

AUTONOMIA PRIVATA E LIMITI ALLA DEROGABILITA' DELL'ART. 169 C.C.

IN MATERIA DI FONDO PATRIMONIALE

1) Premessa

L'art. 169 c.c. detta una speciale disciplina per taluni atti di disposizione dei beni oggetto di fondo patrimoniale.

Nella tendenziale rigidità strutturale del fondo patrimoniale, troviamo nell'art. 169 c.c. uno degli spazi riconosciuti all'autonomia privata per derogare alle regole dettate per questo istituto.

Da un'analisi complessiva della specifica disciplina del fondo patrimoniale (artt. 167 – 171 c.c.¹) emergono due ambiti nei quali è espressamente riconosciuto uno spazio all'autonomia privata, per derogare al regime legale:

- l'art. 168, comma 1, il quale fissa la regola della spettanza ad “entrambi i coniugi” **della proprietà dei beni** costituiti in fondo patrimoniale riservando però uno spazio di deroga dove testualmente prevede: “salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione”. E' questa la norma in base alla quale si ritiene consentita la costituzione del fondo patrimoniale “con riserva della proprietà”, nelle sue diverse tipologie, e che rende il fondo patrimoniale particolarmente duttile nelle sue fattispecie costitutive;
- l'art. 169, comma 1, che fissa regole, che qui analizzeremo, per l'alienazione dei beni del fondo patrimoniale riservando però uno spazio di deroga dove testualmente prevede: “Se non è espressamente consentito nell'atto di costituzione..”.

A questi due ambiti, normativamente previsti come spazi di autonomia privata dalle specifiche norme in materia di fondo patrimoniale, possiamo ora aggiungere quello riconosciuto dalla recente Sentenza della Suprema

¹ Riguardo alla disciplina dettata per il fondo patrimoniale, e alle persistenti difficoltà interpretative, pare evidente come il risultato normativo è un istituto disciplinato in maniera scarna, la cui disciplina, come rileva la Suprema Corte nella recente Sentenza 8/8/2014 n. 17811, “non risulta esaustiva, avendo il legislatore ad essa dedicato soltanto cinque articoli, all'interno dei quali non sono puntualmente delineate e distinte le diverse fasi della costituzione, della gestione, della modificazione e dell'estinzione del fondo. Non solo ma nella disciplina adottata sono ravvisabili profili di dubbia coerenza...”

Corte n.17811 dell'8 agosto 2014², con riferimento alla dibattuta questione dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale, oggetto della relazione che mi ha preceduto.

Come noto nella citata, recente decisione la Suprema Corte, pronunciandosi per la prima volta sulla questione, ha espresso un orientamento favorevole allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale in mancanza di figli minori concludendo che: "in mancanza di figli, lo scioglimento del fondo patrimoniale può intervenire anche sulla base del solo consenso dei coniugi."³, giungendo invece a diverse conclusioni in presenza di figli minori o anche solo concepiti.

Nel giungere a queste conclusioni sulla specifica questione dello scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale la Suprema Corte svolge importanti riflessioni sull'art. 169 c.c., e sulla ratio della normativa in materia di fondo patrimoniale nel suo complesso, di rilievo per le conclusioni a cui giungeremo.

² Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 17811 del 08/08/2014*, in Archivio CED Cassazione.

³ Come noto già prima della decisione della Suprema Corte la giurisprudenza prevalente ammetteva lo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale senza autorizzazione giudiziale, confondendo tuttavia, nelle varie sfumature argomentative la cessazione del fondo con la portata della deroga consentita dall'art. 169 c.c.. In questo senso, Trib. Venezia, sez. minorenni, 7 febbraio 2001, in *Riv. not.*, 2001, 2, 1189, secondo cui "In base al combinato disposto degli artt. 171 cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ., il Tribunale per i Minorenni non è competente ad autorizzare la convenzione di scioglimento del fondo patrimoniale, per la quale è di conseguenza sufficiente l'atto pubblico notarile»; Trib. Verona, 30 maggio 2000, in *Giur. mer.*, 2000, I, 1164; Trib. Milano, 6 marzo 2013, in *Redazione Giuffrè*, 2013. In questo senso anche Trib. Aquila, sez. minorenni, 12 marzo 2008, secondo cui "Lo scioglimento volontario trova ingresso nella «modificabilità delle convenzioni matrimoniali, previsto dall'art. 163 cod. civ., oltre che nel ricorso ai principi generali in tema di libertà negoziale dagli artt. 1321 e 1372 c.c.»; Cass., ord. 21 settembre 2006, n. 20418, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10; Trib. Padova, 5 maggio 2006, in *Redazione Giuffrè 2006*, secondo cui "Qualora i coniugi, in presenza di figli minori, intendano estinguere consensualmente il fondo patrimoniale con apposita convenzione, all'ipotesi che rientra nella fattispecie di cessazione del fondo va applicata la disciplina dettata dall'art. 171 c.c. la quale non prevede alcuna autorizzazione giudiziale"; Trib. Brescia, 9 giugno 2006, secondo cui "Nel caso in cui sia stata espressamente consentita nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale la facoltà dei coniugi di vendere liberamente i beni del fondo, non è necessaria richiedere alcuna autorizzazione giudiziale anche nel caso di figli minorenni»; Trib. Torino, 2002, in *Vita not.*, 2002, 1193, secondo cui "ritenuto, conformemente alla tesi seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, che qualora l'atto di costituzione di beni immobili in fondo patrimoniale preveda che, anche in presenza di figli minori, i coniugi possano concordemente, senza autorizzazione giudiziale, alienare tali beni, il tribunale deve dichiarare il non luogo a provvedere in ordine alla richiesta d'autorizzazione avanzata da entrambi i coniugi genitori di figli minori".

Questo ulteriore ambito riconosciuto all'autonomia privata nell'ambito della disciplina del fondo patrimoniale trova la sua base normativa, non all'interno delle poche norme espressamente dettate per tale istituto, ma nel principio generale della modificabilità delle convenzioni matrimoniali, espresso nell'art. 163 c.c., la cui applicazione è resa possibile dall'aver collocato la figura in esame nella categoria delle convenzioni matrimoniali stesse.

In questa breve relazione cercherò, senza pretese di certezza, di fornire delle indicazioni interpretative circa la portata da attribuire alla possibilità di deroga consentita dall'art. 169 c.c., con la precisazione che l'interpretazione di tale norma va condotta all'interno di un'operazione interpretativa più ampia che tenga conto:

- della rilevanza del vincolo di destinazione, che costituisce la stessa funzione e la connotazione causale del fondo patrimoniale⁴. Al vincolo di destinazione consegue, infatti, la separazione patrimoniale⁵ e la particolare disciplina vincolistica relativa all'amministrazione e disposizione dei beni che ne sono oggetto. È proprio l'esigenza di garantire attuazione a questo vincolo che giustifica il particolare regime giuridico del fondo patrimoniale che, in ossequio ai caratteri propri dei

⁴ In questo senso la recente Sentenza della Suprema Corte, Sez. 1, *Sentenza n. 17811 del 08/08/2014*, in Archivio CED Cassazione, nella quale si legge che la funzione del Fondo patrimoniale è la destinazione dei beni ad esso conferiti a “far fronte ai bisogni della famiglia coniugale”, e questa è “la funzione economico-sociale che il legislatore ha inteso attribuirgli”.

