

SCUOLA DI NOTARIATO “JACOPO DA LENTINI”  
CATANIA

Anno accademico 2013 – 2014

CORSO AVANZATO

Catania, 6 giugno 2014

**Antonio Testa**  
**Notaio in Monza**

**“Il fondo patrimoniale: il problema dell'alienabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale anche con riguardo alla tassatività delle cause estintive del fondo”**

PREMESSE

E' probabile che non vi sia altra norma del Codice Civile vigente che abbia dato luogo ad una diversità di letture e di interpretazioni come quelle cui hanno dato luogo gli articoli dedicati dal legislatore della Riforma del diritto di famiglia al novello istituto del fondo patrimoniale, in particolare con riferimento all'amministrazione e agli atti di alienazione dei beni costituiti in fondo patrimoniale.

E' errato ritenere che la questione interpretativa delle norme sia relegata, almeno di principio, ad una rilevanza esclusivamente teorica. Invero, soprattutto con riguardo a taluni istituti che hanno conseguito uno specialissimo successo nel campo applicativo quotidiano, la questione interpretativa palesa tutta la sua rilevanza allorché da essa possano ricavarsi modalità di gestione della fattispecie assolutamente diverse, a seconda, appunto, delle differenti modalità operative che, dalla valutazione della disciplina, possano dedursi.

Ora, la questione interpretativa diventa particolarmente complessa e delicata quando, come nel caso del fondo patrimoniale, la fattispecie sia stata utilizzata, nel diritto pratico, per il conseguimento di scopi assolutamente diversi e distanti da quelli che il legislatore si era proposto nella trattazione e nella disciplina della materia.

E' di tutta evidenza, anche al fine di sgomberare il campo da facilissime ipocrisie scolastiche, come la causa negoziale riferibile istituzionalmente al fondo patrimoniale, abbia determinato la funzione economico-sociale effettiva che ha indotto le parti al perfezionamento di un atto costitutivo di beni in fondo patrimoniale soltanto in una sparutissima percentuale di casi concreti. La finalità immaginata dal legislatore della Riforma, connaturata all'opportunità di apporzionare taluni beni (di uno dei coniugi, di entrambi, o anche di un terzo), per destinarli al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ha – di fatto – realizzato invece la più immediata risposta, coperta dalla legittimità che derivi dalla legge, alla tentazione privatisticamente più ricorrente, costituita dalla preponderante esigenza di sottrarre il patrimonio alla garanzia generica che lo stesso rappresenta per il terzo, ai sensi dell'articolo 2740 C.C.

Intestazioni fiduciarie, patrimoni separati, vincoli di destinazione e, da ultimo, i trusts, hanno sempre prestato il fianco ad operatività contorte e spesso piegate ad esigenze elusive, lontane anni luce da quelle che sono le effettive *cause negoziali* collegabili ai relativi istituti, trasformando, in tal modo, fattispecie negoziali del tutto legali e pienamente legittime, in atti posti in essere, nella più ben augurante ipotesi, in frode alla legge.

E, tanto più è marcata tale potenziale incidenza fraudolenta su una determinata fattispecie, tanto più delicata diventa la questione interpretativa legata alle norme che quella fattispecie sono chiamate a

disciplinare. Il rischio è infatti quello di un'interpretazione delle norme stesse che possa essere costantemente fuorviata dalla distorta applicazione pratica dell'istituto. D'altro canto, se ciò rischia di avvenire, è vero come tutto affondi le proprie radici in una non felice estrinsecazione del dato letterale che, appunto a causa della mancanza di un significato univoco attribuibile allo stesso, può prestarsi ad interpretazioni diametralmente opposte.

Non è dato sapere quanta effettiva responsabilità possa ascrivarsi al legislatore della Riforma del diritto di famiglia in relazione all'eccessiva genericità linguistica che, guarda caso, è stata utilizzata nella disciplina del fondo patrimoniale a fronte di certo rigorismo utilizzato, invece, nel trattamento di altre materie collegate alla disciplina della riforma, dove la tassatività esplicitata dalla norma non ha lasciato spazio per aforismi interpretativi di sorta. E' palese, invece, come, di certi dati eccessivamente generici, l'interprete ha spesso ingiustificatamente abusato, inducendo ad applicazioni della materia che lasciano seri dubbi di legittimità.

## CENNI INTRODUTTIVI SULLA FATTISPECIE

Per quanto detto nelle premesse appena esposte, si rende necessario porre alcuni cenni introduttivi sulla fattispecie al fine di sgombrare immediatamente il campo da alcuni equivoci interpretativi che, nella trattazione poi della tematica centrale di questo incontro, possano in qualche modo fuorviarci.

L'art. 167 C.C., afferma che i coniugi, uno di essi o entrambi, o anche un terzo, quest'ultimo anche con atto di ultima volontà, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando uno o più determinati beni a far fronte ai bisogni della famiglia. Oggetto del fondo possono essere solo beni immobili, beni mobili registrati e titoli di credito i quali, se al portatore, dovranno essere resi nominativi, con apposizione del vincolo attraverso le diverse modalità atte a far emergere il vincolo stesso nell'ambito del circuito inerente gli eventuali atti dismissivi del titolo stesso.

La pur scarna previsione normativa consente di individuare nell'istituto del fondo patrimoniale la possibilità di "segregazione" di taluni beni che, per effetto dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale, vanno a costituire un "patrimonio separato" in funzione della specifica utilizzazione economica dei beni stessi, destinati, nella loro essenza sostanziale e nell'impiego dei frutti eventualmente prodotti, al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Il vincolo che, in dipendenza del fondo patrimoniale, viene ad affettare i beni che compongono il patrimonio del fondo è di duplice natura. Per un verso, infatti, è impedito qualsiasi utilizzo economico del bene che possa valere a distrarre il bene stesso dalla finalità legata al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Per altro verso, proprio a causa di questa speciale finalità economica alla quale il bene è chiamato a rispondere, esso è sottratto alla garanzia generica del creditore di cui all'articolo 2740 C.C., con conseguenziale inespropriabilità dello stesso in quanto costituente bene che non potrà essere esecutivamente aggredito da alcun creditore che sia titolare del diritto di credito in dipendenza di obbligazioni contratte per il soddisfacimento di bisogni estranei a quelli della famiglia<sup>1</sup>.

A tal riguardo, per inciso, occorre precisare come non basti, per dire che un debito è stato contratto per un bisogno familiare, che lo stesso sia stato contratto congiuntamente da entrambi i coniugi. La stipulazione del debito col consenso di entrambi i coniugi, infatti, potrebbe essere connessa ad esigenze legate all'attività professionale o imprenditoriale svolta dai coniugi stessi, costituendo, in tal modo, comunque debito estraneo ai bisogni legati al *menage* domestico-familiare.

