

Studio n. 2637

La costituzione del fondo patrimoniale con riserva di proprietà

Approvato dalla Commissione Studi il 13 settembre 2000

E' stato più volte posto il problema della natura giuridica del diritto discendente dall'atto di costituzione del fondo patrimoniale da parte di coniugi i quali conferiscano in esso alcuni immobili di loro rispettiva proprietà, riservando la titolarità dei medesimi a loro favore. In particolare, l'indagine sulla natura giuridica di un siffatto diritto di godimento assume una rilevanza peculiare proprio a causa delle conseguenze di natura fiscale che ad essa si riconnettono in base alle scelte interpretative adottate.

Il fondo patrimoniale consiste nella imposizione convenzionale da parte di uno dei coniugi, o di entrambi o di un terzo di un vincolo in forza del quale determinati beni mobili iscritti in pubblici registri, o immobili o titoli di credito, sono destinati a far fronte ai bisogni della famiglia (*ad sustinenda onera matrimonii*). L'art. 168 c.c. la cui rubrica è "Impiego ed amministrazione del fondo" così recita ai commi rispettivamente 1° e 3°: "La proprietà dei beni costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione"; "L'amministrazione dei beni costituenti il fondo patrimoniale è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale" (novellati dall'art. 50 della legge 19 maggio 1975, n. 151). L'art. 168, 1° comma, c.c. abrogato la cui rubrica era "Patrimonio familiare costituito da un terzo" statuiva invece "Se la costituzione è fatta da un terzo, che non si è riservata la proprietà dei beni immobili o dei titoli, questa proprietà spetta al coniuge al quale è stata attribuita e, in mancanza di attribuzione, ad entrambi i coniugi". Il confronto fra le due norme appare utile. E' immediatamente evidente che la conformazione della titolarità dei beni oggetto del fondo, come determinata dai coniugi o dal terzo, non incide sulla sua amministrazione, devoluta comunque in forza del 3° comma dello stesso art. 168 c.c. ad entrambi i coniugi stessi, secondo le regole della comunione legale. La suddetta previsione normativa di specifiche regole gestorie non soccorre, allora, nell'indagine relativa alla modulazione concreta dei diritti conferiti; d'altro canto, invece lo iato fra amministrazione e titolarità permette di evidenziare proprio l'autonomia patrimoniale del fondo costituito rispetto alle sostanze rispettive di ciascuno dei coniugi conferenti (1). Può, inoltre, sottolinearsi che è anche la modulazione della titolarità dei diritti a favore del fondo da parte dei soggetti costituenti, a far emergere il carattere duttile di un istituto il quale può in tal modo essere adeguato al meglio allo scopo di realizzare il soddisfacimento di quei bisogni familiari alla soddisfazione dei quali è essenzialmente posto (2).

Dal confronto fra le suddette *lectiones* dell'art. 168 c.c. prima e dopo la novella del 1975 ed alla luce della disposizione dell'art.171, comma 3°, del codice civile, il quale dispone, in ipotesi di cessazione

del fondo che "considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli ed ogni altra circostanza, il giudice può attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo", un Autore (3) ha affermato che la destinazione dei beni del fondo patrimoniale a favore della famiglia per il soddisfacimento dei suoi bisogni, prevale su qualunque tipologia di appartenenza dei beni attribuiti. Secondo tale impostazione, oggi del tutto minoritaria, la riserva di proprietà a favore del o dei terzi costituenti, con il conseguente conferimento in fondo del mero godimento del bene, è infatti incompatibile con la legittimazione di entrambi i coniugi a disporre, con le regole dell'amministrazione secondo la disciplina della comunione legale, con l'ipotesi dell'espropriazione dell'oggetto del fondo (e non del mero godimento di esso, non sottoponibile alle regole dell'esecuzione forzata), e soprattutto con la sopra ricordata disciplina dell'intervento giudiziale alla cessazione della convenzione, in presenza di figli minori. La mera attribuzione del detto godimento contrasterebbe, secondo tale indirizzo, con le suddette specifiche previsioni normative e renderebbe, inoltre, vana la medesima funzione di garanzia del fondo, giacché i terzi non potrebbero aggredirlo in caso di inadempimento di obbligazioni contratte dai coniugi per i bisogni della famiglia. La difettosa previsione di una siffatta facoltà di riserva nell'art. 168 c.c. come novellato, a differenza dell'espressa statuizione della norma abrogata che ammetteva la riserva, infine confermerebbe tale impostazione.