⁵ Qualificano il fondo patrimoniale “patrimonio separato: T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Commentario al codice civile* a cura di Schlesinger, Milano, 1992, 21; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia coniugale*, II, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1984, 88; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, III, Giuffrè, 1996, 32. Nel senso invece che si tratti di patrimonio autonomo si veda l'interessante analisi strutturale di LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1991, 54 e nt. 3. Parla di separazione patrimoniale “attenuata” CEOLIN, *Destinazione e vincoli d'uso nel diritto privato*, Padova, 2010, 92. Per un'approfondimento sugli effetti del vincolo di destinazione creato dall'atto costitutivo di fondo patrimoniale si veda FUSARO, *Commento sub art. 167 c.c.*, in BALESTRA (a cura di), *Della Famiglia*, I, in *Commentario al codice civile diretto da Gabrielli*, Torino, 2010, 1057 ss. Attenendoci ad una definizione di patrimonio separato che tiene conto del particolare regime giuridico dei beni possiamo dire che per patrimonio separato si intende una entità unitaria, distaccata dal patrimonio di uno o più soggetti, caratterizzata dalla destinazione ad una determinata finalità alla quale consegue la non distraibilità, del patrimonio stesso e dei singoli beni che lo compongono, dalla destinazione che li unifica. Alla separazione si accompagna l'instaurazione di un particolare regime di amministrazione dei beni separati che si caratterizza in funzione del particolare scopo cui sono destinati ed inoltre alla separazione consegue, come elemento tipico, una limitazione di responsabilità dei beni facenti parte del patrimonio separato, che sono destinati al soddisfacimento delle obbligazioni che trovano la loro causa nella destinazione con conseguente rafforzamento della garanzia di certi creditori: così BIGLIAZZI GERI, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, 280 ss.. Per una analisi dell'evoluzione dottrinale e delle fattispecie tipiche dei patrimoni di destinazione si veda M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, 1996.

- patrimoni di destinazione, si concretizza in una duplice limitazione che investe, con efficacia assoluta⁶, i beni che ne formano oggetto ossia: a) le regole ed i vincoli imposti nell'amministrazione e nell'alienazione dei beni del fondo dagli artt. 168, ultimo comma e 169 c. c., che costituisce, quest'ultimo, una deroga all'art. 1379 c.c.; b) il vincolo di inespropriabilità da parte di certi creditori previsto dall'art. 170 c.c., che costituisce una deroga al principio generale contenuto nell'art. 2740 c.c. e la correlativa preferenza accordata ad altri creditori;
- delle diverse fattispecie costitutive ricollegabili allo spazio di autonomia riconosciuto dall'art. 168, comma 1 c.c., in quanto pare evidente come la riserva di proprietà incida sulle regole di "alienazione" dei beni. L'indagine così condotta ci permetterà di riflettere sulle norme che regolano gli "atti di alienazione" dei beni del fondo dettate dall'art. 169 c.c. ed anche di riflettere sulle regole applicabili al diritto di proprietà riservatosi dai coniugi o dal terzo in sede di costituzione del fondo.

⁶ Uno dei punti fermi raggiunti dalla Giurisprudenza della Suprema Corte è la "natura reale" del vincolo di destinazione nascente dalla costituzione del fondo patrimoniale, cui consegue l'assolutezza cui si fa riferimento nel testo. In questo senso *Cass., Sez. 1, Sentenza n. 1242 del 27/01/2012*, in Archivio CED Cassazione, secondo cui " "In tema di azione revocatoria, la natura reale del vincolo di destinazione impresso dalla costituzione del fondo patrimoniale in vista del soddisfacimento dei bisogni della famiglia e la conseguente necessità che la sentenza faccia stato nei confronti di tutti coloro per i quali il fondo è stato costituito comportano che, nel relativo giudizio per la dichiarazione della sua inefficacia, la legittimazione passiva spetta ad entrambi i coniugi, anche se l'atto costitutivo sia stato stipulato da uno solo di essi, spettando ad entrambi, ai sensi dell'art.168 cod. civ., la proprietà dei beni che costituiscono oggetto della convenzione, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto costitutivo, con la precisazione che anche nell'ipotesi in cui la costituzione del fondo non comporti un effetto traslativo, essendosi il coniuge (o il terzo costituente) riservato la proprietà dei beni, è configurabile un interesse del coniuge non proprietario alla partecipazione al giudizio." Conformi: *Cass., Sezione 1, Sentenza 12 ottobre 2011, n. 1242*, in Archivio C.E.D. Cassazione ; *Cass., Sezione 3, 18 ottobre 2011, Sentenza n. 21494*, in Archivio C.E.D. Cassazione; *Cass., Sezione 1, Sentenza 13 luglio 2006, n. 15917*, in Archivio C.E.D. Cassazione.

2) Le regole di amministrazione dei beni del fondo patrimoniale – Quadro normativo

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

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

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

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

- a) in virtù del rinvio operato dall'art. 168, ult. comma, c.c., le regole per l'amministrazione dei beni del fondo patrimoniale sono quelle contenute nell'art. 180 c.c. ovvero:
 - il principio dell'amministrazione disgiunta dei coniugi per gli atti di ordinaria amministrazione ed
 - il principio dell'amministrazione congiunta degli stessi per gli atti di straordinaria amministrazione e per la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento.

Tali regole di amministrazione sono da considerarsi inderogabili in virtù del disposto dell'art. 210, ult. comma, c.c., ritenuto pacificamente applicabile anche al fondo patrimoniale⁷; sarebbe pertanto viziata da nullità la clausola contenuta nell'atto di costituzione del fondo che fissasse regole diverse;

- b) il principio dell'agire congiunto dei coniugi, previsto dall'art. 180 c.c., va però coordinato con il disposto dell'art. 169 c.c. il quale, con una formulazione letterale da più parti criticata⁸, e certamente poco chiara, dispone che: "Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità o utilità evidente".

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

⁷ T. AULETTA, *op. cit.*, 212 e 301; Trib. Foggia, 9 giugno 2000, cit.

⁸ Per tutti vedasi CORSI, *op. cit.*, 98.

