

#### **4) SCIoglimento DELLA CONVENZIONE DI FONDO PATRIMONIALE (rev. maggio 2015)**

**L'atto costitutivo di fondo patrimoniale, essendo una convenzione matrimoniale che prevede la possibilità dei coniugi di destinare alcuni beni a far fronte ai bisogni della famiglia (creando a tale riguardo un vincolo di separazione patrimoniale che deroga all'art. 2740 c.c.), è modificabile in ogni tempo nelle forme di cui all'art. 163 c.c..**

**In tale modificabilità appare legittimo far rientrare lo scioglimento della convenzione, cioè la cessazione volontaria per mutuo consenso dei coniugi senza necessità di autorizzazione giudiziale.**

**Dal punto di vista formale la convenzione di scioglimento richiede la partecipazione di tutte le parti originarie o dei loro eredi e deve rispettare le norme di forma e pubblicità previste per le (modificazioni delle) convenzioni matrimoniali; essa comporta, inoltre, la necessità di annotare il dissolvimento del vincolo anche sui beni che erano stati oggetto del vincolo (se sussistenti), con la relativa pubblicità nei pubblici registri di riferimento.**

La revisione del presente orientamento si è resa necessaria alla luce della sentenza della Cassazione 8 agosto 2014 n. 17811, la quale ha affermato che, in presenza di figli minori o nascituri concepiti, per lo scioglimento è anche necessario il consenso di un curatore speciale ex art. 320 c.c., debitamente autorizzato dal Giudice Tutelare.

Tale ultima affermazione si basa, peraltro, su argomenti che appaiono per alcuni aspetti contraddittorii rispetto alle ulteriori affermazioni della stessa Corte, e per altri non coerenti con il sistema, come meglio precisato nella presente motivazione, integrata dopo la pubblicazione della richiamata sentenza.

Portata alle sue estreme ma logiche conseguenze, infatti, la tesi della Suprema Corte comporterebbe la necessità di richiedere la nomina del curatore speciale e dell'autorizzazione giudiziale anche nel caso in cui, avendo alienato liberamente l'unico bene vincolato (come la Corte ammette i coniugi possano fare) si tratti effettivamente di sciogliere solo la convenzione matrimoniale; nonché, evidentemente, di chiedere in ogni caso alle parti quantomeno di dichiarare se vi siano o no, al momento della stipulazione, nascituri non concepiti.

E' tuttavia evidentemente opportuno tenere in debito conto la posizione della Suprema Corte, in considerazione delle gravi conseguenze che essa ne fa discendere.

In dottrina e giurisprudenza è dibattuto se sia possibile o no, per i coniugi, sciogliere volontariamente il fondo patrimoniale, con ciò "restituendo" i beni che vi erano assoggettati alla disciplina generale, soprattutto nei confronti dei creditori (facendoli cioè rientrare nuovamente nella previsione di cui all'art. 2740 c.c.). Pur essendo dibattuta, sembra ormai sempre più consolidata, in

dottrina, l'opinione favorevole, che appare maggioritaria, sia pure con un minor margine, anche nella più recente giurisprudenza: da ultimo si è espressa in questo senso la sentenza Cass. 17811/2014, in calce più dettagliatamente esaminata.

La tesi negativa si basa fondamentalmente su due argomenti: la tassatività dell'elencazione di cui all'art. 171 c.c. (per cui il fondo si scioglie in caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), e la "prevalenza" degli interessi familiari che priverebbe i coniugi e/o il terzo, una volta costituito il vincolo di destinazione e di separazione, del potere di distoglierne i beni ad esso assoggettati.

La contraria e positiva opinione argomenta, anzitutto, con la riconducibilità del fondo all'ambito delle convenzioni matrimoniali, come tali modificabili in ogni tempo (art. 163 c.c.), in perfetta attuazione del più generale principio di autonomia (art. 1322 c.c. e 1372 c.c.), oltre che del principio che tende ad escludere vincoli perpetui di indisponibilità (art. 1379 c.c.). In secondo luogo, con la possibilità di riconoscere all'art. 171 c.c. natura non tassativa ed una diversa e ben circoscritta portata, ricollegata ad una sua duplice eccezionalità strutturale. Ed infine tenendo conto dell'intero complesso normativo relativo alla amministrazione e modificazione del fondo patrimoniale, facendo in particolare riferimento all'impianto sistematico tracciato dagli artt. 163, 168, 169 e 171 c.c..

I profili sistematici della disciplina del fondo patrimoniale sembrano così riassumibili. Bisogna anzitutto partire dalla distinzione, che può ormai considerarsi consolidata, almeno da parte della prevalente dottrina, tra atto costitutivo del regime (cioè dell'insieme delle regole che disciplinano l'acquisto, l'appartenenza e l'amministrazione dei beni che faranno parte del fondo), che costituisce una vera convenzione matrimoniale, e i singoli atti di identificazione dei beni su cui si concretizza il vincolo di separazione patrimoniale (per tutti: Auletta). L'art. 163 c.c. fa riferimento alla convenzione, nell'accezione sopra precisata, che conseguentemente è da esso normalmente disciplinata, e dal quale discende, appunto, la risolubilità convenzionale della convenzione e cioè del fondo come regime patrimoniale. Gli articoli 168 e 169 c.c. si riferiscono, invece, alla amministrazione dei singoli beni oggetto del regime stabilito. Il primo pone una regola di "default" che, in deroga all'eventuale "regime proprietario", prevede che i beni, a chiunque appartengano, debbano essere amministrati secondo le norme della comunione legale (quindi amministrazione ordinaria disgiunta).

L'art. 169 c.c., poi, si occupa degli atti che più "incidono" su tali beni (e in definitiva sulla loro permanenza alla destinazione), prevedendo che (salva diversa previsione delle parti e anche in deroga all'eventuale sottostante regime proprietario – e salvo, naturalmente, che si tratti della comunione legale) l'alienazione, la costituzione di ipoteche e l'imposizione di vincoli su tali beni debba avvenire con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione del giudice nei casi di necessità o utilità evidente. La possibilità che le parti derogino alla prima di tali previsioni

appare condivisibile quantomeno quando la proprietà dei beni sia rimasta in capo ad uno solo dei coniugi e la deroga, quindi, non faccia che riportare in vigore le ordinarie regole del trasferimento di proprietà.

