efficacia segregativa — e quindi di utilità pratica — della fattispecie del fondo patrimoniale²⁴.

²⁰ Si può appena annotare in questa sede che il principio di generale di garanzia patrimoniale (art. 2740, comma 1, c.c.) è considerato da una parte della dottrina di rilevanza costituzionale (essendo per altro verso opinione avvalorata dalla giurisprudenza della Consulta). Cfr. già R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. C.C. a cura di Scialoja, Branca, Libro VI, della tutela dei diritti*, Bologna-Roma, 1960, 11 e segg., secondo cui il principio di responsabilità patrimoniale esprime il rapporto fra diritto di credito e diritto (fondamentale) alla tutela giudiziaria esecutiva; ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, Torino, 2005, 7 e segg.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Comm. C.C. a cura di Schlesinger*, 2^a ed., Milano, 2010, 4 e segg. Ciò però non significa che la relativa regola sia assoluta ed inderogabile dallo stesso legislatore, dato che, se invece così fosse, si dovrebbe arguire l'illegittimità costituzionale dell'art. 2740, comma 2, c.c. (oltre che di tutte le ipotesi normative che di questa ultima disposizione sono state, nel corso degli anni, puntuale attuazione). Su questo fronte, allora, sembra cogliere nel segno la posizione che ritiene che il vero limite di costituzionalità consista nella possibile attenuazione *ex lege* della garanzia patrimoniale soltanto allorché ciò corrisponda ad interessi meritevoli di tutela (anche avuto riguardo all'emersione dei medesimi nella Costituzione). In questo senso, quindi, può assurgere a modello generale di tale bilanciamento la regola introdotta dall'art. 2645 *ter* c.c. nel richiamo che svolge all'art. 1322 c.c. Cfr. in questa direzione già PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia. Breve saggio sulla libertà di forme*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, 571 e segg. (nonché in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 339 e segg.); ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, 391 e segg.; nonché più di recente M. BIANCA, *Atto negoziale di separazione e destinazione*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2008, 335 e segg. e spec. 348 e 352.

²¹ Sulla famiglia come formazione sociale ove si sviluppa la personalità dell'individuo *ex art. 2 Cost.*, cfr. per tutti P. RESCI-

GNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 343 e segg.; FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 73 e segg.; P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. e Giur.*, 1979, 75 e segg.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 782 e 919 e segg.; STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 446 e segg.; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, 2^a ed., Padova, 2010, 542; E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2011, 13 e segg.; ID., *Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Milano, 2008, 309 e segg. e spec. 336; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 7.

²² Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 977 e 979, secondo cui «nella normativa si può senza dubbio rinvenire un *favor* per la costituzione del fondo patrimoniale, espressione più generale del *favor familiae* nell'accezione privilegiata attribuita dalla normativa costituzionale (artt. 29 e segg. *Cost.*)». Cfr. altresì D'ADDINO SERRAVALLE, *La natura del fondo patrimoniale*, cit., 331 e 332.

²³ Sull'iterazione fra il giudizio di meritevolezza e la legalità costituzionale, cfr. per tutti P. PERLINGIERI, A. FEDERICO, *Illiceità ed immeritevolezza della causa*, in *Manuale di diritto civile* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2007, 445 e 446, secondo cui: «il giudizio di meritevolezza come necessità degli atti di autonomia negoziale di realizzare i valori dell'ordinamento [...] discende da una interpretazione sistematica ed assiologica della disposizione. Se si esamina l'art. 1322 c.c. alla luce dei principi fondamentali, ed in particolare di quelli contenuti negli artt. 2, 3, 41 *Cost.*, la valutazione dell'atto di autonomia è positiva soltanto qualora l'atto concreto risponda ad una funzione giuridicamente e socialmente utile, sia cioè idoneo alla attuazione dei valori fondamentali. [...] la valutazione costituzionale di alcuni atti negoziali è tale che la meritevolezza è *in re ipsa* nella liceità della causa».

²⁴ Sia consentito rinviare, nuovamente, a FRANCISSETTI BROLIN, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, cit., 26 e segg.