Un altro Autore (4) ha approfondito l'inciso del 1° comma dell'art. 168 c.c. "salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione", imputandone l'inserimento ad "un refuso, una superfetazione, un pleonaso dovuto ad un difetto di correzione o di modifica formale che andava fatta in sede di coordinamento finale del disegno di legge, prima dell'approvazione finale della legge" (5). La regolamentazione del fondo patrimoniale introdotta dal legislatore della novella del 1975 mirava essenzialmente ad evitare che l'eliminazione dell'istituto della dote potesse surrettiziamente riemergere attraverso un impiego non conforme allo spirito della legge degli articoli 167 e ss. del Codice civile (6). In conclusione, secondo tale ultimo orientamento, l'assenza di precettività del suddetto inciso comporta quale effetto immediato, che i coniugi costituenti il fondo siano necessariamente anche proprietari dei beni conferiti in esso.

E', al riguardo, invece, agevole sottolineare che l'interprete deve in dette disposizioni ravvisare più che un ostacolo all'ammissibilità della riserva, un limite inespresso ed implicito alla loro applicazione nella sola ipotesi in cui i coniugi non siano anche proprietari. Il legislatore, insomma, si è limitato a dettare le regole per l'ipotesi "normale" o "ordinaria", non precludendo in senso opposto modulazioni diverse della titolarità dei beni conferiti, e consentendo in tal modo che la destinazione familiare del fondo potesse avvenire con diverse gradazioni: in modo pieno ed ampio con il conferimento della piena proprietà, o in modo più limitato con l'attribuzione del mero godimento (7). La mancata reiterazione della espressa facoltà di riserva in capo al terzo contenuta nel testo previgente relativo al patrimonio familiare, in uno con l'assenza di qualsiasi norma preclusiva di una siffatta facoltà in uno con l'inciso sopra citato pertinente alla possibilità di stabilire in modo difforme dalla piena proprietà il regime della titolarità dei diritti, rappresenta un serio argomento a favore della tesi della ammissibilità di una siffatta riserva. Inoltre, l'espresso ed ampio richiamo alle norme sulla comunione legale in tema di amministrazione del fondo permette di escludere il rischio di una riproposizione occulta dell'istituto della dote (8). A tale proposito, la preoccupazione di una sua reviviscenza può altresì facilmente essere fugata dalla attuale formulazione dell'art. 171 c.c. che all'ultimo comma, in caso di cessazione del fondo in mancanza di figli minori fa riferimento alla disciplina dello scioglimento della comunione legale. E' proprio poi la espressa previsione della esecutabilità dei frutti del fondo a confermare la possibilità per il costituente di riservare a sé o ad altri la proprietà: la facoltà di alienazione e la sottoposizione all'attività di esecuzione dei creditori è infatti prevista riguardo ai beni, senza alcun richiamo al diritto su di essi esercitato proprio per escludere inammissibili preclusioni. Infine, dall'esame dello stesso art. 171 c.c. emerge l'attribuibilità da parte del giudice in sede di scioglimento del fondo in

modo alternativo ai figli minori in sede di scioglimento del fondo o della proprietà o del diritto di godimento; tale scelta giudiziale è possibile proprio solo ove sia stata conferita la piena proprietà, restando altrimenti concedibile il mero godimento ove solo ed esclusivamente quest'ultimo sia stato attribuito al fondo patrimoniale **(9)** .

La dottrina prevalente, ammette, al contrario, la configurabilità di una riserva in capo al o ai costituenti **(10)** . In tal caso la funzione del fondo patrimoniale viene attuata per così dire, in forma ridotta con l'attribuzione ai coniugi di una sorta di diritto di godimento sui beni. Sebbene nessuno degli Autori che ha ipotizzato una siffatta configurazione abbia affrontato approfonditamente la questione, non vi è dubbio che tale situazione giuridica debba essere rappresentata in termini di realtà. Tale assunto, che non trova il proprio fondamento nella sua trascrivibilità presso i Registri Immobiliari (normativamente previsto dall'art. 2647 c.c.), ben potendo essere trascritte fattispecie della cui natura personale non si dubita (ad esempio la locazione ultranovennale di beni immobili), ed essendo quest'ultimo carattere effetto della realtà e non suo presupposto, ha la propria base nella inerenza al bene che ne forma oggetto, tanto da affettarlo intimamente conformandone alla soddisfazione dei bisogni familiari la destinazione delle utilità che da quest'ultimo derivano. Da tale inquadramento discende inoltre l'adozione di un peculiare regime di opponibilità ai terzi.

