

ARTICOLI

Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?

Daniele Muritano

1. Introduzione⁰¹

Il d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015, n. 132, introduce nel codice civile, dopo l'art. 2929, la Sezione I-bis, intitolata "Dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito" la quale contiene solo l'art. 2929 bis, rubricato "Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito".

La norma prevede che

Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto. La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

Quando il pregiudizio deriva da un atto di alienazione, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario.

Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro III del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore.

Di questa norma possono essere date diverse chiavi di lettura. Ci si può limitare all'analisi tecnica, oppure si può provare anche a indagare "cosa c'è dietro", quali sono - se ve ne sono - le ragioni di ordine politico-economico che ne hanno giustificato l'emanazione (un meccanismo simile è stato introdotto anche nella legge fallimentare, come vedremo).

Da quest'ultimo punto di vista è utile la lettura della relazione di accompagnamento al disegno di legge

⁰¹ Il presente lavoro è dedicato all'amico e collega Angelo Di Sapio, che ringrazio per le stimolanti osservazioni e i suggerimenti.

di conversione del decreto: il legislatore riconosce che il sistema giustizia è del tutto fallimentare, perché ogni anno sopravvivono circa 6.500 nuove cause aventi a oggetto la revocatoria di atti, il tempo medio di definizione è di 1.372 giorni per il primo grado e di 1.546 giorni per il grado di appello. Il creditore deve attendere quindi 8 anni prima di pignorare il bene, anche perché la sentenza che pronuncia la revocatoria di un atto, com'è noto, non ha natura costitutiva, per cui il creditore deve attendere il passaggio in giudicato.

Ecco quindi che il legislatore, consapevole di non poter ridurre i tempi della giustizia, opera una scelta di campo fra diversi interessi, privilegiando quelli del ceto creditorio a discapito di quelli che stanno alla base dell'atto compiuto dal debitore che, quali essi siano, sembrano passare in secondo piano.

E' quindi evidente che la norma è il frutto di quella che, con riguardo alle modifiche alla legge fallimentare, è stata definita "contaminazione ideologica": così come le modifiche alla legge fallimentare apportate con lo stesso d.l. sembrano fondate sull'assunzione (ideologica, appunto) che l'imprenditore, in particolare quello che accede al concordato preventivo, è un bancarottiere⁰², allo stesso modo l'art. 2929 bis è fondato sull'assunzione che il debitore che compie uno degli atti indicati è null'altro che un frodatore del creditore.

Il beneficio per il ceto creditorio - in questi termini sempre la relazione di accompagnamento - consisterebbe in una riduzione di tempi e costi necessari al realizzo coattivo del credito. La norma infatti non va letta isolatamente, ma nel contesto delle ulteriori riforme introdotte dal d.l. 83 del 2015, segnatamente quelle, in materia di processo esecutivo e fallimentare, che mirano a velocizzare il più possibile i tempi della vendita. Il beneficio per l'amministrazione della giustizia consisterebbe invece nella possibile riduzione di contenzioso, in ragione dell'eventualità che il debitore o il terzo assoggettato a esecuzione non propongano opposizione.

Il legislatore, infatti, consapevole del fatto che consentire al creditore di assoggettare ad azione esecutiva non i beni del debitore, bensì - nel caso di atto traslativo - i beni di un terzo ha previsto che si possa appunto proporre opposizione secondo il modello di cui agli artt. 615 e 619 c.p.c.

⁰² M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 6 agosto 2015

Sempre sul piano delle valutazioni generali la norma inizia con questa frase: "Il creditore che sia *pregiudicato* (corsivo mio) da un atto del debitore".

Ecco, fino all'entrata in vigore del d.l., il creditore che affermava di avere subito un pregiudizio da un atto dispositivo del debitore doveva agire in giudizio per ottenerne l'inefficacia, ma esisteva un controllo *ex ante* da parte del giudice in merito all'esistenza del pregiudizio.

Il debitore, tutto sommato, era più garantito, poteva difendersi, avere spazio per trattare⁰³. Gli atti compiuti dal debitore spesso si riducevano a una mera *difesa processuale*⁰⁴, dipendente - come la stessa relazione sottolinea - dalla lunghezza del processo.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2929 bis l'esistenza del pregiudizio può essere semplicemente "affermata" dal creditore, senza alcun controllo preventivo, e tale "affermazione" avviene, implicitamente, con l'esercizio dell'azione esecutiva. Il controllo avviene quindi *ex post*, cioè a esecuzione forzata già iniziata. Vero che la tutela giurisdizionale tipica rimane, tuttavia da un lato la posizione del debitore si indebolisce (la norma lo "spersonalizza" totalmente, senza considerare che dietro ogni vicenda giuridica c'è anche una vicenda umana), dall'altro, in mancanza di sospensione dell'esecuzione, l'eventuale accoglimento dell'opposizione rischia di rimanere un mero trofeo da mettere in bacheca, una mera

03 Fermo restando che, diversamente da quanto presume il legislatore, non è sempre vero che taluni atti vengono stipulati al fine di sottrarre beni alla garanzia dei creditori.

04 Peraltro quasi inutile con riguardo agli atti costitutivi di fondo patrimoniale, istituto che è stato sostanzialmente "distrutto" dalla giurisprudenza, che ha esteso a dismisura il concetto di "bisogni della famiglia", orientando le sue decisioni in modo tale da offrire la più ampia tutela al ceto creditorio, senza alcun riguardo alla considerazione di altri interessi - ovviamente quelli familiari - che pure avrebbero dovuto formare oggetto di valutazione. Trib. Taranto, 5.12.2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 661, con nota critica di M. MATTIONI, è giunto ad affermare che "Ai sensi dell'art. 170 cod. civ., il credito di un avvocato nei confronti di un cliente che si sia avvalso del primo per il recupero di un credito professionale non può dirsi estraneo ai bisogni della famiglia del debitore, in quanto per bisogni familiari debbono intendersi non solo le esigenze di sopravvivenza del nucleo familiare e, pertanto, non può considerarsi estranea a tali bisogni un'obbligazione sorta nell'ambito dell'attività d'impresa o professionale di uno dei coniugi e volta a conseguire una ricchezza di cui si può presumere la destinazione a beneficio della famiglia."

vittoria processuale⁰⁵. L'immobile, intanto, è andato⁰⁶.

La norma fa il paio con quella in tema di prestito vitalizio ipotecario⁰⁷, che consente alla banca, in caso di inadempimento, di vendere il bene ipotecato a trattativa privata, senza che vi sia una procedura espropriativa che consenta a eventuali altri creditori di intervenire. Una posizione di privilegio per il ceto bancario, quest'ultima, probabilmente irragionevole e discriminatoria rispetto agli altri creditori, frutto di una visione banco-centrica del sistema di recupero del credito.

Insomma, anziché arrivare a una sentenza di inefficacia in tempi brevi, che richiederebbe impegno di giudici e avvocati, si confezionano norme che promuovono una sorta di "giustizia privata" delle banche⁰⁸.

Così come appare irragionevole e frutto di una forzatura l'aver introdotto la presunzione, pur se *iuris tantum*, per cui chi ha un debito e dispone gratuitamente lo faccia sempre in frode al creditore. E che sia questa la presunzione lo dice a chiare lettere proprio la Relazione: «Coerentemente con la *presunzione di frode* (corsivo mio), è prevista l'inversione dell'onere della prova». E si tratterà di prova diabolica, probabilmente, tanto è vero che, come già sopra osservato, la stessa relazione confida nel fatto che il debitore non proporrà opposizione. Il che dimostra, come è stato subito osservato, che la cognizione sulla domanda si rivela una vera e propria finzione, essendo, appunto, soltanto eventuale⁰⁹.

⁰⁵ Cfr. con riguardo all'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, M. FABIANI [nt. 1], 23.

⁰⁶ Secondo Cass., S.U., 28 novembre 2012, n. 21110 "Il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore procedente. In tal caso, tuttavia, resta salvo il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo." Vale la pena di precisare che nel caso che ha dato luogo a questa pronuncia il creditore procedente era il fisco, la cui pretesa tributaria si è poi rilevata infondata. Nel frattempo l'espropriazione immobiliare era proseguita e l'immobile era stato aggiudicato all'incanto.

⁰⁷ La disciplina del prestito vitalizio ipotecario è contenuta nell'art. 11 quaterdecies del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, nel testo vigente a seguito delle modifiche apportate dalla l. 2 aprile 2015, n. 44.

⁰⁸ Occorre considerare che le banche possono chiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo sulla base dell'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili da un loro dipendente (art. 50 TUB). E tale decreto è non di rado provvisoriamente esecutivo.

⁰⁹ G. OBERTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito: dalla pauliana alla ... «renziana»?», inedito, ma che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'autore.*

Quindi: si presume che esista un frode e si presume che esista una sentenza passata in giudicato che abbia dichiarato inefficace l'alienazione o la costituzione del vincolo di indisponibilità.

Sempre sul piano delle considerazioni di politica legislativa, è indubbio che la norma consente di colpire, per così dire, il ceto medio, la cui ricchezza è incorporata in immobili, lasciando fuori dal proprio ambito applicativo chi possiede immobili in via indiretta, per il tramite di società o strutture giuridiche similari.

2. Il tipo di azione previsto dalla nuova norma.

L'art. 2929 bis è una norma di rottura rispetto al sistema dell'espropriazione immobiliare finora vigente. Si ammette infatti l'espropriazione di un bene che non è del debitore, non è stato concesso in garanzia dal suo titolare, di regola sarà libero da formalità pregiudizievoli. Lo si rende, probabilmente, di fatto inalienabile per un anno dall'acquisto.

Una delle prime questioni che pone la norma è se l'azione da essa prevista sia un nuovo tipo di azione o una sorta di "sottospecie" di azione revocatoria¹⁰.

La relazione di accompagnamento al ddl di conversione afferma che si tratta di «un'azione semplificata, introdotta dal creditore non con un atto di citazione ma direttamente con il pignoramento e quindi contestualmente all'esercizio dell'azione esecutiva», peraltro dichiarando che ciò «non è scritto *expressis verbis*, per non indulgere in definizioni dottrinali, ma si evince dal complessivo impianto». Il legislatore, insomma, ha assunto, nel confezionare la norma, un atteggiamento pragmatico, preoccupandosi esclusivamente di individuare il mezzo di tutela del creditore.

La scarsa attenzione per i profili sistematici secondo una delle prime letture della norma dimostrerebbe l'autonomia dell'azione ex art. 2929 bis rispetto alla revocatoria, e la dimostrazione sarebbe data dalla totale assenza di previsioni di coordinamento tra il nuovo strumento e il sistema della pubblicità immobiliare e mobiliare¹¹.

Gli elementi di differenziazione tra l'azione ex art. 2929 bis e l'azione revocatoria possono individuarsi

¹⁰ Va escluso, a mio parere, che la norma crei un privilegio a vantaggio dei creditori del donante, perché i privilegi dipendono dalla causa del credito, mentre l'art. 2929 bis non distingue.

¹¹ G. OBERTO [nt. 8], 11 del dattiloscritto.

nei seguenti:

(a) la norma si applica soltanto agli atti a titolo gratuito, laddove la revocatoria consente anche la revoca degli atti a titolo oneroso.

