

## CASO\*

*Tizio, coniugato in regime di separazione dei beni, imprenditore individuale che sta attraversando un momento non felicissimo, debitore di diverse banche che abitualmente gli concedono credito, allo scopo di sottrarre ad eventuali future esecuzioni la casa familiare, di sua proprietà esclusiva, il 10 dicembre 2003, la vincola in fondo patrimoniale, riservandosene la proprietà. La convenzione costitutiva del fondo viene annotata a margine dell'atto di matrimonio di Tizio il successivo 12 dicembre; di essa non viene invece compiuta alcuna pubblicità presso i registri immobiliari.*

*Il 5 maggio 2006, la Banca Alfa lo conviene in giudizio (l'azione viene proposta solo nei confronti di Tizio), chiedendo la revoca della costituzione del fondo. La domanda viene quindi trascritta il 10 maggio.*

*Il 23 febbraio 2007, interviene in giudizio la Banca Beta. L'atto d'intervento viene quindi trascritto il 6 giugno.*

*Il 30 maggio 2007, interviene in giudizio la Banca Gamma, che omette di dare pubblicità al proprio atto di intervento.*

*Il 7 gennaio 2009, interviene, infine, in giudizio la Banca Delta, piccola banca radicata su un territorio assai ristretto, che ha appena ripreso a pieno ritmo le proprie attività, dopo che per un periodo di quasi un anno è stata costretta ad operare in condizioni non ottimali, avendo proceduto a ristrutturare ed ampliare l'immobile costituente la sua sede esclusiva (i lavori avrebbero dovuto durare sei mesi, ma si è reso necessario un prolungamento a causa dei danni arrecati, al cantiere già avviato, da un temporale di eccezionale violenza). La banca Delta trascrive il proprio atto d'intervento il 26 gennaio.*

*Le Banche Alfa, Gamma e Delta sono titolari di ipoteche giudiziali, la Banca Beta, invece, di un'ipoteca volontaria (concessale da Tizio a fronte di un finanziamento), tutte parimenti iscritte sulla casa familiare.*

*La Banca Alfa ha iscritto la propria ipoteca il 30 giugno 2006, la Banca Beta il 17 aprile 2006, la Banca Gamma il 15 giugno 2006, la Banca Delta il 2 settembre 2005.*

*Si rediga un parere pro veritate, esaminando le questioni e gli istituti che il caso propone.*

\*\*\*

Le banche Alfa, Beta, Gamma e Delta intendono ottenere la revoca dell'atto con cui Tizio, imprenditore coniugato in regime di separazione dei beni, ha costituito un fondo patrimoniale, vincolando in esso la casa familiare.

La pretesa delle quattro banche potrebbe essere fondata sul disposto dell'art. 2901, co. 1°, c.c., in cui si detta la disciplina dell'istituto dell'azione revocatoria e si prevede, in particolare, che "il creditore ... può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio coi quali il debitore rechi pregiudizio alle sua ragioni", quando concorrono le ulteriori condizioni enunciate nei numeri 1) e 2) del medesimo comma 1°.

---

\* Lo svolgimento, di cui si presenta in questa sede una versione provvisoria, è destinato ad uso esclusivo della didattica nel corso di Diritto civile I (a partire dall'a.a. 2009-2010) della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona.

Prima di verificare se sussistano nel caso di specie i presupposti previsti dall'art. 2901 c.c. per la revoca dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale posto in essere da Tizio, appare opportuno tuttavia interrogarsi su alcune questioni più generali e che rivestono carattere preliminare rispetto all'applicabilità della disciplina dell'azione revocatoria.

In particolare, occorre preliminarmente verificare se il fondo patrimoniale sia stato validamente costituito e se, indipendentemente da un'eventuale revoca, dispieghi i suoi effetti tra le parti e, soprattutto, nei confronti dei creditori di Tizio, tra cui, appunto, le banche Alfa, Beta, Gamma e Delta.

In caso contrario, infatti, la pretesa alla revoca del fondo non avrebbe ragione di esistere, in quanto i creditori potrebbero già far valere, se del caso anche per via di accertamento giudiziale, l'invalidità o l'inefficacia, nei loro riguardi, del fondo medesimo.

\*\*\*

Esaminiamo innanzitutto se il fondo è stato validamente costituito.

Il fondo patrimoniale, disciplinato dagli art. 167 ss. c.c., è un patrimonio di destinazione, ossia un complesso di beni (immobili, mobili registrati o titoli di credito) che vengono destinati, mediante un atto posto in essere dai coniugi o da un terzo, prima o durante il matrimonio, al soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

Per effetto del vincolo, i beni che formano oggetto del fondo vengono sottoposti ad una speciale disciplina che detta precisi limiti, dettati al fine di garantire il perseguimento della destinazione e riguardanti l'amministrazione, la disposizione e l'assoggettabilità dei beni medesimi all'azione esecutiva dei creditori dei coniugi. Secondo la prevalente opinione, il fondo patrimoniale è costitutivo di un "regime patrimoniale" in senso tecnico che, tuttavia, riguardando beni determinati, non si pone in alternativa agli altri regimi patrimoniali tipici, ma a questi si affianca (Cass. 27 novembre 1987, n. 8824). Per questa ragione, la costituzione del fondo patrimoniale è compatibile con la perdurante vigenza, tra i coniugi, di un regime di separazione dei beni oppure di comunione legale o convenzionale. La circostanza che Tizio e sua moglie abbiano optato per il regime della separazione dei beni non costituisce pertanto ostacolo alcuno alla piena validità ed efficacia dell'atto costitutivo del fondo.

Ai sensi dell'art. 167, co. 1°, c.c., il fondo patrimoniale può essere costituito da ciascuno o ambedue i coniugi o da un terzo (in quest'ultimo caso, la costituzione può avvenire anche per testamento).

La formulazione della previsione citata parrebbe indurre a ritenere che la costituzione del fondo possa essere fatta anche con la sola manifestazione di volontà del costituente, ossia mediante un negozio unilaterale. In proposito, sembra tuttavia preferibile distinguere tra costituzione per atto tra vivi e costituzione per testamento.

Con riguardo alla prima ipotesi, prevale senz'altro l'opinione secondo cui la costituzione non può avvenire senza il consenso di entrambi i coniugi, anche quando l'iniziativa sia presa da uno solo: in quest'ultimo caso, l'atto costituirebbe, infatti, una donazione e richiederebbe, pertanto, comunque l'accettazione dell'altro coniuge. Va ricordata, peraltro, anche la tesi, minoritaria, secondo la quale, quando a costituire il fondo sia uno dei coniugi che intenda a questo scopo utilizzare solo beni di sua esclusiva proprietà, sarebbe comunque sufficiente l'atto unilaterale: in tal senso deporrebbe, tra l'altro, l'analogia intercorrente fra questa fattispecie e quella in cui si concretizza una donazione

obnuziale (per la quale non occorre, come noto, l'accettazione del destinatario). Altri, ancora, hanno ritenuto che il consenso di entrambi i coniugi non sia necessario quando il costituente sia un terzo e la proprietà o il diritto di godimento siano attribuiti ad un coniuge soltanto. Secondo un'ultima tesi, infine, dall'accettazione dell'altro coniuge potrebbe prescindersi quando vengano costituiti in fondo beni che sono già in comunione legale tra i coniugi, in quanto l'atto rientrerebbe, in tal caso, nell'ambito dell'ordinaria amministrazione della comunione.

In favore della necessità del consenso di entrambi i coniugi muove, peraltro, l'idea già ricordata, e condivisa dalla prevalente opinione (seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. la già citata Cass. 27 novembre 1987, n. 8824), secondo cui l'atto che determina la costituzione del fondo va ricondotto alla categoria delle *convenzioni matrimoniali*, trattandosi di atto diretto a costituire o modificare un regime patrimoniale, anche se eccezionalmente limitato solo a determinati beni. Che la classificazione dell'atto costitutivo del fondo come convenzione matrimoniale sia corretta, si ricava anche dal fatto che il primo comma dell'art. 163 c.c. (ove si richiede, per la modifica delle convenzioni matrimoniali, il consenso di tutte le persone che sono state parti delle convenzioni medesime e dei loro eredi) così come il secondo comma dello stesso articolo (ove si prevede che la morte di uno dei coniugi non pregiudica la possibilità di modifica se questi aveva già consentito alla stessa con atto pubblico e le altre parti esprimono, anche successivamente, il loro consenso, salva l'omologazione del giudice), possono avere un senso solo se riferiti al fondo patrimoniale: solo in questo caso, infatti, all'atto possono partecipare, oltre ai coniugi, anche altre persone. Da questa qualificazione discende, altresì, la necessità che l'atto costitutivo sia redatto nelle forme di cui all'art. 162 c.c. e sia soggetto alla pubblicità rappresentata dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

Va ricordato, anche se non riguarda il caso di specie, che ulteriormente discussa è la necessità del consenso dei coniugi nell'ipotesi in cui il fondo sia costituito da un terzo mediante disposizione testamentaria (art. 167, comma 1°, c.c.). Secondo un orientamento largamente diffuso, i coniugi sarebbero in questo caso semplicemente chiamati a valutare l'opportunità di ricevere un'attribuzione gravata dall'onere del vincolo di destinazione in cui si concretizza il fondo patrimoniale. Di conseguenza, potrebbero trovare applicazione solo le norme del diritto successorio. In caso di legato, non sarebbe, allora, richiesto il consenso dei coniugi beneficiari, bastando che essi – come prevedono le regole in tema di acquisto, appunto, del legato – non rifiutino. Il consenso dei coniugi occorrerebbe invece quando il fondo sia costituito mediante un'istituzione di erede *ex re certa*. Ma si tratterebbe di un consenso necessario solo al fine di integrare l'accettazione dell'eredità, e non pure necessario sotto il profilo della costituzione del fondo patrimoniale. Non sono mancati, comunque, anche coloro che hanno ritenuto necessaria, pure nel caso di costituzione del fondo patrimoniale tramite disposizione testamentaria – non importa se a mezzo di legato o istituzione di erede – l'accettazione dei chiamati, in funzione della costituzione del vincolo. La qualificazione in termini di atto unilaterale oppure di convenzione dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, nei casi in cui alla sua base sia una disposizione testamentaria, non deve tuttavia essere sopravvalutata. Infatti, anche ove si ritenga che la costituzione del fondo richieda sempre una convenzione tra i coniugi, alla costituzione per testamento risulterebbero comunque inapplicabili non solo le disposizioni sui contratti, ma anche le disposizioni particolari che regolano le convenzioni matrimoniali, in particolare in materia di forma, di capacità e di simulazione: farebbe eccezione solo l'art. 162, ult. co., c.c., che impone, a pena di inopponibilità, di rendere pubbliche le convenzioni matrimoniali, in quanto sarebbe assurdo ritenere che l'opponibilità ai terzi di un vincolo i cui contenuti e il cui modo di atteggiarsi sono sempre i medesimi debba dipendere dalla qualificazione del negozio costitutivo, palesemente ininfluenza sul piano degli interessi tutelati dalla pubblicità.

Nel caso di specie, la costituzione è stata fatta da Tizio per atto tra vivi con beni propri di cui egli si riserva la proprietà. Se si accede alla prevalente interpretazione poc'anzi richiamata, la circostanza che il costituente si riservi la proprietà esclusiva dei beni oggetto del fondo deve ritenersi non sufficiente ad escludere la necessità del consenso di entrambi i coniugi, che deve essere espresso nella forma della convenzione. Dall'accenno, contenuto nella traccia, al fatto che la "convenzione" sarebbe stata annotata a margine dell'atto di matrimonio due giorni dopo la costituzione, si desume peraltro che alla costituzione del fondo ha partecipato anche la moglie, concorrendo appunto alla formazione di una "convenzione matrimoniale". Si può quindi ritenere che il fondo sia stato, almeno sotto questo profilo, validamente costituito.