A questo riguardo, in prima battuta, si condivide quell'impostazione (diffusa in letteratura) che intende leggere la disposizione contenuta nell'art. 2697 c.c. alla stregua di una vera e propria "norma in bianco"²⁵. Sicché la regola probatoria (con la relativa nozione di "fatti costitutivi" della pretesa) va necessariamente adattata alla vicenda sostanziale astratta²⁶. Sennonché, in seconda battuta, anche il dato letterale dell'art. 170 c.c. — ovvero proprio l'elemento giuridico sostanziale che dovrebbe indicare la suddivisione della prova — non detta una regola precisa ed incontrovertibile circa l'allocazione del relativo carico probatorio.

Perciò la mera esegesi combinata delle due prescrizioni (artt. 170 e 2697 c.c.) ancora nulla sembra dire circa la ripartizione dell'*onus probandi* fra costituenti del fondo e creditore procedente.

Da qui si profila necessaria un'interpretazione per principi. In questo senso, allora, si ritiene che l'art. 2697 c.c. — al pari di ogni disposizione di diritto civile — non possa sottrarsi ad una lettura costituzionalmente orientata, in conformità ad un modello generale di

pensiero ormai accreditato²⁷: così ragionando matura l'idea secondo cui l'"intensità" e l'"allocazione" dell'onere probatorio gravante una parte processuale *ex art.* 2697 c.c. debbano essere raccordate — e di conseguenza teleologicamente uniformate — tanto all'inderogabile diritto d'azione a tutela di diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.), tanto ai principi del contraddittorio e della "parità delle armi", così come questi ultimi sono stati scolpiti nella nuova formulazione dell'art. 111 Cost.

Per queste ragioni, dunque, si deve ritenere costituzionalmente dubbia una regola che carichi un onere probatorio "eccessivo" su di una parte, dato che, così facendo, il soggetto del traffico giuridico verrebbe *de facto* privato tanto del suo ineliminabile diritto d'azione, quanto di quello di difesa qualora venga invece convenuto in giudizio (artt. 24 e 111 Cost.)²⁸. Sicché la misura dell'onere probatorio deve essere, più in generale, bilanciata equamente fra le parti contendenti e collegata al principio di ragionevolezza²⁹, il quale, in ultima battuta, rappresenta la macro-regola del siste-

²⁵ Così per questa espressione v. *in primis*, autorevolmente, ANDRIOLI, voce "Prova (diritto processuale civile)", in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 260 e segg. e spec. 293 (la voce enciclopedica è oggi consultabile anche in ristampa inalt. in Id., *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, 1 e segg. e spec. 89). Analogamente una buona parte della dottrina specifica che l'art. 2697 c.c. non consente di individuare temi fissi di prova che prescindano dalla fattispecie sostanziale: cfr. *ex multis*: MICHELI, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. It.*, 1960, I, 1420; ID., *L'onere della prova* (rist.), Padova, 1966, 457; SACCO, *Presunzioni, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, I, 420; FINZI, *Il possesso dei diritti* (rist.), Milano, 1968, 300 e segg.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 157; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 2ª ed., Torino, 2012, 139, secondo cui: «il fatto che difesa ed eccezione si distinguono essenzialmente dal punto di vista del rischio della mancata prova, poiché solo l'eccezione si colloca nell'area di quei fatti per cui il rischio è sopportato dal convenuto, sembrerebbe implicare che l'interprete possa agevolmente determinare se il fatto da provare ha efficacia costitutiva oppure impeditiva, estintiva, modificativa. Ed invece al riguardo l'art. 2697 pone una norma in bianco, perché non ne disegna i confini: talora facili, altre volte delicati»; S. PATTI, *Le prove*, cit., 95 e 141. Nella stessa direzione, con particolare riguardo al tema della ripartizione degli oneri probatori nella polizza *all risks*, ritiene parimenti che l'art. 2697 c.c. sia una norma in bianco CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie e effetti*, in *Tratt. Resp. Civ.* a cura di Franzoni, Milano, 2012, 99.