L'art. 171 c.c. ha ad oggetto tre ipotesi specifiche (annullamento, scioglimento e cessazione degli effetti civili) accomunate dal venir meno del presupposto essenziale del fondo patrimoniale, cioè il matrimonio. Con previsione certamente eccezionale, tale norma si preoccupa di stabilire: a) la ultrattività del vincolo di destinazione e separazione, pur venendo meno il matrimonio, nel caso in cui vi siano figli minori, con il potere del giudice di dettare norme di amministrazione; b) il potere del giudice – evidentemente straordinario – di “espropriare” il godimento o addirittura la proprietà dei beni (non del terzo, però) anche nel caso di figli maggiorenni (la norma non limita la previsione) qualora lo ritenga necessario. Il richiamo alla disciplina dello scioglimento della comunione legale per i casi in cui non vi siano figli sarà da leggersi, quindi, non come richiamo alle “cause” di scioglimento della comunione, bensì alle regole di amministrazione e divisione dei beni che ne fanno parte una volta avvenuto lo scioglimento.

La principale massima della richiamata sentenza della Cassazione 8 agosto 2014 n. 17811 enuncia il principio per cui in presenza di figli minori o nascituri concepiti, lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale è possibile solo con il consenso di un curatore speciale nominato ai sensi dell'articolo 320 c.c., debitamente autorizzato dal giudice tutelare.

In relazione al presente orientamento in estrema sintesi la sentenza in esame:

- conferma l'impostazione sistematica esposta nella configurazione del fondo patrimoniale e diversi ulteriori importanti orientamenti espressi;
- in particolare, conferma che - quantomeno nel caso di assenza di figli minori o nascituri, punto critico della sentenza che nel prosieguo verrà esaminato – è legittimo lo scioglimento consensuale del fondo da parte dei coniugi, senza la necessità di alcuna “riserva” in tal senso nel suo atto costitutivo;
- afferma, però, la necessità del curatore speciale e dell'autorizzazione del giudice tutelare nel caso di scioglimento volontario del fondo in presenza di figli minori o nascituri concepiti.

Tale ultima conclusione, alla luce di quanto nel prosieguo esposto, non solo non appare del tutto convincente ma addirittura sembra contraddittoria rispetto al contenuto, più complesso e articolato, della sentenza, della quale si rende perciò necessaria un'analisi più dettagliata.

Di seguito alcune affermazioni della Suprema Corte che confermano taluni punti esaminati dagli orientamenti.

1) Ammissibilità dello scioglimento consensuale del fondo patrimoniale per la affermata non tassatività delle ipotesi previste dall'art. 171 c.c..

Anzitutto la Suprema Corte risolve una questione nodale rispetto all'ammissibilità dello scioglimento consensuale del fondo patrimoniale da parte dei coniugi, e in particolare la questione della tassatività o non delle cause di scioglimento del fondo enunciate dall'articolo 171 C. C..

La Suprema Corte, condividendo sul punto quanto affermato in sede di appello, esclude la tassatività delle ipotesi elencate dall'articolo 171 C. C., basandosi su tre diverse osservazioni

- la natura di convenzione matrimoniale dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale che, come tale, ne consente la modificazione ai sensi dell'articolo 163 C. C. ;
- la mancata indicazione, nello stesso articolo 171, di una indiscutibile ulteriore causa di scioglimento del fondo, fondata sulla dichiarazione di morte presunta di un coniuge;
- il richiamo espresso, contenuto nell'articolo 171, alle disposizioni sullo scioglimento della comunione legale elencate dall'articolo 191 C. C., tra le quali è compreso il mutamento convenzionale del regime patrimoniale.

Al riguardo, per completezza, si può osservare che l'articolo 171 presenta inoltre due profili di eccezionalità che ne giustificano l'enunciazione come norma a sé stante.

La prima si ravvisa nella eccezionale ultrattività del fondo nelle tre ipotesi contemplate, accomunate dal venir meno del matrimonio, presupposto essenziale del fondo patrimoniale (per annullamento, scioglimento o cessazione dei suoi effetti civili).

Si tratta di eventi caratterizzati e accomunati dalla volontà dei coniugi di porre fine al matrimonio (riferendosi dunque al più ampio ambito dei loro rapporti personali, che oltrepassa evidentemente la problematica del fondo patrimoniale), circostanza che giustifica il secondo profilo di eccezionalità della norma, costituito dal potere "espropriativo" del giudice (evidentemente nell'ambito di tali procedure finalizzate alla dissoluzione del matrimonio) che può disporre di tutti o parte dei beni del fondo a favore dei figli. E' importante sottolineare, al riguardo, che la previsione non è infatti limitata ai soli figli minori, potendo quindi riferirsi anche ai figli maggiorenni. Questa ulteriore peculiarità ugualmente trova una sua giustificazione nell'ambito processuale in cui tale potere viene esercitato: solo in esso, infatti, è previsto l'obbligo di mantenimento dei figli anche maggiorenni, se non autonomi.

2) Distinzione tra scioglimento del fondo patrimoniale ed atto di alienazione del/dei bene/i vincolati.

La Suprema Corte accoglie positivamente e condivide la netta distinzione, enunciata dalla Corte di Appello, tra atto di scioglimento del fondo patrimoniale e atto di alienazione di un bene vincolato. Essa, infatti, afferma: "...del tutto diversa è l'ipotesi di alienazione di beni del fondo - che comunque, nonostante l'atto dispositivo incidente sulla sua consistenza, conserva la sua validità ed efficacia - rispetto a quello di cessazione dello stesso che ne determina l'estinzione....."

3) Legittimità della clausola di deroga alla necessità di autorizzazione per l'alienazione e costituzione di ipoteche, pegni o altri vincoli di cui all'art. 169 c.c. (che a sua volta costituisce deroga alla regola di libera disponibilità dei beni da parte del proprietario di cui all'art. 1372 c.c.)