\*\*\*

Prima di entrare nel merito della fondatezza delle domande revocatorie proposte, occorre ulteriormente verificare se il vincolo derivante dal fondo, pur validamente costituito, sia opponibile ai terzi e, in particolare, ai creditori.

In proposito, si deve muovere innanzitutto dal disposto dell'art. 162, co. 4°, c.c., il quale è applicabile anche al fondo patrimoniale in forza della già evidenziata riconducibilità dell'atto di costituzione del fondo alla categoria delle convenzioni matrimoniali. La norma in esame prevede, in particolare, che "le convenzioni matrimoniali non possono essere opposte ai terzi quando a margine dell'atto di matrimonio non risultano annotati la data del contratto, il notaio rogante e le generalità dei contraenti (...)". A questa previsione si affianca, tuttavia, quella dell'art. 2647 c.c., co. 1°, c.c., in cui si stabilisce che la costituzione del fondo patrimoniale avente per oggetto beni immobili deve essere trascritta a carico dei coniugi titolari del fondo (il co. 3° prevede, inoltre, che la trascrizione del vincolo derivante dal fondo patrimoniale costituito per testamento deve essere eseguita d'ufficio dal conservatore contemporaneamente alla trascrizione dell'acquisto a causa di morte).

La previsione di due distinti sistemi di pubblicità, che nel caso di beni immobili si affiancano l'uno all'altro, determina un'incertezza di fondo riguardo agli effetti che devono essere ricondotti all'una e all'altra forma di pubblicità. Il quesito assume indubbio rilievo anche con riferimento al caso di specie, in cui la costituzione del fondo è stata sì tempestivamente annotata a margine dell'atto di matrimonio, ma a questa non ha poi fatto seguito la trascrizione nei registri immobiliari, mai intervenuta. Ove si dovesse ritenere che la trascrizione è requisito necessario (se non addirittura sufficiente) per l'opponibilità del vincolo ai terzi, si dovrebbe infatti concludere che il vincolo, nel caso in parola, non avrebbe effetto nei confronti delle banche creditrici di Tizio, le quali potrebbero quindi aggredire senza impedimenti la casa familiare che forma oggetto del fondo.

La circostanza che la pubblicità di cui all'art. 162 c.c. sia espressamente disposta per l'opponibilità della convenzione ai terzi induce, tuttavia, la prevalente opinione (seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità: v., in particolare, con riferimento proprio alla costituzione del fondo patrimoniale, Cass. sez. un. 13 ottobre 2009, n. 21658; e v. già Cass. 8 ottobre 2008, n. 24798; Cass., 30 settembre 2008, n. 24332; Cass. 19 novembre 1999, n. 12864, in *Vita not.*, 1999, p. 1434 ss.; Cass., 19 novembre 1999, n. 12864 ove si precisa che la pubblicità costituita dall'annotazione e richiesta per l'opponibilità ai terzi non ammette deroghe o equipollenti, irrilevante essendo pertanto l'effettiva conoscenza della costituzione del fondo che il terzo abbia conseguito altrimenti; Cass. 27 novembre 1987, n. 8824, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 330 ss.) a ritenere che la trascrizione nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2647 c.c. sia per contro richiesta, nel silenzio della norma, a fini di semplice pubblicità-notizia.

Allo scopo di sostenere che la pubblicità del fondo patrimoniale ha il semplice effetto di notizia, è stata in primo luogo richiamata la mancata riproduzione dell'ultimo comma del previgente art. 2647

c.c., che imponeva la pubblicità del vincolo derivante dalla destinazione di taluni immobili a patrimonio familiare (antecedente storico dell'istituto del fondo patrimoniale) quale condizione di opponibilità del vincolo stesso ai terzi: mancata riproduzione, questa, che non può essere considerata il frutto di una semplice svista, bensì come la conseguenza di una scelta consapevole. La versione attuale dell'art. 2647 c.c. è stata, infatti, formulata con esplicito riferimento al testo precedente, all'unico e dichiarato fine di adeguarlo ai mutamenti introdotti in altre parti del sistema; ed è inverosimile che la soppressione di una disposizione tanto importante, verificatasi nell'ambito di un lavoro di adeguamento, sia occorsa casualmente, e non sia stata invece voluta, nel convincimento, più o meno fondato, di una sua necessità od opportunità.

Non è difficile, del resto, individuare l'origine di questo convincimento: il ruolo di opponibilità del vincolo ai terzi era infatti ormai stato assegnato ad un'altra formalità pubblicitaria, e cioè all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, *ex art. 162, co. 4°, c.c.* E, in effetti, una volta compiuta tale scelta, riconoscere anche nelle trascrizioni contemplate nell'art. 2647 c.c. la funzione di condizioni per l'opponibilità degli eventi pubblicizzati ai terzi significherebbe riconoscere l'esistenza, all'interno del sistema, di un *doppione*.

Non si potrebbe obiettare, nei confronti di quest'ultimo rilievo, che i due prescritti sistemi di pubblicità operano a livelli diversi, vale a dire su un piano generale, l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sul piano della soluzione di conflitti particolari, la trascrizione: ciò in quanto lo stesso carattere generale della rilevanza riconosciuta alla prima forma di pubblicità comporta la possibilità di una interferenza fra i due piani, e i conseguenti problemi di coordinamento, stante il chiaro disposto dell'art. 162, co. 4°, c.c., che attribuisce all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio il ruolo di condizione di opponibilità della convenzione ai terzi, non possono essere risolti altrimenti che negando alla trascrizione il ruolo di condizione d'opponibilità.

A quanto appena rilevato, si deve poi aggiungere la constatazione del fatto che il legislatore, tutte le volte in cui ha voluto assegnare alla pubblicità determinati effetti, lo ha detto esplicitamente (v., ad es., gli artt. 2644, 2650, 2652, 2653 c.c.; e, ancora, gli artt. 555, co. 1°, e 679, co. 1°, c.p.c.), mentre, dove non ha detto nulla, si ritiene pacificamente trattarsi di pubblicità-notizia (v., ancora per fare alcuni esempi, gli artt. 484, co. 2°, 2651 c.c., oltre agli artt. 88, co. 2°, 166, co. 2°, e 191, co. 2°, l. fall.).

D'altro canto, gli argomenti addotti per contrastare la tesi che assegna alla pubblicità del fondo patrimoniale *ex art. 2647 c.c.* il ruolo di semplice pubblicità-notizia non sono apparsi convincenti. Alcuni di questi argomenti hanno carattere generale: non sono limitati, cioè, al caso della pubblicità del fondo patrimoniale, e sono quelli che immediatamente di seguito saranno ricordati.

Innanzitutto, si è cercato fra l'altro di fare leva sul rinvio che l'art. 163, ult. co., c.c. compie agli artt. 2643 ss. c.c., quando parla di convenzioni matrimoniali la cui trascrizione sia richiesta, appunto, a norma degli artt. 2643 ss. c.c. Ma si tratta di un rinvio che pare troppo generico per potere fondare su di esso l'attribuzione, alla trascrizione delle convenzioni matrimoniali *ex art. 2647 c.c.*, dell'efficacia testualmente attribuita, dall'art. 2644 c.c., alle sole trascrizioni di cui all'art. 2643 c.c.: il rinvio di cui si tratta può, infatti, spiegarsi agevolmente anche considerando come la trascrizione delle convenzioni matrimoniali debba alle volte essere operata in forza di più disposizioni diverse, taluna delle quali può anche comportare lo specifico effetto di cui all'art. 2644 c.c. (si pensi, per fare un esempio, alla costituzione in fondo patrimoniale della proprietà di un immobile ad opera di un terzo, che comporta, come si chiarirà tra breve, un trasferimento da pubblicizzare ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c.).

Si è poi richiamato l'art. 2653, n. 4, c.c., che contempla la trascrizione delle domande di scioglimento della comunione tra coniugi avente per oggetto beni immobili, e ai sensi del quale la sentenza che pronuncia lo scioglimento non ha effetto a danno dei terzi che, anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno validamente acquistato diritti relativi a beni della comunione. Ma si tratta di una norma da intendere tacitamente abrogata, risultando del tutto evidente come il legislatore, nella sua opera di adeguamento del sistema previgente alla riforma, l'abbia dimenticata: in essa, accanto allo scioglimento della comunione, si continua infatti a parlare di separazione degli immobili dotali, quando l'istituto della dote, come noto, è stato soppresso, ed inoltre, nel definire quando i terzi possano considerarsi salvi, si parla di acquisti validamente compiuti dal marito, mentre con la riforma è stata introdotta la regola dell'amministrazione congiunta. Senza contare come, contro l'idea secondo cui l'art. 2653, n. 4, c.c. sarebbe ancora oggi applicabile, si possa altresì osservare che, mentre, prima della riforma, ai sensi delle abrogate disposizioni degli artt. 226 e 204 c.c., la retroattività della sentenza di separazione giudiziale dei beni era senza limiti, oggi la retroattività della sentenza, ai sensi del co. 4° dell'art. 193 c.c., è espressamente limitata ai rapporti fra le parti; di modo che affermare che l'art. 2653, n. 4, c.c. è tuttora vigente significherebbe consentire, attraverso la trascrizione della domanda, di conseguire un'efficacia reale che la norma del co. 4° dell'art. 193 c.c. vuole invece escludere. Tutto ciò considerato, l'art. 2653, n. 4, c.c. può intendersi conservare oggi rilevanza solo con riguardo alle doti e alle comunioni convenzionali degli utili e degli acquisti costituite anteriormente alla riforma: ciò in quanto, secondo l'art. 227 l. dir. fam., le doti costituite prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia continuano ad essere disciplinate dalle norme anteriori e, pur nell'assenza, nel citato art. 227, di un riferimento alle precedenti convenzioni costitutive di una comunione dei beni tra coniugi, ben si può ritenere che pure tali convenzioni abbiano conservato valore – se non altro in quanto nell'ambito della disciplina introdotta con la riforma è consentito ai coniugi, tramite una convenzione, di discostarsi dalle nuove previsioni (v. art. 210 c.c.) –, e debbano, perciò, anche le comunioni convenzionali degli utili e degli acquisti costituite prima della riforma, considerarsi regolate, almeno in linea di principio, dalle norme anteriori.

Nessun argomento contro la tesi della pubblicità-notizia può poi essere tratto dall'art. 2685, co. 2°, c.c., che attribuisce alle trascrizioni menzionate nell'art. 2647 c.c. “gli effetti stabiliti per i beni immobili”: questa espressione, infatti, non implica che debba necessariamente trattarsi della c.d. efficacia dichiarativa: anche la pubblica conoscibilità, che consegue ad una semplice pubblicità-notizia, garantita dalla doverosità della trascrizione, costituisce infatti un effetto giuridico.

Agli argomenti testé ricordati, sempre al fine di sostenere che pure la pubblicità da attuare *ex art.* 2647 c.c. svolgerebbe il ruolo di condizione di opponibilità, ne sono stati quindi aggiunti altri, riguardanti in modo peculiare la pubblicità del fondo patrimoniale.