²⁶ Così, ad esempio, cfr. TARUFFO, voce "Onere della prova", in *Digesto Civ.*, XIII, Torino, 1995, 68; S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*; R. SACCO, *Presunzioni, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, cit., 420: «anche se l'articolo 2697 c.c. appartiene al diritto processuale, esso non è idoneo a risolvere nei singoli casi, se un dato fatto interveniente in una data fattispecie debba essere provato e da chi [...] tocca alla norme di diritto sostanziale individuare i fatti da provare nell'ambito della fattispecie».

²⁷ Il dibattito circa la *Drittwirkung* costituzionale prende le mosse in Germania dagli scritti di Nipperdey e di Leisner, i quali teorizzarono l'efficacia diretta nei rapporti privati di quelle disposizioni costituzionali che prescrivevano i diritti fondamentali della persona. Per una carrellata delle varie posizioni tedesche a partire dal secondo dopoguerra cfr. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960, 7 e segg. e 35 e segg.; RAISER, *La costituzione e il diritto privato*, in Id., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni* (tit. orig. *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze*

zum Privat- und Wirtschaftsrechts aus drei Jahrzehnten, Verlag, Köhln, 1977, trad. it. di Graziadei a cura di Mazzoni), Milano, 1990, 174 e segg.; CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 1984, 201 e segg.; ID., *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *Studium Iuris*, 1999, 359 e segg. Per quanto concerne il diritto italiano, l'autore che ha dato, con corposi contributi, la più autorevole veste scientifica all'idea della diretta consonanza del diritto privato alla legalità costituzionale, così da fondare da una parte l'idea del «centralismo costituzionale» rispetto all'unità del pensiero giuridico, dall'altra il superamento della distinzione fra disposizioni costituzionali meramente programmatiche e disposizioni direttamente preclusive nei rapporti privati è P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1969, I, 475 e segg.; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»* (ed. ciclostilata), Napoli, 1971, *passim* e spec. 10 e segg.; ID., *Norme costituzionali e rapporti civilistici*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 95 e segg.; ID., *Scuole, tendenze, metodi*, Napoli, 1989, 111 e segg.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, Napoli, 1972, *passim* e spec. 131 e segg.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 535 e segg., circa il quale v. anche la presentazione di GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 910 e segg. Per una ricognizione cfr. altresì più di recente C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2004, 235 e segg.; PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2011, 840 e segg.

²⁸ Cfr. in tal senso Corte cost., 22 dicembre 1989, n. 568, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 605; in *Foro It.*, 1990, I, 2141: la pronuncia afferma testualmente che «l'eccessiva difficoltà della prova e la conseguente impossibilità del riconoscimento del diritto importano violazione del precetto costituzionale dell'art. 24. Infatti, si è più volte affermato che esso risulta violato quando si sia imposto un onere tale o vengono prescelte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio, da parte di qualunque interessato, del diritto».

²⁹ In dottrina, per un richiamo alla ragionevolezza in materia di ripartizione dell'*onus probandi*, v. ad esempio *ex multis*: VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 142; S. PATTI, *Le prove*, cit., 139; CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002, 167 e segg.; TOPPETTI, *La responsabilità presunta "fino prova contraria"*, Milano, 2008, 4 e segg.; COMOGGIO, *Le prove civili*, Padova, 2010, 284; CALVO, *L'equità nel diritto privato: individualità, valori, regole*, Milano, 2010, 60 e 157 e segg. Per un significativo collegamento dell'onere della prova al principio costituzionale di ragionevolezza, v. altresì Corte cost., 9 luglio 2002, n. 332, in *Giur. Cost.*, 2002, 2551; in *Foro It.*, 2002, I, 3297; in *Giust. Civ.*, 2002, 3043 (sia pure circa una complessa fattispecie tributaria).

ma delle libertà costituzionali, siccome è puntuale emanazione dell'art. 3 Cost.