La Corte in più punti ribadisce la derogabilità della regola posta dall'art. 169 c.c. (riconosciuta a sua volta come deroga al generale principio di libera disponibilità di cui all'art. 1372 c.c.); essa afferma, infatti, che “..è vero che la costituzione del fondo non determina perciò solo la perdita della proprietà dei singoli beni da parte dei coniugi che sono titolari e che gli stessi possono riservarsi nell'atto di costituzione la facoltà di alienazione dei beni.....”; o, in altro punto, cita “la facoltà, espressamente riconosciuta ai coniugi dal legislatore, di derogare convenzionalmente alla previsione del divieto di alienazione dei beni del fondo disposta in via generale”.

La Corte si riferisce, s'intende, alla alienabilità senza l'autorizzazione giudiziale nel caso di figli minori; ciò, oltre che evincersi da tutto il contesto in cui si svolge il ragionamento della Corte sulla distinzione tra atti di alienazione e scioglimento del fondo, si trova espressamente confermato dalla finale considerazione della Suprema Corte che rimanda alla Corte d'appello di rinvio la valutazione della legittimità della clausola derogatoria alla disposizione dei beni del fondo apposta dalle parti, con attribuzione A CIASCUNO dei coniugi della facoltà di ipotecare o vendere i beni. Tale clausola, sulla quale la Corte d'appello non si era pronunciata, costituisce infatti la deroga alla prima parte dell'articolo 169 che prevede la necessità del consenso congiunto dei coniugi per gli atti di alienazione ivi previsti. Ciò conferma, appunto, che la deroga cui tutto il precedente svolgimento della motivazione la corte si riferisce, ritenendola legittima ed espressamente riconosciuta dal legislatore, è quella che esclude la necessità di autorizzazione giudiziale per gli atti previsti dall'articolo 169.

4) Conferma della legittimità della costituzione di ipoteca su beni costituiti in fondo patrimoniale anche per bisogni non familiari (con apparente conseguenza che tale estraneità incida solo sull'ordine di precedenza nell'esecuzione forzata sugli stessi) (v. anche sub Orientamento n.11 in tema di ipoteca su beni costituiti in fondo patrimoniale).

La Suprema Corte, nella parte finale della sentenza, affronta una questione che la Corte d'appello non aveva esaminato ritenendola assorbita dalla già affermata mancanza di legittimazione del curatore del nascituro (poi nato) a chiedere la nullità degli atti di apertura di credito posti in essere dai genitori senza le necessarie autorizzazioni. Tralasciando gli aspetti processuali che qui non rilevano, è invece interessante soffermarsi sull'ultima delibazione che la corte sollecita da parte del giudice del merito, invitandolo a re-interpretare la domanda del curatore (apparentemente tesa a richiedere la nullità degli atti di apertura di credito) tenendo conto, oltre che del criterio letterale, della asserita titolarità sostanziale del rapporto in capo al minore e - aspetto di maggiore nostro interesse - a identificare il reale e concreto contenuto della pretesa azionata dall'attore, in particolare considerando che egli aveva agito per ottenere l'annullamento dell'atto di scioglimento del fondo patrimoniale (e non, in via principale, l'annullamento degli atti di apertura di credito) la cui relativa declaratoria era per lui di grande interesse per il fatto che “..... qualora venisse dichiarato nullo o comunque invalido l'atto di scioglimento del

fondo patrimoniale verrebbe quindi regolarmente iscritto il predetto fondo patrimoniale con la data di prima intavolazione, mentre le ipoteche delle banche verrebbero a collocarsi in coda”.

In particolare, quest’ultima affermazione interessa molto in quanto, sia pur implicitamente, la Suprema Corte chiarisce dunque che le ipoteche iscritte a garanzia di debiti estranei agli interessi della famiglia sono valide (prima importante precisazione); e sembra altresì ritenere che esse verrebbero così postergate (evidentemente per effetto della previsione di cui all’articolo 170 c.c.) rispetto alle azioni di creditori della famiglia.

Questo consente, quindi, di affermare e confermare anzitutto che eventuali ipoteche iscritte a garanzia di bisogni estranei alla famiglia sono valide e quindi ricevibili. La loro “estraneità”, però, potrebbe determinare una prelazione postergata dei relativi creditori rispetto a quella dei creditori “familiari”, questione peraltro tuttora controversa e di natura prettamente processuale.

Dopo aver quindi confermato diverse conclusioni cui è giunta questa Commissione, la Suprema Corte afferma, però, la necessità del consenso del curatore nominato ex art. 320 c.c., debitamente autorizzato qualora vi sia la presenza di figli minori e nascituri concepiti.

L’ultimo principio enunciato dalla Suprema Corte da un lato sembra porsi, per più profili, in contraddizione con le precedenti affermazioni da essa svolte, e dall’altro utilizza argomentazioni che non appaiono del tutto condivisibili.

Di seguito le contraddizioni.

La Suprema Corte ammette la derogabilità della necessità di autorizzazione laddove essa è, in principio, espressamente prevista (art. 169 c.c.), mentre ne dichiara l’inderogabilità laddove essa non è assolutamente menzionata (artt. 163, 171 c.c.), pur avendo espressamente riconosciuto che la necessità di autorizzazione per alienare beni del proprietario (non dei figli) è previsione eccezionale che deroga alla norma generale di cui all’art. 1379 c.c..

Da un lato la Suprema Corte afferma la netta distinzione tra atto di “alienazione di beni del fondo - che comunque, nonostante l’atto dispositivo incidente sulla sua consistenza, conserva la sua validità ed efficacia - rispetto a quello di cessazione dello stesso che ne determina l’estinzione.....”, atto dispositivo per la cui autorizzazione prevista dall’art. 169 c.c. riconosce la piena derogabilità. Ma dall’altro lato afferma l’esistenza di un interesse giuridicamente protetto dei figli minori (e dei nascituri concepiti) che comporta la necessità di autorizzazione tutoria, argomentando che “....Per i componenti del nucleo familiare non è certamente irrilevante la consistenza del patrimonio istituzionalmente destinato all’esclusivo soddisfacimento dei relativi bisogni”.