L'ulteriore effetto legato alla costituzione del fondo patrimoniale, oltre l'insorgenza dei vincoli appena indicati, è costituito dall'eventualità traslativa in quanto l'articolo 168 C.C. afferma che, nel silenzio dell'atto costitutivo, la proprietà dei beni del fondo passa ad entrambi i coniugi indipendentemente dal regime (di comunione legale o di separazione) chiamato a reggere i propri

---

<sup>1</sup> : Ovviamente, l'esistenza di vincoli di tal fatta, fa sì che, nel caso in cui il fondo sia stato costituito con atto di ultima volontà, tali vincoli rilevino quali pesi gravanti l'eventuale quota di riserva a favore di eredi necessari qualora il valore dei beni attribuiti in fondo patrimoniale abbia esuberato il limite della quota disponibile.

rapporti patrimoniali. Si è detto che tale effetto è di natura meramente eventuale in quanto, mentre nell'ipotesi normale considerata dal primo comma dell'art. 168 C.C., nel silenzio del contratto costitutivo, si attua un passaggio della proprietà dei beni a favore di entrambi i coniugi, al contrario, in presenza di una diversa volontà della parte costituente, tesa a lasciare immutata la titolarità dei beni oggetto del fondo (che dunque resta regolata in base al titolo originario) o a costituirla addirittura in capo ad un terzo, sui beni stessi viene a definirsi esclusivamente l'esistenza di un mero diritto di godimento a favore della famiglia in considerazione del vincolo che va ad inficiare i beni conferiti, economicamente destinati, in via esclusiva, al soddisfacimento dei bisogni familiari.

Le più importanti dispute dottrinali, tuttavia, sono sorte con riferimento agli atti di amministrazione e agli atti dispositivi di diritti sui beni del fondo che certamente costituisce l'atto di amministrazione per eccellenza.

Sul punto, in particolare, devono immediatamente registrarsi due orientamenti che per tanti versi hanno un effetto dirompente sulla tradizionale operatività applicativa riservata alla fattispecie.

Da un lato, è da considerarsi la tendenza giurisprudenziale degli ultimi anni secondo la quale il vincolo che affetta i beni del fondo, in caso di alienazione del bene stesso a terzi, si perpetua attraverso una trasmigrazione del vincolo stesso sul ricavato dell'alienazione (che, pertanto, non potrà altrimenti essere impiegato, se non per il soddisfacimento di un bisogno della famiglia) o sul bene che, attraverso l'impiego di quel ricavato, venisse poi acquistato.

Dall'altro lato, non si può tacere la tesi dottrinale recentemente avallata da una conclusione elaborata dalla Commissione Notarile Massime del Triveneto la quale, ad onta di una costante giurisprudenza e di un dato letterale che pare difficilmente controvertibile, contenuto nell'ultimo comma dell'articolo 168 C.C., secondo cui l'atto di amministrazione dei beni costituiti in fondo patrimoniale, restando disciplinato dai medesimi principi normativi applicati in materia di comunione legale dei beni, richiede l'intervento del consenso di entrambi i coniugi, ha affermato come tale dettato normativo possa, in relazione agli atti dispositivi dei beni del fondo, essere suscettibile di deroga mediante apposita clausola all'uopo inserita, per volontà delle parti, nell'atto costitutivo.

Dal momento che le conclusioni appena accennate hanno, se condivise, pesantissimi risvolti sulle modalità applicative della fattispecie, innanzitutto proprio con riguardo all'alienabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale, scopo di questa breve relazione sarà quello di effettuare una rigorosa analisi del dato normativo per verificare fino a che punto le succitate interpretazioni possano considerarsi condivisibili.

Non è questa la sede (ma nemmeno possono rivendicarsi l'onere e le capacità) per giungere a concludenti certezze. Tuttavia nemmeno può ammettersi che il diritto, pur lungi dall'essere una *consecutio* matematica, possa tuttavia prestarsi, con estrema naturalezza, a significati di un segno e a significati di segno esattamente opposto, attraverso una troppo superficiale considerazione del fondamento che sta comunque alla base logico-giuridica di ciascun istituto e che, per questo, non può consentire lo smarrimento della via maestra, nel solco esclusivo della quale, all'interprete è dato muoversi.

## L'AMMISSIBILITÀ DI PRINCIPIO DELL'ATTO DI ALIENAZIONE DEI BENI DEL FONDO

I beni costituenti il fondo patrimoniale, in quanto destinati *ad sustinenda onera matrimonii*, non dovrebbero essere, almeno di principio, suscettibili di una utilizzazione economica che li distraga dal soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Sicché l'atto dimissivo del diritto su un bene facente parte del fondo resta giustificabile esclusivamente quando esso risponda ad una "*necessità*" oppure ad una "*utilità evidente*" ovviamente connessa ad un interesse della famiglia.

In coerenza con questa ricostruzione, basata sulla causa negoziale che sostiene giuridicamente l'ammissibilità della costituzione di un "*patrimonio separato*", come quello creato attraverso il fondo patrimoniale, la disposizione contenuta nell'articolo 169 C.C., che si occupa dell'alienabilità dei beni del fondo, pone un principio di massima, prevedendo che i beni costituiti in fondo

patrimoniale “non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare [...]” se non “[...] nei soli casi di necessità od utilità evidente” e, in presenza di figli minori di età, esclusivamente attraverso il ricorso all'autorizzazione giudiziale.

Il legislatore, dunque, ha reso il fondo patrimoniale strumento modificabile nella sua dimensione qualitativa e quantitativa solo eccezionalmente, ovvero: a) quando ricorrano gli estremi della “utilità evidente” o della “necessità”; b) e, in presenza di figli minori, dietro necessaria autorizzazione giudiziale funzionalizzata alla individuazione di quella “utilità evidente” o di quella “necessità” alle quali è legato l'atto dispositivo in considerazione degli specifici interessi dei minori facenti parte della famiglia per la quale il fondo è stato costituito.

La medesima norma appena richiamata, consente tuttavia una deroga a tale principio, ammettendo che, per espressa previsione contenuta nell'atto costitutivo del fondo, si convenga la libera alienabilità dei beni del fondo e quindi si consenta, sostanzialmente, che tale alienazione possa avvenire indipendentemente dal ricorso dai presupposti della “necessità” o della “utilità evidente” dell'atto dispositivo da compiersi.

Il rigoroso sistema posto dall'articolo 169 C.C., pur nella complessità della sua struttura sintattica, non pone grandi dubbi applicativi, dunque, se correttamente inquadrato all'interno di una interpretazione sistematica capace di giustificare la funzione stessa della norma. Scopo principale della disposizione appena richiamata è quello di salvaguardare l'integrità del patrimonio del fondo rispetto ad atti che potrebbero non rispondere alla realizzazione degli interessi familiari connessi alla funzione dell'istituto in esame. Di guisa che la norma pone, come detto, quale principio generale, quello della inalienabilità dei beni del fondo in assenza della giustificazione all'alienazione che derivi dal ricorso della “necessità” o della “utilità evidente”. Tuttavia, la medesima norma permette che le parti derogano a tale principio consentendo, con espressa previsione dell'atto costitutivo, la libera alienabilità dei beni del fondo, tale intendendosi l'alienazione che prescinda dalla valorizzazione degli estremi della “necessità” o della “utilità evidente”.