Nello stesso solco di tale interpretazione costituzionalmente orientata, quindi, si colloca un'altra nota elaborazione, in forza della quale l'onere della prova *ex* art. 2697 c.c. deve essere allocato sul soggetto che, rispetto al fatto da provare, si trova empiricamente in una posizione di maggiore "vicinanza/riferibilità": pertanto, nel momento in cui si tratti di raggiungere in giudizio la prova storica dell'esistenza di un "fatto incerto", non graverà sulla parte più "distante" dalla fonte di prova l'obbligo di dimostrare il "fatto costitutivo" (ovvero che il "fatto incerto" è avvenuto), bensì incomberà su quella più vicina alla fonte di prova l'onere di segno opposto, consistente cioè nella dimostrazione del corrispondente fatto impeditivo o estintivo (ovvero che il "fatto incerto" non è avvenuto)³⁰. Se quest'ultima non riuscirà a fornire la prova in negativo, allora, perderà necessariamente la controversia.

Tale modo di vedere — dall'originale elaborazione dottrinale tedesca³¹ — rappresenta ormai il diritto vivente accreditato nella più recente giurisprudenza delle Sezioni unite in materia di responsabilità contrattuale: basti qui semplicemente indicare il noto arresto del

2001, là dove si afferma che il creditore — sia che agisca per la risoluzione, sia che domandi l'adempimento *ex* art. 1453 c.c. — dovrà soltanto dimostrare l'esistenza del contratto ed "allegare" l'inadempimento, essendo poi gravante sul debitore la prova dell'avvenuto adempimento, ovvero del fatto impeditivo/estintivo consistente nell'impossibilità sopravvenuta per causa a lui non imputabile³²; si ricordi poi, sulla stessa linea, lo scardinamento della distinzione in punto di *onus probandi* fra obbligazioni di mezzo e di risultato³³; ovvero, ancora, si ponga mente ad un'altra famosa pronuncia del 2008 la quale — in tema di responsabilità medica — ha gravato il professionista convenuto della prova (in negativo) circa l'interruzione del nesso eziologico³⁴.

Ma questo non basta: la regola di "prossimità/riferibilità" della prova sta trovando una (condivisibile) applicazione sempre più vasta nel diritto giudiziale, ovvero in fattispecie diverse rispetto a quella del danno da inadempimento; anche in questa variegata casistica, del resto, si afferma con limpidezza che siffatta ripartizione dell'*onus probandi* è ormai un principio generale dell'ordinamento processuale³⁵, siccome è necessitata dalla garanzia costituzionale dell'effettività del diritto d'azione (art. 24 Cost.)³⁶.

³⁰ Così cfr. CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, cit., 192; CALVO, *L'equità nel diritto privato: individualità, valori, regole*, cit., e 157 e segg.; ID., *Contratti e mercato*, 2ª ed., Torino, 2011, 276.

³¹ La teoria fu elaborata nell'ambito del danno contrattuale e della prova dell'imputabilità dell'inadempimento. Precursore fu il noto saggio di RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1941, 217 e segg. Cfr. poi PROLLS, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, in Versicherungsrecht*, 1964, 901 e segg.; HANS STOLL, *Die Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen, 1967, 517 e segg. V. anche per un quadro S. PATTI, *Le prove*, cit., 185.

³² Cass., Sez. un., 30 ottobre 2011, n. 13533, in *Corriere Giur.*, 2001, 1565, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova. Le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro It.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*. Cfr. altresì. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, II, 707 e segg.; VISINTINI, *La suprema corte interviene a dirimere un contrasto fra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 903 e segg.; RIVA, *Le sezioni unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, 323 e segg.; MAGGIOLIO, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, 165 e segg. Scrive la suprema Corte: «L'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c. (e non soltanto nel caso di domanda di adempimento), con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, è conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova. In virtù di tale principio, che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione, l'onere della prova viene infatti ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Ed appare coerente alla regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la

prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione».

³³ Cass., Sez. un. 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e Dir. Priv.*, 2005, 781, con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, I, 828, con nota di VIGLIONE, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzo e di risultato*; conf. Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, 1827.