La Suprema Corte trae argomenti testuali per affermare la sussistenza dell’interesse giuridicamente protetto dei figli minori (e nascituri concepiti, per i quali aggiunge altre considerazioni, ugualmente non molto convincenti) oltre che dagli stessi articoli 169 e 171 c.c., anche dalla sua asserita derivazione dalle finalità del fondo patrimoniale.

Essa, in particolare, entra nel merito della scelta di politica legislativa effettuata dal Legislatore del 1975 di attenuare i vincoli previsti dal precedente patrimonio familiare, scelta che definisce "di dubbia coerenza". Tale valutazione, però, sembra esulare dai compiti e dai poteri della Corte, che non potrebbe dunque farne discendere ulteriori e rilevanti conseguenze, come invece sembra fare.

Esaminandone gli argomenti normativi, con riguardo all'articolo 169 c.c. si può osservare, peraltro, che essa stessa, come sopra ricordato, riconosce la facoltà dei genitori di riservarsi la piena alienabilità dei beni, e quindi di sottrarsi alla valutazione dell'interesse dei figli minori che verrebbe fatta dal giudice tutelare; mentre, nel richiamare a conferma della necessità di autorizzazione giudiziale la previsione di cui all'articolo 171 c.c., non rileva che la norma (eccezionale nella disciplina, ma non tassativa nell'elencazione delle cause ivi previste) si riferisce ai figli in generale, senza limitarsi ai soli minori. Un richiamo ad essa, quindi, appare in realtà inconferente, per avere la norma (come più sopra sottolineato) una sua precisa e specifica ratio.

Ciò trova conferma nella riflessione per cui, a voler portare il richiamo all'art. 171 c.c. alle sue (estreme ma) logiche conseguenze, l'autorizzazione tutoria (e il curatore speciale) dovrebbe chiedersi anche in presenza di figli maggiorenni (non autonomi...forse), il che è palesemente smentito dalla disciplina generale del fondo patrimoniale (e questo sì in contrasto con le finalità espresse di deformalizzazione del Legislatore del 1975).

Le contraddizioni sopra evidenziate da un punto di vista giuridico sembrano trovare ancora più evidente conferma nella raffigurazione di un esempio pratico.

Si ipotizzi un fondo patrimoniale costituito da coniugi con figli minori ed avente ad oggetto un unico bene.

Seguendo il ragionamento della Suprema Corte, i genitori potrebbero liberamente alienare l'unico bene oggetto del fondo (avendo espressamente previsto la deroga relativa rispetto alla previsione dell'articolo 169 c.c.), mentre - ancorché il fondo sia rimasto totalmente privo di beni (e quindi permanga solo come previsione generale di convenzione matrimoniale iscritta al registro dello stato civile) - per il suo scioglimento ai sensi dell'articolo 163 c.c. sarebbe indispensabile la nomina di un curatore speciale che si munisse dell'autorizzazione del giudice tutelare, ancorché la norma si riferisca esclusivamente alle "parti originarie" della convenzione matrimoniale. Una tale conclusione appare piuttosto incoerente rispetto al sistema.

Quanto all'affermazione di un interesse giuridicamente tutelato anche per i figli nati concepiti, la Suprema Corte richiama anzitutto l'articolo 1 comma 2 c.c. che riconosce al concepito la possibilità di divenire titolare di diritti; richiama le norme in materia di successione e donazione che li prevedono espressamente; richiama poi norme di altre leggi quali la legge n. 40/2004 contenente "disposizioni concernenti la tutela del nascituro"; la legge n. 405/1975 che attribuisce al nascituro la tutela del diritto alla salute

riconosciuto dall'articolo 32 Cost.; la legge 194/1978 per la quale la vita umana è tutelata fin dal suo inizio; l'articolo 578 C.P. (infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale) per i profili penali.

Richiama altresì la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione che ha ritenuto meritevole di accoglimento la domanda di danni proposta da soggetto non ancora nato alla data della commissione dell'illecito.

Al riguardo si possono però svolgere osservazioni critiche.

Quanto al richiamo all'articolo 1 c.c., infatti, la Corte non sembra tenere in debito conto che il secondo comma di tale norma recita: "i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita".

La norma, cioè, pone una riserva di legge in relazione, appunto, a diritti (condizionati) che vengano (eccezionalmente) riconosciuti prima del momento in cui, con la nascita, si acquista la capacità giuridica.

Mentre i casi richiamati dalla Suprema Corte sono, appunto, previsti da norme specifiche (ed eccezionali) di legge, essa ne estende interpretativamente la applicazione in relazione alle norme relative alla modificazione delle convenzioni matrimoniali e allo scioglimento del fondo patrimoniale, che invece non ne contengono cenno.

Il richiamo al riconoscimento giurisprudenziale del diritto al risarcimento del danno non appare convincente per almeno due considerazioni. In primo luogo perché esso stesso è, in effetti, comunque estraneo alla riservata previsione di legge alla quale l'articolo 1 c.c. fa inequivoco riferimento; in secondo luogo perché tale riconoscimento giurisprudenziale, per i casi concreti in cui è stato affermato, potrebbe peraltro vedersi ricollegato analogicamente alle previsioni successive che hanno come beneficiari i nascituri concepiti.

Nell'ambito qui esaminato, dunque, la Suprema Corte afferma la sussistenza di un diritto del nascituro concepito in nessun modo previsto dalla legge.

Ancora una volta una esemplificazione concreta può essere di supporto per revocare in dubbio la condivisibilità di tale affermazione della Corte.

In base ad essa, infatti, per evitare contestazioni in ordine alla legittimità di stipulazione di un fondo patrimoniale, non potendosi il notaio evidentemente basare sulle sole dichiarazioni delle parti circa l'insussistenza di figli nascituri concepiti (vista la gravità delle conseguenze in caso di falsa o anche solo erronea dichiarazione al riguardo, e salva la palese attesa), bisognerebbe concludere che il notaio dovrebbe in ogni caso richiedere un test negativo di gravidanza alla data di stipulazione del fondo.