Si è rilevato, in primo luogo, che, ai sensi dell'art. 167, co. 4°, c.c., qualora nel fondo vengano immessi titoli di credito, il vincolo deve essere annotato sui titoli medesimi, previamente resi nominativi, o, comunque, i titoli debbono essere vincolati in altro modo idoneo. E se questa pubblicità deve intendersi costituire condizione per l'opponibilità del vincolo, non si vedrebbe per quale ragione il medesimo ruolo non dovrebbe svolgere la trascrizione, con riguardo ai beni immobili. Sennonché, non è affatto sicuro che l'annotazione di cui si tratta costituisca condizione per l'opponibilità del vincolo. Tanto era espressamente previsto nel co. 3° dell'abrogato art. 169 c.c., ai sensi del quale l'inalienabilità dei beni costituenti il patrimonio familiare non era opponibile ai creditori il cui diritto fosse sorto anteriormente alla costituzione del vincolo sui titoli di credito; previsione, questa, che non è stata però riprodotta dal legislatore della riforma. E, in assenza di essa, l'unica via per affermare che l'annotazione costituirebbe condizione per l'opponibilità del vincolo sembrerebbe essere il richiamo all'art. 1997 c.c., secondo cui nessun vincolo sul diritto menzionato in un titolo di credito ha effetto se non viene annotato sul titolo medesimo. Ma sembra legittimo

supporre che, rispetto a questa norma, si ponga, quale deroga, la regola, posteriore e speciale, rispetto a quella di cui all'art. 1997 c.c., in quanto riguardante il solo fondo patrimoniale, che dichiara senz'altro opponibile il vincolo già in virtù dell'annotazione, effettuata a margine dell'atto di matrimonio, della convenzione dalla quale è scaturito. Anche l'annotazione del fondo patrimoniale sui titoli acquista, perciò, in questa prospettiva, il valore di semplice pubblicità-notizia.

Neppure convince il richiamo all'art. 2915 c.c., secondo cui i vincoli d'indisponibilità non hanno effetto nei confronti del creditore pignorante, se il loro atto costitutivo non sia stato trascritto prima del pignoramento. Può invero ben supporre una implicita sfera di riduzione del campo di applicabilità della norma, nel senso di ritenere da esso escluso il vincolo del fondo patrimoniale, opponibile a chiunque in virtù della pubblicità attuata presso i registri dello stato civile: tanto più che sarebbe davvero incongruo assicurare al pignorante un trattamento più favorevole di quello riservato all'acquirente, il quale sarebbe sempre esposto a vedersi contestare l'eventuale inalienabilità degli immobili componenti il fondo patrimoniale anche in difetto di trascrizione, posto che manca, a sua tutela, una norma specifica come sarebbe quella dell'art. 2915 c.c.

Infine, si è osservato come, nel caso di costituzione per testamento, non esista una convenzione matrimoniale che possa essere annotata a margine dell'atto di matrimonio, e perciò manchi la possibilità di attuare la pubblicità prevista nell'art. 162, co. 4°, c.c.; e qualora si sostenga che neppure in questi casi la trascrizione costituisce condizione per l'opponibilità del vincolo, si dovrebbe accettare la conclusione, certo insoddisfacente, che i terzi potrebbero risultare pregiudicati causa l'esistenza di un vincolo che potrebbe anche essere rimasto assolutamente occulto: la formulazione unitaria dell'art. 2647 c.c. impedisce infatti di assegnare un ruolo peculiare alla trascrizione della sola costituzione di un fondo patrimoniale per testamento. Tale inconveniente appare, peraltro, di molto attenuato ove si consideri che, ai sensi del co. 3° dell'art. 2647 c.c., la trascrizione del vincolo costituito per testamento deve essere eseguita d'ufficio, nel momento in cui sia reso pubblico l'acquisto a causa di morte; di modo che – salvi i casi patologici di omissione dell'ufficio – chi consulti i registri immobiliari allo scopo di verificare la spettanza di una determinata proprietà ai coniugi sarà edotto anche dell'esistenza del vincolo; mentre a carico di chi, al fine di accertare la proprietà, si sia basato su altre fonti d'informazione, non sembra incongruo porre l'onere di ricorrere alle medesime fonti anche per quanto riguarda la eventuale esistenza del vincolo. Senza contare come non paia arrischiato sostenere che, almeno agli effetti della pubblicità nei registri dello stato civile, la nozione di convenzione matrimoniale debba intendersi in senso lato, come comprensiva di qualsiasi negozio idoneo a dare vita fra i coniugi ad un regime deviante rispetto a quello legale.

Né sembra possibile negare funzione di pubblicità dichiarativa all'annotazione, facendo leva sulla presunta irragionevolezza di un sistema che condiziona l'opponibilità ai terzi alla pubblicità in un registro, quello dello stato civile, di per sé non concepito per fornire informazioni circa le vicende che riguardano la circolazione dei beni. A parte l'impossibilità di superare la lettera dell'art. 162 c.c., che espressamente parla dell'annotazione come di un requisito di opponibilità, si deve infatti rilevare, come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 111), che la necessità, per il terzo, di estendere la consultazione anche al registro dello stato civile è un onere che, sebbene fastidioso, non è però eccessivamente gravoso per i terzi né rispetto al principio costituzionale di tutela in giudizio né rispetto al principio di eguaglianza, in quanto trova giustificazione “nel generale rigore necessario alle deroghe al regime legale” nonché, con specifico riguardo al fondo patrimoniale, “nell'esigenza di contemperare gli interessi contrapposti della conservazione del patrimonio per i figli fino alla maggiore età dell'ultimo di essi e dell'impedimento di un uso distorto dell'istituto a danno delle garanzie dei creditori” (così, sempre, Corte cost. n. 111 del 1995).

In definitiva, e riassumendo, la conclusione maggiormente plausibile appare essere quella che assegna alla trascrizione del fondo patrimoniale da compiersi *ex art. 2647 c.c.* il ruolo di semplice pubblicità-notizia.

Si deve inoltre rilevare che, ove alla trascrizione nei registri immobiliari si assegni, in linea con l'orientamento prevalente, la funzione di semplice pubblicità-notizia, ciò non equivale comunque a disconoscere alla trascrizione qualsiasi rilevanza giuridica. Ad esempio, essa potrebbe giocare sotto il profilo della valutazione dell'esistenza di uno stato di buona o mala fede del terzo, in tutte le ipotesi in cui tale stato sia rilevante (così come accade, sempre per fare un esempio, lì dove sia in questione una usucapione abbreviata). Ancora, dalla formulazione letterale dell'art. 2647 c.c. si desume l'esistenza, anche in questo caso, di un "dovere" di trascrivere; dovere di trascrivere che, qualora titolo per la trascrizione sia una convenzione matrimoniale, e quindi un atto pubblico, graverà, evidentemente, sul pubblico ufficiale rogante, il quale, secondo quanto disposto nell'art. 2671 c.c., dovrà anche curare che la trascrizione venga eseguita nel più breve tempo possibile, rimanendo tenuto, in caso di ritardo, al risarcimento dei danni, nei confronti, innanzi tutto, delle parti comparenti, a titolo di responsabilità contrattuale, essendo, il pubblico ufficiale rogante, alle parti medesime legato da un contratto d'opera professionale, il cui contenuto risulta integrato dalla previsione appena ricordata. Ma il dovere di eseguire la pubblicità può rilevare anche nei confronti dei terzi. Questo aspetto, di solito, rimane nell'ombra, in quanto, nella maggior parte dei casi, il difetto di trascrizione rende l'atto inopponibile, e perciò pregiudica solo le parti; quando, però, ciò non si verifichi, come accade appunto nel caso di mancata trascrizione di una convenzione costitutiva di un fondo patrimoniale, pregiudicati dall'omissione della pubblicità possono essere anche i terzi, indotti a confidare nella inesistenza di un atto rimasto occulto. Non si potrebbe obiettare che l'omissione dell'atto dovuto da parte del pubblico ufficiale già è sanzionata sul piano fiscale e disciplinare: la circostanza che il dovere di cui si tratta sia inserito nel contesto della disciplina codicistica dei rapporti privati ne rende, infatti, manifesta la rilevanza anche sul piano della responsabilità extracontrattuale. È vero che il dovere dei pubblici ufficiali roganti presidia direttamente solo l'interesse, diffuso in tutto il pubblico, alla conoscibilità di determinate fattispecie; ma è vero anche che taluni singoli soggetti, preventivamente individuabili in astratto, hanno un interesse differenziato e qualificato a tale conoscibilità: un interesse la cui lesione, dati i suoi caratteri, è, perciò, senz'altro rilevante sul piano, come si diceva, della responsabilità extracontrattuale. È, del resto, generalmente riconosciuto che, a carico del conservatore dei registri immobiliari, nel caso di inattuazione delle formalità pubblicitarie, può essere riconosciuta una responsabilità extracontrattuale; e sarebbe allora incongruo attribuire minore portata al dovere del pubblico ufficiale rogante di promuovere la trascrizione, che di quello del conservatore costituisce il presupposto. E quanto appena affermato risulta tanto più evidente se si considera come il dovere di promuovere la trascrizione, nel caso di costituzione di fondo patrimoniale mediante testamento, sia stato posto, dall'art. 2647, co. 3°, c.c., a carico del conservatore, che dovrà a ciò procedere d'ufficio, a prescindere, cioè, da un impulso di parte: ciò che si spiega considerando che, in questi casi, manca un pubblico ufficiale rogante tenuto a chiedere la trascrizione del titolo, così che, lì dove l'attuazione della pubblicità fosse lasciata agli interessati, il legislatore ha supposto che questi per lo più finirebbero per richiederla limitatamente agli effetti a loro favorevoli. Ma allora, se, in linea con quanto si sostiene in generale a proposito della sua responsabilità, si può affermare che anche in questo caso particolare, in cui il dovere di promuovere la trascrizione incombe su di lui, il conservatore deve rispondere dei danni da chiunque risentiti a causa di una sua colpevole omissione, non si vede per quale motivo la medesima responsabilità non dovrebbe gravare in capo ai pubblici ufficiali roganti, nei casi in cui il dovere di promuovere la trascrizione incomba su di loro.

In ragione di quanto sin qui esposto, si può quindi concludere nel senso che, nel caso di specie, la mancata trascrizione dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale nei registri immobiliari ai sensi

dell'art. 2647 c.c. non incide in alcun modo sull'opponibilità del vincolo alle banche creditrici del coniuge costituente Tizio, essendo tale opponibilità già assicurata dall'annotazione nei registri dello stato civile avvenuta il 12 dicembre 2003. Ne segue che, ai sensi dell'art. 170 c.c., l'immobile che ne costituisce l'oggetto non può, in linea di principio, formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori particolari di Tizio, qualora detti debiti siano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Il discorso relativo all'opponibilità ai terzi del fondo non può dirsi, tuttavia, ancora del tutto concluso. Occorre, infatti, evidenziare che, ai sensi dell'art. 168, co. 1°, c.c., "la proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione". Pertanto, nel caso in cui il fondo sia costituito da un coniuge con beni propri o da un terzo, la costituzione del fondo, oltre a comportare la nascita del vincolo di destinazione (e del connesso vincolo di inespropriabilità), determina anche il trasferimento della proprietà del bene, che diviene comune ad entrambi i coniugi.

Rispetto a tale effetto traslativo, distinto dall'effetto consistente nella nascita del vincolo di destinazione, si rende quindi necessaria, ove il fondo abbia ad oggetto beni immobili, una specifica trascrizione nei registri immobiliari, distinta rispetto a quella richiesta dall'art. 2647 c.c.

Precisamente, quando la costituzione di un fondo patrimoniale sia compiuta da un terzo, e importi il trasferimento della proprietà di immobili, oltre alla trascrizione *ex art. 2647 c.c.*, dovrà poi essere effettuata anche una ulteriore trascrizione, *ex art. 2643, n. 1, c.c.*, o *ex art. 2648 c.c.*, secondo, rispettivamente, che la costituzione del fondo patrimoniale avvenga per atto tra vivi o *mortis causa*. Una ulteriore trascrizione, questa volta, però, *ex art. 2643, n. 3, c.c.*, dovrà essere effettuata anche qualora la costituzione di beni immobili in fondo patrimoniale venga operata da uno dei coniugi che ne sia l'esclusivo proprietario, dato che in tal caso sorge una comunione sugli immobili medesimi. Dovrà eseguirsi, invece, la sola trascrizione *ex art. 2647 c.c.* qualora i coniugi erigano in fondo patrimoniale beni già comuni.