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

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

Da ciò si fa discendere che in materia di fondo patrimoniale deve considerarsi abusivo non solo l'atto compiuto in violazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei poteri di amministrazione, come il caso in cui un coniuge compia da solo un atto per il quale è richiesto il consenso di entrambi, ma anche l'atto compiuto dai coniugi, anche congiuntamente, con finalità diverse dal soddisfacimento dei bisogni della famiglia⁹ ¹⁰. Questa riflessione incide anche sull'interpretazione dell'art. 169 c.c. sotto l'aspetto della fisiologica inderogabilità della "necessità" o "utilità evidente" ..

Agli atti compiuti con i necessari consensi e le necessarie autorizzazioni ma abusivi sul piano funzionale non si ritengono applicabili sanzioni di invalidità¹¹ ma, in forza del generale rinvio contenuto nell'art. 168, ult. comma,

⁹ In questo senso T. AULETTA, *op. cit.*, 215 e 259; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 305; LENZI, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale*, cit., 56.

¹⁰ Tale conclusione pare condivisa anche dalla giurisprudenza nelle recenti decisioni in cui afferma che il vincolo di destinazione già esistente su un bene del fondo, alienato, si trasferisce sulla somma ricavata o deve essere trasferito su un altro bene riacquistato con il ricavato. In questo senso in particolare: App. Bari, 15 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 200 di riforma a Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 201 ss.; Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, in *Vita not.*, 1, 81 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 215 ss., con nota di VIOTTI; Trib. Milano, 1° marzo 2000, secondo la quale "ove non ricorrano ipotesi di cessazione del fondo il vincolo di destinazione di un bene al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, non potendo di per sè cessare per il solo fatto dell'alienazione di quel bene (indipendentemente dal fatto che detta alienazione sia stata preventivamente consentita dalle parti ovvero autorizzata dal Tribunale), dovrà trasferirsi sull'importo ricavato dalla vendita del bene stesso, ovvero sul bene che con detto ricavato sia stato acquistato (a meno che non si sia trattato di vendita "necessaria" cioè autorizzata dal giudice ex art. 169 c.c. proprio al fine di soddisfare i debiti della famiglia). Incidentalmente sull'argomento anche Cass. 27 aprile 2001 n. 6167, in Archivio sentenze Civili Juris Data.

¹¹ Già nel vigore delle abrogate norme in materia di dote la giurisprudenza aveva elaborato delle massime in base alle quali il mancato adempimento delle prescrizioni attinenti all'impiego del prezzo di vendita, ed in particolare il mancato reimpiego della somma ricavata dalla vendita, non comportavano invalidità del negozio di alienazione. Nello stesso senso pare orientata la sentenza emessa, in sede di esecuzione, dal Tribunale di Bologna, IV Sezione civile, in data 7 luglio 2000, per il caso di un'ipoteca concessa da entrambi i coniugi, previa autorizzazione del Tribunale, su un immobile costituito in fondo patrimoniale a garanzia di un mutuo asseritamente contratto per la ristrutturazione dell'immobile stesso. A seguito dell'iscrizione ipotecaria l'istituto mutuante aveva erogato la somma ad uno solo dei coniugi senza operare alcun controllo sulla reale destinazione della somma stessa. Nel caso di specie il Tribunale ha affermato la validità del titolo azionato (l'iscrizione ipotecaria appunto) "a nulla rilevando l'effettiva destinazione delle somme operata dall'esecutato in presunto contrasto con la finalità dichiarata, non essendo

c.c., può risultare utile l'applicazione dell'art. 183 c.c che prevede l'esclusione dall'amministrazione del coniuge che ha "male amministrato"¹².

Tali possono definirsi gli atti compiuti in violazione del vincolo di destinazione impresso ai beni e, a titolo esemplificativo, sono quelli con cui: 1) si ipoteca un bene del fondo per scopi estranei ai bisogni della famiglia (in questo senso espressamente le infracitate Sentenze della Corte di Cassazione n. 5385/2013 e 13622/2010); 2) si aliena un bene del fondo senza che ricorra il presupposto della necessità od utilità evidente della famiglia; 3) non si destina il ricavato di una vendita al soddisfacimento di bisogni familiari; 4) si impiegano i frutti dei beni del fondo per scopi estranei ai bisogni familiari.

Nel fondo patrimoniale la legittimazione ad agire per ottenere l'esclusione del coniuge che ha male amministrato, oltre che all'altro coniuge, viene estesa a chiunque vi abbia interesse e quindi ai figli, innanzitutto, ma anche al costituente il fondo.

Quando l'impedimento ad amministrare si riferisca ad entrambi i coniugi pare condivisibile l'opinione di chi¹³ ritiene che si debba applicare per analogia l'art. 171, comma 2^o, c.c., secondo cui il giudice può dettare, su istanza di chi vi abbia interesse (e quindi anche su istanza dei figli o di un loro curatore speciale), norme per l'amministrazione del fondo.

la stessa opponibile all'istituto mutuante”.

¹² In tal senso T. AULETTA, *op. cit.*, 238 ss.; CIAN-CASAROTTO, *op. cit.*, 827; CORSI, *op. cit.*, 97; MANDES, *op. cit.*, 680. In senso contrario all'applicabilità dell'art. 182 c.c., G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 305.

¹³ T. AULETTA, *op. cit.*, 254-255.

3) **Atti di disposizione dei beni del fondo patrimoniale - La speciale disciplina dettata dall'art. 169 c.c.**

Passando ad analizzare l'art. 169 c.c., sono note le difficoltà interpretative cui la norma ha dato luogo, in particolare sotto il profilo della valenza da attribuire alla facoltà di deroga contenuta nella prima parte della norma.

L'art. 169 c.c., come si è detto, fornisce una autonoma disciplina per gran parte degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 180 c.c. e prevale su quest'ultimo in quanto norma speciale ¹⁴.

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

— richiede l'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori (di competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell'art. 38, comma 2°, disp. att. c.c.);

— limita il compimento di tali atti ai casi di necessità od utilità evidente;

— prevede che l'atto di costituzione del fondo possa contenere una deroga.

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

1) vi è chi, interpretando la possibilità di deroga in maniera ampia, ritiene che il costituente il fondo patrimoniale possa, purché lo faccia nello stesso atto costitutivo e in maniera espressa, autorizzare i coniugi a compiere disgiuntamente anche gli atti di straordinaria amministrazione e a compierli senza l'autorizzazione del giudice quando vi siano figli minori ¹⁵;

2) vi è chi invece ritiene derogabile solo la normativa che richiede il consenso di entrambi i coniugi e pertanto la norma legittimerebbe il costituente, terzo o coniuge, a riservarsi il potere di alienare i beni conferiti in fondo, sottraendoli in tal modo alla loro destinazione, ma non ritiene derogabile in presenza di figli minori l'autorizzazione giudiziale ¹⁶;

3) al contrario, un'altra corrente di pensiero ritiene che la deroga possa

¹⁴ In questo senso CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 62, secondo cui è pacifico che gli atti che l'art. 169 c.c. elenca corrispondano, nonostante la diversità della formula legislativa, a quelli che l'art. 180 c.c. qualifica genericamente come eccedenti l'ordinaria amministrazione.