Numerose difficoltà ha incontrato tuttavia la dottrina nella ricostruzione di un siffatto diritto di godimento. Un primo indirizzo lo ha in certo qual modo parificato al diritto di usufrutto ordinario. In particolare, si tratterebbe di un cousufrutto, costituito in capo ad entrambi i coniugi, senza diritto di accrescimento, e gravato da vincoli particolari **(11)** . E' ben vero che i coniugi in caso di conferimento del mero godimento hanno diritto di servirsi dei beni e di farne propri i frutti; deve però sottolinearsi che dalla contitolarità di godimento discende non l'applicazione delle regole sulla comunione ordinaria, bensì della comunione legale che viene comunemente definita "a mani riunite" (in gesamte Hande). In effetti, non si è in presenza di semplice cousufrutto nel quale pro quota ciascun comunista, in forza del suo diritto individuale, concorrendo con l'altro, può giovare delle utilità dei beni che ne formano oggetto: infatti, se la semplice percezione dei frutti è atto di ordinaria amministrazione, l'atto di disposizione di essi è certo di straordinaria amministrazione ricadendo i vantaggi tratti in comunione indivisibile fra i coniugi stessi. Invero, questi benefici devono essere necessariamente destinati alla soddisfazione dei bisogni del nucleo familiare ben potendo l'altro coniuge opporsi a destinazioni non conformi alla legge **(12)** . E', inoltre, evidente che il diritto in esame non è omologabile all'usufrutto ordinario la cui massima durata è vitalizia, ben potendo il primo durare ben oltre la vita dei coniugi stessi beneficiari, in presenza di figli minori, per estinguersi solo al raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi. Il diritto di godimento in questione, peraltro, non obbliga a redigere l'inventario e a prestare idonea garanzia (artt. 1002 e 1003 c.c.) e non è certo soggetto alla disciplina di cui all'art.1015 c.c. per gli abusi dell'usufruttuario, che danno luogo alla cessazione del diritto reale costituito. La totale parificazione fra l'usufrutto ordinario e siffatto diritto di godimento non consentirebbe poi di spiegare la differenza fra l'ipotesi in cui sia conferito quest'ultimo, dalla fattispecie nella quale realmente il costituente intenda attribuire un vero e proprio usufrutto ordinario **(13)** . Non vi è infatti alcun dubbio circa l'ammissibilità di attribuire al fondo patrimoniale in luogo di un tale diritto di godimento un usufrutto ordinario regolato dagli artt.978 c.c. e seguenti, non essendo certo di ostacolo che in tal caso piuttosto sia proprio la morte di uno dei coniugi a comportarne l'estinzione e non le ipotesi di cessazione previste dall'art. 171 c.c.. Inoltre, ove sia conferito un usufrutto ordinario, all'obbligo di rispettare la devoluzione dei vantaggi del fondo alla soddisfazione dei bisogni familiari, si accompagnerà l'obbligo di rispettarne la destinazione economica (art. 981). Laddove, infatti, sia conferito il mero godimento vi sarà il solo obbligo di destinazione dei benefici che si possono trarre dal bene, ma non l'obbligo di mantenerne intatta la destinazione (a meno che nel titolo non sia diversamente disposto) **(14)** .