³⁴ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giur. It.*, 2008, 1653, con nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzo e di risultato*; in *Responsabilità civile*, 2008, 397, con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Danno e Resp.*, 2008, 871, con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, I, 612, con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusioni*; in *Danno e Resp.*, 2008, 1002, con nota di M. GAZZARA, *Le sezioni unite fanno il punto in tema di onere della prova nella responsabilità sanitaria*. Per ulteriori valutazioni (favorevoli) circa tale pronuncia cfr. altresì CALVO, *Contratti e mercato*, cit., 272 e segg. Nella stessa direzione della pronuncia del 2008, cfr. altresì Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *DeJure*; Id., 11 novembre 2011, n. 23564, in *Danno e Resp.*, 2012, 882; Id., 15 dicembre 2011, n. 27000, in *DeJure*. Si deve però anche precisare che una parte (sempre più corposa) del diritto giudiziale ha invece affermato una regola opposta, tale per cui, proprio in tema di responsabilità professionale del medico, il positivo accertamento del nesso di causalità deve formare oggetto di prova da parte del danneggiato: così Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *DeJure*; Id., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 2927; Id., 11 maggio 2009, n. 10743, in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, I, 1276; Id., 30 settembre 2009, n. 20954, in *DeJure*; Id., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 1013; Id., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *DeJure*; Id., 27 novembre 2012, n. 20996, in *Giur. It.*, 2013, 537.

³⁵ Così anche incidentalmente R. CALVO, *Contratti e mercato*, cit., 277, secondo cui la vicinanza della prova «diventa dunque criterio ordinante del sistema».

³⁶ Cfr. ad esempio Cass., 11 maggio 2009, n. 10744, in *Vita Notar.*, 2009, 1457, in materia di onere della prova circa l'avveramento della condizione sospensiva, ove si può leggere: «questa Corte ha ripetutamente affermato che la distribuzione dell'onere della prova deve tener conto, oltre che della parti-

Date queste coordinate sostanziali e (soprattutto) costituzionali, dunque, sembra agevole fornire una lettura dell'art. 170 c.c. in parte antinamica rispetto alla giurisprudenza in commento, recuperando così anche — attraverso tale proposta alternativa — l'auspicata efficacia pratica della fattispecie.

Sembra infatti evidente che sia fortemente contrario a ragionevolezza l'onere della prova che carichi sui coniugi la dimostrazione effettiva del fatto che il creditore sia a «conoscenza della estraneità del debito ai bisogni della famiglia». Se l'*onus probandi* così fosse distribuito, infatti, la parte che agisce in opposizione ex art. 615 c.p.c. sarebbe gravata — sostanzialmente e paradossalmente — dell'onere “diabolico” di dimostrare un frammento del foro interno della propria controparte. Si tratterebbe di un onere indubbiamente eccessivo, costituzionalmente dubbio avuto riguardo ai principi testé richiamati, *massime* quello della vicinanza della prova. Il principio di prossimità, così come è declinato secondo ragionevolezza, pare invece condurre ad una diversa regola di distribuzione, in forza della quale i coniugi debbano semplicemente “allegare” la conoscenza dell'estraneità da parte del creditore; sicché spetterà al creditore la prova del corrispondente (ma storicamente opposto) fatto negativo/impeditivo, consistente nella dimostrazione che questi non fosse a conoscenza della estraneità³⁷.

Più nel dettaglio, infatti, il principio di vicinanza/ragionevolezza sembra condurre al seguente bilanciamento dell'*onus probandi*: di fronte all'inizio di esecuzione

sui beni del fondo (ovvero all'iscrizione di ipoteca), i coniugi che agiscono ex art. 615 c.p.c. saranno costretti a dare dimostrazione in primo luogo dell'esistenza del fondo e, soprattutto, della sua opponibilità in astratto, la quale si raggiunge con l'ottemperanza del relativo regime pubblicitario³⁸; in secondo luogo essi dovranno provare in concreto che il debito sia stato contratto per bisogni estranei al bisogno familiare. Costoro, infatti, concorrono ex art. 144 c.c. alla formazione dell'indirizzo della vita domestica «secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa», sicché, attuando “l'indirizzo concordato”, sono i soggetti che si trovano nella posizione di maggiore vicinanza alla fonte di prova al fine dell'identificazione di tutto ciò che risponda ai bisogni familiari³⁹.