Ciò precisato, si deve tuttavia rilevare che il problema, nel caso di specie, non sussiste.

Nel nostro caso, infatti, al momento della costituzione del fondo, Tizio, avvalendosi della facoltà espressamente riconosciuta dal citato art. 168, co. 1°, c.c., si è riservato la proprietà esclusiva del bene costituente il fondo.

Orbene, con riferimento a questa ipotesi, è da ritenere che debba essere eseguita la sola trascrizione prevista dall'art. 2647 c.c., a fini quindi, anche in questo caso, di semplice pubblicità-notizia. La necessità di un'ulteriore trascrizione è stata, peraltro, da alcuni sostenuta facendo riferimento alla natura di diritto reale che sembra dover essere riconosciuta al vincolo che scaturisce dalla costituzione del fondo patrimoniale, invocando, precisamente, l'art. 2643, n. 2, c.c., qualora si ravvisi in tale vincolo una specie di usufrutto, o l'art. 2645 c.c. – inteso quale norma che consente di superare anche il principio di tassatività degli effetti da pubblicizzare –, qualora nel vincolo in parola si ravvisi un diritto reale atipico. Ma la necessità di un'ulteriore trascrizione sembra invero da escludere, nell'ottica di evitare uno spreco di formalità pubblicitarie, in considerazione del fatto che la trascrizione *ex art. 2647 c.c.* è di per sé già sufficiente a pubblicizzare la condizione giuridica dei beni costituiti in fondo patrimoniale, in quanto rende conoscibili, al tempo stesso, sia il limite che viene a gravare sulla proprietà sia i poteri del coniuge non proprietario.

\*\*\*

Posto che Tizio può astrattamente opporre alle banche Alfa, Beta Gamma e Delta il vincolo derivante dal fondo patrimoniale, e, in particolare, il vincolo di inespropriabilità previsto dall'art. 170 c.c., si deve peraltro verificare se sussistono, in concreto, i presupposti a cui questo articolo subordina il vincolo di inespropriabilità.

Precisamente, ai sensi dell'art. 170 c.c., l'esecuzione sui beni vincolati in fondo patrimoniale "non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia". Due sono i presupposti richiamati nella norma, i quali devono entrambi essere provati, anche mediante presunzioni, dal coniuge convenuto nel giudizio di esecuzione: il primo, di natura *oggettiva*, consiste nell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia; il secondo, di natura *soggettiva*, è rappresentato dalla conoscenza, da parte del creditore, della predetta estraneità.

Con riferimento al primo presupposto – l'estraneità del debito ai bisogni della famiglia – sembra ragionevole ritenere che questo sussista anche nel caso di specie, trattandosi di obbligazioni che sono state contratte da Tizio per far fronte alle esigenze dell'impresa di cui è unico titolare. Le esigenze dell'impresa di un coniuge non sembrano, infatti, assimilabili ai bisogni familiari.

Al riguardo, si è sottolineato, nella giurisprudenza di legittimità, che il criterio che identifica i "bisogni della famiglia" ai fini dell'art. 170 c.c. deve ravvisarsi nel criterio della "inerenza diretta ed immediata" degli scopi per cui i debiti sono stati contratti ai bisogni della famiglia (Cass., 7 gennaio 1984 n. 134). Si è, tuttavia, altresì precisato che il concetto di "bisogni della famiglia" non deve essere inteso in senso restrittivo, non deve cioè essere riferito solo alla soddisfazione delle necessità indispensabili del nucleo familiare e, quindi, delle esigenze essenziali all'esistenza stessa della famiglia, bensì deve essere letto come formula atta a ricomprendere tutte le esigenze volte al pieno mantenimento e all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, restando escluse solo le esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da intenti meramente speculativi (sempre Cass., 7 gennaio 1984 n. 134).

Ci si potrebbe allora chiedere, in questa prospettiva, se non si possa ipotizzare di ricondurre ai bisogni della famiglia anche obbligazioni che, come quelle del caso di specie, siano state contratte da un coniuge per l'esercizio della sua attività individuale di impresa, a tal fine ragionando circa la strumentalità di tali obbligazioni rispetto al fine del "potenziamento della sua capacità lavorativa".

Sembra, tuttavia, preferibile ritenere che le obbligazioni contratte per l'esercizio di un'attività di impresa individuale non possano intendersi contratte per i bisogni della famiglia, e ciò in quanto, anche accogliendo la più ampia interpretazione prospettata dalla giurisprudenza, rimane fermo che si tratta, nella specie, di obbligazioni che solo *indirettamente* contribuiscono al potenziamento delle capacità reddituali del nucleo familiare ed al miglioramento del tenore di vita della famiglia nel suo complesso, avendo, in via diretta, una destinazione ben specifica e diversa: difetta, dunque, in ogni caso, il requisito della "inerenza diretta ed immediata" all'interesse della famiglia. Se dunque appare corretto non limitare il concetto di bisogni familiari esclusivamente ai bisogni primari ed elementari del nucleo familiare, ciò tuttavia non può consentire di estendere indiscriminatamente tale nozione fino a comprendere qualsiasi iniziativa economica che, anche solo in modo indiretto, si ripercuota in favore del gruppo familiare. È opportuno, d'altronde, ricordare che il coniuge imprenditore non è tenuto a destinare alla famiglia i ricavi che ritrae dalla propria attività, se non nei limiti in cui è tenuto, *ex art. 143 c.c.*, a contribuire ai bisogni della famiglia. Ciò è vero anche nel caso in cui tra i coniugi viga il regime della comunione legale (e non è, peraltro, il caso di specie, in cui i coniugi hanno optato per la separazione dei beni), in applicazione del quale è previsto che il coniuge imprenditore individuale rimanga titolare dei beni destinati all'esercizio dell'impresa e dei relativi incrementi, e possa quindi disporre liberamente sino al momento dello scioglimento della

comunione, salvo prevedersi che, allo scioglimento, divenga comune, ai sensi dell'art. 178 c.c., l'eventuale residuo fino a quel momento non consumato.

A diversamente ragionare, inoltre, si finirebbe per ampliare a dismisura l'ambito dei fini per i quali il fondo può essere costituito e per i quali, soprattutto, i beni del fondo possono essere assoggettati ad espropriazione, con conseguente rischio di vanificare la stessa utilità del fondo quale strumento consentito dalla legge per realizzare al meglio esigenze che sono direttamente collegate alla famiglia e che, proprio a tale scopo, opera sottraendo determinati beni all'aggressione dei creditori.

Accertato che sussiste il requisito dell'estraneità dei debiti ai bisogni della famiglia, dubbi non dovrebbero sussistere neanche riguardo alla possibilità, per Tizio, di provare l'ulteriore requisito soggettivo, ossia che le banche fossero a conoscenza di tale estraneità al momento della concessione dei relativi finanziamenti. È del tutto inverosimile, infatti, immaginare che una banca, nel concedere credito ad un imprenditore, non accerti quale sia lo scopo per il quale il finanziamento viene richiesto, tanto più se, come nel caso di specie, si tratta di un abituale cliente della banca.

\*\*\*

È ulteriormente opportuno appurare se il vincolo di inespropriabilità previsto dall'art. 170 c.c. sia efficace anche nei confronti di creditori i cui crediti siano sorti anteriormente al negozio costitutivo del fondo. La questione potrebbe avere un qualche rilievo anche per la risoluzione del caso di specie, in quanto, in base alle considerazioni che di seguito svolgeremo, potrebbe risultare che alcune delle banche interessate abbiano prestato credito a Tizio in un momento anteriore alla costituzione del fondo patrimoniale. Se si dovesse concludere per l'operatività del vincolo di inespropriabilità solo nei confronti dei creditori per debiti assunti dopo la costituzione medesima, le banche non avrebbero dunque interesse ad agire per la revoca dell'atto, in quanto potrebbero direttamente agire in via esecutiva sui beni del fondo.

La traccia, in verità, non specifica in quali momenti siano sorti i debiti di Tizio nei confronti delle quattro banche interessate. Diversi indici inducono, tuttavia, a ritenere che la gran parte dei debiti in parola sia sorta prima che il fondo venisse costituito.

Innanzitutto, si precisa, nella traccia, che Tizio, al momento della costituzione del fondo, è, "debitore di diverse banche che abitualmente gli concedono credito", precisazione, questa, la quale potrebbe far ritenere che le banche di cui è, in quel momento, già debitore siano proprio quelle (soprattutto Alfa, Delta e Gamma) che avrebbero poi proposto domanda giudiziale per ottenere la revoca della costituzione.

In secondo luogo, si deve osservare che tre delle banche interessate (precisamente, Alfa, Delta e Gamma) sono titolari di ipoteche giudiziali, iscritte dunque a garanzia di debiti accertati giudizialmente con sentenza di condanna, e che tali ipoteche sono state iscritte tutte tra il settembre 2005 e il giugno 2006. È presumibile (anche se, ovviamente, non se ne può avere la certezza) che, considerati i tempi medi di un giudizio, i debiti a garanzia dei quali quelle ipoteche sono state iscritte siano nati (e forse anche divenuti esigibili) alcuni anni prima del giudizio, e, quindi, prima della data di costituzione del fondo (nel dicembre 2003).

La banca Beta vanta invece un'ipoteca volontaria, iscritta il 17 aprile 2006 a garanzia di un finanziamento concesso a Tizio. In questo caso, e a differenza dei precedenti, è allora presumibile ritenere (ma neanche qui può dirsi che vi sia certezza sul punto) che il credito sia sorto contestualmente alla costituzione (ed iscrizione) della relativa ipoteca. Il credito che la Banca Beta

vanta nei confronti di Tizio è quindi sorto, probabilmente, in un momento successivo alla costituzione del fondo patrimoniale nel dicembre 2003.

Deve ritenersi allora, per le prime tre banche, che l'antiorità dei loro crediti rispetto al momento di costituzione del fondo patrimoniale valga a tenerle esenti dalle conseguenze svantaggiose che discendono dal fondo medesimo in termini di inespropriabilità?

La risposta deve essere, a ben vedere, negativa.

Come è stato rilevato, infatti, dalla prevalente giurisprudenza, anche di legittimità (v. Cass., 28 novembre 1990, n. 11449, in *Giur. it.*, 1991, I, 666, e Cass., 9 aprile 1996 n. 3251; in senso contrario si sono, tuttavia, espressi alcuni giudici di merito), l'art. 170 c.c., nel prevedere che l'esecuzione sui beni del fondo non può avere luogo per debiti che siano stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, pone "una distinzione fondata sulla qualità del credito, restando escluso qualsiasi risvolto temporale". Significativa è poi la circostanza che non sia stata riprodotta la diversa disciplina che sul punto era prevista, prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, per il patrimonio familiare, ove espressamente si stabiliva che il vincolo avesse effetto solo nei confronti dei creditori per obbligazioni contratte dopo la costituzione del patrimonio medesimo.

In conclusione, si deve riconoscere che, nel caso di specie, le banche, qualora promuovessero l'azione esecutiva sul bene oggetto fondo, vedrebbero con ogni probabilità la loro pretesa paralizzata da Tizio, il quale, in via di eccezione, potrebbe far valere la piena efficacia del vincolo di inespropriabilità nei loro confronti.

Alle banche creditrici non rimane, in definitiva, che agire in revocatoria, al fine di poter solo successivamente, ossia una volta ottenuta la revoca, agire in via esecutiva sulla casa familiare e soddisfare, in questo modo, il loro credito.

\*\*\*

Occorre allora innanzitutto verificare, nel merito, se l'atto di costituzione del fondo sia, in astratto, suscettibile di revoca ai sensi dell'art. 2901 c.c. e, quindi, se ricorrano in concreto, con riguardo al caso di specie, i presupposti per la revoca dell'atto di costituzione del fondo ai sensi della medesima norma.