(b) la norma tutela il creditore solo di fronte ad atti successivi al sorgere del credito, mentre la revocatoria, a certe condizioni è esperibile anche contro atti compiuti anteriormente.

(c) la norma si applica solo agli atti aventi a oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri. Non convince infatti la tesi per cui l'espressione «beni mobili iscritti in pubblici registri» possa essere estesa anche agli atti aventi a oggetto beni diversi, purché suscettibili di forme di pubblicità idonee a far risultare la presenza di vincoli di indisponibilità e in particolare le quote di partecipazione in s.r.l.¹². La norma, in considerazione del *vulnus* che determina sulla sicurezza della circolazione giuridica, dovrebbe essere di stretta interpretazione.

¹² G. OBERTO [nt. 8], 8 del dattiloscritto. A parte la disparità di trattamento rispetto alle società azionarie, giova rilevare che secondo Cass. 21.10.2009, n. 22361 «La quota di partecipazione in una società a responsabilità limitata esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 cod. civ., per cui ad essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813, ultima parte, cod. civ., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene, poiché la quota, pur non configurandosi come bene materiale al pari dell'azione, ha tuttavia un valore patrimoniale oggettivo, costituito dalla frazione del patrimonio che rappresenta, e va perciò configurata come oggetto unitario di diritti; ne consegue che le quote di partecipazione ad una società a responsabilità limitata possono essere oggetto di pignoramento nei confronti del socio che ne è titolare, a nulla rilevando il fallimento della società, che è terzo rispetto al processo esecutivo, cui pertanto non si applica l'art. 51 legge fall.»

(d) occorre il titolo esecutivo, ciò che invece non è previsto per agire in revocatoria¹³.

(e) l'azione va proposta entro il breve termine di un anno; entro tale termine, in particolare andrà trascritto il pignoramento, mentre la revocatoria ordinaria è soggetta a prescrizione di cinque anni.

(f) il creditore non deve ottenere alcuna sentenza di inefficacia dell'atto prima di notificare il pignoramento; la stessa norma prevede infatti che il creditore può agire «*ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia*».

(g) può utilizzare la norma anche il «creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa¹⁴».

(h) infine la norma prevede l'inversione dell'onere della prova della mancanza di pregiudizio, che potrà essere fornita, in sede di opposizione all'esecuzione da parte del debitore, del terzo assoggettato all'espropriazione o di terzi interessati alla conservazione del vincolo.

3. I conflitti tra creditori e l'intervento dei "creditori anteriori".

La norma nulla prevede riguardo alla soluzione dei conflitti tra i creditori del disponente e i creditori del

13 Nulla dice la norma in merito a un ulteriore presupposto, che però parrebbe necessario per intraprendere l'azione esecutiva: l'inadempimento del debitore. Occorrerebbe chiedersi, infatti, se il creditore munito di titolo esecutivo possa attivare una procedura esecutiva senza aver subito l'inadempimento, ma in base a una presunzione di pregiudizio (si pensi al caso del mutuo fondiario, in cui la banca è fin dalla stipula del contratto munita di titolo esecutivo). Riterrei di escludere la possibilità di esercizio dell'azione quantomeno nel caso in cui il credito sia privilegiato, ad es. in quanto garantito da ipoteca. E' vero infatti che, ad es., in caso di mutuo garantito da ipoteca esiste già il titolo esecutivo, ma è anche vero che la norma richiede due presupposti di operatività: a) che vi sia un atto di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione gratuita da parte del debitore e b) che tale atto pregiudichi il creditore. Quindi in caso di mutuo garantito da ipoteca: 1) in assenza di un atto la banca nessuna azione può esercitare perché manca il presupposto sub a); 2) nessuna azione potrà esercitare anche in presenza di un atto, perché essendo creditore ipotecario manca il pregiudizio, potendo la banca pignorare presso terzi il bene ipotecato. La norma pertanto tende a "colpire" le situazioni in cui per effetto di un vincolo o di un atto viene a diminuire la garanzia "generica" del debitore. Vero è però che possono esservi situazioni *border line*, di creditori muniti di titolo esecutivo che possono contare solo sulla garanzia generica del loro debitore (si pensi, sempre riguardo al caso del mutuo fondiario, alla posizione del fideiussore titolare di beni immobili): potrà il creditore agire anche in assenza di inadempimento, magari al fine di non far trascorrere inutilmente l'anno dalla trascrizione? La risposta, a mio parere, è assolutamente negativa, perché la norma consente l'espropriazione forzata, la quale presuppone necessariamente, ontologicamente direi, l'inadempimento.

14 Vedi infra §3.

terzo beneficiario.

Ipotizzando una donazione immobiliare da A a B è infatti possibile che:

- a) i creditori di A muniti di titolo esecutivo pignorino il bene ex art. 2929 bis;
- b) i creditori di B muniti di titolo esecutivo pignorino il medesimo bene secondo le norme ordinarie.

Il pignoramento da parte dei creditori di A potrà avvenire prima o dopo il pignoramento da parte dei creditori di B e viceversa. In entrambi i casi va risolto il conflitto tra i creditori di A e B.

Se dopo la donazione da A a B il bene è pignorato dai creditori di A, sembra fondato ritenere che nell'esecuzione possano intervenire i creditori di B (i quali potrebbero persino pignorare il bene di proprietà di B, magari confidando nell'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione da parte di A). Il bene è infatti di proprietà di B in quanto l'art. 2929 bis consente l'esecuzione a prescindere dall'ottenimento di una sentenza di inefficacia della donazione. Tuttavia nel conflitto tra queste due categorie di creditori è da ritenere che quelli di A debbano prevalere rispetto ai creditori di B (intervvenuti o successivamente pignoranti) in quanto l'azione ex art. 2929 bis è equiparata, quanto agli effetti, all'intervenuta revoca giudiziale. In altri termini, come giustamente osservato¹⁵, una volta ammessa, entro il termine di un anno dalla trascrizione, l'azione esecutiva da parte dei creditori del donante, non avrebbe poi senso farli soccombere rispetto ai creditori dell'avente causa B.

Se dopo la donazione da A a B il bene è invece pignorato (prima) dai creditori di B, i creditori di A non potranno intervenire nell'esecuzione (perché non sono suoi creditori), ma solo pignorare il bene ex art. 2929 bis, purché ciò avvenga entro l'anno dalla trascrizione.

In questo caso saranno preferiti i creditori di B in quanto hanno trascritto il pignoramento prima dei creditori di A?

La questione non è di semplice soluzione, e pensiamo anche al caso in cui i creditori di B, anziché pignorare il bene abbiano iscritto ipoteca sul medesimo.

¹⁵ OBERTO [nt. 8], 27 del dattiloscritto.

Ora, se è pur vero è che l'art. 2929 bis ammette entro il termine di un anno dalla trascrizione l'azione esecutiva da parte dei creditori del donante, ciò non autorizza a ritenere che essa giunga a premiare l'inerzia di costoro, tanto da farli prevalere in ogni caso nei confronti dei creditori del donatario che abbiano acquistato un diritto di prelazione sul bene tramite l'iscrizione ipotecaria o abbiano pignorato il bene medesimo. Se così fosse, la norma di fatto sospenderebbe gli effetti di qualsiasi attività negoziale o esecutiva sui beni oggetto di donazione, nell'attesa della scadenza del termine di un anno dalla trascrizione, il che francamente non pare ragionevole.

Può quindi ritenersi che qualora i creditori di A non abbiano sfruttato la facoltà loro concessa dall'art. 2929 bis pignorando il bene donato a B essi debbano cedere rispetto al pignoramento trascritto o all'ipoteca iscritta dai creditori di B sul bene medesimo.

Se invece, in presenza del pignoramento trascritto da parte dei creditori di B, trascorra l'anno senza che i creditori di A abbiano pignorato il bene donato a B essi potranno sempre agire con l'azione revocatoria. In questo caso troverà applicazione l'art. 2195, comma 2, e gli effetti della sentenza non saranno opponibili ai creditori pignoranti di B (avendo essi trascritto il pignoramento prima della trascrizione della domanda giudiziale di revoca). Il decorrere del termine dell'anno infatti "riattiva", per così dire, le ordinarie norme risolutive dei conflitti trascrittivi.

Si è già visto che l'art. 2929 bis è applicabile anche al «creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa» e che per "creditore anteriore" debba ritenersi colui che sia titolare di ragioni di credito anteriori al compimento dell'atto pregiudizievole e non al creditore precedente¹⁶. Tali creditori, pertanto, potranno intervenire nell'esecuzione senza necessità di pignorare il bene in applicazione dell'art. 2929 bis (il pignoramento successivo in ogni caso varrebbe quale intervento).

Rispetto a questi creditori la questione che si pone è se per intervenire nell'esecuzione promossa ex art. 2929 bis debbano essere anch'essi muniti di titolo esecutivo.

Direi che si debba rispondere in senso affermativo, perché l'azione ex art. 2929 bis è equiparata quanto

¹⁶ Così anche G. FINOCCHIARO, *Creditore legittimato a pignorare il bene del suo debitore*, in *Guida al diritto*, n. 31, 25 luglio 2015, 65.

agli effetti, all'azione revocatoria. E così come degli effetti della sentenza di revoca beneficia solo il creditore che ha agito, lo stesso principio deve applicarsi all'azione ex art. 2929 bis. L'intervento dei soli creditori muniti di titolo esecutivo è quindi ammesso perché essi si trovano nell'identica posizione dei creditori che hanno agito ex art. 2929 bis. Così come essi potrebbero pignorare il bene allo stesso modo deve essere consentito loro l'intervento.

Ai creditori non muniti di titolo esecutivo resterà sì la possibilità di esercitare l'azione revocatoria, ma la trascrizione della relativa domanda non potrà prevalere sulla trascrizione del pignoramento, ostandovi l'art. 2915, comma 2.

4. I presupposti negoziali per l'operatività della norma: gli atti gratuiti

L'azione prevista dall'art. 2929 bis può essere attivata dal creditore a fronte di un atto di alienazione¹⁷ gratuito compiuto dal debitore oppure a fronte di un atto costitutivo di un vincolo di indisponibilità. In entrambi i casi l'atto dovrà avere a oggetto un bene immobile oppure un bene mobile registrato.

E' determinante individuare l'ambito applicativo della norma, per cui occorre definire con la massima accuratezza possibile il contenuto della definizione "atti gratuiti", compito invero non facile.

La gratuità, infatti, si ha quando l'acquisto di una delle parti avviene senza corrispettivo, il che consentirebbe di attrarre nell'ambito applicativo una serie innumerevole di negozi. D'altro canto l'esistenza della corrispettività non determina di per sé una qualificazione dell'atto in termini di onerosità, essendo diversi i piani di indagine: il primo (corrispettività) riferito al rapporto che si instaura tra le prestazioni; il secondo (onerosità) riferito all'interdipendenza economica delle prestazioni nell'ottica di vantaggi e sacrifici reciproci, a prescindere dalla struttura utilizzata¹⁸.

¹⁷ Taluno ha ritenuto erroneo parlare di alienazione e gratuità nella stessa frase, poiché il termine alienazione sarebbe connotato dei soli atti onerosi (A. PANTALEO, *Il nuovo articolo 2929-bis c.c.: prime riflessioni*, in www.dirittobancario.it, 2 ss.). L'opinione è da respingere, essendo pacifico che il termine alienazione connota l'effetto modificativo della sfera giuridica dell'alienante, indipendentemente dal fatto che il negozio che produce tale modificazione sia gratuito o oneroso.