Tale *onus probandi* inoltre — allorché si tenga ferma la (già descritta e da più parti opinabile) estensione giurisprudenziale di «bisogno familiare» — risulta comunque gravoso. Nel caso in cui il debito dipenda da attività professionale, lavorativa o imprenditoriale, infatti, gli attori in opposizione, al fine di fornire prova dell'estraneità, dovranno dimostrare che l'attività, nell'ambito della quale l'obbligazione sia stata assunta, sia orientata ad ottenere una sorta di *surplus* di reddito, il quale venga poi concretamente utilizzato non per sorreggere la famiglia, bensì per finalità voluttuarie, personali o meramente speculative (quali e.g. il mantenimento di liquidità dell'impresa)⁴⁰.

Qualora però i coniugi siano riusciti a dimostrare l'estraneità del debito rispetto al *menage* familiare, al-

zione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi o impeditivi del diritto, anche del principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, perché la copertura costituzionale di cui gode il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni soggettive (art. 24 della Carta fondamentale del nostro Stato), impone di non interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio». Analogo collegamento fra la regola della vicinanza della prova e la garanzia costituzionale sorretta dall'art. 24 Cost. è scorgibile nella diversa fattispecie decisa da Cass., 25 luglio, 2008, n. 20484, in *DeJure*, in materia di rapporto di lavoro; Id., 17 aprile 2012, n. 6008, in *DeJure*, in materia di agenzia; nella stessa direzione, nella giurisprudenza amministrativa cfr.: T.A.R. Napoli, 12 dicembre 2003, n. 15226, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3585; Cons. di Stato, 18 marzo 2011, n. 1672, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 969; Id., 9 maggio 2011, n. 2742, *ivi*, 2011, 1598; Id., 26 marzo 2012, n. 1750, *ivi*, 2012, 609.

³⁷ Tale modo di vedere era stato già in qualche misura intuito, all'indomani dell'entrata in vigore dell'istituto del fondo patrimoniale, da parte di una letteratura che è poi rimasta minoritaria. Così cfr. la posizione di CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma Dir. Fam.* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., 358, secondo cui grava su chi negozia con i coniugi l'onere di accertarsi se l'affare (e quindi l'obbligazione contratta) sia effettivamente concluso nell'interesse della famiglia. Tale valutazione da parte del creditore, secondo l'autore, va fatta: «non nel senso, beninteso, che egli debba accertarsi quale sarà la destinazione della prestazione che andrà ad effettuare a favore dei coniugi, ma nel senso che, quando tale destinazione sia fatta palese dalla stessa natura della prestazione o dalle circostanze in cui l'obbligazione è contratta o dalla dichiarazione dei coniugi, debba accertarsi se la prestazione risulti vantaggiosa per la famiglia: con la conseguenza che, quando il giudizio in proposito sia negativo, e quindi l'obbligazione debba considerarsi contratta per scopi estranei ai bisogni della famiglia, il creditore non potrà agire sui frutti e sui beni del fondo patrimoniale». V. anche in questa direzione, incidentalmente, B. GRASSO, *Il fondo patrimoniale*, cit., 431. Una piccola apertura nella giurisprudenza di legittimità, circa l'*onus proban-*

di della conoscenza dell'estraneità del debito ai bisogni familiari, sembra essere riscontrabile in Cass., 31 maggio 2006, n. 12998, in *DeJure*, proprio là dove il titolo contestato riguardava l'attività di impresa dei coniugi (segnatamente il credito derivava dal rapporto di lavoro di un terzo con l'impresa familiare).

