

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 357-2012/C

Atti di destinazione - Guida alla redazione

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2012

Approvato dal Consiglio Nazionale il 13 settembre 2012

SOMMARIO:

PRESENTAZIONE (G. De Rosa)

I – 50 QUESITI IN ORDINE ALLA DESTINAZIONE (M. Bianca, F. Macario, G. De Rosa, A. Valeriani, G. Marcoz)

II – “MINUTA” DI ATTO DI DESTINAZIONE (A. Valeriani)

III – BIBLIOGRAFIA RAGIONATA

IV – RIFLESSIONI SU SINGOLI TEMI:

- G. Amadio "Note Introduttive – L'interesse meritevole di tutela"
- F. Macario "Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori"
- C. Scognamiglio "Negozii di destinazione ed altruità dell'interesse"
- F. Alcaro "Gli effetti strumentali della destinazione: l'(eventuale) effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio"
- A. Fusaro "Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?"
- M. Krogh e A. Valeriani "Le vicende estintive e modificative dei vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c."

V – ULTERIORE CONTRIBUTO:

- M. Bianca "Atto negoziale di destinazione e separazione"

**Presentazione dello studio avente ad oggetto
l'atto di destinazione ex art. 2645 ter Cod. Civ.
di Guido De Rosa**

Poco più di sei anni fa, l'art. 39 novies della Legge 23 febbraio 2006 n. 51, introducendo nel codice civile l'art. 2645 ter, ha sancito l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione, derivante dalla trascrizione di atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un arco temporale definito, *alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 Cod.Civ. secondo comma.*

I notai italiani hanno seguito con interesse il dibattito dottrinale, le decisioni della giurisprudenza di merito, le circolari dell'Agenzia delle Entrate e del Territorio, le riflessioni sui rapporti tra destinazione e trust, ricavandone una valutazione nel complesso positiva, ma condizionata da alcuni interrogativi sui "punti critici" per lo più derivanti da una normazione giudicata "incompleta".

Prima d'ora la Commissione civilistica del Consiglio Nazionale non si era pronunciata, anche se la Fondazione per il Notariato ha dedicato alla destinazione più di una iniziativa, e, con ogni probabilità tornerà ad occuparsene ben presto, anche in seguito alla diffusione di questo studio. La convinzione che è emersa nella Commissione più di ogni altra è che il Notariato fino ad oggi non abbia fatto ricorso alla destinazione (o ne abbia fatto ricorso in ipotesi assai limitate) più che altro per la mancanza di indicazioni attendibili e analitiche sui possibili ambiti di applicazione e sulle tecniche redazionali alle quali fare riferimento. Non pochi quesiti sono giunti all'Ufficio Studi sull'argomento.

Nella prima parte dello studio, la Commissione ha voluto fornire risposte ai quesiti più ricorrenti, analizzando (in modo sintetico, utilizzando una terminologia finalizzata alla comunicazione informativa):

- il significato del termine "destinazione";
- il rapporto tra la liceità e la meritevolezza dell'interesse perseguito;
- le ricadute sul piano della validità e dell'opponibilità ai terzi;
- gli aspetti redazionali;
- l'attuazione dell'interesse perseguito.

La sinteticità delle risposte risponde, come s'è detto, ad un'esigenza di chiarezza e di facilitazione nella lettura, che trova un bilanciamento negli approfondimenti più analitici (saggi), contenuti nella seconda parte dello studio, ai quali si può fare riferimento per una ricostruzione più selettiva e argomentata di alcuni tra i temi di

maggior rilievo. Ad essi accennerò, indicando autori ed argomenti, segnalando alcuni passaggi, rinviandovi alla lettura integrale.

Il Prof. Alcaro, dell'Università di Firenze, si è occupato degli effetti strumentali dell'atto di destinazione, sostenendo la non necessità di un trasferimento della proprietà, e occupandosi del "momento attuativo", affermando che l'effetto della destinazione è *indice essenzialmente del collegamento fra patrimonio e attività*.

Il prof. Amadio, dell'Università di Padova, si è occupato di un delicato argomento, sul quale, in Commissione si sono avute contrapposizioni e discussioni animate: il rapporto tra liceità e meritevolezza, e le ricadute sull'attività notarile. Le sue conclusioni sono riportate in seguito.

Il Prof. Scognamiglio, dell'Università di Roma – Tor Vergata, ha trattato del peculiare rapporto esistente tra la destinazione e il principio generale di cui all'art. 2740 c.c. (*"il significato sistematico dell'introduzione dell'art. 2645 ter si coglie soprattutto ove si consideri ...che, laddove tutte le tecniche di segregazione patrimoniale fin qui note all'ordinamento erano agganciate a schemi di interessi rigorosamente tipizzati, risulta ora rimessa all'autodeterminazione del disponente l'individuazione degli interessi da perseguire per mezzo di quelle tecniche"*) e della necessaria altruità dell'interesse (decisiva *"la scelta normativa nel senso di attribuire la legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo, oltre che al destinante, anche a qualunque interessato"*).

Il Prof. Macario, dell'Università di Roma 3, approfondisce da diversa angolazione ed in modo rigoroso il rapporto tra destinazione e 2740 c.c. soffermandosi sui rimedi giudiziari esperibili a tutela del creditore del disponente (*"In sintesi, se la vicenda della destinazione patrimoniale, così come più in generale degli affidamenti fiduciari, è osservata dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, appare plausibile ritenere che le azioni invalidanti dell'atto non costituiscano lo strumento corretto da utilizzare per la tutela del creditore, mentre per altro verso si rivela l'irrazionalità della tutela invalidante dell'atto, così come si rivela irrazionale ritenere, in termini generali, vietate e dunque nulle le limitazioni della responsabilità concordate pattiziamente, in quanto pregiudizialmente ritenute illecite o contrarie all'ordine pubblico (non potendosi produrre l'efficacia reale, che le parti vorrebbero, in pregiudizio dei creditori) ⁽¹⁾, essendo invece più che sufficiente, ma soprattutto coerente con il sistema, limitarne gli effetti sul piano meramente obbligatorio ⁽²⁾"*).

Il collega Prof. Fusaro (Università di Genova) si è occupato del rapporto tra destinazione e fondo patrimoniale, trattando, tra l'altro, il delicato tema della sovrapposibilità delle due figure (*"Invero la dottrina si trova divisa di fronte al quesito relativo alla sovrapposibilità del nuovo strumento al vecchio, assegnando all'atto di destinazione finalità tali da ricalcare quelle del fondo patrimoniale. A supporto della tesi più liberale si sottolineano le opportunità dischiuse da tale impiego, in ragione della maggiore flessibilità e rarefazione di regole imperative; in senso contrario, si*

dubita circa l'aggirabilità dei limiti legali, sia impiegando questo strumento laddove la legge non ne prevede alcuno(per i conviventi), sia ottenendo per suo tramite una protezione patrimoniale superiore rispetto a quella garantita dagli istituti tipici(per i coniugi), osservandosi che "il negozio di destinazione non può essere strumento per eludere la disciplina legale né può trovare spazio nell'ambito di applicazione della figura tipica").

I colleghi Krogh e Valeriani hanno analizzato le vicende modificative ed estintive del vincolo (presentando così l'ambito della loro indagine: *"Da quest'angolo prospettico, è utile un'indagine diretta a verificare se i requisiti richiesti dall'art. 2645 ter per la nascita del vincolo di destinazione debbano essere attuali per tutta la durata del vincolo stesso, se sia possibile (e da chi) modificare il contenuto e la durata del vincolo, se sia possibile (e da chi) far cessare il vincolo stesso e con quali effetti nei riguardi del costituente il vincolo (che il legislatore definisce "conferente"), del beneficiario e degli altri terzi interessati. Occorrerà inoltre verificare quando e in che misura eventi esterni possano influire sull'efficacia del vincolo".*)

La prof.ssa M. Bianca (Università di Roma "La Sapienza") ha messo a disposizione un suo saggio, già pubblicato sulla Rivista di diritto civile, che è sembrato utile accludere nella conclusione dello studio.

I riferimenti bibliografici sono stati ripresi in una "bibliografia ragionata", opera della Prof.ssa Bianca (Università di Roma, La Sapienza) con la collaborazione del prof. Macario, nella quale i vari argomenti sono stati nuovamente messi in rilievo con l'indicazione dei testi e degli autori che li hanno sviluppati.

E' sembrato utile, infine, proporre un riferimento esemplificativo, una minuta (estensore notaio Valeriani) nella convinzione che i notai sapranno farne buon uso, e comprenderanno che ogni fattispecie ha le sue peculiarità e che nessun "modello preconfezionato" riuscirà a sostituirsi alle valutazioni, alle scelte, ai suggerimenti che contraddistinguono la funzione di adeguamento.

Proprio la complessità di un adeguamento riferito ad una *pluralità di fattispecie* non omogenee, con indicazioni sul momento attuativo *tutte da regolare* nell'atto pubblico in assenza di riferimenti normativi dettagliati, ci ha convinto a proporre una minuta e a riflettere collegialmente in commissione su alcuni aspetti redazionali, avvalendoci del contributo di autorevoli docenti universitari.

Tutto ciò ha richiesto molto tempo, una serie di incontri nell'arco di due anni, nei quali sono inevitabilmente emerse sensibilità diverse e punti di vista non coincidenti.

E' prevalsa, comunque, la volontà comune di dare risposte, spesso non facili, ma necessarie, specialmente in anni come questi in cui la *crisi economica* esalta la volontà di *protezione del patrimonio*.

Volontà *comprensibile*, ma non sufficiente ad incidere nei rapporti con i terzi, se non è collegata ad un interesse lecito, meritevole di tutela, che giustifichi - nei rapporti esterni - l'effetto segregativo.

Il punto di incontro nel quale la Commissione si è riconosciuta nel rapporto tra liceità e meritevolezza è stato efficacemente illustrato nel saggio del Prof. AMADIO le cui conclusioni sono qui di seguito riportate:

“Nell’avviare l’analisi, si è enunciata la convinzione che la meritevolezza ex art. 2645 ter non coincida con quella di cui all’art. 1322, cpv. E che, per tanto, la selezione degli interessi rilevanti ai fini dell’applicazione della prima norma, sconti il confronto con un criterio più restrittivo di quello della mera liceità, sufficiente all’operare della seconda.

Ciò potrebbe indurre l’interprete, e ancor più il notaio chiamato ad applicare lo strumento, a pensare che in tal modo esso veda limitata la propria sfera di applicazione, al tempo stesso imponendo un controllo di meritevolezza assai difficile da compiere preventivamente. E che viceversa, abbassando la soglia al livello della “non illiceità”, lo spazio così riconquistato dall’autonomia negoziale riconduca il ruolo del notaio entro confini più noti e rassicuranti. Non potendosi negare che la valutazione di non contrarietà alle norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume, si fonda su parametri ben più sicuri e facilmente accertabili.

In realtà, quale che sia la tesi che si ritenga di assumere in ordine al criterio selettivo degli interessi meritevoli, in prospettiva notarile il dubbio decisivo attiene alle conseguenze dell’immeritevolezza (cioè di un esito negativo del relativo giudizio), e al soggetto cui tale giudizio dev’essere affidato.

Anche qui la disparità di opinioni è tale, che riesce difficile persino individuare un orientamento prevalente.

Volendo esprimere una sensazione, potremmo dire che l’alternativa che si è venuta delineando in dottrina, tra nullità dell’atto e mancato prodursi dei suoi effetti forti (opponibilità ai terzi e separazione patrimoniale), può sciogliersi solo in base alla diversa accezione di meritevolezza, che si decida di accogliere:

- se la si identifica con la liceità, è pensabile (in suo difetto) un esito in termini di invalidità radicale dell’atto;

- se viceversa della meritevolezza si assume un significato pregnante sul piano assiologico [per cui anche un interesse lecito non può, per ciò stesso, ritenersi meritevole della tutela forte di cui alla norma in esame] l’esito negativo del giudizio inciderà non tanto sulla validità dell’atto, quanto sul prodursi degli effetti peculiari, in cui quella tutela si sostanzia.

Messe a confronto con la funzione notarile, le due prospettive conducono a esiti opposti, in ordine al ruolo, cui il notaio dovrebbe essere chiamato:

a) laddove il giudizio si traduca in una mera valutazione di liceità, esso potrà a ragione ritenersi ricompreso nel controllo di legalità dell’atto, cui il pubblico ufficiale è ordinariamente chiamato;

b) *se viceversa della meritevolezza debba giudicarsi in termini di peculiare qualificazione dell'interesse sul piano etico-assiologico, resterà esclusa la possibilità di fondare tale giudizio*

- o su un divieto espresso di ricevere l'atto che intenda realizzarlo,

- o sulla sua manifesta contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, cioè sui normali indici di liceità dell'interesse medesimo.

In altri termini: se la meritevolezza si colloca (come in questa sede si sta ipotizzando) su un piano diverso e ulteriore rispetto alla mera liceità, quegli indici diventano inutilizzabili al fine di valutarla: ma per ciò stesso vengono meno gli unici parametri idonei (secondo l'opinione del tutto consolidata) a fondare una responsabilità del notaio, e a consentirgli, per converso, di rifiutare il proprio ministero.

Aver costruito quello sulla meritevolezza come giudizio più pregnante rispetto al controllo di liceità, consente, in definitiva, di escludere tanto la competenza del pubblico ufficiale a svolgerlo, quanto la possibilità di rifiutare il proprio ministero, in ragione di un suo esito negativo: la sussistenza di un interesse lecito, anche se "immeritevole" (nel senso che qui si è tentato di illustrare), sarà infatti sempre sufficiente a salvare la validità dell'atto, e la sua efficacia inter partes, anche se risulterà inidoneo a rendere la destinazione opponibile ai creditori (sub species di separazione patrimoniale) e ai terzi aventi causa.

E di questa inopponibilità il notaio (non come pubblico ufficiale, ma) in qualità di professionista, dovrà rendere edotto il disponente.

Esclusa dunque la competenza del notaio, e a maggior ragione quella dei conservatori (data la tassatività delle ipotesi di legittimo rifiuto di cui all'art. 2674, c.c.), un controllo pregnante di meritevolezza (come quello richiesto dalla tesi – qui suggerita - che non la identifica con la semplice liceità) va gioco forza affidato, come mostra di ritenere la prevalente opinione, al giudice.

Controllo necessariamente successivo, ma in ciò non diverso da analoghe valutazioni cui l'atto di autonomia privata è soggetto (si pensi, per tutti, all'esempio della frode alla legge)."

La Commissione ha unanimemente convenuto che si debba escludere l'applicazione dell'art. 28 della legge notarile (alla luce del dettato dell'art. 27 della medesima legge che impone la prestazione professionale al Notaio) in tutte le ipotesi in cui l'atto di destinazione sia sorretto da un interesse lecito ancorché riconosciuto non meritevole di tutela in un successivo vaglio giudiziario.

Lo studio indica con chiarezza le aree di sicura applicabilità dell'atto di destinazione e prende posizione rispetto alle figure affini, in particolare rispetto al fondo patrimoniale (affermando l'applicabilità dell'art. 2645 ter Cod.Civ. per il perseguimento di interessi non coincidenti con "i bisogni della famiglia", ma ad essi affini, quali quelli generati dalla convivenza, dal sostegno ai singoli componenti della famiglia, anche allargata, o agli interessi scaturenti dalla crisi del rapporto coniugale).

Lo affidiamo alla vostra lettura, consapevoli dei limiti, nella convinzione di aver dato un'indicazione di apertura, se si vuole di coraggio, utile non tanto al notariato, quanto al genuino e veritiero perseguimento di interessi che l'ordinamento sicuramente protegge.

50 QUESITI IN ORDINE ALLA DESTINAZIONE:

ASPETTI GENERALI

(a cura di M. Bianca, F. Macario, G. De Rosa, A. Valeriani, G. Marcoz)

1. L'atto di destinazione e l'art. 2645-ter nel sistema del diritto privato: la nuova disposizione introduce una nuova fattispecie o disciplina un determinato profilo di una figura giuridica più ampia di "atti di destinazione" già presente nel sistema positivo?

Si può ritenere che l'ordinamento giuridico presentasse già prima dell'introduzione dell'art. 2645ter varie ipotesi di destinazione di uno o più beni ad una determinata funzione (ad esempio, nella disciplina delle pertinenze, delle servitù, del fondo patrimoniale, della azienda, delle universalità e più di recente dei patrimoni destinati, e così via); in tali fattispecie, il bene oggetto della destinazione viene ad essere "funzionalizzato" rispetto a determinati obiettivi, in relazione eventualmente ad altri beni, mediante una vicenda giuridica che possiamo definire destinataria di tipo funzionale. In tali ipotesi tipizzate dal legislatore non si produceva tuttavia l'effetto segregativo in termini generali e soprattutto omogenei, nel senso della opponibilità della destinazione ai terzi e ai creditori, sicché solo da questo punto di vista si può senz'altro dire che la norma in esame sia innovativa nel sistema, proprio in quanto sembra conferire cittadinanza a una figura giuridica ampia e comunque di carattere generale di "atto di destinazione" .

2. La "destinazione" patrimoniale quale categoria generale può discendere soltanto da atti e/o negozi giuridici, o anche da "fatti"?

La destinazione quale categoria generale può trovare la sua fonte anche in meri fatti; è possibile richiamare in merito la fattispecie ben nota nella prassi notarile della servitù per destinazione del padre di famiglia, che si presenta come una vicenda giuridicamente rilevante, ma dai connotati puramente fattuali ("lasciare" o "porre") traendo origine dal frazionamento dell'originario fondo di proprietà di un unico soggetto. Sebbene la destinazione possa conseguire, in alcuni casi, ad una vicenda fattuale, appare evidente che la destinazione con effetto di segregazione patrimoniale oggetto di esame, richiedendo la pubblicità nei registri immobiliari, debba necessariamente trovare la sua fonte in un atto negoziale, con la veste dell'atto pubblico, come esige lo stesso legislatore nel testo della disposizione normativa.

3. Possono individuarsi effetti propri della destinazione patrimoniale nel sistema del diritto privato?

L'effetto proprio nella destinazione quale fattispecie generale è quello della soggezione "funzionale" del bene destinato allo scopo indicato dall'ordinamento e scelto dal soggetto destinante. Un ulteriore effetto proprio della destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645ter è rappresentato dalla autonomia del cespite (o dei cespiti) oggetto di destinazione rispetto al residuo patrimonio del soggetto destinante; un'autonomia cui consegue la necessità di valutare il rapporto tra atto di destinazione e tutela dei creditori del destinante stesso.

4. Quali sono le peculiarità, quanto alla sua natura giuridica, dell'atto di destinazione di cui al 2645-ter?

Si tratta sicuramente, come precisato, di un atto negoziale che nasce quindi in forza e per effetto dell'autonomia privata, avente natura patrimoniale, in quanto incide sulla titolarità di un bene immobile o di un bene iscritto in pubblici registri. L'atto presenta una struttura unilaterale, derivando la funzionalizzazione del bene allo scopo da un atto di volontà del titolare, che prescinde da qualunque consenso di altri soggetti. L'atto di destinazione può essere arricchito di un ulteriore contenuto negoziale, anche bilaterale, dunque di natura più propriamente contrattuale, quale un mandato di gestione e/o un trasferimento del diritto dal disponente all'eventuale attuatore della destinazione. Tale contenuto ulteriore non altera però l'originaria natura unilaterale dell'atto destinatorio, con conseguente applicazione del disposto dell'art. 1324 codice civile.

L'atto di destinazione può essere gratuito od oneroso, a seconda degli interessi che intende soddisfare e quindi può essere definito come negozio "a causa variabile"; il legislatore nell'introdurre la nuova disposizione ha inteso infatti esclusivamente specificare la legittimità del vincolo.

L'atto di destinazione presenta il carattere della irrevocabilità, fatta salva la presenza di una clausola espressa di revocabilità da parte del destinante, di cui si dirà oltre. L'effetto destinatorio è comunque rifiutabile da parte del beneficiario, così come l'atto può essere risolto per mutuo consenso, con salvezza dei diritti medio tempore acquistati da soggetti terzi.

5. Tipicità e atipicità: sono ammissibili atti di destinazione, con forma ed effetti di cui all'art. 2645-ter, non rientranti tra le ipotesi previste dalla detta disposizione?

La struttura dell'atto di destinazione oggetto di trascrizione e come tale soggetto alla disciplina dell'art. 2645 ter appare tipica, mentre atipici sono gli interessi perseguibili con la destinazione, essendo richiesta dal legislatore soltanto la loro meritevolezza.

II. LA VALIDITA' DELL'ATTO E LA VALUTAZIONE DI MERITEVOLEZZA

6. Cosa deve intendersi per meritevolezza, ai sensi dell'art. 2645-ter e quale è il rapporto con la liceità? Si tratta di valutazioni cumulative?

La posizione dottrinale prevalente ritiene la meritevolezza elemento ulteriore rispetto alla liceità; sono due valutazioni quindi che si pongono su distinti piani, il primo dei quali, avente ad oggetto la liceità, è prioritario e presupposto rispetto al secondo.

Non mancano peraltro opinioni dottrinarie che considerano sovrapponibili i due profili e che ritengono quindi le due valutazioni equivalenti alla luce del richiamo contenuto nell'art. 2645ter al disposto dell'art. 1322 codice civile.

7. La valutazione di liceità (della causa, dei motivi, dell'oggetto) in che rapporto si pone con quella di meritevolezza degli interessi?

Come già affermato nella risposta al precedente quesito, la valutazione in ordine alla liceità appare preliminare rispetto a quella relativa alla meritevolezza degli interessi.

8. Sono individuabili ambiti 'sicuri' di meritevolezza, ossia atti di destinazione che certamente rispondono a interessi meritevoli di tutela?

Sì e sono stati individuati, prima di tutto, negli ambiti di rilevanza costituzionale; altri indici si ritrovano nelle materie che presentano caratteri di contiguità con le ipotesi di destinazione tipizzate:

- tutela disabili;
- fondazionale;
- famiglia in crisi;
- convivenza more uxorio;
- tutela delle famiglie allargate (ricomposte).

Una valutazione a parte merita l'utilizzazione nell'attività di impresa o di garanzia, dalla quale emergono non poche incertezze e possibili criticità. La convinzione della Commissione è certamente di apertura con riguardo ad interventi di sostegno della impresa in crisi posti in essere da soggetti terzi con beni propri; l'attività di impresa appare costituzionalmente garantita; non è egoistica, ma ha riflessi di interesse generale. La legislazione di questi ultimi anni ha disciplinato varie deroghe ad una par condicio assoluta dei creditori dell'imprenditore (cartolizzazione, accordi di ristrutturazione) purché ci siano degli interessi da soddisfare o vi sia un fine di salvataggio della impresa in crisi; la presenza di tali fattispecie tipiche impone di operare con la massima prudenza quando la destinazione abbia ad oggetto beni dell'imprenditore a rischio di insolvenza.

9. La meritevolezza dipende da (e dunque presuppone necessariamente) l'altruità dell'interesse?

In generale, l'altruità appare necessaria; una parte della dottrina ipotizza anche la possibilità che disponente e beneficiario possano essere lo stesso soggetto, qualora

vi sia un gestore diverso, non essendo quindi possibile che vi sia un unico soggetto (destinante, beneficiario e gestore).

10. Ancora sulla tipicità/atipicità: quali sono i rapporti degli atti di destinazione di cui all'art. 2645-ter con gli istituti tipizzati dal legislatore?

E' possibile richiamare quanto precisato in merito alla presenza di indici di meritevolezza, tenendo conto che laddove la destinazione si sovrapponga a un istituto tipico vi sarebbe il rischio, in caso di conflitto, di una riqualificazione da parte del Giudice con conseguente applicazione delle norme imperative dettate per l'istituto tipico. In particolare, la sovrapposizione potrebbe coinvolgere i seguenti istituti:

(a) fondo patrimoniale: appare consigliabile l'utilizzo dell'atto di destinazione solo qualora vi sia un interesse selettivo rispetto alla fattispecie tipizzata del fondo patrimoniale, in relazione al quale una certa prudenza si impone. E' possibile sottolineare in particolare la differenza più significativa che sembra essere costituita dalla specificità dell'interesse che nel fondo è al contrario genericamente rappresentato dalla famiglia. Appare importante sottolineare come prudentemente il Notaio dovrà rispettare le norme imperative che emergono dalla disciplina del fondo patrimoniale quali in particolare il consenso di entrambi i coniugi per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, oltre all'intervento dell'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori.

(b) fedecommesso: l'utilizzo dell'atto di destinazione in materia fedecommissaria richiede una particolare prudenza alla luce del divieto generalizzato che emerge dal combinato degli artt. 692 ultimo comma e 795 c.c. in tema di donazione che sanciscono la nullità delle ipotesi di sostituzione al di fuori di quelle tipizzate.

(c): usufrutto: qualora la destinazione attribuisca poteri al beneficiario o al gestore tali da comprimere la posizione del disponente a tal punto da poterla assimilare alla nuda proprietà sarà quanto mai importante valutare il rapporto tra la durata della destinazione prevista espressamente dal 2645ter e quella al contrario più limitata dettata dalle norme in tema di usufrutto che appaiono peraltro imperative e non suscettibili di deroga da parte dell'autonomia privata.

(d) fondazioni: non sembra sorgano problemi di rapporto tra le due fattispecie in quanto la differenza tra le stesse appare evidente ed è rappresentata dalla mancanza di soggettività in capo alla destinazione; gli scopi perseguiti dalla fondazione appaiono del resto tendenzialmente meritevoli di tutela e pertanto suscettibili di essere perseguiti attraverso un atto di destinazione.

(e) patrimoni destinati nelle società: nel campo societario la criticità sembra essere rappresentata dalla necessità di iscrizione nel competente registro delle imprese il cui sistema pubblicitario appare però strutturato per ricevere solo atti tipici; in mancanza quindi di una riforma del sistema pubblicitario degli atti societari l'utilizzo della destinazione potrebbe apparire poco opportuno. La presenza di una opposizione dei creditori per la costituzione di patrimoni destinati inoltre sembra conseguire ad

una scelta di maggiore tutela compiuta dal legislatore che non può essere elusa attraverso la fattispecie più generale di cui all'art. 2645ter.

(f) L'ultimo istituto con il quale occorre confrontare la destinazione, certamente quello più vicino, è costituito dal trust, che oggi sembra essere esente da un giudizio di meritevolezza, che riscontra un ampio consenso e un utilizzo importante. Appare peraltro sostenibile, e l'invito ai notai in tal senso è forte, che i principi dell'art. 2645ter siano considerati quale limite di applicazione anche dell'istituto del trust, che non dovrebbe quindi eccedere i confini per la legittimità e l'efficacia degli atti di destinazione ex art. 2645ter.

11. Quali conseguenze produce la “immeritevolezza” dell'atto di destinazione lecito (per chi ritiene che le due valutazioni non coincidano)?

Appare sostenibile con un certo livello di sicurezza che la non meritevolezza produce solamente una mancanza di opponibilità nei confronti di terzi e creditori del disponente; è discutibile la qualificazione in termini di nullità della segregazione (punto che sembra ancora discusso); di conseguenza si può escludere l'applicazione dell'art. 28 della legge notarile (alla luce del dettato dell'art. 27 della medesima legge che impone la prestazione professionale al Notaio) in tutte le ipotesi in cui l'atto di destinazione sia sorretto da un interesse lecito ancorché riconosciuto non meritevole di tutela in un successivo vaglio giudiziario.

12. Nella redazione dell'atto, è necessaria (o anche soltanto opportuna) la dichiarazione (da parte del destinante) della meritevolezza?

Il Notaio nella redazione dell'atto dovrà far emergere con chiarezza e analiticità l'interesse che la destinazione è chiamata a soddisfare; può essere inserito anche un riferimento alla meritevolezza di tale interesse che, pur non necessario, può essere comunque importante per fare emergere una valutazione positiva in tal senso da parte del disponente.

III. LA REDAZIONE DELL'ATTO

A. I SOGGETTI

13. Quanti e quali sono i soggetti che devono (necessariamente) intervenire all'atto, perché sia assicurata la sua validità?

Unico soggetto che deve intervenire necessariamente all'atto di destinazione è il disponente, essendo prevalente la tesi della unilateralità di tale istituto, pur non mancando una opinione autorevole, ma isolata, che al contrario ne sottolinea la natura contrattuale.

14. La partecipazione di altri soggetti può rivelarsi opportuna?

La partecipazione di altri soggetti, pur non necessaria per il perfezionamento dell'atto né per la sua efficacia, appare comunque opportuna per una “stabilizzazione” degli effetti dello stesso e in particolare per evitare che il beneficiario rifiuti la destinazione in suo favore (con conseguente impossibilità per il destinante di revoca

del beneficio proposto, in analogia con l'art. 1411 c.c.) o da parte dell'eventuale attuatore/gestore che non accetti l'incarico assegnatogli o ne contesti in un momento successivo le modalità esecutive, ove disposte dal destinante nell'atto. In particolare appare quanto mai opportuna ai fini di evitare che venga eseguita una trascrizione di una destinazione che divenga inefficace a seguito del rifiuto del beneficiario che generalmente sarà privo della forma idonea per ricevere una adeguata pubblicità immobiliare.

15. Possono darsi più disponenti in un unico atto (ad esempio, comproprietari o contitolari di diritti sul bene, ovvero proprietari di beni diversi)?

La risposta appare senza dubbio positiva, in quanto ben possono esservi delle fattispecie nelle quali più interessi di diversi soggetti convergano verso una finalità destinataria, tra le quali si può indicare quella di più soggetti comproprietari di un singolo bene; una buona tecnica redazionale impone, in tale ipotesi, di far emergere con chiarezza se le destinazioni siano autonome, seppur contenute nel medesimo atto, o se al contrario siano a tal punto collegate da costituire un unico negozio destinatorio pluripersonale diretto a soddisfare un unico interesse tutelato. La categoria del collegamento negoziale dovrebbe, in tale caso, aiutare i conflitti di interesse sorti dopo la destinazione tra i disponenti e i beneficiari.

16. In tal caso, quali sono le conseguenze dell'eventuale invalidità o inefficacia dell'atto, relativamente alla lesione dei diritti di soggetti terzi, creditori o aventi causa di uno soltanto dei disponenti?

Ragionando in termini di collegamento negoziale, l'invalidità o l'inefficacia di una destinazione funzionalmente connessa ad un'altra, dovrebbe travolgere gli effetti di quest'ultima; qualora, invece, le destinazioni siano autonome, benché contestuali, le conseguenze che colpiscono l'una non dovrebbero incidere sull'altra.

17. Per l'acquisto dei diritti da parte del beneficiario e per l'accettazione del beneficio è necessaria la dichiarazione di volontà del beneficiario? Tale accettazione deve essere contestuale o può essere successiva all'atto di disposizione? È possibile rifiutare gli effetti "benefici" della destinazione?

Come già detto, l'acquisto dei diritti del beneficiario non necessita di una espressa accettazione che può comunque essere sempre manifestata contestualmente o successivamente all'atto di destinazione e alla quale consegue la definitiva produzione dell'effetto destinatorio; appare comunque certo che il beneficio possa essere rifiutato nel rispetto del principio generale di intangibilità della singola sfera patrimoniale.

18. L'eventuale rifiuto del beneficiario quali conseguenze giuridiche comporta: invalidità, risoluzione (per impossibilità), inefficacia?

Con il rifiuto da parte del beneficiario l'atto di destinazione diviene inefficace, non potendosi produrre alcun effetto destinatorio né segregativo. In linea di principio, pertanto, non dovrebbe discorrersi di invalidità dell'atto di destinazione, posto che si

tratterebbe di un rifiuto successivo alla stipula dell'atto (e non di un suo vizio originario). Avvenuto il rifiuto del beneficiario sarà necessario procedere alla annotazione di inefficacia a margine della nota di trascrizione della destinazione la cui permanenza sarebbe del tutto inopportuna e forse financo fraudolenta.

Rimarrebbe, infine, da considerare l'ipotesi in cui il destinante preveda la sostituzione del beneficiario, il quale non voglia (dunque, rinunziante) o non possa (per morte) ricevere i benefici della destinazione. In tal caso, è il destinante stesso che ha inteso impedire l'inefficacia dell'atto, con la previsione del meccanismo di sostituzione.

19. Acquisto e rifiuto da parte del beneficiario: cosa accade in caso di pluralità di beneficiari?

Appare necessario e comunque opportuno chiarire già in sede di redazione dell'atto se possa operare in caso di pluralità di beneficiari un meccanismo di "accrescimento", tenendo conto della scindibilità o meno della destinazione.

20. Beneficiari minorenni o nati ed esercizio della potestà genitoriale: può darsi un conflitto tra gli interessi dei beneficiari e gli esercenti la potestà? È possibile un conflitto tra la realizzazione degli interessi dei beneficiari e il rispetto del vincolo di destinazione?

Il quesito allude al caso in cui il destinante (ad esempio, il nonno di beneficiari minori) abbia inteso escludere dalla gestione i genitori esercenti la potestà: pur non negando la liceità e l'ammissibilità di una scelta di questo tipo (che trova un riferimento normativo indiretto nella fattispecie di cui all'art. 356) si intende richiamare l'attenzione sul rischio di conflitto (basti pensare alle divergenti valutazioni sull'interesse dei beneficiari minori che potrebbero avere il (o i) genitore (i) ed il gestore nominato dal destinante). Laddove il notaio ravvisi, dal tenore dell'atto e dai rapporti tra i soggetti interessati, la possibilità che possa insorgere un conflitto, in fase di attuazione del vincolo, è opportuno che induca il disponente o le parti partecipanti all'atto a prevedere meccanismi di soluzione di tali conflitti. Nulla però potrà impedire (ai genitori esclusi dalla gestione) il ricorso al giudice, che peraltro non potrà non essere chiamato a intervenire qualora le decisioni da assumere riguardino diritti e interessi dei minori. Per queste considerazioni, si suggerisce di valutare con prudenza la fattispecie in esame.

21. Il beneficiario deve essere determinato o può essere anche determinabile?

Un atteggiamento di particolare prudenza si impone nella individuazione dei possibili beneficiari della destinazione, nonostante una parte della dottrina abbia ritenuto, sulla base di principi in tema di contratto a favore del terzo, che il beneficiario possa essere anche solo determinabile (es. frequente i poveri di una determinata località). La lettera della norma e l'esigenza di certezza in una fattispecie che presenta già evidenti aspetti di complessità sembrano consigliare che la persona sia determinata.

22. Il beneficiario deve essere capace giuridicamente?

Come precisato nella precedente risposta e sulla base della lettera della norma, appare certamente consigliabile che il beneficiario sia giuridicamente capace; appare infatti necessario che la destinazione, per produrre l'effetto tipico della segregazione patrimoniale, sia immediatamente efficace e quindi che non si possa attendere la venuta ad esistenza o l'acquisto della capacità giuridica del soggetto beneficiario.

23. Vi sono categorie di soggetti che non possono porre in essere un atto di destinazione?

La presenza di una incapacità di agire in capo al soggetto costituente la destinazione rende fortemente problematica la ricezione dell'atto da parte del Notaio che sarà tenuto ad operare con una grande prudenza alla luce del principio generale che preclude gli atti liberali a coloro che non abbiano la piena capacità (divieto di cui all'art. 774 interpretato estensivamente dalla dottrina). Del resto anche l'ottenimento di una autorizzazione giudiziale in tal senso presenta notevoli criticità. Alla presenza di una incapacità in seno al disponente consegue poi l'applicazione della normativa restrittiva volta a limitare i soggetti beneficiari di attribuzioni da parte dell'incapace.

24. Il gestore è una figura necessaria? E' consentito nominare più di un gestore? In tal caso: cumulativamente, alternativamente o successivamente? Quali poteri possono essere attribuiti al gestore? Deve avere funzioni di mero "controllo" o può avere poteri dispositivi? Deve intervenire all'atto per accettare l'incarico?

La figura del gestore, quale soggetto autonomo rispetto al disponente o al beneficiario, non appare strettamente necessaria nella configurazione dell'atto destinatorio, benché certamente lecita e forse a volte anche opportuna e consigliabile. Nessun ostacolo alla nomina di una pluralità di gestori, dovendosi precisare in sede redazionale se costoro debbano operare cumulativamente o alternativamente. L'atto destinatorio dovrà chiarire e modellare i poteri del gestore sulla base della disciplina del mandato (con o senza rappresentanza), attribuendo eventualmente e, in casi eccezionali, anche poteri dispositivi dei beni con obbligo di reimpiego. A fronte della complessità dell'incarico che il gestore può essere chiamato ad assumere, opportuna appare una sua accettazione dello stesso, ben essendo legittimo un rifiuto.

25. Vi sono categorie di soggetti che non possono assumere il ruolo di gestori e/o attuatori del vincolo derivante dall'atto di destinazione?

Dal quadro normativo non sembrano emergere divieti espressi all'assunzione della carica di gestore, soggetto che dovrà però essere pienamente capace di agire e, ovviamente, non versare in posizione di conflitto di interesse con il beneficiario. Consigliabile appare la previsione in sede di redazione dell'atto di destinazione di una sostituzione per il caso di rifiuto da parte del gestore prescelto o di sua incapacità sopravvenuta, di conflitto di interessi o di abuso nella gestione.

26. Il gestore e/o attuatore della destinazione può essere anche un comitato di gestione?

Non sembra che vi siano preclusioni in tal senso; la scelta di un comitato appare peraltro connessa alla presenza di interessi patrimoniali significativi.

27. Quali sono le regole di funzionamento del comitato, in ordine alle decisioni sulla gestione?

Una buona tecnica redazionale impone che vengano disciplinate in modo analitico le regole di funzionamento del comitato e in particolare della possibilità che operi collegialmente secondo principi di collegialità e quindi di maggioranza o viceversa solo con la unanimità.

28. Può aggiungersi al gestore un garante della destinazione?

La previsione di un garante, sulla base del meccanismo del trust, non presenta dubbi di legittimità; la sua previsione consegue alla espressa richiesta del destinante ed è consigliabile nei casi in cui l'attività di amministrazione sia di particolare complessità; in forza dei poteri a lui attribuiti lo stesso dovrà richiedere un rendimento del conto al gestore, ne vigilerà l'operato e sarà legittimato e tenuto ad agire per l'accertamento di eventuali responsabilità.

B) L'OGGETTO

29. Quali solo i beni che possono essere oggetto di destinazione?

Rispetto alla lettera della disposizione in esame, si è posta la questione relativa alla ricevibilità e conseguente "trascrivibilità" nei registri delle imprese di atti aventi ad oggetto quote di società a responsabilità limitata, per la quale bisogna dare conto della apertura di alcuni Registri delle Imprese in tema di conferibilità di quote di srl in fondo patrimoniale.

30. Può essere oggetto dell'atto di destinazione qualunque diritto reale su (o la quota di comproprietà di) un bene immobile?

Purché sia un diritto reale la cui disciplina sia compatibile con la destinazione; appare quindi immaginabile il conferimento dell'usufrutto o della superficie; più complessa appare la configurabilità di un vincolo di destinazione che abbia ad oggetto la nuda proprietà stante l'assenza di una produzione di frutti, l'uso e l'abitazione che non sono cedibili o la servitù che necessita di un rapporto con il fondo. La natura dell'atto di destinazione sembra non essere compatibile con i diritti reali di garanzia.

31. Può essere oggetto dell'atto di destinazione un bene in comunione legale?

L'apposizione di un vincolo di destinazione deve essere ricondotto agli atti di straordinaria amministrazione con conseguente necessità del consenso congiunto di entrambi i coniugi.

32. Opera la surrogazione reale relativamente ai beni oggetto dell'atto di destinazione?

I fenomeni surrogativi veri e propri sono eccezionali e trovano la loro fonte in specifiche disposizioni normative, assenti nella materia in esame. Non sembra quindi che ci si possa esprimere in termini di vera e propria surrogazione reale, essendo

peraltro ben possibile che il disponente stesso o il gestore assumano l'obbligo di utilizzare quanto ricavato dalla vendita del bene destinato per acquistare un altro bene da assoggettare a vincolo ai sensi dell'art. 2645ter o comunque per utilizzare la somma ricavata in maniera conforme alla destinazione.

IV. GLI ATTI DI DISPOSIZIONE E DI GESTIONE DEL BENE OGGETTO DEL VINCOLO DI DESTINAZIONE

33. Si può disporre del bene oggetto dell'atto di destinazione?

Ad esempio: mediante alienazione o conferimento? Modificazione mediante riduzione della destinazione? Locazione o affitto? Assoggettamento del bene a garanzia reale?

Certamente l'atto di disposizione appare legittimo; occorre però distinguere l'atto di alienazione del bene gravato da vincolo (con permanenza del vincolo stesso) posto in essere dal destinante, dall'atto di alienazione che faccia venire meno il vincolo stesso e a cui dovrebbe conseguire sulla base di quanto affermato nella risposta che precede un obbligo di reimpiego delle somme percepite.

34. La cessazione della destinazione: disciplina convenzionale e legale per la cessazione del vincolo di destinazione. È possibile la revoca *ad nutum*?

Il vincolo certamente cessa al verificarsi di eventi che rendano impossibile la funzione destinataria (perimento del bene, espropriazione dello stesso, compimento della finalità cui è stato preordinato), cui dovrà seguire, ai fini della pubblicità, annotazione di sopravvenuta inefficacia a margine della nota originaria trascrizione.

Quanto alla cessazione convenzionale, la revoca collegata a fattispecie ben chiare e a criteri indicati nell'atto di destinazione (es. sopravvenienza dei figli) appare certamente ricevibile; diversamente, la revoca *ad nutum* pone problemi interpretativi, lasciando emergere dubbi di compatibilità con un serio intento destinatorio.

35. Qual è la qualificazione giuridica del gestore: mandatario del disponente? Quali sono gli obblighi e le responsabilità del gestore, nei confronti: (a) del disponente; (b) del beneficiario?

Appare certamente riconducibile a tale figura nella misura in cui si dia l'incarico di compiere atti di amministrazione in attuazione della destinazione; sarà però quanto mai importante chiarire se il mandato sia o meno con rappresentanza; qualora il destinante conservi la proprietà del bene vincolato il gestore dovrà agire spendendo il nome del primo, diversamente qualora al gestore venga trasferito il bene non potrà esservi attribuzione del potere rappresentativo. Gli obblighi sono quelli contenuti nell'atto di disposizione che il gestore assume e le responsabilità sono quelle previste in tema di mandato. Il beneficiario può anch'esso agire e non sembrano esservi posizioni e responsabilità diverse.

36. La revoca e la sostituzione del gestore nella disciplina convenzionale.

Appare consigliabile che nell'atto di destinazione vengano previste ipotesi di sostituzione in caso di infedeltà e/o di abuso così come la revoca da parte del disponente; in assenza di espresse indicazioni, troverà applicazione la disciplina generale del mandato.

37. E' possibile prevedere che per determinati atti di gestione di competenza del gestore sia necessario acquisire il consenso del disponente e/o del beneficiario?

Una previsione di tal genere può trovare spazio nell'atto di destinazione allo scopo di rendere il disponente partecipe al compimento di atti di gestione di particolare rilievo.

38. Trova applicazione la disciplina della conformità catastale, urbanistica e della certificazione energetica?

Laddove all'atto di destinazione non consegua un trasferimento non sembra applicabile.

V. LA TUTELA DEI CREDITORI E DEI TERZI AVENTI CAUSA DEL DISPONENTE

39. La norma di cui all'art. 2645-ter deve essere considerata eccezionale (rispetto al disposto dell'art. 2740)? O costituisce invece espressione di un principio già operante nel sistema?