Secondo una diversa impostazione siffatto diritto di godimento va piuttosto assimilato all'usufrutto legale dei genitori, "nel quale deve riconoscersi un'ipotesi di contitolarità necessaria e non rifrangibile di quote" (15) ; l'usufrutto legale è in effetti "usufrutto di scopo" nel senso che l'esercizio delle sue facoltà non è libero, ma discrezionale in rapporto all'ufficio familiare al quale è destinato. Inoltre, non sembra sussistere differenza alcuna fra i bisogni della famiglia alla soddisfazione dei quali è destinato il godimento dei beni del fondo, e "il mantenimento della famiglia e istruzione ed educazione dei figli", indicati quale precipua funzione dell'usufrutto legale *ex art.324 c.c.*. Insomma, quando ai coniugi spetti il godimento degli immobili conferiti, questo è regolato secondo il modello dell'usufrutto legale. Deve, invero, sottolinearsi che l'usufrutto legale ha ad oggetto il godimento dei beni del minore e di tutti i diritti appartenenti a quest'ultimo che abbiano un contenuto patrimoniale. La proprietà dei beni per i quali sia conferito il godimento in fondo patrimoniale, invece, non necessariamente appartiene ai figli (siano o meno minori, potendo essi non solo a quel tempo non essere venuti al mondo, ma nemmeno mai venire), dal momento che essa può essere riservata al conferente, ad uno solo o ad entrambi i coniugi oppure ad un terzo estraneo (16) . Inoltre, al di là dell'inquadramento dogmatico dell'istituto dell'usufrutto legale, il richiamo dell'art. 325 c.c. alla disciplina dell'usufrutto ordinario, uniformando gli obblighi al cui rispetto sono tenuti entrambi gli usufruttuari (ad eccezione di inventario e garanzia), espone la parificazione del godimento sui beni del fondo alle obiezioni poc'anzi svolte, non essendo per nulla omologabili i contenuti di doverosità delle due fattispecie. E' vero peraltro che la disciplina dell'art. 326 c.c., 1° comma, in tema di esecuzione sui frutti dei beni oggetto dell'usufrutto legale, ricalca letteralmente quella dell'art. 170 c.c. dal momento che in entrambi i casi "non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia"; deve però segnalarsi che siffatto usufrutto legale spetta solo al coniuge, (e non sempre necessariamente ad entrambi), che esercita la potestà e ne è pertanto diretta manifestazione del suo esercizio. Nel caso del godimento di beni costituiti in fondo patrimoniale, piuttosto la deroga dell'appartenenza di un tale diritto ad entrambi non solo non è ammissibile neppure astrattamente, ma neanche attenuabile. Contrasta poi con il carattere essenziale di oggetto della convenzione del godimento dei beni del fondo, la caratteristica dell'usufrutto legale di essere un diritto accessorio rispetto alla potestà, privo di autonomia rispetto ad essa ed il potere di mutarne la destinazione economica (17) , insito (a meno che il titolo non lo escluda) nel godimento disciplinato dall'art. 168 c.c. e non ammesso nell'ipotesi di cui all'art. 324 c.c. E da ultimo le regole dell'estinzione dell'usufrutto legale non operano in materia di cessazione del fondo patrimoniale: innanzitutto la morte del genitore, che nell'usufrutto legale importa la sua estinzione, non determina l'estinzione del godimento in materia di fondo patrimoniale, in presenza di figli minori sino alla loro maggiore età. L'usufrutto legale non è disponibile e dunque rinunciabile, laddove a certe condizioni del godimento dei beni in fondo si ammette la possibilità di una estinzione anticipata rispetto ai tempi normali di cessazione (18) .

Altra dottrina, dinanzi alla constatata difficoltà di inquadrare siffatto diritto di godimento nell'usufrutto, sia esso legale o ordinario, ha preferito limitarsi ad affermare che partecipa delle caratteristiche di entrambi (19) , non aparendo posti dall'ordinamento giuridico al riguardo limiti di sorta. Emerge dalle considerazioni sin qui svolte la insoddisfazione di un inquadramento categoriale che lascia ampi margini al dubbio ed all'incertezza. Di tale sentimento è già espressione l'indirizzo di coloro che hanno affermato che il diritto in esame è "un diritto reale particolare, più vicino all'uso, di cui però non conosce le limitazioni concernenti la percezione dei frutti" (20) . Tale orientamento tuttavia pur segnalando i limiti dogmatici di una sussunzione della specie in argomento nell'uno o nell'altro genere, non giunge ad affrancarsi dal tentativo di parificare siffatto diritto di godimento ad un tipo disciplinato *aliunde* dal Codice civile.