¹⁵ CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 62; MANDES, *Il fondo patrimoniale — Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., 683 e A.-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, 1984, 825 e 828.

¹⁶ E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, cit., 513; CIAN CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, cit., 384.

riferirsi solo all'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, e quindi la norma avrebbe inteso unicamente riconoscere all'autonomia privata il potere di escludere tale autorizzazione lasciando i coniugi unici arbitri della necessità o utilità evidente dell'atto di alienazione¹⁷;

- 4) un'altra dottrina, muovendosi sulla stessa linea di pensiero dell'ultima teoria esposta, ritiene che la norma consenta di escludere l'autorizzazione giudiziale, ma attribuisce alla facoltà di deroga in essa contenuta portata restrittiva sotto l'aspetto della necessità dell'agire congiunto dei coniugi sostenendo che, in mancanza di figli minori, la relativa clausola potrebbe solo permettere ai coniugi di compiere disgiuntamente gli atti ricompresi nell'amministrazione ordinaria, ma sottoposti dalla norma stessa alla particolare disciplina dell'agire congiunto, ripristinando, sotto questo aspetto, le regole operanti per l'amministrazione della comunione legale riconosciute inderogabili (si porta come esempio la concessione di un pegno su un titolo di credito di modesto valore, ovvero l'alienazione dello stesso, inquadrabili fra gli atti di ordinaria amministrazione ma per i quali l'art. 169 c.c. impone l'agire congiunto)¹⁸.

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

— *tesi della inefficacia*: secondo la quale gli atti dispositivi di beni costituiti in fondo patrimoniale compiuti in violazione dell'art. 169 c.c., da un solo coniuge senza il consenso dell'altro o senza l'autorizzazione del giudice, sarebbero inefficaci ma sanabili a posteriori mediante una dichiarazione resa, nelle forme di legge, dal coniuge pretermesso o, in caso di figli minori, mediante acquisizione dell'autorizzazione giudiziale¹⁹. Secondo la teoria esposta la sanzione dell'inefficacia sarebbe giustificata, da un lato, per l'impossibilità di applicare la sanzione dell'annullabilità in mancanza di una previsione specifica analoga a quella prevista dagli artt. 184 o 322 c.c., dall'altro per l'impossibilità di ravvisare nell'art. 169 c.c. una norma di ordine pubblico e come tale idonea a dar luogo ad una nullità virtuale;

— *tesi della annullabilità*²⁰: che si basa sul rinvio operato dall'art. 168, comma ultimo c.c. alle norme che regolano l'amministrazione della comunione legale, ritenendo applicabile l'art. 184 comma 2^o, c.c.;

— *tesi della nullità*²¹: che si basa, innanzitutto, sulla inapplicabilità, anche

¹⁷ CORSI, *op. cit.*, 101-103.

¹⁸ T. AULETTA, *op. cit.*, 303 ss.

¹⁹ CIAN-CASAROTTO, *op. cit.*, 835; A.-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Giuffrè, 1984, 825 e 827 e, sebbene con sfumature diverse, T. AULETTA, *op. cit.*, 273 e CORSI, *op. cit.*, 98 ss. per il quale l'inefficacia sarebbe tuttavia insanabile.

²⁰ CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario, Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 60.

²¹ G. GABRIELLI, *op. cit.*, 305; DE PAOLA, *op. cit.*, 116; NICOLINI, *Fondo patrimoniale*, cit., 452; nonché Trib. Napoli, 25 novembre 1998, in *Notariato*, 1999, 451 ss., con nota sostanzialmente adesiva di M.

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

È indiscutibile la difficoltà che si incontra nell'interpretazione dell'art. 169 c.c. e pare opportuno cercare alcuni elementi utili:

a) nelle più recenti e significative decisioni della Suprema Corte.

Al riguardo paiono rilevanti:

- la già citata Sentenza in data 8 agosto 2014 n. 17811, che pronunciandosi in materia di scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale ha svolto importanti considerazioni sulla portata dell'art. 169 c.c., in particolare sotto l'aspetto dell'inserimento nell'atto costitutivo di "clausole liberalizzatrici" e sotto l'aspetto dell'incidenza della riserva di proprietà sulla disponibilità dei beni;
- la Sentenza n. 5385 del 5 marzo 2013²² e la Sentenza n. 13622 del 4 giugno 2010²³ che forniscono indicazioni circa la necessità che l'atto

CAMPOBASSO, *Alienazione di beni del fondo patrimoniale senza il consenso del coniuge*, e con nota critica favorevole alla tesi dell'inefficacia di FERRARO, *Alienazione di beni del fondo patrimoniale senza il consenso del coniuge*.

²² Cass., Sez. 3, *Sentenza n. 5385 del 05/03/2013*, secondo cui "L'art. 170 cod. civ., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria, ivi compresa quella di cui all'art. 77 del d.P.R. 3 marzo 1973, n. 602. Ne consegue che l'esattore può iscrivere ipoteca su beni appartenenti al coniuge o al terzo, conferiti nel fondo, qualora il debito facente capo a costoro sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari, ovvero quando - nell'ipotesi contraria - il titolare del credito, per il quale l'esattore procede alla riscossione, non conosceva l'estraneità ai bisogni della famiglia; viceversa, l'esattore non può iscrivere l'ipoteca - sicchè, ove proceda in tal senso, l'iscrizione è da ritenere illegittima - nel caso in cui il creditore conoscesse tale estraneità."

²³ Cass., Sez. 1, *Sentenza n. 13622 del 04/06/2010*, secondo cui "In materia di fondo patrimoniale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 169 e 170 cod. civ. e dei principi costituzionali in tema di famiglia, i beni costituiti nel fondo, non potendo essere distolti dalla loro destinazione ai bisogni familiari, non possono costituire oggetto di iscrizione di ipoteca ad opera di terzi, qualunque clausola sia stata inserita nell'atto di costituzione circa le modalità di disposizione degli stessi in difformità da quanto stabilito dal citato art. 169 cod. civ.; tuttavia, nel caso in cui i coniugi o uno di essi abbiano assunto obbligazioni nell'interesse della famiglia, qualora risultino inadempienti alle stesse, il creditore può procedere all'iscrizione d'ipoteca sui beni costituiti nel fondo, attesa la

dispositivo venga sempre compiuto “nell’interesse della famiglia”;
b) attraverso una interpretazione condotta con criteri sistematici, che consenta di collocare l’art. 169 c.c. all’interno dell’elemento funzionale e delle diverse fattispecie costitutive del fondo patrimoniale.