La norma in esame rappresenta una delle ipotesi derogatorie previste dal capoverso del 2740 c.c.. E' importante evidenziare come le fattispecie di limitazione alla generale garanzia patrimoniale appaiono a tal punto numerose da rendere problematica la loro qualificazione in termini di eccezionalità rispetto ad un principio generale che appare, in tal senso, sempre più eroso nella sua portata sistematica.

Si potrebbe ritenere che il principio ormai operante nel sistema sia quello della piena legittimità della separazione patrimoniale, effetto di un atto di autonomia privata, mentre il legislatore ne disciplina volta per volta le forme e gli effetti, in primo luogo a tutela di terzi e creditori.

40. Quali sono le azioni a tutela dei terzi (creditori/legittimari) che lamentino un pregiudizio derivante dall'atto di destinazione?

Indubbiamente, l'azione revocatoria costituisce la forma di tutela giurisdizionale che troverà più frequente applicazione, ma non sembra essere l'unica tutela attivabile da parte dei terzi pregiudicati dall'atto di destinazione. I terzi potranno infatti agire al fine di far accertare la natura simulata dell'atto di destinazione ovvero farne dichiarare l'inopponibilità nei loro confronti per mancanza di meritevolezza. Qualora l'atto presenti dei vizi tali da comportarne la nullità, potrà essere esperita la relativa azione da chiunque vi abbia interesse, secondo i principi e le regole generali.

Qualora infine il terzo pregiudicato sia un legittimario del destinante potranno essere anche esperite le azioni a tutela del quota di riserva, ove ne ricorrano le condizioni.

41. Le azioni per far valere l'inefficacia (relativa, ossia rispetto al soggetto leso) sono cumulative o alternative rispetto a quelle invalidanti?

Al fine di riconoscere adeguata tutela al soggetto leso dagli effetti della destinazione, sembra opportuno ritenere che le azioni per far valere l'inefficacia relativa dell'atto siano cumulative rispetto a quelle invalidanti, in quanto dirette a soddisfare interessi diversi del soggetto agente.

42. Quali sono gli effetti della pronuncia di inefficacia o di invalidità della destinazione rispetto agli atti di gestione già compiuti e ai diritti acquistati dai terzi?

La pronuncia di inefficacia o di invalidità non pregiudica i diritti acquistati dal terzo che in buona fede abbia acquistato a titolo oneroso, rimanendo salvi così gli effetti del contratto concluso dal terzo; trattandosi di beni immobili, troverebbe applicazione il regime di pubblicità della domanda giudiziale (principio generale che deriva dagli artt. 534, 1396, 1458, 2655); una fattispecie particolare potrebbe essere quella dell'azione esercitata dal legittimario leso dall'atto destinatorio la cui azione, sulla base dei principi generali in tema di tutela della legittima, potrebbe travolgere i diritti dei terzi.

Il soggetto gestore dei beni oggetto di destinazione non può essere ritenuto responsabile nei confronti del terzo che agisca, nella misura in cui abbia operato nei limiti dei propri poteri.

43. Il pregiudizio e la lesione dei diritti dei terzi vanno valutati al momento del compimento dell'atto o al momento in cui il terzo agisce per la tutela dei suoi diritti?

Nella valutazione del pregiudizio trovano applicazione i principi generali che regolano le singole azioni esperite; qualora agisca il legittimario sarà necessario valutare la sussistenza della lesione rispetto al patrimonio del destinante al momento dell'apertura della successione; diversamente, nel caso in cui venga esercitata l'azione revocatoria a tutela della garanzia patrimoniale dei creditori del destinante, si dovrà valutare la sussistenza del pregiudizio al momento in cui l'atto è stato posto in essere.

La meritevolezza dell'interesse oggetto di destinazione deve sussistere al momento della destinazione, ma devono altresì permanere i presupposti oggettivi originari per giustificare la permanenza del vincolo, come precisato in tema di cessazione dello stesso.

44. I diritti dei terzi, potenzialmente lesi dall'atto di destinazione, sono disponibili e dunque liberamente negoziabili ex ante?

Trovano applicazione, anche relativamente a tale aspetto, i principi generali che regolano le diverse fattispecie; i creditori potranno pertanto disporre del proprio diritto all'impugnativa dell'atto di destinazione, rinunciando per esempio ad agire in revocatoria; diversamente, non appare ricevibile un atto con cui il legittimario rinunci ad agire a tutela dei propri diritti successori.

45. La consapevolezza della destinazione (e/o la sua tolleranza) possono precludere al terzo le azioni a tutela dei suoi diritti?

Il terzo può agire per l'inefficacia e inopponibilità dell'atto di destinazione, ancorché fosse a conoscenza dello stesso e ne avesse per un certo periodo tollerato gli effetti; l'azione dovrebbe essere invece preclusa al terzo che abbia partecipato all'atto o qualora la "tolleranza" si sia protratta sino allo spirare del termine di prescrizione.

46. Quali sono i legittimati passivi nelle azioni per l'invalidità e/o l'inefficacia? Il disponente (e suoi aventi causa)? I beneficiari? I gestori?

Il disponente certamente, ma anche i suoi eredi o aventi causa (eventuali acquirenti del bene oggetto di destinazione); poiché la sentenza pregiudica anche i diritti dei beneficiari e deve poter essere opposta anche ai gestori, è ragionevole ritenere che abbiano legittimazione passiva anche i suddetti, ancorché non si debba necessariamente riconoscere la necessità del litisconsorzio, ove l'azione si limiti alla pronuncia di invalidità e/o inefficacia dell'atto.

Diversamente, ove vi siano domande (restitutorie o risarcitorie) nei confronti dei beneficiari o dei gestori, questi ultimi dovranno ovviamente essere parti del giudizio.

47. Quali sono i criteri per valutare l'incidenza della lesione sui diritti del terzo?

Possono indicarsi, ad esempio, tra le caratteristiche specifiche del singolo atto di destinazione, prima fra tutte la durata del vincolo, ma anche l'entità del patrimonio del destinante e anche le condizioni soggettive del disponente (per esempio: la pluralità di figli).

48. Sono proponibili azioni conservative e/o esecutive da parte dei creditori del beneficiario sui beni / diritti oggetto dell'atto di destinazione? I beni / diritti oggetto dell'atto di destinazione rispondono dei debiti sorti nell'attività di gestione? Possono essere assoggettati ad azioni conservative ed esecutive a questo titolo?

Queste azioni appaiono proponibili, nella misura in cui il creditore vanti delle posizioni attive che trovano la loro fonte in debiti contratti per il fine della destinazione. I beni o i diritti rispondono dei debiti e possono essere oggetti di azioni conservative ed esecutive nei limiti di quanto in precedenza precisato.

49. Nel caso di fallimento del disponente, i beni / diritti oggetto dell'atto di destinazione entrano a far parte della massa attiva? Costituiscono una massa separata? I beneficiari sono considerati creditori del disponente? O possono svolgere domanda in rivendicazione rispetto ai beni oggetto dell'atto di destinazione?

La questione è particolarmente complessa, ma i beni oggetto di destinazione dovrebbero costituire una massa separata, parte evidentemente della massa attiva, ai fini del soddisfacimento dei creditori il cui credito è collegato alla realizzazione della funzione destinataria.

I beneficiari dovrebbero essere considerati creditori del disponente, sia pure chirografari e postergati, rispetto ai creditori, già menzionati, il cui credito sia collegato alla realizzazione della funzione destinataria, nonché a coloro i quali lamentino di essere stati pregiudicati dall'atto di destinazione.

Non possono proporre domanda di rivendicazione.

50. Nel caso di successione del disponente: a) l'erede che sia anche beneficiario, può far cessare la destinazione a suo favore, acquisendo il bene a titolo successorio? a) l'erede che non sia anche beneficiario, è obbligato nei confronti di quest'ultimo a rispettare o a far rispettare la destinazione, sostenendo i relativi costi e oneri?

Al fine di valutare l'estinzione della destinazione, a seguito del decesso del disponente e della successione per causa di morte in favore dell'erede che sia anche beneficiario della destinazione, sarà necessario considerare se vi sia o meno coincidenza di interessi tra beneficiario ed erede o se, al contrario, gli interessi che la destinazione aveva inteso perseguire non mantengono la loro attualità anche a seguito del decesso; il disponente, infatti, potrebbe aver voluto porre in essere la destinazione al precipuo fine di protezione del proprio erede/beneficiario, nominando un amministratore capace e fidato; in tale ipotesi, l'interesse sotteso alla destinazione rimane intatto e attuale, anche a seguito del decesso del disponente. L'universalità della successione e il conseguente subentro dell'erede nelle posizioni attive e passive del de cuius comportano l'obbligo del rispetto della destinazione per l'erede, il quale conserva intatta la propria facoltà di accettazione con il beneficio di inventario. Nei confronti dell'erede che non rispetti il vincolo di destinazione sarà esperibile da parte del beneficiario un'azione a tutela del fine destinataro.

"MINUTA" DI ATTO DI DESTINAZIONE

La presente "minuta" di atto di destinazione non vuole essere un atto di destinazione "tipo" che possa essere assunto a base di ogni tipologia di destinazione e

ciò perché le ipotesi di destinazione che derivano dalla formulazione dell'art. 2645 ter c.c. e le sfaccettature in cui possono presentarsi sono così molteplici che è impossibile prevederle tutte e di conseguenza proporre, per ognuna, una formulazione; vuole solo contenere alcuni suggerimenti interpretativi e spunti operativi in riferimento alle principali ipotesi.

STRUTTURA DELL'ATTO

.....

PREMESSO

Indicazione che il Conferente è proprietario di un determinato bene immobile e di come l'immobile è ad esso pervenuto

PREMESSO INOLTRE

Indicazione dello scopo che induce il Conferente a costituire il vincolo di destinazione

TUTTO CIO' PREMESSO

.....

Art. 1

(Richiamo alle premesse)

.....

Art. 2

(Consenso)

Impressione sull'immobile del vincolo di destinazione

Art. 3

(Beneficiario)

Indicazione del Beneficiario ed eventuali clausole di sostituzione

Art. 4

(Descrizione dell'immobile)

Descrizione dell'immobile vincolato

Art. 5

(Interesse meritevole di tutela)

Individuazione dell'interesse meritevole di tutela alla cui realizzazione è diretta la costituzione del vincolo

Art. 6

(Modalità di attuazione della destinazione)

Indicazione del contenuto della destinazione cioè delle modalità concrete di attuazione della destinazione

Art. 7

(Accettazione)

Accettazione da parte del Beneficiario

Art. 7

(Notificazione al Beneficiario)

Notificazione dell'atto al Beneficiario che non vi sia intervenuto

Art. 7

(Comunicazione al Beneficiario ed agli Istituti creditori)

Comunicazione dell'atto al Beneficiario ed agli Istituti creditori in caso di destinazione riferibile a situazione di "crisi d'impresa" con vincolo costituito da terzi

Art. 8

(Decorrenza degli effetti fra le parti conseguenti alla destinazione)

Disciplina della decorrenza tra le parti degli effetti che conseguono alla destinazione

Art. 9

(Opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi)

Indicazione degli effetti nei confronti dei terzi ed eventuali modalità operative in tema di trascrizione nel caso in cui il Beneficiario non partecipi all'atto

Art. 10

(Durata)

Durata della destinazione e cause di cessazione

Art. 11

(Gestione)

Disciplina della gestione dell'immobile durante la destinazione ed eventuale nomina di un Gestore terzo

Art. 12

(Controlli)

Disciplina dei controlli ed eventuale nomina di un Garante

* * *

Diritto di famiglia

.....

Disciplina fiscale

.....

Spese dell'atto

.....

Tattamento dei dati personali

.....

ATTO CON CLAUSOLE

Repertorio n.

Raccolta n.

**Costituzione di vincolo di destinazione su immobile
per la realizzazione di interesse meritevole di tutela
REPUBBLICA ITALIANA**

Il giorno ...

A ...

Davanti a me ...

alla presenza dei testimoni ⁽³⁾

sono comparsi ⁽⁴⁾:

1) Tizio (Conferente)

2) Caio/Caia (Beneficiario) ⁽⁵⁾

3) Mevio (Gestore) ⁽⁶⁾

Comparenti della identità personale dei quali io Notaio sono certo.

PREMESSO

a) Tizio è proprietario di _____ ⁽⁷⁾ in seguito meglio descritto, immobile che il medesimo dà atto essere libero da ipoteche, privilegi e gravami pregiudizievoli di qualsiasi tipo;

b) tale immobile è pervenuto a Tizio per _____

PREMESSO INOLTRE ⁽⁸⁾

interesse riferibile a enti

c) è costituita la Fondazione/Ente _____ che persegue come proprio scopo statutario quello di _____

d) Tizio, volendo sostenere con un proprio personale contributo l'attività della Fondazione/Ente,

intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio della Fondazione/Ente _____ per il miglior perseguimento dei propri fini istituzionali.

interesse riferibile a persone disabili

c) Caio è persona disabile, in quanto ...

d) Tizio, in considerazione della condizione di Caio e dei rapporti di _____ ⁽⁹⁾ che intercorrono fra essi, volendo assicurare a Caio una esistenza dignitosa o comunque fornita di stabilità, come non gli sarebbe consentito dalla propria condizione di disabilità e dalla propria situazione economica, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caio per il soddisfacimento dei bisogni di questo.

interesse riferibile alla persona con cui è instaurata convivenza "more uxorio" (famiglia di fatto)

c) Tizio è legalmente separato da _____

ovvero

c) Tizio e Caia sono entrambi liberi da vincoli matrimoniali;

etc.

d) Tizio e Caia hanno instaurato da tempo un solido e duraturo rapporto di convivenza e comunità di vita materiale e spirituale, caratterizzato da pienezza di sentimenti, stabilità temporale, serietà e reciprocità di impegni personali e, nella misura in cui a ciascuno è consentito in base alla propria condizione economica, anche patrimoniale, vieppiù sorretto dal dato della notorietà, affine, nelle sue espressioni più profonde, al vincolo coniugale e quindi qualificabile come "famiglia di fatto" (o convivenza "*more uxorio*"), figura che costituisce espressione della libera scelta dell'individuo e che gode di una propria rilevanza anche giuridica, e costituisce un fenomeno riconducibile nell'alveo dell'art. 2 della Costituzione ⁽¹⁰⁾;

e) Tizio svolge una attività che gli consente una esistenza più che dignitosa e, nel contempo, gli permette di provvedere in maniera adeguata anche al mantenimento di Caia, la quale

- svolge unicamente attività casalinga all'interno delle mura domestiche, occupandosene a tempo pieno;

- svolge sia una propria attività lavorativa, sia attività casalinga, occupandosi del governo delle mura domestiche

etc.

f) Tizio, per quanto sopra detto, volendo assicurare a Caia, per ogni evenienza della vita, una esistenza dignitosa ed autonoma, come non le sarebbe consentito dalla propria condizione economica, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà infra meglio descritto a vantaggio di Caia per il soddisfacimento dei bisogni di questa.

interesse riferibile al rapporto fra genitore e figli

c) Tizio e Caio sono rispettivamente padre e figlio;

d) Tizio, fermo restando inalterato ogni obbligo posto a suo carico dalla legge e, in particolare, il dovere giuridico di provvedere puntualmente a mantenere, istruire ed educare la prole, volendo assicurare a Caio, per ogni evenienza della vita e fino a quando non avrà raggiunto l'autonomia economica, la possibilità di fruire di redditi propri ovvero di una abitazione adeguata alle proprie esigenze, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caio per il soddisfacimento dei bisogni di questo.

N.B. se sono entrambi i genitori a costituire il vincolo di destinazione lettere c) e d) come seguono

c) Tizio e Tizia sono i genitori di Caio;

d) Tizio e Tizia, fermo restando inalterato ogni obbligo posto a loro carico dalla legge e, in particolare, il dovere di provvedere puntualmente a mantenere, istruire ed educare la prole ⁽¹¹⁾

volendo assicurare a Caio, per ogni evenienza della vita e fino a quando non avrà raggiunto l'autonomia economica, la possibilità di fruire di redditi propri ovvero di una

abitazione adeguata alle proprie esigenze, intendono destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di loro proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caio per il soddisfacimento dei bisogni di questo.

interesse riferibile al rapporto con un giovane che si intende sostenere durante gli studi e l'avviamento alla professione

c) Tizio è particolarmente legato affettivamente a Caio in quanto _____

d) Caio sta svolgendo con profitto un corso di studio la cui conclusione, oltre ad essere lontana negli anni, non gli permetterà la immediata percezione di un reddito, tale da garantirgli una esistenza autonoma, anche considerando il successivo periodo di tempo necessario per l'avviamento dell'attività professionale;

e) Tizio, in considerazione di quanto sopra, volendo garantire a Caio il necessario sostentamento per continuare il percorso di studi iniziato ovvero per intraprenderne un altro, fino alla laurea ed anche successivamente anche per corsi di specializzazione, nonché per far fronte alle spese di ogni genere connesse alla ricerca del primo lavoro professionale, all'impiego della propria attività professionale, sia essa di lavoro autonomo o di lavoro dipendente o imprenditoriale, in modo da assicurargli una abitazione idonea alle sue necessità ovvero una rendita sufficiente al proprio mantenimento, e quindi per consentirgli, in tale periodo, una esistenza il più possibile autonoma, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caio per il soddisfacimento dei bisogni di questo.

N.B. se sussistono i motivi di applicabilità, precisare: "fermo restando l'obbligo stabilito a carico di Tizio posto dalla seconda parte del primo comma dell'art. 148 c.c.".

interesse riferibile al coniuge

c) Tizio e Caia sono coniugi in forza di matrimonio celebrato a _____ in data _____ trascritto nei Registri dello Stato Civile del detto Comune al n. _____

d) Tizio svolge una attività che gli consente una esistenza più che dignitosa e, nel contempo, gli permette di provvedere in maniera adeguata anche al mantenimento della famiglia;

e) Caia

- svolge unicamente attività casalinga all'interno delle mura domestiche, occupandosene a tempo pieno;

- svolge sia una propria attività lavorativa, sia attività casalinga, occupandosi del governo delle mura domestiche

etc.

f) Tizio, fermo restando inalterato ogni obbligo posto a suo carico dalla legge e, in particolare, l'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze ed alla propria capacità di lavoro come stabilito dall'art. 143 c.c.,

N.B. Se ci sono figli aggiungere:” nonché il dovere di provvedere puntualmente a mantenere, istruire ed educare la prole, nel rispetto di quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 147 e 148 c.c.,”

volendo assicurare a Caia, per ogni evenienza della vita, una esistenza dignitosa ed autonoma, come non le sarebbe consentito dalla propria condizione economica, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caia per il soddisfacimento dei bisogni di questa.

interesse riferibile al coniuge separato e/o ai figli

c) Tizio e Caia sono coniugi in forza di matrimonio celebrato a _____ in data _____ trascritto nei Registri dello Stato Civile del detto Comune al n. _____ ;

d) Tizio e Caia sono addivenuti a separazione consensuale omologata dal Tribunale di _____ in data _____ cron. n. _____ ;

e) all’atto della separazione Tizio si è obbligato di destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio di Caia e/o dei figli Tizietto e Tizietta nati dal matrimonio per il soddisfacimento dei bisogni di questa/questi e per ogni sua/loro ulteriore esigenza.

interesse riferibile a situazione di “crisi di impresa” con vincolo costituito da terzi (ipotesi 1)

c) Tizio è socio della società _____ (la “Società”);

d) il capitale sociale della Società è così ripartito _____

e) la Società è debitrice, in forza dei titoli in seguito menzionati, verso i seguenti Istituti di credito (gli “Istituti creditori”): _____

d) la Società è in stato di crisi, per cui intende presentare un piano idoneo a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria ai sensi dell’art. 67, c. 3, lett. d), R.D. 16.3.1942, n. 267 ovvero proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182 bis del citato R.D. n. 267/1942 ovvero, nel caso non fossero accettate le proposte del piano o dell’accordo, proporre un concordato preventivo ai sensi degli artt. 160 e segg. del medesimo citato R.D. n. 267/1942 (le “Procedure”) ⁽¹²⁾;

e) Tizio, per agevolare il buon esito delle Procedure, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio degli Istituti creditori per il soddisfacimento dei loro crediti nei confronti della Società;

f) i crediti che gli Istituti creditori vantano nei confronti della Società in forza dei menzionati titoli verranno in seguito definiti come i “Crediti”.

interesse riferibile a situazione di “crisi di impresa” con vincolo costituito da terzi (ipotesi 2)

c) Tizio è socio della società _____ (la “Società”);

d) il capitale sociale della predetta società è così ripartito

e) la Società è debitrice, in forza dei titoli in seguito menzionati, verso i seguenti Istituti di credito (gli "Istituti creditori": _____)

d) la Società è in stato prossimo a situazione di crisi, per cui, in mancanza di una ripresa positiva della propria attività, si troverà costretta a presentare un piano idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria ai sensi dell'art. 67, c. 3, lett. d), R.D. 16.3.1942, n. 267 ovvero proporre un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis del citato R.D. n. 267/1942 ovvero, nel caso non fossero accettate le proposte del piano o dell'accordo, proporre un concordato preventivo ai sensi degli artt. 160 e segg. del medesimo citato R.D. n. 267/1942 (le "Procedure");

e) si sono verificati però, nonostante la generale situazione congiunturale in cui si trova l'economia, segnali concreti di ripresa, evidentemente subordinati alla possibilità, per l'impresa, di proseguire normalmente nella propria attività, senza necessità, quanto meno in un primo momento, di attivare le Procedure;

f) Tizio, per consentire alla Società di uscire dallo stato di difficoltà in cui si trova proseguendo nella sua normale attività e, ove così non fosse, comunque per agevolare il buon esito delle Procedure, intende destinare, per il periodo di tempo in seguito stabilito, il suddetto immobile di sua proprietà *infra* meglio descritto a vantaggio degli Istituti creditori, per il soddisfacimento dei loro crediti nei confronti della Società, Istituti creditori che, a fronte della garanzia loro offerta, si sono dichiarati disponibili a concedere alla Società un differimento dei termini di pagamento dei Crediti;

g) i crediti che gli Istituti creditori vantano nei confronti della Società in forza dei menzionati titoli verranno in seguito definiti come i "Crediti".

TUTTO CIO' PREMESSO

i comparenti mi chiedono di ricevere il presente atto, mediante il quale si stipula quanto segue:

Art. 1

(Richiamo alle premesse)

Le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del presente atto.

Art. 2

(Consenso)

Tizio (il "Conferente"), per i motivi esposti nelle premesse e per la realizzazione dell'interesse meglio specificato al successivo Art. 5, destina l'immobile in seguito descritto *al soddisfacimento dei bisogni di Caio/per il miglior raggiungimento dei fini istituzionali dell'Ente/al soddisfacimento dei crediti degli Istituti creditori etc.*, come

meglio e più esaustivamente si dirà nel prosieguo di questo atto, gravando l'immobile del relativo vincolo di destinazione per la realizzazione di interesse meritevole di tutela ex art. 2645 ter c.c..

La costituzione del vincolo di destinazione non comporta trasferimento di proprietà, né costituzione di altro diritto reale.

Art. 3

(Beneficiario) ⁽¹³⁾

L'interesse alla cui realizzazione è diretta la costituzione del vincolo di destinazione è riferibile a _____ (il "Beneficiario").

nel caso di interesse riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi

L'interesse alla cui realizzazione è diretta la costituzione del vincolo di destinazione è riferibile alla Società _____ (anche il "Beneficiario").

sostituzione del Beneficiario

Nel caso di estinzione dell'Ente Beneficiario con devoluzione dell'intero suo patrimonio ad altro ente (il "Nuovo Ente Beneficiario") che persegue, nei suoi scopi statutari, il medesimo fine di _____, il vincolo proseguirà, senza soluzione di continuità, fino alla sua naturale scadenza a vantaggio del Nuovo Ente Beneficiario, la cui denominazione ed ogni conseguente dato opportuno dovranno essere fatti risultare da atto pubblico, da annotarsi a margine della nota di trascrizione del vincolo.

Nel caso in cui il Conferente ovvero i suoi eredi non addivengano, unitamente al legale rappresentante del Nuovo Ente Beneficiario, alla sottoscrizione del predetto atto pubblico, entro trenta giorni dalla relativa richiesta da parte dell'Organo amministrativo del Nuovo Ente Beneficiario, l'atto sarà sottoscritto dal solo legale rappresentante del Nuovo Ente Beneficiario e ugualmente verrà annotato a margine della nota di trascrizione del vincolo.

Art. 4

(Descrizione dell'immobile)

L'immobile che viene gravato dal vincolo di destinazione (l'"Immobile") è costituito da _____ ⁽¹⁴⁾

Art. 5

(Interesse meritevole di tutela) ⁽¹⁵⁾

Con la costituzione del vincolo di destinazione Tizio intende realizzare l'interesse

ALCUNI ESEMPI

interesse riferibile a enti

di sostenere la Fondazione/Ente nel miglior perseguimento del proprio scopo statutario, costituito da _____ , interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione

nell'attività di assistenza e cura delle persone _____ , valore che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà sociale che rappresenta uno dei valori fondanti l'ordinamento giuridico, solennemente riconosciuto e garantito dalla Costituzione, in ispecie all'art. 2, e che costituisce, anche per l'indubbia sua rilevanza morale, uno dei modelli fondamentali dell'azione positiva e responsabile degli individui;

nella promozione e nello sviluppo delle attività culturali e di ricerca scientifica e tecnica, valori che trovano il loro riconoscimento e la loro tutela, e quindi il loro fondamento, nell'art. 9 della Costituzione;

nella valorizzazione del paesaggio e del patrimonio artistico e storico della nostra Nazione, valore che trova il suo riconoscimento e la sua tutela, e quindi il suo fondamento, nell'art. 9 della Costituzione;

nel diritto riconosciuto a ciascuno di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, di farne propaganda e di esercitarne il culto, valore che trova il suo riconoscimento e la sua tutela, e quindi il suo fondamento, nella Costituzione agli artt. 8 e 19.

interesse riferibile a persone con disabilità

di assicurare a Caio, persona disabile, per quanto consentitogli dalla sua condizione, una esistenza sorretta da dignità, autonomia personale e sociale e di vita relazionale, eliminando o riducendo, ove possibile e nei limiti in cui è consentito dalla condizione di Caio, gli ostacoli che possono limitare la sua dignità come persona e frapporsi alla piena attuazione della sua personalità in campo relazionale e lavorativo, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nell'attività di assistenza, sostegno e cura delle persone disabili, valore che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà sociale che rappresenta uno dei valori fondanti l'ordinamento giuridico, solennemente riconosciuto e garantito dalla Costituzione, in ispecie dall'art. 2, e che costituisce, anche per l'indubbia sua rilevanza morale, uno dei modelli fondamentali dell'azione positiva e responsabile degli individui.

interesse riferibile alla persona con cui è instaurata convivenza "more uxorio" (famiglia di fatto)

di assicurare a Caia una esistenza decorosa, garantendole una abitazione idonea alle sue necessità ovvero una rendita sufficiente al proprio mantenimento, in modo da consentirle di godere dello stesso tenore di vita attuale, e ciò anche ad evidenza del rapporto fra di essi intercorrente, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nella tutela e nel riconoscimento di tale rapporto, quale nucleo portatore di valori di assistenza e sostegno reciproci, trovando il suo fondamento nel principio di solidarietà dei rapporti affettivi e nel

solenne riconoscimento che a tale rapporto è dato, quale istituzione sociale, dall'art. 2 della Costituzione.

interesse riferibile al rapporto fra genitore e figli

di consentire al proprio figlio Caio, per ogni evenienza della vita e fino a quando non avrà raggiunto l'autonomia economica, il necessario sostentamento, onde consentirgli la piena attuazione della sua personalità in campo relazionale e lavorativo, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nel dovere genitoriale di curare, assistere e tutelare moralmente e materialmente i propri figli, dando attuazione all'obbligo giuridico di provvedere al mantenimento, istruzione ed educazione della prole e trovando altresì fondamento, oltre che nel riconoscimento che l'art. 29 della Costituzione dà ai diritti della famiglia, nel principio di solidarietà dei rapporti affettivi, che costituisce un obbligo morale posto alla base dell'azione positiva e responsabile degli individui.

interesse riferibile al rapporto con un giovane che si intende sostenere durante gli studi e l'avviamento alla professione

di consentire a Caio la prosecuzione del proprio percorso di studi ed il successivo avviamento alla professione, fino a quando non avrà raggiunto autonomia economica, onde consentirgli la piena attuazione della sua personalità in campo relazionale e lavorativo, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione del diritto di ciascuno allo studio ed allo svolgimento, secondo le proprie attitudini e capacità, di una attività che gli consenta anche di concorrere al progresso materiale e spirituale della società, trovando il suo fondamento nei diritti solennemente riconosciuti dagli artt. 2 e 4 della Costituzione.

interesse riferibile al coniuge

di consentire a Caia, per ogni evenienza della vita, una esistenza dignitosa ed autonoma, come non le sarebbe consentito dalla propria condizione economica, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nei doveri di reciproca assistenza, materiale, morale e spirituale, che intercorrono fra i coniugi, dando attuazione all'obbligo giuridico di ciascun coniuge di contribuire ai bisogni della famiglia e trovando altresì fondamento, oltre che nel riconoscimento che l'art. 29 della Costituzione dà ai diritti della famiglia, nel principio di solidarietà dei rapporti affettivi, che costituisce un obbligo morale posto alla base dell'azione positiva e responsabile degli individui.

interesse riferibile ai coniugi in fase di separazione

di dare attuazione agli obblighi assunti con Caia all'atto della separazione personale, interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento in quanto rinviene la sua ragione nel diritto al mantenimento a favore del coniuge che non dispone di redditi adeguati, sulla base del reciproco dovere di assistenza materiale ed economica che intercorre fra i coniugi, anche se separati, trovando fondamento come obbligo

giuridico stabilito nella legge e come obbligo morale posto alla base dell'azione positiva e responsabile degli individui.

interesse riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi (ipotesi 1)

di agevolare il buon esito delle Procedure o, meglio, di quella delle Procedure che il Beneficiario andrà a formulare quale soluzione allo stato di crisi in cui si trova, fornendo agli Istituti creditori anche la garanzia riveniente dal presente atto, interesse che trova fondamento nella protezione del ceto creditorio e nella salvaguardia dell'attività di impresa, entrambe riconosciute dal nostro ordinamento, e che quindi è meritevole di tutela da parte dell'ordinamento stesso.

Gli effetti del vincolo di destinazione costituito col presente atto non potranno mai essere in contrasto con le disposizioni di legge che regolano le Procedure, con gli effetti prodotti dalle stesse e con la loro decorrenza.

interesse riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi (ipotesi 2)

di consentire il proseguimento della normale attività del Beneficiario, per quanto detto in premessa, e comunque di agevolare il buon esito delle Procedure o, meglio, di quella delle Procedure che il Beneficiario andrà eventualmente a formulare quale soluzione allo stato di crisi, interesse che trova il suo fondamento nella salvaguardia dell'attività di impresa e nella protezione del ceto creditorio, entrambe riconosciute dal nostro ordinamento e che quindi è meritevole di tutela da parte dell'ordinamento stesso.

Gli effetti del vincolo di destinazione costituito col presente atto non potranno mai essere in contrasto con le disposizioni di legge che regolano le Procedure, con gli effetti prodotti dalle stesse e con la loro decorrenza.

Tizio e Caio riconoscono espressamente che l'interesse alla cui realizzazione è diretta la destinazione impressa all'Immobile è quindi meritevole di tutela, ex art. 2645 ter c.c..

Art. 6

(Modalità di attuazione della destinazione)

Le modalità di attuazione della destinazione sono le seguenti.

ALCUNI ESEMPI:

interesse riferibile ad ente

L'Ente Beneficiario potrà

- utilizzare l'Immobile adibendolo a centro di accoglienza dei propri assistiti ovvero a propria sede ovvero come _____
- utilizzare l'immobile per l'esercizio della propria attività istituzionale;

- impiegare i redditi prodotti dall'Immobile per il raggiungimento dei propri fini istituzionali.

etc.

interesse per soddisfare esigenze abitative e di mantenimento

Il Beneficiario potrà (in via alternativa ed a propria discrezione):

- detenere personalmente l'Immobile utilizzandolo per soddisfare le proprie esigenze abitative;

- impiegare i redditi prodotti dall'Immobile per i propri bisogni e quindi per il suo mantenimento e sostegno economico, intendendosi con ciò il soddisfacimento di tutte le esigenze del Beneficiario per il perseguimento del suo benessere materiale e spirituale, tenuto conto delle sue condizioni fisiche e psichiche ed in conformità alle sue attuali abitudini ed al suo tenore di vita; a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, si indicano i seguenti obiettivi: la fornitura di vitto, alloggio e vestiario adeguati; la frequenza di apposite strutture specializzate o l'assistenza di personale qualificato per il miglioramento dell'educazione e per la formazione ed il mantenimento di un adeguato livello culturale, nonché, più in generale, delle condizioni fisiche e psichiche; l'integrazione, con una adeguata disponibilità economica, di ogni forma pensionistica; l'assistenza medica e sanitaria al fine di garantire adeguati livelli di protezione della salute, con ricoveri presso idonee strutture anche private ovvero mediante l'assistenza continua domiciliare di personale specializzato infermieristico, nonché ogni consulenza da parte di personale medico specialistico e la fornitura di medicine e articoli sanitari.

interesse per soddisfare esigenze abitative e di mantenimento collegate a percorsi di studio e avviamento alla professione

Il Beneficiario, al fine di essere agevolato nel continuare il percorso di studi iniziato, ovvero per intraprenderne un altro, fino alla laurea ed anche successivamente per corsi di specializzazione, e nell'avviare la propria attività professionale, potrà (in via alternativa ed a propria discrezione):

- detenere personalmente l'Immobile utilizzando per soddisfare le proprie esigenze abitative;

- impiegare i redditi prodotti dall'Immobile per i propri bisogni

Il Conferente:

- nel caso in cui l'Immobile sia utilizzato come propria abitazione dal Beneficiario: dovrà porre in essere tutto quanto necessario onde consentire al Beneficiario il libero

godimento dell'Immobile e dovrà astenersi dal fare alcunché che tale godimento possa impedire o limitare;

- nel caso in cui il Beneficiario non abiti personalmente nell'Immobile: dovrà porre in essere tutto quanto necessario affinché l'Immobile produca un reddito adeguato e dovrà astenersi dal fare alcunché che possa impedire o limitare la sua redditività; il Conferente dovrà quindi destinare ogni rendita prodotta dall'Immobile al soddisfacimento dei bisogni del Beneficiario e, in caso di esubero delle rendite rispetto ai bisogni, è obbligato ad accantonare ogni eccedenza reddituale in vista di eventuali successive esigenze connesse alla destinazione.

L'Immobile ed i suoi frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione della destinazione e quindi né il Conferente né il Beneficiario potranno utilizzare l'Immobile ed i suoi frutti con modalità e termini e per fini diversi da quelli qui stabiliti

nel caso di interesse riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi

L'Immobile può essere alienato, in tutto o in parte, solo ed esclusivamente al fine di destinare il ricavato dalla vendita al soddisfacimento degli Istituti creditori e quindi esclusivamente al fine di soddisfare i Crediti.

Il ricavato dalla vendita sarà ripartito fra i creditori nel seguente modo

Al fine di consentire la migliore attuazione della destinazione, il Conferente rilascia agli Istituti di credito procura speciale per addivenire, in nome e per conto di esso conferente ed esclusivamente per le finalità della destinazione, alla vendita dell'Immobile per consentire agli Istituti di credito di soddisfarsi, con il ricavato dalla vendita, dei Crediti.

La procura è rilasciata alle seguenti modalità: _____ (16)

Atto di destinazione con la presenza del Beneficiario

Art. 7

(Accettazione) ⁽¹⁷⁾

Il Beneficiario accetta gli effetti favorevoli che ad esso derivano dalla destinazione e prende atto delle modalità e termini ai quali essa è disciplinata.

***Atto di destinazione senza la presenza del Beneficiario* ⁽¹⁸⁾**

Art. 7

(Notificazione al Beneficiario))

Copia autentica del presente atto verrà notificata al Beneficiario, a mezzo di _____, a cura di me Notaio.

Atto di destinazione riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi

Art. 7

(Comunicazione al Beneficiario ed agli Istituti creditori)

Copie autentiche del presente atto, unitamente alla nota di trascrizione del vincolo di destinazione, verranno inviate alla Società ed agli Istituti creditori, a cura di me Notaio, a mezzo di _____.

Art. 8

(Decorrenza degli effetti fra le parti conseguenti alla destinazione)

Atto con intervento del Beneficiario

Gli effetti favorevoli per il Beneficiario che la destinazione produce decorrono dalla sottoscrizione del presente atto.

Atto senza la presenza del Beneficiario

Il vincolo di destinazione costituito col presente atto resta sospensivamente condizionato al mancato rifiuto da parte del Beneficiario degli effetti favorevoli che ad esso ne derivano entro _____⁽¹⁹⁾ dalla notifica di cui al precedente Art. 7.

Il rifiuto dovrà risultare da atto _____

Ai soli fini della ricezione dell'eventuale rifiuto da parte del Beneficiario, il Conferente elegge domicilio presso lo studio di me Notaio posto a _____

Atto di destinazione riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi

La destinazione produce effetti a favore del Beneficiario e degli Istituti creditori dalla sottoscrizione del presente atto.

Art. 9

(Opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi)⁽²⁰⁾

Il presente atto sarà trascritto nei Registri Immobiliari ai sensi dell'art. 2645 ter del Codice Civile e, con la trascrizione, il vincolo di destinazione sarà opponibile ai terzi per tutti gli effetti di legge⁽²¹⁾.

L'immobile conferito ed i suoi frutti possono essere oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, del Codice Civile, solo per debiti contratti per lo scopo della destinazione; l'Immobile, con la trascrizione del vincolo, diviene quindi, agli effetti di legge, separato dal restante patrimonio del Conferente.

L'Immobile potrà essere trasferito, in tutto o in parte, per atto tra vivi o *mortis causa*, fermi restando gli effetti prodotti dalla trascrizione del vincolo ai sensi dell'art. 2645 ter c.c..

In caso di trasferimento *mortis causa*, gli eredi del Conferente subentreranno, con vincolo di indivisibilità, nelle obbligazioni assunte dal Conferente stesso col presente atto.

In caso di trasferimento per atto tra vivi, il Conferente o i suoi eredi rimarranno solidalmente responsabili, con vincolo di indivisibilità fra gli eredi, delle obbligazioni assunte col presente atto dal Conferente in caso di inadempimento alle stesse da parte degli aventi causa, ai quali siano state eventualmente trasferite.

Atto senza la presenza del Beneficiario

Il conferente rimane obbligato ad intervenire, entro 30 (trenta) giorni dalla scadenza del termine di cui al precedente Art. 8, in atto pubblico ricognitivo dell'avveramento o del mancato avveramento della condizione sospensiva di cui al medesimo Art. 8. In forza di tale atto ricognitivo dovrà essere eseguita annotazione a margine della nota di trascrizione del vincolo per far constare, in caso di avveramento della condizione, la stabilizzazione degli effetti del vincolo ovvero, in caso di mancato avveramento, dell'inefficacia del vincolo.

Art. 10

(Durata)

Durata determinata

La durata della destinazione è stabilita per un periodo di anni _____ ⁽²²⁾ e quindi verrà a cessare il _____

La destinazione verrà a cessare, anche prima del termine sopra stabilito, per la morte del Beneficiario.

La destinazione verrà a cessare, anche prima del termine sopra stabilito, per estinzione dell'Ente Beneficiario ⁽²³⁾

La destinazione verrà a cessare, anche prima del termine sopra stabilito, laddove l'Ente Beneficiario modifichi il proprio statuto in modo che non risulti più compreso fra gli scopi statutari quello di _____

Durata stabilita per la vita del Beneficiario

La durata della destinazione è stabilita per tutta la vita del Beneficiario e quindi la destinazione verrà a cessare con la sua morte.

Cessazione anticipata ⁽²⁴⁾

La destinazione verrà anticipatamente a cessare per concorde volontà di Conferente e Beneficiario, risultante da atto pubblico.

La destinazione verrà anticipatamente a cessare per volontà del Beneficiario, risultante da atto pubblico.

La destinazione verrà anticipatamente a cessare per la sola volontà del Conferente, risultante da atto pubblico, da notificarsi al Beneficiario, al verificarsi dei seguenti eventi:

- 1) _____
- 2) _____
- etc.

Altre clausole

La destinazione non verrà a cessare in caso di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio di Tizio e Caia ⁽²⁵⁾.

La cessazione della destinazione avverrà anche per perimento o rovina totale dell'Immobile, salvo l'obbligo per il Conferente di surrogazione previsto al successivo Art. 11.

La destinazione verrà a cessare quando venga meno, comunque, la possibilità oggettiva di continuare a realizzare, attraverso la destinazione, l'interesse meritevole di tutela che ne costituisce il fondamento.

Verificatasi una qualsiasi causa di cessazione della destinazione, fisiologica o patologica, il Beneficiario dovrà rilasciare l'Immobile nella esclusiva disponibilità del Conferente o dei suoi eredi o aventi causa.

Alla cessazione della destinazione, che non dipenda da scadenza del termine o morte del beneficiario, dovrà seguire annotazione di inefficacia del vincolo a margine della nota di trascrizione dello stesso.

Atto di destinazione riferibile a situazione di "crisi di impresa" con vincolo costituito da terzi

La durata della destinazione è stabilita per un periodo di anni _____ ⁽²⁶⁾ e quindi verrà a cessare il _____.

La destinazione verrà naturalmente a cessare in caso di raggiungimento del fine di destinazione e cioè a seguito dell'alienazione dell'Immobile con attribuzione del ricavato agli Istituti creditori per il soddisfacimento dei rispettivi crediti vantati nei confronti della Società indicati nelle premesse. Al fine di consentire che l'Immobile venga trasferito all'acquirente libero dal vincolo di destinazione, dovranno intervenire nel relativo atto gli Istituti creditori per riscuotere il ricavato dalla vendita, a soddisfacimento totale o parziale dei propri crediti, e per dare atto che, in tal modo, la destinazione si è realizzata e quindi è cessata.

La destinazione verrà a cessare, anche prima del termine sopra stabilito, in caso di dichiarazione di fallimento della Società ovvero di ammissione della stessa ad una delle Procedure ovvero di estinzione della medesima con cancellazione dal Registro delle Imprese.

La destinazione verrà altresì anticipatamente a cessare per concorde volontà di Conferente, Beneficiario e Istituti creditori risultante da atto pubblico.

Alla cessazione della destinazione, che non dipenda da scadenza del termine, dovrà seguire annotazione di inefficacia del vincolo a margine della nota di trascrizione dello stesso.

Art. 11

(Gestione) ⁽²⁷⁾

Gestione affidata allo stesso Conferente

La gestione dell'Immobile durante la destinazione rimane di competenza esclusiva del Conferente, il quale dovrà compiere ogni attività materiale e ogni atto giuridico necessari od anche solo opportuni perché la destinazione possa proficuamente avere attuazione.

Almeno una volta all'anno, il Conferente dovrà rendere al Beneficiario il conto della gestione, redigendo idoneo rendiconto da comunicare allo stesso _____

Clausole di vario genere (da coordinare con l'eventuale nomina del gestore)

Laddove l'immobile non sia utilizzato come abitazione del Beneficiario, il Conferente dovrà:

- per la ricerca del locatario, seguire i seguenti criteri: _____
 - sottoscrivere i contratti di locazione;
 - provvedere affinché i redditi prodotti dall'immobile vengano bonificati al Beneficiario sul conto corrente bancario avente il seguente codice IBAN _____;
- etc.*

Il Conferente, durante la destinazione, dovrà:

- provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria dell'Immobile;
- assicurare l'Immobile presso (Compagnia di Assicurazione) per i danni derivanti da rovina totale o parziale, incendio, etc .
- provvedere puntualmente ad assolvere ogni tributo inerente l'Immobile.