Il fondo patrimoniale è invero un autonomo tipo negoziale caratterizzato da "una funzione destinataria-attributiva necessaria e da un funzione traslativa eventuale" (21) .Se infatti, il

trasferimento di un diritto reale tipico in capo ai coniugi beneficiari è un dato non essenziale, alla costituzione del fondo patrimoniale non può certo difettare l'imposizione di un vincolo (tipico in quanto disciplinato dal legislatore del codice civile) di destinazione dei vantaggi di un certo bene (immobile) alla soddisfazione dei bisogni della famiglia. Tale vincolo, che strettamente inerisce al bene ed è quindi di natura reale, può talora accompagnarsi all'autonoma alienazione di un diritto reale a favore del o dei coniugi, o di un terzo, o al mantenimento di un autonomo diritto in capo al costituente medesimo. Siffatto vincolo, ove l'atto costitutivo lo preveda senza alcuna ulteriore attribuzione, affetta i beni con efficacia assoluta, rendendo le finalità alle quali è devoluto, opponibili ai terzi, se rispettato il regime pubblicitario. Insomma, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale si compone di due segmenti per così dire del tutto autonomi fra loro: il primo che ha la funzione di imporre un vincolo di destinazione al bene in oggetto, vincolo dal quale discende mediamente il godimento e la fruizione di quest'ultimo (del quale è evidente la natura di diritto soggettivo), ed il secondo con il quale si dispone l'attribuzione della titolarità di un diritto reale. La costituzione di un vincolo di destinazione di tal fatta, dal quale i coniugi ritraggono le utilità necessarie per soddisfare le esigenze familiari, fruendone ampiamente pur nel rispetto della detta destinazione d'uso, è tipico in quanto espressamente disciplinato. La sua previsione non attenta dunque al principio del *numerus clausus* dei diritti reali, che è limite all'autonomia dei privati ma non certo del legislatore (22). Imporre allora un vincolo su determinati beni, per effetto immediato della convenzione di fondo patrimoniale, non ha altra conseguenza che quella di stabilire un limite alla destinazione delle utilità che da esso si possono trarre (23). Non può infine attribuirsi ad un tale negozio l'effetto di un negozio di accertamento, attesa innanzitutto l'assenza di alcuna volontà dei costituenti di eliminare l'incertezza di una situazione di fatto attraverso la realizzazione di un effetto preclusivo ed in secondo luogo dovendo, alla luce di recenti indagini dogmatiche, siffatta categoria essere applicata solo "a fattispecie negoziali atipiche" (24); e tale non è certamente il vincolo di godimento imposto ai beni conferiti in fondo patrimoniale.

Giuseppe Trapani

(1) Sottolineano che il fenomeno della separazione fra amministrazione e titolarità non è nuovo nel nostro ordinamento giuridico L. Bellantoni e F. Pontorieri, *La riforma del diritto di famiglia*, Napoli, 1976, p. 119, citando a mo' d'esempio la fattispecie del patrimonio sottoposto a liquidazione concorsuale (p. 120).

(2) Sulla nozione di bisogni della famiglia cfr. V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Tomo III, Milano, 1996, p. 35; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale Artt.167-171*, Milano, 1992, p. 185; G. Gabrielli voce " *Patrimonio familiare e Fondo patrimoniale*" in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 299; G. Trapani, *Obbligazioni familiari e fondo patrimoniale: i limiti alla esecuzione* approvato dalla Commissione studi il 22 giugno 1999, pubblicato in CNN Notizie, n. 149 del 3 agosto 1999, studio n. 2384; l'ampio spettro di possibili scelte nella configurazione della titolarità dei diritti conferiti in fondo per un verso differenzia tale ultimo istituto dal patrimonio familiare previsto prima della novella del 1975 dal codice civile, d'altro canto consente un ricorso a siffatta convenzione adeguato alle esigenze familiari concrete. Del resto, l'ampiezza con la quale vengono intesi i concetti di "bisogni" e di "famiglia" permette di confermare l'astratta potenzialità dell'istituto in esame, non intaccata da sue utilizzazioni fraudolente.