Continuando, per il momento, nella mera ricognizione del dato normativo, è da notare come devesi continuare a ritenersi indispensabile, sia nell'ipotesi in cui non sia prevista la libera alienabilità dei beni del fondo (con la conseguenza che tale alienazione non possa prescindere dai presupposti della “necessità” o dell’ “utilità evidente”), sia nell'ipotesi in cui l'atto costitutivo abbia previsto la libera alienabilità dei beni del fondo, la prestazione del consenso congiunto di entrambi i coniugi. Infatti, dal momento che l'atto di alienazione si pone, almeno di principio, in contrasto con la finalità che il bene destinato al fondo patrimoniale dovrebbe mantenere (quale bene posto a garanzia del soddisfacimento dei bisogni familiari), il necessario intervento del consenso di entrambi i coniugi è da ritenersi imprescindibile in quanto funzionalizzato al controllo dell'atto dismissivo sotto il profilo della convenienza, o meno, dello stesso, in considerazione della violazione che esso oggettivamente comporta sulla integrità del patrimonio del fondo.

Ora, poiché in presenza di figli minori, la funzione di garanzia che il fondo svolge per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, coinvolge, non solo la valutazione degli interessi dei coniugi, ma anche la verifica degli interessi dei figli minori (tanto che, in tal caso, il fondo non cessa i propri effetti, anche in presenza di una causa di scioglimento del matrimonio, fino a quando l'ultimo dei minori abbia raggiunto la maggiore età), la disposizione prosegue affermando come, in presenza di figli minori, l'alienabilità dei beni del fondo deve, non solo essere sostenuta dal consenso di entrambi i coniugi, ma altresì integrata dalla verifica giudiziale degli interessi dei minori, in funzione della identificazione di quella “necessità” o di quella “utilità evidente” ai quali è intimamente connesso il provvedimento autorizzativo del giudice.

E' chiaro, ed anzi direi consequenziale, come, nell'ipotesi in cui, derogando al principio di massima che lega l'alienabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale solo al ricorso dell'*utilità evidente* o della *necessità*, le parti abbiano previsto, in seno all'atto costitutivo, la libera alienabilità dei beni del fondo, in assenza della rilevanza dei presupposti dell'*utilità evidente* o della *necessità*, nemmeno ricorre alcuna rilevanza in ordine all'autorizzazione giudiziale da concedersi in presenza di figli minori. E' ovvio, infatti, come una volta decisa la libera alienabilità dei beni del fondo a prescindere

dalla considerazione dell'utilità evidente o della necessità, nemmeno può dirsi che l'intervento giudiziale abbia una sostanziale ragione di esistere, potendo essere dunque riservato ai soli coniugi, attraverso l'espressione del proprio consenso congiunto, la valutazione esclusiva della convenienza, o meno, dell'atto da compiersi. Sicché, mentre anche in presenza di una clausola che preveda la libera disponibilità dei beni del fondo, la necessità del consenso di entrambi i coniugi è del tutto inderogabile, non altrettanto è a dirsi per l'intervento giudiziale, potendosi prevedere che l'atto costitutivo dei beni del fondo, non solo abiliti alla libera alienabilità dei beni segregati nel fondo, ma altresì deroghi al necessario intervento autorizzativo giudiziale, ancorché vi sia la presenza di figli minori di età.

In conclusione, perciò, è verosimile che, nel nostro Ordinamento, trovino in effetti diritto di cittadinanza due tipologie di fondo patrimoniale. L'una, quella per così dire "*istituzionale*", nella quale l'alienazione dei beni costituiti in fondo patrimoniale è funzionalizzata esclusivamente al soddisfacimento di due scopi, tra loro alternativi: sopperire al disagio economico della famiglia (necessità), ovvero investire il bene in altro più produttivo (utilità evidente); in entrambi i casi riservando il controllo circa l'esistenza di tali presupposti ai coniugi e, in presenza di figli minori, al giudice. L'altra tipologia di fondo, per così dire "*volontaria*", determinerebbe un vincolo meno intenso sui beni del fondo, stante la possibilità per i costituenti di prevedere, con apposita clausola contenuta nell'atto costitutivo, la libera disponibilità dei beni la quale resterebbe, per così dire, "soggiogata" esclusivamente al consenso volontaristico di tutti e due i coniugi ai quali, unicamente, verrebbe demandato il potere di valutare (come, del resto, accade per qualsiasi atto eccedente l'ordinaria amministrazione relativo ai beni della comunione legale) la convenienza e l'opportunità dell'alienazione, anche al di là del ricorso di quella "*necessità*" o di quella "*utilità evidente*" che *istituzionalmente* giustificerebbe l'atto dispositivo; e ciò, eventualmente, nonostante la presenza di figli minori di età, in tal modo emancipando l'atto dispositivo stesso da qualunque autorizzazione giudiziale.

## LA NECESSARIA CRITICA ALLE CONCLUSIONI DOTTRINALI CHE AMMETTONO LA DEROGA AL CONSENSO CONGIUNTO DEI CONIUGI PER L'ATTO DI ALIENAZIONE

Fa davvero specie che, al di là di una interpretazione meramente letterale, la quale invero, con riguardo alla norma posta dall'articolo 169 C.C., può determinare più di qualche dubbio a causa della non felice costruzione sintattica dei periodi che non consente un'esatta discrimina tra proposizione principale, proposizioni coordinate e subordinate, l'intervento essenziale di un'interpretazione sistematica della norma abbia potuto condurre a certe conclusioni come quella proposta, di recente, dalla Commissione Notarile Massime del Triveneto, secondo la quale – come si è accennato sopra – non solo le parti potrebbero derogare al necessario intervento del giudice anche in presenza di figli minori, ma altresì derogare al necessario consenso di entrambi i coniugi, lasciando che anche l'intervento negoziale di uno solo di essi possa condurre al perfezionamento dell'atto dismissivo.

L'opinione non è in alcun modo condivisibile e, anzi, se presa alla lettera, rischia una pericolosa "codificazione" in campo civilistico che, in quanto proveniente da importante dottrina di estrazione notarile, potrebbe essere poi malamente utilizzata in sede giudiziale a danno della stessa categoria.

Per il bene stesso del diritto, per la certezza dei traffici giuridici, per la salvaguardia della funzione di adeguamento del notaio, per la tutela della funzione antiprocessuale allo stesso affidata, vale la pena circoscrivere immediatamente certe pericolose emorragie.

V'è anzitutto da premettere che agli atti dispositivi di diritti sui beni facenti parte del fondo debba applicarsi, come dire, un duplice statuto. Il primo, intimamente legato al principio della legittimazione a disporre, richiama la necessaria prestazione consensuale da parte del legittimo titolare del diritto di cui si dispone. Ciò implica che la prestazione del consenso negoziale direttamente legato al trasferimento di diritti sul bene facente parte del fondo è, in primo luogo, quello da richiedersi al titolare del diritto di cui si intende disporre. Tale soggetto, come si è visto,

non sempre coincide con uno o entrambi i coniugi, posto che la costituzione del fondo può essere fatta anche con beni appartenenti a terzi estranei alla famiglia che, per espressa previsione dell'atto costitutivo, continuano a mantenere la titolarità del diritto sul bene costituito in fondo patrimoniale.