In caso di perimento totale dell'Immobile, od anche parziale quando sia tale da non consentire più il proseguimento della destinazione, l'indennità risarcitoria dovuta dalla Compagnia assicuratrice dovrà essere reimpiegata dal conferente o dai suoi eredi o aventi causa per l'acquisto di altro immobile da destinare al soddisfacimento del medesimo interesse. In tale evenienza la cessazione della destinazione dovrà risultare da atto pubblico, cui seguirà annotazione di inefficacia a margine della nota di trascrizione del vincolo, nonché ulteriore trascrizione del vincolo, ai sensi dell'art. 2645 ter c.c., sull'immobile acquistato impiegando l'indennità risarcitoria.

In caso di danni subiti dall'Immobile, che siano compresi nella copertura assicurativa, l'indennità risarcitoria dovuta dalla compagnia assicuratrice dovrà essere impiegata per il ripristino dell'Immobile; laddove i danni siano tali da non consentire l'attuazione della destinazione, il Conferente si obbliga a ripristinare l'Immobile a proprie spese, trattenendo poi l'indennità pagata dalla compagnia assicuratrice.

L'eventuale franchigia farà carico a _____

Gestione affidata ad un gestore rappresentante

Il Conferente affida la gestione dell'Immobile durante la destinazione a Mevio (il "Gestore"), che accetta, autorizzandolo a compiere, in nome e per conto di esso Conferente, i seguenti atti, finalizzati all'attuazione della destinazione:

stipulare contratti di locazione

costituire ipoteche a garanzia di debiti contratti da _____ per l'attuazione della destinazione;

etc.

Al Gestore è altresì affidato il compito di valutare i diversi bisogni del Beneficiario, l'ordine di priorità e la misura in base alla quale essi vadano soddisfatti.

Per quanto non diversamente disciplinato, i rapporti fra Conferente e Gestore sono regolati dalle norme stabilite dal Codice Civile in materia di mandato, di cui agli artt. 1703 e seguenti ⁽²⁸⁾.

Art. 12

(Controlli)

La legittimazione ad agire per la corretta e puntuale attuazione della destinazione è attribuita, conformemente all'art. 2645 ter c.c., oltre che al Conferente, a qualsiasi altro interessato, ivi compreso, naturalmente, il Beneficiario.

eventuale nomina di un garante

E' nominato garante della destinazione _____, il quale viene autorizzato a compiere ogni necessario controllo per verificare, in pendenza della destinazione, il pieno rispetto delle modalità tutte di attuazione della stessa, stabilite dalla legge e nel presente atto, con ciò venendo legittimato espressamente, quale "altro interessato", ad agire per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela posto alla base della destinazione.

N.B. altre clausole da valutare in base al "contenuto" della destinazione

Menzioni urbanistiche ed edilizie e di conformità catastale ⁽²⁹⁾

Diritto di famiglia

Tizio dichiara di essere

Disciplina fiscale

Come evidenziato nella Circolare della Direzione Centrale Normativa e Contenzioso dell'Agenzia delle Entrate n. 3/E del 22 gennaio 2008, il presente atto, non producendo effetto traslativo alcuno, è soggetto ad imposte di registro e ipotecaria in misura fissa; non è soggetto ad imposta catastale in quanto non dà luogo all'esecuzione di voltura catastale.

L'imposta di bollo relativa al presente atto ed alle conseguenti formalità verrà assolta mediante pagamento, all'atto della registrazione con procedura telematica, della somma forfettariamente stabilita nella relativa tariffa allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642.

Spese dell'atto

Le spese anche accessorie del presente atto sono a carico del Conferente.

Trattamento dei dati personali

I componenti danno atto di aver preso visione, ricevendone da me copia, dell'Informativa redatta ai sensi dell'art. 13 del D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 e consentono, per quanto occorrer possa, al trattamento dei dati personali forniti ed alla loro comunicazione e diffusione per le finalità ed entro i limiti indicati nell' Informativa stessa.

Io Notaio ho omesso la lettura degli allegati per volontà dei componenti.

Io Notaio ho letto

ATTI DI DESTINAZIONE – GUIDA ALLA REDAZIONE

PARTE III - Bibliografia ragionata

1. AMBITO DELLA DISPOSIZIONE

Tutti gli studiosi si sono, direttamente o indirettamente occupati dell'**ambito della nuova disposizione**, ma le opinioni non sono state unanime. In particolare, sulla limitazione della sua operatività al **solo piano della pubblicità**, in modo da unificare, in questo senso, il regime delle diverse ipotesi di destinazione, si veda: MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contr. e impr.*, 2006, 626, adesiva a Trib. Trieste, 7.4.2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 524; successivamente, si veda anche Trib. Trieste, 19.9.2007, in *Foro it.*, 2009, 1555 e in AA.Vv., *Atti di destinazione e trust*, a cura di VETTORI, Padova, 2008, 421. La maggioranza degli studiosi ritiene che l'art. 2645 *ter* abbia viceversa valore anche di **norma sostanziale**, nel senso che il legislatore avrebbe inteso prevedere, **in generale, l'atto negoziale di destinazione**, dettandone la disciplina ritenuta essenziale ai fini della sua trascrizione: ALESSANDRINI CALISTI, *L'atto di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ. non esiste? Brevi considerazioni a margine della pronuncia del Tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006*, in *Notariato*, 2006, 531, 541; M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolate di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 187; ID., *Vincoli di destinazione del patrimonio*, in *Enc. Giur. Treccani*, Aggiornamento, vol. XV, Roma, 2007; *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.* 2007, I, 197 e ss.; M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 8; G. CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. I, Padova, 2007, 83; ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 203; GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 166; MALTESE, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Foro it.*, 2006, V, 392; PARTISANI, *L'art. 2645 ter c.c.: le prime applicazioni nel diritto di famiglia*, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 786, nt. 24; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 162; BARTOLI, *Riflessioni sul nuovo art. 2645 ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1298; SPADA, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, 201; PRIORE, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in M. BIANCA, (A CURA DI), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 90; ID., *Redazione dell'atto di destinazione: struttura, elementi e clausole*, in AA.Vv., *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, *Il Sole24Ore*, 2007, 186; PIRRUCCIO, *Trust, effetto di segregazione e art. 2645 ter del codice civile*, in *Giur. merito*, 2007, 905; DE DONATO, *Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili*, in *Negozi di*

destinazione, cit. 250; FALZEA, in *La trascrizione*, cit., 4; LUPOLI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. notar.*, 2006, 467; DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione*, nel *Digesto IV, Discipline privatistiche, civile*, I, Agg., Torino, 2007, 151; MASTROPIETRO, *Profili dell'atto di destinazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 994; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 160; TUCCI, *Fiducie, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onori di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, II, 2959; GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 55; ROSSI, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 del codice civile. L'art. 2645-ter*, in *Riv. notar.*, 2010, 656. Si veda anche la Circolare n. 5/2006 dell'Agenzia del Territorio (nel senso della natura sostanziale della disposizione). Altri ha ritenuto che la disposizione di cui all'art. 2645 *ter* non abbia introdotto la nuova figura giuridica dell'atto di destinazione, ma regolandone gli effetti, avrebbe implicitamente riconosciuto la **legittimità nel nostro ordinamento della destinazione patrimoniale in termini generali**: LENZI, *Le destinazioni tipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 197; LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. notar.*, 2007, 1067; DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1293.

Per l'applicazione dell'art. 2645 *ter* **al di fuori di altre fattispecie già regolate**: BARALIS, *Prime riflessioni*, cit., 144; DORIA, *Il patrimonio*, cit., 501, nt. 51; M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in M. BIANCA – G. CAPALDO (a cura di), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010, 27 e ss.; PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 183; DE DONATO, *Gli interessi riferibili*, cit., 253; SPADA, *Articolazione*, cit., 127; DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione*, cit., 158; MASTROPIETRO, *Profili dell'atto di destinazione*, cit., 1035; GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 73. *Contra* F. VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela*, cit., 1058.

2. EFFETTI

2.1. EFFETTO SEGREGATIVO

Sulla **separazione patrimoniale**, la dottrina ritiene che questa sia assolutamente necessaria nella fattispecie dell'art. 2645 *ter* c.c., ma che essa non possa costituire l'unica e sola causa dell'atto. In questo senso: PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 181; F. VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, cit., 1059. Per ulteriori argomenti sull'essenzialità della separazione CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 282. Sull'effetto di separazione che si ha tra il bene destinato e il patrimonio residuo del conferente: M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 201; *Id.*, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 97 s. e, se lecito, CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 293 s.

Per quanto riguarda **l'effetto della separazione nei confronti dei creditori**, la dottrina maggioritaria ritiene che si tratti di separazione di tipo unilaterale: ANZANI, *Atti di destinazione*, cit., 407; BARTOLI, *Riflessioni*, cit., 1309; G. CINA, *Riflessioni*, cit. 89; CONDÒ, *L'art. 2645 ter* cit., 105; D'ERRICO, *Le modalità della trascrizione*, cit., 90; GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 180; LENZI, *Le destinazioni*, cit., 213; MANES, *La norma sulla trascrizione*, cit., 629; MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, cit., 433; PATTI, *Gli atti di destinazione*, cit. 990; PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 200; MORACE PINELLI, *Atti*, cit., 269; QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1740, nt. 61; ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.*, cit., 186; ROSELLI, *Atti*, cit., 48; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 282.

2.2. EFFETTO TRASLATIVO

Sull'**effetto traslativo**, ossia sulla possibilità che l'atto di destinazione possa produrre il **trasferimento del diritto di proprietà**, la dottrina, quasi all'unanimità, sostiene che detto effetto sia **eventuale**: D'ERRICO, *Le modalità della trascrizione ed i possibili conflitti che possono porsi tra beneficiari, creditori ed aventi causa del «conferente»*, in *Negoziato di destinazione*, cit., 90; DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter*, cit.; DI RAIMO, *L'atto di destinazione*, cit. 62, nt. 49; DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, cit. 507, nt. 68; AN. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negoziato di destinazione*, cit., 35; LEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. notar.*, 2009, 1295; GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 166 e 174; LUPOI, *Gli atti di destinazione del nuovo art. 2645 ter c.c.*, cit., 469; MANULI, *L'art. 2645-ter. Riflessioni critiche*, in *Vita not.*, 2007, 392; OBERTO, *Atti di destinazione (2645 ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, 400; SPADA, *Articolazione*, cit., 122; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 165; RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1240; G. TRIMARCHI, *Gli interessi riferibili a persone fisiche*, in *Negoziato di destinazione*, cit. 262; P. TROIANO, *L'atto negoziale di destinazione: origine dell'istituto e possibili applicazioni in favore di pubbliche amministrazioni*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit. 161.

3. NATURA DELL'ATTO

UNILATERALITA' E BILATERALITA'

Sulla **struttura dell'atto di destinazione**, si ritiene possibile la sua **unilateralità o bilateralità** (in considerazione dell'eventuale trasferimento del bene): A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., 3 e ss.; M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., 11; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 165; LUPOI, *Gli «atti di destinazione» nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv.*

notar., 2006, 469; PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 980; ALESSANDRINI CALISTI, *L'atto di destinazione*, cit., 542; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 60; DE DONATO, *L'atto di destinazione – Profili applicativi*, in *Vita not.*, 2007, 343. Si è anche sostenuto che l'atto di destinazione possa essere **soltanto unilaterale**: DI MAJO, *Il vincolo di destinazione*, cit., 114; G. CIAN, *Riflessioni*, cit., 86; SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 147; DI RAIMO, *L'atto di destinazione dell'art. 2645 ter: considerazioni sulla fattispecie*, in *Atti di destinazione e trust*, cit., 65; RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645 ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, 1241; LA PORTA, *L'atto di destinazione*, cit., 1111; VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in *La trascrizione*, cit., 181; DORIA, *Il patrimonio «finalizzato»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 507; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, 224; in tal caso, si tratterebbe di atto non recettizio: MORACE PINELLI, *Atti di destinazione*, cit., 227; DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 67; SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione*, cit., 125; *contra* GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 6. Non è mancato, poi, chi ha ritenuto **necessario il carattere bilaterale** (con un atto dunque di natura, non soltanto negoziale, ma contrattuale in senso proprio): GAZZONI, *Osservazioni*, cit. 172; BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in *Negozio di destinazione*, cit. 145.

4. ELEMENTI DELL'ATTO

4.1. SOGGETTI

Il conferente

Sulla figura del **conferente**, si è detto che solo colui che possiede la piena **proprietà del bene** è legittimato ad effettuare la destinazione. In tal senso: RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1240; DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, cit. 50. Secondo altri, autorizzato ad effettuare la destinazione sarebbe anche il titolare di un **diritto reale limitato** sulla cosa, ma nei limiti del proprio diritto e sempre a patto che la destinazione non incida sui diritti altrui sullo stesso bene: cfr. già CONFORTINI, voce «Vincoli di destinazione», in *Dizionario del diritto privato*, I, a cura di IRTI, Utet, 1980, 884; ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 401; PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 165; DI RAIMO, *L'atto di destinazione*, cit., 62.

I beneficiari

Anche sulla figura del **beneficiario**, si registrano opinioni divergenti. Vi è chi sostiene che il disponente stesso possa essere beneficiario della destinazione: ROSELLI, *Atti di destinazione*, cit., 49; MANULLI, *L'art. 2645-ter. Riflessioni critiche*, cit., 403;

RUSO, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1256; DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art. 2645-ter*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 1293. Per l'opinione inversa invece: MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust*, cit., 246; BARALIS, *Prime riflessioni*, cit., 136; QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1735; GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 175; PRIORE, *Redazione dell'atto*, cit., 188; MASTROPIETRO, *Profili dell'atto di destinazione*, cit., 1015; MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, cit., 162. A metà tra le due teorie appena riportare, vi è chi ammette il disponente come beneficiario ma non in forma esclusiva: DI RAIMO, *L'atto di destinazione*, cit., 65, nt. 53; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 177, nt. 43.

Sempre sulla **posizione del beneficiario**, secondo una prima tesi, minoritaria, si ritiene che il beneficiario sia titolare di un diritto reale: CONDÒ, *L'articolo*, cit., 97. Prima dell'introduzione dell'art. 2645 ter, ALPA, *Destinazione dei beni e struttura della proprietà*, in *Riv. notar.*, 1983, 7. Ci si è anche riferiti a una posizione caratterizzata dal carattere della realtà: ANZANI, *op. cit.*, 403; ; per la realtà del vincolo di destinazione, da intendersi quale vincolo opponibile ai terzi, M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, cit., 219; ID., *Atti di destinazione e attuazione del vincolo*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Milano, 2008, 199 e ss.; DORIA, *Il patrimonio*, cit., 507; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione*, cit., 119; D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione*, cit., 1521; MATANO, *I profili di assolutezza*, cit., 374; MEUCCI, *La destinazione*, cit., 261; MORACE PINELLI, *Atti*, cit., 233; RUSSO, *Il negozio*, cit., 1247; VETTORI, *Atto*, cit., 776. In senso critico: CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 238 s.

Vi è chi attribuisce al beneficiario una **mera aspettativa**: MATANO, *I profili*, cit., 375. Per la tesi **dell'interesse protetto** invece: RUSSO, cit., 1250. Criticamente: CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 240. Secondo un'ultima tesi, il vincolo di destinazione farebbe sorgere in capo al beneficiario un **diritto di credito**: esplicitamente, G. CIAN, *Riflessioni*, cit., 89; QUADRI, *L'art. 2645 ter*, cit., 1735; PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 188; ROSELLI, cit. 44; STEFINI, *Destinazione*, cit., 82; in modo indiretto: LUMINOSO, *Contratto fiduciario*, cit. 1003 discorre di beneficiario titolare non di pretese reali ma solo di natura personale; MANES, cit., 628, che parla di posizione del beneficiario solo di tipo obbligatorio; DI MAJO, *Il vincolo di destinazione*, cit., 114 per il riferimento a una «posizione di carattere obbligatorio», di un diritto «al bene» e non «sul bene»; ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., 190, ritengono che l'art. 2645 ter non offra elementi decisivi per concludere nel senso della natura reale, ma neanche nel senso della natura obbligatoria del vincolo, sicché si preferisce, per ragioni di ordine sistematico, l'opzione del carattere solo obbligatorio del vincolo.

Il gestore

Quanto al **gestore**, o attuatore, si fa notare che è figura del tutto **eventuale**, che non viene nemmeno menzionata dalla norma: M. BIANCA, *Atto negoziale*, cit., 209; SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 125; CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili*

dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 528; Russo, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1259; ROSELLI, *Atti di destinazione*, cit., 45. A tal proposito, la dottrina si divide riguardo l'eventualità che la gestione sia affidata allo stesso beneficiario o meno. In senso contrario, SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *La trascrizione*, cit., 148. Per i favorevoli: GAZZONI, *osservazioni*, cit., 175; ROSELLI, *Atti di destinazione*, cit., 45; PRIORE, *Redazione dell'atto*, cit., 188; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust*, cit., 250, il quale, però, afferma, senza altre specificazioni, che al beneficiario possa essere affidata la gestione «mediante un autonomo contratto di mandato», affermazione però che, se presa *sic et simpliciter*, non può essere condivisa per quanto detto sopra nel testo.

4.2. CAUSA E MERITEVOLEZZA

Per quanto riguarda invece la **causa della destinazione**, che giustifica l'attribuzione traslativa, si veda: LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, cit., ID., *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit. 265; PALERMO, *Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 147; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 255; QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 58.

Sulla **meritevolezza di tutela degli interessi**, si è detto che questi costituiscono la **causa** dell'atto di destinazione, senza i quali si avrebbe la **nullità** del negozio: D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione*, cit., 1526; LENER, *Atti*, cit., 1060; G. CIAN, *Riflessioni*, cit., 87; LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, cit., 1001, nt. 27; OBERTO, *Atti di destinazione*, cit., 387; ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, 204; ROSELLI, *Atti*, cit., 45; F. VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, in *Stadium iuris*, 2008, 1056, nt. 8; EGIZIANI, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori*, Giappichelli, 2009, 63; PARTISANI, *L'art. 2645-ter*, cit., 786; CLARIZIA, *L'art. 2645-ter c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, cit., 548.

Sempre sulla **meritevolezza**, si è ritenuto che la stessa, anche in considerazione del rinvio contenuto nella norma all'art 1322 c.c., vada interpretata nel senso tradizionale, ossia come **mera non illiceità**; taluno ha ritenuto che debba trattarsi di un interesse socialmente utile: GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976; II, 276; in passato, l'idea era sviluppata da BETTI, *Il negozio giuridico in una recente pubblicazione*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 144 e *Teoria del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, XV, 2, Torino, 1952, 183. Sulla recente rivalutazione della distinzione tra illiceità ed immeritevolezza, v. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv.*

dir. priv., 2005, 305. In tal senso, anche la giurisprudenza: Cass. 13.5.1980, n. 3142; Cass. 15.7.1995, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 934; Cass. 6.2.2002, n. 2288. Per una sintesi delle varie posizioni sostenute dalla dottrina in tema di meritevolezza, v. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* 2011, I, 789 e ss.

Si è detto che sarebbe meritevole di tutela **qualunque interesse lecito**: A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 7; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 16; ID., *La destinazione patrimoniale*, cit., 67; PALERMO, *Configurazione dello scopo*, cit., 75; VETTORI, *Atto di destinazione*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 176; F. VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, cit., 1058; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, cit., t. II, 2320; MEUCCI, *La destinazione*, cit., 232.

Sul **controllo della meritevolezza** degli interessi, ed in particolare sull'esclusione **dell'applicazione dell'art. 28 legge notarile**: BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, 195; IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. soc.*, 1995, 1258; ZANELLI, *La nullità «inequivoca»*, in *Contr. e impr.*, 1998, 1253; ANGELONI, *Gli «atti espressamente proibiti dalla legge» di cui all'art. 28 legge notarile sono dunque solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive*, *ibidem*, 1007; GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5.

4.3. OGGETTO

Quanto all'**oggetto**, la dottrina maggioritaria ritiene che possano essere oggetto di destinazione, oltre che gli **immobili** e i **beni mobili registrati**, **anche quei beni mobili** per i quali l'ordinamento richieda una forma di pubblicità idonea a rendere conoscibili ai terzi l'esistenza del vincolo di destinazione, non essendo l'indicazione della norma tassativa: BARALIS, *Il «meritevole di tutela»*, cit., 146; M. BIANCA, *Novità e continuità*, in M. BIANCA (a cura di) *La trascrizione*, cit., 37; M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*. Atti del Convegno del 21 Novembre 2009 della Fondazione Italiana del Notariato, Milano, Il Sole 24-Ore, vol. 1, p. 106-112; DE DONATO, *L'atto*, cit., 344; DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, cit., 509, nt. 71; PRIORE, *Strutturazione*, cit., in M. BIANCA, (a cura di), *La trascrizione*, cit., 94; QUADRI, *L'art. 2645 ter*, cit., 1726; MEUCCI, *La destinazione tra atto e rimedi*, cit., 163; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 173. Secondo alcuni, rientrerebbero tra questi anche i **titoli di credito** o le **quote delle s.r.l.**: DE DONATO, *Il negozio*, in *La trascrizione*, cit., 41; M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., 34. Altri sostengono che **qualunque bene mobile** possa formare oggetto di destinazione: PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 79.

Si è poi sostenuto che l'indicazione contenuta nell'art. 2645 *ter* sia da interpretare in **senso restrittivo**, ossia che, trattandosi di norma di carattere **eccezionale**, non si possa superare il dato letterale e perciò sia impossibile un'interpretazione analogica: GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 172; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche*, cit., 11; MURITANO, *Negozi di destinazione*, cit., 284; NONNE, *Separazione patrimoniale e modelli familiari: il ruolo del trust*, in *Fam., pers. e succ.*, 2007, 449, nt. 87; PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, cit., 401; RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1252; TROIANO, *L'atto*, cit., 161; ZOPPINI-NONNE, *Fondazioni e trust quali strumenti della successione ereditaria*, cit., 174, nt. 92.

4.4. FORMA

Sulla **forma**, due sembrano le opinioni prevalenti. Vi è chi richiede la forma pubblica requisito *ad substantiam*: ANZANI, *Atti di destinazione*, cit., 400; BARTOLI, *Riflessioni*, cit., 1300; CONDÒ, *L'articolo 2645 *ter* del codice civile*, in *Federnotizie*, 2008, n. 3, 97; LEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli*, cit., 1296; AN. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negozi di destinazione*, cit., 33; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione*, cit., 336; QUADRI, *L'art. 2645 *ter**, cit., 1725; GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 172; OBERTO, *Atti di destinazione*, cit. 413; PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 *ter* c.c.*, in *Vita not.*, 2006, 982.

Si è però avanzata la tesi che la forma sarebbe richiesta ai fini della trascrizione: MURITANO, *Negozi*, cit., 280; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 164; PETTI, *Atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. e separazione consensuale dei coniugi*, in *Obbl. e contr.*, 2008, cit., 238; PICCIOTTO, *Brevi note sull'art. 2645 *ter*: il trust e l'araba fenice*, in *Contr. e impr.*, 2006, 1318; PRIORE, *Redazione dell'atto*, cit., 187; ID., *Trascrizione*, cit., 92; SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in *La trascrizione*, cit., 147; SPADA, in *La trascrizione*, cit., 205. Secondo CLARIZIA, *L'art. 2645 *ter* c.c. e gli interessi meritevoli di tutela*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 548, invece, l'atto pubblico sarebbe richiesto per la gratuità del negozio di destinazione. Quanto però all'estraneità dei concetti di gratuità/onerosità all'atto di destinazione, cfr. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 178, 190 s.

Sull'inserimento dell'atto di destinazione all'interno del **testamento pubblico**: D'AGOSTINO, *Il negozio di destinazione*, cit., 1536; DE DONATO, *Il negozio di destinazione*, cit. 46; D'ERRICO, *Le modalità*, cit., 94; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione*, cit., 337; PETRELLI, *La trascrizione degli atti*, cit., 164; DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione*, cit., 168; PRIORE, *Redazione dell'atto*, cit., 187; TROIANO, *L'atto negoziale di destinazione: origine dell'istituto e possibili applicazioni in favore di pubbliche amministrazioni*, in *La trascrizione*. Cit., 161; MEUCCI, *La destinazione*, cit., 306

5. LA PUBBLICITA' E CIRCOLAZIONE

Sulla natura della **trascrizione** dell'atto di destinazione, molteplici sono le tesi in dottrina. Vi è chi sostiene la natura dichiarativa della trascrizione: D'ERRICO, *La trascrizione*, in M. BIANCA, (a cura di), *La trascrizione*, cit., 125; M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., 49; LUMINOSO, *Contratto fiduciario*, cit. 1001, nt. 28; SALAMONE, *Destinazione*, cit. 157; chi, invece, intende la trascrizione come costitutiva: GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 183; G. GABRIELLI, *La trascrizione*, cit., 338; SPADA, *Articolazione*, cit., 127; G. CIAN, *Riflessioni*, cit., 87; RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni*, cit., 1246.

Sull'assimilazione della trascrizione dell'art 2645 *ter* alla iscrizione e sugli effetti della **mancata trascrizione**: AA.VV., *L'atto notarile*, cit. 27; D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645-ter cc.: prime riflessioni*, in M. BIANCA (a cura di) *La trascrizione*, cit., 126; MANES, *La norma*, cit., 631; PRIORE, *Strutturazione*, cit., 90; NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. BIANCA, (a cura di), *La trascrizione*, cit., 72; QUADRI, *L'art. 2645-ter*, cit., 1739; ROSELLI, *Atti*, cit., 48; in senso critico: CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 220.

Sull'obbligatorietà della trascrizione: PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *La proprietà e il possesso, Diritto Civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, col. II, *Successioni, Donazioni, Beni*, Milano, 2009, 401; PATTI, *Gli atti*, cit., 987.

Sulla **risoluzione dei conflitti connessi alla pubblicità**, la maggioranza degli studiosi, trattandosi di pubblicità dichiarativa, ritiene che sia applicabile l'art. 2644 c.c.: M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., 57; D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo*, cit., 124; ID., *Le modalità della trascrizione*, cit., 88; BARALIS, *Prime riflessioni*, cit., 151; SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 130, nt. 28; SALAMONE, *Destinazione e pubblicità*, cit., 156; DICILLO, *Atti*, cit., 1558. Per ulteriori considerazioni CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 277 s. Quasi all'unanimità, si concorda sul fatto che anche gli aventi causa dal conferente o dal titolare del bene, vadano ricompresi tra i terzi: DE NOVA, *Esegesi*, cit.; G. CIAN, *Riflessioni*, cit., 84; VETTORI, *Atto di destinazione*, cit., 181; M. BIANCA- M. D'ERRICO- A. DE DONATO- C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., 51; D'ERRICO, *La trascrizione del vincolo*, cit., 124; DE DONATO, *L'atto di destinazione*, cit., 343; MORACE PINELLI, *Atti di destinazione*, cit., 264; PETRELLI, *La trascrizione*, cit., 196; EGIZIANO, *Separazione*, cit., 71; DICILLO, *Atti*, cit. 166.

MEUCCI, *La destinazione*, cit., 516

Sul **divieto di alienazione**, in generale R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004; si è detto che il vincolo di destinazione renda il bene inalienabile: D'AGOSTINO, *op. cit.*, 1546; BARTOLI, *Riflessioni*, cit., 1308; DE DONATO, *L'atto di destinazione*, cit., 343; ROJAS ELGUETA, *Il rapporto*, cit., 193; VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in *La trascrizione*, cit., 179; M. QUARGNOLO, *Limitazioni testamentarie al potere di disposizione*, Padova, 2007, 92. L'opinione maggioritaria ritiene, invece, che non necessariamente il vincolo di destinazione comporti in

automatico l'inalienabilità del bene: Così M. BIANCA, *L'atto di destinazione*, cit., *ibidem*; ID., *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. notar.*, 2009, 577; MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione e alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 451.

Sulla posizione del **terzo avente causa**, si è detto che egli debba sottostare all'invasione della propria sfera giuridica da parte del beneficiario: CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione*, cit., 268 s; GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 65.

6. LA TUTELA DEI CREDITORI

Poiché la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, tra i legittimati ad agire ex art. 1421 c.c. si fanno rientrare **anche i creditori**: ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645-ter c.c.*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, a cura di G. DORIA, Torino, 2010, 102; MEUCCI, *La destinazione*, cit., 441; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010, 188.

Sulla **tutela dei creditori** per la diminuzione delle garanzie, a seguito dell'atto di destinazione: DORIA, *Il patrimonio*, cit., 503; QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 330; LA PORTA, *L'atto di destinazione*, cit., 1091; BARALIS, *Prime riflessioni*, cit., 133 e 137; DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione*, cit., 64; D'ERRICO, *Le modalità della trascrizione*, cit., 92; SCADUTO, *Gli interessi meritevoli*, cit. 111; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, cit., 2319; MEUCCI, *La destinazione*, cit., 430 ss.

IV - RIFLESSIONI SU SINGOLI TEMI

Giuseppe Amadio

NOTE INTRODUTTIVE

L'INTERESSE MERITEVOLE DI TUTELA

Premessa

Un discorso efficiente, in merito alla fattispecie introdotta dall'art. 2645-ter, c.c., può essere avviato solo restringendo selettivamente l'attenzione ai nodi interpretativi fondamentali che essa propone: e dunque (semplificando, sino al limite dell'ovvietà) ai due problemi attinenti, rispettivamente, alla cernita degli *interessi meritevoli*, che ne giustificano l'operare, e alla *configurazione strutturale* della fattispecie finalizzata alla destinazione.

A sua volta, l'analisi di struttura andrà declinata, sia sul versante dell'*atto* (di cui dovranno determinarsi, ad esempio, il carattere bilaterale o unilaterale, la natura onerosa o gratuita, la configurazione esclusiva come atto *inter vivos* o anche *mortis causa*) sia su quello degli *effetti*, considerati dapprima in termini di programma regolamentare (e dunque come contenuto precettivo minimo caratterizzante la fattispecie), poi come modificazioni giuridiche che da essa discendono.

La direttrice dell'indagine resta segnata dalla ricognizione degli *interessi meritevoli*; ciò non ostante, nell'avviarne l'esame, l'ordine dei problemi verrà in parte modificato, al fine di favorire una ricostruzione "per gradi", che anche in ragione (e quindi alla luce) degli *effetti* che conseguono alla destinazione, proceda a delimitare l'area degli interessi rilevanti, idonei a giustificarne il prodursi. A questo scopo, il problema della meritevolezza dovrà affrontarsi, in un primo tempo, in termini solo ricognitivi dell'esistente, tentando poi di definirne i possibili criteri di soluzione, anche alla luce della ricostruzione degli effetti dell'atto.

Dei diversi profili si tenterà un inquadramento, limitando per altro il discorso alla mera rilevazione degli equivoci e/o dei falsi problemi che la letteratura sin qui accumulatasi ha messo in evidenza.

L'interesse meritevole: il problema e le opinioni

A dispetto del rinvio testuale, è assai dubbio che la valutazione di meritevolezza, prevista dall'art. 2645-ter, possa coincidere con l'analogo parametro fondante il riconoscimento normativo dei contratti atipici, ex art. 1322 2° c.c.: basterebbe, a dimostrarlo, la natura "relazionale" che il giudizio di meritevolezza assume in ambito

contrattuale, nel quale cioè la ponderazione degli interessi va condotta esclusivamente all'interno del *rapporto tra le parti* (e in vista della recezione da parte dell'ordinamento della regola di rapporto intersoggettiva da esse creata). Laddove, viceversa, *l'opponibilità* del vincolo *ai terzi* impone una messa a confronto di piani di interessi non meramente interni all'atto (e dunque alla sua funzione concreta), che si traduce in una necessaria ridefinizione dei criteri valutativi della meritevolezza stessa.

Se è vero, come lucidamente osservato, che il nuovo istituto valorizza l'autonomia privata, è anche vero che "la creazione di nuovi vincoli sui beni e di limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore", cui esso dà luogo, deve fondarsi su interessi "idonei a prevalere nella *comparazione* con altri interessi" (Alcaro⁽³⁰⁾). Ovvero, più semplicemente, che rispetto a tali interessi esso deve rivelarsi meritevole "di maggior tutela"⁽³¹⁾.

Il sindacato di meritevolezza dell'art. 1322, ormai stabilmente riformulato in termini di giudizio di liceità (e dunque nella messa a confronto della regola privata con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume), esaurisce la propria valenza entro l'ambito tipico dell'autonomia: cioè del potere del soggetto di dettar regole al *proprio* comportamento, di porre precetti modificativi della *propria* sfera giuridica. Il dubbio suscitato dalla norma in esame attiene ai limiti entro i quali la determinazione d'autonomia è in grado di incidere sulla sfera giuridica *altrui*: da quella dei creditori, sicuramente pregiudicata dalla separazione, a quella dei terzi aventi causa, cui il vincolo risulta opponibile per effetto della trascrizione⁽³²⁾.

A questo proposito, e al fine di sgombrare il campo da un possibile equivoco, va sottolineato il diverso grado di tutela garantito agli interessi appena evocati dal sistema, rispetto a quello compatibile con la destinazione.

Se infatti si ha riguardo all'interesse degli aventi causa, un indice rilevante è fornito dalla norma dell'art. 1379, c.c.; che nel sancire l'effetto del vincolo di inalienabilità convenzionale, pur subordinandolo alla ricorrenza di un interesse "apprezzabile" (qualificazione in sé più restrittiva rispetto alla meritevolezza *tout court* e comunque senz'altro più stringente della mera liceità), non esita poi a statuirne l'inopponibilità ai terzi.

Il problema è stato dunque riformulato, sin dalle prime letture, come ricerca del parametro del giudizio di meritevolezza. E a questo proposito, una considerazione d'insieme delle diverse prese di posizione, venutesi delineando nella prima fase del dibattito, consente di aggregarne le indicazioni (vorrei dire la "filosofia di fondo", che ispira ciascuna di esse) attorno a quattro orientamenti principali, cui si assegnano, per pura comodità di sintesi espressiva, le denominazioni che seguono.

La tesi *privatistico-individualistica*

È l'opinione che valorizza integralmente il richiamo all'art. 1322, c. 2°, c.c. La destinazione patrimoniale potrebbe essere disposta a servizio di uno scopo che non trascende la sfera strettamente privato-individuale, e che non riflette per tanto un interesse di rango superiore (riconducibile a collettività superindividuali, o a dirittura di natura pubblica), ma richiede soltanto che si tratti di interesse "non illecito" ⁽³³⁾.

Si noti: ciò non significa prendere posizione sul problema della c.d. "autodestinazione": quella cioè finalizzata alla soddisfazione di un interesse individuale del solo destinante (problema che implica la necessità di sciogliere il nodo della previsione normativa di un "beneficiario" dell'atto). Si tratta più semplicemente di considerare coincidenti gli interessi che il privato può regolare contrattualmente, con quelli che giustificano la destinazione patrimoniale.

A sostegno della lettura, massimamente estensiva dell'ambito di applicazione della norma, sta, con tutta evidenza, il dato letterale: l'indicazione che chiude l'elenco normativo" degli interessi meritevoli (con il riferimento indifferenziato ad "altri enti o persone fisiche") presenta tale ampiezza da consentirne l'interpretazione in tal senso.

Inteso l'art. 2645 *ter* come norma introduttiva di un principio a valenza generale, la soglia di ammissibilità della destinazione finirà per coincidere con quella dell'autonomia contrattuale; al più, sottolineandosi (ma si tratta di osservazione pleonastica) la necessità di un interesse "sufficientemente serio da prevalere sull'interesse economico generale" ⁽³⁴⁾.

In contrario, potrebbe riproporsi l'obiezione già avanzata in apertura, sottolineando la diversa "dimensione" che l'effetto destinatorio è in grado di assumere, rispetto ai confini tracciati dalla norma-principio, che limita *inter partes* l'ambito di efficacia della regola contrattuale. Se è vero, in altri termini, che il valore vincolante del contratto discende dalla sua natura di *auto-regolamento*, e che dunque esso può incidere su qualsiasi interesse lecito degli autori-destinatari (le parti) del regolamento stesso, potrebbe dubitarsi che a una manifestazione di autonomia privata destinata a modificare (come fa l'atto di destinazione) situazioni giuridiche di terzi, presidiate, tra l'altro, dal riconoscimento costituzionale (art. 24 Cost.), l'ordinamento riconosca efficacia con riguardo a una gamma altrettanto ampia di interessi.

La tesi *privatistico-altruistica*

Un correttivo alla tesi estensiva viene apportato da chi, pur ammettendo che "meritevoli" *ex* all'art. 2645-*ter* possano essere anche interessi attinenti alla sfera individuale, richiede che si tratti comunque di interessi "non egoistici" ⁽³⁵⁾.

La formula, a ben vedere, non può essere intesa in termini rigorosi: l'egoismo, infatti, non sembra essere categoria giuridica praticabile in ambito privatistico. Piuttosto, almeno a tener fede alle classificazioni usuali, l'interesse, se considerato in

termini di riferibilità soggettiva, potrà dirsi individuale o superindividuale; quanto alla sfera assiologica di inerenza, si definirà patrimoniale o non patrimoniale.

Che significato assume, a questa stregua, la formula “non egoistico”? Un interesse pur sempre riconducibile al singolo, ma non inerente la sfera patrimoniale? Se così fosse, l’area di incidenza dell’atto di destinazione finirebbe col sovrapporsi a quella delle liberalità; limitazione questa che non sembra facile giustificare, essendo ben possibile immaginare ipotesi di interessi di natura patrimoniale (attinenti, ad es., alla conservazione dell’attività di impresa, o ad altra specifica iniziativa economica anche occasionale) capaci di una ricaduta “collettiva”, che ne giustificerebbe, *prima facie*, l’attrazione all’ambito di operatività della norma, anche se interpretata restrittivamente.

Ma allora, se è vero che “meritevole” può essere anche l’interesse di natura patrimoniale, delle due l’una:

- o il riferimento al carattere “non egoistico” intende alludere alla sfera superindividuale, ed allora la tesi abbandona il suo ambito tipicamente privatistico per ricollocarsi sul piano degli interessi pubblici (e su ciò *infra*);

- oppure è necessario individuare un criterio selettivo degli interessi, pur se aventi natura economica e riconducibili al singolo, che siano tali da assicurare il fine non egoistico che la tesi postula.

La tesi privatistico-costituzionale

Ciò è quanto sembra avvenire nelle opinioni (che possono considerarsi mera variante dell’orientamento appena descritto) che indicano a criterio di selezione degli interessi meritevoli, il loro riconoscimento da parte di norme di rango costituzionale⁽³⁶⁾.

Ciò consentirebbe di recuperare all’ambito applicativo della figura anche interessi individuali di natura patrimoniale, se ed in quanto richiamati dalla Costituzione: si pensi all’iniziativa economica privata o allo stesso diritto di proprietà, se non a dirittura alla successione *mortis causa*, o ancora all’arte, scienza e istruzione, tutelate costituzionalmente anche quando promosse da enti privati; ma introdurrebbe comunque un limite assiologico, che non appare previsto neppure per l’attività delle fondazioni.

La tesi pubblicistica

È la lettura più restrittiva, che valorizza verosimilmente il richiamo alle “pubbliche amministrazioni”, e conclude per la necessità che l’interesse meritevole risponda a un criterio di utilità sociale⁽³⁷⁾.

Si tratta, tuttavia di opinione espressamente smentita dalla lettera della norma, già nella parte iniziale dell'elencazione (quella – per intenderci - ritenuta significativa dalle interpretazioni appunto più restrittive): atteso che gli interessi di persone disabili non necessariamente devono intendersi come pubblici, ben potendo riferirsi al singolo soggetto beneficiario della destinazione. E, del resto, l'impiego della formula "persona fisica beneficiaria" difficilmente si concilia con l'affermata restrizione degli interessi rilevanti alla sfera pubblica.

Neppure si potrà, a sostegno della tesi "pubblicistica", argomentare dalla legittimazione estesa "a qualunque interessato": basti in contrario rammentare l'identica previsione introdotta dall'art. 648, comma 1°, c.c., in tema di onere testamentario, istituto certamente utilizzabile per il perseguimento di interessi individuali del disponente.

E argomenti ulteriori possono trarsi dal diritto positivo.

Così, nel settore *no profit*, dimostra il nuovo regime di riconoscimento persone giuridiche (DPR 361/2000: abrogaz art. 12 c.c.). Riconoscimento (consistente nell'iscrizione nel relativo registro) subordinato unicamente all'accertamento della "possibilità e liceità dello scopo" nonché all'"adeguatezza del patrimonio", con abbandono di qualsiasi riferimento alla natura pubblica dell'interesse sottostante la costituzione.

Non di diritto positivo, ma presente in più di un progetto di riforma, è l'analoga ridefinizione dello scopo della fondazione (nel senso di una sua riscrittura in termini non più di pubblica utilità ma di liceità).

Per quanto attiene alle società commerciali, un argomento è stato indicato nella disciplina delle srl e spa unipersonali, che costituirebbero ulteriori esempi di separazione patrimoniale/soggettivazione fondata su interessi riferibili alla sfera individuale.

A un livello di aggregazione più ampio, i quattro orientamenti possono ricondursi a due presupposti assiologici:

- il primo (che sta a fondamento della tesi individualistica) risolve il giudizio di meritevolezza in un giudizio di liceità;

- il secondo (che ispira, pur se in diversa misura tutte le altre tesi) ricollega invece alla selezione degli interessi meritevoli un significato pregnante e ulteriore.

Vedremo, a chiusura di queste notazioni, che aderire all'uno o all'altro presupposto significa conformare diversamente anche il ruolo assunto dal notaio.

L'interesse meritevole: i criteri di soluzione

Di fronte a un dato normativo divergente (individuazione di categorie specifiche di soggetti [disabili o pubbliche amministrazioni] e, nel contempo, previsione di

chiusura onnicomprensiva [enti o persone fisiche]), i criteri di selezione degli interessi rilevanti dovranno necessariamente incrociare (a) la risposta al quesito circa la *natura* degli stessi, con (b) gli *indici* di meritevolezza ricavabili dal sistema.

a) - Quanto al primo profilo, s'è visto che la lettera della norma, quale che sia l'ampiezza che si intenda attribuirle, non consente di restringere alla sfera superindividuale (o a dirittura pubblica) la ricerca degli interessi meritevoli. Se così è, si diceva, la scelta residua non è tra egoistico/altruistico ma tra patrimoniale/non patrimoniale.

Qui converrà isolare il problema dello *scopo* perseguito dal disponente: ci si potrebbe chiedere, allora, se esso, pur potendo coinvolgere (anche) interessi di natura economica, debba comunque sempre presentare un profilo di "non patrimonialità", dato il riferimento testuale ad un "beneficiario" dell'atto, che potrebbe evocare l'immagine della liberalità. Ma resterebbe da chiarire se si tratti di riferimento pregnante, o se esso piuttosto non alluda (più semplicemente) al carattere gratuito dell'attribuzione (leggi: mancanza di sacrifici economici a carico del beneficiario stesso).

b) - Più sostanziale è la scelta da compiere in ordine al confronto con il sistema. A questo proposito, ci si dovrà chiedere se da esso possano ricavarsi indicazioni atte a individuare il "tipo" funzionale, a determinare cioè le categorie di interessi idonei a fondare il giudizio di meritevolezza.