(3) G. Oppo, *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica* in *Rivista di diritto civile*, 1989, p. 273 e ss.. Anche tale Autore ammette tuttavia la possibilità che la proprietà sia attribuita anche ad uno solo dei coniugi oppure ai loro figli (p. 288). Non si comprende tuttavia quale sia la differenza fra il terzo costituente che si sia riservato la proprietà e l'ipotesi in cui quest'ultimo, o uno o entrambi i coniugi conferiscano il godimento di alcuni beni in fondo riservando la proprietà ai figli dei coniugi stessi; la sussistenza astratta di un'incompatibilità fra la configurazione di una riserva a favore del terzo ed alcune norme che regolano il fondo patrimoniale non viene meno per il semplice fatto che terzi siano i figli, magari minori dei coniugi costituenti o beneficiari; inoltre, tale assunto non è per nulla intaccato dal potere di gestione dei beni dei minori *ex art. 320 c.c.* attribuito ai genitori ed dall'usufrutto legale sui medesimi di cui godono: in primo luogo infatti tale potere è esercitato con limiti ben precisi in un regime inderogabilmente obbligatorio, a differenza della disciplina del fondo patrimoniale, convenzionalmente in parte modulabile; inoltre tale gestione è nell'interesse esclusivo dei figli stessi, che può non necessariamente coincidere con l'interesse ed i bisogni dell'intero nucleo familiare. Insomma, l'ammettere la riserva a favore del terzo della "nuda" proprietà solo ove tale terzo sia "figlio" dei coniugi è espressione in realtà al contrario dell'esistenza di un principio di generale applicazione delle norme del fondo patrimoniale, non conforme all'impostazione del legislatore. *Sic id . In tema di autonomia del fondo patrimoniale* in *Persona e famiglia - Scritti giuridici* Tomo V, Padova 1992. Non può tuttavia accedersi alla tesi opposta dell'ammissibilità di una siffatta riserva, pur in concreto svalutata, come ha affermato uno dei primi commentatori della Novella del 1975 dal momento tale configurazione apparirebbe in tal modo contraddittoria (E. Russo, *Il fondo patrimoniale* in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, p. 561. Accede alla tesi negativa dell'ammissibilità della riserva da parte del terzo A. Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione* , Milano, 1984, p. 527).

(4) V. De Paola, *op. cit .*, p. 39 e ss. il quale argomenta anche dalla difficoltà ermeneutica di rinvenire la natura giuridica di un siffatto godimento per escluderne la configurabilità. Afferma poi che la realtà di un siffatto vincolo intaccherebbe il principio del *numerus clausus* dei diritti reali e conclude per la sostituzione automatica della clausola della convenzione che la prevedesse, in quanto affetta da nullità, proprio per la salvaguardia della peculiare natura della convenzione. Può rilevarsi che il principio del numero chiuso dei diritti reali , più volte vulnerato da recenti interventi legislativi, non può mai esserlo per effetto della autonomia delle parti: nel caso di specie i coniugi o il terzo costituente non creano un diritto reale atipico bensì ricorrono allo schema tipico della riserva della proprietà nella formazione del fondo.

(5) *Sic* V. De Paola , *op. cit .*, p. 46. Nello stesso senso apoditticamente di recente M.R. Morelli, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996, p. 155.

(6) L'art.166 *bis* c.c. infatti così recita "E' nulla ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote".

(7) In tal senso G. Gabrielli, *op. cit .*, p. 296.

(8) Segnala che la disciplina del fondo patrimoniale ha comportato una progressiva privatizzazione del diritto di famiglia "seppur involontariamente nel segno di una certa banalizzazione" S. Tondo , *Note sul fondo patrimoniale*, studio n. 1994, approvato dalla Commissione studi il 26 maggio 1998, il quale sottolinea che l'abbandono per abrogazione dell'istituto della dote ha implicato il rifiuto dell'eccessivo immobilismo che esso comportava, sebbene ciò sotto il profilo pratico avesse incontrato un apprezzabile successo.

(9) M. Del Prete, *Il fondo patrimoniale nella crisi della famiglia* in *Notariato* 1999, 1, p. 47, il quale verifica la compatibilità fra il regime del fondo patrimoniale a garanzia della sua funzione con la crisi della famiglia. P. D'Addino Serravalle, *La natura del fondo patrimoniale e il provvedimento giudiziario del comma 3 dell'art. 171 c.c.*, in *Rassegna di diritto civile* diretta da P. Perlingieri 1982, p. 327.