¹⁸ A. TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 277 ss., il quale esclude che la donazione modale sia un atto oneroso proprio perché nella specie «difetta proprio quella interdipendenza tra le due prestazioni che è caratteristica dell'onerosità».

Certamente gli atti gratuiti comprendono quelli a *effetto liberale*, da valutare in considerazione del risultato giuseconomico che producono. In tale prospettiva sono liberalità tutte le attribuzioni senza corrispettivo in favore di un beneficiario che avvengano “allo scopo di soddisfare direttamente un interesse di natura non patrimoniale del disponente¹⁹”. E quindi certamente l’art. 2929 bis si applicherà alle *donazioni*. Qualunque tipo di donazione, pertanto, non sfuggirà all’applicazione della norma, salvo verificare se il donatario possa rivalersi sulle somme ricavate dall’espropriazione per gli oneri eventualmente già adempiuti²⁰. Tra le donazioni potrà ricomprendersi anche il *patto di famiglia*, qualora abbia ad oggetto aziende comprensive di beni immobili. Ciò in quanto, almeno secondo l’opinione prevalente, il patto di famiglia integra una liberalità. Chiaramente l’uso dell’art. 2929 bis potrà mettere a repentaglio la sopravvivenza dell’azienda, che magari è stata trasmessa a un figlio perché ritenuto più capace. E, ovviamente, dei dipendenti della stessa nonché di eventuali fornitori la cui sopravvivenza nel mercato è spesso legata a doppio filo a quella dell’azienda loro debitrice. Di tali valutazioni il legislatore non si è fatto però carico e forse avrebbe dovuto.

Esistono inoltre *atti gratuiti non donativi o atipici*, che sono compiuti in adempimento di obbligazioni, ovvero atti gratuiti collocabili in una sorta di zona grigia tra la liberalità e la doverosità, quali ad esempio gli atti compiuti in ambito familiare, che taluni autori definiscono atti a *causa familiare*, cioè quegli atti “finalizzati alla soddisfazione e composizione di interessi patrimoniali ed esistenziali derivanti dal rapporto coniugale²¹”, rispetto ai quali non è sempre configurabile un effetto liberale. Il rischio di un’estensione dell’ambito applicativo della norma, là dove essa si ritenga applicabile anche a tali atti, per il solo fatto che essi non prevedano un corrispettivo, con il conseguente contenzioso, è in effetti sussistente.

Si pensi ad es. quanto agli atti del primo tipo, a un atto di cessione gratuita di aree a un comune in esecuzione di una convenzione di lottizzazione. Può fondatamente ritenersi che la norma si applichi anche a questi atti? Riterrei che l’espressione atti gratuiti vada interpretata tenuto conto della *ratio*

19 G. AMADIO, *La nozione di liberalità nel codice civile*, in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2008.

20 F. TASSINARI, *L’espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito e l’acquisizione al fallimento di beni oggetto di atti a titolo gratuito ai sensi dell’art. 64 primo comma della legge fallimentare*, Relazione al Convegno Insignum, Santa Margherita Ligure 4-5 settembre 2015, inedita.

21 A. GIANOLA, *Gli atti gratuiti all’interno della famiglia*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Profili sostanziali, processuali e notarili*, a cura di Alessandra Cagnazzo, Filippo Preite, Vera Tagliaferri, Milano, 2015, 79.

della norma, che è quella di colpire gli impoverimenti patrimoniali rispetto ai quali manca qualsiasi interesse economico del disponente, cioè quelli genuinamente liberali. Un atto di cessione gratuita di aree a un comune non pare certo dettato da un interesse non economico del disponente; esso è un atto avente natura solutoria di obblighi assunti all'interno di un procedimento amministrativo, cioè il pagamento degli oneri di urbanizzazione, tanto è vero che gode di una tassazione agevolata²².

Nel contesto *familiare* la questione è ancor più complessa, anche se l'ambito oggettivo di applicazione della norma, limitata ai beni immobili e ai mobili registrati, dovrebbe rendere il compito più agevole. Possono infatti esservi, all'interno della famiglia, atti gratuiti che non sono donazioni, in quanto ad es. sopperiscono a un bisogno primario o in senso più lato al mantenimento del beneficiario dell'atto secondo le condizioni economiche della famiglia. Essi sono atti esecutivi di obbligazioni previste dalla legge, non sono spontanei, non sono gratuiti e non sono liberalità²³, se non superata una certa soglia, oltre la quale scatta la donazione. Chiaramente è l'individuazione di tale soglia che rende la vicenda complessa e dipendente dal caso concreto. Indici di riferimento potranno essere il patrimonio del disponente e il tipo di esigenza cui l'attribuzione è destinata.

In particolare, potrà farsi questione dell'esistenza o meno di una donazione è ovviamente quello delle *attribuzioni in sede di definizione della crisi coniugale*.

L'individuazione dell'effettiva natura di tali negozi non è mai stata del tutto chiarita; e a tutt'oggi quale sia la "causa" di tali attribuzioni è oggetto di discussione. L'individuazione della causa degli spostamenti patrimoniali realizzati in sede di accordi sulla crisi, in rapporto all'art. 2929 bis, diventa quindi determinante. La necessità dell'identificazione della natura degli accordi che i coniugi intendono stipulare, un'attenta indagine sulla loro volontà, la necessità di distinguere fra causa e motivi, costituiscono quindi logico presupposto per l'individuazione della ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali. Indagine complicata anche dal fatto che spesso, in sede di crisi si assiste all'intreccio «di ragioni patrimoniali, di ragioni personali, di ragioni affettive, di ragioni derivanti dai rapporti pregressi», in ultima analisi di una serie molto variegata di interessi che presiede l'attribuzione. E tali interessi si riflettono nella ricerca della causa intesa quale sintesi degli effetti essenziali diretti a realizzare gli interessi che si intendono in concreto perseguire.

²² Ex art. 32 del DPR 29.9.1973, n. 601.

²³ F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 151.

Com'è noto la tesi secondo la quale i c.d. contratti della crisi coniugale sono da qualificarsi come contratti a titolo oneroso, stipulati dai coniugi per regolare i reciproci rapporti patrimoniali sorti nel corso della loro relazione e a cui intendono condizionare la definizione consensuale della crisi coniugale, sempre che non sia presente una causa tipica diversa²⁴ pare essere stata recepita anche dalla giurisprudenza²⁵. L'onerosità di tali atti escluderà quindi l'applicazione dell'art. 2929 bis, ma pare fin d'ora prospettabile che su questo specifico tema il contenzioso non sarà irrilevante, anche in ragione del fatto che rispetto a tali atti non sempre vi sarà l'intervento dell'autorità giudiziaria che possa in qualche modo metterli al riparo da aggressioni da parte di creditori di uno dei coniugi, essendo ben possibile che tali trasferimenti siano preceduti da un accordo concluso nell'ambito della negoziazione assistita. Altra questione, sui ci soffermeremo più avanti, è se in sede di opposizione avverso un'azione ex art. 2929 bis si possa dimostrare, per impedire il proseguimento della procedura, che l'interesse che presiede alla stipula dell'atto è di rango superiore a quello del creditore.

La norma dovrebbe essere invece inapplicabile nei seguenti casi.

a) *Compravendite dissimulanti una donazione*

A parte la considerazione per cui costruire una fattispecie del genere è oggi, tenuto conto degli obblighi di tracciabilità dei pagamenti, estremamente difficile, riterrei che le compravendite dissimulanti una donazione stiano fuori dall'ambito applicativo della norma. In questo caso occorrerà prima agire per ottenere la simulazione e successivamente agire con l'azione esecutiva. Il creditore, peraltro, potrà trascrivere l'azione ex art. 2652, n. 4, così "bloccando" il bene²⁶.

²⁴ Così, letteralmente, G. OBERTO [nt. 8], 53 del dattiloscritto.

²⁵ Cass., 10 aprile 2013, n. 8678, secondo cui «le attribuzioni di beni mobili o immobili disposte, nell'ambito degli accordi di separazione personale, da un coniuge in favore dell'altro rispondono, di norma, ad un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia che sfugge, da un lato, alle connotazioni di una vera e propria donazione (di per sé estranea ad un contesto caratterizzato dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quelle di un atto di vendita (non fosse altro che per l'assenza di un prezzo corrisposto), e svela, dunque, una sua tipicità, che può colorarsi dei tratti propri dell'onerosità o della gratuità a seconda che l'attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare e/o ripagare l'altro coniuge del compimento di una serie di atti a contenuto patrimoniale, anche solo riflesso, da questi posti in essere nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale».

²⁶ Tra l'altro tale trascrizione è prevista anche per l'azione revocatoria ex art. 2652, n. 5, per cui, anche prima dell'emanazione della normativa l'azione del creditore volta a ottenere l'inefficacia dell'atto, di fatto creava in capo al debitore una situazione di indisponibilità.

b) *Negoziato misto a donazione*

Rispetto al negozio *mixtum cum donatione*, più precisamente a una compravendita mista a donazione, una tesi di matrice notarile ritiene applicabile la norma, trattandosi solo di stabilire, in sede esecutiva, quale porzione del bene (*rectius*: quale valore del bene) possa giustificare gli esiti di una donazione sotto il profilo dell'esecutività, valutazione che potrà essere compiuta solo dal giudice delle esecuzioni²⁷. Si obietta - a mio avviso giustamente - che in questo caso si tratta di negozio indiretto, si usa cioè il negozio oneroso per realizzare un intento ulteriore di liberalità²⁸. E l'atto stipulato resta quindi, agli occhi del terzo, sempre oneroso. D'altronde immaginare che un creditore possa agire di fronte a tali atti con un'azione ex art. 2929 bis condurrebbe a gravissime incertezze sulla circolazione giuridica. Chi acquisterebbe potendo correre il rischio che un creditore del venditore, pignori il bene rinviando poi all'opposizione in sede esecutiva le questioni relative alla congruità del prezzo pagato?

c) *Liberalità indirette*

Quanto appena detto varrà a maggior ragione per le liberalità indirette, in particolare quelle che consistono nella c.d. intestazione di beni a nome altrui.

L'art. 2929 bis mira infatti a colpire gli atti che diminuiscono la garanzia generica del debitore costituita da beni immobili, ed è del tutto evidente che nel consueto caso del genitore (ipotetico debitore) che paga il prezzo dell'abitazione acquistata dal figlio il bene immobile esce dal patrimonio di un terzo e non dal patrimonio del debitore. Né pare argomento convincente quello che fa leva sulla giurisprudenza che considera oggetto della liberalità indiretta, in questi casi, l'immobile e non già il denaro impiegato per l'acquisto²⁹. Intanto perché il principio giurisprudenziale è stato affermato in un caso avente a oggetto l'individuazione dell'oggetto della collazione e non della riduzione. In secondo luogo perché la stessa giurisprudenza, più recentemente, ha affermato che nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente e intestazione ad altro soggetto alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima

²⁷ A. TESTA, *Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del Codice Civile*, in www.quotidianogiuridico.it.