Due sono i possibili atteggiamenti dell'interprete in proposito:

- il primo mira a ricavare l'idea di funzione esclusivamente dal dato specifico, offerto dalla descrizione della fattispecie nuova (è l'atteggiamento più ricorrente di chi si muove entro un orizzonte "endo-normativo", argomentando – ad es. – solo in base all'elencazione, o a dirittura dall'ordine dell'elencazione in esso presente);

- il secondo atteggiamento ermeneutico consiste nel mettersi alla ricerca di ipotesi ulteriori di destinazione/separazione, presenti nell'ordinamento e assimilabili, per affinità, all'ipotetico *genus* di appartenenza della nuova figura, per tentare la costruzione di una vera e propria tassonomia di valori, alla luce dei quali tracciare i possibili ambiti di incidenza del congegno nuovo.

Opzione, quest'ultima, che sembra l'unica capace di inscrivere il congegno stesso nella trama assiologica ricavabile dall'ordinamento, garantendone (o almeno tentandone) la riconduzione al sistema.

Qui, a dir la verità, si rende necessaria una precisazione.

È stato scritto che l'autentico fattore di novità introdotto con la nuova disciplina consiste nel legittimare una "separazione patrimoniale non condizionata a scopi preselezionati" dal legislatore⁽³⁸⁾: in parole più semplici, di aver prefigurato uno strumento segregativo atipico.

In questa prospettiva, il confronto con le ipotesi tipizzate dal legislatore mira a fornire solo un primo indice, individuando quelle categorie di interessi, in ordine alle quali si delinea una valutazione *normativa* di meritevolezza (ai fini dell'ammissibilità della tutela forte rappresentata dalla separazione patrimoniale); che non esclude, per altro, come subito si dirà, la ricerca di ulteriori ambiti di operatività dello strumento.

Imboccata, dunque, la seconda via, l'analisi di funzione muoverà necessariamente dal piano degli *effetti* dell'atto, e in particolare da quelle conseguenze di esso che maggiormente paiono confliggere con i principi, valendo per ciò stesso a individuarne la peculiare conformazione.

Non potendo, in questa sede, proporre un esame analitico, e procedendo piuttosto a una considerazione d'insieme, diremo che gli effetti più "forti" dell'atto di destinazione trascritto sembrano potersi riassumere nell'*opponibilità* ai terzi del vincolo (assunta per ora nel suo tenore letterale, che in seguito dovrà riempirsi di contenuto) e nella *separazione patrimoniale*.

Che si tratti di effetti non sconosciuti al sistema, testimoniano le singole ipotesi tipiche di destinazione, quasi costantemente connotate dalla modifica delle regole ordinarie in tema di responsabilità patrimoniale.

Non sembra dunque impossibile, già alla luce di questi primi indici, tentare quella ricostruzione per "tipi" cui si accennava poc'anzi: individuando, cioè, categorie di interesse la cui meritevolezza si desume dalla stessa tipizzazione normativa. Ed è ragionevole pensare che entro questi *genera* sia possibile attingere, al fine di riconoscere base funzionale all'atto di destinazione volto a realizzare scopi identici o analoghi.

Si è parlato in dottrina, a questo proposito, di *classi* di interessi, e si è raggiunta una *prima conclusione*: nel senso di ritenere senz'altro meritevoli gli interessi perseguiti dall'atto di destinazione quando essi possano ricondursi a una di queste classi. Il che tuttavia, si è precisato, non impedisce di allargare l'ambito, individuando ipotesi ulteriori in cui l'interesse alla destinazione risulta ugualmente meritevole, pur non appartenendo a una delle classi già riconosciute e tipizzate dalle fattispecie normative.

Segue: il confronto con i tipi legali

Così, per limitarci a una prima esemplificazione (e tralasciando le destinazioni realizzate mediante una nuova "soggettività", anche non personificata), potremmo dire che lo schema destinazione+separazione si ritrova:

- nel fondo patrimoniale;
- nella comunione legale (secondo alcuni, e parzialmente);
- (in parte) nei beni oggetto di sostituzione fedecommissaria;

- nei patrimoni destinati a specifici affari.

Conseguentemente, una prima ipotesi di lavoro, che nei successivi interventi dovrà sottoporsi a verifica (di volta in volta facendo applicazione della logica protettiva che informa le scelte del legislatore nello specifico settore) ⁽³⁹⁾, conduce a chiedersi se l'atto di destinazione possa impiegarsi

- per dotare di beni la c.d. famiglia di fatto;

- per regolare le attribuzioni al coniuge in vista della separazione e del mantenimento dei figli;

- per disporre destinazioni *post mortem* analoghe (in quanto disposte, ad es., in favore di soggetti diversi da quelli previsti ex art. 692, c.c.) alla sostituzione fedecommissaria tipica;

- per costituire la dotazione necessaria a uno specifico affare anche oltre i confini soggettivi delle fattispecie tipizzate (ad es., in società diverse, o nella stessa impresa individuale;

- per realizzare destinazioni durevoli a uno scopo di tipo fondazionale, senza costituire la struttura organizzativa corrispondente;

e via dicendo.

Al criterio qui accolto, fondato sulla ricognizione delle fattispecie tipiche, sono state mosse due obiezioni, di cui si deve tener conto.

La prima fa leva sul limite che proprio la tipizzazione normativa dovrebbe imporre all'estensione della tutela: data – ad es. - la disciplina del fondo patrimoniale, se ne deduce l'inutilizzabilità del vincolo per realizzare finalità analoghe nella famiglia di fatto, in quanto ciò condurrebbe ad ammetterne una tutela maggiore rispetto a quella assicurata *ex lege* alla famiglia legittima ⁽⁴⁰⁾.

Ma potrebbe replicarsi osservando che l'evoluzione dei valori familiari e l'analogia degli interessi protetti, unitamente alla mancanza di una tutela tipica concorrente, parrebbero consentire, piuttosto che escludere, il ricorso allo strumento nuovo.

La seconda obiezione si fonda su una presunta non sovrapponibilità degli ambiti applicativi dei diversi strumenti: il che equivale ad affermare l'inutilizzabilità del vincolo in sostituzione dello strumento tipico. Non sarebbe perciò ammesso, per restare all'ultimo esempio, un vincolo destinazione diretto a realizzare gli interessi della famiglia legittima, in quanto a tal fine dovrebbe ritenersi esclusiva la forma di protezione tipizzata nel fondo patrimoniale ⁽⁴¹⁾.

Qui, piuttosto, varrebbe la pena di ragionare in base alla *diversità degli effetti*, conseguibili da ciascuno strumento: per valutare se essa debba giudicarsi incompatibile in sé, o se piuttosto non sia proprio tale diversità a consentire l'impiego alternativo dell'una o dell'altra forma di tutela.

Una soluzione intermedia, già ricordata, sostiene l'ammissibilità del congegno nuovo, almeno in tutti i casi in cui si indebolisca il presupposto applicativo dello strumento tipico (come avviene tipicamente nella crisi coniugale).

Il vero nodo da sciogliere resta comunque il rapporto tra le singole fattispecie normative di destinazione preesistenti, e la nuova norma: che forse non è impossibile costruire (pur in prospettiva cronologicamente invertita) come rapporto tra *species* e *genus*, superando così in radice entrambe le obiezioni.

Conclusioni: le conseguenze dell'immeritevolezza e il ruolo del notaio

Nell'avviare l'analisi, si è enunciata la convinzione che la meritevolezza *ex art.* 2645 *ter* non coincida con quella di cui all'art. 1322, cpv. E che, per tanto, la selezione degli interessi rilevanti ai fini dell'applicazione della prima norma, sconti il confronto con un criterio più restrittivo di quello della mera liceità, sufficiente all'operare della seconda.

Ciò potrebbe indurre l'interprete, e ancor più il notaio chiamato ad applicare lo strumento, a pensare che in tal modo esso veda limitata la propria sfera di applicazione, al tempo stesso imponendo un controllo di meritevolezza assai difficile da compiere preventivamente. E che viceversa, abbassando la soglia al livello della "non illiceità", lo spazio così riconquistato dall'autonomia negoziale riconduca il ruolo del notaio entro confini più noti e rassicuranti. Non potendosi negare che la valutazione di non contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, si fonda su parametri ben più sicuri e facilmente accertabili.

In realtà, quale che sia la tesi che si ritenga di assumere in ordine al criterio selettivo degli interessi meritevoli, in prospettiva notarile il dubbio decisivo attiene alle conseguenze dell'immeritevolezza (cioè di un esito negativo del relativo giudizio), e al soggetto cui tale giudizio dev'essere affidato.

Anche qui la disparità di opinioni è tale, che riesce difficile persino individuare un orientamento prevalente.

Volendo esprimere una sensazione, potremmo dire che l'alternativa che si è venuta delineando in dottrina, tra nullità dell'atto e mancato prodursi dei suoi effetti *forti* (opponibilità ai terzi e separazione patrimoniale), può sciogliersi solo in base alla diversa accezione di meritevolezza, che si decida di accogliere:

- se la si identifica con la liceità, è pensabile (in suo difetto) un esito in termini di invalidità radicale dell'atto;

- se viceversa della meritevolezza si assume un significato pregnante sul piano assiologico [per cui anche un interesse lecito non può, per ciò stesso, ritenersi meritevole della tutela forte di cui alla norma in esame] l'esito negativo del giudizio inciderà non tanto sulla validità dell'atto, quanto sul prodursi degli effetti peculiari, in cui quella tutela si sostanzia.

Messe a confronto con la funzione notarile, le due prospettive conducono a esiti opposti, in ordine al ruolo, cui il notaio dovrebbe essere chiamato:

laddove il giudizio si traduca in una mera valutazione di liceità, esso potrà a ragione

ritenersi ricompreso nel controllo di legalità dell'atto, cui il pubblico ufficiale è ordinariamente chiamato;

se viceversa della meritevolezza debba giudicarsi in termini di peculiare qualificazione

dell'interesse sul piano etico-assiologico, resterà esclusa la possibilità di fondare tale giudizio

- o su un divieto espresso di ricevere l'atto che intenda realizzarlo,

- o sulla sua manifesta contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume,

cioè sui normali indici di liceità dell'interesse medesimo.

In altri termini: se la meritevolezza si colloca (come in questa sede si sta ipotizzato) su un piano diverso e ulteriore rispetto alla mera liceità, quegli indici diventano inutilizzabili al fine di valutarla: ma per ciò stesso vengono meno gli unici parametri idonei (secondo l'opinione del tutto consolidata) a fondare una responsabilità del notaio, e a consentirgli, per converso, di rifiutare il proprio ministero.

Aver costruito quello sulla meritevolezza come giudizio più pregnante rispetto al controllo di liceità, consente, in definitiva, di escludere tanto la competenza del pubblico ufficiale a svolgerlo, quanto la possibilità di rifiutare il proprio ministero, in ragione di un suo esito negativo: la sussistenza di un interesse lecito, anche se "immeritevole" (nel senso che qui si è tentato di illustrare), sarà infatti sempre sufficiente a salvare la validità dell'atto, e la sua efficacia *inter partes*, anche se risulterà inidoneo a rendere la destinazione opponibile ai creditori (*sub species* di separazione patrimoniale) e ai terzi aventi causa.

E di questa inopponibilità il notaio (non come pubblico ufficiale, ma) in qualità di professionista, dovrà rendere edotto il disponente.

Esclusa dunque la competenza del notaio, e a maggior ragione quella dei conservatori (data la tassatività delle ipotesi di legittimo rifiuto di cui all'art. 2674, c.c.), un controllo pregnante di meritevolezza (come quello richiesto dalla tesi – qui suggerita – che non la identifica con la semplice liceità) va gioco forza affidato, come mostra di ritenere la prevalente opinione, al giudice.

Controllo necessariamente successivo, ma in ciò non diverso da analoghe valutazioni cui l'atto di autonomia privata è soggetto (si pensi, per tutti, all'esempio della frode alla legge).

Francesco Macario

GLI ATTI DI DESTINAZIONE EX ART. 2645 TER C.C.
NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE:
AUTONOMIA DEL DISPONENTE E TUTELA DEI CREDITORI

SOMMARIO: 1. I termini tradizionali della riflessione sull'art. 2740 c.c. – 2. Il “rapporto di responsabilità”: dal principio di universalità alle nuove forme tipizzate di articolazione del patrimonio – 3. La disciplina delle limitazioni della responsabilità patrimoniale e gli atti di destinazione – 4. La diversa rilevanza dell'atto di destinazione ai fini del giudizio di invalidità dell'atto e di inefficacia rispetto ai creditori e ai terzi – 5. (*segue*) Meritevolezza degli interessi e tutela dei creditori e dei terzi.

1. Tra gli ambiti disciplinari significativamente incisi, in alcuni casi davvero in modo radicale, dalle innovazioni legislative degli ultimi decenni, così come dall'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale – anche, evidentemente, sulla spinta dei complessi fenomeni connessi alla circolazione dei modelli tra ordinamenti diversi, soprattutto in ambito europeo - può senz'altro annoverarsi quello che, nel nostro ordinamento, fa riferimento al binomio “responsabilità e garanzia patrimoniale”.

Se per un verso tale constatazione, all'apparenza peraltro pressoché scontata, sembrerebbe scavare un solco incolmabile tra le impostazioni, rispettivamente, delle analisi dottrinali sulla disciplina di cui agli artt. 2740 ss. c.c. a ridosso della sua entrata in vigore (a partire dunque dalla metà del secolo appena trascorso) e delle più recenti indagini, essa potrebbe, per altro verso, rendere il confronto piuttosto interessante e utile per comprendere meglio gli scenari attuali della responsabilità patrimoniale nel nostro ordinamento.

Si tratterebbe in tal senso di ricercare i nessi tra studi – *in primis*, si annoverano quelli di Rosario Nicolò e di Domenico Rubino che hanno affidato a poche pagine, in forma rispettivamente di commentario e di trattato di diritto civile le loro preziose considerazioni ⁽⁴²⁾ - incentrati su principi e regole generali quali fulcro ideale di un sistema che il legislatore ha voluto racchiudere nel codice civile (all'epoca, peraltro, di nuovo conio, e quindi autenticamente rappresentativo della cornice giuridica nella quale avrebbero potuto trovare collocazione e giustificazione anche eventuali nuove discipline) e una produzione scientifica che può ben essere definita specialistica, nel confronto con quella tradizionale, in quanto relativa a specifici aspetti e ambiti della realtà socio-economica (di norma, maturata in relazione a interventi legislativi relativi a determinati settori).

Tale riflessione, spesso indotta s'è detto dai nuovi fenomeni e/o dalle relative (e altrettanto innovative) discipline, non poteva che mostrare un'accentuata tendenza 'centrifuga', proprio in quanto stimolata dalle novità e relativa a singoli aspetti della più ampia tematica generale, al punto da evidenziare l'obsolescenza, o almeno l'insufficienza, della cornice normativa codicistica, all'apparenza eccessivamente costrittiva, e perciò non sempre idonea ad assecondare l'evoluzione della prassi, per una ridefinizione del sistema.

Va detto, sempre in via preliminare, che ad alcune trattazioni sul tema generale, comparse per lo più in forma di voce enciclopedica, di trattato o di commento - a cominciare proprio dalle pagine di Nicolò e di Rubino cui s'è fatto appena cenno ⁽⁴³⁾ - con una veste necessariamente (anche se non esclusivamente, s'intende) compilativa, fa riscontro un numero piuttosto esiguo di contributi monografici di tipo generale ⁽⁴⁴⁾, mentre tutt'altro che trascurabile è la produzione scientifica su temi e istituti particolari (che si risolve in una letteratura impegnata nel pressoché costante confronto con i principi e le regole generali cui il codice civile affida la materia della responsabilità e della garanzia patrimoniale).

In tale inevitabile raffronto è comune la constatazione della tendenza della prassi mercantile a liberarsi da (o almeno allentare) i vincoli che, nella *communis opinio*, condizionerebbero l'autonomia privata in ossequio a detti principi e regole generali, ma anche, parallelamente, l'evoluzione del sistema attraverso una normativa che impone di riconsiderare la cornice dei principi e delle regole generali consegnata al codice civile. Per rendere più concreto il discorso, ci si potrebbe limitare ad alcuni ma sufficientemente emblematici esempi, come quelli relativi alle (variegata) discipline sui patrimoni destinati o agli atti di destinazione patrimoniale di cui alla novella introdotta con l'art. 2645 *ter* c.c., in termini più generali, così come alla separazione e segregazione ⁽⁴⁵⁾, vicende queste ultime rifluenti in vario modo nella complessa tematica del *trust* o, come talvolta si è preferito dire, dei *trusts* ⁽⁴⁶⁾.

Nella produzione scientifica relativa a questi ultimi temi è evidente il già ricordato effetto centrifugo rispetto al sistema confluito e, al tempo stesso, delineato nel codice civile: un sistema che, alla stregua di una diffusa *communis opinio*, è ritenuto per più versi inadeguato a giustificare e fondare la nuova realtà normativa, ma che soprattutto appare impreparato di fronte alle nuove esigenze dell'economia e del commercio, soprattutto di tipo transnazionale.

È tuttavia proprio questa considerazione che (avrebbe dovuto e ancora oggi) dovrebbe indurre a prendere le distanze dalla semplicistica e sommaria condanna di inattualità, per così dire, della disciplina espressa nel codice civile, cercando semmai di cogliere, attraverso le evoluzioni maturate sui diversi piani - quello legislativo, in primo luogo, ma anche della sensibilità giurisprudenziale, oltre che dell'analisi dottrinale, soprattutto quella condotta con una corretta applicazione del metodo comparatistico - le nuove articolazioni del sistema stesso, senza dimenticare la rilevanza dell'analisi

storico-comparativa che può senz'altro aiutare a comprendere le ragioni delle attuali difficoltà nel coordinare la normativa in esame (in particolare, l'art. 2740) con le esigenze attuali della prassi e dell'attività negoziale posta in essere nell'esercizio dell'autonomia privata ⁽⁴⁷⁾.

Interrogare la storia e, inevitabilmente, anche la comparazione, alla luce delle radici francesi della nostra codificazione, significa giungere a ricondurre la norma e, più correttamente, il principio alla stessa sotteso al privilegio ipotecario dell'*ancien régime* e agli esiti del dibattito che si svolse intorno ai modelli disponibili per i legislatori del *Code civil* ossia il modello romano dell'ipoteca generale, indeterminata e occulta, quello francese pre-rivoluzionario della coesistenza della pubblicità delle ipoteche (appositamente istituita) e quello, infine, che supera il compromesso e, con la legge 11 brumaio dell'anno VII, è informato alla pubblicità e alla specialità delle ipoteche. È evidente che, considerando la normale informalità dei rapporti commerciali, e dunque la sostanziale impossibilità di far funzionare adeguatamente un sistema della responsabilità patrimoniale che avrebbe visto l'inevitabile soccombenza del credito commerciale, in quanto non specificamente garantito, di fronte a qualsiasi creditore (ipotecario), si dovette procedere nel senso della riserva di "un codice, una giurisdizione e un sistema di esecuzione forzata separati per i rapporti tra commercianti" ⁽⁴⁸⁾, fino a che – per una serie di ragioni pratiche, che si risolvevano nell'esigenza di conservare la coesistenza dell'ipoteca della moglie sui beni del marito, dei sottoposti a tutela e del fisco con la pubblicità introdotta dalla legge post-rivoluzionaria – Portalis si mise all'opera per fugare le preoccupazioni dello stesso Napoleone e così conciliare i diversi sistemi (quello delle garanzie occulte, non eliminabili s'è detto, con la pubblicità imposta alla costituzione dell'ipoteca mediante iscrizione), con una formulazione che suddivide le garanzie (in termini di cause legittime di prelazione, nel linguaggio adoperato poi dal nostro legislatore) in privilegi e ipoteche, dando vita ai primi per farvi "confluire le tradizionali caratteristiche delle ipoteche generali ed indeterminate (...) con il risultato che gli effetti dei due tipi di garanzia reale si confondono tra loro" ⁽⁴⁹⁾.

Ricondotta l'enunciazione dei principi generali in tema di responsabilità patrimoniale alla loro matrice storica, non è difficile rinvenire le ragioni, di indole spiccatamente metodologica, del fatto che, per la civilistica formatasi a ridosso dell'emanazione del codice civile del 1942, il punto di partenza per collocare all'interno dell'intero sistema del diritto civile la responsabilità patrimoniale dovesse essere costituito dalla definizione del rapporto esistente tra lo stesso concetto di responsabilità (di cui all'art. 2740) e l'adempimento ossia il "dovere di prestazione" del debitore. In tal senso, veniva accolta con favore la semplificazione della formulazione normativa - rispetto a quella dell'art. 1948 c.c. 1865 -, nella misura in cui essa contribuiva a chiarire l'autonomia tra i concetti di "responsabilità patrimoniale" e di "obbligo del debitore" nei confronti del creditore (come dovere di prestazione).

Pur non potendosi negare l'ideale continuità o, se si preferisce, una sorta di nesso teleologico tra la disciplina di cui all'art. 1218 e quella della "responsabilità patrimoniale" di cui all'art. 2740⁽⁵⁰⁾, è chiaro che la distinzione (con la conseguente collocazione) della disciplina sulla responsabilità del debitore all'interno del codice civile nelle due sedi, rispettivamente del Libro IV, in ordine a tutto quanto attiene (ma anche si limita) al rapporto obbligatorio, e del Libro VI, in relazione invece a quel che concerne (e si estende a) la "tutela dei diritti" dei terzi (creditori e aventi causa), forniva la riprova del fatto che il nuovo legislatore aveva avuto "piena consapevolezza del problema dogmatico"⁽⁵¹⁾.

Sarebbe stato possibile, in tal modo, superare le controversie dottrinali sul concetto di responsabilità, soprattutto sulla distinzione tra debito e responsabilità maturata in area tedesca (in un confronto tra le idee di *Schuld* e di *Haftung*, che aveva sollevato questioni non semplici, al cui studio anche la migliore dottrina italiana si era appassionata⁽⁵²⁾, ma che si erano rivelate, tuttavia, di ordine quasi esclusivamente teorico), assumendo una prospettiva dogmatica intesa a guardare all'obbligazione come rapporto di diritto sostanziale espressivo al contempo dei due elementi: (a) il dovere del debitore di tenere un comportamento funzionale alla realizzazione della prestazione dedotta in obbligazione, con lo speculare diritto del creditore alla stessa prestazione e, dall'altro lato, (b) la responsabilità del patrimonio, con il consequenziale diritto del creditore avente ad oggetto i beni componenti lo stesso patrimonio⁽⁵³⁾.

La dimostrazione della "inconsistenza di un diritto del creditore alla prestazione del debitore" e il riconoscimento – si allude alla più attenta e autorevole dottrina civilistica italiana nella prima metà del Novecento - che tale diritto "ha per oggetto il bene dovuto e non già il comportamento del debitore"⁽⁵⁴⁾, aveva segnato un progresso nella concezione del diritto di credito come "potere di conseguire il bene dovuto" nei due modi alternativi: con l'adempimento o con l'esecuzione forzata⁽⁵⁵⁾, necessariamente avente ad oggetto il patrimonio: "[l]a dissociazione del debito e della responsabilità – afferma Nicolò – diventa così completa e definitiva".⁽⁵⁶⁾

Il punto di vista dal quale considerare la vicenda giuridica è quello del creditore ossia della consistenza del suo diritto (e non quello del debitore ossia dell'adempimento, su cui Nicolò concentrerà la sua attenzione qualche anno dopo, in modo specifico e più puntuale con una "voce" enciclopedica⁽⁵⁷⁾). La conseguenza, evidente oltre che convinta, è l'adesione alle teorie "patrimoniali" dell'obbligazione, che peraltro avevano trovato nell'insegnamento di Salvatore Pugliatti un significativo riscontro, nel momento in cui, considerando la realizzazione del diritto di credito attraverso l'esecuzione forzata e i rapporti di quest'ultima con il "diritto sostanziale", egli rilevava la sostanziale indifferenza dell'attività propria del debitore, ai fini della realizzazione del diritto del creditore⁽⁵⁸⁾.

Nonostante le autorevoli radici dottrinali della concezione 'patrimoniale', e al di là della rilevanza del dibattito sul piano applicativo⁽⁵⁹⁾, l'equilibrio tra le due

contrapposte ricostruzioni del concetto di obbligazione – s'intende, quella patrimoniale e quella personale - si sposterà, in seguito, a favore di quest'ultima ⁽⁶⁰⁾, a partire dall'elaborazione di Michele Giorgianni (non a caso, allievo accademico di Nicolò). L'idea di fondo spingeva nel senso di rivalutare la considerazione del comportamento del debitore nell'adempimento dell'obbligazione ⁽⁶¹⁾ - sulla scia e con la chiara eco della tesi sostenuta da Emilio Betti in ordine alla logica e alla finalità di cooperazione e di responsabilità nell'adempimento ⁽⁶²⁾ - mentre agli inizi degli anni Novanta l'equilibrata e sapiente rielaborazione della disciplina generale delle obbligazioni da parte di Umberto Breccia vedrà la fusione dei due approcci nel "concorso dei due profili" facenti capo, rispettivamente, al bene dovuto (ossia al risultato nella prospettiva del creditore) e alla prestazione (ove la vicenda sia considerata dal lato passivo del rapporto, ossia dalla parte del debitore) ⁽⁶³⁾.

2. La concezione prevalsa nell'insolita struttura del codice civile del 1942, senza dubbio originale rispetto alle altre codificazioni vigenti, si manifesta così in quello che viene definito "rapporto di responsabilità", rappresentabile come "situazione strumentale che metteva le sue radici nel rapporto di obbligazione, ma si svolgeva sul terreno del diritto processuale" ⁽⁶⁴⁾, consacrando così definitivamente la scissione tra obbligo e responsabilità, riflessa nella già ricordata separazione delle due discipline: dell'obbligazione (nel Libro IV) e della responsabilità (non già del debitore, considerato all'interno del rapporto obbligatorio, bensì) patrimoniale (compresa nel variegato contenuto del Libro VI), quest'ultima classificabile – assecondando l'intuizione recepita anche del legislatore codicistico del 1942 – "fra le situazioni giuridiche strumentali che stanno a cavallo tra il diritto sostanziale e il diritto processuale" ⁽⁶⁵⁾.

La responsabilità patrimoniale, dunque, nel sistema delineato dal codice civile, si troverebbe "configurata come un *mezzo di tutela* del diritto del creditore"; ciò che consente di affermare, in via consequenziale, che essa "non è un elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco" ⁽⁶⁶⁾ potendo essere poi considerata "dal punto di vista funzionale come una delle *sanzioni* dell'inadempimento dell'obbligo" ⁽⁶⁷⁾. In quanto interna alla sistematica del diritto sostanziale, avente ad oggetto l'obbligo e la responsabilità del debitore, la scissione non legittima in ogni caso la qualificazione della norma espressa dall'art. 2740 come regola di diritto processuale ⁽⁶⁸⁾, poiché "non è essa stessa una norma strumentale, ma contiene un precetto materiale" ⁽⁶⁹⁾; le norme del processo civile, secondo la funzione loro propria, si limitano infatti a prevedere e disciplinare i mezzi con cui la forza coercitiva del diritto sostanziale si esplica per la realizzazione concreta della pretesa del creditore ⁽⁷⁰⁾.

La sua precisa finalità è, evidentemente, di determinare l'oggetto dell'eventuale azione esecutiva (con riferimento a tutti i beni del debitore), mentre, una volta fissato l'oggetto (della garanzia e) della responsabilità, possono e devono armonizzarsi e coordinarsi, tanto con la norma in esame quanto, tra loro, le disposizioni sulle cause di

prelazione (la cui funzione è quella di rafforzare e, pertanto, più efficacemente garantire la responsabilità patrimoniale), ma anche le disposizioni sui mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, considerate così strettamente connesse alle disposizioni generali in esame, da indurre la dottrina più attenta a individuare due fasi della responsabilità patrimoniale: (a) una potenziale, per così dire, e (b) una attuale, a seconda della collocazione temporale (precedente o successiva) rispetto all'inadempimento ⁽⁷¹⁾.

Correttamente sottolineata l'esigenza di mantenere separate le discipline - quella processuale rispetto a quella sostanziale - relative alla garanzia e alla responsabilità, si nota come la sistematicità dell'insolito (s'è detto, nella tradizione codicistica europea) Libro VI sulla "tutela dei diritti" possa cogliersi soltanto sul piano funzionale, mentre i caratteri dei diversi istituti (che li connotano in termini strutturali) si desumono dalla loro disciplina positiva, la quale - in se stessa considerata, ossia in assenza della prospettiva funzionale adottata dal legislatore - potrebbe indurre a rilevare più d'una obiezione sulla collocazione ⁽⁷²⁾

Può essere sufficiente considerare, in tal senso, il caso delle garanzie reali, la cui sottrazione alla loro naturale, si sarebbe tentati di dire, collocazione nel Libro III (affiancandosi, strutturalmente, quelli di garanzia ai diritti reali "di godimento") può comprendersi soltanto nella nuova prospettiva adottata da un legislatore che non si fa scrupoli di superare la visione esclusivamente dogmatica della trattazione unitaria dei diritti reali (in seconda battuta, a livello di *species*, distinguibili fra diritti di godimento e, rispettivamente, di garanzia) per accedere a una raffigurazione normativa della garanzia e della responsabilità patrimoniale decisamente più moderna (sempre in considerazione dell'assetto dei codici all'epoca vigenti), all'insegna della "tutela dei diritti" dei creditori e dei terzi ⁽⁷³⁾.

Cogliere quest'aspetto decisivo della nuova sistematica codicistica non è di poco conto, in quanto consente di comprendere che la disciplina della responsabilità patrimoniale, se è vero che "è l'indice decisivo che rivela la giuridicità del rapporto obbligatorio" ⁽⁷⁴⁾, esprime in ogni caso anche l'esigenza irrinunciabile dell'ordinamento di guardare al di là del rapporto obbligatorio (che si limita, necessariamente, a considerare i contrapposti interessi del debitore e del creditore, così come disciplinati nel Libro IV ossia all'interno della vicenda giuridica avente a oggetto l'adempimento e l'inadempimento), per considerare il complesso reticolato costituito dai numerosi e diversi rapporti, in senso giuridico ed economico, che ruotano intorno al patrimonio del debitore assoggettato alla garanzia (e poi all'esecuzione forzata), nell'interesse dell'intero ceto creditorio e dei terzi.

La sintetica e, al tempo stesso, incisiva rappresentazione offerta da studiosi come Rosario Nicolò e Domenico Rubino - cui va riconosciuto il merito, tra l'altro, di avere razionalizzato i risultati delle riflessioni della migliore dottrina che, nei decenni precedenti, pur nella sudditanza psicologica verso le elaborazioni dogmatiche

tedesche, come dimostra emblematicamente il dibattito sulla nota endiadi “*Schuld und Haftung*”, aveva preparato il terreno per quello che sarebbe stato il nuovo assetto del codice civile – consente di ritenere che la dimensione atomistica e isolata del (singolo) rapporto obbligatorio sia superata, nella strutturazione della responsabilità patrimoniale all’interno del Libro VI, ove il legislatore intende fissare le regole dei conflitti tra soggetti terzi (*in primis*, dunque, tra i creditori, destinati a incrociarsi, nelle più varie combinazioni, soprattutto in sede di procedura concorsuale) relativamente al medesimo patrimonio del comune debitore.

E’ anche merito degli studi dottrinali del tipo di quello in esame – indagini esegetiche che oggi potrebbero apparire superate, almeno in una frettolosa valutazione asseritamente ‘modernista’ – se i principi ivi stabiliti, proprio in quanto considerati nella ricordata prospettiva funzionale della “tutela dei diritti”, hanno costituito, e tuttora costituiscono, l’ossatura di un sistema decisivo per l’ordinamento; un sistema in evoluzione, che diviene sempre più complesso in termini normativi, ma che, proprio per queste ragioni, necessita oggi, forse ancor più che in passato, di solidi punti di riferimento in termini generali (come dimostrano i problemi insorti nell’applicazione delle disposizioni normative contenute nella novellata legge fallimentare).

E così, nell’analisi esegetica dell’art. 2740 - muovendo dal 1° comma ossia con riferimento all’espressione “tutti i [suoi] beni presenti e futuri” del debitore - la norma non sembrava presentare particolari difficoltà applicative, posto che la più ampia definizione dell’oggetto sui cui insiste la garanzia e la responsabilità avrebbe reso soltanto necessaria l’individuazione di un “limite concreto” costituito dalla funzione soddisfattiva delle ragioni del creditore (secondo la concezione funzionalistica che traspare soprattutto dalle pagine, cui s’è fatto più volte riferimento, di Rosario Nicolò).

Un limite, dunque, da verificare nello specifico e assistito anche dal potere del giudice di ridurre anche d’ufficio l’oggetto del pignoramento (ex art. 496 c.p.c.), mentre nell’esecuzione concorsuale collettiva originata dalla dichiarazione di fallimento tale limite non può operare attraverso un controllo sull’estensione dell’assoggettamento dei beni alla procedura *ex ante*, ma dovrà essere comunque presente nell’attività liquidatoria, costituendo un criterio significativo per la valutazione della condotta tenuta dagli organi della procedura (in primo luogo, dunque, il curatore fallimentare), ma anche per la decisione del tribunale in ordine all’intervento nella procedura di terzi, i quali non potranno avvalersi, ad esempio, dello strumento di composizione negoziale della crisi costituito dal concordato fallimentare, qualora il compendio dell’attivo superi notevolmente il passivo (con un pregiudizio economico insostenibile per il debitore, che si vedrebbe espropriato dei suoi beni in misura di molto eccedente la garanzia e dunque la sua responsabilità) ⁽⁷⁵⁾. Il presidio forte, per evitare situazioni inique del tipo appena indicato, è rinvenibile nel principio di proporzionalità della garanzia (e della conseguente esecuzione forzata) che

caratterizza l'ordinamento ed emerge, in contesti diversi, attraverso specifiche disposizioni ⁽⁷⁶⁾.

Quanto poi al carattere presente e futuro dei beni facenti parte del patrimonio del debitore, non va dimenticata la precisazione che, se il momento per valutare l'attualità della titolarità è quello dell'assunzione dell'obbligazione, la titolarità deve sussistere al momento della proposizione dell'azione esecutiva o comunque deve essere 'recuperabile' – s'intende, ai soli fini della responsabilità ossia soltanto se (e nella misura in cui) sia funzionale a soddisfare il creditore - attraverso le azioni intese a conservare la garanzia patrimoniale grazie all'inefficacia (nel caso dell'azione revocatoria) o inopponibilità (nel caso del sequestro conservativo) degli atti di disposizione in danno del ceto creditorio, complessivamente considerato.

Può essere interessante notare come la materia che agli studiosi degli anni Quaranta e Cinquanta appariva piuttosto lineare, e comunque semplificabile nel modo appena accennato, si sia rivelata nel prosieguo ben più complessa. Mentre il legislatore non avrebbe potuto fare molto di più nel fissare i principi fondanti del sistema, le esigenze del commercio e della circolazione economica dei diritti, soprattutto quella transfrontaliera, avrebbero inevitabilmente finito per porre in discussione l'attualità della cornice normativa segnata dai detti principi.

Se è infatti fuori discussione il definitivo tramonto, avvenuto all'epoca del codice civile del 1942, della concezione unitaria del patrimonio (che la tradizione faceva risalire genericamente a Savigny), quale espressione dell'unità dello stesso soggetto, e anzi attributo della sua stessa personalità (ossia della persona considerata 'unitariamente' quale proprietario) ⁽⁷⁷⁾, certamente di là da venire, alla metà del secolo appena trascorso, era l'idea della scomposizione di tale unità del patrimonio (nella sua destinazione a garanzia dei creditori) in una pluralità di "regimi patrimoniali" e in una "articolazione" dello stesso patrimonio da considerare in relazione al fenomeno giuridico della personificazione dell'ente ⁽⁷⁸⁾.

In tal senso, "unità e separazione del patrimonio" sono diventati due concetti da esaminare congiuntamente ⁽⁷⁹⁾, nelle reciproche interferenze sul piano giuridico, con riferimento soprattutto alle discipline di nuovo conio, volte a garantire l'ammissibilità di principio di separazioni, segregazioni, destinazioni del patrimonio, salvo disciplinarne di volta in volta presupposti ed effetti, in funzione degli interessi concretamente regolati. Senza dire della materia riconducibile alla figura del *trust*, che ha suscitato, anche nell'analisi giurisprudenziale, la questione, tra le altre, della "doppia proprietà" (secondo il modello anglosassone d'origine, che distingue tra *legal* ed *equitable ownership*), a conferma dell'esigenza di raccordo tra gli atti di autonomia, sia pure posti in essere sotto l'ombrello della previsione legislativa – ma nel caso del *trust* si tratta una protezione indiretta, tutt'altro che pacifica alla luce del dibattito sul significato da attribuire alla Convenzione sul riconoscimento dei *trust* assoggettati al diritto straniero – e i principi generali ⁽⁸⁰⁾.

La tematica, ampliata in considerazione dei diversi interventi normativi, dapprima limitati a ipotesi specifiche (come nel caso della normativa sulla cartolarizzazione dei crediti), poi sempre più generalizzati (valga l'esempio dei patrimoni di destinazione nel diritto societario riformato), sino al *placet* del legislatore per la trascrivibilità dell'atto di destinazione, senza ulteriori caratterizzazioni tipologiche, di cui all'art. 2645 *ter*, si lega alla questione delle limitazioni di responsabilità del debitore, sottoposte al principio di tassatività delle relative previsioni normative (art. 2740, 2° comma).

3. Finalmente previste in modo esplicito dal legislatore del 1942 e menzionate nella "parte generale" del Titolo III (del Libro VI), le limitazioni della responsabilità avevano già costituito argomento di dibattito in epoca anteriore alla formulazione della norma inserita nel codice civile (con il secondo comma dell'art. 2740), in considerazione, innanzitutto, della ben nota e radicata problematica dell'abuso della personalità giuridica, quale più che collaudato strumento per limitare la responsabilità nei confronti (ma anche, s'intende, in pregiudizio) di creditori e terzi aventi causa ⁽⁸¹⁾.

Non era, peraltro, particolarmente arduo per gli studiosi rinvenire la giustificazione per le limitazioni di responsabilità - oltre che nella creazione del soggetto nuovo, ossia l'ente dotato di personalità giuridica - nella "qualità di alcuni beni", così come "nella qualità di alcuni crediti, che la legge vuole siano realizzati solo su alcuni beni del debitore" ⁽⁸²⁾, con la conseguente inespropriabilità, di cui l'ordinamento poteva offrire un'ampia gamma di esempi. Tra questi i più interessanti, in chiave teorico-sistematica, erano certamente costituiti dai casi in cui i creditori hanno a disposizione per il soddisfacimento coattivo del loro diritto soltanto alcuni beni del loro debitore (come nell'ipotesi dell'eredità con beneficio d'inventario o del legittimario leso che agisca vittoriosamente per la reintegrazione della sua quota, rispetto ai creditori e ai legatari) ⁽⁸³⁾. Si comprende come, in assenza della creazione del nuovo soggetto giuridico, la limitazione potesse operare soltanto a seguito di una valutazione legislativa sulla particolarità della condizione giuridica di determinati beni.

Se alla metà del secolo scorso la ricostruzione del sistema avrebbe potuto realizzarsi con un (relativamente semplice) riordino dei dati normativi offerti dai codici (civile e processuale, in particolare per quel che concerneva l'espropriazione come procedimento esecutivo), il dibattito successivo si è svolto, com'è a tutti noto, nel segno della ricerca di un corretto inquadramento sistematico delle nuove "articolazioni patrimoniali" (cui si faceva appena riferimento, riprendendo l'espressione utilizzata da Paolo Spada) ⁽⁸⁴⁾, confrontandosi con la norma in esame, ma per superarne la logica apparentemente piuttosto riduttiva: "è sano - si affermava - prendere atto della equivalenza funzionale tra personalità giuridica e articolazione di un patrimonio in compendi separati e sviluppare l'argomentazione - qualsiasi argomentazione - partendo da questa equivalenza" ⁽⁸⁵⁾. In tal modo "una annosa *querelle*", come si disse,

avrebbe potuto trovare, se non la sua definitiva soluzione, almeno la via moderna per la ricomposizione del quadro normativo, ormai assai mutato rispetto al momento dell'emanazione del codice civile ⁽⁸⁶⁾.

Posto che, al di fuori delle ipotesi in cui è la legge a limitare la responsabilità del debitore, il divieto "deve trovare incondizionata applicazione" ⁽⁸⁷⁾, la questione teorica di maggiore rilievo scientifico s'incentrava sulla sorte dei patti di limitazione o esclusione del diritto del creditore di soddisfarsi su determinati beni del debitore. L'idea prevalente, anche nella dottrina successiva, è che convenzioni di questo tipo fossero da considerarsi nulle, così come avrebbero dovuto essere "illeciti, perché in frode alla legge, tutti i mezzi indiretti che il debitore può porre in essere per limitare preventivamente la sua responsabilità" ⁽⁸⁸⁾, mentre sarebbe stato ammissibile il patto con il quale al creditore sia precluso di soddisfarsi su un determinato bene sino a che sussistano nel patrimonio del debitore altri beni sufficienti alla realizzazione del diritto di credito ⁽⁸⁹⁾.

Alla distinzione inizialmente ricordata tra la disciplina dell'obbligazione (di conseguenza, dell'adempimento e rispettivamente dell'inadempimento) e quella della responsabilità patrimoniale sembra riconducibile la differenziazione, rispetto ai patti limitativi di quest'ultima ritenuti illeciti, delle diverse e multiformi pattuizioni di esclusione o limitazione della responsabilità, ai fini del risarcimento del danno (disciplinate in generale dall'art. 1229 c.c., ma vi si potrebbero aggiungere le fattispecie di limitazione della responsabilità per evizione ex art. 1487 o per vizi, nella vendita ex art. 1490 e nella locazione ex art. 1579), anche se non si può negare "una certa analogia, almeno dal punto di vista pratico, con le convenzioni limitative della responsabilità" ⁽⁹⁰⁾.

Di difficile collocazione, tra le due alternative appena enunciate, rimarrebbe invece la fattispecie della delimitazione dell'esposizione del fideiussore, attuata in via legislativa con la novellazione dell'art. 1938 relativamente alla garanzia per le obbligazioni future (introdotta con la l. 154/92) e in via giurisprudenziale con l'interpretazione dell'art. 1956 relativamente alla liberazione del fideiussore in caso di obbligazioni future sorte senza la "speciale autorizzazione del fideiussore" ⁽⁹¹⁾. La preferibilità dell'opzione che riconduce il discorso alla disciplina dell'obbligazione, secondo la logica che le garanzie personali esprimono nel sistema della tutela del credito, sembra tuttavia trovare riscontro nello stesso carattere legale della previsione (nel primo caso, quanto alla necessità dell'indicazione scritta dell'esposizione massima del garante) e nel richiamo al principio di correttezza quale criterio giuridico preclusivo delle condotte abusive o anche soltanto gravemente negligenti (nel secondo caso).