(10) T. Auletta, *op. cit.*, p. 175; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale* in AA.VV., *Il diritto di famiglia Il regime patrimoniale della famiglia* a cura di G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, 1997, p. 343 e ss.; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 104 e ss.; G. Gabrielli, *op. cit.*, p. 296; G. Cian - G. Casarotto voce *Fondo patrimoniale della famiglia* in *Novissimo Digesto Italiano* Appendice III, 1982, p. 833; F. Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1984, Tomo II, p. 90; G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 1998, p. 139; C.M. Bianca, *Diritto civile La famiglia Le successioni*, vol. II, Milano 1985, p. 105; F. Santosuosso, *Beni ed attività economica della famiglia* in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1995, p. 255; M. Fortino, *Diritto di famiglia*, Milano, 1997, p. 256; A. Pino, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1984, p. 143; P. Carusi, *Il negozio giuridico notarile*, Tomo I, Milano, 1978, p. 283; G. Trapani, *op. cit.*, p. 3. Tale impostazione risulta confermata anche dai primi studi in materia AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia* Atti del seminario di studi svolto a Bologna nei giorni 5-6-7 settembre 1975, vol. 1°, Roma 1975, nonché in AA.VV., *Codice civile* a cura di P. Rescigno Milano 19997, p. 258. Non prendono posizione AA.VV., *Il diritto di famiglia*, Tomo II, Torino, 2000, p. 584 in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone. Sottolinea la modulabilità rispetto alle esigenze della famiglia del vincolo imposto sui beni conferiti in fondo A. Ruotolo in *Ipotecabilità di beni del fondo patrimoniale per scopi estranei ai bisogni della famiglia* approvato dalla Commissione Studi del 21 luglio 1997, pubblicato in *Studi e materiali* 5.2 1995-1997, Milano, 1998, p. 622 e ss.

(11) In tal senso F. Carresi voce *Fondo patrimoniale* in *Enciclopedia Giuridica Treccani* vol. XIV 1989, p. 2 e seguenti. Lo stesso Autore in *Commentario al diritto della famiglia italiana*, vol.3°, Padova, 1992, p. 58-59 approfondendo la propria posizione afferma che il diritto di usufrutto costituito in capo ai coniugi in ipotesi di riserva da parte del o dei disponenti, non è un diritto diverso da quelli tipici già previsti e disciplinati dal legislatore. Deve, infatti, secondo tale indirizzo, escludersi "che i vincoli che limitano le facoltà di godimento e di disposizione dei coniugi incidano nell'un caso e nell'altro, sul contenuto del diritto a loro spettante sui beni del fondo in guisa tale da configurarlo come diritto nuovo anche se affine a quello che essi avrebbero acquistato se i beni fossero stati loro attribuiti per altro diverso titolo" (p. 59). La labilità e la derogabilità di siffatti limiti mostrano come questi ultimi "non possano caratterizzare nuovi diritti reali"; i coniugi insomma acquisteranno o la comproprietà o il cusufrutto (pur essendo ammissibile che uno acquisti o abbia la proprietà esclusiva o la comproprietà con terzi estranei, e l'altro abbia il cusufrutto).

Un altro Autore ha affermato trattarsi di un "diritto reale limitato, in rapporto di analogia con l'usufrutto", senza che ciò comporti una eccessiva svalutazione della riserva di proprietà, "che si realizzerebbe se fosse consentita l'alienazione del bene la cui proprietà il costituente si è riservata all'atto di creazione del fondo" L. Milone, *Appunti per uno studio sul fondo patrimoniale* in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1976, p. 1766-1767. Sic F. Santosuosso, *op. cit.*, p. 255; Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia* cit., p.140; C. M. Bianca, *op. cit.*, p. 105.

(12) G. Gabrielli, *op. cit.*, p. 297; AA.VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000, p. 344.