Il che potrebbe apparire davvero eccessivo.

## **11) IPOTECA SU BENI COSTITUITI IN FONDO PATRIMONIALE**

**In presenza di una clausola che deroghi alla preventiva autorizzazione del giudice per ipotecare un bene costituito in fondo patrimoniale da parte dei coniugi con figli minori, il giudizio in ordine all' idoneità di un tale atto a soddisfare bisogni familiari è rimesso esclusivamente ai coniugi (o al solo coniuge proprietario in presenza di deroga al consenso congiunto ex art. 169 C.C.); conseguentemente il relativo atto costitutivo di ipoteca è sempre valido.**

L'art. 169 c.c. espressamente consente che sui beni costituiti in fondo patrimoniale vengano iscritte ipoteche; tale attività negoziale sarà validamente posta in essere col consenso congiunto dei coniugi e, in presenza di figli minori, previa autorizzazione giudiziale che valuti la sussistenza dei requisiti di necessità o utilità evidente. Tuttavia i coniugi, in sede di costituzione del fondo o di successiva modifica, possono derogare a entrambi i requisiti, per cui, anche in presenza di figli minori, il coniuge proprietario può validamente iscrivere ipoteca sui suoi beni costituiti in fondo.

Questa prima conclusione trova importante conferma in un recente arresto della Suprema Corte (4 giugno 2010 n. 13622) secondo il quale "L'articolo in questione (art. 169 c.c. NdA) prevede dunque che il costitutore o i costitutori del fondo patrimoniale possono riservarsi la possibilità di alienare, ipotecare o vincolare i beni costituiti in fondo patrimoniale discostandosi dai vincoli stabiliti in proposito dall'articolo stesso". E' appena il caso di sottolineare che l'orientamento favorevole alla validità di una tale clausola può ormai dirsi consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, posto che tale conclusione si trova ribadita anche nella recente sentenza 8 agosto 2014 n. 17811 "Non incide infine sulla detta conclusione né la natura gratuita del conferimento né la facoltà, espressamente riconosciuta ai coniugi dal legislatore, di derogare convenzionalmente alla previsione del divieto di alienazione dei beni del fondo, disposta in via generale (art. 169 c.c., comma 1)" (per altre considerazioni in tema v. sub Orientamento n. 4).

Pertanto, solo in presenza di figli minori e in assenza di una clausola che deroghi alla preventiva autorizzazione giudiziale, per la valida costituzione di ipoteca i coniugi dovranno munirsi del provvedimento autorizzatorio che verrà rilasciato dal giudice solo dopo aver valutato la necessità o utilità evidente; ma in tutti gli altri casi la valutazione in ordine alla necessità/utilità è rimessa esclusivamente ai coniugi (o al solo coniuge proprietario), senza che altri (ad esempio il notaio chiamato a ricevere l'atto) possano valutare l'inerenza ai bisogni familiari e dunque mettere in dubbio la ricevibilità dell'atto costitutivo dell'ipoteca.

Del resto, avendo la Suprema Corte notevolmente ampliato l'area dei bisogni familiari, non si vede che strumenti avrebbe il notaio per valutare negativamente tale inerenza.

Non v'è sentenza od ordinanza della Cassazione che, sul punto, non ribadisca come “nei bisogni familiari sono ricompresi anche le esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia nonchè al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione solo delle esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi” (*ex multis* Cass. ordinanza 24 febbraio 2015 n. 3738, Cass. 19 febbraio 2013, n. 4011).

Significativo sul punto è anche questo passo della sentenza della Suprema Corte 4 giugno 2010 n. 3622: “La ratio della norma è evidentemente quella di porre delle limitazioni alla libera commercializzazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale proprio per assicurare che gli stessi restino a garanzia del soddisfacimento delle esigenze familiari, senza peraltro stabilire un vincolo di indisponibilità assoluta che potrebbe essere controproducente per gli interessi della famiglia ove questa si trovasse nella necessità di liquidare alcuni beni del fondo per le proprie esigenze ovvero, la liquidazione si rivelasse particolarmente proficua e vantaggiosa”.

Appare di tutta evidenza come tali valutazioni, in presenza di una clausola che deroghi all'autorizzazione giudiziale, possano essere compiute solo dai coniugi, senza che il notaio rogante possa compiere alcuna diversa valutazione.

## 12) FONDO PATRIMONIALE E PERTINENZE

**Benché l'art. 817 c.c. preveda che gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, è discusso se tale regime si applichi anche agli atti costitutivi di fondo patrimoniale. Pertanto il notaio rogante è tenuto a indicare espressamente in atto l'esistenza di eventuali pertinenze immobiliari afferenti il bene principale costituito in fondo.**

L'ordinamento giuridico sembra dettare una disciplina conforme in tema di pertinenze.

L'art. 817 c.c. prevede che gli atti e i rapporti giuridici che hanno per oggetto la cosa principale comprendono anche le pertinenze, se non è diversamente disposto.

L'art. 1477 c.c., in tema di consegna della cosa nell'ambito della vendita, prevede che, salvo diversa volontà delle parti, la cosa deve essere consegnata insieme con gli accessori, le pertinenze e i frutti dal giorno della vendita.

L'art. 667 c.c., in tema di legati, prevede che la cosa legata, con tutte le sue pertinenze, deve essere prestata al legatario nello stato in cui si trova al tempo della morte del testatore.

L'art. 2810 c.c., in tema di beni capaci di ipoteca, prevede che la stessa, qualora iscritta su beni immobili, si estenda alle pertinenze.

Medesima disciplina viene estesa dalla dottrina anche in tema di usufrutto.

Infine l'art. 24 del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131, recependo la disciplina civilistica, prevede che nei trasferimenti immobiliari [...] le pertinenze si presumono trasferite all'acquirente dell'immobile, a meno che siano esclusi espressamente dalla vendita.