Tuttavia, a prescindere dalla diversa natura giuridica che la dottrina ha inteso, con differenti conclusioni, attribuire al fondo patrimoniale e, pertanto, anche senza voler condividere la tesi, peraltro dominante, secondo la quale il fondo patrimoniale costituisce comunque convenzione matrimoniale, sebbene di natura complementare rispetto ad altro regime (per così dire "principale") che affetta i beni della famiglia, è indubbio come l'atto dispositivo di un bene del fondo determini la sottrazione di quel bene al vincolo di destinazione che è imposto dall'atto costitutivo. E, sotto questo aspetto, è indubbio che l'atto dispositivo di diritti sui beni del fondo costituisca *atto di amministrazione* ed, anzi, evidentemente *atto eccedente i limiti dell'amministrazione ordinaria*. E' risaputo, infatti, che il concetto di "amministrazione" abbia attinenza, non solo con le attività puramente conservative di un patrimonio e, dunque, per così dire con le attività di mera gestione ordinaria, ma soprattutto con le attività dismissive di diritti le quali, arrecando, di principio, un impoverimento patrimoniale, sono da considerarsi attività di straordinaria amministrazione, indipendentemente dalle finalità cui esse conducano.

Assodato ciò, è innegabile come la norma di cui all'ultimo comma dell'articolo 168 C.C., affermando il richiamo alla disciplina della comunione legale che, come si sa, non è derogabile attraverso previsioni negoziali lasciate all'autonomia privata, dispone il necessario intervento consensuale di entrambi i coniugi per l'atto dismissivo in quanto atto eccedente i limiti dell'ordinaria amministrazione. Perciò, al consenso negoziale legato al principio della legittimazione a disporre, deve necessariamente accompagnarsi il consenso prestato da entrambi i coniugi, in funzione della natura di "*atto di amministrazione*" che l'atto dispositivo comporta con riguardo al patrimonio del fondo.

Invero qualche isolata pronuncia giurisprudenziale, nel tentativo di emancipare i beni del fondo dal vincolo di segregazione che li affetta e di ammetterne pertanto la libera circolabilità, ha messo in dubbio che gli atti di disposizione aventi per oggetto i beni del fondo patrimoniale siano da annoverare tra gli atti di amministrazione e, per questa strada, ha affermato che le attività di cui all'articolo 169 C.C. non sono sottoposte alla disciplina dell'articolo 180 C.C., relativa all'amministrazione dei beni della comunione.

E' da obiettare, tuttavia, che, pur volendo escludere (in via del tutto paradossale) che l'atto dispositivo costituisca un atto di amministrazione, è innegabile come la necessità del consenso di entrambi i coniugi sia da recuperare immediatamente per altra strada. Se, come sopra affermato, l'atto di alienazione di un bene facente parte del fondo patrimoniale costituisce, non tanto e non solo, atto di impoverimento patrimoniale (come tale appartenente alla categoria degli atti di straordinaria amministrazione), ma atto che sottrae il bene alla destinazione vincolistica per la quale il fondo patrimoniale è stato posto in essere, è palese come tale "sottrazione" non possa prescindere da un intervento di entrambi i coniugi in funzione: a) della necessaria manifestazione volontaristica idonea ad eliminare un bene dal vincolo che lo affetta in dipendenza di una pattuita convenzione matrimoniale (quale è il fondo), a modificare la quale, è obbligatorio l'intervento di entrambi i coniugi in virtù dei principi generali; b) dell'esplicazione del necessario controllo di convenienza dell'atto da compiersi, rispetto agli effettivi interessi della famiglia.

Del resto, affermare, come detto nella richiamata massima del Triveneto, che gli atti dispositivi del bene costituito in fondo patrimoniale non soggiacciono alla disciplina generale posta dall'articolo 180 C.C., relativa all'amministrazione dei beni della comunione legale, determinerebbe un insanabile contrasto con la norma posta dall'ultimo comma dell'articolo 168 C.C., rispetto alla quale non pare, invero, che l'articolo 169 C.C. contenga eccezioni di sorta. E se tale eccezione fosse, casomai, implicitamente da rintracciare nella possibilità di deroga contenuta nella prima parte dell'articolo 169 C.C., come pure è stato affermato, se ne dovrebbe logicamente dedurre nel senso che analoga eccezione dovremmo poter riferire al principio della legittimazione a disporre, in ossequio del quale l'atto dispositivo del diritto deve essere compiuto comunque col consenso (primario) del titolare del diritto sul bene alienato, di guisa che, si dovrebbe riconoscere

all'autonomia privata altrettanta libertà di scegliere la disapplicazione delle regole in materia di legittimazione a disporre in aperto contrasto coi principi fondamentali dell'ordinamento civilistico.

Ad ulteriore riprova di quanto resti rilevante (e non sia suscettibile di deroghe) il richiamo al consenso congiunto di entrambi i coniugi, necessariamente richiesto per gli atti dispositivi di diritti, il fatto che l'indirizzo giurisprudenziale oggi dominante, pur conferendo un rilievo piuttosto relativo alla considerazione della necessaria preventiva autorizzazione giudiziale prevista dall'art.169 C.C., in presenza di figli minori, laddove derogata dalle parti, in quanto, come avremo modo di vedere più approfonditamente tra breve, la valorizzazione dell'interesse del minore resterebbe comunque tutelata, secondo tale filone giurisprudenziale, dalla perpetuazione del vincolo del fondo che si estenderebbe a ciò che si ricava dall'alienazione o a ciò che si acquista con quel ricavato, d'altro canto, la medesima giurisprudenza non pone alcun accenno alla possibile deroga al principio del necessario consenso di entrambi i coniugi in funzione dell'atto di amministrazione da compiersi, dando evidentemente per scontato il fatto che, da tale consenso comune, non si possa in alcun modo prescindere.

## LA CRITICA ALLA TESI GIURISPRUDENZIALE DELLA PERPETUAZIONE DEL VINCOLO DEL FONDO IN CASO DI ALIENAZIONE DEI BENI CHE LO COSTITUISCONO

La giurisprudenza più recente in materia di alienazione di beni costituiti in fondo patrimoniale, ha introdotto un indirizzo del tutto nuovo, non tanto con riferimento alla ammessa possibilità di derogare all'obbligo di richiesta dell'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, quanto in relazione alla previsione dell'obbligo, in presenza di tale deroga, di perpetuare il vincolo discendente dal fondo patrimoniale sul ricavato della cessione o su ciò che, con quel ricavato, venga acquistato. Tale indirizzo giurisprudenziale che, sostanzialmente, obbliga al reimpiego di ciò che si ricavi dalla alienazione dei beni del fondo o, comunque, obbliga a segregare il controvalore, ricavato dalla alienazione, in modo che lo stesso sia onerato del medesimo vincolo che affettava gli elementi patrimoniali alienati, comportando una inusitata innovazione che indurrebbe addirittura a ritenere anche il denaro quale possibile oggetto del fondo, lascia alquanto perplessi.