Le intuizioni dottrinali sviluppate a cavallo degli anni Quaranta e Cinquanta non sono certo rimaste - anche su questo punto - prive di riscontro negli studi successivi, sino a quelli più recenti, di sicuro interesse in quanto caratterizzati da opzioni metodologiche sostanzialmente ignote ai tempi dell'autorevole dottrina cui s'è fatto

riferimento, come ad esempio l'analisi economica del diritto ⁽⁹²⁾. In particolare, le vicende relative alla "separazione patrimoniale", cui s'è già fatto cenno, hanno indotto la dottrina a interrogarsi sulla tematica delle limitazioni della responsabilità, con riferimento tanto alla sua efficacia reale, quanto alla dimensione dell'efficacia *inter partes* ⁽⁹³⁾.

Era peraltro anche in questo caso pressoché inevitabile il fatto che, a seguito degli interventi legislativi in materia di separazione, gli studiosi fossero indotti, per un verso a porsi nella nuova prospettiva della "specializzazione" della responsabilità patrimoniale ⁽⁹⁴⁾, per altro verso a riconsiderare le categorie generali. Ciò soprattutto dopo che il legislatore - in modo forse non sufficientemente ponderato e comunque senza un adeguato dibattito preparatorio sul piano più propriamente scientifico, ma questo è il modo consueto di operare - introduceva nelle pieghe del codice civile e, in particolare, nel Libro VI (integrando la normativa in materia di trascrizione) la novella dell'art. 2645 *ter* c.c., rilanciando in tal modo gli studi e le problematiche sulla "destinazione patrimoniale", per quel che qui maggiormente interessa con riferimento all'incisione prodotta nella disciplina generale della responsabilità patrimoniale ⁽⁹⁵⁾, essenzialmente in ragione dell'effetto limitativo rispetto ai creditori generici, estranei alle vicende del patrimonio destinato, e ai terzi aventi causa del disponente ⁽⁹⁶⁾.

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo intervento legislativo, ma soprattutto al vivace dibattito sviluppatosi a ridosso della novella, neanche lontanamente immaginabile nell'epoca immediatamente successiva all'emanazione del codice civile, che è emersa l'importanza per il giurista di mettere ben a fuoco i problemi reali, ossia i conflitti d'interesse che richiedono concretamente una soluzione logicamente argomentata, al fine di una corretta utilizzazione delle categorie giuridiche di riferimento.

Una, se non la principale, delle difficoltà - ma anche, si dovrebbe dire, delle ragioni di interesse della norma per lo studioso - deriva dall'aver voluto il legislatore dettare la disciplina generale della trascrivibilità degli atti di destinazione, con l'intento di circoscrivere, al contempo, la portata della disposizione mediante una valutazione attinente agli aspetti sostanziali, dunque contenutistici degli atti, che sembrerebbe implicare una dipendenza o subordinazione della trascrizione rispetto alla finalità dello specifico atto - peraltro già caratterizzato sul piano soggettivo, in relazione al possibile beneficiario, con un perimetro applicativo perciò ben delineato - da accertarsi alla stregua della idoneità dell'atto stesso alla "realizzazione di interessi meritevoli di tutela" ⁽⁹⁷⁾.

Se si considera il contesto - e non potrebbe ignorarsi questo dato di fondo, che com'è noto ha offerto lo spunto per la pressoché scontata critica all'operato del legislatore, in primo luogo per l'improprietà della collocazione della norma nel tessuto codicistico ⁽⁹⁸⁾ - in cui la disposizione è inserita, ossia la disciplina generale della trascrizione, non è difficile constatare l'assenza, nel nostro ordinamento, di

disposizioni che subordinino la trascrivibilità alla valutazione di meritevolezza e, più in generale, all'esame contenutistico dell'atto da trascrivere (sussistente soltanto ai limitati fini della verifica di determinati requisiti, sempre e comunque immediatamente rilevabili dalla lettura dell'atto, come ad esempio la durata ultranovennale della locazione), che inevitabilmente comporterebbe la verifica della validità dell'atto da trascrivere, con lo spostamento del controllo sulla validità, rimesso *ex ante* al notaio (al momento della stipula) ed *ex post* al giudice (in fase contenziosa) in altra sede ossia quella della trascrizione ⁽⁹⁹⁾. Che la trascrizione possa riguardare, del resto, anche atti invalidi è concetto fuori discussione, avendo lo stesso legislatore disciplinato gli effetti di tale trascrizione (s'intende, nei confronti dei terzi), ponendo in chiaro in tal modo l'assoluta indipendenza tra i due ambiti dell'ordinamento: quello della validità degli atti tra privati e quello della loro opponibilità ⁽¹⁰⁰⁾.

E ancora, ragionando sulle numerose ipotesi di "destinazioni" risultanti dal codice civile – per non parlare della legislazione speciale, ricchissima di norme relative alla destinazione di beni a determinati scopi – e rilevanti nella disciplina dei rapporti tra privati ⁽¹⁰¹⁾, che spaziano dalla materia dei beni e della proprietà (ove appare emblematica la disciplina delle pertinenze e delle universalità di beni, ma non sono certo i soli casi in cui viene prevista e regolata la destinazione) a quella dei contratti, sino alle più recenti norme in materia societaria relativamente ai "patrimoni destinati a uno specifico affare", si nota che il legislatore non si preoccupa di subordinare gli effetti delle destinazioni tipizzate, per così dire, alla valutazione di meritevolezza degli interessi che la destinazione andrebbe a realizzare, avendo peraltro già vagliato il contesto nel quale la stessa destinazione può avvenire, in tal modo conferendo un *placet* di massima all'atto validamente posto in essere dal privato ⁽¹⁰²⁾, cui si richiede anche la riconoscibilità ai terzi ⁽¹⁰³⁾. Analogamente opera il legislatore, come si è avuto modo di considerare, nel determinare le limitazioni della responsabilità patrimoniale con riferimento alla particolare condizione giuridica di determinati beni.

La riconduzione della nuova disposizione al sistema, o almeno il tentativo che si vorrebbe esperire in tal senso, rende dunque difficile riconoscere alla valutazione di meritevolezza degli interessi (che la destinazione è finalizzata a realizzare in concreto) un significato normativo in sede di trascrizione ⁽¹⁰⁴⁾. Ciò non significa, evidentemente, che la valutazione indicata dal legislatore con estrema chiarezza – seppure in un contesto inidoneo, in termini tanto dogmatici quanto sistematici, come s'è appena rilevato – non abbia alcun significato. Semplicemente, non può averlo in relazione alla trascrivibilità dell'atto, ormai ammessa dal legislatore nel rispetto dell'esigenza di tipizzazione dei casi di trascrizione, e finalizzata a conferire il crisma dell'opponibilità (anche) alle destinazioni 'atipiche', in termini generalizzati e dunque molto più ampi rispetto a quanto accade nel caso delle destinazioni espressamente disciplinate, ove il legislatore stabilisce normalmente – s'intende, di volta in volta con maggiore o minore precisione - il perimetro degli effetti giuridici dell'atto di destinazione.

4. Nel solco delle considerazioni appena svolte, in forma quasi di premessa all'esame delle tematiche relative alla tutela dei creditori in presenza di un atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c., appare così preliminare ma anche decisiva la distinzione tra le questioni di validità dell'atto di destinazione e quelle della sua efficacia rispetto ai terzi (oltre che di opponibilità, queste ultime affidate alla trascrivibilità), al fine di tentare una lettura razionale anche delle disposizioni di più difficile comprensione e sistemazione (all'interno di una cornice normativa, quale quella del codice civile, non sempre consona all'inquadramento delle nuove problematiche). La vicenda degli atti di destinazione, in altri termini, non può sfuggire alle questioni d'ordine metodologico e dogmatico che la disposizione normativa suscita, anche nel momento in cui si consideri la sua incidenza sul sistema della responsabilità patrimoniale e sulla tutela dei creditori alla stregua dei principi e delle regole generali ⁽¹⁰⁵⁾.

Un primo punto appare fuori discussione. La destinazione patrimoniale rispetto ai rapporti, in se stessa considerata ossia quale atto di disposizione del patrimonio del debitore, non è idonea a ledere *ex se* i diritti dei creditori - indipendentemente dal rispetto del requisito di meritevolezza (degli interessi che la destinazione vorrebbe tutelare). Questa valutazione potrebbe infatti incidere sulla validità dell'atto, si accolga o non l'assimilazione tra il giudizio di meritevolezza e quello di liceità ⁽¹⁰⁶⁾. I diritti dei creditori rimangono affidati a una valutazione successiva (rispetto all'atto) gli effetti di segregazione derivanti dalla destinazione - nella concretezza delle circostanze e sempre con giudizio *a posteriori*. In quest'ultimo giudizio, la misura del depauperamento (in termini quantitativi, ma anche qualitativi) o, più correttamente, il rapporto tra gli effetti pregiudizievoli (depauperatori) prodotti dall'atto di destinazione e la consistenza del complessivo patrimonio del debitore saranno i fattori decisivi, ai fini del c.d. *eventus damni*, in termini di pregiudizio a carattere fraudolento per i creditori, quale presupposto per l'esercizio dell'azione revocatoria, in funzione conservativa della garanzia patrimoniale ⁽¹⁰⁷⁾

L'esigenza di tenere distinti i piani dell'indagine, in termini di qualificazione giuridica della fattispecie concreta e del conflitto d'interessi specificamente esaminato, tra la dimensione della validità dell'atto e quella della sua efficacia nei confronti dei creditori, comporta che la destinazione patrimoniale appaia perciò neutra rispetto a questi ultimi, sin tanto che non insorga il conflitto con il loro diritto a conservare inalterata la consistenza della garanzia generica, o comunque a tutelare l'affidamento - se si vuole ricorrere al concetto espresso a suo tempo da Rubino, ma soprattutto da Nicolò - riposto sul patrimonio del debitore (ossia su una certa consistenza dello stesso) ⁽¹⁰⁸⁾.

Non è difficile, pertanto, dimostrare la falsità dell'assunto che vedrebbe nella destinazione patrimoniale atipica - proprio per la tipizzazione di alcuni negozi di

destinazione di beni, potenzialmente incidenti sulla garanzia patrimoniale generica, da parte del legislatore - sempre e comunque un pregiudizio per il ceto creditorio ⁽¹⁰⁹⁾, così come il carattere apodittico dell'idea secondo la quale tale pregiudizio potrebbe essere giustificato soltanto se ricorresse un interesse del beneficiario più che semplicemente lecito, dovendo quest'ultimo essere invece "meritevole di tutela", potendosi contrastare tali ingenui preconcetti con la elementare considerazione relativa al principio della "libertà di ciascuno di disporre come crede, nel limite della lesione della garanzia patrimoniale" ⁽¹¹⁰⁾, che la novella di cui all'art. 2645 *ter* non sembra aver voluto porre in discussione.

Un secondo punto, in un certo senso consequenziale rispetto al primo, attiene alla soggezione dell'atto di destinazione (al pari di qualsiasi atto di disposizione del patrimonio) al mezzo di conservazione della garanzia patrimoniale tipizzato dal legislatore come presidio generale di tutela degli interessi dei creditori, ossia l'azione revocatoria. La lettura sistematicamente corretta della disposizione dovrebbe condurre a ritenere che l'atto di destinazione rimanga sempre e comunque soggetto alla valutazione relativa ai suoi effetti, eventualmente pregiudizievoli rispetto ai creditori, ai fini della revocabilità in presenza dei requisiti dell'*eventus damni* e del *consilium fraudis* ⁽¹¹¹⁾.

Ciò, tuttavia, induce a ritenere che l'atto di destinazione non possa essere trattato dall'ordinamento, tanto ai fini della sua validità quanto nella prospettiva dell'inefficacia ex art. 2901 c.c., in termini deteriori rispetto a una qualsivoglia alienazione, rispetto alla quale lo stesso atto di destinazione costituirebbe una sorta di "specie minore" ⁽¹¹²⁾. Per ricondurre il bene o i beni oggetto di destinazione alla garanzia patrimoniale generica del debitore disponente, al fine di procedere all'esecuzione forzata, il creditore dovrà pertanto affrontare il giudizio revocatorio, in modo da ottenere la declaratoria di inefficacia nei suoi confronti dell'effetto di segregazione che la destinazione comporta.

Una terza considerazione, strettamente connessa alla scomposizione dei piani dell'indagine sugli atti di destinazione e sugli effetti (pregiudizievoli) prodotti nei confronti di creditori e terzi, attiene poi alla tutela di questi ultimi quali, ad esempio, i legittimari. Anche in questo caso, il sistema prevede mezzi tipizzati dal legislatore per la tutela dei diritti pregiudicati dall'atto - *rectius*, dagli effetti dell'atto - di destinazione, che operano in considerazione di particolari requisiti, i quali tuttavia, esattamente come accade nell'ipotesi dell'azione revocatoria, prescindono dall'accertamento della "meritevolezza" dell'atto di destinazione. Tanto i presupposti quanto gli effetti dell'azione di riduzione in nessun modo possono essere incisi da tale valutazione, trattandosi di verificare, come per la revocatoria sempre con giudizio *ex post*, il depauperamento oggettivo prodotto nel patrimonio del *de cuius* dall'atto di destinazione (in chiave comparativa, confrontando cioè la consistenza del patrimonio e quella del diritto fatto valere) in modo lesivo dei diritti del legittimario.

Il fatto che, come per la tutela dei creditori mediante l'esercizio dell'azione revocatoria, anche nella successione necessaria le condizioni per l'esercizio dell'azione (nello specifico, di riduzione) possano e debbano essere valutate soltanto al momento della sua proposizione (*a fortiori*, si direbbe, nel caso della tutela dei legittimari, trattandosi di un'azione che presuppone l'apertura della successione del disponente), conferma l'irrelevanza del giudizio sulla meritevolezza (dell'atto di destinazione nel suo momento genetico), ai fini della tutela dei diritti di soggetti terzi.

IV. Al contempo, tuttavia, fa sorgere il dubbio sulla possibilità di questi ultimi, al pari dei creditori chirografari, di far valere il diritto (o l'affidamento, se si preferisce l'espressione, sulla garanzia generica offerta dal patrimonio del debitore) anche mediante l'azione di nullità dell'atto di destinazione. Si tratta di un punto nodale nell'interpretazione della normativa, nella prospettiva della tutela dei creditori, rendendosi necessaria qualche considerazione più approfondita, soprattutto alla luce della (da più parti denunciata, com'è noto) superficialità dell'operato del legislatore sul piano della sistematica codicistica.

Se una lettura attenta della norma all'interno del sistema consente di ricondurre la tutela dei creditori e dei terzi, rispetto agli atti di destinazione lesivi dei loro diritti, alle specifiche azioni a tal fine previste dal legislatore, ci si potrebbe interrogare sull'utilizzabilità di altri strumenti, di tipo generale, per ottenere i medesimi risultati sostanziali, *in primis* evidentemente l'azione di nullità dell'atto di destinazione, volta a 'recuperare' i beni, pur rimasti nel patrimonio del debitore, affrancati dal vincolo di destinazione (e dunque maggiormente appetibili ai fini della vendita forzata e della realizzazione coattiva del credito).

La facoltà generalizzata di proporre un'azione concessa dall'ordinamento a "chiunque vi abbia interesse", a patto che tale interesse sia evidentemente dimostrato (in termini, si dovrebbe ritenere, di *eventus damni* concretamente verificatosi con riferimento alla consistenza patrimoniale del disponente), potrebbe essere certamente un argomento a favore dell'esperibilità dell'azione ⁽¹¹³⁾, ma rimane l'ostacolo rappresentato dalla ricostruzione dogmatica della diversa rilevanza dell'atto di destinazione, a seconda dei conflitti d'interesse considerati, e della distinzione delle forme di tutela.

Non è dunque una visione che potrebbe apparire antiquata o esageratamente "strutturalista", per così dire, ad impedire la possibilità del ricorso all'azione di invalidità – ma analoghe considerazioni potrebbero valere per l'eventuale ricorso alla tutela risarcitoria, considerando cioè gli effetti dell'atto di destinazione come danno ingiusto, alla stregua del sistema della responsabilità civile per illecito aquiliano –, ma la necessaria distinzione dei piani dell'indagine (quello della validità dell'atto e quello della sua inefficacia relativa, cui si faceva riferimento nelle pagine precedenti), pur nella consapevolezza del costante avanzare di concezioni (esclusivamente) funzionaliste del diritto privato, che nel caso in esame condurrebbero all'assimilazione

(più correttamente, forse, si potrebbe dire: indistinzione) delle tutele, alla stregua dei risultati che il soggetto leso intende raggiungere.

Va peraltro notato che l'azione revocatoria, tradizionalmente intesa come forma di tutela "impugnatoria" ⁽¹¹⁴⁾, è stata in passato assimilata alle azioni invalidanti da una parte non trascurabile della dottrina ⁽¹¹⁵⁾, sino a che il legislatore del codice civile del 1942 ha fatto giustizia di tale commistione concettuale. Per altro verso, lo stesso legislatore ha previsto che la tutela dei creditori, in termini generali e dunque di sistema, possa ottenersi anche attraverso la nullità degli atti posti in essere dal debitore, come nel caso del divieto del patto commissorio ex art. 2744 c.c., sicché la nettezza della distinzione tra la tutela invalidante e quella volta ad ottenere l'inefficacia relativa sembrerebbe sfumare, per opera della stessa disciplina generale della responsabilità patrimoniale.

Può essere proprio il riferimento al divieto del patto commissorio, tuttavia, a confortare l'esigenza di mantenere separate le forme di tutela, in considerazione della diversa logica che presiede alle azioni per la nullità o per l'inefficacia relativa. È evidente, infatti, che il patto commissorio subisce un giudizio di disvalore da parte dell'ordinamento in termini così netti, che la dottrina è stata indotta dapprima a creare una sorta di zona franca costituita dal "patto marciano", poi a circoscrivere l'operatività del divieto e della conseguente nullità del patto attraverso raffinate costruzioni teoriche (come quella della carattere sospensivamente o risolutivamente condizionato del trasferimento del bene, alla metà degli anni Ottanta smascherata dalla giurisprudenza in uno slancio funzionalistico, per riprendere il concetto cui si faceva riferimento, preparato da una parte della stessa dottrina) e infine a denunciare senza mezzi termini l'inattualità di un divieto posto in termini eccessivamente generali, mentre i rapporti che ruotano intorno al tema della responsabilità patrimoniale sono assai diversificati ed esigono risposte specifiche (come dimostra l'espressa deroga che il legislatore ha dovuto inserire nella disciplina delle garanzie finanziarie, ma anche la restrizione del divieto operata dal legislatore francese in sede di riforma del diritto delle garanzie, attraverso il nuovo Libro IV del *Code civil*). L'atto di destinazione, viceversa, gode di una tendenziale neutralità di principio rispetto agli interessi e ai diritti dei creditori e dei terzi aventi causa del disponente, sicché la sua invalidità, dovuta evidentemente a un vizio genetico, per un verso non mirerebbe a tutelare tali interessi e diritti, per altro verso non potrebbe neanche essere fatta dagli stessi creditori e terzi (se non si accede alla tesi della legittimazione aperta, in virtù della disposizione che consente a chiunque vi abbia interesse di agire per la nullità dell'atto di destinazione). Sarà soltanto la ricostruzione *ex post* degli effetti concretamente prodotti dall'atto a legittimare, eventualmente e ove il creditore o il terzo la invochi, il ricorso alla tutela offerta dall'ordinamento in termini di inefficacia relativa, senza intaccare la validità dell'atto in se stesso considerato.

5. Se la distinzione appena tratteggiata - tra le regole e i principi che presidiano la disciplina dell'invalidità degli atti e i rimedi apprestati specificamente dall'ordinamento a tutela dei creditori - appare fondamentale per comprendere e inquadrare correttamente i problemi che la disciplina dell'atto di destinazione può sollevare in ordine ai suoi effetti riguardo ai terzi e ai creditori del disponente, è altrettanto chiaro che l'aver il legislatore inserito nella disposizione il riferimento alla meritevolezza degli interessi - da alcune voci, nella più recente dottrina, ritenuto semplicemente una "scoria di lavorazione" ⁽¹¹⁶⁾, proprio in funzione dell'impossibilità di offrirne una lettura dogmaticamente giustificata e sistematicamente razionale- determina interrogativi non semplici sulla portata normativa della formula, anche in considerazione della prospettiva qui prescelta, ossia della responsabilità patrimoniale senza dubbio incisa dall'atto di destinazione.

A meno infatti di liquidare il discorso con l'argomento visibilmente *tranchant* dell'inettitudine del legislatore nel costruire disposizioni di portata generale e, soprattutto, di immediato impatto sistematico come quella dell'art. 2645 *ter* c.c. - è la tesi appena ricordata, peraltro non priva di verosimiglianza, della "scoria di lavorazione"-, ci si dovrebbe domandare se, ed eventualmente in che modo, la valutazione di meritevolezza possa rilevare nella soluzione delle questioni relative alla disciplina della responsabilità patrimoniale, nel presupposto che non potrà essere la validità o, viceversa, l'invalidità dell'atto di destinazione, da valutare alla stregua della disciplina generale dei contratti e degli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale, a risolvere i conflitti tra soggetti terzi rispetto all'atto di destinazione (creditori o aventi causa del disponente).

L'ipotesi da verificare è, in sostanza, quella intesa a ricostruire una sorta di nesso sistematico tra le disposizioni normative sulla meritevolezza degli interessi realizzabili attraverso il compimento di atti e la conclusione di contratti, nella prospettiva della ricerca dei contorni del contratto (ovvero, più in generale, dell'atto di disposizione a contenuto patrimoniale) immeritevole ⁽¹¹⁷⁾, in quanto, al di là di qualsiasi valutazione in termini di validità, le sue conseguenze in termini di esplicazione dei suoi effetti si rivelano dannose per soggetti terzi. In tal senso, si è anche fatto ricorso alla nozione di abuso, nell'insolita prospettiva dell'abuso della libertà contrattuale o, più ampiamente, negoziale ⁽¹¹⁸⁾.

Una prospettiva, quella dell'abuso, che certamente non viene accolta di buon grado da quanti aspirano a ricomporre il mosaico dell'autonomia privata, ormai sempre più frastagliato e composito, all'insegna del vecchio mito della certezza del diritto; ma che nondimeno continua a svilupparsi nell'elaborazione giurisprudenziale, quale strumento argomentativo che consente all'interprete di incidere sugli effetti di atti pur formalmente ineccepibili, la cui attuazione tuttavia si riveli pregiudizievole per le parti del rapporto o per soggetti terzi, indirettamente coinvolti nella vicenda caratterizzata dalla condotta abusiva. Gli esempi, tratti dalla più recente

giurisprudenza, possono oscillare dalla valutazione delle modalità – corrette o, viceversa, abusive - di esercizio del recesso *ad nutum* contrattualmente pattuito (dove gli interessi coinvolti sono quelli dei contraenti), alla stigmatizzazione della concessione di credito al debitore in crisi o in stato d'insolvenza, qualificata *ex post*, ossia dopo la dichiarazione di fallimento, come abusiva (dove invece gli interessi in gioco sono dei creditori).

Non ci si può nascondere che, al di là di tutte le obiezioni che sul piano giuridico-formale possono essere mosse alla giurisprudenza, la tendenza a valorizzare la prospettiva che fa capo alle clausole generali va radicandosi sempre di più, sicché non è da escludere che la valutazione in termini di meritevolezza possa, nell'applicazione concreta della disciplina, giocare un ruolo anche con riferimento ai conflitti d'interesse relativi agli effetti dell'atto di destinazione rispetto ai creditori ovvero a soggetti terzi ⁽¹¹⁹⁾. In questo modo, si finirebbe per attribuire un senso normativo all'indicazione legislativa, espressa come requisito necessario dell'atto. In altri termini, posto che, ai fini della sua validità l'atto rimarrebbe comunque soggetto alla disciplina generale, la meritevolezza degli interessi potrebbe rafforzare la tenuta, ossia la resistenza degli effetti di destinazione e segregazione, rispetto ai terzi, che la trascrizione ammessa ormai in via generalizzata dal legislatore vuole assicurare come obiettivo primario della novella.

Il tema è particolarmente complesso e meriterebbe un serio approfondimento, in quanto si tratterebbe di trasferire sul piano della responsabilità patrimoniale la rilevanza giuridica della meritevolezza degli interessi che, nella disciplina del contratto e degli atti unilaterali aventi contenuto patrimoniale, permette ai privati di dar vita a regolamenti di interessi atipici e comunque dai contenuti più vari e articolati all'interno dei modelli tipizzati.

Se nella disciplina dei contratti il limite generale è costituito dalla illiceità e dalla contrarietà a norme imperative, nella vicenda della responsabilità patrimoniale il sistema dovrebbe chiudersi, per così dire, con i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: nello specifico della destinazione patrimoniale, trattandosi di atti di disposizione, la disciplina di chiusura è quella relativa alla revoca degli atti fraudolenti, lesivi (a) del già ricordato affidamento dei creditori (generici) sulla consistenza del patrimonio del debitore, sicché qualsiasi ipotesi di limitazione della responsabilità è da considerarsi un'eccezione alla garanzia generale (costituita dall'intero patrimonio ossia da "tutti" i beni del debitore, ex art. 2740 c.c.) ⁽¹²⁰⁾, nonché (b) del principio cardine della *par condicio creditorum*, che fa capo alla disposizione generale prescrittiva dell'eguale diritto dei creditori ex art. 2741 c.c. ⁽¹²¹⁾.

La difficoltà del compito da assolvere, tanto per il legislatore quanto per l'interprete, è nel bilanciamento dei valori costituzionali rilevanti, dovendo qualsiasi soluzione oscillare tra l'affermazione e la garanzia della libertà negoziale del debitore e la tutela del credito, in considerazione degli orientamenti che la Corte costituzionale ha

avuto modo di esprimere ⁽¹²²⁾. È evidente che l'ingerenza del creditore debba essere limitata da presupposti precisi e risultare comunque funzionale all'obiettivo – secondo i principi generali della garanzia e dell'esecuzione forzata, in forma tanto individuale quanto collettiva – al rispetto della proporzionalità tra debito e patrimonio del debitore ⁽¹²³⁾.

Al contempo, si può notare come non siano affatto rari i casi in cui il legislatore, compiuta una valutazione generale di meritevolezza nei confronti di determinati interessi - espressi dalle qualità soggettive o delle condizioni dei contraenti così come all'attività economica in questione – ha ritenuto di disporre l'esenzione di atti e contratti (oltre che di pagamenti, prestazioni di garanzie etc.) dall'azione revocatoria, a partire dalla disciplina novellata dell'art. 67 l.f., il cui nuovo terzo comma rappresenta una sorta di "microsistema" dell'esenzione da revocatoria di atti ed effetti giuridici ritenuti particolarmente meritevoli da parte dell'ordinamento.

Seguendo questa logica che esprime il *modus operandi* del legislatore, se è difficile ritenere che l'azione revocatoria possa essere neutralizzata dal giudizio di meritevolezza dell'atto di destinazione espresso dall'interprete, rimanendo così uno stabile presidio giuridico a tutela degli interessi del ceto creditorio (se non altro in relazione ai creditori non garantiti ossia chirografari), diviene anche problematica la sovrapposizione di questa forma di tutela con l'azione per la declaratoria di nullità dell'atto di destinazione promossa dagli stessi creditori (astrattamente rientranti tra i legittimati, in virtù della formula aperta di cui all'art. 1421 c.c.).

All'indagine sui presupposti per l'azione revocatoria, in altri termini, si verrebbe a sostituire l'esame sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dal disponente e oggettivati nell'atto, con la sostanziale neutralizzazione del sistema di tutela delle ragioni creditorie, salvo recuperare il discorso della "doppia tutela" attraverso la categoria della causa – *rectius*, dell'assenza di causa - che tuttavia dovrà pur sempre coesistere con la prova dell'interesse ad agire, immancabilmente identificato con l'*evenus damni* (requisito, in se stesso considerato dall'ordinamento, non certo per far valere la nullità, ma piuttosto per proporre l'azione revocatoria) ⁽¹²⁴⁾.

Analogo ragionamento potrebbe farsi poi con riferimento all'azione di simulazione, quale strumento per la tutela dei diritti dei creditori, ex art. 1416 c.c., da costruire – se si accede all'idea della sua ammissibilità - come azione di nullità oppure come "mezzo autonomo di conservazione della garanzia patrimoniale, che si inserisce tra la surrogatoria da un lato e la revocatoria dell'altro" ⁽¹²⁵⁾. Va peraltro notato che la disciplina di cui all'art. 1416 c.c. è intesa a tutelare i creditori essenzialmente in presenza di un atto traslativo del diritto, la cui simulazione è idonea a incidere sulla posizione giuridica dei creditori "del titolare apparente" (1° comma) ovvero sul rapporto tra i creditori del simulato alienante e quelli (chirografari) del simulato acquirente (2° comma), mentre l'atto di destinazione non comporta in se stesso l'alienazione della titolarità del diritto, che potrà accompagnarlo evidentemente, ma a

quel punto l'azione di nullità o di simulazione avrà ad oggetto l'effetto traslativo (pregiudizievole al creditore, ai sensi dell'art. 1416 c.c.) ossia l'atto di alienazione e non quello di destinazione.

In sintesi, se la vicenda della destinazione patrimoniale, così come più in generale degli affidamenti fiduciari, è osservata dal punto di vista della responsabilità patrimoniale, appare plausibile ritenere che le azioni invalidanti dell'atto non costituiscano lo strumento corretto da utilizzare per la tutela del creditore, mentre per altro verso si rivela l'irrazionalità della tutela invalidante dell'atto, così come si rivela irrazionale ritenere, in termini generali, vietate e dunque nulle le limitazioni della responsabilità concordate pattiziamente, in quanto pregiudizialmente ritenute illecite o contrarie all'ordine pubblico (non potendosi produrre l'efficacia reale, che le parti vorrebbero, in pregiudizio dei creditori) ⁽¹²⁶⁾, essendo invece più che sufficiente, ma soprattutto coerente con il sistema, limitarne gli effetti sul piano meramente obbligatorio ⁽¹²⁷⁾.

Da ultimo, una conferma proviene da chi ha sottoposto a un attento esame la nuova disciplina degli atti di destinazione, nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, trovandosi confermate le considerazioni sin qui svolte, in ordine all'autonomia delle tutele, quella invalidante, destinata a incidere sull'atto di autonomia *tout court* e quella revocatoria focalizzata sugli effetti pregiudizievoli dell'atto di disposizione, che non necessita di valutazioni sui contenuti dell'atto in chiave di liceità e/o meritevolezza, incentrandosi l'esame sul pregiudizio e sul carattere fraudolento ⁽¹²⁸⁾

1. La disposizione dell'art. 2645 *ter* c.c. sembra avere consumato, nel giro di circa cinque anni dalla sua entrata in vigore, non solo, e come è stato già notato⁽¹²⁹⁾ tutte le possibili attitudini dell'interprete nei confronti di una disciplina normativa nuova (la stagione breve delle denunce rabbiose dell'ipocrisia e delle denunce rassegnate del malgoverno del linguaggio legislativo), ma anche la gran parte, se non tutte, le possibili opzioni ermeneutiche dello studioso. Ed infatti una rassegna, anche sommaria, delle già numerosissime occasioni di riflessione sui tratti dell'istituto⁽¹³⁰⁾ e sulle sue implicazioni sistematiche rende evidente che il campo semantico tracciato dall'enunciato normativo è stato già percorso in profondità ed in tutte le direzioni.

Si pensi soltanto al dubbio se si tratti di una norma ricognitiva di vincoli esistenti, dei quali si limita a regolare l'adempimento pubblicitario, ovvero se l'art. 2645 *ter* integri una norma che disciplina senz'altro una fattispecie, in precedenza inedita; all'interrogativo relativo alla possibilità di ravvisare già nell'atto, in sé considerato, l'effetto di destinazione, degradandosi la trascrizione a mero requisito di opponibilità, contrapponendosi a tale tesi quella che, muovendo dalla premessa che la separazione patrimoniale discende dal rispetto dei requisiti di forma (atto pubblico) e di sostanza (meritevolezza e beneficiario determinato) insieme alla pubblicità, reputa che il difetto di uno di questi elementi, ed in particolare, della pubblicità, precluderebbe sia la destinazione che la separazione; all'incertezza concernente la struttura, se (necessariamente) contrattuale, o anche soltanto unilaterale, del contratto; all'alternativa in ordine alla costruzione dell'atto di destinazione (se tale da determinare la mera impressione di un vincolo di destinazione ovvero ed altresì il trasferimento della proprietà al terzo, che diventa attuatore dello scopo).

Il tema, con riferimento al quale la gamma delle interpretazioni proposte raggiunge il massimo della articolazione, fino ad evocare il pericolo della confusione delle lingue è, tuttavia, quello della definizione del concetto di interesse meritevole di tutela, che l'art. 2645 *ter* c.c. evoca quale paradigma di valutazione della finalità realizzata con l'atto di destinazione, richiamando, a tal fine, la disposizione dell'art. 1322, 2° co. c.c. e che costituisce, ovviamente anche il presupposto per lo studio del problema della riferibilità dell'interesse, E forse non poteva essere altrimenti, sia per il potenziale evocativo della formulazione normativa racchiusa nell'art. 1322, 2° co. cit. (pur nella sua sostanziale disapplicazione pratica, notata anche in epoca non risalente da un Autore⁽¹³¹⁾), sia perché la vaghezza del concetto di interesse meritevole di tutela rende inevitabile che l'interprete lo concretizzi sulla base delle sue premesse, o precomprensioni, assiologiche: cosicché si contrappone a chi ritiene che il requisito della meritevolezza sia destinato a rifluire nella liceità, paventando diversamente l'effetto definito ridicolo "di fare dei notai e dei conservatori dei registri immobiliari i

nuovi censori”, dando così ingresso ad un “nuovo paternalismo”, ad uno “spezzone di Stato etico” ⁽¹³²⁾, la lettura di chi sostiene, al contrario, ed avuto riguardo alla circostanza che qui il giudizio di prevalenza deve essere rispetto a quello dei creditori in generale, che l’interesse meritevole debba essere collegato alla logica della solidarietà ovvero, addirittura, a quella della pubblica utilità.

2. Sotto un distinto angolo visuale, la vicenda normativa dei patrimoni destinati ad uno scopo appare significativa, quasi un vero e proprio “punto di emersione”, di due profili di sviluppo caratteristici di quello che, con formula suggestiva, anche se – a sua volta – di difficile concretizzazione, è stato definito il diritto privato della post – modernità: la moltiplicazione, se non disgregazione, di modelli concettuali o normativi dapprima fortemente unitari; l’accresciuta rilevanza dei poteri del giudice, chiamato a delicate operazioni di bilanciamento di interessi confliggenti da compiersi anche al di là di specifiche indicazioni normative ed inverando, in presa diretta, i principi espressi dall’ordinamento nel suo complesso.

Così, e sotto un primo profilo, non v’è dubbio, ed è stato notato già dai primi commentatori della materia, che la disposizione dell’art. 2645 ter c.c. si pone, sia pure con le modalità affrettate, se non casuali, della sua introduzione, che sono state da tutti censurate, come il momento finale, almeno allo stato, di un processo di progressiva disgregazione del principio della necessaria unità del patrimonio del soggetto.

Tale principio, che costituiva, all’interno della elaborazione concettuale ottocentesca della materia, il corollario della costruzione volta a ravvisare nel patrimonio una proiezione della persona, ha finito per assumere, nei suoi svolgimenti, la funzione di assicurare l’assoggettamento dell’intero patrimonio del soggetto alle azioni esecutive dei creditori ⁽¹³³⁾, incontrando, dunque, uno specifico momento di rilevanza normativa nella regola, posta dall’art. 2740, che afferma la responsabilità patrimoniale universale del soggetto. Di qui il tendenziale sfavore, nell’assetto originario del codice civile, per forme di inespropriabilità relativa di uno o più beni del soggetto, ammissibili soltanto quando si trattasse di accordare protezione ad interessi ritenuti prevalenti, dal punto di vista della tavola di valori recepita dall’ordinamento, rispetto all’interesse del credito e dell’economia (cui anche la Relazione al codice faceva riferimento, quale *ratio* giustificatrice della regola contenuta nell’art. 2740 c.c.): tipicamente, gli interessi del nucleo familiare (si pensi agli istituti del patrimonio familiare e, successivamente, del fondo patrimoniale) ovvero quelli alla tutela della posizione previdenziale ed assistenziale del lavoratore, secondo quanto si desume dalla disposizione dell’art. 2116 c.c.

Sono noti, e sono stati più volte oggetto di illustrazione in dottrina, i fattori socio economici e normativi che hanno condotto alla disarticolazione dell’unità del patrimonio del soggetto di diritto, affacciandosi, ormai ed in termini inequivoci, una

“nozione di patrimonio come complesso di beni appartenenti al soggetto, autonomamente compendiabili secondo le funzioni che la legge, nei vari settori, consente di perseguire” ⁽¹³⁴⁾: dalla adozione della dodicesima direttiva da parte del Consiglio delle Comunità Europee, finalizzata a limitare, in ciascuno Stato membro, la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore unico per le obbligazioni inerenti all'esercizio dell'impresa (nella prospettiva, che esibisce singolari assonanze con il sorgere dello strumento tecnico – normativo della personalità giuridica, della creazione di una situazione di maggior favore per l'impresa), alla disciplina dei fondi comuni di investimento, mobiliari ed immobiliari, alla regolamentazione dei fondi pensione interni.

Non v'è dubbio che l'introduzione di un generale meccanismo di segregazione – come è stata definita – e di destinazione ad uno scopo di una porzione del patrimonio della persona costituisca, come si accennava poc'anzi, un momento particolarmente rilevante di tale vicenda: infatti, anche la notazione certo acutamente proposta in dottrina, e che suggerisce come, ad una considerazione realistica dell'esperienza giuridica, ogni porzione patrimoniale sia destinata a ricevere una destinazione, impressale dal titolare, non può comunque cancellare il rilievo, imposto dalla considerazione del dato normativo oggetto del nostro esame, che qui la destinazione non solo pone capo ad un effetto giuridico di peculiare rilevanza e che va ad interferire con il principio generale dell'art. 2740 c.c., ma anche, come si dirà anche qui appresso, non è condizionata ad una previa selezione da parte del legislatore dell'interesse ritenuto idoneo a consentire l'effetto di segregazione.

Infatti, il significato sistematico dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* si coglie soprattutto ove si consideri – ed è questo il secondo profilo cui si accennava poc'anzi – che, laddove tutte le tecniche di segregazione patrimoniale fin qui note all'ordinamento erano agganciate a schemi di interessi rigorosamente tipizzati, risulta ora rimessa all'autodeterminazione del disponente l'individuazione degli interessi da perseguire per mezzo di quelle tecniche.

Come è stato assai efficacemente detto, la vera novità introdotta dall'art. 2645 *ter* sta nel fatto che, in forza di esso, una destinazione patrimoniale a servizio di un'attività (come vedremo meglio tra breve, un'attività funzionale) “può provocare una separazione patrimoniale non condizionata da scopi preselezionati, bensì da selezionarsi a stregua di un interesse da giudicarsi meritevole in base all'ambigua formula” ⁽¹³⁵⁾ dell'interesse meritevole di tutela, così attribuendo all'interprete un'opera di selezione che, in precedenza, il legislatore riservava gelosamente a se stesso. Ed allora sembra davvero che lo strumento dell'art. 2645 *ter* si iscriva in pieno in quell'età dell'incertezza che sembra costituire la caratteristica propria del diritto della post – modernità, dove è affidata all'interprete il compito di individuare, ed offrire tutela ai diritti anche “oltre” la legge: un'incertezza che tuttavia appare in materia particolarmente poco auspicabile, posto che qui si tratta di bilanciare

l'interesse meritevole di tutela, cui ha riguardo la norma, con interessi, a loro volta intrinsecamente meritevoli di tutela, e dotati, anzi, secondo un orientamento sufficientemente consolidato della giurisprudenza della Corte Costituzionale, anche di una copertura "costituzionale", se non altro in termini di effettività, ex art. 24 Cost., quali sono quelli dei creditori a (poter) soddisfare i loro diritti avvalendosi della garanzia del patrimonio generale del loro debitore.

L'incertezza che introduce il riferimento al criterio della meritevolezza dell'interesse non si riduce ad una mera e generica lamentazione, ma assume rilievo, come si vedrà, anche dal punto di vista dell'efficienza economica, e dunque della ragionevolezza della scelta normativa (elemento, questo, apprezzabile sul piano del giudizio di legittimità costituzionale).

3. Accostandosi più da vicino al tema specifico della nostra riflessione, si deve tenere presente che l'interesse da vagliare, all'interno del contesto normativo dell'art. 2645 *ter*, non è quello del destinante (o conferente, per riprendere la formulazione legislativa), ma l'interesse al servizio del quale l'atto di destinazione è posto in essere.

Decisivo, in tal senso, è l'argomento tratto a partire da quello che è stato opportunamente definito come un ineludibile condizionamento testuale: e cioè la scelta normativa nel senso di attribuire la legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo, oltre che al destinante, anche a qualunque interessato (con enunciazione testualmente cumulativa e non alternativa, come avrebbe dovuto essere, invece, nel caso in cui fosse stata astrattamente configurabile l'ipotesi di un atto di destinazione funzionale all'interesse del solo disponente).

Si delinea, dunque, secondo l'efficace formulazione proposta in dottrina, una sorta di azione popolare per la realizzazione dello scopo e ne discende il corollario che l'interesse, cui ha riguardo l'art. 2645 *ter*, è strutturalmente un interesse che "sporge", per così dire, rispetto alla posizione individuale del disponente: ciò che costituisce un'apprezzabile premessa per risolvere, nel senso della necessaria altruità dell'interesse, il problema dell'appartenenza o riferibilità di quest'ultimo all'interno della disciplina dell'art. 2645 *ter*.

Come è stato notato in dottrina (Amadio), la conclusione che si è appena ipotizzata non è condizionata in maniera immediata dalla soluzione del problema del contenuto della formula 'interesse meritevole di tutela', pur registrandosi certo qualche interferenza tra l'uno e l'altro snodo tematico.

Infatti, anche a voler accreditare la tesi secondo la quale la destinazione potrebbe avvenire anche in termini funzionali ad uno scopo insuscettibile di trascendere la sfera privato – individuale, ma puramente 'non illecito', ciò non equivarrebbe ancora ad affermare la possibilità che l'interesse meritevole di tutela sia integralmente autoriferito e cioè si esaurisca all'interno della sfera del disponente. Proprio in tale prospettiva, del resto, si coglie il senso della formula poc'anzi proposta,

sia pure affidata allo stato all'enunciazione, un po' descrittiva, dell'interesse idoneo comunque a sporgere rispetto alla posizione individuale del disponente. Questa formula vuole, infatti, restituire l'immagine di un interesse che, per poter innescare l'effetto segregativo prefigurato dalla norma, non deve esaurirsi all'interno della sfera del disponente, poiché un interesse di tal fatta, alla luce del dato letterale appena segnalato (la legittimazione cumulativa, e non alternativa, anche di qualunque interessato ad agire per la realizzazione dello scopo), così come di quello che potremmo definire assiologico – sistematico (la particolare 'densità' della regola racchiusa nell'art. 2740 c.c.) è considerato strutturalmente inidoneo dal legislatore.

4. Una rapida esemplificazione di almeno due gruppi di casi in cui particolarmente chiara si delinea l'ipotesi di un interesse autoriferito potrà rendere più chiara – si confida – la formulazione descrittiva fin qui proposta.