A norma dell'art. 2901 c.c., sono soggetti alla revocatoria i soli "atti di disposizione del patrimonio". Secondo opinione unanime, sono considerati tali i negozi giuridici tra vivi aventi funzione tipicamente dispositiva e che siano atti ad incidere negativamente sulla consistenza del patrimonio del debitore (ad es., la vendita, la donazione, il conferimento in società, ecc.).

Anche l'atto di costituzione del fondo è da considerare atto di disposizione del patrimonio, e può essere pertanto assoggettato alla revocatoria ordinaria *ex artt.* 2901 c.c. e a quella fallimentare *ex artt.* 64 ss. l. fall. La conclusione, oggi sostanzialmente pacifica, non è tuttavia mai stata, soprattutto in passato, indiscussa.

La natura di atto di disposizione, e, più precisamente, di alienazione, appare, infatti, certa quando il fondo sia costituito da un terzo oppure da parte di un coniuge con beni propri: nel primo caso si ha, infatti, il trasferimento ai coniugi della contitolarità dei beni, o almeno la costituzione di un diritto di godimento su di essi (se il terzo conserva la nuda proprietà); nel secondo caso, si ha un'alienazione *pro quota* a favore dell'altro coniuge, che diviene contitolare dei beni vincolati (o del diritto di godimento su di essi costituito, nel caso di riserva della proprietà da parte del coniuge

titolare dei beni). Qualche dubbio è stato avanzato, invece, con riferimento alla sola ipotesi di costituzione fatta dai coniugi congiuntamente con beni già comuni (in comunione legale o in comunione ordinaria per quote eguali), non essendovi, in questo caso, alcuna attribuzione patrimoniale, né a favore dei coniugi, né a favore di terzi (il vantaggio per i debitori che potranno soddisfarsi in via esclusiva sui beni del fondo è solo eventuale e futuro), ma soltanto un mutamento della condizione giuridica dei beni: per queste ragioni, una parte della dottrina ha negato che in questi casi possa parlarsi di atto di disposizione patrimoniale in senso tecnico. Pare però preferibile ritenere che anche il mutamento della situazione di contitolarità, là dove si risolve, come nel caso in questione, nella creazione di una massa patrimoniale separata e destinata al soddisfacimento solo di determinati creditori, vada propriamente qualificato come effetto di un atto di disposizione (se non altro ai fini dell'assoggettabilità dell'atto a revocatoria). Non vi è dubbio, d'altra parte, che, in tutti questi casi, l'atto è idoneo ad arrecare un pregiudizio alle ragioni dei creditori: l'*eventus damni* si ravvisa, in particolare, nella stessa costituzione del vincolo di destinazione a far fronte ai bisogni della famiglia, a seguito del quale i beni costituiti in fondo (e i loro frutti) vengono sottratti alla garanzia patrimoniale generica dei creditori attuali dei costituenti.

Ai fini della revocatoria, l'orientamento prevalente, seguito in modo costante anche dalla giurisprudenza (v. ad es. Cass., 22 gennaio 1999, n. 591), qualifica inoltre la costituzione del fondo, più specificamente, come *atto a titolo gratuito*, e da ciò fa discendere, in particolare, l'irrilevanza dell'indagine circa l'atteggiamento psicologico del terzo parte dell'atto impugnato (c.d. *participatio fraudis*, rilevante ex art. 2901 c.c. solo per gli atti a titolo oneroso), nonché l'applicabilità in caso di fallimento dell'art. 64 l. fall. (riguardante gli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento), a cui ora va aggiunto, in conseguenza delle modifiche introdotte alla legge fallimentare dal d.legisl. 9 gennaio 2006, n. 5, anche, là dove si tratti di fondo costituito tra coniugi, l'art. 69 l. fall., con il quale si è estesa la revocatoria fallimentare anche gli atti a titolo gratuito compiuti più di due anni prima della dichiarazione di fallimento, ma nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale, se il coniuge non prova che ignorava lo stato di insolvenza del coniuge fallito. Più precisamente, si ritiene che l'atto di costituzione del fondo patrimoniale tra vivi comporti di regola una liberalità, a cui sarebbero di conseguenza applicabili, in quanto compatibili, le norme sulla donazione e, specialmente, quelle sulla donazione obnuziale (pur non trattandosi di una donazione in senso tecnico). Peraltro, secondo un'opinione, nei casi di costituzione da parte di un terzo o da parte di un coniuge con beni propri, l'attribuzione potrebbe trovare la sua causa anche in un interesse diverso da quello di liberalità e, segnatamente, nell'attuazione di un dovere di solidarietà familiare, sicché, almeno in questi casi, non potrebbero trovare applicazione le norme sulle donazioni. Sembra tuttavia dubbio che la solidarietà familiare, di per sé ristretta agli obblighi di contribuzione e di alimenti espressamente previsti dalla legge, possa da sola costituire causa giustificativa autonoma di un'attribuzione traslativa. È, d'altronde, assai discutibile che l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia si estenda fino al punto di obbligare questi ultimi a costituire i propri beni in patrimonio familiare, sì che il fondo in tal modo costituito possa considerarsi atto di adempimento (pertanto non atto gratuito ma atto dovuto) di quell'obbligo: i coniugi sono, infatti, liberi di determinare le modalità con cui intendono contribuire ai bisogni familiari, e non sono tenuti a farlo ricorrendo specificamente ad uno strumento, quello del fondo patrimoniale, che tali esigenze persegue attraverso regole stringenti e fortemente limitative dei poteri dei coniugi e della loro responsabilità patrimoniale verso i creditori.

Solo una parte minoritaria della dottrina ritiene che l'atto (tra vivi) di costituzione del fondo possa connotarsi diversamente a seconda dei casi, e così, in determinate circostanze, possa integrare anche un atto a titolo oneroso. A titolo oneroso dovrebbe, in particolare, considerarsi l'atto di costituzione effettuato da un terzo, quando sia strutturato come un'alienazione di beni corrispettiva ad una prestazione dei coniugi (abbia cioè la veste, ad es., di vendita, permuta o transazione) la cui efficacia sia subordinata alla destinazione dei beni stessi in fondo patrimoniale da parte dei coniugi.

L'onerosità dell'atto dovrebbe poi riconoscersi anche nel caso in cui la costituzione sia effettuata da parte di entrambi i coniugi con beni di proprietà esclusiva di ciascuno di essi, a ciò non ostando il fatto che le reciproche attribuzioni patrimoniali che da tale atto derivano non siano tra loro in rapporto di corrispettività. Per quanto riguarda, infine, l'ipotesi di costituzione fatta dai coniugi con beni già comuni, questa tesi muove dall'opinione, già menzionata, che nega in tal caso all'atto la stessa natura di atto di disposizione del patrimonio, e conseguentemente ritiene che esso si sottragga in radice alla qualificazione alternativa in termini di gratuità o di onerosità.

\*\*\*

Posto quindi che l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, anche nel nostro caso in cui il fondo è costituito da un coniuge che si riserva la proprietà dei beni, ed in cui è quindi escluso qualsiasi effetto traslativo, è atto di disposizione, in particolare a titolo gratuito, ed è, in quanto tale, soggetto a revocatoria, occorre ora verificare se ricorrano, in concreto, i presupposti per l'esercizio della predetta azione.

Il primo presupposto (di natura oggettiva) è rappresentato dalla sussistenza di un diritto di credito verso il debitore.

Con riferimento al caso in esame, non vi sono dubbi sul fatto che Tizio sia debitore delle banche Alfa, Beta, Gamma e Delta, in ragione di finanziamenti che queste gli hanno in passato concesso, anche se, come abbiamo già rilevato, non è noto il momento in cui tali posizioni debitorie siano sorte. Relativamente alle Banche Alfa, Gamma e Delta l'esistenza del credito si desume dalle ipoteche giudiziarie di cui tali banche risultano titolari, che trovano il loro fondamento in una sentenza di condanna ad adempiere pronunciata nei confronti di Tizio (e che ha quindi accertato l'esistenza dei crediti); in tal caso il credito potrebbe essere sorto anche prima della costituzione del fondo. Nel caso della Banca Beta, invece, è probabile che il finanziamento, garantito da ipoteca volontaria, sia stato concesso contestualmente alla costituzione ed iscrizione dell'ipoteca, avvenuta dopo la costituzione del fondo. Si noti che non è richiesto, ai fini della revocatoria, che il credito sia liquido, né che sia esigibile. Non è necessario, inoltre, che il creditore sia munito di titolo esecutivo (Cass. 97/3113).

\*\*\*

Il secondo presupposto, anch'esso di natura oggettiva, è costituito dal c.d. *eventus damni*, ovvero dal pregiudizio che dall'atto può derivare alle ragioni del creditore.

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, “per l'integrazione del profilo oggettivo dell'*eventus damni* non è necessario che l'atto di disposizione del debitore abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, determinando la perdita della garanzia patrimoniale del creditore, ma è sufficiente che abbia determinato o aggravato il pericolo dell'incapienza dei beni del debitore e cioè il pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante ovvero la maggiore difficoltà od incertezza nell'esazione coattiva del credito medesimo” (Cass., 17 gennaio 2007, n. 966). Non è dunque richiesta ai fini dell'azione revocatoria una totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, anzi si ritiene che sia “idonea a pregiudicare le ragioni del creditore anche una variazione semplicemente qualitativa del patrimonio del debitore”. Infine, come affermato dalla Suprema Corte di Cassazione, l'onere di provare l'insussistenza del rischio che il soddisfacimento del credito venga reso più incerto o più difficile, “incombe, secondo i principi generali, al convenuto nell'azione di revocazione che eccepisca l'insussistenza, sotto tale profilo, dell'*eventus damni*”.

Nel caso di specie, Tizio, imprimendo sulla casa familiare il vincolo di destinazione del fondo patrimoniale, ha sostanzialmente costituito un vincolo reale di garanzia a favore della categoria dei creditori “familiari”, a fronte, invece, della riduzione della garanzia patrimoniale di cui godevano i suoi creditori personali, per via della sottrazione di un rilevante cespite del suo patrimonio ad eventuali azioni esecutive che questi ultimi avrebbero potuto intraprendere nell’ipotesi di un suo inadempimento.

Come abbiamo già rilevato, l’assoggettamento di un bene al vincolo di destinazione del fondo patrimoniale comporta, infatti, per il creditore un duplice ordine di limiti con riguardo all’espropriabilità di detto bene: uno di ordine oggettivo, relativo alla necessaria inerenza del credito vantato al soddisfacimento dei bisogni della famiglia; l’altro, avente natura soggettiva, e rappresentato dalla non conoscenza da parte del creditore della eventuale estraneità del credito alle esigenze familiari. Dunque, è chiaro che la limitazione della possibilità di aggredire i beni conferiti nel fondo per debiti che il creditore sapeva esser stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia (*ex art. 170 c.c.*) riduce corrispondentemente la garanzia patrimoniale spettante ai creditori *ex art. 2740 c.c.* su tutti i beni del debitore.

Come parimenti si è già evidenziato, del tutto irrilevante è la circostanza che, nel caso di specie, Tizio si sia riservato la proprietà del bene costituito in fondo. Infatti, la natura del fondo come atto di atto di disposizione non discende dalla sua, solo eventuale, efficacia traslativa, bensì è connessa alla nascita del vincolo di inespropriabilità, che già in sé limita la garanzia patrimoniale dei creditori.