E la sorpresa è ancora più incisiva quanto più si consideri che tali conclusioni giurisprudenziali impattano con un dettato normativo sul quale non si è ancora inciso con un ammodernamento di disciplina che quelle medesime conclusioni giurisprudenziali, condotte in termini così drastici, avrebbero dovuto avere, invece, come presupposto.

Le obiezioni che, alla luce della vigente disciplina codicistica del fondo patrimoniale, risultano perfino istintive, sono più di una.

Anzitutto, affermare l'obbligo, in caso di vendita dei beni del fondo patrimoniale, di trasferire il vincolo che affetta i beni stessi, sul ricavato, ovvero su ciò che con quel ricavato si acquista, significa sostanzialmente attribuire al fondo patrimoniale un valore "*programmatico*" che nelle attuali considerazioni normative per tale istituto non si riscontra. Sembra, infatti, del tutto palese che il fondo patrimoniale si caratterizzi per l'applicazione a dei beni (e solo a quelli individuati dall'atto costitutivo del fondo stesso) di un vincolo di destinazione che li rende "*patrimonio di scopo*", ma non è, e non può essere, strumento avente natura programmatica, come invece accade per la comunione legale, per la comunione convenzionale, per la separazione dei beni. Il fondo si riferisce alla regolamentazione di un rapporto giuridico particolare, o meglio, di un singolo bene o di più singoli beni, ma non può riferirsi alla regolamentazione di tutti i futuri rapporti economico-giuridici che interesseranno quel bene o quei beni.

Se si condivide questa premessa, il corollario che ne scaturisce è nel senso che il vincolo derivante dal fondo patrimoniale può estendersi al ricavato, o a ciò che con il ricavato si acquista, solo dietro espressa volontà delle parti in tal senso manifestata, volta all'ampliamento di un fondo già esistente o alla creazione di un nuovo fondo patrimoniale del tutto autonomo ed indipendente rispetto al primo. Ma, qualora ciò venisse imposto dall'esterno, il nuovo vincolo di destinazione non sarebbe più un atto dispositivo nascente dall'autonomia contrattuale (e patrimoniale) dei privati, sibbene un

atto a cui si è obbligati da una conclusione giurisprudenziale comunque interpretativa di un dettato normativo che ciò, sinceramente, non sembra contemplare.

Dipoi, non è chiaro se il trasferimento del vincolo debba considerarsi automatico o meno. Certezza del diritto vuole che i terzi siano messi al corrente della destinazione particolare che un bene subisce allorché sia costituito in fondo patrimoniale e non si vede come una tale conoscenza possa essere assicurata prevedendosi una "trasmigrazione" automatica del vincolo su ciò che si ricavi dalla alienazione del bene già conferito nel fondo e poi estromesso da questo per effetto della alienazione stessa. Il fatto poi che, formalmente, soltanto beni immobili, beni mobili registrati e titoli di credito nominativi, possano costituire beni suscettibili di essere vincolati in fondo patrimoniale, esclude "*in re ipsa*" l'automatismo del vincolo a carico di ciò che si ricavi dalla vendita di un bene del fondo (essendo, il corrispettivo, normalmente rappresentato dal denaro e non essendo, questo, di per sé, suscettibile di formare oggetto di conferimento in fondo patrimoniale).

Altro motivo di sorpresa è dato poi dalla circostanza che le suddette conclusioni giurisprudenziali siano limitate al solo caso in cui si deroghi al principio dell'intervento autorizzativo giudiziale, dunque al solo caso in cui, della famiglia, facciano parte figli minori di età. Ora, sembra alquanto improbabile che un legislatore che, da un lato, consenta una deroga negoziale alla necessità di una preventiva autorizzazione giudiziale per la vendita dei beni del fondo, quando della famiglia facciano parte figli minori, poi, dall'altro lato, pur ammettendo la deroga all'intervento giudiziale, imponga il perpetuarsi del vincolo sul ricavato della vendita. Come dire che, da una parte si consente l'eliminazione di un "pesante fardello" (l'autorizzazione giudiziale) e, dall'altra, si impone un fardello ancora più pesante (ed oneroso!), quale il trasferimento del vincolo sul ricavato.

E' probabile che le conclusioni giurisprudenziali qui criticate si innestino su un postulato che risulta, invero, del tutto indimostrato. I giudici che sono arrivati all'inaugurazione di un tale indirizzo, sembra siano partiti dalla rigida considerazione del principio di tassatività delle cause estintive del fondo patrimoniale posto dall'articolo 171 C.C..

Si può comprendere come, non essendo coinvolta tra le cause estintive del fondo, anche la vendita dei beni oggetto del fondo, l'avvenuta alienazione di un bene, soprattutto quando questo costituisca l'unico bene oggetto del fondo, come si è ragionato, non potrà condurre alla cessazione del fondo. Sicché è sembrato del tutto naturale e addirittura consequenziale, non potendosi ammettere che l'alienazione dei beni del fondo possa condurre alla estinzione del fondo stesso, ritenere che – nonostante la fuoriuscita dal fondo di uno o più beni, la consistenza patrimoniale, e dunque l'esistenza stessa del fondo, venga salvaguardata attraverso l'applicazione del principio di perpetuazione del vincolo su tutto ciò che, in caso di alienazione, si sia ricavato dalla alienazione stessa o su ciò che, con i proventi dell'alienazione del bene, sia stato poi riacquistato.

Ragionando in questi termini, tuttavia, coerenza giuridica imporrebbe di affermare l'inapplicabilità assoluta della ammissibilità di deroga al divieto di alienare beni del fondo, se non in presenza di "*utilità evidente*" o "*necessità*", così come invece sancito dalla norma di cui all'articolo 169 C.C., allorché oggetto del fondo sia un solo bene, posto che la libera alienabilità dei beni del fondo, non prevedendo alcun intervento giudiziale, nemmeno in presenza di figli minori, determinerebbe l'impossibilità di applicare, per ordine del giudice, l'obbligo del reimpiego o comunque la trasmigrazione del vincolo sul ricavato dell'alienazione. Al che, dovremmo altresì ammettere che la portata della norma di cui all'articolo 169 C.C., nella parte in cui essa consente la libera alienabilità dei beni del fondo in virtù di una clausola pattizia in tal senso contenuta nell'atto costitutivo, sia esclusivamente residuale, essendo essa unicamente riservata alle ipotesi di fondo patrimoniale costituito da una pluralità di beni e all'alienazione di alcuno o alcuni soltanto di essi, ma mai all'alienazione di tutti. Invero, una così grave portata limitatrice avrebbe dovuto essere espressamente prevista in seno alla norma stessa che, al contrario, di ciò risulta assolutamente tacere.