Gli elementi normativamente previsti dall’art. 169 c.c., e riguardo ai quali occorre valutare la possibilità di deroga in fase costitutiva, sono in particolare quelli che prevedono particolare regole per l’alienazione dei beni del fondo, e, in questo ambito, gli aspetti che più hanno interessato la giurisprudenza e la dottrina per la loro rilevanza pratica sono le c.d. “clausole liberalizzatrici”.

Quindi vanno analizzati i seguenti elementi previsti dalla norma in esame:

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

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

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

— pur in presenza di figli minori la disciplina legale sancita dall’art. 169 c.c., e quindi la preventiva autorizzazione del giudice, si rende applicabile solo in mancanza di deroga prevista nell’atto di costituzione del fondo patrimoniale²⁴;

— pur in presenza di figli minori, la permuta di beni del fondo patrimoniale non necessita della preventiva autorizzazione giudiziale in caso di deroga prevista nell’atto di costituzione del fondo²⁵;

— in presenza di figli minori qualora nell’atto costitutivo del fondo patrimoniale sia previsto che i beni oggetto del fondo possano essere

funzione di garanzia che essi assolvono per il creditore, in quanto correlati al soddisfacimento delle esigenze familiari.”

²⁴ Trib. Roma, decr. 7 giugno 1979, in *Riv. not.*, 1979, 952; Trib. Trapani, 26 maggio 1994, in *Vita not.*, 1994, 1559-1561; Trib. Pisa, 9 novembre 2005, in *Riv. not.*, 2007, II, 659; Trib. Milano, 17 gennaio 2006 in *Riv. not.*, 2006, II, 1335, Trib. Brescia, 9 giugno 2006, *ibidem*, Trib. Lodi, 6 marzo, 2009, in *Notariato*, 2009, 364; Trib. Milano, 29 aprile 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 53, con nota di BALDINI, *Alienazione dei beni del fondo patrimoniale e autorizzazione del giudice. Considerazioni sull’art. 169 c.c. Contra*, Trib. Terni, 12 aprile 2005, in *Riv. not.*, 2006, II, 1334.

²⁵ Trib. Trapani, 26 maggio 1994, cit., 1559.

liberamente alienati, ipotecati o vincolati senza necessità di autorizzazione giudiziale ai sensi dell'art. 169 c.c., la costituzione di ipoteca sui beni del fondo è già autorizzata dall'atto costitutivo, non essendo necessario alcun intervento giudiziale ²⁶.

Nello stesso senso era stato interpretato dalla dottrina e dalla Corte di cassazione l'originario articolo 187 c.c. in materia di dote. L'interpretazione, infatti, era stata nel senso che con l'espressione, analoga a quella dell'attuale art. 169 c.c., "Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione" il legislatore aveva inteso consentire la possibilità di pattuire l'alienabilità a prescindere dall'autorizzazione del Tribunale, ferma rimanendo la necessità del consenso di entrambi i coniugi.

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

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

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

Secondo tale ordinanza²⁷ "La competenza a conoscere della domanda di autorizzazione alla cessazione del fondo patrimoniale costituito in favore di un figlio minore, limitatamente ad alcune unità immobiliari e sull'accordo di

²⁶ Trib. min. Roma, 9 giugno 1998, in *Riv. not.*, 1999, 166; Trib. Verona, 30 maggio 2000, in *Dir. fam.*, 2001, 594; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 170.

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

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

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

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

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

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

- *tale possibilità di deroga all'autorizzazione giudiziale è esclusa nel caso particolare di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza di figli minori, in quanto in tale ipotesi si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art.169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo poichè l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art.171, comma 3 c.c.;*
- *in assenza di figli minori nessuna autorizzazione è prevista (essendo i coniugi unici arbitri degli interessi familiari).*

2) La “necessità” o “utilità evidente”

Altro requisito richiesto dall’art. 169 c.c. è quello della “necessità od utilità evidente”, ed occorre analizzare la possibilità di derogarvi.

Come avremo modo di dire anche in seguito, questo requisito rappresenta un tratto fisiologico e necessario nella disciplina del fondo patrimoniale quale patrimonio separato di destinazione, e presuppone che l'atto possa essere compiuto dai coniugi solo se è necessario a far fronte ai bisogni della famiglia o se è di evidente utilità per le esigenze familiari.

In questo senso pare nettamente orientata la recente giurisprudenza della Suprema Corte e, già prima, parte della Giurisprudenza di merito e della dottrina ²⁸ secondo cui non si può far luogo all'alienazione né iscrivere ipoteca sui beni del fondo patrimoniale se non in relazione ai bisogni della famiglia e, quindi, le somme ricavate dalla vendita dei beni del fondo devono essere destinate a far fronte alle esigenze familiari e non si può iscrivere ipoteca se non a garanzia di un debito contratto nell'interesse della famiglia.

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

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

- rileva che “L'articolo in questione prevede dunque che il costituente o i 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.”;
- dopo aver rilevato che dalla clausola analizzata “si evince solamente

²⁸ Corte App. Bari, 15 luglio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 200, 201 e Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, 201 ss. In dottrina CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., 63; G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 308.

una parziale "liberalizzazione" rispetto ai requisiti prescritti dall'art. 169 c.c., per il legittimo compimento di atti di disposizione di immobili costituiti in fondo patrimoniale.", in quanto nel caso specifico era derogata solo l'autorizzazione giudiziale fermo restando il necessario assenso di entrambi i coniugi, afferma " che "Comunque, anche in presenza di una clausola che prevedesse il venir meno di tutte le limitazioni per i coniugi agli atti dispositivi dei beni costituiti in fondo patrimoniale, ciò non vorrebbe comunque dire che i beni stessi si sarebbero trovati in un regime di libera commerciabilità.";

- conclude poi affermando che: "In particolare, una interpretazione costituzionalmente corretta dell'art. 169 c.c., che sia, in particolare, rispettosa del disposto dell'art. 31 Cost., comma 1, impone una lettura dello stesso, nel senso che qualora l'atto costitutivo si discosti per quanto concerne l'alienazione e la costituzione di vincoli sui beni del fondo da quanto previsto nell'articolo resta in ogni caso ferma, quanto meno, la disposizione contenuta nell'ultima frase dell'articolo stesso secondo cui gli atti in questione possono essere presi "nei soli casi di necessità od utilità evidente". Detta frase, infatti, separata dalla precedente da un virgola disgiuntiva, si riferisce non alle modalità con cui gli atti di disposizione dei beni del fondo possono essere adottati anche in difformità da quanto disposto dall'art. 169 c.c., ma alla finalità intrinseca del fondo patrimoniale e degli atti stessi che devono in ogni caso essere assunti a vantaggio della famiglia; circostanza questa che continua a sussistere, in ogni caso, per i coniugi e che certamente non sussiste quando i beni in questione vengono aggrediti da terzi."