In particolare, e proprio perché l'interesse idoneo a determinare l'effetto segregativo non potrà in alcun caso essere integralmente autoriferito al disponente, lo strumento negoziale per l'articolazione del patrimonio previsto dall'art. 2645 - *ter* c.c. non potrà essere utilizzato per realizzare il mero interesse del disponente a selezionare porzioni del proprio patrimonio onde impedirne l'aggressione da parte di questo o di quel creditore. Qui, infatti, verrebbe in considerazione, all'evidenza, un interesse del tutto autoreferenziale (oltre che, con ogni probabilità, anche non meritevole di tutela *ex art. 2645 - ter*, dato che quest'ultimo concetto si deve comunque modulare tenendo conto dell'interesse del ceto creditorio a non vedere vanificata la propria garanzia).

Si tratterà, beninteso, in questo caso, di mera inefficacia o inopponibilità nei confronti dei terzi dell'effetto segregativo avuto di mira e non di nullità dell'atto di destinazione: ciò che, dal punto di vista dell'attività notarile, pone fuori quadro l'ipotesi di responsabilità disciplinare del medesimo nel caso in cui un atto di tal natura sia in effetti da lui ricevuto, fermo restando che il notaio, nel diligente esercizio della sua attività professionale (e, in particolare, degli obblighi di informazione che da essa discendono), sarà comunque tenuto ad informare il cliente che gli si rivolga per la predisposizione di un atto avente tale contenuto, e tale finalità, che non sarà possibile conseguire la medesima per l'inevitabile sanzione di inefficacia che l'atto in questo caso è destinato ad incontrare.

Una soluzione analoga si impone, a ben vedere, e sia pure per una ragione in parte diversa, o ulteriore, per quel che concerne le ipotesi in cui l'interesse meramente autoriferito, pur non esaurendosi nel mero intento di sottrarre porzioni del proprio patrimonio alla garanzia dei creditori, consista nella creazione di un'articolazione patrimoniale finalizzata allo svolgimento di un'attività imprenditoriale.

Certo, in questo caso, si potrebbe ritenere che l'interesse, pur in linea di principio autoreferenziale, possa comunque 'sporgere', per riprendere la formulazione ormai

tante volte utilizzata, al di là della sfera giuridico patrimoniale del disponente, per le ricadute, in ipotesi anche auspicabili o vantaggiose dal punto di vista dell'economia generale, che l'esercizio dell'attività imprenditoriale può determinare.

Qui tuttavia si innesta l'ulteriore, e decisivo, argomento del quale si faceva cenno poc'anzi e che, se non ci si inganna, consente anche di tratteggiare un ulteriore aspetto dello strumento negoziale racchiuso nell'art. 2645 – *ter*: ed infatti il legislatore ha già predisposto strumenti tipici (si pensi soltanto alle società unipersonali) per consentire la realizzazione dello scopo di selezionare una porzione del patrimonio, anche riferito ad un unico titolare, al fine della realizzazione di un'iniziativa imprenditoriale. Tali strumenti tipici prevedono, proprio nella prospettiva della tutela dei terzi, meccanismi formali e procedurali (si vedano, in via soltanto esemplificativa, gli artt. 2464 e 2470 in relazione all'art. 2462 c.c. in materia di s.r.l. con unico socio), che non può essere consentito al disponente di eludere attraverso lo strumento dell'art. 2645 - *ter*: diversamente, si verrebbe in effetti ad accreditare un abuso di tale schema negoziale, delineandosi allora la prospettiva dell'abuso, come è stato ipotizzato anche nell'ambito di altro studio raccolto nella medesima occasione (il riferimento è al contributo di Francesco Macario), come una chiave di lettura suggestiva e promettente della materia.

Francesco Alcaro

GLI EFFETTI STRUMENTALI DELLA DESTINAZIONE: L'(EVENTUALE) EFFETTO TRASLATIVO E GLI EFFETTI OBBLIGATORI IN ORDINE AL PROFILO GESTORIO

L'effetto di destinazione patrimoniale: la fase "programmatica" e la fase "attuosa" nell'esercizio del potere dispositivo.

L'art. 2645 ter c.c. legittima la funzione destinataria riconoscendole rilevanza giuridica quale espressione di esercizio di un potere dispositivo, di cui il c.d. negozio di destinazione costituisce l'atto programmatico iniziale ⁽¹³⁶⁾.

Tale potere ordinante, nel conformare l'uso del bene ⁽¹³⁷⁾, non si esaurisce, peraltro, nel solo momento programmatico, ma si articola attraverso un procedimento attuativo, suscettibile di diverse graduazioni. Si tratta, dunque, dello svolgimento di un'azione complessa che si dispiega in una prima fase "programmatica", constando di un disegno operativo, la cui realizzazione consegue ad una seconda fase "attuosa".

In via di principio, chi gode e dispone del bene può esercitare il potere di 'destinazione' per la cura di un specifico interesse. Tale programma, adeguatamente oggettivato e pubblicizzato, apre una sequenza procedimentale che si realizza nel suo progressivo divenire e che è idonea a produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi subordinatamente alla sua concreta ed effettiva attuazione.

Al programma di azione, pur reso opponibile mediante la trascrizione, deve così sempre seguire un comportamento attuo ⁽¹³⁸⁾ che rende rilevante ed effettiva la destinazione anche nei confronti dei terzi. In difetto di attuazione, la destinazione sarebbe inefficace, in quanto, limitata al primo segmento di programmazione del vincolo, si esaurirebbe nel solo momento configurativo (ed internamente alla sfera giuridica del disponente).

La destinazione, quindi, acquista oggettività quando è attuata in fatto, attraverso una concreta attività che ne realizzi il vincolo ⁽¹³⁹⁾.

Si tratta dunque di un'attività (modulata e spiccatamente funzionale) che incide e si proietta oggettivamente sul patrimonio. La destinazione, quale fonte di disciplina, si traduce, infatti, nella regolamentazione del funzionamento di beni, determinandone una gestione finalizzata e conformandone lo statuto giuridico.

L'effetto di destinazione patrimoniale è indice essenzialmente del collegamento fra patrimonio e attività ⁽¹⁴⁰⁾: in tal senso, la 'destinazione' è, in generale, una tecnica costante di funzionalizzazione dei beni. Il patrimonio stesso è concetto ed entità funzionale e dinamica: le implicazioni che ne conseguono sono molteplici e assai rilevanti ⁽¹⁴¹⁾.

Effetto di destinazione ed effetto traslativo: neutralità del trasferimento funzionale alla destinazione patrimoniale.

Ciò posto, ne deriva la netta distinzione fra effetto di destinazione ed effetto traslativo ⁽¹⁴²⁾.

Mentre è consequenziale l'effetto della separazione patrimoniale, restando, in via di principio, il conferente proprietario del bene, benché vincolato, non necessariamente si produce quello traslativo: ove questo operi, con vincolo a favore del beneficiario, il trasferimento si pone in termini di netta *strumentalità*.

Del resto l'effetto destinatorio ha, da un punto di vista sistematico, una sua autonomia nel quadro degli effetti dispositivi, non riducibili solo a quelli reali/obbligatori.

Mentre l'atto di destinazione – come si è rilevato - individua l'attualità di una funzione impressa al bene, orientandolo e vincolandolo ad un determinato scopo, esplicantesi in una congrua e adeguata "attività" di organizzazione e gestione del patrimonio, diversamente l'effetto traslativo si produce in forza di un contratto (sia esso gratuito o oneroso) che mira a realizzare direttamente uno spostamento patrimoniale, perfezionando ed esaurendo la vicenda circolatoria.

La destinazione, infatti, non influisce di per sé sulla titolarità del bene ⁽¹⁴³⁾, che in via di principio permane in capo al soggetto destinante ('conferente'), salvo che la gestione da parte di un terzo appaia necessaria alla realizzazione dello scopo.

Si pone allora un raccordo funzionale fra destinazione patrimoniale e trasferimento: quest'ultimo si atteggia come servente e subordinato al fine destinatorio.

Collocandosi in una prospettiva funzionale, il negozio traslativo, inserito nella sequenza procedimentale che realizza la destinazione, è coordinato con gli atti che lo precedono e lo seguono e che sono unificati dall'obiettivo perseguito.

Tale negozio traslativo è quindi atto neutro, funzionalmente dipendente dallo stesso negozio programmatico fondante la destinazione patrimoniale, nel cui contesto va individuata la sua giustificazione causale. ⁽¹⁴⁴⁾

Nelle ipotesi di destinazione traslativa, in particolare, la funzione non si limita solo ad orientare il rapporto soggetto-bene, conformandolo: la vis attrattiva va oltre, dettandone la titolarità ⁽¹⁴⁵⁾.

Il trasferimento, quindi, è privo di una qualificazione originaria sicura. Ne discende che esso non è qualificabile come oneroso o gratuito, laddove tale definizione sottende una logica di scambio ⁽¹⁴⁶⁾, e comunque rileva il contesto complessivo nel quale si colloca quella specifica destinazione.

S'intende dire che a tale atto è estranea la logica della qualificazione propria dei puri atti attributivi. Chi pone in essere un trasferimento in funzione della destinazione vuole imprimere al bene un uso, per attuare lo scopo che giustifica la destinazione stessa, a prescindere dalla creazione di un assetto patrimoniale - che si realizzi con il sacrificio di una parte cui corrisponda il vantaggio patrimoniale dell'altra -.

L'attribuzione retta da destinazione allo scopo, prospettandosi in sé neutra, esprime un'efficienza in termini di funzionalità e costituisce essenzialmente il *medium* essenziale all'esercizio di un'attività in vista di un risultato.

Sono il programma e la sua effettiva attuazione a consentire di qualificare quegli effetti attributivi consequenziali come onerosi, gratuiti o liberali. Del resto, se detto trasferimento fosse in sé esaustivo e la sua natura fosse immediatamente percepibile in quanto tale, in ragione della sua autonomia, avremmo già una donazione o una vendita, ovvero un'attribuzione autosufficiente sotto il profilo causale e non già una destinazione⁽¹⁴⁷⁾.

Effetti obbligatori in ordine al profilo *gestorio*.

L'art. 2645 ter suppone implicitamente l'attribuzione al disponente-conferente di un'ampia valutazione e scelta dei contenuti regolamentari della destinazione programmata con riguardo agli atti dispositivi e gestori da porre in essere strumentalmente.

Secondo la dottrina prevalente, all'effetto traslativo – ove necessario – si aggiungerebbe in ogni caso un mandato ad amministrare per meglio regolare l'interrelazione fra chi destina e chi gestisce. L'inadempimento degli obblighi nascenti dal rapporto di mandato legittimerebbe altresì la reazione del conferente – mandante, il quale potrebbe così esperire nei confronti del mandatario tutte le azioni di carattere personale connesse alla violazione del rapporto obbligatorio⁽¹⁴⁸⁾.

Parimenti, la conclusione di un contratto di mandato si imporrebbe anche nell'ipotesi di destinazione non traslativa, tra destinante e gestore e comunque in ogni ipotesi di gestione non gravante sul destinante.⁽¹⁴⁹⁾

Si rileva⁽¹⁵⁰⁾ al riguardo che, essendo la connotazione funzionale del bene, vincolato ad uno scopo, in sé già idonea a dettare l'operato di chi gestisce la res, essa individuerrebbe, in particolare, i limiti all'uso del bene (volti ad indicare come il bene non debba essere utilizzato): con la destinazione, il conferente, fissando appunto vincoli d'uso, escluderebbe utilizzazioni ultronee rispetto a quelle prescelte. Se tali prescrizioni fossero disattese, gli interessati potrebbero attivarsi, chiedendo l'adempimento conforme ex art. 2645 ter c.c.

Un eventuale ulteriore contratto di mandato, atto a definire i rapporti fra destinante e gestore (o tra proprietario e beneficiario), varrebbe quindi a confermare e ad enfatizzare i limiti intrinseci funzionali già esistenti, arricchendoli di un sovrastante rapporto di natura obbligatoria, volto a definire le modalità di gestione e di uso del bene vincolato, attraverso obbligazioni accessorie e strumentali.

Al riguardo, si ritiene, tuttavia, di dovere operare delle distinzioni e chiarire che il ricorso al contratto di mandato, per definire e connotare la gestione del bene vincolato, non appare sempre giustificato e necessario, sia per il caso in cui il gestore

sia proprietario del bene vincolato, sia quando il beneficiario sia proprietario e attuatore del vincolo di destinazione.

Non si ravvisa la ragione per cui occorra **ordinariamente** sovrapporre alla funzione attuativa del vincolo, quella derivante da un contratto di mandato.

Il mandato è, com'è ovvio, pur nella sua duttilità ⁽¹⁵¹⁾, figura autonoma e distinta: può soccorrere solo in funzione integrativa dei compiti gestori che discendono dalla funzione destinataria impressa al bene.

Il gestore è tale in ragione dell'attività che ne specifica la funzione ed è dettata dal titolo e dalla fonte della destinazione stessa.

Le modalità dell'attività di gestione scaturiscono, in altri termini, dal titolo conformativo della stessa destinazione: la gestione può solo – ove occorra – essere eventualmente arricchita e integrata da un rapporto di mandato, in via accessoria.

L'evocazione del mandato si collega verosimilmente ad una diffusa concezione di tipo statico delle situazioni soggettive, quasi che la fase dell'esercizio e della fisiologica loro vicenda attuativa siano da ascrivere ad un titolo diverso da quello che fonda e istituisce quella determinata posizione soggettiva. Ciò non toglie che la individuazione e la regolamentazione del 'programma gestorio' conseguenziale alla destinazione vadano puntualizzate e previste con riguardo alla indicazione delle modalità operative o all'utilizzabilità di altri congegni normativi: si pensi, esemplificando, alla interferenza e coesistenza di rapporti che possono determinarsi fra destinazione e amministrazione di sostegno (ex art. 404 c.c.), nella ipotesi, spesso ricorrente, in cui la destinazione di un bene (o di un trust) sia stata predisposta a favore di soggetti disabili, prospettandosi conseguentemente aspetti di coordinamento delle rispettive discipline ⁽¹⁵²⁾.

La regolamentazione, quindi, della vicenda destinataria trova, in via di principio, la sua fonte nel titolo che dispone la destinazione, salva, ovviamente, la integrazione che la specifica e concreta ipotesi considerata dovesse esigere.

Ciò induce a riflettere sul modo e sui limiti con i quali il legislatore ha inteso legittimare la destinazione nel sistema. Infatti, nel prefigurarla, si è sostanzialmente accolto un punto di vista statico, valorizzando essenzialmente i profili di disciplina strutturale relativi alla costituzione del vincolo. Si è connotata la fattispecie sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo prescindendo, tuttavia, da una specificazione (delle modalità) della gestione e di realizzazione: queste, pur risultando pertanto rimesse all'autodeterminazione dei privati, non sono assunte quale tratto specifico del fenomeno.

Viceversa nella disciplina del trust non si può prescindere da una connotazione – ed autonomizzazione – degli aspetti gestori e, quindi, dei poteri e degli obblighi del trustee in rapporto ai beni in trust ⁽¹⁵³⁾.

La destinazione ex art. 2645 ter c.c. si presenta, viceversa, tendenzialmente quale conformazione dei beni ad uno scopo, incentrata essenzialmente su essi e fondamentalmente attinente ai vincoli e "ai diritti reali" ⁽¹⁵⁴⁾.

In conclusione, anche se si deve dare atto che la modulazione del vincolo funzionalmente inteso, nei suoi aspetti gestori ed attuativi, è rimessa alla volontà del disponente, non sembra emergere la necessità di ricorrere tecnicamente a strumenti ulteriori di regolamentazione della gestione (come il mandato), se non in via integrativa: pena la evaporazione del tratto fisiologico gestorio, identificante il contenuto proprio della vicenda destinataria.

È evidente come l'esercizio del potere di destinazione patrimoniale implichi, in ogni caso, la necessità di una puntuale determinazione che si esprime nella connotazione complessiva del modo di essere del vincolo stesso, in una prospettiva volta complessivamente a valorizzare l'autonomia privata, in funzione della creazione di nuovi vincoli sui beni e di limitazioni ponderate della responsabilità patrimoniale del debitore, fondate su interessi meritevoli, idonei a prevalere nella comparazione con altri interessi tutelati dall'ordinamento giuridico.

Andrea Fusaro

ATTO DI DESTINAZIONE E FONDO PATRIMONIALE: CONCORRENZA O INTEGRAZIONE TRA ISTITUTI GIURIDICI?

1. Coglie nel segno l'icastica notazione secondo cui "la disposizione dell'art. 2645 ter c.c. sembra avere consumato, nel giro di circa cinque anni dalla sua entrata in vigore, non solo, e come è stato già notato ⁽¹⁵⁵⁾ tutte le possibili attitudini dell'interprete nei confronti di una disciplina normativa nuova (la stagione breve delle denunce rabbiose dell'ipocrisia e delle denunce rassegnate del malgoverno del linguaggio legislativo), ma anche la gran parte, se non tutte, le possibili opzioni ermeneutiche dello studioso" ⁽¹⁵⁶⁾

Le contrapposizioni si registrano sin dalla definizione del tenore della disposizione, che taluni intendono meramente ricognitiva dei vincoli esistenti, mentre altri leggono quale inedita previsione della pubblicità di atti modificativi dell'ordinario contenuto del diritto di proprietà ⁽¹⁵⁷⁾. Le divergenze circa le opzioni di vertice seguono numerose.

E' irriducibile il contrasto relativo alla portata della norma rispetto alla responsabilità patrimoniale generica ⁽¹⁵⁸⁾. Da un lato, si collocano l'autorevole opinione che, ponendosi nella prospettiva dei diritti, piuttosto che dei beni, esclude che l'art.2645 bis abbia realizzato alcuna deroga all'art. 2740 c.c. ⁽¹⁵⁹⁾; nonché quella - pure assai qualificata - che richiede soltanto l'indicazione espressa dell'interesse, rivestita della forma pubblica, in quanto la meritevolezza non andrebbe oltre la liceità ⁽¹⁶⁰⁾. Dall'altro lato, si contano voci non meno titolate, le quali ritengono inevitabile la ricerca di senso puntuale del riferimento alla qualificazione degli interessi ⁽¹⁶¹⁾.

Altra domanda cruciale attiene alle conseguenze del rilievo dell'assenza di meritevolezza: se da tale mancanza discenda l'invalidità dell'atto ⁽¹⁶²⁾ o solo l'inopponibilità; quesito che rinvia alla portata del vincolo o meglio al tema della pubblicità. Soltanto nella prospettiva incline a disarticolare la fattispecie, assegnando rilevanza autonoma al momento negoziale, non viene travolto l'atto, ma l'effetto ⁽¹⁶³⁾ della separazione, cosicché l'adempimento sarebbe comunque dovuto a favore del beneficiario.

Nell'accostarsi al censimento delle valenze applicative della disposizione bisogna tenere a mente la consapevolezza ormai acquisita, certamente radicata presso i teorici generali, secondo cui il diritto scritto vive nell'interpretazione, per tale intendendo quella privilegiata dalle elites: la legge dice ciò che vi trovano i sacerdoti del diritto ⁽¹⁶⁴⁾. Allorché - come qui accade - costoro si presentino assolutamente divisi, egualmente distribuiti sui fronti opposti, in modo da impedire alcun arbitraggio attraverso la ponderazione del rispettivo grado di autorevolezza, al giurista pratico in sede applicativa non rimane che confidare nella ragionevolezza delle argomentazioni che sostengono le singole letture. E affidarsi, a ben vedere, ad un giudizio prognostico circa

la tesi destinata a prevalere, nella consapevolezza che - come fu detto - il diritto talora non è altro che una cifra, apparendo tale non solo la legge scritta imposta dalle maggioranze parlamentari, ma pure le regole che sgorgano dalle interpretazioni, prima tra tutte quella giudiziale.

2. Gli atti di destinazione e la famiglia

Sin dal suo apparire, s'è rilevato come l'art. 2645 ter rivesta attitudine ad essere impiegato a margine dei rapporti patrimoniali tra coniugi e tra conviventi: in particolare, quale omologo del fondo patrimoniale per la famiglia di fatto, nonché con riguardo alle sistemazioni patrimoniali nell'ambito della crisi coniugale, rafforzando vincoli rivolti a limitare l'utilizzo e la disponibilità dei beni oggetto delle attribuzioni, spesso in vista del perseguimento dell'interesse della discendenza ⁽¹⁶⁵⁾. L'ambito della famiglia è, invero, terreno di coltura di interessi la cui tutela appare meritevole, salvo non si alzi l'asticella sino al livello della rilevanza pubblica, poiché in tale evenienza verrebbe in considerazione soltanto lo spicchio dei componenti disabili.

2.1 Il concorso con il fondo patrimoniale

Rispetto all'impiego da parte dei coniugi, l'incertezza principale si appunta sul coordinamento di questa figura generale di separazione con le speciali, in particolare con il fondo patrimoniale ⁽¹⁶⁶⁾, del quale si è sottolineata la diversa ossatura: "l'art. 2645-ter prevede che i beni destinati e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo. L'art. 2645-ter è una disposizione scritta "in positivo" (ci dice chi può rivalersi su quei beni). L'art. 170 è, invece, una disposizione scritta "in negativo" (ci dice chi non può rivalersi su quei beni). ...Manca, inoltre, ogni riferimento allo stato soggettivo del creditore, la cui tutela risulta, dunque, affievolita. ...non si chiede più una prova negativa (non essere stato a conoscenza dell'estraneità del credito rispetto allo scopo: art. 170), ma una prova positiva (l'attinenza del debito rispetto allo scopo)". Pertanto vi sarebbero "margini per argomentare che il creditore, prima di contrarre, deve accertarsi se l'obbligazione risponda allo scopo: in sede esecutiva l'onere della prova graverà sul medesimo (art. 2697)"; di qui la differenza rispetto al fondo patrimoniale, in quanto l'art. 2645-ter sarebbe "in controtendenza rispetto all'art. 170. La tutela delle ragioni creditorie sarà assicurata nei limiti in cui la valutazione dello scopo sia, per quanto possibile, oggettivabile" ⁽¹⁶⁷⁾.

Invero la dottrina si trova divisa di fronte al quesito relativo alla sovrapposibilità del nuovo strumento al vecchio, assegnando all'atto di destinazione finalità tali da ricalcare quelle del fondo patrimoniale. A supporto della tesi più liberale si sottolineano le opportunità dischiuse da tale impiego, in ragione della maggiore

flessibilità e rarefazione di regole imperative; in senso contrario, si dubita circa l'aggirabilità dei limiti legali, sia impiegando questo strumento laddove la legge non ne prevede alcuno(per i conviventi), sia ottenendo per suo tramite una protezione patrimoniale superiore rispetto a quella garantita dagli istituti tipici(per i coniugi), osservandosi che "il negozio di destinazione non può essere strumento per eludere la disciplina legale né può trovare spazio nell'ambito di applicazione della figura tipica" ⁽¹⁶⁸⁾.

Il dilemma evoca il dibattito fiorito a margine del trust, la cui adozione si dice giustificata laddove manchi uno strumento idoneo allo scopo nel diritto interno, anche se nei fatti riceve applicazione pure in presenza di un omologo, soltanto meno strutturato; un filone lo considera, anzi, ormai compenetrato nell'ordinamento al punto da fargli giocare un ruolo di filtro nei confronti degli istituti successivamente arrivati, cui non si consentirebbe di perseguire obiettivi raggiungibili attraverso il trust, con il curioso esito che uno strumento straniero impedirebbe a quelli interni di realizzare le stesse finalità. Quest'ultimo atteggiamento appare invero minoritario, mentre residua l'eventualità di precludere all'atto di destinazione ciò che al trust risulta ormai consentito ⁽¹⁶⁹⁾.

Le opzioni sono, dunque, numerose e polarizzate, trascorrendo dall'estrema esterofila, che relega l'atto di destinazione ad un ruolo residuale, accordandogli lo spazio lasciato libero sia dagli istituti tipici sia dal trust, a quella opposta che assegna al fondo patrimoniale l'esclusiva circa il perseguimento degli scopi suoi propri, precludendone altrimenti la realizzazione, seppur per via più agevole od in misura più intensa, attraverso strumento interno piuttosto che straniero

Tra le posizioni intermedie si segnala quella che propone di far reagire l'antico sul nuovo, in modo da "estendere, in via interpretativa, nel tentativo di ricostruire un generale statuto dell'atto di destinazione, il richiamo dell'art. 170 c.c., attribuendo rilevanza alla condizione di buona o mala fede del terzo in ordine alla conformità dell'atto alla destinazione, la prova della mala fede del terzo, al pari di quanto accade in relazione al fondo patrimoniale, potrà essere fornita anche mediante presunzioni, con la conseguenza che l'oggettiva difformità dalla destinazione, se ritenuta dal giudice percepibile dal terzo, potrà incidere comunque sulla conservazione dell'acquisto" ⁽¹⁷⁰⁾. Ad un esito assimilabile sul piano funzionale, ma perseguito attraverso un itinerario speculare che transita per il fondo, giunge la tesi latrice del suggerimento rivolto a considerare abrogati i limiti all'opponibilità ai creditori previsti dal fondo patrimoniale, così da equipararne l'attitudine alla separazione patrimoniale a quella dell'art. 2645 ter ed in definitiva consentire il concorso tra istituti giuridici a servizio dei medesimi obiettivi ⁽¹⁷¹⁾.

Gli accennati dubbi sul coordinamento di questa figura generale di separazione con le speciali, ed in specie con il fondo patrimoniale, non sembra aver invece sfiorato l'estensore di una nota sentenza di merito ⁽¹⁷²⁾ laddove i due strumenti sono stati

ritenuti entrambi a disposizione dell'autonomia privata, a margine del trasferimento, con atto formale, da un coniuge all'altro, a modifica del regime di separazione personale (o di divorzio) precedentemente instaurato, di taluni beni immobili con il vincolo "erga omnes" di cui all'art. 2645 ter c.c., allo scopo di garantire ai figli minori un adeguato e sicuro mantenimento.

Se anche da parte della famiglia legittima la disponibilità del fondo patrimoniale precludesse l'accesso allo strumento di cui all'art. 2645 ter c.c. per il perseguimento dei medesimi fini (anteriormente alla crisi coniugale), l'ostacolo non sussisterebbe, invece, circa l'impiego dell'atto di destinazione da parte dei conviventi ai quali l'accesso al fondo è notoriamente precluso, come del resto agli altri istituti del regime patrimoniale, impresa familiare inclusa ⁽¹⁷³⁾. Rispetto a quel contesto potrebbero venire in gioco altre pregiudiziali, compendiabili nella concettuale resistenza a consentire l'operatività per la famiglia di fatto di un istituto maggiormente protettivo rispetto a quello disponibile ai coniugi ⁽¹⁷⁴⁾. Di qui la valorizzazione della presenza dei figli che certe indicazioni giurisprudenziali ⁽¹⁷⁵⁾ ritengono imprescindibile, nonostante il contrario parere di voci autorevoli ⁽¹⁷⁶⁾

2.2 La graduale convergenza tra fondo e atto di destinazione

Ulteriore profilo suscettibile di coordinamento attiene all'indicazione dettagliata delle finalità ed esplicitazione delle modalità prescelte per attuarla, che la giurisprudenza più recente sembra postulare a margine del fondo patrimoniale, pena l'agevole revocabilità ⁽¹⁷⁷⁾ e talora la dichiarazione di simulazione ⁽¹⁷⁸⁾.

Per questa via la configurazione del fondo verrebbe ad avvicinarsi a quella più consona per l'atto di destinazione, rispetto al quale si è notato che "al programma di azione, pur reso opponibile mediante la trascrizione, deve così sempre seguire un comportamento attuoso ⁽¹⁷⁹⁾ che rende rilevante la destinazione anche nei confronti dei terzi. In difetto di attuazione, la destinazione programmata sarebbe inefficace, in quanto, in tal caso, la funzione, limitata al primo segmento di programmazione del vincolo, rimarrebbe un mero proposito interno alla sfera giuridica del disponente, esaurendosi pertanto nel solo momento configurativo ed irrilevante verso i terzi", pur considerando che "non sembra emergere la necessità di ricorrere tecnicamente a strumenti ulteriori di regolamentazione della gestione (come il mandato), se non in via integrativa: pena la evaporazione del tratto fisiologico gestorio, identificante il contenuto proprio della vicenda destinataria" ⁽¹⁸⁰⁾.

L'avvicinamento tra fondo e atto di destinazione ricorrerebbe allora anche rispetto alle vicende modificative ed estintive, dal momento che l'estensione delle regole elaborate a margine dell'atto di destinazione ⁽¹⁸¹⁾ conseguirebbe ragionevolmente alla puntuale indicazione di scopo e modalità di attuazione del fondo, ma pure alla crescente autonomia riconosciuta in generale ⁽¹⁸²⁾, nonché con specifico

riguardo al suo scioglimento, in particolare attraverso l'ammissione - ormai generalizzata ⁽¹⁸³⁾, ancorché non pacifica ⁽¹⁸⁴⁾ - della derogabilità dell'autorizzazione giudiziale per l'alienazione in presenza di figli minori.

Così riguardati, i due istituti esibirebbero una tendenziale assimilazione, quindi un'integrazione della loro disciplina, piuttosto che una contrapposizione insanabile e forse proprio da qui occorre muovere per assecondare nella prassi - specie quella redazionale - una contaminazione tra fondo e atto di destinazione, da confezionare secondo modelli tendenzialmente omogenei ⁽¹⁸⁵⁾. Per questa via la distanza tra i due istituti si ridurrebbe sul piano operativo, componendo un quadro atto a legittimare ulteriormente la proposta di assimilare le rispettive regole anche sul versante esterno, ed in particolare in ordine ai margini di aggredibilità dei beni vincolati da parte dei creditori

Marco Krogh e Alberto Valeriani

LE VICENDE ESTINTIVE E MODIFICATIVE
DEI VINCOLI DI DESTINAZIONE EX ART. 2645 TER C. C.

Sommario: 1. Impostazione del problema. – 2. La durata. - 3. Gli eventi sopravvenuti alla costituzione del vincolo. 4. La modifica e la cessazione del vincolo per volontà delle parti. 5. La pubblicità nei Registri Immobiliari.

1. Impostazione del problema.

La costituzione del vincolo di destinazione produce effetti che si proiettano nel futuro e fa sorgere rapporti intersoggettivi che durano nel tempo e che riguardano sia il soggetto che ha costituito il vincolo di destinazione ed il beneficiario, sia i creditori del costituente ed i creditori che hanno concesso credito per la realizzazione dello scopo di destinazione e sia “qualsiasi interessato” (secondo la terminologia dell’art. 2645 ter).

Il 2645 ter non contiene una tipizzazione dell’istituto ⁽¹⁸⁶⁾ e pertanto la sua regolamentazione è rimandata alla volontà delle parti, purché sia lecita e non contrasti con la norma; la cessazione e la modifica dei vincoli devono quindi trovare la loro disciplina negli istituti già presenti nel codice civile, oltre che nelle scarse regole dettate dal 2645 ter. Data la molteplicità di soggetti destinatari degli effetti, diretti e indiretti, dei vincoli di destinazione, è quindi giocoforza che siano pure molteplici gli strumenti che devono essere considerati per verificare, in occasione di fenomeni estintivi e modificativi dei vincoli, quali interessi debbano prevalere e come e quando prevalgano.

Da quest’angolo prospettico, è utile un’indagine diretta a verificare se i requisiti richiesti dall’art. 2645 ter per la nascita del vincolo di destinazione debbano essere attuali per tutta la durata del vincolo stesso, se sia possibile (e da chi) modificare il contenuto e la durata del vincolo, se sia possibile (e da chi) far cessare il vincolo stesso e con quali effetti nei riguardi del costituente il vincolo (che il legislatore definisce “conferente”), del beneficiario e degli altri terzi interessati. Occorrerà inoltre verificare quando e in che misura eventi esterni possano influire sull’efficacia del vincolo.

Gli argomenti presentano particolare interesse per l’operatore del diritto tenuto conto che, in una visione dinamica dei fatti e dei rapporti giuridici, possono mutare nel tempo le esigenze che hanno determinato un soggetto a costituire il vincolo, così come è possibile che mutino nel tempo le priorità che hanno giustificato la scelta di un determinato assetto d’interessi rispetto ad un altro.

L’adeguamento dei rapporti giuridici al verificarsi di nuovi eventi risponde, peraltro, ad esigenze di equità presenti nel nostro ordinamento a giustificazione di

rimedi espressamente previsti per i contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita (si pensi all'eccessiva onerosità) ovvero come normale espressione dell'autonomia privata (si pensi al mutuo dissenso regolato dall'art. 1372).

L'indagine deve, in particolare, accertare, all'interno delle molteplici ipotesi che possono verificarsi nella realtà:

entro quali limiti ed a quali condizioni un soggetto del rapporto giuridico al sopravvenire di determinati eventi, possa chiedere, in danno degli altri interessati, che sia dichiarata la cessazione del vincolo ovvero che siano modificati alcuni aspetti dello stesso;

entro quali limiti ed a quali condizioni la cessazione (o la modificazione) del vincolo possa essere richiesta da terzi estranei al rapporto originario quale sorto all'atto della costituzione;

entro quali limiti ed a quali condizioni un soggetto del rapporto possa agire sugli effetti del vincolo, facendoli cessare o modificandoli, anche in assenza di qualsiasi evento esterno ⁽¹⁸⁷⁾;

quali forme debbano essere osservate e quali adempimenti pubblicitari debbano, e per quali effetti, eseguiti.

In un'ottica di gestione previdente del rapporto nascente dal vincolo di destinazione, l'indagine è volta inoltre a verificare la possibilità di inserire nell'atto di costituzione del vincolo elementi accidentali, clausole sospensive o risolutive o altre clausole che consentano comunque lo scioglimento o la modificazione del vincolo, in grado di governare eventuali sopravvenienze.

Va, innanzitutto, evidenziato che l'art. 2645 ter prevede al suo interno due cause espresse di cessazione del vincolo:

il decorso del periodo di tempo non superiore a novanta anni;

la durata della vita della persona fisica beneficiaria;

ed una causa implicita:

il venir meno dell'interesse meritevole di tutela.

2. La durata.

La fissazione di un termine costituisce un limite alla durata del vincolo principalmente nell'interesse del beneficiario. Invero, in caso di morte del costituente il vincolo, subentreranno nella medesima posizione giuridica del *de cuius* i suoi eredi e/o legatari ⁽¹⁸⁸⁾. Così come, quale conseguenza dell'opponibilità del vincolo, si troverà nella medesima posizione giuridica (di soggezione) nascente dal vincolo stesso colui che acquisterà il bene immobile (o mobile iscritto in pubblici registri) oggetto di destinazione; il vincolo "segue" il bene.

La purgazione del bene dal vincolo di destinazione, pendente il termine, potrà realizzarsi nei casi di espropriazione forzata effettuata per soddisfare i creditori per debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione; l'esecuzione comporta la

vendita forzata del bene libero dal vincolo e quindi costituisce causa di cessazione del vincolo.

Diversamente, il termine di durata, relativamente alle vicende del beneficiario, ⁽¹⁸⁹⁾ rappresenterà il limite massimo di durata del vincolo. Infatti:

- nel caso in cui il beneficiario sia una persona fisica, la durata del vincolo può essere stabilita per tutta la vita del beneficiario ovvero per una durata determinata che non può essere superiore a 90 anni, con la precisazione che, in caso di durata stabilita a tempo determinato, il decesso della persona fisica beneficiaria prima del termine di scadenza, salvo la previsione di clausole di “sostituzione” (o di effetto analogo), comporterà comunque la cessazione del vincolo;

- nel caso in cui il beneficiario sia una persona giuridica o un ente, la durata potrà essere stabilita solo per un tempo determinato (non superiore a 90 anni), con la precisazione che comunque, in assenza di clausole che consentano la sostituzione del beneficiario, il vincolo verrà comunque a cessare a seguito dell’estinzione del beneficiario stesso.

La possibilità di prevedere modalità di sostituzione del beneficiario nell’atto di costituzione del vincolo ⁽¹⁹⁰⁾ non è esclusa dal dettato legislativo e non incontra il limite della tutela del ceto creditorio del costituente, ove di essa sia data idonea pubblicità nelle forme di legge ed ove non determini una contrazione dell’interesse, alla cui realizzazione il vincolo è diretto, tale da derubricarne in modo significativo il giudizio di meritevolezza a livelli non degni di tutela. Deve, del pari ritenersi ammessa la possibilità che all’atto della costituzione del vincolo il beneficiario non sia determinato, ma solo determinabile ⁽¹⁹¹⁾, anche se l’argomento va affrontato con estrema cautela.

Il vincolo, in tal caso, prima della individuazione del beneficiario, non può però produrre l’effetto segregativo conseguente alla eseguita trascrizione.

La previsione della sostituzione del beneficiario deve, in relazione alla struttura ed al contenuto del vincolo, conciliarsi:

con le limitazioni della possibilità di costituire usufrutti successivi scaturenti dall’art. 979 C.C. (primo comma: “La durata dell’usufrutto non può eccedere la vita dell’usufruttuario”; secondo comma: “L’usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non può durare più di trenta anni”), dall’art. 698 C.C. (“La disposizione, con la quale è lasciato a più persone successivamente l’usufrutto, una rendita o un’annualità, ha valore soltanto a favore di quelli che alla morte del testatore si trovano primi chiamati a goderne”) e dall’art. 796 C.C. (“E’ permesso al donante di riservare l’usufrutto dei beni donati a proprio vantaggio e dopo di lui a vantaggio di un’altra persona o anche di più persone, ma non successivamente”) ⁽¹⁹²⁾;

con il disposto dell’art. 1962, secondo comma, C.C. (“In ogni caso l’anticresi non può avere una durata superiore a dieci anni”) ⁽¹⁹³⁾.

Nell'ipotesi in cui il beneficiario sia un ente, ci si può interrogare se la devoluzione del patrimonio della persona giuridica beneficiaria ad altro ente che persegue scopi analoghi o affini, giustifichi la permanenza del vincolo stesso.

La questione coinvolgerà principalmente aspetti attinenti l'esatta individuazione della volontà delle parti oggettivata nell'atto di costituzione del vincolo al fine di verificare se, ed entro che limiti, quel determinato interesse che ha giustificato la costituzione del vincolo può, in modo fungibile, esser realizzato anche da soggetto diverso dal primo beneficiario al quale sia legato da un rapporto di successione a titolo universale o particolare.

La soluzione al problema sembra condizionata dalla rilevanza che la devoluzione può avere nella sfera giuridica dei soggetti terzi. Invero, laddove si ammetta la permanenza del vincolo in caso di cessazione dell'ente e di devoluzione del suo patrimonio ad altro ente, nascerebbero nuovi rapporti giuridici tra colui che ha costituito il vincolo, gli organi di gestione del nuovo ente e creditori del nuovo ente, che possono riflettersi in via più o meno diretta sulle aspettative che possono vantare sul bene stesso creditori ed aventi causa del costituente stesso. Si può ritenere, quindi, in via generale, che, in mancanza di espressa clausola contenuta nell'atto costitutivo (il giudizio sulla ammissibilità della quale non può prescindere dalla valutazione del suo contenuto specifico), l'estinzione dell'ente beneficiario con devoluzione del patrimonio ad altro ente con scopi analoghi determina la cessazione del vincolo.

L'eccezionale effetto segregativo, che nasce dal vincolo di destinazione, diretto a privilegiare in via esclusiva una determinata categoria di creditori a danno degli altri potenziali creditori del soggetto titolare del bene, sembra, infatti, ostativo alla possibilità di modifiche di posizioni soggettive che in qualche modo possono peggiorare le aspettative di soggetti terzi sul bene stesso. Peraltro, è possibile che ci siano anche successori ed aventi causa del titolare del bene che abbiano interesse a far valere la cessazione del vincolo di destinazione ed ottenere il libero godimento e la libera disponibilità del bene. Le parti interessate, di conseguenza, se non hanno espressamente disciplinato la suddetta eventualità nell'atto di costituzione del vincolo, in una sorta di programma gestorio del vincolo nei suoi aspetti dinamici (in quello che si potrebbe definire il "Regolamento del vincolo"), dovranno perfezionare un nuovo atto di destinazione che avrà per effetto la nascita di nuove relazioni intersoggettive.

3. Gli eventi sopravvenuti alla costituzione del vincolo.

La morte o l'estinzione del beneficiario del vincolo di destinazione non rappresentano, tuttavia, le uniche modifiche della posizione soggettiva che possono aver rilevanza nel corso della vita del vincolo di destinazione. E' possibile che il vincolo di destinazione sia costituito per soddisfare particolari necessità attinenti la persona del beneficiario ovvero per sopperire determinate carenze ascrivibili al beneficiario. Ad esempio, nel caso in cui è imposto un vincolo ad un bene per destinare lo stesso (*recte*:

le rendite che possono essere prodotte dal bene) a sopperire alle spese necessarie per la cura della malattia di un beneficiario, la guarigione del beneficiario costituirà evento al cui avverarsi cesserà il vincolo stesso, così come è da ritenere, sempre a titolo di esempio, che la destinazione di un bene per specifici scopi di carattere culturale perseguiti da una persona giuridica sarà vincolata al mantenimento di quel determinato scopo da parte dell'ente stesso, dacché un eventuale mutamento di scopo o di oggetto da parte della persona giuridica che non renda coerente l'attività sociale con la realizzazione dell'interesse posto a fondamento del vincolo sarà evento idoneo a far cessare il vincolo stesso.

In questi casi, la modifica dello stato soggettivo del beneficiario, andando ad incidere su una specifica qualità posta a fondamento dell'interesse che si intende perseguire, non può non incidere sulla permanenza degli effetti del vincolo stesso che verrà meno per sopravvenuta impossibilità di realizzazione dello scopo per cui è sorto il vincolo. La qualità della persona che regge l'interesse meritevole di tutela funge da presupposto per la permanenza del vincolo stesso .

La problematica relativa all'impossibilità (giuridica o di fatto) sopravvenuta di realizzazione dell'interesse posto a fondamento del vincolo, sotto altro aspetto, si intreccia con la problematica attinente l'effettiva destinazione del bene vincolato alla realizzazione dell'interesse meritevole (ipotesi, quest'ultima, di cui si tratterà fra le cause di cessazione del vincolo per volontà delle parti) e ciò in una prospettiva di equo bilanciamento degli interessi coinvolti e di sacrificio di alcune posizioni soggettive a vantaggio di altre nei soli casi in cui ciò trovi giustificazione nel perseguimento di determinati scopi meritevoli ⁽¹⁹⁴⁾.

Pertanto, l'impossibilità di realizzare lo scopo quale causa di estinzione del vincolo può dedursi, quale principio generale ricavabile dal sistema. A titolo di esempio, dall'art. 27, comma 1°, in tema di fondazione, laddove è espressamente disposto che la persona giuridica si estingue quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto *impossibile*, dall'art. 171, comma 1°; in tema di fondo patrimoniale, laddove è espressamente previsto che la destinazione del fondo termina a seguito dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Le conseguenze derivanti dall'impossibilità di conseguire lo scopo per il quale è stato imposto il vincolo saranno diverse in rapporto al titolo che ha fatto sorgere il vincolo stesso. Essendo il vincolo mero effetto che può essere conseguenza di un atto unilaterale, di un contratto con causa onerosa o di un contratto con causa gratuita, ⁽¹⁹⁵⁾ l'impossibilità sopravvenuta produrrà conseguenze nell'uno e negli altri casi secondo i principi generali in materia di contratti ricavabili dagli artt. 1463 e segg..

L'ambito di applicazione della sopravvenuta impossibilità di realizzazione dell'interesse è, sotto altra prospettiva, da porre in relazione non solo con il beneficiario o con determinate qualità del beneficiario, prese in considerazione nella

genesi formativa del vincolo, ma più in generale in relazione a qualunque aspetto che costituisce un ostacolo oggettivo al perseguimento dello scopo, dacché l'imposizione del vincolo appare incongruo e privo di giustificazione. Costituiranno causa di cessazione del vincolo, quindi, l'impossibilità oggettiva e permanente del bene ad essere adibito alla specifica destinazione diretta a realizzare l'interesse meritevole.