Ed anche se si volesse supporre che, quando del fondo faccia parte un solo bene, l'obbligo del reimpiego sia da considerarsi implicitamente esistente nella stessa disciplina normativa portata dall'articolo 169 C.C. (e dunque indipendentemente dal ricorso di un provvedimento giudiziale), come pure qualcuno ha affermato, si dovrebbe comunque negare che possa essere inserita la



clausola di libera vendibilità, anche in assenza della “*necessità*” o della “*utilità evidente*”. Infatti, posta la necessaria previsione dell'obbligo di reimpiego, qualora i coniugi costituenti avessero previsto la libera alienabilità dell'unico bene costituito in fondo patrimoniale, a chi dovrebbe essere demandata la valutazione della tipologia di reimpiego effettivamente più conveniente, se non agli stessi coniugi, i quali – però - non è detto che abbiano la volontà o la capacità oggettiva di scegliere l'investimento più conveniente. E allora, pragmaticamente, si dovrebbe concludere che, laddove sia costituito in fondo patrimoniale un solo bene, o al costituente dovrà essere inibita la previsione della clausola di libera alienabilità (con la conseguenza che l'obbligo del reimpiego e la tipologia del reimpiego siano implicitamente esclusi dal ricorso dell'*utilità evidente* o della *necessità* che giustificano l'atto) o, in alternativa, concludere che, in caso di unicità del bene costituito in fondo patrimoniale, sebbene sia stata prevista la clausola della libera disponibilità del bene del fondo, l'atto dispositivo da compiersi non potrà mai prescindere dall'intervento del giudice il quale, se non assume funzione autorizzatoria dell'atto di disposizione da compiersi, serve a determinare la tipologia del reimpiego. Ma anche ciò manca di un riferimento testuale.

Ma quel che appare ancora più discutibile è che l'obbligo di perpetuare il vincolo su ciò che si ricavi dalla vendita o su ciò che, con quel ricavato, venisse acquistato, resta di impossibile adempimento allorché l'atto di alienazione fosse giustificato dal solo profilo della “*necessità*”. Infatti, se l'obbligo del reimpiego è un obbligo del tutto coerente e suscettibile di essere adempiuto nel caso in cui ci si fosse addotti a vendere per l'intervento di una causa di “*utilità evidente*” (nel qualcaso, infatti, è plausibile prevedere il trasferimento del vincolo derivante dal fondo sul nuovo bene acquistato per migliorare la produttività economica del patrimonio del fondo), nella diversa ipotesi della vendita per “*necessità*”, l'obbligo di reimpiegare il ricavato della vendita nell'acquisto di altro bene che possa perpetuare il vincolo posto dal fondo è *in re ipsa* inammissibile. Si pensi al caso, purtroppo non raro, in cui la vendita di un bene del fondo sia giustificata dalla necessità di consentire l'accesso a costose cure mediche da parte di un componente della famiglia. E' evidente che il ricorso di una causa di tal fatta implica esclusivamente la monetizzazione del bene già costituito in fondo patrimoniale, la cui alienazione è servita a procurarsi liquidità da investire per le necessità mediche connesse alla salute di un componente della famiglia, senza che tale liquidità possa pertanto essere onerata da vincoli di sorta, pena il venir meno della stessa funzione connessa all'atto dispositivo compiuto.

Si dovrebbe, allora, paradossalmente, giungere a negare la funzione più “nobile” del fondo stesso: la strumentalità rispetto ai bisogni economici della famiglia. L'alienazione, infatti, dovrebbe considerarsi in tal caso inammissibile poiché, mancando ogni possibilità di reimpiego, la vendita dell'unico bene determinerebbe l'estinzione, per mancanza dell'oggetto, del fondo stesso, al di là delle ipotesi espressamente contemplate dall'articolo 171 C.C., il che la giurisprudenza, come abbiamo appena visto, nega.

E se, posta l'unicità del bene costituito in fondo patrimoniale, il bene stesso perisse, stante l'impossibilità di considerare cessato il fondo stesso (il perimento dei beni del fondo non è infatti contemplato tra le cause di cessazione del fondo di cui all'art. 171 C.C.), su che cosa bisognerebbe far trasmigrare gli effetti vincolistici del fondo?

Per ultimo, non si può disconoscere l'eventualità di un atto di esecuzione sull'unico bene del fondo da parte dei creditori della famiglia che, teoricamente ammessa dall'articolo 170 C.C., di fatto diverrebbe, per gli stessi motivi sopraesposti, inammissibile in quanto condurrebbe ad una causa di estinzione – di fatto – del fondo, ancora una volta non contemplata dall'articolo 171 c.c.

Non consentire l'alienabilità dell'unico bene del fondo, giustificandone l'assunto con la tassatività delle norme che disciplinano la fine degli effetti del fondo, sarebbe come dire, *mutatis mutandis*, che la stessa esistenza della comunione legale vada ad impedire, per ciò stesso, al comune accordo tra i coniugi, la possibilità di alienare globalmente l'intero loro patrimonio, posto che, tra le cause che determinano, ai sensi dell'art. 191 C.C., lo scioglimento della comunione non è ricompreso il venir meno di tutti i beni costituenti il patrimonio matrimoniale in comunione legale.

Piuttosto, l'alienazione dei beni del fondo è una causa indiretta di determinazione della fine degli effetti del fondo. Infatti, restando nell'esempio della comunione legale, mentre la convenzione

matrimoniale di comunione legale, data la sua natura programmatica, continuerebbe comunque ad esistere anche nella teorica totale assenza dell'oggetto, lasciando che i propri effetti rimangano latenti fino alla "ricomparsa" di un bene sul quale riespandere tutta la sua portata, il fondo, mancando - come abbiamo visto - del carattere programmatico, cesserebbe, invero, al venir meno del proprio oggetto per perimento o per la alienazione dello stesso. Ciò potendosi concludere senza che si scomodino particolari interpretazioni volte a consentire la derogabilità dell'articolo 171 C.C. che norma tassativa è, e tale resta. E' sufficiente semplicemente la considerazione che, poiché l'alienazione dell'unico bene del fondo non è una causa diretta di cessazione degli effetti della convenzione ma una causa che determina direttamente solo il venir meno dell'oggetto della convenzione, estinguendo, per questa via, la convenzione stessa, come dire, per impossibilità di conseguimento dell'oggetto dipendente dallo svuotamento patrimoniale subito dal fondo, la norma dell'art. 171 C.C. resta del tutto estranea alle nostre considerazioni.

Alla luce delle considerazioni testé fatte, sembra allora che ciò che vada rivisto è essenzialmente il punto di partenza dal quale la giurisprudenza sopra citata ha in gran parte preso le mosse: la tassatività delle cause di cessazione del fondo patrimoniale.

Posto che il fondo ha una natura giuridica difficilmente emancipabile da quella di "convenzione matrimoniale" sia pure complementare rispetto ad altra da considerarsi "principale", occorre distinguere tra **le cause che determinano la "cessazione del fondo", come cessazione degli effetti di una "convenzione matrimoniale"**, individuabili esclusivamente in quelle tassativamente elencate in seno all'art. 171 C.C., e le diverse cause che, comportando lo svuotamento, totale o parziale, del contenuto materiale del fondo, per il venir meno dell'oggetto del fondo medesimo, determinano l'impossibilità di conseguire il fine che con il fondo stesso, quale *patrimonio separato e destinato*, ci si era proposti di raggiungere. Il che, pur non determinando una causa di "cessazione del fondo" (da rintracciare unicamente tra le ipotesi tassativamente indicate nell'articolo 171 C.C.), determina comunque il venir meno del fondo patrimoniale a seguito della sopravvenuta mancanza delle entità sulle quali il fondo possa svolgere i suoi effetti giuridici.