Piuttosto, si deve ricordare che l’elemento oggettivo dell’*eventus damni* deve essere verificato in concreto. Non è sufficiente quindi che l’atto riduca la garanzia patrimoniale, dovendosi altresì dimostrare che la riduzione della garanzia patrimoniale è tale da determinare il pericolo concreto che il debitore non adempia l’obbligazione e che l’azione esecutiva intentata nei suoi confronti si riveli infruttuosa (C 00/7452, C 95/11518) o, comunque, una maggiore difficoltà o incertezza o dispendiosità, per il creditore, nel conseguire in concreto quanto spettantegli (C 05/27718).

In giurisprudenza, si è peraltro precisato che il creditore ha solo l’onere di provare la variazione patrimoniale (quantitativa o anche solo qualitativa, ossia consistente nella sostituzione di beni facilmente aggredibili o non distraibili con beni distraibili o non facilmente aggredibili dai creditori) che consegue all’atto di disposizione, e che non debba però anche provare l’entità e la natura del patrimonio del debitore dopo l’atto di disposizione, riversandosi piuttosto sul debitore convenuto l’onere di provare che il rischio di una più incerta o più difficile soddisfazione del credito in concreto non sussiste perché il patrimonio residuo, in rapporto anche all’entità della sua complessiva posizione debitoria, è sufficientemente capiente (dal punto di vista quantitativo e qualitativo) (C 07/7767, C 06/15265, C 05/5972).

Nel caso di specie, le difficili condizioni patrimoniali di Tizio, il quale già al momento della costituzione del fondo attraversa “condizioni non felicissime”, unitamente alla circostanza che il bene costituito nel fondo è la casa familiare, presumibilmente l’unico bene immobile di valore di cui egli sia titolare, lasciano supporre che nel concreto le banche riusciranno a provare agevolmente la sussistenza, anche in concreto, dell’*eventus damni*.

\*\*\*

Per quanto riguarda i presupposti soggettivi per l’esercizio dell’azione revocatoria, occorre innanzitutto precisare che dalla rilevata gratuità dell’atto di costituzione del fondo deriva che, ai sensi dell’art. 2901, co. 1°, n. 1, c.c., è sufficiente dimostrare la sussistenza del c.d. *consilium*

*fraudis* in capo al debitore (coniuge) costituente, ossia che l'atto sia caratterizzato da un atteggiamento psicologico fraudolento, e non anche della c.d. *participatio fraudis* del terzo interessato all'atto che si intende revocare (nella specie, dell'altro coniuge), ossia la sua compartecipazione all'intento fraudolento del debitore.

Secondo l'opinione prevalente, il *consilium fraudis* non richiede la conoscenza, da parte del debitore, dello specifico pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore che agisce in revocatoria, essendo sufficiente la prova, anche mediante presunzioni, che il debitore fosse effettivamente consapevole del generico carattere pregiudizievole del proprio comportamento, ossia che si trattasse di atto che, genericamente, riduce la consistenza del patrimonio in pregiudizio dei creditori complessivamente considerati (C 02/2792, C 00/7262).

Nel caso di specie, è plausibile ritenere che tale prova possa essere agevolmente fornita, mediante il ricorso, appunto, a presunzioni che abbiano i requisiti, di gravità, precisione e concordanza, previsti dall'art. 2729 c.c. Tra le circostanze che assumono rilievo, nel caso in parola, possono ricordarsi, in particolare: il fatto che la situazione finanziaria di Tizio era al momento della costituzione del fondo già compromessa, ciò che lascia supporre che il fondo sia stato impiegato nella consapevolezza e, probabilmente, anche con l'intento di pregiudicare i creditori; il fatto che Tizio costituisce il fondo patrimoniale senza contestualmente mutare il regime patrimoniale di separazione in quello della comunione, e riservandosi per converso la proprietà dei beni costituiti nel fondo, circostanze queste che potrebbero indurre a ritenere che il fondo sia costituito con finalità diverse da quelle tipiche del fondo; il fatto, infine, che Tizio non abbia figli minori, ciò che indubbiamente attenua l'asserita funzionalità del fondo patrimoniale al soddisfacimento di preminenti bisogni familiari e ne rende più plausibile l'asservimento alla realizzazione di finalità fraudolente, rende cioè fondato il dubbio che lo scopo del fondo patrimoniale, anziché essere l'accantonamento di un patrimonio per i futuri bisogni della famiglia, fosse l'elusione delle prevedibili conseguenze delle progressive esposizioni debitorie (v., per considerazioni analoghe, Cass., 23 settembre 2004, n. 19131); infine, la circostanza che il fondo sia stato soltanto annotato a margine dell'atto di matrimonio ma non anche trascritto presso i registri immobiliari, scelta, questa, che potrebbe essere letta come indice della volontà di rendere meno agevole ai creditori la conoscenza della avvenuta costituzione del fondo patrimoniale.

Va peraltro ulteriormente evidenziato che, nel caso di specie, il credito di almeno una delle banche interessate, la banca Beta, e forse anche quelli delle altre tre banche, sono sorti in un momento successivo alla costituzione del fondo patrimoniale. In almeno un caso, pertanto, il requisito del *consilium fraudis* si presenta con una diversa intensità, in quanto, per l'ipotesi di atto di disposizione posto in essere anteriormente all'atto revocando, l'art. 2901, co. 1°, n. 1, c.c. richiede specificamente che l'atto di disposizione sia stato, dal debitore, *dolosamente preordinato* al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito.

Al riguardo si è, tuttavia, precisato che la dolosa preordinazione richiesta nel caso di atto di disposizione anteriore al sorgere del credito non implica necessariamente il dolo specifico, e cioè la prova che il debitore, consapevole del sorgere della futura obbligazione, volesse pregiudicare le ragioni del creditore agente, compiendo l'atto al fine di porsi in una situazione di totale o parziale impossidenza e, in questo modo, precludere o rendere difficile al creditore l'attuazione coattiva del suo diritto. Si ritiene, infatti, sufficiente il *dolo generico*, che si sostanzia nella mera previsione del pregiudizio dei futuri creditori (C 08/24757). Anche in questo caso l'elemento psicologico può essere accertato anche mediante il ricorso a presunzioni. Peraltro, le circostanze che sopra sono state richiamate come possibili indici presuntivi del *consilium fraudis* paiono sufficienti ad integrare una presunzione di sussistenza di tale requisito anche ove inteso, nel caso di anteriorità dell'atto revocando rispetto al sorgere del credito, nei termini di dolosa preordinazione dell'atto al fine di

pregiudicare le ragioni dei futuri creditori, soprattutto se si accoglie l'impostazione prevalente, e testé esposta, che ritiene sufficiente il dolo generico del debitore.

In conclusione, può dirsi integrato, nel caso di specie, anche il presupposto soggettivo dell'azione revocatoria.

\*\*\*

Accertato dunque che è sorta la pretesa, in favore delle banche Alfa, Beta, Delta e Gamma, alla revoca dell'atto con cui è stato costituito da Tizio, con propri beni, il fondo patrimoniale in pregiudizio dei creditori, rimangono da verificare almeno due aspetti, che riguardano sempre l'esercizio dell'azione revocatoria: a) nei confronti di quale soggetto, in primo luogo, detta pretesa sia sorta e possa (e debba) quindi essere esercitata in giudizio; b) se, in secondo luogo, la pretesa non possa essere paralizzata da eventuali eccezioni di carattere sostanziale del convenuto relative a circostanze od eventi idonei ad impedire la realizzazione della pretesa.

Relativamente al primo punto, è da chiedersi in particolare se la pretesa fondata sull'art. 2901 c.c. sia sorta nei confronti del solo Tizio, unico soggetto peraltro convenuto in giudizio dalla banca Alfa al momento della proposizione della domanda giudiziale fatta il 5 maggio 2006, o se, invece, la pretesa sussista nei confronti di entrambi i coniugi, con la conseguenza che, in questo secondo caso, il coniuge di Tizio dovrebbe ritenersi litisconsorte necessario nel giudizio e il giudice adito dovrebbe pertanto ordinare l'integrazione del contraddittorio, *ex art. 102 c.p.c.*, entro un termine perentorio da lui stabilito, a pena di decadenza.

Mentre nell'azione revocatoria, promossa dal creditore personale di uno dei coniugi, ed avente ad oggetto la costituzione del fondo patrimoniale ad opera di entrambi i coniugi, divenuti così comproprietari del fondo stesso, si ritiene pacificamente che entrambi siano legittimati passivi (e non solo, quindi, il coniuge debitore che ha destinato un bene di sua esclusiva proprietà a far fronte ai bisogni della famiglia), al contrario, nel caso in cui il fondo sia stato costituito da uno dei coniugi, con beni propri di cui si riserva la proprietà, è dubbia l'estensione della legittimazione passiva anche al coniuge non proprietario.

Al riguardo, una prima tesi, seguita da parte della giurisprudenza di legittimità, sostiene che, nell'azione revocatoria della costituzione del fondo patrimoniale per i bisogni della famiglia, legittimato passivo è anche il coniuge non stipulante (nella specie il fondo era stato costituito solo dall'altro coniuge) in considerazione della natura reale del vincolo di destinazione impresso dalla costituzione del fondo e della conseguente necessità che la sentenza di revoca faccia stato nei confronti di tutti coloro per i quali il vincolo è stato costituito (Cass., 13 luglio 2006, n. 15917). In alcune pronunce anche della Corte di legittimità trova, tuttavia, seguito anche la tesi opposta, la quale fa leva principalmente sull'estraneità dell'altro coniuge al debito per il quale viene proposta l'azione revocatoria (v. in particolare Cass., 31 maggio 2005, n.11582: "l'azione revocatoria diretta a far valere l'inefficacia della costituzione di un fondo patrimoniale può incidere soltanto sulla posizione soggettiva del coniuge debitore, restando l'altro coniuge estraneo all'azione, ancorché egli sia stato uno dei contraenti nell'atto di costituzione del fondo. Ne consegue che il coniuge non debitore non è litisconsorte necessario passivo dell'azione revocatoria").

Si è peraltro rilevato, a sostegno della prima impostazione, che, indipendentemente dalla circostanza che l'atto costitutivo abbia visto la partecipazione di un solo coniuge – eventualità peraltro di dubbia legittimità, essendo preferibile ritenere che il fondo patrimoniale debba sempre essere costituito mediante convenzione matrimoniale, con l'accordo quindi di entrambi i coniugi (v., sul punto, quanto detto in avvio dello svolgimento del presente caso) –, anche nel caso in cui il

fondo abbia ad oggetto beni di un solo coniuge il quale se ne riserva la proprietà (come nel caso di specie), certo è che dalla costituzione del fondo derivano anche per il coniuge non proprietario poteri di amministrazione e di disposizione congiunta dei beni del fondo (artt. 168, co. 3°, e 169 c.c.), che paiono idonei a fondare un interesse ad agire e contraddire in giudizio, *ex art.* 100 c.p.c., nelle azioni riguardanti il fondo. La necessità della partecipazione di entrambi i coniugi all'atto di costituzione è, d'altronde, un corollario dello stesso ragionamento, in quanto l'insieme di poteri di amministrazione e di disposizione in cui il fondo si sostanzia rende evidente che il fondo, pur riguardando beni determinati, delinea a tutti gli effetti un regime patrimoniale dei coniugi, che, per definizione, coinvolge la sfera giuridica di entrambi.

\*\*\*

Veniamo ora al secondo quesito, ossia se il convenuto possa, in via di eccezione, paralizzare la pretesa delle banche.

Al riguardo, questa eventualità sembrerebbe profilarsi, in particolare, rispetto alla pretesa della banca Delta.