Dovendo l'indagine sulla sopravvenuta impossibilità essere condotta in relazione all'interesse dedotto nell'atto di costituzione del vincolo, giova sottolineare l'importanza che lo scopo della destinazione sia ben determinato e specificato al momento del perfezionamento del vincolo e, verosimilmente, la forma dell'atto pubblico richiesta dall'art. 2645 ter è giustificata anche dalla necessità che gli elementi formativi e gestionali del vincolo siano fissati con precisione e rigore.

Determina ugualmente cessazione del vincolo il raggiungimento dello scopo di destinazione, indipendentemente che ciò sia avvenuto per effetto dell'attività "destinatoria" o *aliunde*.

All'interno della stessa area cognitiva delle conseguenze prodotte da eventi sopravvenuti si può collocare l'indagine relativa all'eccessiva onerosità delle prestazioni collegate ed accessorie al vincolo stesso. Ciò in quanto, all'interno dell'atipicità dei vincoli di destinazione che astrattamente possono essere imposti su un bene, non è da escludere che eventi successivi alla nascita del vincolo possano rendere il vincolo stesso eccessivamente oneroso rispetto alle aspettative del costituente o dei contraenti al momento del perfezionamento dell'atto o del contratto. Si pensi, all'ipotesi in cui un bene immobile sul quale è imposto un vincolo di destinazione ad abitazione di un disabile subisca una demolizione parziale. Ci si può interrogare se il proprietario sia tenuto alla ricostruzione dell'abitazione per consentire il perseguimento dello scopo ovvero se sia ipotizzabile una cessazione o modifica del vincolo secondo lo schema paradigmatico di cui agli artt. 1467 e segg.

L'indagine, in ordine all'incidenza dell'impossibilità e della sopravvenuta onerosità è particolarmente significativa all'interno dell'area in oggetto in quanto dal vincolo di destinazione sorgono relazioni intersoggettive non solo tra costituente e beneficiario, ma anche tra categorie di creditori che, astrattamente, possono vantare diritti sul bene a seconda che sussista o meno il vincolo. Rispetto alle tradizionali conseguenze derivanti dai contratti ad esecuzione continuata o periodica che riguardano le parti ed i terzi, in caso di costituzione del vincolo di destinazione emergono interessi ulteriori appartenenti al ceto creditorio escluso dalla generale garanzia patrimoniale sul bene oggetto del vincolo; esclusione giustificata esclusivamente dal perseguimento dell'interesse meritevole da esplicitare al momento della costituzione. Non può trascurarsi, invero, che la costituzione del vincolo determina, come suo effetto principale, la separazione tra *status* patrimoniale di un soggetto, misurato sulla titolarità dei diritti a lui appartenenti, e responsabilità patrimoniale del medesimo soggetto che, in virtù dell'apposizione del vincolo, risulta

limitata esclusivamente nei confronti di alcuni creditori normativamente selezionati, esclusione giustificata dall'apprezzamento dell'interesse da perseguire che il legislatore indica che debba essere meritevole di tutela ⁽¹⁹⁶⁾.

L'interesse da perseguire, in concorrenza con gli altri interessi giuridicamente rilevanti, diventa parametro di giudizio per verificare l'attualità delle ragioni giustificatrici dell'effetto segregativo ⁽¹⁹⁷⁾.

In tale ottica, si colloca l'ipotesi che lo scopo di destinazione non sia più meritevole di tutela per effetto di disposizioni legislative successivamente intervenute o per effetto di un mutato (ed evidentemente più che consolidato) orientamento giurisprudenziale.

Sotto quest'angolo prospettico (interessi/effetti) va esaminata anche l'ipotesi dell'adeguatezza dei mezzi rispetto all'interesse che si intende perseguire. Adeguatezza che dovrebbe sussistere nella fase genetica del rapporto e durante l'esistenza del vincolo, dacché così come non sembra possibile vincolare un palazzo con dieci appartamenti per sopperire alle esigenze abitative di un beneficiario, in quanto il mezzo è evidentemente sproporzionato al fine da realizzare e non giustifica la deroga ai principi generali in tema di responsabilità patrimoniale, è da ritenere che un'eccessiva sproporzione, causata da eventi sopravvenuti, tra mezzo (il vincolo) e la finalità da perseguire (l'interesse dedotto) faccia venir meno l'effetto segregativo che limita la responsabilità patrimoniale alla sola categoria di creditori individuata nell'art. 2645 ter.

Il giudizio di adeguatezza, peraltro, rientra nel più generale ambito del divieto di abusare dei propri diritti affermato recentemente dalle sezioni unite della Suprema Corte ⁽¹⁹⁸⁾ come principio generale che va oltre l'ambito meramente fiscale e tributario e colloca l'esercizio dei diritti attribuiti a ciascun soggetto in una sfera con colorazioni sociali e solidaristiche e non meramente egoistiche ⁽¹⁹⁹⁾.

In una logica di utilizzo ottimale dei beni immobili e di sfavore nei confronti di vincoli che rendano eccessivamente gravoso l'utilizzo, il godimento e la disponibilità del bene, c'è da chiedersi, altresì, se possano essere applicate, in via analogica e con gli adattamenti del caso, le disposizioni contenute nell'art. 1068 in tema di servitù e, quindi, ritenere possibile il trasferimento del vincolo nel caso in cui esso sia divenuto particolarmente gravoso e, nel contempo, il suo trasferimento su altro bene renda ugualmente comodo il soddisfacimento dell'interesse dedotto nell'atto di costituzione da parte del beneficiario ⁽²⁰⁰⁾.

4. La modifica e la cessazione del vincolo per volontà delle parti.

Accanto all'ipotizzabilità di eventi sopravvenuti che, in qualche modo, possono incidere sulla permanenza del vincolo di destinazione, indipendenti dalla volontà del costituente e del beneficiario, vanno esaminate le ipotesi che riguardano la modifica o

la cessazione degli effetti del vincolo di destinazione per volontà delle parti stesse del rapporto.

In assenza di una norma espressa, non sembra che sussista alcun argomento di ordine sistematico che possa ragionevolmente ostacolare la previsione di condizioni sospensive o risolutive e, più in generale, di clausole che consentano la cessazione del vincolo. Giova, in proposito ricordare che il divieto di apporre elementi accidentali all'atto di costituzione del fondo patrimoniale è motivato, da parte di coloro che ritengono sussistere tale divieto, argomentando sull'eshaustività delle cause di cessazione del fondo stesso, previste dall'art. 171; argomento questo non estensibile a fattispecie diverse.

Dunque, sarà possibile, all'atto della costituzione del vincolo prevedere clausole di recesso o revoca e condizioni sospensive o risolutive, con il limite del rispetto del divieto di apporre condizioni meramente potestative, secondo la previsione di cui all'art. 1355 ⁽²⁰¹⁾.

Dovrà essere utilizzata la forma dell'atto pubblico per il mutuo consenso ovvero per la rinuncia al diritto da parte del beneficiario ovvero per la revoca o il recesso da parte del costituente, e ciò quale conseguenza del rigore formale richiesto dal legislatore per la costituzione del vincolo stesso, ai sensi dell'art. 2645 ter ed in attuazione del principio generale di simmetria formale degli atti negoziali.

In merito alla revoca, è sconsigliabile la previsione di poter revocare il vincolo "ad nutum" da parte del conferente, quanto meno perché tale facoltà costituirebbe certamente indizio di scarsa "serietà" del vincolo; non pone i medesimi problemi, quanto meno in astratto, la previsione di revoca subordinata al verificarsi di determinati e ben specificati eventi.

Non sembra che sussistano limiti allo scioglimento consensuale del vincolo di destinazione, non essendo ravvisabili interessi di tipo pubblicistico o, comunque, collocabili al di fuori del rapporto nascente dal vincolo di destinazione tra costituente e beneficiario, ostativi ad una libera rideterminazione della volontà modificativa o estintiva del rapporto. Lo scioglimento o la modifica del rapporto nascente dal vincolo richiederà il mutuo consenso (art. 1372) del costituente e del beneficiario sia nel caso in cui sia stato costituito per contratto e sia nel caso in cui sia stato costituito per atto unilaterale.

Pur con qualche autorevole opinione contraria ⁽²⁰²⁾, la dottrina ritiene che il vincolo di destinazione possa essere costituito sia con atto unilaterale che con atto bilaterale ⁽²⁰³⁾.

Relativamente al vincolo derivante da atto unilaterale, si può affermare che per la costituzione dello stesso non occorra l'accettazione del beneficiario ⁽²⁰⁴⁾, tuttavia, in omaggio al principio secondo cui *nemo locupletari potest invito*, è da ritenere che, nella fase genetica del vincolo, sia necessaria, quanto meno, l'assenza di rifiuto da parte del beneficiario e, successivamente che il beneficiario possa rinunciare (ovvero

rifiutare, laddove il diritto non sia sorto) al diritto potestativo sorto a suo favore e diretto a soddisfare l'interesse meritevole di tutela posto a fondamento del vincolo stesso.

Peraltro, non va trascurato che la mancanza della necessità dell'accettazione del beneficiario potrebbe determinare usi distorti e illeciti dell'istituto: si pensi al soggetto che costituisce un vincolo di destinazione unicamente per proteggersi da eventuali pretese creditorie a favore di un beneficiario che non sia a conoscenza della costituzione e che quindi non ponga mai in essere alcuna attività diretta a realizzare lo scopo cui il vincolo è diretto. La necessità dell'atto pubblico e quindi l'obbligo dell'intervento notarile, con le cautele che il Notaio riterrà opportune, devono costituire – ove possibile – un ostacolo a impieghi fraudolenti del vincolo ⁽²⁰⁵⁾.

Si può ricomprendere fra le cause di cessazione per volontà delle parti, anche la cessazione del vincolo che avvenga a seguito del mancato perseguimento dello scopo di destinazione. Il 2645 ter contiene espresso divieto di impiegare i beni per fini estranei allo scopo di destinazione; da ciò ne consegue:

- che l'effettiva destinazione costituisce (unitamente alla presenza degli altri requisiti formali e sostanziali) presupposto per l'esistenza del vincolo;
- che la permanenza dell'attività "di destinazione" è presupposto per la permanenza del vincolo;
- che la cessazione dell'attività "di destinazione" come pure l'impiego del bene per altra attività costituiscono causa di cessazione del vincolo;
- che il mancato inizio dell'attività diretta a perseguire lo scopo di destinazione impedisce che il vincolo venga ad esistenza ⁽²⁰⁶⁾.

6. La pubblicità nei Registri Immobiliari.

L'effetto segregativo del vincolo di destinazione, cioè la limitazione della aggredibilità dei beni oggetto del vincolo (e dei loro frutti) esclusivamente per debiti contratti per la realizzazione dello "scopo di destinazione", consegue alla formalità pubblicitaria della trascrizione ⁽²⁰⁷⁾, a condizione, ovviamente, che l'atto costitutivo sia valido ed efficace.

Le principali modalità di esecuzione della trascrizione nei Registri Immobiliari ⁽²⁰⁸⁾ sono le seguenti:

- il codice da utilizzare è quello residuale (100) (Sezione A – Generalità);
- la trascrizione è eseguita "contro" il costituente (Sezione C – Soggetti);
- deve essere riportata la descrizione del bene vincolato (Sezione B - Immobili);
- devono essere riportati gli aspetti che caratterizzano il vincolo (e quindi, in particolare, lo scopo di destinazione; il termine di durata o il riferimento alla durata della persona fisica beneficiaria; le altre cause di cessazione; eventuali regole sull'amministrazione e sulla gestione dei beni, etc.) nonché i dati necessari per

l'individuazione del beneficiario e le eventuali regole per la sua sostituzione etc. ("Sezione D – Ulteriori informazioni).

La trascrizione non è eseguita "a favore" del beneficiario in quanto non è destinatario di effetti traslativi o costitutivi di diritti reali. La compilazione della Sezione – D ovviamente non può determinare alcun effetto di opponibilità.

In relazione alle vicende estintive e modificative dei vincoli occorre domandarsi se esse debbano essere oggetto, e con quali fini, di pubblicità e quale sia la forma da utilizzare.

Per quanto riguarda la pubblicità delle vicende estintive si può affermare, in via generale (con un necessario approfondimento caso per caso):

- che le vicende "fisiologiche" di cessazione del vincolo non debbono essere oggetto di adempimento pubblicitario, con alcune eccezioni;
- che le vicende "patologiche" di cessazione debbono invece essere oggetto di adeguata pubblicità.

Per vicende "fisiologiche" devono intendersi gli eventi riscontrabili oggettivamente e verificabili attraverso pubblici registri.

Il 2645 ter non fornisce alcuna indicazione sulle formalità da eseguire per dare adeguata pubblicità alle vicende estintive e modificative del vincolo; è evidente che lo strumento da utilizzare, per gli immobili, è l'annotazione ai sensi dell'art. 2655, che è, appunto, diretta a rendere conoscibili tali vicende in relazione ad una formalità già esistente e che è vera pubblicità, con effetti, al pari della trascrizione, collegati al principio di continuità delle trascrizioni.

Di tale argomento si è occupata l'Agenzia del Territorio che, con Circolare n. 5/2006 del 7 agosto 2006, nella quale testualmente si legge " ... al fine di realizzare una esaustiva informazione della vicenda estintiva dei vincoli in esame sui registri immobiliari, appare opportuno ipotizzare l'eseguibilità di una formalità di annotazione a margine della trascrizione dell'atto di destinazione costitutivo del vincolo medesimo, da qualificare come annotazione di "inefficacia". La predetta annotazione, che determina l'inefficacia della formalità principale (nel caso di specie trascrizione dell'atto di destinazione), sembra infatti preferibile rispetto alla formalità di annotazione di cancellazione che comporterebbe, invece, l'estinzione giuridica della formalità principale. Da ciò consegue che nei certificati ipotecari dovrà essere ricompresa non soltanto la formalità di annotazione di inefficacia, ma anche la formalità principale (trascrizione dell'atto di destinazione); e tale circostanza, considerata la peculiarità dei vincoli in questione, assume senza dubbio positivo rilievo, consentendo, sul piano pratico, la possibilità di garantire la conoscibilità permanente delle fasi evolutive del periodo vincolativo."

L'esecuzione della pubblicità delle vicende estintive del vincolo non può costituire, però, il momento di "cessazione della non opponibilità" (o, più

correttamente, il momento in cui viene meno il regime di “opponibilità limitata” tipico del vincolo di destinazione). La mancata pubblicità dell’evento estintivo non può impedire l’aggressione sul bene, che sia solo “apparentemente (ancora) vincolato”, e sui suoi frutti per debiti estranei allo scopo di destinazione. Il vincolo di destinazione è cessato a seguito dell’evento, la segregazione non esiste più e pertanto nessun effetto può essere (più) attribuito alla trascrizione che di esso ne è stata fatta. La pubblicità della vicenda estintiva, quando in relazione alla natura dell’evento estintivo debba essere eseguita, è diretta solo a rendere “certa” la circolazione del bene (non più “vincolato”).

Non deve, infatti, essere oggetto di adempimento pubblicitario la cessazione del vincolo che avvenga per scadenza del termine stabilito, per decesso della persona fisica alla durata della cui vita è connessa la permanenza del vincolo, per decesso della persona fisica beneficiaria in caso di vincolo a termine e per estinzione dell’ente beneficiario che sia iscritto in pubblici registri (e del quale, quindi, possa essere verificata l’estinzione), quando non siano previste modalità di sostituzione, per mancata individuazione del beneficiario, nel termine stabilito, quando nell’atto costitutivo il beneficiario sia solo determinabile.

Al riguardo, si osserva che le vicende relative al beneficiario, compresa la sua individuazione, risultano, nella nota di trascrizione, solamente alla Sezione D, senza quindi alcun effetto di opponibilità come sopra detto. Sarebbe quindi opportuno - a titolo esemplificativo - che nell’atto costitutivo di vincolo a termine, nel quale la morte del beneficiario sia *espressamente* elevata a causa di cessazione (onde fugare qualsiasi dubbio sull’effetto estintivo), sia regolata altresì la facoltà per il costituente di far constare tale effetto mediante atto pubblico da annotare a margine della nota di trascrizione del vincolo.

Deve, comunque, essere oggetto di adeguata pubblicità, ai fini di eliminare ogni incertezza sulla esistenza del vincolo, la cessazione che avvenga per il raggiungimento dello scopo di destinazione o per la sopravvenuta impossibilità di raggiungerlo e per estinzione dell’ente beneficiario, che non sia iscritto in pubblici registri (del quale, quindi, non si possa verificare con certezza l’esistenza), quando non sono previste modalità di sostituzione.

Sarà pure necessario dare pubblicità alla rinuncia al vincolo da parte del beneficiario, alla revoca o al recesso da parte del costituente, al mutuo consenso con cui venga sciolto il vincolo, al prodursi delle altre cause di cessazione previste nell’atto di costituzione e delle situazioni giuridiche che, in base ai principi generali, possono determinare l’“invalidità” dell’atto costitutivo, al perimento del bene vincolato (da valutare in relazione alla destinazione impressa ed alla possibilità di permanenza del vincolo sulla base della natura del bene vincolato che è “perito”).

Diversamente, invece, la pubblicità degli eventi modificativi dovrà essere *sempre* oggetto di idoneo adempimento pubblicitario ai fini dell’opponibilità ai terzi - aventi

causa dal costituente - delle conseguenti modifiche, nonché ai fini del diverso regime segregativo ex art. 2645 ter che le modifiche possono determinare, naturalmente fatte salve, in base ai principi generali, le ragioni dei terzi, e dei creditori in particolare, che abbiano trascritto o iscritto idoneo titolo in precedenza. La pubblicità delle vicende modificative dovrà essere eseguita anch'essa mediante annotazione ex art. 2655, quando la modifica, per la sua ampiezza (a priori non definibile), abbia a determinare la nascita di un "nuovo vincolo" ("geneticamente" diverso da quello che si assume "modificato") che debba quindi, per produrre gli effetti segregativi, trovare pubblicità mediante la trascrizione. La modificazione dello scopo di destinazione è tipico caso che potrebbe richiedere, anziché l'annotazione ex art. 2655, una nuova trascrizione, quando il contenuto della modifica sia tale da determinare un "nuovo" vincolo (o, forse meglio, lo stesso vincolo, ma, per così dire, "rinnovato"); certamente dovrà essere oggetto di nuova trascrizione la sostituzione del bene vincolato.

Devono, inoltre, con diversi effetti, essere oggetto di pubblicità eventi che determinino l'avveramento o il mancato avveramento di condizioni sospensive o risolutive ovvero la sopraggiunta impossibilità che esse si verificino, nonché la venuta ad esistenza o la mancata venuta ad esistenza del bene vincolato, facendo presente che la possibilità di costituire vincoli di destinazione su beni non ancora venuti ad esistenza va valutata, allorquando la costituzione del vincolo abbia natura liberale (rectius: sia connessa ad un liberalità), tenendo presente il divieto di donazione di beni futuri.

Le vicende modificative che devono trovare adeguata pubblicità possono essere le più varie: proroga o riduzione del termine, modifica del riferimento di durata (da termine determinato a durata rapportata alla vita di una persona fisica beneficiaria o viceversa), inserimento e abolizione di clausole che consentano la sostituzione del beneficiario, avvenuta sostituzione del beneficiario, se consentita nell'atto costitutivo, impossibilità che tale sostituzione avvenga, modificazione dello scopo di destinazione, inserimento di condizioni e di clausole che consentano la revoca o il recesso, nonché la previsione di nuove cause di cessazione.

ULTERIORE CONTRIBUTO

Mirzia Bianca

ATTO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E SEPARAZIONE (*)(**)

Sommario: 1. Premesse. Le ragioni del rapporto destinazione-separazione 2. La categoria dei patrimoni destinati ad uno scopo 3. Dai patrimoni destinati ad uno scopo

della pandettistica ai patrimoni della attuale legislazione speciale. - 4. La centralità della destinazione. Le destinazioni attributive e non attributive 5. Il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione: le tesi causaliste e le tesi patrimonialiste 6. La tesi della scissione tra il piano dell'atto e il piano della opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione: la nuova disciplina dell'art. 2645-ter del codice civile 7. L'art. 2740 c.c.: dal dogma dell'indivisibilità del patrimonio alla tutela dell'affidamento dei creditori 8. Conclusioni

Prima di passare al tema della mia relazione, desidero spiegare a chi mi ascolta perché in una giornata di studio dedicata ai patrimoni separati, ho scelto di analizzare il rapporto tra destinazione e separazione. Ciò fondamentalmente per quattro motivi. Il primo motivo ha un contenuto di carattere sistematico. Nell'ambito dei vari significati che la destinazione può rivestire, la destinazione del patrimonio ad uno scopo assurge ad autonoma categoria giuridica. In questa accezione tecnica la destinazione comporta sempre un fenomeno di separazione patrimoniale, in quanto si tratta di vincolo reale di destinazione ⁽²⁰⁹⁾. Qui destinazione e separazione sono elementi inscindibili. Il secondo motivo ha un contenuto culturale e nasce dalla riflessione in ordine al ruolo che la destinazione ha svolto negli studi sui patrimoni separati. Il rapporto tra destinazione del patrimonio e separazione unisce in una linea di continuità la tradizione e la modernità. Gli studi sulla separazione del patrimonio sono studi che partono dall'analisi della nota teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo elaborata dalla pandettistica tedesca (c.d. *Zweckvermögenstheorie*) ⁽²¹⁰⁾ e approdata in Italia creando quel vivace dibattito tra Bonelli e Ferrara ⁽²¹¹⁾ in ordine alla configurazione dei patrimoni di destinazione quali persone giuridiche o quali patrimoni assoggettati a speciali regole di responsabilità patrimoniale. Ma il tema della destinazione oggi ha ricevuto nuova linfa a seguito dei numerosi interventi del legislatore ed in particolare a seguito dell'inserimento nel corpo del codice civile dell'istituto dei patrimoni societari destinati ad uno scopo, nonché della recente introduzione dell'art. 2645-ter ⁽²¹²⁾ nel libro VI. Il terzo motivo è di carattere personale ed è la convinzione in ordine alla centralità della destinazione, quale fondamento di tutta una serie di rapporti e di istituti collegati al fenomeno dei patrimoni separati: dal contratto di mandato, al *trust* ⁽²¹³⁾, al negozio fiduciario. La destinazione non sarebbe altro che l'interesse sotteso a tutta una serie di istituti che con diversi schemi procedimentali e strutturali determinano la creazione di un vincolo di destinazione sul patrimonio o su attività ⁽²¹⁴⁾. Il quarto motivo è quello più importante. Il rapporto tra destinazione e separazione esprime il nodo problematico del rapporto tra autonomia negoziale e tutela del credito ⁽²¹⁵⁾. L'esatta individuazione del rapporto che intercorre tra atto negoziale di destinazione ed effetto di separazione consente di risolvere il quesito in ordine allo spazio che il sistema ritaglia all'autonomia negoziale nella creazione di patrimoni

destinati ad uno scopo con effetto di separazione. La mia relazione si articolerà nell'analisi di questi quattro motivi.

Quanto all'analisi del primo motivo, occorre premettere che la destinazione è una nozione assai vasta e generica che caratterizza tutta una serie eterogenea di fenomeni ed istituti del codice civile, alcuni dei quali sono estranei al fenomeno dei patrimoni separati. La destinazione, in questa accezione generica ⁽²¹⁶⁾ caratterizza, per es., l'istituto delle pertinenze, le universalità, le servitù, la figura negoziale del mutuo di scopo ⁽²¹⁷⁾, l'atto di dotazione nei fenomeni associativi ⁽²¹⁸⁾. A questa nozione generica di destinazione, si affianca quella tecnica che qui è oggetto di attenzione. Qui la destinazione, al fine della costruzione di un'autonoma categoria giuridica, è dotata di un elemento integrativo qualificante: la separazione del patrimonio ⁽²¹⁹⁾. Autorevole dottrina aveva già da tempo identificato il patrimonio separato nel "patrimonio di destinazione costituito da un insieme di rapporti giuridici facenti capo ad un medesimo titolare" ⁽²²⁰⁾. E' questa seconda tipologia di destinazione che ha dato i natali alla già citata teoria dei patrimoni di destinazione e che caratterizza i numerosi interventi del legislatore. Qui il collegamento tra destinazione e patrimonio determina una incidenza dello scopo sulla applicazione delle regole che governano il patrimonio. Ciò in due direzioni: 1) la destinazione incide sulle regole di responsabilità patrimoniale, rendendo il patrimonio destinato inaggregabile dai creditori per obbligazioni estranee allo scopo; 2) il patrimonio destinato può subire delle limitazioni relative agli atti di disposizione. In questo senso il patrimonio destinato allo scopo è un patrimonio sul quale è impresso un vincolo reale di destinazione in quanto incide su interessi di soggetti terzi (creditori e acquirenti). Una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione. Analoghe considerazioni valgono per il peculiare regime di circolazione dei beni, il quale è funzionale alla realizzazione dello scopo impresso ad un determinato nucleo patrimoniale.

3. Quanto al secondo motivo, quello culturale, è utile ricordare che le prime riflessioni sui patrimoni separati sono riflessioni che partono dal concetto di destinazione. L'elaborazione della categoria pandettistica dei patrimoni destinati ad uno scopo nasce dalla affermazione della rilevanza giuridica della destinazione quale elemento di appartenenza dei beni, in alternativa al soggetto persona fisica ⁽²²¹⁾. Anche a quel tempo la destinazione ad uno scopo individuava la necessità di astrarre il regime giuridico dei beni dalle regole della titolarità e della appartenenza. Tuttavia, in un sistema come quello di allora tutto incentrato sul soggetto persona fisica e alieno a costruire soggettività giuridiche diverse dall'uomo, il patrimonio destinato ad uno scopo viene concepito in una prima fase quale patrimonio privo di titolare ⁽²²²⁾,

riproducendo la riflessioni sui diritti soggettivi senza soggetto ⁽²²³⁾ e in una seconda fase come patrimonio personificato ⁽²²⁴⁾. In concreto, quindi, la destinazione del patrimonio è l'*escamotage* concettuale per spiegare un concetto di personalità giuridica a quel tempo assente. Il patrimonio separato, effetto della destinazione, subisce inevitabilmente questo processo di mistificazione ⁽²²⁵⁾, enfatizzato dall'altra teoria elaborata in Francia in un periodo quasi contestuale: la teoria personalistica del patrimonio ⁽²²⁶⁾. Il risultato è la confusione concettuale e la necessità di concepire limitazioni della responsabilità patrimoniale solo attraverso la creazione di nuovi soggetti giuridici. Rispetto a queste concezioni l'evoluzione attuale è evidente. Oggi, risolto il problema della concettualizzazione della personalità giuridica e in presenza di nuove e molteplici figure di patrimoni separati di fonte legislativa ⁽²²⁷⁾ che testimoniano il superamento del dogma dell'indivisibilità del patrimonio, la destinazione viene pur sempre concepita quale regola che astrae dalla titolarità ⁽²²⁸⁾, ma la limitazione della responsabilità patrimoniale che da essa consegue può indifferentemente realizzarsi sia attraverso la creazione di un nuovo soggetto di diritto (destinazioni c.d. personificate, tra le quali vanno ricomprese la fondazione, la società di capitali in generale e in modo caratterizzante la società unipersonale), sia attraverso la frammentazione del patrimonio di un soggetto appartenente ad un medesimo titolare, fenomeno che sostanzia la moderna nozione di patrimonio separato (ed è questa l'ipotesi delle destinazioni c.d. non personificate, tra le quali sono da ricomprendere i patrimoni separati della recente legislazione speciale e i patrimoni destinati ad uno scopo della riforma societaria ⁽²²⁹⁾ e i patrimoni separati derivanti da un atto negoziale di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter c.c). Solo nelle destinazioni non personificate si realizza il collegamento tra destinazione e creazione di un patrimonio separato. Ciò che tuttavia emerge di nuovo rispetto al passato è l'equivalenza funzionale ⁽²³⁰⁾ dei due strumenti, entrambi ritenuti equivalenti al fine di realizzare la destinazione del patrimonio. Nella relazione al dlgs. n.6/2003 sulla riforma societaria, nella parte relativa alla introduzione della nuova figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, risulta evidente l'equivalenza funzionale tra questa figura e la creazione di una società collegata ⁽²³¹⁾. Nel codice civile canadese, nel libro IV dedicato ai beni, al titolo VI intitolato "Di alcuni patrimoni di destinazione" vengono ricomprese sia la fondazione (cap. I) sia il patrimonio fiduciario (cap. II). All'interno della disciplina della fondazione, a differenza del nostro legislatore che ha volutamente escluso di regolamentare la fondazione non riconosciuta, viene prevista la possibilità che la fondazione sia priva del requisito della personalità giuridica, con applicazione della disciplina del patrimonio fiduciario e quindi del patrimonio di destinazione non personificato ⁽²³²⁾.

Il valore culturale innovativo rispetto al passato è la liberazione della nozione di patrimonio separato dalle concettualizzazioni relative alla costruzione della nozione di persona giuridica e di soggetto di diritto. Il superamento della tendenza passata a

spiegare tutti i fenomeni di destinazione patrimoniale con il linguaggio della proprietà consente inoltre di abbandonare formule ambigue, quale quella della proprietà smembrata⁽²³³⁾ o della distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale che se pure cariche di valore storico⁽²³⁴⁾, non risolvono il problema della tutela del soggetto beneficiario della destinazione, problema che va correttamente impostato solo sotto il profilo rimediale⁽²³⁵⁾.

4. Con riguardo al terzo motivo che ho prima accennato, credo che la destinazione costituisca il fondamento che muove tutta una serie di rapporti ed istituti giuridici che realizzano fenomeni di separazione del patrimonio. Se si analizzano le figure normative di patrimoni separati, è evidente che la separazione del patrimonio è accordata dal legislatore solo attraverso una selezione degli interessi di destinazione. Nel fondo patrimoniale, la destinazione è familiare⁽²³⁶⁾. Nel negozio fiduciario è la destinazione che muove tutta l'operazione economica e giustifica l'insensibilità del patrimonio fiduciario. Analoghe considerazioni valgono per la disciplina civilistica del contratto di mandato. Passando poi ad analizzare i patrimoni separati del settore finanziario (dai fondi comuni di investimento, ai patrimoni delle Sim, ai patrimoni oggetto di cartolarizzazione) è la destinazione all'investimento che giustifica e insieme legittima queste nuove figure di separazione del patrimonio. Anche per l'istituto societario dei patrimoni destinati ad uno specifico affare⁽²³⁷⁾, è proprio la destinazione ad un diverso ramo dell'attività d'impresa che giustifica la frammentazione del patrimonio della società per azioni nel primo modello endosocietario⁽²³⁸⁾. Con riguardo al secondo modello, c.d. finanziario, è pur sempre la destinazione al finanziamento che giustifica la separazione dei flussi dell'attività. Anche la recente figura di patrimonio separato prevista in materia assicurativa è decisamente collegata alla destinazione della funzione assicurativa. L'art. 117 del recente codice delle assicurazioni private prevede infatti la separazione rispetto al patrimonio dell'intermediario dei premi pagati, delle somme destinate ai risarcimenti e dei pagamenti dovuti alle imprese di assicurazione. Con l'introduzione dell'art. 2645-ter il legislatore italiano ha dato specifica rilevanza all'atto negoziale di destinazione. Passando ai modelli stranieri, anche rispetto all'istituto del *trust* nessuno può negare che l'interesse sotteso a qualsiasi modello di *trust* sia proprio l'imposizione ad un patrimonio di una certa finalità, la quale, come avviene per il *trust* angloamericano, può essere la più varia e spaziare da finalità di carattere sociale a finalità di carattere commerciale⁽²³⁹⁾. La centralità della destinazione, quale causa di tutta una serie di rapporti che, attraverso diversi e distinti schemi strutturali, realizzano fenomeni di separazione del patrimonio, consente di non restare necessariamente ancorati a schemi procedurali che ricalcano la tradizionale impostazione di alcuni istituti. Deve al riguardo segnalarsi come nel panorama europeo ed extraeuropeo attuale, le leggi o i progetti di legge sulla destinazione presentano i modelli strutturali più diversi, con ciò mettendo in risalto la

centralità della destinazione e l'indifferenza degli schemi strutturali adottati. A titolo di esempio, il codice civile canadese ⁽²⁴⁰⁾ e il progetto di legge catalano ⁽²⁴¹⁾ considerano il patrimonio di destinazione quale soggetto privo di titolare, riproducendo in via normativa la nota teoria del Lepaulle ⁽²⁴²⁾. Il codice civile etiope del 1960 qualifica il patrimonio fiduciario quale patrimonio dotato di personalità giuridica ⁽²⁴³⁾. Al contrario il codice civile olandese afferma la titolarità del patrimonio fiduciario in capo al soggetto beneficiario. Il modello anglosassone del *trust*, nonché il recente secondo progetto francese sulla fiducia ⁽²⁴⁴⁾ prevedono il trasferimento della titolarità in capo al soggetto fiduciario. La verità è che la destinazione, in quanto fondamento di tutta una serie di istituti caratterizzati da peculiari schemi procedimentali, è dotata di una flessibilità considerevole. La destinazione non necessariamente determina l'attribuzione dei beni destinati ad un soggetto diverso dal costituente secondo il modello che caratterizza il *trust* o il negozio fiduciario della tradizione romanistica. Anzi la destinazione può risolversi anche nella autodesignazione, ovvero nell'atto attraverso il quale un soggetto titolare di un dato complesso di beni ne destina una parte ad una data finalità. Nella figura codicistica del fondo patrimoniale, la modalità di costituzione da parte dei coniugi, già titolari dei beni, è la conferma dello sganciamento della destinazione dal profilo attributivo ⁽²⁴⁵⁾. Peraltro anche nello schema dei patrimoni societari, l'atto di destinazione non determina alcuna attribuzione a soggetti terzi. Inoltre la destinazione non determina necessariamente, anche se spesso lo presuppone, un rapporto collaterale di gestione o di amministrazione da parte di soggetti terzi, come di regola avviene nel modello del *trust* ⁽²⁴⁶⁾ e come si ritiene essere la caratteristica del mandato e della fiducia ⁽²⁴⁷⁾. L'art. 2645-ter, di recente introdotto nel corpo del codice civile, ha accolto questa tendenza perché ha preferito disciplinare l'atto negoziale di destinazione, anziché fornire una disciplina dettagliata di un singolo istituto vincolato ad un preciso schema procedimentale. L'atto negoziale di destinazione si presenta infatti come una figura generale, sia da punto di vista strutturale, essendo quindi ipotizzabile che la destinazione si realizzi attraverso un negozio unilaterale o un patto, sia dal punto di vista funzionale, in quanto il legislatore non ha scelto a monte le finalità che attraverso tale vincolo le parti possono realizzare, ma le ha individuate attraverso il parametro della meritevolezza.

5. In relazione al quarto motivo, occorre premettere che l'individuazione del rapporto tra atto negoziale di destinazione ed effetto di separazione rappresenta il nodo problematico del sistema. Il problema di questa correlazione non si pone evidentemente per le figure normative di patrimoni separati presenti attualmente nel nostro sistema. Qui la separazione opera e rinvia a destinazioni qualificate e scelte a monte dal legislatore. Sono proprio queste destinazioni qualificate che giustificano una limitazione della responsabilità patrimoniale di fonte legale e come tale consentita dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. Il vero problema si pone per i patrimoni separati di

fonte negoziale. Qui emerge il problema dello spazio lasciato all'autonomia privata per la creazione di patrimoni destinati ad uno scopo con effetto di separazione. Al riguardo deve sottolinearsi che nella vasta letteratura sia civilistica che commercialistica dedicata recentemente a questo tema, quasi unanimemente si è manifestato un atteggiamento di chiusura ⁽²⁴⁸⁾. La proliferazione di nuove figure di patrimoni separati, seppure letta come superamento culturale del dogma dell'indivisibilità del patrimonio e come espressione dell'efficienza economica insita nella segmentazione della responsabilità patrimoniale, è stata interpretata come conferma della necessità di un intervento legislativo per la creazione di nuove figure di destinazione del patrimonio. Anche la giurisprudenza di apertura sul *trust* in realtà segue il medesimo procedimento logico nei limiti in cui ricerca sempre una norma (in questo caso la legge di ratifica della Convenzione dell'Aja) che possa giustificare la deroga normativa al principio, secondo il dettato del secondo comma dell'art. 2740 c.c. ⁽²⁴⁹⁾.

La problematicità della relazione atto negoziale di destinazione-separazione è stata affrontata dalla dottrina più recente cercando soluzioni che possono essere sintetizzate in due linee di pensiero: le tesi negoziali e le tesi patrimonialiste. Tra le prime, grande merito va attribuito a chi, al fine di legittimare un atto negoziale di destinazione con rilevanza esterna, ha ipotizzato l'esistenza del nostro ordinamento di un negozio atipico di destinazione espressione del principio di autonomia negoziale contenuto nell'art. 1322 del codice civile ⁽²⁵⁰⁾. Tale dottrina, superando gli angusti limiti della tradizionale concezione del principio dell'autonomia negoziale, ha allargato la sfera dell'autonomia privata arrivando a concepire una atipicità non solo della causa ma anche degli effetti. Secondo questa impostazione la separazione patrimoniale non sarebbe altro che un effetto dell'atto negoziale di destinazione voluto dalle parti. Indipendentemente dall'accoglimento di questa soluzione, grande merito di questa dottrina è stato quello di concepire la destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, in cui per la prima volta si individua la rilevanza della causa di destinazione. Il risultato evidente sul piano sistematico è stato quello di rivendicare ai privati l'atto di destinazione. Questa costruzione, brillante nelle premesse, ha tuttavia comportato una preferenza per l'elemento della destinazione e una svalutazione della separazione, relegata ad *effetto* dell'atto negoziale di destinazione ⁽²⁵¹⁾.

Su un diverso piano di indagine si collocano le tesi patrimonialiste. Qui il rapporto tra destinazione negoziale e separazione non è più risolto attraverso la rilevanza attribuita all'atto di destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, ma attraverso una diversa lettura della nozione di separazione patrimoniale. Tra queste la tesi patrimonialista degna di essere citata è quella che fonda la legittimità dell'atto negoziale di destinazione sulla base di specifiche regole di circolazione esistenti nel sistema. L'idea portante è quella di fondare il rilievo reale dell'atto di destinazione attraverso l'individuazione di uno statuto della opponibilità dell'atto di destinazione, desumibile dal coordinamento degli artt. 1707, 2914 e 2915 c.c. ⁽²⁵²⁾. Il

merito di carattere sistematico di questa tesi è stato quello di costruire il fenomeno della separazione patrimoniale su un problema di opponibilità ai terzi dell'atto di destinazione. Tale tesi lascia inalterato il principio della responsabilità patrimoniale illimitata contenuto nell'art. 2740 c.c., di cui ribadisce il carattere imperativo e la tassatività delle limitazioni della responsabilità patrimoniale ⁽²⁵³⁾. Altra tesi patrimonialista che è stata di recente proposta dalla dottrina è quella che, sulla base di una nuova e diversa prospettiva funzionale e dinamica della nozione di patrimonio, arriva a giustificare la destinazione quale espressione del collegamento patrimonio-attività. Tale tesi considera pertanto riduttiva la stessa nozione di patrimonio separato, in quanto nozione tradizionalmente fondata su una concezione personalistica del patrimonio ⁽²⁵⁴⁾.

Il nodo problematico del rapporto tra destinazione e separazione ha poi trovato soluzione in una tesi innovativa ed elaborata da una voce dottrinale autorevole ⁽²⁵⁵⁾ la quale, contrariamente alla impostazione corrente che considera il fenomeno della separazione patrimoniale quale eccezione al principio della responsabilità patrimoniale, ha dato una diversa lettura della separazione che consegue ad un atto negoziale di destinazione, considerata non tanto quale limitazione della responsabilità patrimoniale, ma come limitazione del patrimonio. Secondo questa impostazione di pensiero la separazione conseguente alla destinazione negoziale non porrebbe un problema di superamento o aggiramento del principio di responsabilità patrimoniale. Configurandosi la separazione quale limitazione del patrimonio, sarebbe esauriente la tutela offerta dall'azione revocatoria ⁽²⁵⁶⁾. La distinzione tra limitazione del patrimonio e limitazione della responsabilità, accolta di recente anche dalla giurisprudenza di merito ⁽²⁵⁷⁾, ha il grande merito di evitare la sovrapposizione tra i rimedi offerti dall'ordinamento per le due diverse figure, evitando inutili confusioni concettuali. L'azione revocatoria è infatti il rimedio per la limitazione del patrimonio ma si rivela rimedio insufficiente a coprire la diversa ipotesi della limitazione della responsabilità ⁽²⁵⁸⁾.

Un cenno a parte va riservato a quelle teorie che risolvono il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione attraverso una svalutazione del principio di responsabilità patrimoniale. Tra queste, vanno menzionate le teorie iconoclastiche che denunciano la morte del principio ⁽²⁵⁹⁾ e le dottrine che, importando riflessioni di analisi economica del diritto dalla dottrina americana ⁽²⁶⁰⁾, rilevano gli indubbi vantaggi economici della specializzazione della responsabilità, o c.d. *asset partitioning*. Entrambe risultano tuttavia inadatte a risolvere il problema sistematico della legittimità della destinazione negoziale a rilievo reale. Le prime si risolvono in un'affermazione di principio che rischia di aggirare il problema più che risolverlo, portando inevitabilmente ad una sua banalizzazione.

Quanto alle riflessioni di analisi economica del diritto sui vantaggi della specializzazione della responsabilità patrimoniale, esse, rilevando sul piano

meramente culturale, non sono utili a sciogliere il nodo problematico del rapporto tra autonomia negoziale e norma. Inoltre non va sopravvalutato il loro peso sia perché limitano l'operatività di questi benefici alla separazione patrimoniale di tipo finanziario, sia perché in quella dottrina la specializzazione della responsabilità è legata imprescindibilmente all'elemento organizzativo della corporazione e non può realizzarsi in mancanza di questo ⁽²⁶¹⁾. Analoghe considerazioni devono farsi con riguardo alle riflessioni della dottrina italiana che, proprio in considerazione dei vantaggi economici legati alla destinazione nel settore finanziario ⁽²⁶²⁾, marginalizza il fenomeno della destinazione del patrimonio alla disciplina societaria considerandola tipica e inapplicabile in altri settori del diritto privato ⁽²⁶³⁾.