Si tratta di stabilire se il principio sopra esposto sia applicabile anche in caso di costituzione di fondo patrimoniale. Si tratta cioè di prendere in considerazione l'ipotesi in cui venga costituito un fondo patrimoniale, destinandovi un immobile, senza la espressa previsione in atto dell'esistenza di una o più pertinenze immobiliari.

Sarà necessario prestare particolare cautela all'ipotesi in oggetto, in quanto, come è pacifico in dottrina, la destinazione a pertinenza non è un negozio giuridico ma un atto giuridico in senso stretto. Poiché gli effetti degli atti giuridici sono stabiliti in modo invariante dalla legge, sulla base della semplice consapevolezza e volontà dell'agente di porre in essere una determinata azione, sarà sufficiente che il proprietario, a mente di quanto previsto dall'art. 817 c.c., destini un certo bene immobile in modo durevole a servizio o ad ornamento di un altro bene immobile affinché si applichi integralmente la sopra evidenziata disciplina in tema di pertinenze, salvo che non sia espressamente disposto altrimenti.

Le conseguenze di quanto illustrato, anche in tema di responsabilità per il notaio rogante, non sono indifferenti, specie con riguardo alle ipotesi di pretese di eventuali creditori personali del coniuge su beni pertinenziali non espressamente menzionati in atto.

Sul punto la dottrina appare divisa. Secondo un primo orientamento "non è sufficiente la sussistenza del solo vincolo pertinenziale tra la cosa accessoria e quella principale costituita in fondo ma occorre, comunque, un'espressa manifestazione di volontà da parte dei costituenti al fine di individualizzare i beni su cui deve essere impresso il vincolo del fondo patrimoniale".

L'orientamento sembra trovare una giustificazione letterale nell'art. 167 c.c., il quale prevede che siano destinati "determinati" beni immobili.

In contrario è possibile obiettare che: 1) il vincolo di pertinenza ha natura reale; 2) la pertinenza forma con la cosa principale un'unità in senso economico - sociale, in rapporto alla funzione unitaria e alla comune destinazione; 3) la disciplina generale del codice civile, in tema di regime delle pertinenze, indica che le medesime, salvo patto contrario, seguono la sorte del bene principale.

In questo senso si pone, autorevolmente, altra dottrina per la quale, senz'altro, "il conferimento di un bene immobile ricomprende, salva previsione contraria, le pertinenze su di esso costituite".

La difformità di opinioni con riguardo al tema induce il notaio rogante alla massima prudenza, tanto più se si considera che, salvo il caso in cui il disponente si riservi la proprietà della cosa - con il risultato che l'effetto della costituzione del fondo sia la sola imposizione del vincolo di indisponibilità dell'oggetto per scopi estranei al soddisfacimento dei bisogni della famiglia - l'art. 168 c.c. prevede il trasferimento della proprietà del bene in capo ad entrambi i coniugi, mediante un trasferimento inquadrato dalla dottrina per lo più come liberale. Tale circostanza, nel caso si aderisse alla teoria dell'automatico trasferimento delle pertinenze, anche se non espressamente citate, esporrebbe l'atto a pericolosi giudizi di validità sotto il profilo del rispetto della normativa urbanistica e catastale.

### **13) FONDO PATRIMONIALE E ACCESSIONE**

**Allorquando venga realizzato un fabbricato su area precedentemente destinata al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, in forza della costituzione di fondo patrimoniale, il relativo vincolo si estende al nuovo manufatto.**

**Non sarà pertanto necessario procedere al perfezionamento di un successivo nuovo atto né ad alcuna forma di pubblicità.**

L'orientamento si occupa dell'ipotesi in cui, sul terreno privo di fabbricati sovrastanti originariamente conferito in fondo patrimoniale, venga successivamente edificato un fabbricato. Ci si chiede se tale nuovo edificio venga automaticamente affetto dal vincolo imposto sul terreno o sia piuttosto necessario procedere al perfezionamento di un successivo nuovo atto da trascriversi nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2647 c.c. e da annotarsi ai sensi dell'art. 162 c.c. (nel caso si ritenga di trattare la fattispecie come "nuovo fondo") o dell'art. 163 c.c. (nel caso si ritenga che l'operazione configuri una modifica del fondo patrimoniale precedente).

Si è sostenuto in dottrina che il vincolo destinatorio non si estende ai manufatti realizzati sull'area oggetto del conferimento successivamente ad esso.

Tale orientamento si fonda principalmente sull'argomentazione secondo la quale l'art. 167 c.c. richiede che i beni immobili vincolati siano "determinati", per cui "la costituzione in fondo patrimoniale di un certo bene immobile non importa l'automatica estensione alle sue accessioni del vincolo di destinazione".

La prospettiva trae legittimazione da autorevole dottrina secondo la quale "non entrano nel fondo i nuovi acquisti che i coniugi compiono per accessione, in virtù della titolarità dei beni del fondo (ad esempio la costruzione realizzata su un terreno vincolato ai bisogni della famiglia). Per costituire il vincolo anche su di essi occorre allora un apposito atto di attribuzione al fondo del nuovo bene, altrimenti esso appartiene ai coniugi in comunione ordinaria, senza vincolo alcuno" (Auletta).

Della medesima opinione è altra dottrina per la quale "in mancanza di una espressa manifestazione di volontà il vincolo di fondo patrimoniale non può essere esteso alle opere fatte sopra o sotto il suolo" (De Paola).

Le opinioni sopra espresse devono, tuttavia, essere considerate anche alla luce dell'operatività dell'istituto dell'accessione.

Com'è noto, infatti, l'articolo 934 c.c. prevede che qualunque costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo, salvo che risulti diversamente dal titolo e dalla legge.