In altri termini, la norma dell'articolo 171 C.C. sancisce solo le cause che portano alla cessazione degli effetti della convenzione come tale, determinando, per ciò stesso, la sottrazione dei beni (di tutti i beni o dell'unico bene) costituenti il fondo al particolare vincolo che li affetta. Trattasi, cioè, di norma cosiddetta "esterna", che regola un aspetto (quello relativo alla cessazione degli effetti) del funzionamento dell'istituto "fondo patrimoniale" visto nella sua globalità di convenzione matrimoniale. Ma non è norma dalla quale possano evincersi regole destinate a disciplinare le singole componenti che costituiscono, nel suo oggetto, quel patrimonio di scopo rappresentato dal fondo il quale, nella sua consistenza materiale, segue (e non può essere diversamente!) le sorti che afferiscano i singoli beni.

E' evidente, tuttavia, che a fronte di conclusioni giurisprudenziali sempre più frequenti nel filone che tende a dar rilevanza all'obbligo del reimpiego, l'operatore, prudenzialmente, non può tacere alle parti l'opportunità, in sede di costituzione, di ampliare quanto possibile il contenuto materiale della convenzione evitando, ove possibile, il ricorso all'unicità e all'esclusività del bene costituito in fondo patrimoniale. Con la conseguenza che, ove ciò non sia possibile, risulta opportuno evitare ogni superficialità nel facile accesso all'inserimento della clausola della libera alienabilità dell'unico bene costituito in fondo patrimoniale, (la quale consentirebbe una alienazione scevra dai presupposti altrimenti necessari dell' "utilità evidente" o della "necessità"), pena l'obbligo, per i coniugi costituenti, di prevedere l'obbligo del reimpiego in caso di alienazione. Al contrario, lasciando che l'alienabilità non sia libera e, pertanto connaturata agli elementi dell' "utilità evidente" o della "necessità", deve richiamare il necessario intervento del giudice, coerentemente a questo punto non più derogabile in presenza di figli minori, il quale sarà chiamato a decidere circa l'alienazione stessa, circa il reimpiego del ricavato, circa la precisa destinazione dello stesso nel caso di alienazione per necessità nei casi in cui, per quest'ultima, la medesima Autorità Giudiziaria intendesse valutarne la fattibilità.

## LA DONABILITA' DEI BENI COSTITUITI IN FONDO PATRIMONIALE

Se la norma di cui all'articolo 169 C.C., si esprime in termini generici di "alienazione", ciò vuol dire che quando il legislatore si è posto il problema della possibile dismissione di diritti su beni del fondo, egli non ha inteso mettere alcun ostacolo alla fattibilità, almeno in astratto, non solo di un atto a titolo gratuito, ma anche di un atto a titolo liberale.

Per altro verso, tuttavia, questa conclusione deve raccordarsi con il fine precipuo che la legge riconnette al fondo patrimoniale, quale complesso di beni, costituenti un patrimonio separato, distinto dal patrimonio dei coniugi, da quello di ciascuno di essi e da quello del terzo (qualora la costituzione sia avvenuta con beni di un terzo) che, per effetto del fondo, vengono destinati *ad sustinenda onera matrimonii*.

Ma v'è di più. L'istituto del fondo patrimoniale, in dipendenza delle specifiche attenzioni che la disciplina riserva ai figli (si pensi alla perpetuazione del vincolo del fondo, anche in presenza di scioglimento del matrimonio, quando vi siano figli minori di età, nel qual caso il fondo dura fintantoché l'ultimo dei nati non abbia raggiunto la maggiore età; o si pensi anche alla norma di cui all'articolo 171, comma terzo, secondo la quale, in presenza di determinate circostanze, il giudice può, in caso di scioglimento del matrimonio, assegnare quote del fondo in proprietà o in godimento ai figli) sembrerebbe il solo vero regime patrimoniale dedicato alla *famiglia*, in quanto pone regole che vanno ad incidere significativamente sulla vita patrimoniale della famiglia, intesa non come semplice unione tra due coniugi ma di una famiglia relativamente alla quale il legislatore ha posto, sembrerebbe addirittura in primo piano, l'interesse della prole.

Sicché sembra potersi concludere nel senso che, non solo i coniugi, ma anche (e soprattutto) i figli siano coinvolti nella "vicenda" del fondo, essendo essenzialmente questi ultimi ad essere particolarmente tutelati dalle norme regolatrici del fondo stesso. Vero è che ai figli non è riconosciuto un pieno diritto sui beni costituenti il fondo, restando la titolarità in capo ai soli coniugi, ma vi è una norma che sembra giustificare, proprio con riferimento al fondo patrimoniale, la locuzione "regime patrimoniale *della famiglia*" e pare essere proprio quella di cui all'articolo 169 C.C., ove, almeno in condizioni normali, il legislatore ha inteso collegare la giustificabilità dell'atto dispositivo da compiersi, soprattutto in presenza di figli minori, ad una "utilità evidente" o ad una "necessità" della famiglia.

Per cui deve dirsi che l'Ordinamento pone un limite ben preciso alla ammissibilità dell'atto traslativo di un bene facente parte del patrimonio del fondo, e questo limite risiede nella rispondenza dell'atto da compiersi ad un effettivo interesse familiare. E' indubbio che, come si è avuto modo di vedere sopra, il controllo circa il ricorrere, o meno, di questo interesse, possa atteggiarsi con modalità diversificate, a seconda di ciò che sia stato previsto in seno all'atto costitutivo. Per cui, se in linea generale, nel silenzio dell'atto costitutivo, tale controllo è demandato ai coniugi e, in presenza di figli minori, al giudice, comunque potendosi giustificare l'atto sempre sotto i profili alternativi della presenza di una "utilità evidente" o di una "necessità", con apposita clausola contenuta nell'atto costitutivo, si è visto come i coniugi possano scegliere la libera alienabilità dei beni del fondo, consentendo, in tal modo, che l'atto dispositivo – pur emancipato dal rigore dell'"utilità evidente" o della "necessità" - possa comunque essere perfezionato, ma sempre a condizione che esso risponda ad un concreto interesse familiare il cui controllo può essere demandato unicamente ai coniugi, anche in presenza di figli minori.

Di guisa che il fondo patrimoniale, tra l'altro assodata la sua natura giuridica di "convenzione matrimoniale", sia pure *sui generis*, non può non recepire l'applicabilità di tutte le ordinarie regole in materia di "gestione" normalmente applicabili ad ogni altra convenzione. Non si vede, pertanto, perchè, in relazione al fondo patrimoniale, debba essere negata la modificabilità quantitativa e qualitativa dei beni che ne fanno parte; e ciò, eventualmente, anche attraverso atti di disposizione a titolo gratuito. Infatti, in dipendenza del principio di legittimazione a disporre, affatto derogato in materia di fondo patrimoniale, l'esercizio dei poteri sui beni può ben tradursi nell'eliminazione stessa dei beni attraverso atti di disposizione, anche di natura liberale.