³⁸ La giurisprudenza ha specificato, in misura monolitica, il fatto che la trascrizione ai sensi dell'art. 2647 c.c. risulta degradata a mera pubblicità notizia: sicché il fondo patrimoniale sarà opponibile solamente là dove sia annotato a margine dell'atto di matrimonio, come tutte le convezioni matrimoniali ex art. 162, comma 4, c.c. Così il *leading case* è rappresentato da Cass., 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giur. It.*, 1989, I, 1, 330; successivamente *ex multis* tra le più recenti: Cass., 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita Notar.*, 1999, 1434; Cass., Sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21658, in *Giust. Civ.*, 2010, 296; in *Foro It.*, 2009, I, 1, 3323; Cass., 25 marzo 2009, n. 7210, in *Foro It.*, 2009, I, 3033; Id., 8 ottobre 2008, n. 24798 in *DeJure*; Id., 16 novembre 2007, n. 23745, in *Foro It.*, 2008, I, 1936; Id., 5 aprile 2007, n. 8610, in *Giust. Civ.*, I, 2008, 2557. In dottrina cfr. G. CIAN, *Sulla pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, 33 e segg.; G. CIAN, CASAROTTO, voce “Fondo patrimoniale della famiglia”, cit., 832; G. GABRIELLI, voce “Patrimonio familiare e fondo patrimoniale”, cit., 314; PADOVINI, voce “Trascrizione”, in *Noviss. Dig. It.*, app. VII, Torino, 1987, 802; ZACCARIA, *La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, II, 365 e segg.; RIVA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 207.

³⁹ Valorizzano l'accordo sull'indirizzo della vita familiare ex art. 144 c.c., quale elemento necessario per identificare i relativi bisogni: FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, 610 e segg. e spec., 637; CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. riforma Dir. Fam.* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, cit., 335; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 89; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Dir. Fam.* a cura di Bonilini e Cattaneo, II, cit., 393; CENNI, *Il fondo patrimoniale*, cit., 693; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 966 e segg.

⁴⁰ Così RIVA, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 205.

lora toccherà al creditore dare prova (negativa) della sua ignoranza di tale circostanza; sicché, tutt'al più, sarà il terzo creditore la parte processuale che potrà evocare il meccanismo presuntivo, dimostrando che, sulla base delle circostanze concrete della negoziazione o della nascita dell'obbligazione (circostanze la cui esistenza dovrà comunque provare), non potesse essere ragionevolmente informato della finalità del debito⁴¹.

MATTEO MARIA FRANCISSETTI BROLIN

RESPONSABILITÀ MEDICA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, 19 febbraio 2013, n. 4030 — TRIFONE *Presidente* — PETTI *Relatore* — FRESA P.M. (conf.) — B.N. (avv. ti Ottavi, Coliva) - AUSL di X (avv. Vincenti) ed altri.

Cassa App. Bologna, 26 agosto 2009, n. 1014.

Responsabilità civile — Professionisti — Attività medico-chirurgica — Errata diagnosi — Determinazione del medico all'atto chirurgico — Peggioramento delle condizioni di salute del paziente — Violazione del principio del consenso informato in relazione all'intervento erroneamente assentito (Cost. artt. 2, 13, 32; C.c. art. 1218).

Responsabilità civile — Professionisti — Attività medico-chirurgica — Colpa lieve del medico — Responsabilità penale — Esclusione — Decreto Balduzzi — Responsabilità civile — Sussistenza — Risarcimento del danno — Ammissibilità (C.c. art. 2043; D.L. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, conv., con mod., in L. 8 novembre 2012, n. 214).

L'errata diagnosi di una patologia elide il consenso prestato dal paziente all'intervento chirurgico reputato necessario dal medico in conseguenza della patologia riscontrata e a seguito del quale sia derivato il peggioramento delle condizioni di salute del paziente (1).

Il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, conv. dalla L. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. decreto Balduzzi) esclude la responsabilità medica in sede penale, se l'esercente dell'attività sanitaria si attiene a linee-guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. La stessa norma prevede che, in tali casi, la esimente penale non elide l'illecito civile e che resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. Pertanto il medico responsabile sarà comunque tenuto a rispondere civilmente del suo operato risarcendo il danno provocato al proprio paziente (2).



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2013, 3, 495.