Da questo punto di vista, anche la dottrina che nega l'inclusione automatica in fondo del bene immobile costruito sul terreno precedentemente vincolato, afferma che al fondo "appartengono senz'altro le accessioni che per l'ordinamento non costituiscono beni autonomi (ad esempio gli alberi piantati sul terreno appartenente al fondo)" (Auletta). L'opinione trae sicuro riferimento, *a contrario* dalla previsione di cui all'art. 956 c.c., secondo il quale non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente dalla proprietà del suolo e tuttavia, a tal riguardo, non sembra possibile non considerare che la previsione di cui all'art. 956 c.c. - di carattere eccezionale - fu introdotta unicamente per ragioni di tutela del progresso agricolo della nazione. In realtà appare evidente che l'autonomia di una piantagione e quella di una costruzione, rispetto al rispettivo sedime, non differiscono in nulla. Soltanto il divieto speciale di cui all'articolo 956 c.c. c.c. osta a ritenere che la piantagione non incrementi il fondo patrimoniale, in quanto l'ordinamento non consente di costituire un diritto di superficie sulla piantagione. Ma è proprio quest'ultima considerazione che, si ritiene, ponga fondati dubbi sull'opinione che nega l'inclusione delle accessioni all'oggetto del fondo patrimoniale; infatti essa presuppone necessariamente, dal punto di vista logico, che ad evitare il fenomeno dell'accessione intervenga una sorta di costituzione automatica di proprietà superficiale avente ad oggetto l'edificato, che quindi resterebbe estraneo al fondo patrimoniale. L'articolo 934 c.c., al contrario, limita l'operare dell'accessione soltanto in presenza

della costituzione di un diritto di superficie o di una norma di legge che, nel caso concreto, dovrebbe essere l'articolo 167 c.c. allorché richiede il conferimento di beni "determinati". Seguendo la pur autorevole opinione summenzionata, si dovrebbe ritenere che i creditori traenti il proprio titolo da debiti contratti per scopi ai bisogni della famiglia, dovrebbero iniziare un'azione esecutiva sulla proprietà separata dell'immobile essendo quest'ultima costituita per legge con l'edificazione del fabbricato. Tale conclusione non appare condivisibile, se non altro per ragioni di tutela dell'agevole traffico giuridico dei beni immobili.

In realtà sembra più eufemico all'ordinamento giuridico ritenere che, nel caso di specie, l'operare del principio della accessione estenda il regime del bene principale a quello accessorio ed incorporato. Sembra cioè necessario prendere atto che, a seguito dell'acquisto a titolo originario della proprietà del manufatto da parte del proprietario del terreno, si venga a creare, per incorporazione, un "tutto" stabile ed inscindibile, come per altro conferma l'articolo 812 c.c., per il quale sono beni immobili gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio e tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. Posto quindi che il proprietario del suolo diviene anche proprietario dell'edificio, a quest'ultimo verrà comunicato il regime giuridico al quale soggiace il primo, in quanto la congiunzione materiale e giuridica tra i due beni non è impedita da un diritto di superficie che ne separi i destini.

Tale conclusione sembra confortata anche dalle norme in tema di usufrutto (art. 983 c.c.), di ipoteca (2811 c.c.), di legato (art. 667 comma secondo c.c.). Ciò posto, si deve ritenere che la costruzione di edifici su aree precedentemente vincolate in fondo patrimoniale non richieda la perfezione di ulteriori atti né la pubblicità presso i registri dello Stato civile e presso gli uffici Immobiliari, bastando le formalità precedentemente svolte.

#### **14) FONDO PATRIMONIALE E QUOTA DI S.R.L.**

**Sono conferibili in fondo patrimoniale le quote di società a responsabilità limitata, risultando soddisfatta l'esigenza di portare a conoscenza dei terzi l'esistenza del vincolo segregativo.**

E' di tutta evidenza come - a fronte della limitazione oggettiva contenuta nell'art. 167 C.C. (che testualmente si riferisce a "*determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito*") -sia ormai da tempo diffusa la prassi di costituire il fondo patrimoniale destinando a far fronte ai bisogni della famiglia anche quote di s.r.l..

Tale prassi – avallata dai Registri delle Imprese ormai da più di un decennio – appare legittima alla luce delle seguenti considerazioni fondate anzitutto sulla *ratio* della citata previsione codicistica oltre che sul regime pubblicitario delle vicende circolatorie al quale la quota di s.r.l. è oggi sottoposta.

In particolare, la *ratio* della limitazione oggettiva contenuta nell'art. 167 C.C. pare doversi rinvenire nell'esigenza – fatta propria dal Legislatore – di assoggettare ad adeguata pubblicità il vincolo di destinazione ai bisogni della famiglia che si pone su determinati beni. Ne segue che, se da un lato, deve pur sempre trattarsi di beni per i quali esiste un sistema di pubblicità in vista dell'esigenza di tutela di un interesse alla conoscibilità del vincolo sul singolo bene in funzione della sua opponibilità ai terzi (fermo sempre il diverso orientamento della Suprema Corte a ritenere bastevole e costitutivo l'annotamento nei registri dello stato civile, peraltro ampiamente criticato dalla dottrina: v. Orientamento n. 3), dall'altro l'elencazione contenuta nell'art. 167 comma 1 C.C. si presta a una interpretazione estensiva per effetto della quale qualunque bene, in quanto suscettibile di adeguata pubblicità in relazione ai vincoli ai quali esso sia sottoposto, può prestarsi alla costituzione in fondo patrimoniale.

In questa prospettiva, dunque, appare questione di secondo piano la qualificazione della natura giuridica della quota di s.r.l. (in quanto possa o meno considerarsi alla stregua di un bene mobile iscritto in un pubblico

registro) mentre assume rilievo primario la questione se il regime pubblicitario al quale essa è oggi assoggettata sia idoneo a dare adeguata pubblicità al vincolo al quale sia – eventualmente - sottoposta ex art. 167 C.C. .

E' noto come la questione della natura giuridica della quota di società a responsabilità limitata sia controversa e, ad oggi ancora, tutt'altro che risolta. Essenziale tuttavia, ancorchè non risolutiva, può dirsi l'attuale previsione dell'art. 2470 C.C. .