Il fatto che non vi sia più (come invece era previsto nell'originario art. 170 c.c. dettato per il patrimonio familiare), in assenza di figli minori, un giudice che valuta la ricorrenza del detto requisito non vuole dire che sia venuta meno la necessità del requisito stesso; vuol solo dire che il legislatore della riforma ha ritenuto di poter lasciare i coniugi arbitri di valutare gli atti necessari od utili per le esigenze della famiglia.

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

3) Il consenso di “entrambi” i coniugi.

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

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

In questa ottica può essere utile procedere con una breve analisi casistica.

Innanzitutto non pare sostenibile che la possibilità di deroga di cui all'art. 169 c.c. possa avere l'effetto di derogare al principio generale della legittimazione a disporre.

Conseguentemente non potrà ipotizzarsi una clausola di deroga che consenta:

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

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

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

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

Tale facoltà di disposizione infatti deve ritenersi spettante al titolare del diritto a prescindere dall'esistenza di una clausola di deroga all'art. 169 c.c. ²⁹.

Resta da valutare se, nei casi predetti, una clausola volta a derogare ai

²⁹ In questo senso espressamente T. AULETTA, *op. cit.*, 300.

principi contenuti nell'art. 169 c.c. possa avere la valenza di rendere alienabile il bene libero dal vincolo del fondo patrimoniale, senza il consenso congiunto dei coniugi.

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

Al riguardo può essere utile distinguere fra cause di estinzione del fondo patrimoniale, quale convenzione, e singoli atti di alienazione che non incidono sulla convenzione in quanto tale ma sulla composizione oggettiva del fondo.

Tale distinzione è stata posta in rilievo dalla giurisprudenza più recente, già citata ³⁰, la quale ha affermato che il vincolo di destinazione esistente sul bene costituito in fondo patrimoniale non cessa per effetto dell'alienazione del bene stesso bensì unicamente per il verificarsi delle ipotesi di cui all'art. 171 c.c..

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

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

Da tale assunto si fa discendere la conseguenza che in caso di alienazione di un bene costituito in fondo patrimoniale, sussiste comunque l'obbligo di impiego (o di reimpiego) del prezzo ricavato dalla vendita, da intendersi vincolato ai bisogni della famiglia.

La dottrina meno recente ³¹, in linea con quanto affermato dalla citata giurisprudenza, aveva evidenziato che, qualora il costituente si fosse avvalso della facoltà di deroga concessagli dall'art. 169 c.c., con conseguente possibilità di ciascuno dei coniugi di disporre della totalità dei beni del fondo, si trattava pur sempre di una legittimazione attribuitagli nell'interesse altrui.

³⁰ In questo senso espressamente Cass. 17811/2014 e, prima, App. Bari, 15 luglio 1999, cit.; Trib. Genova, decr. 26 gennaio 1998, cit.; Trib. Trani, decr. 3 maggio 1999, cit. e Trib. Milano, 1° marzo 2000, inedita.

³¹ Così CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Carraro-Oppo-Trabucchi*, I, 1, cit., 356.

Da ciò si faceva discendere l'obbligo del coniuge sia di alienare i beni soltanto quando fosse necessario per far fronte ai bisogni della famiglia, sia di destinare il ricavato dalla loro alienazione al soddisfacimento di tali bisogni.

Potrebbe essere condivisibile quest'ultima interpretazione data alla deroga di cui all'art. 169 c.c., e conseguentemente:

a) nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale si potrà prevedere che gli atti di cui all'art. 169 c.c. vengano compiuti senza l'autorizzazione del giudice, e potrà essere derogata anche la normativa che richiede il consenso di entrambi i coniugi, nel rispetto del principio della legittimazione a disporre;

b) ciò pare ammissibile e non contrasta con la struttura del fondo patrimoniale se si ritiene che la semplice alienazione non faccia venir meno gli obblighi discendenti dal vincolo di destinazione, ed in particolare:

— tali atti potranno essere compiuti nei soli casi di necessità od utilità evidente;

— il ricavato dovrà essere impiegato per i bisogni della famiglia o reinvestito per far fronte ai bisogni stessi³².

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

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

In via preliminare, e sinteticamente, pare opportuno porre in evidenza gli aspetti strutturali della "riserva di proprietà"³³.

Sulla base della possibilità di deroga contenuta nell'art. 168, comma 1 c.c., la prevalente dottrina ha sostenuto la possibilità per il costituente, o i costituenti, di riservarsi la proprietà dei beni conferiti, o di attribuirli ad uno solo dei coniugi o anche ad un terzo³⁴.

Si attua in tal modo una dissociazione fra la proprietà dei beni ed il diritto, caratterizzato dallo speciale vincolo di destinazione, conferito in fondo patrimoniale³⁵.

³² Una ricostruzione in linea con quella ipotizzata è fornita da A.-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, cit., 825-830.

³³ Ammessa dalla Suprema Corte: Sentenza n. 1242 del 27 gennaio 2012 e Sentenza n. 17811/2014;

³⁴ In questo senso G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 295 ss.; CIAN CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Digesto it. Appendice*, III, Utet, 1982, 833; A.-M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, III, 402-403; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali fra coniugi*, pag. 149; NICOLINI, *Fondo patrimoniale*, in *Notariato*, 1998, 451; T. AULETTA, *op. cit.*, 172 ss.; MANDES, *Il fondo patrimoniale — Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, pagg. 667 ss., ed infine con qualche perplessità per la riserva a favore di un soggetto terzo, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., 95 e 86 ed *ivi* nt. 9.

³⁵ La scelta legislativa che la proprietà dei beni possa non appartenere ad entrambi i coniugi pare compatibile con la funzione del fondo patrimoniale la quale può essere assolta, ed anzi nell'ottica legislativa deve essere principalmente assolta, con la destinazione ai bisogni della famiglia dei frutti, ed in genere delle utilità, ricavabili dai beni che ne formano oggetto.

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

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

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

a) quanto alla sua natura che si parla:

- secondo una opinione, di posizione giuridica assimilabile all'usufrutto ordinario³⁶;

- secondo altra opinione, di posizione assimilabile all'usufrutto legale in quanto "usufrutto di scopo"³⁷, dando particolare rilievo al vincolo di destinazione;

- secondo altra opinione ancora, di diritto reale sui generis³⁸, rilevando come in esso siano presenti caratteristiche di entrambi, ponendo in rilievo la particolarità del diritto stesso.

Su questa linea di pensiero si colloca la Giurisprudenza³⁹ la quale ritiene che alla riserva di proprietà apposta in un atto costitutivo di fondo patrimoniale vada conferita una connotazione positiva, tesa comunque ad attribuire un diritto reale di godimento ai coniugi sul bene conferito, e qualifica detto diritto come inespropriabile ed inalienabile ed assimilabile "pur se non nominato, ad un diritto d'uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata".

b) quanto alle sue caratteristiche:

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

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

³⁶ CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Commentario Cian-Oppo-Trabucchi*, 59-60.