²⁸ Cfr. A. TORRENTE, *La donazione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, 43

²⁹ Cfr. Cass., S.U., 5 agosto 1992, n. 9282, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1544.

in natura, per cui la lesione del legittimario va ristorata con le modalità tipiche del diritto di credito³⁰. Infine perché, ancor più di recente, la giurisprudenza è giunta persino ad affermare che la donazione indiretta dell'immobile non è configurabile quando il donante paghi soltanto una parte del prezzo del bene, giacché la corresponsione del denaro costituisce una diversa modalità per attuare l'identico risultato giuridico-economico dell'attribuzione liberale dell'immobile esclusivamente nell'ipotesi in cui ne sostenga l'intero costo³¹.

d) *Adempimento di obbligazioni naturali (con cenni alla modifica dell'art. 64 l. fall.)*

Gli atti di adempimento di obbligazioni naturali dovrebbero anch'essi essere fuori dall'ambito applicativo dell'art. 2929 bis. La disciplina di tali atti rispetto alla tutela dei creditori va messa a confronto anche con l'art. 64 l. fall., norma su cui è intervenuto il d.l. n. 83 del 2015 aggiungendo un secondo comma. Il comma 1 dell'art. 64 l. fall. prevede che «Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante». Il comma 2, aggiunto dal d.l., prevede invece che «I beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acquisiti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36.»

La norma è stata interpretata dalla dottrina anzitutto nel senso che essa ricomprende anche gli atti di adempimento di obbligazioni naturali³² e, per ciò che rileva in questa sede, che la particolare connotazione di tali atti li esenta non solo dalla revocatoria fallimentare ma anche da quella ordinaria³³. La tutela dei creditori, che nell'art. 64, comma 1, l. fall. passa attraverso la prova della non proporzionalità dell'attribuzione rispetto al patrimonio del disponente, dovrebbe consentire di agire ex art. 2929 bis per quella parte dell'attribuzione eventualmente eccedente il limite della proporzionalità³⁴. Anche in questo caso, però, la questione della verifica della non proporzionalità, così come accadrebbe, *mutatis*

³⁰ Cass. civ., 12.5.2010, n. 11496, in *Notariato*, 2010, 5, 508, con nota di G. IACCARINO.

³¹ Cass., 31.1.2014, n. 2149, in CED Cassazione 2014.

³² L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2004, 123 ss.

³³ L. BALESTRA [nt. 31], 125.

³⁴ G. OBERTO [nt. 8], 52 del dattiloscritto.

mutandis, nel caso della compravendita mista a donazione, verrebbe rinviata all'opposizione in sede esecutiva. Si attribuirebbe al creditore un rimedio che, data la sua eccezionalità, rispetto a tali atti, formalmente non liberali (e sarà molto opportuna, anzi riterrei persino necessaria una chiara *expressio causae*), appare sproporzionato.

L'occasione dell'analisi del rapporto tra atti di adempimento di obbligazioni naturali e art. 2929 bis consente di spendere qualche riflessione sull'innovazione apportata all'art. 64 l. fall.

E' anzitutto un regime opzionale attivabile dal curatore a sua discrezione³⁵? La norma in verità prevede che i beni "sono acquisiti" al patrimonio fallimentare per effetto della trascrizione della sentenza di fallimento e non che "possono essere acquisiti". Potrebbe pertanto, al contrario, ipotizzarsi che intanto il curatore debba trascrivere la sentenza dichiarativa di fallimento e che della proporzionalità se ne discuta - se del caso - in sede di reclamo ex art. 36 l. fall. (che tra l'altro prevede un termine brevissimo, di soli 8 giorni), con tutte le garanzie del contraddittorio e della decisione resa da un giudice terzo? In tale prospettiva il reclamo sembrerebbe una strada obbligata, in effetti, imponendo però al curatore l'obbligo di comunicare l'avvenuta trascrizione della sentenza, visto che il termine per il reclamo decorre dalla conoscenza dell'atto. Inoltre la norma consente il reclamo a "ogni interessato", non solo al beneficiario del trasferimento, per cui si porrà il problema della decorrenza del termine in capo a soggetti diversi dal beneficiario del trasferimento. Va di contro osservato che, prima della recente modifica, la proposizione di un'azione ex art. 64 l. fall. non era certo obbligatoria per il curatore.

Altra questione riguarda l'effetto della norma. Si è affermato che l'effetto sia traslativo, e che si produca una retrovicenda acquisitiva del bene dall'acquirente al fallito (al di là di improbabili soggettivizzazioni, l'espressione "patrimonio del fallimento", usata nella norma, va chiaramente intesa come "patrimonio del fallito").

Ora, è vero che la norma usa il termine "acquisiti", tuttavia va considerato che il nuovo comma si aggiunge a una norma che disciplina l'inefficacia di determinati atti e coerenza interpretativa sembrerebbe imporre che l'effetto prodotto sia identico. L'effetto della trascrizione, pertanto, dovrebbe essere quello di consentire di imporre sul bene una sorta di vincolo di destinazione al soddisfacimento delle ragioni della massa dei creditori, secondo le regole del concorso.

³⁵ Come ritiene F. TASSINARI [nt. 19], 12 del dattiloscritto.

D'altro canto, se si trattasse di ritrasferimento occorrerebbe anche chiedersi se tale trascrizione integri un presupposto imponibile, con tutte le conseguenze del caso in punto di modalità applicative dell'imposta, trattandosi di effetto traslativo che discende dall'esecuzione di una formalità pubblicitaria (ma l'effetto in realtà discende dalla sentenza, che costituisce il titolo per la trascrizione, per cui dovrebbe essere questa a essere registrata con il pagamento delle relative imposte). Non solo. Tenuto conto della possibilità per il beneficiario del trasferimento di proporre reclamo (ciò che implica l'onere a carico del curatore di comunicargli l'avvenuta esecuzione della formalità) ne dovrebbe ulteriormente conseguire che l'esito positivo del reclamo medesimo produca un'altra volta il trasferimento del bene dal fallito al beneficiario, con nuovo pagamento di imposte. Più coerente, mi pare, è ritenere che quanto previsto dall'art. 64, comma 2, l. fall., null'altro sia che l'applicazione in sede fallimentare del sistema disegnato dall'art. 2929 bis.

e) Rinunzia

La rinunzia abdicativa (ad es. a una quota di proprietà, operazione negoziale ormai pacificamente ammessa) non dovrebbe essere ricompresa nell'ambito applicativo della norma, in quanto essa non dà luogo a un trasferimento. L'incremento in capo agli altri comproprietari non è infatti un effetto diretto della rinunzia ma solo riflesso. La conclusione sembra semplice, tuttavia qualche dubbio è giusto porsi, anzitutto perché se pure la norma usa il termine "trasferimento" la sua *ratio* dovrebbe consentire di ricomprendervi tutti gli atti che determinano una "diminuzione patrimoniale" e quindi anche le rinunzie. In secondo luogo perché la qualificazione di gratuità dipende anche dall'interesse che ha mosso il rinunziante alla stipula dell'atto: era un interesse patrimoniale, nel qual caso forse la rinunzia non è qualificabile come atto gratuito ai fini dell'art. 2929 bis? Oppure un interesse non patrimoniale, ad es. quello di beneficiare gli altri comproprietari, nel qual caso potrà affermarsi la gratuità della rinunzia medesima?

f) Divisione e transazione. Ipoteca.

Pare da escludere che divisione e transazione possano essere oggetto dell'azione ex art. 2929 bis in quanto atti onerosi³⁶. Vero che non può escludersi che attraverso la stipula di tali atti vengano realizzate delle liberalità indirette. Tuttavia si è già osservato come le liberalità indirette siano anch'esse escluse

³⁶ G. OBERTO [nt. 8], 46 del dattiloscritto, anche per altri riferimenti di dottrina.

dall'ambito applicativo della norma.

Discorso diverso potrebbe farsi per l'ipoteca, che com'è noto è un atto astrattamente suscettibile di revocatoria (sia fallimentare che ordinaria).

In uno dei primi commenti alla nuova norma si è affermato che se pure l'ipoteca non possa considerarsi compresa tra le alienazioni nondimeno essa determina l'apposizione di un vincolo sul bene, che viene destinato a garanzia di una specifica posizione debitoria, a detrimento di eventuali altri creditori chirografari che abbiano pignorato il bene³⁷.

Si pone quindi un problema di conflitto tra il creditore pignorante e il creditore che ha iscritto ipoteca nell'anno precedente.

Questo conflitto, secondo tale autore, si dovrebbe risolvere ritenendo che l'ipoteca non contestuale al sorgere del credito sia "gratuita" e pertanto ricompresa tra i "vincoli di indisponibilità" inopponibili al creditore che pignora il bene entro un anno dall'iscrizione. Il carattere gratuito dell'ipoteca concessa non contestualmente al sorgere del credito (si fa il caso dell'ipoteca concessa a fronte di un finanziamento contratto per estinguere un debito preesistente) si ricava dalla giurisprudenza in tema di revocatoria ordinaria e fallimentare. Il che però suscita talune perplessità, atteso che lo stesso autore ritiene che l'azione ex art. 2929 bis sia un'azione del tutto diversa dall'azione revocatoria, ciò che dovrebbe condurre a non poter utilizzare in via automatica, rispetto agli atti considerati dall'art. 2929 bis, i principi giurisprudenziali affermati rispetto al diverso istituto dell'azione revocatoria ordinaria. Può inoltre osservarsi che la gratuità dell'ipoteca concessa non contestualmente al sorgere del credito può essere solo inferita in via presuntiva, ben potendo essa essere stata concessa a titolo oneroso. E che di tutto ciò sarà inevitabile discuterne in sede giudiziale, con conseguente inasprimento del contenzioso.

A me pare, in verità, che considerare l'ipoteca alla stessa stregua di un atto comportante un vincolo di indisponibilità del bene, consenta quindi ad altri creditori di attivare l'azione ex art. 2929 bis, sia una forzatura e possa produrre a danno dei debitori conseguenze gravi e dannose. Si pensi al tipico caso di colui che ha un debito bancario nascente da un'apertura di credito in conto corrente chirografario e intende ripianarla stipulando un mutuo fondiario. Nessuna banca stipulerebbe più mutui fondiari

³⁷ G. OBERTO [nt. 8], 43-45 del dattiloscritto.

ovvero, ammesso che li stipuli, dovrebbe attendere il termine di un anno prima di erogare la somma. L'ipoteca si consoliderebbe infatti decorso l'anno dall'iscrizione in assenza di creditori che abbiano pignorato il bene ex art. 2929 bis e la norma, tra l'altro, derogherebbe anche all'art. 39, comma 4, del Testo Unico Bancario, che per i soggetti suscettibili di fallimento esclude da revocatoria fallimentare le ipoteche quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

La tesi che considera l'ipoteca un vincolo di indisponibilità gravante sul bene, in altri termini, non mi sembra adeguatamente motivata e rischia di dilatare a dismisura l'ambito applicativo della norma. Si pensi a un atto gratuito costitutivo di servitù a carico di un bene immobile: non crea anche tale atto un vincolo sul bene? Ed è immaginabile che di fronte a un tale tipo di atto un qualsiasi creditore del titolare del fondo dominante possa pignorare il bene? L'individuazione degli atti ricompresi nel perimetro applicativo della norma andrebbe invece fatta guardando agli interessi che essa mira a tutelare. La funzione della norma è impedire tutti quegli atti che determinino una diminuzione della garanzia generica a favore dei creditori, o attraverso una trasferimento del bene, che appunto non viene più a far parte del patrimonio o attraverso l'imposizione di un vincolo di indisponibilità, che andrebbe inteso come atto il cui effetto è quello di sottrarre ai creditori, appunto, la disponibilità di un bene per la soddisfazione forzata del proprio credito e ciò non può avvenire che attraverso atti che determinino la separazione di un bene rispetto al residuo patrimonio del disponente. In tal senso, allora, l'atto costitutivo di ipoteca, in quanto non determina alcuna separazione patrimoniale non pare apprezzabile come vincolo di indisponibilità. Chi si riterrà danneggiato da un'ipoteca concessa a titolo gratuito avrà in ogni caso a disposizione il rimedio della revocatoria ordinaria.