La banca Delta, infatti, è intervenuta in giudizio il 7 gennaio 2009, ovvero quando è ormai decorso, rispetto ad essa, il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione revocatoria che l'art. 2903 c.c. fissa in cinque anni dalla data dell'atto. Va al riguardo precisato, che, nonostante il chiaro tenore letterale della norma, la disposizione dell'art. 2903 c.c. viene comunemente interpretata (attraverso il suo coordinamento con la disposizione generale in tema di prescrizione, di cui all'art. 2935 c.c.) nel senso che la prescrizione, nel caso di atto di disposizione soggetto ad un regime di pubblicità, decorre, più precisamente, dal giorno in cui dell'atto è stata data pubblicità ai terzi, in quanto è solo da questo momento che il diritto può essere fatto valere e l'inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo (C 07/1210). Anche applicando questa lettura della norma, si deve tuttavia constatare l'avvenuto decorso del termine di prescrizione, essendo comunque passati cinque anni dalla data dell'annotazione dell'atto di costituzione del fondo a margine dell'atto di matrimonio, avvenuta il 12 dicembre 2003 (irrilevante è, a questo proposito, il fatto che sia mancata la trascrizione).

Né sembra che la banca interveniente possa in replica far valere, come causa di sospensione o di interruzione del corso della prescrizione, la circostanza che, per un periodo di quasi un anno, conclusosi solo da poco tempo, sarebbe stata costretta ad operare in condizioni non ottimali, avendo proceduto a ristrutturare ed ampliare l'immobile costituente la sua sede esclusiva, con lavori che si sarebbero inaspettatamente protratti ben oltre i sei mesi originariamente preventivati, essendosi successivamente reso necessario un prolungamento a causa dei danni arrecati, al cantiere già avviato, da un temporale di eccezionale violenza.

L'ipotesi in parola, consistente nella temporanea inaccessibilità di una parte dei propri locali in seguito a circostanze straordinarie e imprevedibili, non integra, infatti, nessuna delle ipotesi indicate dall'art. 2941 s. c.c. quali cause di sospensione (né, ovviamente, dall'art. 2943 s. c.c., quali cause di interruzione) dei termini di prescrizione. Né sembra possibile ammettere, di tale disposizione, un'applicazione analogica al caso di specie, se si considera che la dottrina e la giurisprudenza tuttora prevalenti affermano la tassatività delle cause di sospensione (e di interruzione) della prescrizione, sì da escluderne, pertanto, l'applicazione analogica a casi non regolati. Per tale ragione, al fine della decorrenza del termine di prescrizione, rilevano solo le cause di sospensione previste dalla legge, le quali danno rilievo soltanto a "la possibilità legale ... non influendo per contro, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto in cui il detto titolare venga a

trovarsi” (Cass., sez. un., 11 giugno 1992, n. 71946). Non può quindi, secondo tale orientamento, essere considerata vigente, in termini generalissimi, la massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, almeno non nel caso in cui la prescrizione abbia già iniziato a correre. In ogni caso, anche qualora si ritenesse ammissibile, in via interpretativa, il riconoscimento di altre cause sospensive, queste dovrebbero ritenersi limitate ai soli impedimenti di ordine giuridico all’esercizio del diritto, con esclusione degli ostacoli di mero fatto. I sostenitori di tale impostazione fanno leva su un duplice ordine di motivazioni: in primo luogo, richiamano il punto n. 1198 della Relazione al Codice, il quale afferma esplicitamente che la sola possibilità legale può incidere sul decorso della prescrizione; in secondo luogo, fanno riferimento al principio di certezza del diritto, che impone di limitare il più possibile l’applicazione dei meccanismi giuridici idonei a rendere più incerto il prodursi della prescrizione.

Merita tuttavia di essere evidenziato che, nella più recente dottrina, questa posizione è stata sottoposta ad una parziale critica. In particolare, si afferma la necessità di una rinnovata interpretazione delle norme generali in materia di prescrizione, tale da ricomprendere nelle ipotesi di sospensione non solo gli impedimenti di ordine giuridico tassativamente indicati dal legislatore, bensì anche gli ostacoli di fatto: secondo tale orientamento, le “comuni convinzioni” in tale ambito non solo risulterebbero debolmente argomentate, ma, soprattutto, si sarebbero dimostrate inadeguate sul piano pratico; ciò sarebbe confermato da una serie di pronunce giurisprudenziali che, direttamente o indirettamente, hanno attribuito rilevanza, come cause di sospensione, anche ad impedimenti di fatto. Si deve tuttavia riconoscere che questa impostazione è tuttora minoritaria.

Se si accede pertanto all’indirizzo tuttora maggioritario, è giocoforza concludere nel senso dell’infondatezza, per l’avvenuto decorso del termine di prescrizione, della pretesa della banca Delta.

\*\*\*

In conclusione, si può ritenere probabile un esito del giudizio di revocatoria che veda Tizio soccombente e che sfoci, pertanto, in una sentenza che rende inefficace la costituzione del fondo nei confronti delle (sole) banche Alfa, Beta e Gamma. Poiché l’effetto dell’inopponibilità del fondo nei confronti delle banche investite, in particolare, il vincolo di inespropriabilità gravante *ex art. 170 c.c.* sull’immobile, le tre banche in parola potranno, intraprendendo un successivo giudizio di esecuzione, soddisfarsi in quella sede sul ricavato della vendita del bene oggetto del fondo con preferenza rispetto ai creditori chirografari, mentre, nei loro rapporti, la preferenza dipenderà dall’ordine in cui si collocano le diverse ipoteche iscritte sulla casa familiare, ordine che, come è noto, è determinato dal rispettivo grado.

La banca Delta, invece, non potrà partecipare alla distribuzione del ricavato della vendita forzata, in quanto, non avendo esercitato l’azione revocatoria entro il termine quinquennale di prescrizione indicato dall’art. 2903 c.c., non potrà avvalersi degli effetti della sentenza di revoca, la quale, pacificamente, determina l’inefficacia relativa dell’atto di costituzione del fondo patrimoniale, ossia soltanto nei confronti dei creditori che hanno partecipato al giudizio.

Irrilevante è, invece, la circostanza che la banca Gamma abbia omissso di trascrivere il proprio atto di intervento nel giudizio promosso da Alfa. È, infatti, pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che la trascrizione della domanda giudiziale non è un requisito di procedibilità dell’azione e, in ogni caso, non incide sull’efficacia della sentenza nei confronti del convenuto, dalla stessa dipendendo esclusivamente l’opponibilità della sentenza ai terzi aventi causa da colui che ha acquistato dal debitore in forza dell’atto revocato.

Prima di esaminare più da vicino la questione relativa al grado delle diverse ipoteche, occorre, tuttavia, fugare una perplessità che potrebbe essere avanzata riguardo alla validità ed efficacia delle quattro ipoteche iscritte sull'immobile.

La disciplina del fondo patrimoniale prevede, infatti, nell'art. 169 c.c., che, se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, i beni del fondo patrimoniale non si possono ipotecare se non con il consenso di entrambi i coniugi (e, se vi sono figli minori, ma non è questo il caso di specie, con l'autorizzazione concessa dal giudice nei soli casi di necessità od utilità evidente). Si potrebbe dunque dubitare che l'ipoteca volontaria concessa da Tizio alla banca Beta a fronte di un finanziamento, ed iscritta il 17 aprile 2006, sia stata validamente costituita ed iscritta, essendo mancato, nella specie, il consenso dell'altro coniuge alla costituzione (e si noti, incidentalmente, che l'art. 169 c.c. si applica anche nell'ipotesi in cui un coniuge si sia riservata la proprietà esclusiva dei beni che formano oggetto del fondo, essendo la disciplina che questa norma detta posta a tutela del vincolo e, in particolare, della possibilità per entrambi i coniugi, indipendentemente dalla spettanza della titolarità dei beni, di controllare la corretta realizzazione del fine di destinazione e di intervenire per evitare che il fondo venga sviato dal suo scopo). Qualche perplessità potrebbe inoltre essere sollevata anche riguardo alle validità delle iscrizioni relative alle tre ipoteche giudiziali, tutte successive alla costituzione del fondo, considerata l'inespropriabilità, sancita dall'art. 170 c.c., del bene su cui sono state iscritte.

La questione è, tuttavia, mal posta, in quanto l'eventuale invalidità dell'atto di costituzione dell'ipoteca per violazione del disposto dell'art. 169 c.c. presuppone, appunto, l'efficacia dell'atto costitutivo del fondo, che è per contro esclusa, almeno nei confronti dei creditori vittoriosi, proprio dalla sentenza di revoca. A questa conclusione non varrebbe opporre l'idea secondo cui l'inefficacia relativa che discende dalla sentenza di revoca investirebbe esclusivamente il vincolo di inespropriabilità e non anche gli altri effetti scaturenti dal fondo. Non vi è ragione, infatti, per ritenere che la sentenza di revoca abbia, nel caso del fondo patrimoniale, un'efficacia solo parziale o selettiva. È preferibile piuttosto ritenere che, all'opposto, ai creditori siano inopponibili *in toto*, in forza della sentenza, tutti gli effetti giuridici cui il fondo patrimoniale dà luogo e che si sostanziano nello specifico regime patrimoniale che il fondo medesimo crea. Conseguentemente, ai creditori sarà inopponibile, come possibile effetto pregiudizievole del fondo, anche l'eventuale vizio di invalidità derivante dalla violazione di una delle regole in cui si sostanzia questo peculiare regime patrimoniale su beni determinati.

È stato, d'altronde precisato, in giurisprudenza, che la domanda di accertamento del vincolo di inespropriabilità dei beni conferiti in un fondo patrimoniale per effetto dell'art. 170 cod. civ. è pregiudiziale ed antecedente logico-giuridico necessario di quella di accertamento dell'invalidità dell'ipoteca su di essi iscritta a garanzia di crediti sorti per scopi estranei alla famiglia. Pertanto, l'accoglimento della domanda revocatoria, implicando l'inefficacia (relativa) del vincolo di inespropriabilità nei confronti dei creditori vittoriosi, priva di rilevanza la questione circa la validità e l'efficacia delle iscrizioni ipotecarie (v. Cass., 23 settembre 2004, n. 19131, ove ulteriormente si precisa che la finalità dell'azione revocatoria è la restituzione del bene al patrimonio del debitore per consentire al creditore la soddisfazione coattiva del suo credito e che, pertanto, la sentenza che dichiara l'esistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi per tale tutela del creditore ha efficacia retroattiva in quanto l'atto dispositivo è viziato fin dal momento in cui è posto in essere perché proprio l'esistenza di detti presupposti limitano il potere dispositivo dell'autore dell'atto nei confronti del creditore; conseguentemente, l'ipoteca che questi ha iscritto nell'intervallo tra la formazione dell'atto dispositivo pregiudizievole delle sue ragioni e l'accoglimento della domanda revocatoria, ed ancorché prima dell'instaurazione del relativo giudizio, è valida, e il grado della medesima resta quello della sua iscrizione: infatti, il vincolo è acceso su beni che, per effetto dell'accoglimento dell'azione pauliana, sono restituiti al patrimonio del debitore come se l'atto non

fosse stato compiuto, e quindi liberi da qualsiasi vincolo di inespropriabilità per il creditore vittorioso, e l'ipoteca dal medesimo iscritta conserva la sua piena validità ed efficacia).

Alla luce di queste premesse, sembra quindi ozioso interrogarsi sull'invalidità dell'atto di concessione dell'ipoteca volontaria per violazione dell'art. 169 c.c., nonché sull'eventuale invalidità dell'iscrizione di ipoteca giudiziale su un bene che, in quanto vincolato in un fondo patrimoniale, è, al momento dell'iscrizione, astrattamente inespropriabile.