Quanto alla ricostruzione dogmatica della partecipazione in s.r.l. molteplici e differenti sono le tesi avanzate in dottrina e in giurisprudenza. Alle teorie, ormai risalenti, che qualificavano la quota di s.r.l. come diritto di credito del socio nei confronti della società o comunione qualificata dall'esercizio dell'impresa ovvero ancora quale diritto di partecipazione al patrimonio sociale non assimilabile né ai diritti reali né ai diritti di credito, si è affiancata in epoca più recente l'idea che si tratti di una posizione contrattuale attributiva di uno *status* (quale sintesi della pluralità di diritti e obblighi che derivano dall'adesione al contratto sociale) o di bene immateriale.

Con l'avvento della Legge 310/1993 (c.d. Legge Mancino) si fece strada – almeno in dottrina – anche il convincimento che la quota ben potesse essere considerata quale bene mobile registrato (a seguito della novellazione dell'art. 2479 C.C. con la previsione dell'obbligo di deposito per l'iscrizione nel Registro delle Imprese), sia pure soprattutto allo scopo di trovare una appagante risposta al problema del conflitto tra più aventi causa dallo stesso alienante.

La riforma del diritto delle società di capitali di cui al D.Lgs 6/2003 (e la relativa riformulazione dell'art. 2470 C.C.), prima, e la ulteriore novellazione di cui al D.L. 29 novembre 2008 n. 185 convertito in legge con modificazioni dalla Legge 28 gennaio 2009 n. 2 (che ha espunto ogni riferimento al libro soci) sembrerebbe – peraltro non senza dubbi interpretativi e operativi – aver quantomeno assimilato la quota di s.r.l. al bene mobile (ancorchè

immateriale) ma comunque iscritto in un pubblico registro ai fini delle vicende circolatorie e di opponibilità ai terzi dei vincoli sulle stesse.

Anzi, propria la novella del D.L. 185/2008 pare aver dato impulso ad una interpretazione evolutiva della disciplina del “trasferimento” (in senso lato, da considerarsi dunque come qualsiasi vicenda modificativa sul piano soggettivo del titolare dei diritti amministrativi e/o patrimoniali) delle quote di s.r.l. nell’ottica della sua assimilazione con i beni mobili registrati e con il sistema della pubblicità immobiliare (che contempla la pubblicità di vicende non solamente circolatorie bensì anche prodromiche alla circolazione ovvero prenotative).

In questa ottica il principio di tassatività delle iscrizioni nel Registro delle Imprese (art. 2188 comma 1 Codice Civile, ribadito dal l’art. 7 comma 2 lett. b) del D.P.R. 7 dicembre 1995 n. 581) più volte affermato nella giurisprudenza meno recente, appare in realtà lasciare spazio ad una interpretazione estensiva volta a enucleare un principio di completezza e trasparenza sotteso all’intero sistema delle pubblicità commerciali (ricavabile in via interpretativa da una serie di disposizioni codicistiche quali l’art. 2196 ultimo comma, l’art. 2300, l’art. 2309, l’art. 2385 ultimo comma, l’art. 2400, l’art. 2436, l’art. 2487 bis, l’art. 2497 bis, l’art. 2612 ultimo comma, nonché dall’art. 8 comma 6 Legge 29 dicembre 1993 n. 580) legittimando per tal via la possibilità di iscrivere nel Registro delle imprese, anche in difetto di una espressa previsione normativa, tutti gli eventi modificativi o estintivi di situazioni soggette ad iscrizione e, a fortiori, già iscritte (in tal senso per l’interpretazione estensiva dell’art. 2470 c.c. che attribuisce al termine “atto di trasferimento” un significato coerente con l’obiettivo della trasparenza nella circolazione delle quote di s.r.l., con conseguente possibilità di iscrivere a registro delle imprese ogni vicenda che riguarda tali quote, anche se solo prodromica alla loro acquisizione v. Tribunale di Pavia, decr. 16 luglio 2012; Trib. di Milano, decr. 17 aprile 2014 nonché con Ordinanza del 23 dicembre 2014 per cui *“la domanda di azione revocatoria, avente ad oggetto atti*

*costitutivi di fondi composti da quote di s.r.l., è iscrivibile presso il registro delle imprese*”). Del resto tale interpretazione è stata avallata dal Ministero dello Sviluppo Economico con parere prot. n. 019258 del 18 settembre 2012, con la previsione espressa che il principio di tassatività delle iscrizioni possa cedere il passo al principio di completezza e organicità, con conseguente possibilità di iscrizione di atti o fatti per i quali la stessa non è espressamente prevista.

Ciò detto, appare altresì legittima - alla luce del principio generale di naturale divisibilità della quota di s.r.l. (ancorchè non più codificato *expressis verbis* a seguito della Riforma del diritto delle società di capitali ex D. Lgs n. 6/2003) - la costituzione in fondo patrimoniale anche soltanto di una parte della quota di partecipazione in società a responsabilità limitata.

Infine, con riguardo alla legittimazione all'esercizio dei diritti sociali connessi alla quota conferita in fondo patrimoniale si impone un coordinamento fra le regole del diritto societario (art. 2468 ultimo comma C.C. per il quale i diritti amministrativi connessi alle partecipazioni in s.r.l. appartenenti a più soggetti devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo quanto previsto dagli artt. 1105 e 1106 in tema di comunione ordinaria) e le regole del diritto di famiglia (nella specie quelle sull'amministrazione della comunione legale in forza del richiamo alle stesse da parte dell'art. 168 che rinvia all'art. 180 C.C.).

Nell'ipotesi della costituzione in fondo patrimoniale della quota di s.r.l. da parte di coniugi comproprietari non sembra potersi revocare in dubbio che si imponga la nomina di un rappresentante comune. Nella diversa ipotesi di costituzione del fondo da parte di un coniuge con riserva della titolarità della partecipazione, la disposizione dell'art. 180 C.C. comporta che l'altro coniuge divenga titolare di un diritto di godimento comprendente la facoltà di amministrare la partecipazione costituita in fondo che ai sensi dell'art. 168 comma 3 è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale. Ne segue, quantomeno come tecnica redazionale, la necessità di

risolvere il possibile contrasto tra norma di diritto societario e norma del diritto di famiglia, nel senso della nomina di un rappresentante comune.