Il vero problema è un altro. L'atto dispositivo a titolo gratuito, per sua stessa natura, fa presumere un impoverimento patrimoniale al quale non corrisponde, né direttamente (ovviamente, trattandosi

di atto a titolo gratuito), né indirettamente, l'esistenza di quella contropartita che possa rendere giustizia all'interesse della famiglia, in funzione del cui adempimento, l'atto dispositivo viene stipulato.

In virtù di quanto detto, allora, anche l'atto dismissivo a titolo liberale, sarebbe atto perfettamente eseguibile, ma alla sola condizione che da tale atto possa evincersi un collegamento tra la gratuità dell'atto dispositivo e l'interesse familiare che, con quell'atto, si provveda a soddisfare. Perciò pare potersi concludere che l'atto donativo non debba considerarsi *tout court* non ricevibile solo in quanto l'oggetto dell'atto sia costituito da un bene facente parte di un fondo patrimoniale. E' necessario, invece, che, attraverso il perfezionamento di quell'atto si faccia rilevare, l'utilità che comunque, sia pure indirettamente, se ne possa ricavare per la famiglia, in modo tale da potersi ammettere che l'atto, non avendo – di fatto – mutato il vincolo afferente i beni del fondo, costituisce atto pienamente conforme al vincolo instaurato col fondo. E' certo, infatti, che anche in un atto meramente liberale è pur sempre possibile ravvisare un interesse più o meno diretto del disponente che giustifichi l'atto, ancorché non sotto il profilo dell'economicità patrimoniale dell'atto stesso, sibbene sotto altri profili che possono ritenersi suscettibili di una qualsivoglia tutela nell'interesse della famiglia.

Si potrebbe azzardare, a questo punto, un parallelismo con l'annosa questione della capacità a donare da parte delle società, ormai risolta in senso positivo laddove – nell'atto dispositivo a titolo gratuito - sia possibile ravvisare il perseguimento di un interesse, sia pure indiretto e mediato, preordinato al soddisfacimento di un preciso interesse economico rilevante per la società e per la sua proficua gestione (per tutte cfr. Cass. 14/09/1976 n. 3150).

Pertanto, la fattibilità dell'atto di donazione è essenzialmente legata ad un preventivo controllo della effettiva strumentalità dell'atto rispetto all'interesse della famiglia che con l'atto stesso, sia pure indirettamente, si intendesse perseguire. Un controllo estremamente rigoroso che valga anche ad approfondire l'eventuale rischio di valutare l'esistenza di una volontà simulatoria da parte dei disponenti, magari in danno dei creditori della famiglia o di altri terzi in genere.

La vera questione è legata alla delicatezza che un tale controllo assume in considerazione della perfezionabilità dell'atto donativo. Sembra, allora, che sotto questo aspetto non sia più bastevole il controllo che sarebbe insito nell'intervento consensuale di entrambi i coniugi. L'importanza del rinvenimento dell'interesse per la famiglia individuabile in un atto donativo, è questione talmente delicata, che pensare di riservare esclusivamente ai coniugi tale controllo, potrebbe far rischiare l'individuazione di interessi meramente apparenti, capaci di annacquare l'effettiva funzione riservata al fondo patrimoniale.

Si può pensare, allora, ad un controllo che in qualche modo possa essere riservato al notaio in sede di stipula. Ma, nonostante quest'ultimo sia obbligato ad improntare comunque la sua condotta professionale alla massima prudenza ed attenzione, non è detto che la funzione di adeguamento alla quale egli è prioritariamente legato, possa soddisfare un tale controllo che affonda le proprie radici, non nella causa contrattuale apparente e oggettivamente controllabile, ma il più spesso, nell'ambito dei motivi. E si sa come, essendo i motivi relegati all'ambito interno della volontà delle parti, sarebbe davvero difficile che il notaio riesca ad individuare, con certezza ed obiettività, quali siano gli interessi della famiglia legittimamente collegabili ad un atto di donazione ed effettivamente perseguibili attraverso di esso.

Sembra doversi concludere, pertanto, nel senso che, in presenza di un atto donativo, la delicatezza connessa all'atto da compiersi, debba richiamare la funzione dell'autorità giudiziaria indipendentemente da qualunque deroga richiamata nell'atto costitutivo se della famiglia facciano parte figli minori. Al giudice, allora, va sottoposta la valutazione nel merito dell'atto stesso, lasciando che sia l'Autorità giudiziaria la più idonea a dare garanzie di ricorso dell'interesse familiare anche in presenza di un atto dismissivo senza alcuna contropartita economica.

Se, infatti, la deroga alla necessaria preventiva autorizzazione giudiziale nel caso di atto dispositivo a titolo oneroso, nonostante la presenza di figli minori, potrebbe essere una scelta comunque accettabile in considerazione del fatto che l'interesse della famiglia sarebbe comunque in qualche modo tutelato dalla presenza del corrispettivo derivante dall'atto di disposizione stesso, nella diversa

ipotesi in cui l'atto dispositivo fosse a titolo gratuito, le conclusioni non possono che essere diverse. Laddove, infatti, l'interesse della famiglia si limitasse ad una famiglia composta da soli coniugi, l'eventuale gratuità dell'atto potrebbe, al massimo, danneggiare l'interesse di quei medesimi soggetti, unici componenti della famiglia, che l'atto avrebbero posto in essere; mentre la presenza di figli, e soprattutto di figli minori di età, rende tutto più delicato e complesso. La gratuità dell'atto, facendo presumere il ricorrere solo di un depauperamento del patrimonio del fondo, pone in forte dubbio l'effettivo perseguimento dell'interesse della famiglia. Il che, vista la presenza, nella composizione della famiglia, di altri soggetti, diversi dai coniugi, che potrebbero essere danneggiati dall'atto, induce a ritenere necessario l'intervento di un elemento (l'Autorità giudiziaria), terzo rispetto ai coniugi, in grado di valutare se la gratuità dell'atto consenta comunque il soddisfacimento di un bisogno della famiglia, oppure sia solo un mezzo elusivo concretamente portatore di un danno per i figli che vivano in quella famiglia della quale il fondo avrebbe dovuto tutelare i fabbisogni. Pertanto, di fronte ad un atto dispositivo a titolo gratuito, la presenza di figli determina comunque la necessità dell'intervento del giudice in funzione della individuazione, da parte di questi, dell'interesse al soddisfacimento del bisogno familiare connesso all'atto liberale, al quale la stessa Autorità Giudiziaria abbia dunque collegato la propria autorizzazione. A meno che, quella stessa Autorità Giudiziaria il cui intervento sia stato, per questa strada richiamato, non si dichiari incompetente a pronunciarsi e, rigettando il ricorso, non autorizzi implicitamente la piena efficacia dell'atto nei riguardi della famiglia, tramite la prestazione del solo consenso dei coniugi.

Antonio Testa