Solo per completezza, acclarato che si tratta di questione non rilevante ai fini della soluzione del caso, si deve ad ogni modo osservare, con riferimento a questo secondo punto, che non vi sono fondate ragioni per ritenere che su un bene vincolato in fondo patrimoniale non possa iscriversi valida ipoteca giudiziale. È vero, infatti, che l'ipoteca attribuisce al creditore, tra l'altro, il diritto di *espropriare* il bene e di essere soddisfatto con preferenza, rispetto ai creditori chirografari, sul prezzo ricavato dall'espropriazione (art. 2808 c.c.) e pertanto presuppone, necessariamente, l'astratta espropriabilità del bene su cui è costituita. La sentenza non può pertanto costituire titolo per iscrivere ipoteca su beni oggettivamente inesecutabili o impignorabili, in quanto il diritto che la stessa costituirebbe (che, si noti incidentalmente, non è il diritto *di ipoteca*, che nasce solo con l'iscrizione, ma il diritto *all'ipoteca*, ossia ad ottenerne la costituzione mediante iscrizione) avrebbe un oggetto giuridicamente impossibile. Diversa deve essere, tuttavia, la conclusione con riferimento al caso del fondo patrimoniale, in cui il vincolo di inespropriabilità non è totale ma relativo, in quanto riguarda solo i debiti assunti per scopi che il creditore conosceva essere estranei ai bisogni della famiglia, dipende quindi dal concorso di elementi sia oggettivi sia soggettivi di cui deve essere verificata la sussistenza nel giudizio di espropriazione. Inoltre, il predetto vincolo di inespropriabilità dipende non direttamente dalla legge ma da un negozio giuridico, l'atto appunto di costituzione del fondo, ed è pertanto destinato a venire meno nel momento in cui il negozio perderà effetto, in conseguenza di una delle cause che determinano lo scioglimento del fondo o, come nel caso della revocatoria, in conseguenza di una sentenza che accerti o costituisca l'inefficacia (assoluta o relativa) del fondo (ad es., a seguito di nullità, annullamento, revocatoria, ecc.). Questa constatazione induce allora a ritenere che ipoteche giudiziali possano essere validamente iscritte anche su beni costituiti in fondo, pur se le relative iscrizioni acquisteranno effetto solo dopo lo scioglimento del fondo e, da quel momento, secondo il loro rispettivo grado.

Sempre solo per completezza si può poi, con riferimento al primo punto, osservare che, anche ove si volesse ammettere che la violazione dell'art. 169 c.c. si traduce in un'invalidità dell'atto di costituzione dell'ipoteca volontaria, è ben dubbio che nel caso di specie una simile invalidità possa ancora essere fatta valere.

L'art. 169 c.c., nel prevedere che i beni oggetto del fondo non possono essere ipotecati se non con il consenso di entrambi i coniugi, non stabilisce, infatti, quali siano le conseguenze giuridiche del compimento di un atto di disposizione sui beni del fondo da parte di un solo coniuge senza il consenso dell'altro. In mancanza di espressa previsione, prevale l'idea, che tuttavia non è incontrastata, secondo cui troverebbe applicazione al caso in parola il disposto dell'art. 184 c.c. dettato in materia di comunione legale tra i coniugi, e ciò in forza del rinvio che l'art. 168, co. 3°, c.c. compie, con riferimento all'amministrazione dei beni costituiti in fondo, alle norme sulla comunione legale. Conseguentemente, l'atto costitutivo di ipoteca compiuto da uno dei coniugi senza il consenso dell'altro, in quanto atto che ha necessariamente ad oggetto beni immobili, deve ritenersi annullabile da parte del coniuge il cui consenso era necessario, e la relativa azione può essere proposta entro un anno dalla data in cui egli ha avuto conoscenza dell'atto e in ogni caso entro un anno dalla data della trascrizione (v. sempre art. 184, co. 1°, c.c.). Nel caso di specie, in cui l'ipoteca è stata iscritta nei registri immobiliari il 17 aprile 2006, l'azione non potrebbe quindi più essere proposta. Né pare possibile ritenere che, prescritta l'azione, il coniuge possa comunque far

valere l'annullabilità in via di eccezione: è da escludere, infatti, che possa trovare applicazione a questa ipotesi il principio *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, che trova espressione nella previsione dell'art. 1442, co. 4°, c.c., il quale riguarda però il solo caso in cui la parte sia convenuta "per l'esecuzione del contratto" annullabile, ipotesi quindi diversa da quella in cui il coniuge sia convenuto con l'azione ipotecaria per l'espropriazione del bene (per la prescrivibilità della eccezione di annullamento nell'ipotesi di cui all'art. 184 c.c., v., in giurisprudenza, Cass. 03/16099).

Si deve, tuttavia, anche precisare che la tesi dell'applicabilità dell'art. 184 c.c. al caso di atto di disposizione dei beni costituiti in fondo compiuto da un solo coniuge senza il consenso dell'altro non è da tutti condivisa. Una parte autorevole della dottrina rileva, infatti, che il rinvio alle norme sull'amministrazione dei beni in comunione legale contenuto nell'art. 168 c.c. non può essere riferito, nel silenzio della norma, anche agli atti di disposizione (che sono, per definizione, atti diversi da quelli di amministrazione). In questa prospettiva, l'applicazione dell'art. 184 c.c. si potrebbe ipotizzare solo ricorrendo allo strumento dell'analogia, che sarebbe tuttavia esclusa in ragione della eccezionalità della disciplina dettata dall'art. 184 c.c., il quale, con riferimento agli atti compiuti da un coniuge senza il consenso dell'atto e, quindi, solo parzialmente legittimato a disporre del bene oggetto della comunione, detta una regola che devia significativamente dai principi generali del diritto dei contratti, in particolare lì dove prevede che l'atto concluso dal non legittimato, anziché inefficace, come sarebbe in applicazione di quei principi (desumibili, ad es., dagli artt. 1478 e 2822 c.c.), sia annullabile e, pertanto, efficace fino all'(eventuale) annullamento. Secondo questa opinione, pertanto, nel caso del fondo patrimoniale, non trovando applicazione la speciale disciplina prevista dall'art. 184 c.c. per gli atti di alienazione di beni in comunione legale, andrebbe riconosciuta la piena applicabilità della disciplina generale, con la conseguenza che la sanzione applicabile all'atto di costituzione di un'ipoteca sui beni oggetto del fondo compiuto senza il consenso dell'altro coniuge consisterebbe nella inefficacia. Trova peraltro consenso in dottrina (e in alcune pronunce di merito: v. Trib. Napoli, 25 novembre 1998, con nota di M. Campobasso e P.P. Ferraro, in *Notariato*, 1999, 451 ss.; Trib. Napoli, 9 ottobre 2001, in *Giur. napoletana*, 2002, 16) anche la tesi secondo cui l'atto sarebbe non già annullabile e neanche inefficace ma, piuttosto, radicalmente nullo per violazione dell'art. 169 c.c., inteso, quest'ultimo, come norma posta presidio di interessi di ordine pubblico (si tratterebbe, in particolare, di un'ipotesi di nullità c.d. "virtuale", riconducibile all'art. 1418, 1° co., c.c., derivante dalla violazione di una norma imperativa, in assenza della previsione legale di una specifica sanzione diversa dalla nullità).

\*\*\*

Rimane in definitiva confermato che, una volta pronunciata la revoca, la costituzione del fondo diviene inefficace nei confronti dei creditori che hanno promosso il giudizio o che vi sono intervenuti tempestivamente, ossia gli effetti del fondo, compresa l'eventuale invalidità delle ipoteche iscritte sui beni oggetto del fondo, sono loro inopponibili. Nella specie, le banche Alfa, Beta e Gamma (non, invece, Delta, essendo intervenuta in giudizio a prescrizione già compiuta) possono quindi far valere le rispettive ipoteche ed ottenere l'espropriazione della casa familiare.

Resta da vedere quale sia l'ordine in cui le tre banche, in sede di espropriazione, potranno soddisfarsi sul ricavato della vendita forzata del bene.

Dalla traccia si desume che le ipoteche sono state iscritte secondo il seguente ordine, che ne determina, ai sensi dell'art. 2852 c.c., anche il rispettivo grado:

- Banca Beta: 17 aprile 2006
- Banca Gamma: 15 giugno 2006

- Banca Alfa: 30 giugno 2006

Dalla traccia risulta, peraltro, anche che una delle banche, Gamma, vanta un'ipoteca la cui iscrizione (compiuta il 15 giugno 2006) è posteriore al momento in cui la banca Alfa ha trascritto la domanda giudiziale di revoca (il 10 maggio 2006). Tutte le altre ipoteche sono state iscritte prima della trascrizione degli atti di intervento in giudizio delle altre banche. L'ordine delle trascrizioni delle domande giudiziali è, infatti, il seguente:

- Banca Alfa: propone domanda giudiziale il 5 maggio 2006 e la domanda viene trascritta il 10 maggio 2006;
- Banca Beta: interviene nel giudizio promosso da Alfa il 23 febbraio 2007 e l'atto di intervento viene trascritto in data 6 giugno 2007;
- Banca Gamma: interviene in giudizio il 30 maggio 2007 e l'atto di intervento non viene trascritto.

È da chiedersi, allora, se la tempestiva trascrizione della domanda giudiziale consenta ad Alfa di essere preferita a Gamma, che pure vanterebbe un'ipoteca di grado posteriore rispetto a quella di Alfa, nel soddisfarsi sul bene oggetto dell'atto revocato.

La risposta potrebbe essere positiva solo se si riconoscesse che l'effetto prenotativo che è collegato dalla legge alla trascrizione della domanda giudiziale (compiuta dalla banca Alfa il 10 maggio 2006), ai sensi degli artt. 2652 n. 5 e 2901, ult. co. c.c., e che consente ad Alfa di opporre gli effetti della sentenza di revoca in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi anche in buona fede a titolo oneroso successivamente alla trascrizione della domanda medesima, possa essere fatto valere, dalla banca Alfa, anche nei confronti di chi (nella specie, la banca Gamma) abbia acquistato, sui beni oggetto dell'atto revocato, un diritto di ipoteca in forza di un titolo iscritto successivamente alla trascrizione della domanda (nel caso, l'ipoteca è stata iscritta, appunto, il 15 giugno 2006). Occorre, in altre parole, appurare se, tra i terzi cui fanno riferimento le due previsioni testé ricordate, rientrano anche coloro che hanno acquistato sulla cosa oggetto del fondo un diritto reale limitato quale l'ipoteca. Il problema, ovviamente, non si pone nel caso di Beta, in quanto la sentenza di revoca dell'atto non travolge i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede in base a un atto iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda e Beta ha effettuato l'iscrizione della propria ipoteca il 17 aprile 2006, prima quindi della trascrizione della domanda giudiziale, avvenuta il 10 maggio dello stesso anno.

A ben vedere, una simile conclusione sarebbe, tuttavia, palesemente infondata.

La trascrizione della domanda giudiziale consente, infatti, all'attore vittorioso di prevalere rispetto al terzo che abbia trascritto posteriormente alla stessa un acquisto *da colui che ha acquistato in base all'atto revocato*, ossia dal subacquirente di colui che ha acquistato dal debitore e il cui acquisto presuppone l'efficacia dell'acquisto del suo dante causa. Nel caso del fondo patrimoniale, e di ipoteca iscritta sui beni che ne sono oggetto, il creditore ipotecario non è, invece, "terzo" ai fini dell'applicazione degli articoli 2901 c.c. e 2852, n. 5, c.c., in quanto il suo acquisto non dipende dall'efficacia dell'atto revocato (la costituzione del fondo). Anzi, tutt'all'opposto, è l'efficacia dell'ipoteca che dipende dall'inefficacia dell'atto di costituzione del fondo, di cui appunto è stata chiesta la revoca.

Per le stesse ragioni, anche l'omissione della trascrizione dell'intervento in giudizio di Gamma deve ritenersi priva di ogni rilevanza sia sul piano processuale sia su quello sostanziale.

Possiamo quindi ritenere che l'ordine in cui le tre banche potranno soddisfarsi sul ricavato della vendita dell'immobile sia quello individuato dal grado delle rispettive ipoteche, e precedentemente ricordato (Beta, Gamma, Alfa).