³⁷ In questo senso G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 296.

³⁸ T. AULETTA, *op. cit.*, 178.

³⁹ Tribunale Benevento 27 aprile 2007.

facoltà e dei doveri previsti dagli artt. 167 – 171 cod. civ.”⁴⁰;

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

Da quanto detto, emerge che:

1) se l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non dispone diversamente, in virtù dell'art. 168, comma 1^o, c.c., al momento della costituzione la proprietà dei beni passa in capo ad entrambi i coniugi (sempre che gli stessi non ne siano già comproprietari in comunione legale od ordinaria per quote uguali). La disposizione di legge si ritiene che operi anche nel silenzio dell'atto costitutivo: infatti se esso non contiene espressa riserva della proprietà in capo al costituente o trasferimento in capo ad altri in deroga alla regola fissata dall'art. 168, comma 1 c.c., opererà la detta norma e la proprietà si trasferirà in capo ad entrambi i coniugi ⁴¹;

2) qualora non costituisca oggetto del fondo patrimoniale il diritto di proprietà, o un altro diritto reale tipico conferibile previsto nel libro III del c.c., ma l'atto costitutivo contenga la sola imposizione del vincolo di destinazione, su beni la cui proprietà è riservata in capo al costituente (o ai costituenti) o trasferita in deroga alla regola di cui all'art. 168, comma 1, c.c., la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale, secondo la Giurisprudenza⁴², ha come effetto unicamente l'imposizione del vincolo di destinazione e come oggetto un diritto reale di godimento attribuito ai coniugi assimilabile “pur se non nominato, ad un diritto d'uso o di abitazione o, al più, ad un usufrutto peculiarmente conformato in vista della sua vocazione a soddisfare i bisogni della famiglia beneficiata”;

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

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

⁴⁰ Vedi da ultimo questo aspetto richiamato in Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 17811 del 8 agosto 2014**, in **CED Cassazione**.

⁴¹ Vedasi al riguardo la formulazione delle clausole proposta da NICOLINI, *Fondo patrimoniale*, cit., 450. In questo senso espressamente anche G. GABRIELLI, voce *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, cit., 302, secondo cui la legge configura il trasferimento della proprietà dal costituente ai coniugi beneficiari come effetto naturale della costituzione di fondo patrimoniale: nel senso che pur potendo essere escluso con apposita clausola, non occorre una volontà specificamente intesa a produrlo.

⁴² Tribunale Benevento 27 aprile 2007, cit..

godimento *sui generis* (anch'esso tipico e reale) nascente dall'imposizione del vincolo di destinazione.

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

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

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

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

a) attribuisca la proprietà ad uno solo dei coniugi (che la acquista a titolo personale se il regime patrimoniale generale consente tale acquisto: ad es. o i coniugi si trovano in separazione dei beni o il diritto di nuda proprietà viene attribuito al coniuge a titolo di donazione). In questo caso la "nuda" proprietà, gravata dal suddetto diritto di godimento discendente dal vincolo, sarà comunque liberamente disponibile dal coniuge che ne è unico titolare e l'eventuale deroga al consenso congiunto previsto dall'art. 169 c.c. avrà la valenza di consentire all'unico coniuge proprietario di disporre dell'intero bene (come dice la Suprema Corte nella Sentenza n. 17811/2014 la costituzione del fondo non determina per ciò solo la perdita della proprietà dei singoli beni da parte dei coniugi che ne sono titolari e gli stessi "possono riservarsi nell'atto di costituzione la facoltà di alienazione dei beni), sempre però per il soddisfacimento dei bisogni familiari la cui valutazione viene affidata ad un solo coniuge;

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

- che i coniugi abbiano acquistato la proprietà in comunione legale e abbiano conferito la proprietà del bene in fondo patrimoniale. In questo caso sarà inderogabile il principio dell'agire congiunto dei coniugi e non sarà ipotizzabile il trasferimento da parte di uno o di entrambi i coniugi di una quota del bene stante l'indisponibilità, secondo l'interpretazione giurisprudenziale assolutamente prevalente, della quota di un bene in comunione legale⁴³;

⁴³ In questo senso la costante giurisprudenza della Suprema Corte e, da ultimo, la Sentenza n. 6575 del 14 marzo 2013 secondo la quale: "La comunione legale tra i coniugi costituisce, nella interpretazione giurisprudenziale assolutamente prevalente (fin da Corte cost. 10 marzo 1988, n. 311) e nonostante dissensi in parte della dottrina, una comunione senza quote, nella quale i coniugi sono solidalmente titolari di un diritto avente ad oggetto tutti i beni di essa e rispetto alla quale non è ammessa la partecipazione di estranei (tra le ultime: Cass. 24 luglio 2012, n. 12923; Cass., ord. 25 ottobre 2011, n. 22082; Cass. 7 marzo 2006, n. 4890), trattandosi di comunione finalizzata, a differenza della comunione ordinaria, non già alla tutela della proprietà individuale, ma piuttosto a quella della famiglia (tra le altre: Cass. 9 ottobre 2007, n. 21098; Cass. 12 gennaio 2011, n. 517); essa può sciogliersi nei soli casi previsti dalla legge ed è indisponibile da parte dei singoli coniugi, i quali, tra l'altro, non possono scegliere quali beni farvi rientrare e quali no,

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

- che i coniugi abbiano acquistato il bene trovandosi in regime di separazione dei beni (per quote uguali o diseguali) e intendano conferire in fondo patrimoniale la proprietà del bene. In questo caso qualora l’acquisto sia intervenuto per quote “diseguali” il conferimento della proprietà in fondo patrimoniale produrrà l’effetto della parità di quote previsto dall’art. 168, comma 1 c.c.. Il consenso congiunto per l’alienazione dell’intero bene, di cui all’art. 169 c.c., non sarà derogabile in quanto non lo consente il principio della legittimazione a disporre. Resta ipotizzabile la previsione di una deroga al consenso congiunto per l’alienazione della quota di comproprietà (in comunione ordinaria) da parte del singolo coniuge titolare;

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

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

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

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

ma solo mutare integralmente il regime patrimoniale, con atti dalla forma solenne opponibili ai terzi soltanto con l’annotazione formale a margine dell’atto di matrimonio; la quota non è quindi un elemento strutturale della proprietà: e, nei rapporti coi terzi, ciascuno dei coniugi, mentre non ha diritto di disporre della propria quota, può tuttavia disporre dell’intero bene comune.”.