5. Gli atti costitutivi di vincoli di indisponibilità

Si è già accennato alla fine del precedente paragrafo cosa a nostro avviso va inteso come atto costitutivo di "vincolo di indisponibilità": atto il cui effetto è quello di sottrarre ai creditori la disponibilità di un bene, che viene separato rispetto al residuo patrimonio del disponente³⁸. Una conferma in tal senso viene anche dalla relazione accompagnatoria al ddl di conversione del d.l., che indica quali esempi di

³⁸ E' da escludere, pertanto, che per indisponibilità debba intendersi il divieto di alienazione ex art. 1379 c.c., che d'altro canto ha, com'è noto, solo effetti obbligatori. L'art. 2929 bis tende invece a colpire gli atti costitutivi di vincoli di indisponibilità opponibili ai terzi.

atti costitutivi di vincoli di indisponibilità il fondo patrimoniale e il trust autodichiarato³⁹.

In altri termini, mutuando un'affermazione dottrinale di oltre quarant'anni fa, per "indisponibilità" si deve intendere quella situazione in cui accanto alla relazione dell'autore dell'atto con il bene si pone una seconda relazione che si manifesta solitamente nelle forme del diritto di credito⁴⁰. Il rapporto che fa capo al titolare del diritto di proprietà è subordinato al rapporto obbligatorio. E' ciò che accade nel fondo patrimoniale in cui a seguito della stipula dell'atto vi è l'obbligo a carico del costituente di destinare il bene ai bisogni della famiglia, tanto è vero che in caso di violazione si ritiene attivabile il rimedio del risarcimento del danno; ed è ciò che accade nel caso del trust autodichiarato e nell'atto di destinazione ex art. 2645 ter, in cui a carico del disponente, che assume la qualifica di trustee o gestore, sorge l'obbligo di destinare i beni alla realizzazione degli interessi dei beneficiari, titolari appunto di una posizione qualificabile come creditoria.

Anche per gli atti costitutivi di vincolo di indisponibilità il presupposto applicativo è che essi siano compiuti a titolo gratuito, come si ricava abbastanza chiaramente dalla lettera della norma. Esamineremo qui di seguito alcuni degli innumerevoli e complessi problemi applicativi che nascono a seguito della stipula dei più comuni atti costitutivi di vincolo di indisponibilità che producono l'effetto di sottrarre alla garanzia del creditore beni immobili: il fondo patrimoniale con riserva di proprietà in capo al costituente, il vincolo di destinazione ex art. 2645 ter e il trust.

a) Fondo patrimoniale con riserva di proprietà in capo al costituente

Che il fondo patrimoniale sia atto aggredibile con la nuova azione sembra del tutto pacifico e scontato. Peraltro, l'attuale estensione giudiziale del concetto di "bisogni della famiglia" ha reso quasi inservibile l'istituto, di fatto cancellandolo dal codice civile. L'introduzione dell'art. 2929 bis, che consente la pignorabilità diretta del bene, sembra quasi, di fronte all'attuale giurisprudenza, nulla aggiungere di più. Né il tentativo di ascrivere l'atto costitutivo del fondo patrimoniale agli atti onerosi ha avuto successo:

³⁹ Che la norma intenda offrire ai creditori un rimedio avverso la stipula di tali atti è peraltro opinione comune tra i primi commentatori della norma. Cfr. G. OBERTO [nt. 8], 62 del dattiloscritto. F. TASSINARI [nt. 17], 6 del dattiloscritto. S. MEUCCI, *Il nuovo art. 2929 bis nel quadro degli strumenti di tutela dei creditori*, in *Persona e mercato*, 2015, 16. A. TESTA [nt. 26]. G. RIZZI, *L'art. 2929 bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditorio. Appunti e riflessioni*, in www.federnotizie.it

⁴⁰ E. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 269 ss.

la giurisprudenza è costante nel ritenerlo atto gratuito⁴¹.

Quanto al mancato coordinamento con le norme in tema di pubblicità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale va ricordato che secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione l'opponibilità del vincolo nascente dal fondo dipende dall'annotazione a margine dell'atto di matrimonio⁴², mentre la trascrizione ex art. 2647 degraderebbe a pubblicità-notizia, tanto che potrebbe essere persino omessa (non trovando applicazione l'art. 2671).

Occorre allora chiedersi se la mancanza di trascrizione non consenta al creditore di agire ex art. 2929 bis, mancando la formalità dalla quale far decorrere il termine *a quo* di decorrenza dell'anno.

Si può ragionare in due modi: si potrebbe ritenere, ad esempio, che l'art. 2929 bis sia norma innovativa rispetto all'art. 162 e che quindi imponga la trascrizione dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale avente a oggetto immobili a fini di opponibilità. Si potrebbe obiettare che l'art. 2929 bis non è norma speciale rispetto all'art. 162, che rimarrebbe applicabile, tuttavia non va dimenticato che la necessità oltre che la sufficienza dell'annotazione ai fini dell'opponibilità del fondo ai terzi è tesi giurisprudenziale, per cui si dovrebbe discutere di un rapporto di specialità non tra norme bensì tra una "disposizione" codicistica e una "norma" di fonte giurisprudenziale, difficilmente prospettabile.

Si potrebbe invece ragionare, forse in modo più fondato, come segue: poiché la norma intende colpire il debitore che "sottrae" beni al creditore mediante un atto a lui opponibile, l'espressione "*data in cui l'atto è stato trascritto*" andrebbe intesa – per gli atti aventi a oggetto immobili che prevedono per l'opponibilità un mezzo diverso dalla trascrizione "*data in cui l'atto è stato reso opponibile*".

D'altro canto, anche nel caso dell'art. 2915 ciò che rileva è che il pignoramento preceda l'annotazione a margine e non la trascrizione del fondo patrimoniale, per cui il creditore prevale anche se trascrive il pignoramento dopo la trascrizione dell'atto costitutivo di fondo patrimoniale ma prima dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

41 Cass., 18 marzo 1994, n. 2604, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 265; Cass., 25 luglio 1997, n. 6954, in *Foro it.*, 1998, I, 893; Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro it.*, 1997, I, 3148; Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2584; Cass., 17 gennaio 2007, n. 966, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

42 Cass., S.U., 13 ottobre 2009, n. 21658, che non tiene conto dell'eventualità che il fondo patrimoniale venga costituito da parte di un terzo.

La questione è dimostrativa di uno dei mille problemi che solleverà la norma, che certamente verrà sfruttata per ri-affermare che rispetto al fondo patrimoniale avente a oggetto immobili l'opponibilità dipende dalla trascrizione e non dall'annotazione⁴³.

Sempre riguardo al fondo patrimoniale occorre chiedersi se possa ricadere sotto le forche caudine della norma la donazione di un bene già costituito in fondo patrimoniale, che si ritiene ammissibile purché avvenga a favore di uno dei membri della famiglia e il vincolo nascente dal fondo patrimoniale venga mantenuto⁴⁴.

Rispetto a tale situazione potremmo avere creditori anteriori rispetto all'annotazione dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale e creditori posteriori ma anteriori alla donazione del bene oggetto del fondo patrimoniale medesimo.

Se si ritiene non applicabile la norma il creditore, per poter aggredire il bene con l'azione esecutiva dovrebbe (fatta salva la prescrizione) ottenere la revocatoria sia del fondo patrimoniale sia della donazione. Conseguentemente se il fondo patrimoniale è stato costituito (meglio: annotato) da oltre 5 anni nessuna azione revocatoria potrà essere promossa contro l'atto costitutivo del fondo patrimoniale. Potrebbe invece essere promossa contro la donazione perché se è vero che il bene rimane gravato dal vincolo nascente dal fondo patrimoniale è anche vero che il vincolo medesimo può cessare, per cui in assenza di revocatoria il creditore rimarrebbe senza tutela alcuna, essendo il bene uscito dal patrimonio del costituente.

b) Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter e trust (autodichiarati e non)

Riguardo a vincoli di destinazione e trust si impongono anzitutto due rilievi di natura sistematica.

Il primo concerne l'ammissibilità di vincoli di destinazione e trust autodichiarati. La norma mi pare faccia *tabula rasa* delle opinioni, anche giurisprudenziali, che vorrebbero vietati, appunto, l'atto di

43 Tesi che peraltro sarebbe ben più rassicurante per i costituenti il **fondo patrimoniale**, dato che la trascrizione avverrebbe con la consueta celerità propria degli atti notarili, mentre non di rado l'esecuzione dell'annotazione, di competenza degli uffici comunali, avviene con forte ritardo.

44 Trib. Pordenone (decr.) 5.2.2002 in www.federnotizie.org, numero di maggio 2002 della rivista on line.

destinazione ex art. 2645 ter non traslativo⁴⁵ e il trust autodichiarato⁴⁶ (quest'ultimo espressamente richiamato nella relazione di accompagnamento al ddl di conversione)

Il secondo rilievo, anch'esso importante, consiste nella conferma *normativa* dell'opponibilità di tali vincoli ai creditori. Ciò vale soprattutto con riferimento al negozio di destinazione c.d. puro, che non si accompagna alla stipula di un atto di altra natura, negato da certa giurisprudenza⁴⁷. Decorso il termine di un anno il vincolo non traslativo prevarrà sulla posizione del creditore anteriore, che dovrà quindi agire con l'azione revocatoria per ottenere l'inefficacia del vincolo o dell'alienazione⁴⁸.

Per quanto riguarda il rapporto tra tali atti e l'art. 2929 bis va preliminarmente osservato che il panorama giurisprudenziale italiano degli ultimi tempi è abbastanza univoco: in materia di trust, in particolare, si assiste a un continuo proliferare di sentenze che ne dichiarano l'inefficacia in quanto stipulato a danno dei creditori⁴⁹. Ciò in quanto, evidentemente, esso viene - a torto - inteso e proposto come strumento che assicura in maniera certa la protezione patrimoniale. Tra l'altro in molti casi, con ogni probabilità, la semplice lettura dell'atto istitutivo avrebbe mostrato con chiarezza come la ragione giustificativa dell'atto fosse esclusivamente quella di ottenere la separazione patrimoniale ovvero che la fattispecie non si era neppure perfezionata. Si pensi, con riguardo a quest'ultima ipotesi, agli innumerevoli trusts istituiti con riserva di indicare successivamente i beneficiari: si tratta, all'evidenza, di trust radicalmente nulli o, a tutto concedere, in fase di formazione, rispetto ai quali non si produce alcun

45 In tal senso Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015, in *Trusts*, 2015, 371.

46 Cfr. *l'obiter dictum* di Cass., Sez. Trib. (ord.), 24 febbraio 2015, n. 3737, in *Notariato*, 2015, 207. Nel medesimo senso Trib. Monza (ord.), 13 ottobre 2015, in www.ilcaso.it.