- (13) Sull'ammissibilità di costituire in fondo l'usufrutto ordinario su beni immobili per tutti cfr. AA.VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit. p. 345; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale in AA.VV., Il diritto di famiglia cit.*, p. 362; C.M. Bianca, *Diritto civile vol.6° La proprietà* Milano, 1999, p. 621 (il quale espressamente esclude un'incompatibilità fra la peculiarità del diritto e la disciplina del fondo patrimoniale); G. Trapani, *op. cit.*, par. 2.a. p.5-6.
- (14) Segnala la questione della conferibilità di un usufrutto ordinario o di un diritto di godimento quale quello in esame senza approfondire la *quaestio* F. Corsi, *op. cit.*, p. 87.
- (15) G. Gabrielli, *op. cit.*, p. 297.
- (16) Si discute in dottrina della natura giuridica dell'usufrutto legale, ed in particolare della sua natura reale. Invero recente dottrina fa discendere la sua assolutezza non tanto dalla inerenza al bene quanto dalla relazione intima che lo lega all'esercizio della potestà genitoriale (AA.VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 156); sul punto cfr. anche G. Santarcangelo, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale* vol. II, Milano, 1989, p. 152 e ss. (il quale ricorda anche la teoria della natura personale di un siffatto diritto). e C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, p. 621.
- (17) In tal senso, G. Santarcangelo, *op. cit.*, p. 174, il quale afferma che la posizione del genitore titolare dell'usufrutto legale è analoga "a quella di un usufruttuario senza amministrazione" che "non può modificare la destinazione non avendo l'amministrazione della cosa" (p. 175).
- (18) Può ipotizzarsi anche il caso del passaggio a nuove nozze del genitore: nella fattispecie dell'usufrutto legale i frutti del bene prima destinati al mantenimento della famiglia ora sono destinati al solo esclusivo figlio al quale i beni appartengono. Il fondo invece cessa per effetto dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, indipendentemente dal fatto che uno degli *ex* coniugi contragga o meno nuove nozze. In tale ultimo caso il fondo potrà durare sino al raggiungimento della maggiore età dei figli egualmente, salvo che il giudice, come sopra ricordato, in considerazione delle condizioni economiche dei genitori attribuisca a costoro una quota (in proprietà o) in godimento dei beni del fondo stesso.
- (19) T. Auletta, *Il fondo patrimoniale art.167-171 cit.*, p. 178. Lo stesso Autore altrove si limita ad affermare invece che detto diritto di godimento "presenta caratteristiche simili all'usufrutto legale, ma che resta in vita sino allo scioglimento del fondo" (Id. *Il fondo patrimoniale in AA.VV., op. cit.*, p. 362).
- (20) G. Cian - G. Casarotto, *op. cit.*, p. 833. Può, al proposito segnalarsi che se nessuno dubita della conferibilità in fondo del diritto di usufrutto ordinario, non vi è unanime consenso sulla ammissibilità che oggetto di tale attribuzione sia invece il diritto di uso (sul punto T. Auletta, *Il fondo patrimoniale Art.167-171, cit.*, p. 179).
- (21) R. Lenzi, *Struttura e funzione del fondo patrimoniale in Rivista del Notariato*, 1991 p. 53 e ss.; A. Di Sapia, *Fondo patrimoniale: l'alienazione dell'unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario) il lar familiaris ed il mito di Calipso in Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 1 p. 385 e 2-3 p. 831; AA.VV., *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, op. cit.*, p. 344; M. Fortino, *op. cit.*, p. 255 e ss. E. Mandes, *Il fondo patrimoniale in Rivista del Notariato*, 1990, I, p. 641; P. Carusi, *Il negozio giuridico notarile cit.*, p. 286.

(22) Si può ricordare la proliferazione di vincoli in materia urbanistica, imposti con atti definiti "convenzionali", che in dottrina ed in giurisprudenza ha sollevato un ampio dibattito. La peculiarità del vincolo discendente dalla costituzione del fondo patrimoniale è segnalata anche da A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 818, i quali avevano inquadrato l'istituto nell'ambito della cosiddetta "proprietà divisa", "mediante l'attribuzione a due distinti soggetti di due distinte appartenenze di utilità della cosa. Ciascuno dei soggetti per la parte che gli appartiene, gode e dispone della cosa nell'ambito delle utilità che la cosa stessa gli può prestare e non interferisce in quelle dell'altro soggetto". Inoltre aggiungono che il vincolo a favore dei bisogni familiari è del tutto analogo al vincolo di interesse storico o artistico per i beni immobili.

(23) La convenzione non certo può avere l'effetto di costituire un diritto *ex novo* o peggio di dichiararne l'esistenza, come afferma un apodittico parere della Direzione Regionale delle Entrate per la Sicilia del 10 maggio 1999, non pubblicato. Per le considerazioni civilistiche riportate dalla giurisprudenza tributaria cfr. AA.VV., *Giurisprudenza del diritto di famiglia Casi e materiali*, Tomo II, Milano, 1997, p. 481 e ss., e per tutte Comm Trib 2° grado Udine 16 aprile/21 novembre 1991 in *Riv. Not.* 1992, 5, p.1252 e ss. ed in *Vita Notarile*, 1992, 1/2, p. 320.

(24) S. D'Andrea, *Sul problema del negozio atipico di accertamento* in *Rivista di diritto civile* 2000, 1, p. 31 e ss.; cfr. inoltre F. Gambino, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e le teorie della forma* in *Contratto e Impresa* 2000, p. 1294.