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

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

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

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

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

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

c) i coniugi vogliano riservare in capo ad entrambi la proprietà del bene. La comproprietà riservata sarà soggetta unicamente alle regole del regime coniugale “generale” vigente e pertanto:

- se tale (com)proprietà “riservata” è una comunione ordinaria ciascun coniuge potrà trasferire la propria quota, anche all’altro coniuge se il regime generale lo consente;
- se tale (com)proprietà “riservata” è una comunione legale dovrà concludersi per l’indisponibilità della quota da parte del singolo coniuge, anche a favore dell’altro coniuge ed anche, ipoteticamente, per donazione (sorvolando ora sulle altre problematiche che l’alienazione donativa di un bene in fondo patrimoniale presenta sotto il profilo funzionale).

4) Conclusioni

La breve analisi condotta ci porta alle seguenti conclusioni:

1) **L'art. 169 c.c. costituisce norma speciale** per gli atti in essa previsti (e prevale sulle disposizioni dell'art. 180 c.c., richiamato dall'art. 168, comma ultimo c.c.), la quale:

- conferma la regola dell'amministrazione congiunta contenuta nell'art. 180 c.c., richiedendo il consenso di entrambi i coniugi per il compimento degli atti in esso previsti, ed in parte se ne distacca laddove:
- richiede l'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori (di competenza del Tribunale Ordinario ai sensi dell'art. 38, comma 2°, disp. att. c.c.);
- limita il compimento degli atti in esso previsti ai casi di necessità od utilità evidente;
- prevede che l'atto di costituzione del fondo possa contenere una deroga alle regole stabilite nella norma stessa;

2) **Riguardo ai limiti entro i quali l'autonomia privata può derogare alle regole previste dall'art. 169 c.c., possiamo immaginare il seguente quadro:**

a) **che sia consentito all'autonomia privata derogare all'obbligo di autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori** (in questo senso Cassazione sentenza n. 13622/2010, confermata nella sostanza dalla motivazione della successiva Sentenza n. 17811/2014).

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

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

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

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

b) **che non sia consentito ai coniugi derogare al requisito della “necessità” o “utilità evidente”** (in questo senso Cassazione sentenza n. 13622/2010 e Sentenza n. 17811/2014);

c) **con maggiori dubbi interpretativi (e quindi richiamando ad una maggiore cautela nell'adottare tali soluzioni) possiamo ipotizzare che sia consentito, nel rispetto del principio generale della legittimazione a disporre e nel rispetto delle norme inderogabili dettate dal regime patrimoniale coniugale “generale”, derogare alla regola del “consenso di entrambi i coniugi”**. Su questo aspetto, giova ripeterlo, occorre tuttavia richiamare ad una maggiore prudenza in considerazione della incertezza interpretativa ancora esistente in presenza di molteplici, autorevolissime, opinioni dottrinali⁴⁴ contrarie alla possibilità di derogare al consenso congiunto dei coniugi (peraltro in presenza di un convenzione matrimoniale che comunque tale consenso richiede) e in presenza di pronunce giurisprudenziali comunque meno esplicite su questo specifico punto (su questo aspetto l'indicazione più esplicita per una soluzione positiva si rinviene nella motivazione della Sentenza n. 17811/2014 nel punto in cui pone in rilievo che “..la costituzione del fondo non determina per ciò solo la perdita della proprietà dei singoli beni da parte dei coniugi che ne sono titolari e che gli stessi possono riservarsi nell'atto di costituzione la facoltà di alienazione dei beni...”).

Occorre infine richiamare l'attenzione sulla distinzione fra:

1) vicende estintive del fondo patrimoniale;

2) vicende modificative del fondo patrimoniale, con particolare riguardo, per affinità di ambito operativo, alle variazioni nella composizione oggettiva del fondo patrimoniale che incidono su singoli beni.

In particolare vale la pena soffermarsi brevemente sull'ipotesi di alienazione dell'unico bene del fondo patrimoniale nella quale è ancora più evidente l'apparente coincidenza tra le vicende del fondo e quelle del suo oggetto.

La differenza concettuale fra i due negozi tuttavia esiste e tenerla presente

⁴⁴ CORSI, *op. cit.*, 101-103; T. AULETTA, *op. cit.*, 303 ss.

può dimostrarsi utile per giungere ad una organica ricostruzione del problema.

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

- gli atti previsti in detta norma non comportano cessazione del vincolo;
- intervengono quindi in un momento in cui il vincolo esiste e va rispettato;

- l'esistenza di detto vincolo comporta che gli atti di disposizione possono essere compiuti solo in caso di necessità od utilità evidente e questo presupposto non può essere derogato;

- a tutela degli interessi della famiglia il ricavato dall'alienazione dovrà essere impiegato per i bisogni della famiglia (necessità) o reinvestito nell'acquisto di un bene anch'esso destinato a far fronte ai bisogni familiari (utilità evidente).

Nell'ambito di operatività dell'art. 169 c.c., pertanto, gli interessi della famiglia sono tutelati dalla persistenza del vincolo, e ciò giustifica la deroga ammessa dalla predetta norma. Se i coniugi vogliono alienare liberamente, fuori dei casi di necessità od utilità evidente, senza obblighi di impiego o reinvestimento delle somme ricavate per i bisogni della famiglia, o comunque vogliono compiere liberamente atti dispositivi dei beni costituiti in fondo dovranno agire sulla stessa esistenza del vincolo ed il relativo negozio resterà fuori dall'ambito applicativo dell'art. 169 c.c. per rientrare eventualmente nella previsione dell'art. 163 c.c.

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

- 1) i coniugi possono sciogliere consensualmente il fondo patrimoniale se non vi sono figli minori;
- 2) se vi sono figli minori, o anche solo concepiti, i coniugi non possono sciogliere il fondo patrimoniale, occorrendo una "valutazione" nell'interesse dei minori;
- 3) l'ipotesi di cessazione del fondo patrimoniale per scioglimento convenzionale va tenuta distinta dall'ipotesi di alienazione prevista dall'art. 169 c.c., infatti:

- gli atti previsti in detta norma non comportano cessazione del vincolo;

- intervengono quindi in un momento in cui il vincolo esiste e va rispettato, con l'applicazione di tutta la conseguente normativa a tutela della famiglia (in presenza del vincolo gli atti di disposizione possono essere compiuti solo in caso di necessità od utilità evidente; a tutela degli interessi della famiglia il ricavato dall'alienazione dovrà essere impiegato per i bisogni della famiglia o reinvestito per far fronte ai bisogni della famiglia).

Nell'ambito di operatività dell'art. 169 c.c., pertanto, gli interessi della famiglia sono tutelati dalla persistenza del vincolo;

- 4) nel caso di ultrattività del fondo per intervenuto divorzio, in presenza di figli minori si applica sempre l'art. 171 c.c. anche per gli atti di disposizione previsti dall'art.169 c.c., e quindi eventuali clausole di deroga all'autorizzazione

dell'autorità giudiziaria contenute nell'atto costitutivo del fondo perdono rilievo in quanto l'atto di amministrazione va sempre autorizzato, ai sensi dell'art.171, comma 3 c.c..

Maria Luisa Cenni