47 Trib. Reggio Emilia [nt. 44].

48 Cfr. G. PETRELLI, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e "trust italiano"*, in corso di pubblicazione, che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'autore, il quale afferma che nel caso di atto di destinazione e trust autodichiarati il vincolo non sarebbe mai opponibile ai creditori anteriori, perché si tratterebbe di risolvere un conflitto tra due posizioni obbligatorie (quella del creditore anteriore e quella del beneficiario, con logica prevalenza del primo), traendo argomento da una pluralità di indici normativi (art. 1980, comma 2, 1416, comma 23, 490 n. 3, 512, 2447 quinquies). La norma, ammettendo l'opponibilità dopo l'anno dalla trascrizione, sostanzialmente accoglie questa tesi, ma fissando il termine temporale non la porta alle estreme conseguenze.

49 Numerosissime sentenze sono reperibili nei siti www.ilcaso.it e www.il-trust-in-italia. Tra le più recenti si segnala Trib. Bergamo, 4.11.2015, in www.dirittobancario.it, con nota dello scrivente.

effetto di separazione patrimoniale fino all'avvenuta nomina dei beneficiari⁵⁰. Con riguardo all'atto di destinazione, invece, la giurisprudenza recente tende a incentrare la propria valutazione sull'assenza di meritevolezza degli interessi, con a mio avviso indebite intrusioni su aspetti relativi alla motivazione dell'atto, che non dovrebbero invece essere concepibili⁵¹.

A prescindere da ciò, va comunque rilevato che buona parte dei trusts strutturati come trusts per beneficiari diversi dal disponente, è apprezzabile, come può facilmente essere verificato dall'analisi della prassi, come liberalità non donativa e pertanto certamente ricompresa tra gli atti considerati dall'art. 2929 bis.

Non è però da escludere che sia atti di destinazione che trusts possano essere qualificati come onerosi, e quindi sfuggire all'ambito applicativo dell'art. 2929 bis⁵².

Si è sostenuto, ad esempio, che tali atti possano essere utilizzati al fine di adempiere obbligazioni naturali, come accade nel settore della famiglia di fatto, richiamandosi a tal proposito l'art. 64 l. fall., più sopra esaminato. La questione è complessa, perché pone un problema di bilanciamento tra contrapposti interessi, quelli dei creditori e quelli familiari in senso ampio, ricomprendendosi in tale ambito, pertanto, anche le formazioni sociali diverse da quella matrimoniale, che ormai pacificamente godono di tutela costituzionale.

Con riguardo al trust vengono inoltre in considerazione i trust c.d. solutori di obbligazioni aventi fonte convenzionale o legale (si pensi, tra questi, ai trusts istituiti nel contesto della crisi coniugale) ovvero i trusts di garanzia e c.d. liquidatori.

Nel caso del trust, la complessità della vicenda, che richiede sempre un momento organizzativo e un momento dispositivo, che formalmente costituirà l'oggetto dell'azione ex art. 2929 bis, impone necessariamente una considerazione unitaria delle due diverse fattispecie sotto il profilo del

50 L'indicazione dei beneficiari o dei criteri che ne consentano l'individuazione è una delle c.d. tre certezze necessaria affinché un trust possa sorgere. Cfr. per tutti A. UNDERHILL-D. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londra, 2003, *passim*. Altro discorso, molto delicato, è se in casi del genere la nomina dei beneficiari debba essere pubblicizzata e con quali modalità.

51 Trib. Reggio Emilia [nt. 44].

52 Cfr. S. MEUCCI [nt. 38], 16.

collegamento che sussiste tra le stesse, e rende necessaria anche un'indagine relativa all'identificazione di colui che riceve i benefici del trust attraverso il veicolo del patrimonio separato e subisce nel suo patrimonio gli effetti negativi del pignoramento, che ovviamente avverrà nei confronti del trustee. Occorrerà quindi fare riferimento al beneficiario per valutare la gratuità o l'onerosità del trust, per cui ai fini dell'art. 2929 bis i singoli casi dovranno essere apprezzati nella loro varietà strutturale e nei loro effetti. Sarà quindi necessario, per qualificare la fattispecie in termini di gratuità o onerosità, considerare l'intero assetto di interessi, quale risulta dal collegamento tra il momento di organizzazione del singolo trust e il momento dispositivo e dal coinvolgimento sia del disponente sia del trustee sia del beneficiario o dei beneficiari. E' evidente quindi, che ai fini di una corretta qualificazione dell'atto in termini di gratuità oppure onerosità, bisognerà sempre fare riferimento ai rapporti sottostanti tra disponente e beneficiari del trust, al di là di quella che potrebbe apparire la sola realtà formale dei rapporti tra disponente e trustee, che svolge l'ufficio di realizzare le finalità del trust attraverso la corretta gestione dello stesso alla quale è preposto. Opinando diversamente si correrebbe il rischio di considerare compresi nell'ambito dell'art. 2929 bis tutti i trust, atteso che l'atto di affidamento dei beni al trustee potrebbe sempre qualificarsi come gratuito. In realtà se è pur vero che rispetto all'affidamento dei beni al trustee costui non presta alcun corrispettivo non è meno vero che la causa del trasferimento va rinvenuta nell'atto istitutivo e che quindi il trasferimento dei beni al trustee è neutro al fine di stabilire la gratuità o onerosità del trust.

Da ciò consegue che l'atto pregiudizievole rispetto al quale il creditore potrà agire ex art. 2929 bis sarà l'atto di trasferimento o il mero atto di apposizione del vincolo nel caso di trust autodichiarato ma che non si potrà prescindere dall'atto istitutivo per qualificare concretamente l'atto traslativo medesimo in termini di gratuità o onerosità.

6. Il problema dell'avente causa dal beneficiario.

E' questione che affaticherà non poco gli interpreti quella relativa al trattamento da riservare al caso in cui, stipulata la donazione da A a B, quest'ultimo venda il medesimo bene al terzo di buona fede C e non sia ancora trascorso l'anno dalla trascrizione della donazione da A a B: può il creditore di A pignorare il bene venduto a C, in applicazione dell'art. 2929 bis?

Alcuni commentatori hanno ritenuto che l'avente causa a titolo oneroso che sia in buona fede debba

essere protetto e che effettivamente lo sia⁵³.

La protezione del terzo di buona fede acquirente a titolo oneroso discenderebbe:

- dal fatto che la norma si riferisce a un'azione esecutiva contro il "terzo proprietario", collegata al fatto che il pregiudizio deriva da un atto di alienazione a titolo gratuito, per cui la presenza, nella catena dei trasferimenti, di un atto a titolo oneroso, disattiverrebbe il rimedio offerto dalla norma;
- dal principio ricavabile dall'art. 2901, u.c., che in materia di revocatoria ordinaria tutela sempre il terzo di buona fede sub-acquirente a titolo oneroso, che sarebbe principio di carattere generale;
- dalla necessaria parità di trattamento che il legislatore dovrebbe rispettare tra terzi sub-acquirenti, indipendentemente dal fatto che il creditore agisca con la revocatoria ordinaria con l'azione ex art. 2929 bis.

In altri termini il caso viene risolto a favore del terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso facendo applicazione dell'art. 2652, n. 5, norma che disciplina gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale con cui si chiede la revoca di atti soggetti a trascrizione. Questa norma si ritiene applicabile anche all'azione ex art. 2929 bis, pur non essendo da essa fatta salva.

Questa tesi si fonda su ciò: che il titolo del dante causa (il donatario) è inefficace ex lege. Come può giustificarsi allora la protezione di un terzo acquirente di buona fede a titolo oneroso a fronte di un titolo del dante causa ritenuto inefficace? La tesi dell'inefficacia ex lege, inoltre, oltre a essere smentita dalla lettera della norma, che consente al creditore l'esecuzione "ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia", dipenderebbe dall'esistenza di un creditore del dante causa anteriore alla trascrizione dell'atto, circostanza che al momento della stipula potrebbe essere del tutto ignota. Con ciò non si vuole dire che il terzo avente causa sia privo di protezione ma che le ragioni di essa debbano essere individuate su altre basi e non argomentando dal fatto che il titolo del dante causa è inefficace.

La mancanza del richiamo all'art. 2652 n. 5 o, comunque, di una norma che disciplini il conflitto tra

⁵³ Cfr. G. Rizzi [nt. 38].

creditore pignorante e terzi aventi causa, potrebbe invece rendere persino privo di protezione il terzo. "Terzo proprietario", quindi, potrebbe essere non solo il beneficiario "diretto" dell'atto gratuito bensì anche chiunque altro abbia da lui acquistato, che entro l'anno potrebbe subire anch'egli il pignoramento. D'altronde, se il conflitto dovesse essere risolto sulla base del principio di priorità delle trascrizioni, per cui il terzo sub-acquirente è protetto purché trascriva l'acquisto prima della trascrizione del pignoramento, non si vede perché tale conclusione debba valere solo per gli atti onerosi. La norma, nel conflitto tra creditore del donante e terzo acquirente dal donatario, sembrerebbe in sostanza privilegiare sempre il primo. Quindi fatta la donazione sembrerebbe del tutto inutile alienare a titolo oneroso a un terzo per impedire l'azione del creditore. L'effetto introdotto dall'art. 2929 bis riguardo ai terzi aventi causa dal donatario verrebbe quindi a somigliare moltissimo a quello previsto dall'art. 563, che consente al legittimario leso da una donazione di esercitare l'azione di restituzione nei confronti degli aventi causa dal donatario⁵⁴.

D'altro canto la norma prevede che il creditore deve trascrivere il pignoramento entro un anno dalla data un cui l'atto è stato trascritto, senza nulla dire in merito alla salvezza degli atti trascritti o iscritti nel frattempo, il che sembrerebbe determinare un'espressa deroga ai principi in materia di trascrizione⁵⁵.

Ci si potrebbe chiedere, allora, se il donatario possa essere qualificato come una sorta di titolare nell'interesse altrui. Per giungere a questo risultato si dovrebbe tuttavia ritenere che la proprietà del donatario è ex lege (cioè ex art. 2929 bis) separata dal resto del suo patrimonio in quanto funzionalizzata a garantire i creditori anteriori del donante fino alla scadenza dell'anno successivo alla trascrizione dell'atto, per cui fino alla scadenza dell'anno dalla trascrizione il bene circolerebbe vincolato agli interessi

54 A. TESTA [nt. 26] sostiene che il secondo comma dell'art. 2929 bis consente, a un qualsiasi creditore, di insinuarsi in una pregressa procedura esecutiva, aperta da altri, alla quale, in prima battuta, il bene oggetto di alienazione gratuita era estraneo, potendo immediatamente coinvolgere il bene alienato nell'espropriazione forzata, alla sola condizione di agire entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole. Il corollario di quanto da ultimo riferito, continua l'autore, conduce a considerare senza rilevanza l'effettuato accertamento notarile, preventivo rispetto all'atto dispositivo, circa l'estraneità del bene donato, o di cui si è disposto a titolo gratuito, da qualsiasi pignoramento, anche qualora il disponente risultasse assoggettato ad una procedura esecutiva non concorsuale alla quale l'oggetto dell'atto di disposizione fosse rimasto estraneo. Trattasi di considerazione del tutto ovvia: se Tizio possiede il bene X e questo è pignorato e dona il bene Y è appunto ovvio che i suoi creditori possano pignorarlo, compresi quelli che hanno già pignorato il bene X e che eventuali altri creditori muniti di titolo esecutivo possano intervenire in entrambe le esecuzioni.