(1-2) A seguito di intervento di laparoisterectomia eseguito presso l'Azienda Ospedaliera di Parma, dal quale ne era derivato un peggioramento del proprio stato di salute, una paziente conveniva in giudizio l'ente ospedaliero, i chirurghi autori degli interventi e la Regione Emilia-Romagna chiedendo, tanto in primo, quanto in secondo grado, il riconoscimento della responsabilità in solido e il risarcimento dei danni biologici, patrimoniali e non patrimoniali per l'operazione che le aveva provocato un'invalidità permanente anche in violazione della propria libertà di autodeterminazione terapeutica.

Respinte le doglianze in entrambi i gradi di giudizio, la ricorrente proponeva ricorso in Cassazione ottenendo l'annullamento con rinvio della sentenza di secondo grado. In particolare la Cassazione, aderendo all'orientamento ormai consolidatosi in materia di responsabilità medica, sotto il particolare profilo della violazione del consenso informato, ricorda come, per potersi avere un consenso valido ed efficace, è necessario che i sanitari forniscano al paziente tutte le informazioni riguardanti il proprio quadro clinico, al fine di poter acconsentire in maniera consapevole al trattamento sanitario prospettato¹.

⁴¹ Del resto, a conferma di ciò, la giurisprudenza ha ormai superato il principio espresso dal brocardo tale per cui *negativa non sunt probanda*, affermando invece che la prova di un "fatto negativo" (come *sub specie* è l'ignoranza creditoria) deve essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, oppure mediante presunzioni: cfr. Cass., 20 maggio 1993, n. 5744, in *Nuova Giur. Comm.*, 1994, I, 166, con nota di S. PATTI, *L'onere della prova in caso di allegazione di fatti negativi*; Id., 21 marzo 1994, n. 2654, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 888; Id., 13 febbraio 1997, n. 1557, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 249; Id., 20 febbraio 1998, n. 1790, in *Foro It.*, 1998, I, 1462; Id., 6 giugno 1998, n. 6050, in *DeJure*; Id., 15 aprile 2002, n. 5427, *ibid.*; Id., 3 dicembre 2003, n. 18487, *ibid.*; Id., 13 dicembre 2004, n. 23229, in *Foro It.*, 2006, I, 3123; Id., 10 novembre 2005, n. 21831, in *Giur. It.*, 2006, 747; Id., 11 gennaio 2007, n. 384, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 1359; Id., 30 maggio 2007, n. 12700, in *DeJure*; Id., 28 settembre 2007, n. 20391, *ibid.*; Id., 9 giugno 2008, n. 15162, *ibid.*; Cass., 1 aprile 2009, n. 7962, *ibid.* Cfr. altresì in letteratura TARUFFO, voce "Onere della prova", cit., 71; S. PATTI, *Le prove*, cit., 6 e segg. e 52 e segg.; COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 306 e nt. 46; TARUFFO, *Fatti e prove*, in TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2012, 21.

¹ Il percorso giurisprudenziale sul tema si è mosso fino a ritenere irrilevante la correttezza o meno del trattamento ai fini

della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato; la correttezza dell'esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità medica, rileva sotto un diverso profilo: la «condotta omissiva dannosa» e l'ingiustizia del fatto» sussistono «per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni» (cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Danno e Resp.*, 2006, 5, 564). L'orientamento maggioritario ritiene, al contrario, che la violazione del diritto all'autodeterminazione costituisca autonoma voce risarcitoria di danno, a prescindere, quindi, dall'eventuale esito infausto dell'intervento. La pronuncia emblematica in tal senso è Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847 (per un commento della quale cfr. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Corriere Giur.*, 2010, 9, 1201), nella quale la Corte afferma l'autonomia risarcitoria della lesione del consenso informato, a condizione, però, che le conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale siano di apprezzabile gravità, e che il danno non sia futile. La stessa Corte, nell'affrontare la questione riguardante il risarcimento del danno alla salute derivante da un intervento effettuato in assenza di consenso, precisa che in tale specifico caso, per poter ottenere un ristoro per il peggioramento delle condizioni di salute, il paziente dovrà dimostrare, anche tramite presunzioni, che ove compiutamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento, non potendosi altrimenti dotare di rilevanza