55 Nel senso che l'espropriazione possa avvenire anche nei confronti dell'avente causa dal donatario - se non ho inteso male - anche A. TESTA [nt. 26]. In senso analogo G. OBERTO [nt. 8], 24-25 del dattiloscritto.

dei creditori anteriori del donante. I creditori del donatario quindi non potrebbero aggredirla se non dopo trascorso tale termine, ciò che invece la norma non prevede. Al contrario la norma sembrerebbe consentire, come appena osservato, che il bene sia aggredibile dal creditore del donante - sempre entro il termine di un anno - anche se il donatario lo ha alienato a un terzo e che persino i creditori del terzo - a questo punto - possano partecipare all'espropriazione.

Ragionare in questi termini, ritenendo quindi privo di protezione il terzo avente causa dal donatario (o dal trustee o dal gestore nel caso di atto di destinazione ex art. 2645 ter traslativo) significa però leggere l'art. 2929 bis in modo strettamente letterale, esaltandone a dismisura le ragioni di politica legislativa che ne stanno alla base. E ciò avrebbe effetti dirompenti rispetto al sistema, che è invece orientato all'individuazione di un equilibrio tra le ragioni del credito e le ragioni della proprietà, come dimostrato dalle varie norme del codice che tutelano l'avente causa a titolo oneroso che sia in buona fede, cioè il suo affidamento⁵⁶.

Lo ribadiamo. Il creditore non può essere un soggetto iper-privilegiato rispetto agli altri consociati, tanto da dover vedere premiata la propria inerzia (almeno fino al termine dell'anno dalla trascrizione) anche nel caso in cui non adoperi lo strumento offertogli dall'art. 2929 bis a tutela del proprio credito in presenza di un atto dispositivo a titolo gratuito. Si può ammettere che in presenza di un ulteriore atto dispositivo a titolo gratuito il terzo avente causa, che non ha sopportato alcun sacrificio, debba cedere rispetto al creditore, ma appare sproporzionato e irragionevole, oltre che lesivo del diritto di proprietà, ammettere che debba cedere rispetto al creditore anche il terzo avente causa a titolo oneroso che sia in buona fede. La giustificazione normativa della prevalenza del terzo avente causa a titolo oneroso che abbia acquistato in buona fede va rinvenuta, peranto, nel sistema (l'argomentazione fondata sulla ritenuta inefficacia dell'atto del dante causa si rivela, quindi, fallace), tutto orientato alla tutela della buona fede del terzo avente causa a titolo oneroso⁵⁷. L'art. 2929 bis va quindi interpretato sistematicamente. Se è pur vero che esso nulla dice in tema di risoluzione dei conflitti, non è meno vero che così rilevanti eccezioni sarebbero dovute essere espressamente previste (salvo vagliarne la "tenuta" alla luce dei principi costituzionali).

⁵⁶ Cfr. A. DI SAPIO, *L'art. 2929 bis dalla prospettiva della tutela dell'affidamento dei terzi*, inedita relazione al Convegno di studi "L'art. 2929 bis c.c. e il novellato art. 64 l. fall.", svoltosi a Cuneo il 27 novembre 2015 e curato dal locale Consiglio Notarile. Ringrazio l'amico Angelo per avermi messo a disposizione il testo della sua relazione.

⁵⁷ Cfr., per i riferimenti normativi, A. DI SAPIO [nt. 55].

7. La difesa avverso il pignoramento ex art. 2929 bis

L'art. 2929 bis prevede che

Il debitore, il terzo assoggettato a espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro III del codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore.

Si osserva subito che la norma non limita il potere di opposizione al solo debitore ma lo estende, per ovvie ragioni, anche al terzo assoggettato a espropriazione e a ogni altro interessato. Una pluralità di soggetti potrà quindi promuovere il giudizio di opposizione, compresi quindi, come potrà accadere nel caso in cui l'atto compiuto sia un trust o un atto di destinazione ex art. 2645 ter il trustee, l'eventuale gestore (qualora la destinazione sia traslativa) e i beneficiari.

Quanto alla insussistenza dei presupposti, si potrà anzitutto opporre la mancanza del titolo esecutivo in capo al creditore ovvero il fatto che l'atto compiuto non rientra tra quelli previsti dalla norma.

Per quanto riguarda la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore, nella relazione di accompagnamento al ddl si legge che la "mancanza del pregiudizio" consiste, per il debitore, nel provare che il suo residuo patrimonio è sufficientemente capiente e che sarebbero applicabili le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in tema di azione revocatoria.

In particolare la giurisprudenza in tema di revocatoria ritiene anzitutto non necessaria "la totale compromissione della consistenza del patrimonio del debitore", reputandosi sufficiente "soltanto

il compimento di un atto che renda più incerta o difficile la soddisfazione del credito⁵⁸. In secondo luogo la verifica della sussistenza del pregiudizio va fatta al momento in cui viene compiuto l'atto di disposizione e in cui può apprezzarsi se il patrimonio residuo del debitore sia tale da soddisfare le ragioni del creditore, restando, invece, assolutamente irrilevanti, al fine anzidetto, le successive vicende patrimoniali del debitore, non collegate direttamente all'atto di disposizione⁵⁹.

Per quanto riguarda la consapevolezza, la giurisprudenza in tema di revocatoria, con riguardo agli atti compiuti successivamente al sorgere del credito, afferma la sufficienza del c.d. dolo generico di danneggiare il creditore⁶⁰. La giurisprudenza è inoltre costante nel ritenere che la prova della conoscenza del pregiudizio possa essere fornita anche per presunzioni⁶¹.

Alcune osservazioni.

Intanto va ricordato che l'azione ex art. 2929 bis non pare essere una revocatoria in senso proprio, ma un'azione nuova, per cui la trasposizione *sic et simpliciter* dei principi giurisprudenziali elaborati con

58 Cfr. Cass. 3 febbraio 2015, in Rep. Foro it., 2015, voce Revocatoria (azione), n. 2; Cass. 29 aprile 2009, n. 10052, in Rep. Foro it., 2009, voce 2009, Revocatoria (azione), n. 16, con riferimento al fondo patrimoniale: "Il negozio costitutivo del fondo patrimoniale, anche quando proviene da entrambi i coniugi, è atto a titolo gratuito, che può essere dichiarato l'inefficace nei confronti dei creditori a mezzo di azione revocatoria ordinaria; ne consegue che, avendo l'actio pauliana la funzione di ricostituire la garanzia generica fornita dal patrimonio del debitore, a determinare l'eventus damni è sufficiente anche la mera variazione qualitativa del patrimonio del debitore integrata con la costituzione in fondo patrimoniale di bene immobile (o di più beni immobili come nella specie) di proprietà dei coniugi (o di uno dei coniugi come nella specie), in tal caso determinandosi, in presenza di già prestata fideiussione in favore di terzi, il pericolo di danno costituito dalla eventuale infruttuosità di una futura azione esecutiva, della cui insussistenza incombe al convenuto, che nell'azione esecutiva l'eccepisca, fornire la prova; sotto il profilo dell'elemento soggettivo, trattandosi di ipotesi di costituzione in fondo patrimoniale successiva all'assunzione del debito (nel caso, l'obbligazione fideiussoria), è sufficiente la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio agli interessi del creditore (scientia damni), la cui prova può essere fornita anche tramite presunzioni, senza che assumano, viceversa, rilevanza l'intenzione del debitore medesimo di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (consilium fraudis), né la relativa conoscenza o partecipazione da parte del terzo".

59 Cass. 14 novembre 2011, n. 23743, Foro it., Rep. 2012, voce Revocatoria (azione), n. 10.

60 Cass. 30 dicembre 2014, n. 27546, Foro it., Rep. 2014, voce Revocatoria (azione), n. 13: "In tema di azione revocatoria ordinaria, quando l'atto di disposizione sia successivo al sorgere del credito, unica condizione per il suo esercizio è la conoscenza che il debitore abbia del pregiudizio delle ragioni creditorie, nonché, per gli atti a titolo oneroso, l'esistenza di analoga consapevolezza in capo al terzo, la cui posizione, sotto il profilo soggettivo, va accomunata a quella del debitore; la relativa prova può essere fornita tramite presunzioni, il cui apprezzamento è devoluto al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità ove congruamente motivato".

61 Cass., 11.2.2005, n. 2758, in Mass. Giur. It., 2005; Cass. 17.8.2011, n. 17327, in CED Cassazione, 2011.

riguardo alla revocatoria ordinaria andrà probabilmente verificata. D'altro canto, tutta la giurisprudenza in tema di revocatoria riguarda situazioni in cui l'onere della prova spettava al creditore, mentre qui si ha un rovesciamento di posizioni, essendo l'onere della prova ribaltato sul debitore, che deve peraltro fornire la prova di fatti negativi. Potrebbe emergere la necessità del riscontro in capo al debitore di profili soggettivi prima ritenuti irrilevanti, potrebbe emergere la necessità di un'indagine più accurata, che ponga sul piatto della bilancia i diversi interessi coinvolti e consideri se debbano necessariamente prevalere quelli dei creditori.

Rispetto a questa norma, si osserva ancora, ci si dovrebbe porre un problema di bilanciamento di interessi (concetto ben diverso da "contemperamento" di interessi). Il legislatore ha espressamente preso posizione a favore degli interessi dei creditori rispetto a qualunque altro interesse meritevole di tutela. Esistono però interessi che, rispetto a quelli dei creditori, hanno copertura "costituzionale" (es. interessi della famiglia in senso lato, interessi che potremmo definire "della solidarietà", interesse al mantenimento della proprietà dell'abitazione, quantomeno di quella principale e simili). L'art. 2740 non è più (e forse non lo è mai stata) norma di ordine pubblico, sebbene nella relazione al codice si trovi scritto che la responsabilità patrimoniale generale del debitore era stata prevista nell'interesse del credito e dell'economia.

Pensiamo alle situazioni di handicap, ai principi di solidarietà e al principio di sussidiarietà. A fronte della presunzione del legislatore per cui tutti i debitori sono sempre e comunque frodatori dei creditori, stanno situazioni in cui l'alienazione gratuita o l'apposizione del vincolo, dal punto di vista funzionale, sono mezzi di "accompagnamento", per così dire, di una delle misure di protezione previste dall'ordinamento.

La donazione di un'abitazione a un disabile, un atto di destinazione a vantaggio di un disabile, testualmente prevista dall'art. 2645 ter, un trust a vantaggio di un disabile: tutte operazioni che servono a far fronte ai bisogni del beneficiario, i cui costi di tutela non vengono posti a carico della collettività ma restano in capo al privato.

Eppure tali atti, se posti in essere dopo il sorgere del credito, possono cadere sotto la mannaia dell'art. 2929 bis.

D'altro canto non pare che la norma possa consenta di impedire il prosieguo dell'espropriazione

dimostrando che uno specifico interesse alla cui realizzazione è diretto l'atto è prevalente rispetto all'interesse del creditore. Essa infatti, almeno sul piano letterale, consente esclusivamente di eccepire la mancanza dei presupposti di cui al primo comma ovvero di provare che il debitore non conosceva il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore (pregiudizio che sarà, perlopiù, *in re ipsa*).

Impedire di fare valere la preminenza dell'interesse di tali soggetti nonché dell'interesse familiare rispetto all'interesse dei creditori sembra effettivamente una grave limitazione del diritto di difesa, in violazione dell'art. 24 Cost.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma dovrebbe consentire pertanto all'opponente di prospettare motivi di opposizione ulteriori rispetto a quelli indicati dalla norma⁶².

8. Il ruolo del notaio.

La posizione del notaio può essere esaminata da due punti di vista: in quanto venga richiesto di stipulare un atto di alienazione a titolo gratuito o costitutivo di un vincolo di indisponibilità; oppure in quanto venga richiesto di stipulare, entro l'anno dalla trascrizione del primo atto, un ulteriore atto traslativo, oneroso o gratuito che sia.

Con riferimento alla prima situazione, sembra anzitutto non condivisibile l'affermazione per cui tali atti debbano considerarsi inefficaci ex lege per un anno dalla trascrizione e che quindi la loro stipula è di fatto impedita dall'art. 2929 bis. Tale inefficacia, come abbiamo visto, è espressamente esclusa dalla norma. D'altro canto, osservo, è anche vero che è estremamente difficile che esistano persone che non siano debitori di qualcuno. E data l'alta litigiosità propria del nostro paese non è escluso che la nuova norma, anziché diminuire il contenzioso, lo accresca.

Dal punto di vista del notaio riterrei molto opportuno che prima dell'atto le parti sottoscrivano il c.d. consenso informato circa la portata della norma e gli effetti che essa produce, con conseguente esonero da responsabilità. A mio parere, inoltre, pur in presenza di posizioni debitorie in atto il notaio non potrà rifiutarsi di ricevere tali atti, in quanto obbligato ex art. 27 l. not. Si tratta, in ogni caso, di atti non certo espressamente vietati dalla legge ex art. 28 l. not. Escluderei, ancora, che il notaio debba inserire

⁶² In tal senso anche G. OBERTO [nt. 8], 80 del dattiloscritto.

clausole in atto ovvero che debba indagare sui *motivi* dell'atto stesso. Tale indagine non è ammessa né è ammissibile, perché si tratterebbe, a tacer d'altro, di indagine sulle condizioni patrimoniali dell'autore dell'atto, cosa che non è concepita né concepibile per nessun atto⁶³.

Con riferimento alla seconda situazione la questione è abbastanza delicata e passa anzitutto dalla soluzione del problema relativo alla posizione dell'avente causa dal donatario che abbia acquistato entro l'anno. Se si ritiene che la norma deroghi ai principi in tema di trascrizione per il termine di un anno e che quindi non vi sia salvezza neanche dell'acquirente in buona fede a titolo oneroso, la posizione del notaio sarà identica. La visura ipotecaria dalla quale risulti che il bene donato non è soggetto a pignoramento sarà pertanto del tutto inutile. Pare quindi evidente che la norma non gioverà alla sicurezza e celerità dei traffici e renderà ancora più immobili di quanto non lo siano in natura i beni di provenienza donativa⁶⁴. Essi non potranno infatti essere oggetto di alcun atto dispositivo prima della scadenza del termine dell'anno dalla trascrizione.

9. Conclusioni. Quale futuro per la protezione patrimoniale?

Pare evidente che la norma risolva un conflitto di interessi e che il legislatore abbia espressamente preso posizione a favore degli interessi dei creditori rispetto ad altre categorie di interessi. Nel nostro ordinamento, in via generale, quando l'interesse della famiglia entra in conflitto con quello dei creditori, il primo tendenzialmente risulta prevalente, giacché la legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 ha «esaltato» la solidarietà familiare e la tutela patrimoniale dei membri della famiglia anche nei rapporti con i terzi. L'interesse di natura meramente patrimoniale dei creditori risulta cedevole di fronte alla necessità di garantire i diritti fondamentali della persona e, quindi, in particolare, quando si ponga l'esigenza di tutelare, anche sul piano economico, i componenti più deboli della comunità familiare, al fine di promuoverne il pieno e libero sviluppo. Soltanto considerando preminente la tutela dell'interesse familiare si spiega il riconoscimento della possibilità, per i coniugi e per i terzi, di costituire il fondo patrimoniale, cioè un patrimonio separato destinato «a far fronte ai bisogni della famiglia» (art. 167

⁶³ Cfr. anche le interessanti riflessioni di C. CACCAVALE, *Parere in tema di atti lesivi delle ragioni creditorie del fisco e responsabilità del notaio*, in *Riv. Not.*, 2015, 245 ss.

⁶⁴ Appare singolare che di fronte al tema degli immobili di provenienza donativa (i cui effetti negativi – peraltro – sono stati a mio avviso indebitamente sopravvalutati), che ha condotto a un fiorire di proposte di riforma nonché di studi tesi a individuare mezzi di tutela dell'avente causa da chi ha acquistato per donazione, il legislatore emani una norma che ne blocca ulteriormente la circolazione.

c.c.), non aggredibile per i debiti «contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia» (art. 170 c.c.), tra i quali rientrano, innanzitutto, quelli assunti nell'esercizio dell'impresa. Si tratta di una limitazione della garanzia patrimoniale in deroga al principio generale sancito dall'art. 2740 c.c., concessa al chiaro scopo di facilitare ai coniugi l'accesso al credito per la realizzazione delle esigenze familiari⁶⁵. Esistono invero interessi che hanno copertura costituzionale (famiglia, solidarietà, disabilità - v. infatti art. 2645 ter) e non si vede perché questi debbano necessariamente "cedere" rispetto agli interessi dei creditori. Il sistema ordinamentale direbbe il contrario⁶⁶.

Con questa norma viene invece scritto nero su bianco che gli interessi della famiglia sono di rango inferiore a quelli di un qualsiasi creditore.

Ennesima norma dettata da motivazioni contingenti, completamente disancorata dal sistema e dimentica dell'esistenza di interessi di rango costituzionale come quelli della famiglia rispetto ai quali quelli del credito andrebbero posti a confronto in base alla logica del caso per caso.

Tempi duri per la protezione patrimoniale?

Probabilmente sì, perché, non va dimenticato, l'Italia è il paese dei furbetti e quello introdotto dal 2929 bis è un sistema che cerca di togliere la terra sotto i piedi di costoro. Basta scorrere i repertori di giurisprudenza - si è già sopra rilevato - per avvedersi di quanti fondi patrimoniali, trust, atti di destinazione sono stati stipulati esclusivamente per tentare di sottrarre i beni alle aggressioni dei

⁶⁵ A. MORACE PINELLI, *Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1365 ss.

⁶⁶ Che il legislatore consideri rilevanti gli interessi familiari si deduce dalla norma che vieta all'agente della riscossione l'espropriazione dell'unico immobile di proprietà del debitore, con esclusione delle abitazioni di lusso aventi le caratteristiche individuate dal decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 agosto 1969, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 218 del 27 agosto 1969, e comunque dei fabbricati classificati nelle categorie catastali A/8 e A/9, è adibito ad uso abitativo e lo stesso vi risiede anagraficamente (art. 76 del DPR 29 settembre 1973, n. 602). La disparità di trattamento è evidente: lo Stato non può espropriare tali immobili mentre lo può fare il privato (= la banca). Occorre chiedersi però se il divieto per Equitalia di pignorare l'abitazione principale, nel caso del 2929 bis vale (meglio: continua a valere) riguardo al donante o occorra tenere conto della posizione del al donatario. L'art. 76 del dpr 602/73 vieta infatti di pignorare l'unica casa di proprietà del debitore in cui vi risiede, ma dopo la donazione essa non è (più) di proprietà del debitore ma di un terzo. E se il terzo donatario non risiedesse in questa casa (già residenza del donante) non troverebbe più applicazione l'art. 76? La ratio della norma è, in sostanza, tutelare il debitore che possiede un'unica casa e in tale casa vi abita. Se costui la aliena gratuitamente la ratio sembrerebbe in effetti venir meno, con conseguente inapplicabilità del divieto previsto dalla norma.

creditori, a partire dal più importante di essi, cioè lo Stato.

La norma ovviamente colpisce indirettamente anche i professionisti. Taluno ha scritto che tutto questo è giusto, perché troppe volte i professionisti, compresi i notai, sono stati "cattivi" professionisti⁶⁷. Occorrerebbe allora interrogarsi sul tema dell'inadempimento efficiente ovvero sul diritto di sottrarsi all'adempimento, ma il discorso ci porterebbe troppo lontano⁶⁸.

Quello che può osservarsi è che ogni intervento normativo deve essere equilibrato e ragionevole, e la tutela solo ex post del debitore, unita alla forzatura dell'esecuzione diretta sui beni di un terzo e alla mancata considerazione dei potenziali interessi che possono avere giustificato l'atto, non appare del tutto ragionevole e, quindi, equilibrata.

Non v'è dubbio che siamo in presenza di un cambiamento epocale, in cui il ragionamento giuridico cede il passo a valutazioni fondate su criteri di tipo macroeconomico, che qui vengono giuridificati, a logiche in cui i diritti dei singoli scolorano e perdono rilevanza, in cui, in definitiva prevalgono criteri di tipo 'aggregato'. Conta, in altri termini, che lo Stato e il ceto bancario accelerino il recupero del credito per migliorare i propri conti. La solidarietà sociale, la protezione delle fasce economicamente più deboli, passano in secondo piano⁶⁹.

L'impressione, insomma, è che la giustificazione della norma sia legata a "interessi finanziari" e che manchi del tutto il bilanciamento/contrappeso valoriale. Per dirla tutta, una norma fondata sugli interessi invece che (anche) sulle regole e i diritti. E basta leggere le ultime sentenze della Corte Costituzionale, ma anche della CGUE, per avvedersi come vi sia un proliferare di argomentazioni fondate, appunto, su interessi finanziari, con il rischio di adottare decisioni dipendenti dall'interesse prevalente del momento, attualmente quello di uscire dalla crisi economica e di salvare le banche.

Un non roseo futuro, quindi, per la protezione patrimoniale, per la tutela dei diritti fondamentali, per la

67 A. TONELLI, *La vergogna della classe professionale*, in www.filodiritto.it.

68 L'inadempimento deve essere consentito e ognuno deve potere avere il diritto di resistere. La giustizia deve essere celere e la legge non può sopperire alle deficienze di un sistema inefficiente (devo queste acute osservazioni all'amico Antonio Di Lizia).

69 Il legislatore non ha considerato che spesso la destinazione di beni immobili a vantaggio di un soggetto debole può tradursi in un risparmio economico, perché così operando i suoi bisogni vengono a gravare sul privato e non sulla collettività (devo questa acuta osservazione all'amico Angelo Di Sapia).

tutela dei soggetti deboli.

Un segno dei tempi, forse.