Il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione è stato di recente riportato ad equilibrio con il nuovo art. 2645-ter. La nuova norma, nel disciplinare la trascrizione dell'atto negoziale di destinazione risolve, attraverso l'opponibilità del vincolo ai terzi creditori, il problema della rilevanza esterna dell'atto negoziale di destinazione. Rimane da stabilire qual è oggi il contenuto minimo dell'art. 2740 c.c. Al riguardo mi sembra che, diversamente da chi denuncia la scomparsa del principio di responsabilità patrimoniale, deve affermarsi il suo attuale rilievo costituzionale. Il principio di responsabilità patrimoniale esprime infatti il rapporto tra diritto di credito e tutela giudiziaria esecutiva ⁽²⁶⁴⁾ che dà operatività concreta all'art. 2740 c.c. Le parole di Rosario Nicolò mantengono il loro significato attuale. L'esistenza della responsabilità patrimoniale è indice della giuridicità del rapporto ⁽²⁶⁵⁾. Tale rilievo è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale ⁽²⁶⁶⁾. Il fondamento costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale ⁽²⁶⁷⁾ e lo stretto legame tra responsabilità ed esistenza dell'obbligo induce a confermare il rilievo di garanzia sociale del collegamento tra debito e responsabilità ⁽²⁶⁸⁾. La possibile individuazione di debiti sprovvisti di responsabilità, ipotesi questa avanzata dalla teoria del debito e della responsabilità (*Schuld und Haftung*), va esclusa anche con riguardo alle limitazioni di responsabilità patrimoniale, in quanto qui la responsabilità non è in radice eliminata ma solo ridotta ⁽²⁶⁹⁾. Il mantenimento del principio di responsabilità patrimoniale trova una ragione concreta anche con riferimento alla introduzione nel nostro sistema di figure generali o speciali di destinazione del patrimonio, in quanto la destinazione in tanto si realizza in quanto una certa massa patrimoniale sia riservata al soddisfacimento delle obbligazioni collegate allo scopo. Anzi, deve sottolinearsi che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2740 c.c. si impone oggi più di ieri, essendo passati da un sistema di tipicità dei vincoli di destinazione ad un sistema aperto. L'art. 2645-ter ha infatti introdotto una figura generale di destinazione del patrimonio la quale viene individuata e circoscritta attraverso il parametro della meritevolezza degli interessi. Tuttavia proprio la distinzione tra il giudizio di liceità dell'atto negoziale di destinazione e il giudizio di meritevolezza degli interessi, che tocca il problema della opponibilità ai terzi di un atto in sé lecito, consentirebbe,

qualora si accolga tale tesi, di prospettare un diverso equilibrio tra destinazione e separazione.

6. Definito sia pur sommariamente lo stato delle riflessioni attuali della dottrina sul rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione patrimoniale, e posta la necessaria correlazione tra atto negoziale di destinazione e separazione del patrimonio nei vincoli reali di destinazione ⁽²⁷⁰⁾, anticipando la tesi che più analiticamente esporrò nel prosieguo del discorso, credo che la necessaria correlazione tra i due elementi non significa affermare l'identità degli stessi. Anzi credo che vada sottolineata la distinzione tra destinazione che opera sul piano dell'atto, e la cui competenza è dei privati, e separazione che opera sul piano del fatto, e che riguarda proprio il profilo della opponibilità ⁽²⁷¹⁾ ai terzi creditori del vincolo di destinazione e la cui competenza è del legislatore ⁽²⁷²⁾. La separazione, intesa, non solo come rilevanza esterna del vincolo di destinazione, ma come regola di opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi creditori ⁽²⁷³⁾, esprime la prevalenza dell'atto di destinazione sul titolo vantato da altri creditori, risolvendo il conflitto tra creditori generali e creditori della destinazione ⁽²⁷⁴⁾. La soluzione di questo conflitto ⁽²⁷⁵⁾ e quindi l'individuazione della norma che fonda l'opponibilità non è atto libero ma è di competenza del legislatore. Da qui si intende come il fondamento della opponibilità risieda nella individuazione di un valore del sistema che sia idonea a giustificare la prevalenza del titolo ⁽²⁷⁶⁾. La violazione della regola di opponibilità del vincolo di destinazione determina il risultato di *limitazione della rilevanza* ⁽²⁷⁷⁾.

Tale tesi, che prospetta la scissione tra il piano della destinazione e quello della separazione, consente di non sovrapporre il problema della meritevolezza dell'atto di destinazione con quello della liceità di atti che si pongono in contrasto con il principio di tipicità delle limitazioni di responsabilità patrimoniale contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. Come è noto, in passato si ritenevano nulli non solo gli atti di limitazione di responsabilità patrimoniale, ma altresì le convenzioni attraverso le quali i privati dessero luogo a destinazioni del patrimonio ⁽²⁷⁸⁾. La tesi che porta a distinguere l'atto di destinazione dal distinto profilo della opponibilità consente di conseguire elementi di distinzione sia rispetto alle tesi negoziali sia rispetto alle tesi patrimonialiste. Rispetto alle tesi negoziali in quanto la separazione non è più un effetto dell'atto negoziale di destinazione, secondario o minimale, comunque di rilievo minore rispetto alla destinazione ⁽²⁷⁹⁾. La separazione è elemento del vincolo reale di destinazione, il quale, in mancanza, avrebbe carattere obbligatorio. La realtà del vincolo va intesa in termini di opponibilità del vincolo ai terzi. In questo senso la destinazione a rilievo reale non tocca il problema del numero chiuso dei diritti reali con il collegato problema sistematico dell'individuazione di una proprietà speciale ⁽²⁸⁰⁾. Rispetto alle tesi patrimonialiste che denunciano la morte del principio di responsabilità patrimoniale, come si è già accennato, la tesi muove proprio dalla

constatazione dell'esistenza attuale del principio e dalla sua rilevanza costituzionale. La soluzione del nodo problematico del rapporto tra autonomia e norma muove proprio dalla rilevanza della scissione tra il piano della destinazione e quello della separazione. La soluzione del rapporto tra autonomia e norma, infatti, non si coglie nella individuazione nel sistema attuale di regole di opponibilità che risultano compatibili con il principio della autonomia negoziale ⁽²⁸¹⁾, ma nella enfaticizzazione della diversità dei piani su cui operano destinazione e separazione. Tale distinzione implica la consapevolezza della impossibilità di risolvere il problema della opponibilità del vincolo di destinazione e quindi della separazione patrimoniale sulla base del solo principio di autonomia negoziale ⁽²⁸²⁾.

7. Posta la distinzione tra destinazione che opera sul piano dell'atto e separazione che opera sul piano della opponibilità, il problema del patrimonio separato atipico riemerge in tutta la sua rilevanza quale problema del superamento della riserva legale posta dal secondo comma dell'art. 2740 ⁽²⁸³⁾. Si ripropone quindi anche il problema dell'intendimento del principio di responsabilità patrimoniale universale contenuto nell'art. 2740 c.c. Al riguardo sembra necessaria una rilettura del principio che tenga conto della evoluzione del sistema. Appare al riguardo chiaro che il principio della responsabilità patrimoniale non riflette più il dogma della indivisibilità del patrimonio ⁽²⁸⁴⁾ ma, posto il suo indubbio rilievo costituzionale, esso si è concentrato sul profilo di affidamento del ceto creditorio. Gli spazi concessi oggi all'autonomia privata sono molto più ampi del passato e ricoprono aree e scelte prima sottratte all'autonomia. L'equilibrio tra atto di autonomia privata e tutela del credito non si risolve più come in passato in divieti ma nell'esigenza di informare i terzi su vincoli che possano pregiudicare la loro posizione. Il mutamento di prospettiva è evidente in quanto ciò che rileva oggi non è tanto la sanzione della violazione del principio quanto in concreto la violazione dell'affidamento dei creditori in ordine alla consistenza del patrimonio e alla responsabilità del debitore. Sono ormai lontani i tempi in cui la giurisprudenza si trincerava con la sanzione di nullità rispetto al riconoscimento di istituti stranieri come l'*anstalt* ⁽²⁸⁵⁾ o il *trust* ⁽²⁸⁶⁾.

Superata da tempo la concezione che ravvisava in capo al creditore un diritto soggettivo sul patrimonio del debitore ⁽²⁸⁷⁾, oggi il sistema testimonia la nuova e diversa esigenza dei creditori di conoscere la reale situazione del debitore. L'avanzamento rispetto al passato è significativo. Prima, la concezione della responsabilità patrimoniale quale dogma dell'indivisibilità del patrimonio vietava in radice convenzioni che potessero intaccare tale dogma, anche se rese note ai terzi. Oggi, al contrario, caduto il divieto ideologico, si è enfaticizzato il profilo della tutela dell'affidamento del ceto creditorio. In generale il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei

privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di pubblicità per i terzi.

Una significativa apertura del sistema è testimoniata dalla recente disciplina delle garanzie finanziarie ⁽²⁸⁸⁾, la quale, accogliendo l'orientamento giurisprudenziale, considera il pegno irregolare di titoli non contrastante il divieto del patto commissorio ⁽²⁸⁹⁾. In materia societaria ⁽²⁹⁰⁾, la frammentazione del patrimonio della spa è espressione della libera volontà dei soci ma deve essere portata a conoscenza dei creditori attraverso il deposito e l'iscrizione nel registro delle imprese e tale pubblicità è funzionale all'esercizio del diritto di opposizione dei creditori ai sensi dell'art. 2447-*quater*. L'esclusione della separazione per le obbligazioni derivanti da fatto illecito con la conseguente regola della responsabilità illimitata della società posta dal terzo comma dell'art. 2447-*quinquies* esprime un principio generale di inopponibilità della separazione ai c.d. creditori involontari, ovvero ai creditori che non sono stati avvertiti della causa di responsabilità *diversa* da quella della destinazione. Sempre in materia societaria, l'introduzione della figura delle trasformazioni eterogenee ⁽²⁹¹⁾ (artt. 2500-*septies* e 2500-*opties*), se pure entro i limiti indicati nella nuova disciplina, è la testimonianza del più ampio spazio lasciato ai privati nella scelta della forma organizzativa per lo svolgimento dell'attività. I passati dubbi in ordine alla possibile lesione dell'interesse dei creditori, derivante dalla trasformazione dell'assetto organizzativo, sembrano superati e la tutela dei creditori è diventata tutela del loro affidamento. In questo contesto si spiega la disciplina del diritto di opposizione, diritto che nasce a seguito della pubblicazione della delibera di trasformazione (art. 2500-*novies*) ⁽²⁹²⁾.

Una forte tendenza alla predisposizione di strumenti che consentano una corretta conoscibilità per i terzi si coglie anche rispetto a vincoli di destinazione che già operano nel sistema e che, se pure giustificati da legittime destinazioni, necessitano di adeguati strumenti di pubblicità.

La giurisprudenza di legittimità che, dopo un acceso dibattito, ammette l'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare, anche se non trascritto ⁽²⁹³⁾, riproducendo la disciplina prevista per la locazione, sulla base della prevalenza del vincolo di destinazione della comunità familiare sull'esigenza di libera circolazione dei beni ⁽²⁹⁴⁾, risulta superato dalla tendenza del sistema a tutelare comunque il principio di affidamento del terzo, rendendo necessaria la trascrizione. La recente legge sull'affidamento condiviso ⁽²⁹⁵⁾, nel modificare l'art. 155-*quater* stabilisce che "il provvedimento di assegnazione e di revoca della casa familiare sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643". La Corte costituzionale con sentenza del 21 ottobre 2005, n. 394, nell'estendere la necessità della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare in presenza di figli naturali, afferma che "il provvedimento di trascrizione deve poter essere trascritto poiché, in caso contrario, l'atto non sarebbe opponibile ai terzi e potrebbe essere vanificato il vincolo di

destinazione impresso alla casa familiare". Tale orientamento del sistema sembra aver decisamente accolto l'idea della configurazione del provvedimento di assegnazione della casa familiare quale vincolo reale di destinazione⁽²⁹⁶⁾, il quale al fine di essere reso opponibile ai terzi necessita di trascrizione⁽²⁹⁷⁾. Anche in materia di condominio, la giurisprudenza che ammette l'opponibilità al terzo acquirente dei vincoli reali contenuti nel regolamento condominiale anche nell'ipotesi in cui questo non sia stato trascritto⁽²⁹⁸⁾, sembra essere superata dalla opposta regola della necessità della trascrizione al fine della opponibilità ai terzi acquirenti di tali obbligazioni *propter rem*⁽²⁹⁹⁾. Il disegno di legge sulla modifica della disciplina del condominio⁽³⁰⁰⁾, prevedeva una modifica dell'art. 2643 con l'aggiunta del n. 14 *bis* relativo agli "atti che impongono, modificano o vietano destinazioni specifiche a beni o complessi di beni"⁽³⁰¹⁾.

Tornando al tema della destinazione patrimoniale, l'individuazione del principio di affidamento del ceto creditorio quale nuovo fondamento dell'art. 2740 c.c. non significa tuttavia che la separazione è ammessa solo perché è resa conoscibile ai terzi creditori. Piuttosto deve dirsi che il superamento del dogma dell'indivisibilità del patrimonio e il citato orientamento del sistema identificano nuovi interessi e nuove situazioni suscettibili di rilevanza *erga omnes*⁽³⁰²⁾. La separazione è regola di opponibilità e quindi, come emergerà più chiaramente nel prosieguo del discorso, serve a risolvere un conflitto. Tuttavia, il nuovo fondamento dell'art. 2740 c.c. serve a confermare quella distinzione tra ruoli che rende compatibile nel nostro sistema un atto negoziale di destinazione con creazione di un patrimonio separato. Questa precisazione è importante per non confondere l'effetto della trascrizione del vincolo di destinazione. Deve infatti sottolinearsi che tale trascrizione non svolge la funzione di mera pubblicità notizia, come affermato da parte della dottrina per il *trust*⁽³⁰³⁾ e come, nel prevalente orientamento, sembra essere la trascrizione del fondo patrimoniale ex art. 2647 c.c.⁽³⁰⁴⁾ Accogliendo la distinzione posta da attenta dottrina tra pubblicità e trascrizione⁽³⁰⁵⁾, pur dovendosi ammettere che la funzione pratica della trascrizione sia quella di essere una fonte di notizia e di conoscibilità per i terzi⁽³⁰⁶⁾ la funzione giuridica⁽³⁰⁷⁾ è quella di risolvere un problema di conflitto tra creditori non destinati che iniziano l'esecuzione con un pignoramento immobiliare e creditori della destinazione. In questo senso la trascrizione del vincolo di destinazione avrebbe una funzione analoga a quella svolta dalla trascrizione dell'atto di pignoramento e della cessione dei beni ai creditori ai sensi dell'art. 2649 del codice civile⁽³⁰⁸⁾. Solo assegnando alla trascrizione del vincolo di destinazione tale funzione si rende reale e quindi opponibile il vincolo che, in caso di mera pubblicità notizia, rimarrebbe irrilevante per i terzi⁽³⁰⁹⁾.

Tale trascrizione si rende necessaria a prescindere da un fenomeno attributivo che nella destinazione patrimoniale può essere anche assente.

La funzione secondaria della trascrizione in termini di strumento di conoscibilità per i terzi dell'esistenza del vincolo collega tuttavia in una logica unitaria la *ratio* dell'art. 2740 c.c. e la necessità della trascrizione. Seppure la funzione tipica della trascrizione è quella di risolvere un conflitto di interessi, tale conflitto in tanto può essere risolto in quanto si stabilisca un criterio di priorità. Nel caso del vincolo di destinazione la trascrizione è lo strumento che consente di fissare in via temporale il momento in cui il vincolo esce dalla sfera dei soggetti che lo hanno costituito e acquista rilevanza esterna.

La distinzione tra destinazione e separazione, prospettata finora come ipotesi teorica, mi sembra che abbia ricevuto una conferma applicativa concreta nel nuovo art. 2645-*ter*.

8. Difficile immaginare quale sarà la portata applicativa della norma. Sicuramente attraverso tale strumento si è consentito all'ordinamento italiano di porsi in linea con altri paesi europei ed extraeuropei nella predisposizione di una tecnica competitiva di articolazione e trasmissione della ricchezza. In tal modo si è abbandonato il clima di alta criticità che il nostro sistema stava vivendo da quando ratificata la Convenzione dell'Aja si avvertiva il disagio della mancanza di una adeguata disciplina interna e aleggiava un'ansia esasperata di introdurre un surrogato del modello anglosassone del *trust*, ansia che conduceva inevitabilmente ad accogliere dubbie tecniche di inurbazione ⁽³¹⁰⁾. La nuova disciplina è disciplina dell'atto negoziale di destinazione e solo una lettura banale può interpretare l'art. 2645-*ter* quale nuova legge sul *trust*. Mancano di tale modello, non solo le coordinate strutturali che lo caratterizzano, ma altresì l'apparato rimediabile. Deve quindi negarsi che l'art. 2645-*ter* possa essere considerato quale legge applicabile ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja.

Quanto alle possibili applicazioni di tale strumento, un settore rilevante è il settore sociale, il quale non sembra adeguatamente coperto dalle recenti discipline della destinazione del patrimonio, le quali riguardano per lo più il settore finanziario ⁽³¹¹⁾. Il fondo patrimoniale, se pure deve ritenersi l'unica figura codicistica di patrimonio di destinazione per interessi della famiglia, non può trovare applicazione al di fuori del ristretto ambito della famiglia legittima. Il fedecommesso assistenziale, se pure istituito creato per regolare l'esigenza di tutelare economicamente un soggetto disabile, è applicabile solo al caso di incapacità che si sia tradotta in un giudizio di interdizione. Ciò in palese controtendenza rispetto al recente orientamento legislativo che, con l'introduzione dell'istituto dell'amministratore di sostegno ⁽³¹²⁾, ha mostrato di voler superare gli angusti limiti offerti dalla disciplina dell'interdizione.

- 1) Secondo l'orientamento assolutamente dominante e tralaticio della dottrina: da NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 11, a ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art. 2740 comma 2° c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 250; sul carattere di ordine pubblico del principio di universalità della responsabilità patrimoniale, da ultimo, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 68.
- 2) In questo senso, benché isolato, Rubino, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 11 s.;
- 3) L'assistenza dei testimoni non è necessaria per la natura dell'atto; come prescritto dall'art. 48 L. N. al Notaio è sempre consentito richiederne la presenza.
- 4) QUESITI Nn. 13, 14 e 15 E BIBLIOGRAFIA N. 3 e 4.
- 5) *La partecipazione del beneficiario, come è stato accennato nei quesiti da 13 a 19, e come è stato chiarito dalla dottrina richiamata nei paragrafi 3 e 4.1 della bibliografia ragionata, non è necessaria, ma è consigliata; l'unica ipotesi di atto di destinazione che può essere ricevuto, senza alcun problema, con l'intervento del solo Conferente è l'ipotesi di interesse riferibile a situazione di crisi dell'impresa, aventi ad oggetto beni del terzo.*
- 6) *La figura del Gestore è necessaria, ovviamente, quando la figura è prevista; si suggerisce di prevederla quando, per il contenuto della destinazione, sia opportuno che la gestione non sia affidata alla stesso Conferente.*
- 7) *Succinta descrizione dell'immobile.*
- 8) *E' opportuno che venga indicato nelle premesse dell'atto lo scopo che induce il Conferente a costituire il vincolo di destinazione, secondo la sensibilità di ciascun Notaio e le caratteristiche concrete del caso specifico (seguono, nel testo, alcuni esempi).*
- 9) *Parentela/amicizia etc..*
- 10) Al riguardo si veda Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353.
- 11) *N.B. se coniugati aggiungere:" in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale e casalingo, come stabilito dal combinato disposto degli artt. 147 e 148 c.c.,"*
- 12) È opportuno che il Notaio indichi le iniziative volte alla soluzione dello stato di crisi dell'impresa, e le norme applicabili alla singola fattispecie.
- 13) QUESITI NN. 17, 18 e 19
- 14) *Descrizione dell'immobile, secondo la sua natura, con indicazione dei dati catastali e dei confini.*
- 15) QUESITI DA 6 a 12 E BIBLIOGRAFIA N. 4.2
- 16) *In luogo della procura è probabilmente più consona alla fattispecie la nomina di un Gestore con poteri di rappresentanza, con conferimento allo stesso dell'incarico di procedere alla vendita dell'Immobile e di ripartire il ricavato fra gli Istituti di credito.*
- 17) QUESITI NN. 17, 18 e 19 E BIBLIOGRAFIA N. 3 e 4.1
- 18) *Benché l'atto costitutivo di vincolo di destinazione sia negozio unilaterale, è consigliabile che all'atto partecipi anche il Beneficiario per accettare gli effetti favorevoli della destinazione che ad esso derivano e la relativa disciplina; ove non fosse possibile si consiglia la massima cautela e l'utilizzo di clausole di contenuto uguale o simile a quelle proposte; fa eccezione il vincolo di destinazione costituito per interesse riferibile a situazione di "crisi d'impresa".*
- 19) *Congruo termine, non inferiore a 30 giorni.*
- 20) QUESITO N. 3
- 21) *Per le modalità cui effettuare la trascrizione si veda lo Studio "Le vicende estintive e modificative dei vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c." di M. Krogh e A. Valeriani*
- 22) *Massimo 90 anni.*
- 23) *Se è prevista la sostituzione del Beneficiario, aggiungere: "fatta salva l'ipotesi di sostituzione prevista all'Art. 3".*
- 24) *Da escludere la possibilità di revoca "ad nutum" da parte del Conferente – QUESITO N. 34*
- 25) *Quando il vincolo è costituito fra persone coniugate.*
- 26) *Si consiglia un tempo breve.*
- 27) QUESITI NN. 24, 25, 26 E 27

- 28)** *La necessità della nomina di un Gestore va valutata con riferimento al “contenuto” della destinazione; in ogni caso essa è indice di “serietà” della destinazione. Sarà probabilmente presente in caso di destinazione riferibile a situazione di “crisi d’impresa”, con attribuzione al Gestore, in particolare, del potere di stipulare gli atti di alienazione e di ripartire il ricavato fra gli Istituti creditori.*
- 29)** *L’atto di destinazione non rientra fra le categorie di atti che richiedono, per la loro validità, le menzioni urbanistiche ed edilizie e di conformità catastale; tali menzioni saranno necessarie solo qualora l’atto contenga ulteriori negozi che comportino il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su immobili.*
- 30)** F. ALCARO, *Gli effetti strumentali della destinazione: l’eventuale effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*. corsivo aggiunto
- 31)** G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*
- 32)** A segnare (intuitivamente) il diverso ambito di meritevolezza, riservato all’autonomia privata *contrattuale* (ex art. 1322, cpv.), rispetto a quella *destinatoria* (di cui all’art. 2645 ter), valga un esempio di scuola: se è difficile dubitare della validità di un accordo, in forza del quale Tizio attribuisce a Caio il diritto (*id est*, la pretesa azionabile *inter partes*, secondo i moduli del diritto di credito) di praticare la corsa campestre nel fondo di sua proprietà, impegnandosi conseguentemente a non mutarne per dieci anni la destinazione d’uso (condotta in cui si sostanzia la prestazione obbligatoria), altrettanto difficile è consentire che quella medesima destinazione possa essere assunta a contenuto di un vincolo ex art. 2645, opponibile ai terzi e idoneo a separare il bene dal restante patrimonio.
- 33)** Per tale opinione si vedano gli scritti di G. VETTORI, *Atto di destinazione e trust*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 775 ss.; A. GENTILI, *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*; non del tutto dissimile la posizione di G. PETRELLI, *op. cit.*, su cui *infra*.
- 34)** A. CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano 1994, p. 202.
- 35)** Così G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, III, 328 ss., il quale per altro vi aggiunge il riferimento al “sistema costituzionale”, su cui v. in appresso nel testo; di autonomia privata della “solidarietà”, contrapposta a quella dell’opportunità parla P. Spada „...”, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione* a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, p. 214.
- 36)** Così, prima della riforma, QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli 2004, 331 ss.
- 37)** F. GAZZONI *Osservazioni sull’art 2645 ter*, in www.judicium.it; P. SPADA, *op. cit.*
- 38)** P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione trascritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un’espressione sicura dell’autonomia privata*, Milano, 2007, p. 124.
- 39)** Si veda, ad es., come la tutela dei creditori sia diversamente strutturata, rispetto alla disciplina generale, in ambito societario (su cui vale sin d’ora il rinvio alle osservazioni di C. MARCHETTI, ***)
- 40)** G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 328-329
- 41)** È significativo che l’argomento sia utilizzato dallo stesso G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. p. 328-329: una volta che si assuma l’esclusività dello strumento di tutela della famiglia legittima (il fondo patrimoniale), conseguentemente escludendo il ricorso all’atto di destinazione, ne discende che tale ricorso è *a fortiori* precluso alla famiglia di fatto, che altrimenti verrebbe a godere (come la stessa dottrina coerentemente afferma) di una tutela più forte.
- 42)** NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, Art. 2740-2899, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2 ed., 1955 (la prima edizione è del 1945); RUBINO, *Responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 2 ed., in *Trattato Vassalli*, Torino, 1949.
- 43)** Si considerino soprattutto le opere di: d’AMELIO, *Codice civile, Libro della tutela dei diritti, Commentario*, diretto da d’Amelio, Firenze, 1943; NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, Art. 2740-2899, cit.; RUBINO, *Responsabilità patrimoniale*, cit.; PRATIS, *Della tutela dei diritti*. Artt. 2740-2783, in *Commentario UTET*, Torino, 1976; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, in *Commentario al*

- codice civile*, diretto da Schlesinger-Busnelli, 2 ed., Milano, 2010 (prima edizione, 1991); ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, 2 ed., in *Trattato Rescigno*, Torino, 1997, 483 ss. (anche voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXIX, Milano, 1041); ma v. anche MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985 (2 ed. del 1999), XX, 191 ss.; MIRAGLIA, voce *Responsabilità patrimoniale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII.
- 44)** Ad esempio, LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966; molto più di recente, NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001.
- 45)** La letteratura su questi temi è ormai pressoché sconfinata, riferibile a monografie, saggi e articoli che hanno approfondito l'analisi di tutte possibili implicazioni normative, in questa sede evidentemente non menzionabili in modo analitico. Limitandosi così a ricordare alcuni tra gli studi monografici più recenti: FIMMANÒ, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nelle società per azioni*, Milano, 2008; nonché R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2008, nella prospettiva societaria; G. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Milano, 2008; CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010; STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter c.c.*, Padova, 2010; INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010; MASTROPIERO, *Destinazione di beni a uno scopo e gestione*, Napoli, 2011; più di recente, in prospettiva comparatistica, della stessa A., *L'atto di destinazione tra codice italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. not.*, 2012, ...; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004; IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; Mirzia BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1997, nell'ottica civilistica della ricostruzione della categoria degli atti e dei vincoli di destinazione.
- 46)** Si può rinviare agli studi di LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008; *I trust nel diritto civile*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2004; nonché *Trusts*, 2 ed., Milano, 2001; più di recente, *Atti istitutivi di trust e contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2010; ma v. anche, sul trust interno, alla luce del diritto nazionale, GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, 2 ed., Ed. scientifica, Napoli, 2010; nonché DI LANDRO, *Trust e separazione patrimoniale nei rapporti familiari e personali*, Napoli, 2010.
- 47)** Per un'analisi di questo tipo, A. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (Alle origini dell'art. 2740 codice civile)*, in *Scintillae iuri. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 1805, ove è ricostruita la genesi della disposizione normativa, in una prospettiva attuale e nell'incombenza del diritto privato europeo (considerando che il saggio risale a circa un ventennio addietro ossia ai primi anni Novanta) che consenta di trarre la norma "dalle secche delle discussioni intorno alla configurazione dell'obbligazione, per sottoporla a un'analisi critica effettivamente adeguata al suo ruolo" (p. 1808). In tempi non sospetti, quando ci si interrogava sulle potenzialità e sui limiti dell'autonomia privata, anche in ambiti tradizionalmente ritenuti assai problematici, i temi della garanzia e responsabilità patrimoniale venivano lucidamente messi a fuoco da BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971.
- 48)** CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, cit., 1820.
- 49)** CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale*, cit., 1822.
- 50)** Una continuità sottolineata, nella sua innegabilità se non addirittura ovvietà, da tutta la successiva dottrina civilistica: GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968 (1 ed. 1951); PRATIS, *Della tutela dei diritti*, cit., 23; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 490; MIRAGLIA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 3; nonché MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., 224; più di recente, NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, cit., 10; da ultimo, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 4.
- 51)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 1.
- 52)** Tra i tanti contributi, vanno segnalati gli studi di GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto privato odierno*, 1914, ma per la ricostruzione analitica dell'elaborazione giuridica tedesca, si veda anche ID., *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1916 (vol. 57),

255; ...; il tema viene infine ripreso da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, ...

- 53)** Rileva l'affievolimento della risalente *querelle* teorica anche nella cultura giuridica d'origine, da ultimo, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 24 s. (richiamando LARENZ, *Schuldrecht*, I, München, 23 s.), pur ammettendo, diversamente da quanto affermava Rosario Nicolò, che sussistono casi di responsabilità senza debito anche nel nostro ordinamento, ritenendo utile la distinzione per tenere separate l'idea della responsabilità personale (per inadempimento ex art. 1218 o per illecito extracontrattuale ex art. 2043) da quella della responsabilità patrimoniale.
- 54)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 2; si noti che già nell'appena ricordato lavoro monografico *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 68, si fa riferimento al credito come diritto al conseguimento del bene dovuto, mentre "la perfetta coincidenza del contenuto dell'obbligo e quello del diritto non è in fondo che un pregiudizio" (*ivi*, 106).
- 55)** Si vedano, in tal senso, anche le *Istituzioni*, cit., 102: "Alla esigenza di realizzare il diritto del creditore, in modo da fargli conseguire quel medesimo bene che avrebbe ottenuto con la spontanea attuazione dell'obbligo da parte del debitore, l'ordinamento provvede attribuendo al creditore il *potere* di porre in movimento, attraverso l'intervento autoritativo dello Stato, un *procedimento* che, nel suo complesso, viene denominato *esecuzione forzata* (o processo esecutivo)".
- 56)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 3.
- 57)** NICOLÒ, voce *Adempimento (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 555.
- 58)** Il rilievo è correttamente posto in luce nelle già ricordate pagine di ROSELLI, *Le opere di Rosario Nicolò*, cit., in questo volume, ove si riporta anche il pensiero di PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, rist. Napoli/ESI, 1978, 129, il quale ritiene ricavabile: "un principio generale: per la realizzazione del diritto non è necessaria l'attività propria del soggetto obbligato, né (sempre) la prestazione dell'oggetto dedotto in obbligazione".
- 59)** Invero piuttosto limitata, secondo RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni - diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 181, il quale sottolinea, in particolare nelle dottrine c.d. 'patrimoniali', le "motivazioni ideologiche e sollecitazioni costruttive che spingono a proporre uno schema unitario dei diritti soggettivi, e cioè uno schema nel quale possano collocarsi così i diritti reali come i diritti di credito".
- 60)** La vicenda è efficacemente sintetizzata da RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, cit., 184 s., nonché - con puntuale riferimento al pensiero di Nicolò - da ROSELLI, *Le opere di Rosario Nicolò*, cit., in questo volume, cui si può rinviare.
- 61)** GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, cit., ritornando sul punto nella voce *Inadempimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 874.
- 62)** BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 13, ma spec. 28 ss., sul concetto di responsabilità, di debito e di obbligazione in generale, mentre il tema del carattere della responsabilità (personale nell'obbligazione romana e patrimoniale nel diritto attuale) è approfondito nelle pagine seguenti (p. 105 ss.).
- 63)** BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 136, il cui pensiero non può non risentire, evidentemente e in modo significativo, anche dell'insegnamento di Ugo NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, 105 s., volto a sottolineare la complessità del concetto di prestazione, quale "attuazione del rapporto obbligatorio", comprensiva di tutte le attività funzionalmente connesse alla realizzazione del risultato dedotto in *obbligazione*.
- 64)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 3.
- 65)** NICOLÒ, *ibid.* L'idea dell'anello di congiunzione, tra diritto sostanziale e processo, costituito dalle disposizioni del libro sesto del codice civile si ritrova di frequente: ad esempio, MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., 229, discorre di norma tra diritto sostanziale e processo con riferimento all'art. 2910 c.c. Cfr. anche LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 3 ss. Diversa la ricostruzione, evidentemente, da parte degli studiosi che muovono dalla prospettiva del diritto processuale civile (ad esempio, MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione*

surrogatoria. Contributo allo studio della responsabilità patrimoniale dal punto di vista dell'azione, Milano, 1975, 72 ss.).

- 66) È sempre l'espressione di NICOLÒ, *ibid.*; in tal senso, ci si discosta da affermazioni come quella, ad esempio, di CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 232, secondo il quale la responsabilità patrimoniale, non costituirebbe l'effetto o la sanzione dell'inadempimento, ma "sussiste indipendentemente da questo; e sussiste *ab initio*, nasce col nascer del credito".
- 67) NICOLÒ, *Commentario*, cit., 3. Nello stesso senso sembrerebbe ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 491 (che rileva, nella formulazione della disposizione, la chiara indicazione degli "elementi che connotano l'istituto e ne scolpiscono la funzione: da un lato, il carattere di rimedio all'inadempimento, e dunque il ruolo strumentale rispetto ad un soddisfacente funzionamento (almeno quanto ai risultati ultimi) dei meccanismi di debito-credito; dall'altro, e conseguentemente, il rapporto con l'operare degli apparati e delle procedure dell'esecuzione forzata"), mentre si discosta dal pensiero di Nicolò un'altra parte della dottrina successiva, pur formatasi nel solco degli insegnamenti del Maestro, nel momento in cui, ragionando sull'inderogabilità della responsabilità patrimoniale, ritiene quest'ultima rimedio "connaturato" alla obbligazione (DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, 38 ss., 43: un "rimedio", si specifica, "che si aggiunge *ab externo* alla obbligazione ma è connaturale ad essa, confermandone la giuridicità" (*ivi*, p. 48); in tal senso, già SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1950, 31 ("la responsabilità è immanente all'obbligazione, le dà la giuridicità"); successivamente, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 19, che ritiene il carattere sanzionatorio "contraddetto dall'inesistenza di conseguenze a carico del debitore che abbia leso l'aspettativa del creditore alla garanzia".
- 68) È chiara, nonché apertamente dichiarata, la contrapposizione alla concezione "processualistica" della responsabilità patrimoniale, su cui, per tutti, può rinviarsi a CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 221 ss.; ma già dello stesso A., *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 557 ss.
- 69) NICOLÒ, cit., 4, richiamando l'insegnamento di SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit.
- 70) Una conclusione, quest'ultima, sostanzialmente condivisa dalla totalità della dottrina civilistica, a partire dagli scrittori contemporanei di Nicolò, come ad esempio RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 10 (secondo il quale "le due fasi, sostanziale e processuale, non vanno confuse, e in specie va negato che la responsabilità patrimoniale del debitore sia un fenomeno di diritto processuale"), sino a DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 39 ss., ove il concetto è funzionale alla riconduzione della responsabilità patrimoniale all'ambito dei "rimedi" che "si collocano tra le situazioni sostanziali oggetto di tutela, e siano esse diritti soggettivi veri e propri (come le obbligazioni) o interessi meritevoli, e i mezzi processuali (intendi: le azioni) destinati a farle valere in giudizio (e a ottenere provvedimenti dal giudice)" (p. 42).
- 71) RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 8, secondo il quale la responsabilità "implica semplicemente uno stato di soggezione in senso tecnico, che è solo potenziale sino all'inadempimento del debito, e che da questo momento diviene attuale"; ma si veda anche, successivamente, GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 173, distinguendo la fase in cui si può manifestare il potere del creditore di chiedere l'espropriazione dei beni del debitore, realizzandosi concretamente la destinazione dei beni a garanzia dell'adempimento, dalla diversa fase "potenziale di quella destinazione dei beni del debitore, che dà luogo al fenomeno della *garanzia*" [corsivo nel testo].
- 72) NICOLÒ, *Commentario*, cit., 4.
- 73) In argomento, si vedano anche le considerazioni di NICOLÒ, *Commentario*, cit., 21 s., ove si afferma con estrema chiarezza che "un profilo puramente funzionale" la ragione giustificatrice della collocazione della normativa relativa alle cause di prelazione nel libro VI "a integrazione della teoria della responsabilità patrimoniale del debitore". Sul punto si tornerà, *infra*, n. 5.
- 74) NICOLÒ, *Commentario*, cit., 12, nel senso che la responsabilità dimostra "la esistenza di un obbligo giuridico da parte del debitore e di un diritto soggettivo da parte del creditore".

- 75)** Da ultimo Trib. Roma, decr. 17 novembre 2009 (inedito), che ha reputato non conveniente, anche a tutela della posizione del fallito, la proposta di concordato (dichiarandone la non ritualità ex art. 125 l.f.), in ragione dell'abuso dello stesso strumento concordatario e in applicazione proprio dell'art. 2740, norma che "se guardata con riferimento ai creditori non intervenuti nel concorso fallimentare – secondo il dettato testuale della motivazione - e con riguardo alla posizione del fallito, rende del tutto illegittima una sottrazione dei beni al debitore in misura superiore a quanto necessario per pagare i debiti dei creditori intervenuti". La norma appena richiamata, prosegue la motivazione "esige, per una retta interpretazione, che il principio della universalità patrimoniale debba essere combinato con un principio di proporzionalità".
- 76)** In dottrina, di recente, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 4 ss., spec. 12, che valorizza il principio in esame ravvisandovi un "correttivo dell'universalità", funzionale anche all'inquadramento della disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (in tal senso, NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, 2) e "rilevante anche per l'attuazione della *par condicio creditorum*" (p. 14).
- 77)** Così da indurre, nella letteratura francese della seconda metà del XIX secolo (in particolare, Aubry e Rau) a discorrere del patrimonio (non già come bene o insieme di beni, bensì) come "diritto" (della persona, appunto). In argomento, mettendo a fuoco la valenza essenzialmente storica e ideologica di tale linea di pensiero, si può rinviare a ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 545.
- 78)** SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837; più di recente, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. dir. societario*, 2007, 17. Riprende il tema anche DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 17 ss., nonché 71 ss.
- 79)** Si segnala, in particolare, lo studio della IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., incentrato sulla constatazione, che l'a. chiarisce in esordio, della contestuale unità e separazione di ogni patrimonio, nel senso che esso è unitario rispetto al proprio centro di interessi e, al tempo stesso, separato dalle unità rappresentate da altri patrimoni, indagando come l'ordinamento (intorno alle grandi categorie del diritto privato: proprietà, responsabilità e contratto) fissi e disciplini, di volta in volta, il grado di unità e di separazione del patrimonio, in relazione agli interessi in conflitto.
- 80)** Emblematica, tra le tante, Trib. Firenze, 2 luglio 2005, in *Trusts*, 2006, 89, secondo cui "il trasferimento dei beni al *trustee* non determina il sorgere di una «doppia proprietà» in capo a questi ed ai beneficiari; infatti, mentre il primo ha un diritto pieno ed esclusivo, i secondi vantano i propri diritti non nei confronti del patrimonio in *trust*, bensì nei confronti del *trustee* stesso, circostanza per la quale, quindi, non è possibile ritenere sussistente una violazione dell'art. 832 c.c.; né il trust viola l'art. 2740 c.c.: la legge di ratifica della convenzione, infatti, costituisce da questo punto di vista un'eccezione di fonte legislativa al principio ivi contenuto; principio, peraltro, che in considerazione delle numerose altre norme dell'ordinamento che consentono la costituzione di patrimoni separati, non può essere considerato di portata generale ed inderogabile".
- 81)** Tra i lavori monografici più recenti, ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002; si veda anche il commento alla giurisprudenza di GALGANO, *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli obiter dicta della cassazione)*, in *Contratto e impr.*, 1987, 365; volendo risalire nel tempo, a parte gli scritti di BIGIAMI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 14 ss, in sostanziale contemporaneità con le considerazioni svolte da Nicolò alla metà degli anni Cinquanta, possono leggersi le pagine di ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Riv. società*, 1957, 921; mentre un riepilogo ragionato dei problemi e delle diverse prospettazioni, si rinviene nelle pagine di SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1991, II, 2, 665 ss. Per le implicazioni in sede fallimentare, NIGRO A., *Il fallimento del socio illimitatamente responsabile*, Milano, 1974.
- 82)** NICOLÒ, cit., 12; si vedano anche le pagine delle *Istituzioni*, cit., 133 s.

- 83)** Nell'affrontare il tema delle limitazioni legali della universalità della responsabilità patrimoniale, è rimasta la distinzione tra i casi di sottrazione di beni alla garanzia patrimoniale per la loro destinazione (definiti in termini di "impignorabilità assolute", sulle quali peraltro sono intervenuti tanto la Suprema Corte quanto il Giudice delle leggi) e le ipotesi di garanzia riservata da alcuni beni a determinate tipologie di crediti (cui si attribuisce la definizione di "impignorabilità relative"), con riferimento a diverse vicende, tra le quali spicca, evidentemente, quella di cui all'art. 490, 2° comma c.c. Cfr. da ultimo, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 35 ss.; sul carattere di "limitazione del debito" (e non della responsabilità patrimoniale in senso proprio) dell'ipotesi da ultimo ricordata, ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 515 e già GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., 185.
- 84)** Può essere sufficiente considerare la vicenda legislativa della c.d. "società unipersonale" (incidente sulla disposizione di cui all'art. 2362 c.c., per effetto dell'armonizzazione imposta dal diritto di fonte comunitaria), su cui si rinvia alle sintesi di WEIGMANN, voce *Società di un solo socio*, in *Digesto comm.*, Torino, 1997, XIV, 209 ss.; IBBA, voce *Società unipersonali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, XXIX (anteriori alla riforma del diritto societario, ma della seconda vi è la postilla di aggiornamento del 2006); ma può menzionarsi anche la nuova disciplina per l'acquisto della personalità giuridica da parte di associazioni e fondazioni ex art. 1, d.p.r. 361/2000).
- 85)** Così SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 842; Id.,
- 86)** E' del resto innegabile che l'interrogativo inteso ad accertare "se al tema della limitazione della responsabilità patrimoniale possano appartenere anche vicende come quelle riguardanti il patrimonio di enti o di persone giuridiche diverse da quelle fisiche", abbia effettivamente costituito "una annosa querelle" (così MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 28), che ha impegnato non poco studiosi su entrambi i fronti, del diritto civile e del diritto commerciale. Possono qui ricordarsi, soltanto in via esemplificativa e per l'autorevolezza della fonte, le pagine di GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, spec. 44 ss., sul rapporto tra le personalità giuridica e il principio generale delle illimitata responsabilità del debitore ex art. 2740.
- 87)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 15.
- 88)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 16, riferendosi alla questione un tempo dibattuta, poi risolta espressamente dalla legge, dell'unico azionista ex art. 2362 c.c.
- 89)** In sintonia, NICOLÒ, *Commentario*, cit., 15 s. e RUBINO, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 12, mentre, sul piano della qualificazione (in termini di diritto sostanziale, attendendo alla determinazione dell'oggetto della responsabilità, secondo Nicolò), va registrata anche l'opinione di chi, successivamente, ha ritenuto l'accordo avrebbe valenza processuale, riguardando le modalità dell'azione esecutiva, così come accade nel caso della pattuizione del beneficio di escussione preventiva del debitore principale nella fideiussione (DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 49 s.)
- 90)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 17.
- 91)** In argomento, cfr. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, cit., 50 s.
- 92)** Si vedano, in particolare, i contributi di IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit. e ROJAS ELGUETA, *L'autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, Roma (Aracne editrice), 2006; Id., *Il rapporto tra l'art. 2645-ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina*, in *Banca, borsa ecc.*, 2007, I, 185.
- 93)** ROJAS ELGUETA, *L'autonomia privata e le limitazioni della responsabilità*, cit., 111 ss.
- 94)** Agli studi già ricordati di Spada e degli altri autori ricordati all'inizio (*supra*, nt. 4), possono aggiungersi P. FERRO LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 131; SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001; D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. "cartolarizzazione"*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 101.
- 95)** Senza mezzi termini si esprime non di rado la giurisprudenza sull'evoluzione del sistema: Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Trusts*, 2007, 425: " L'art. 2740 c.c. non costituisce più, da diverso tempo, principio supremo e inderogabile dell'ordinamento italiano stanti le eccezioni introdotte con diverse deroghe legislative e con la ratifica della convenzione de L'Aja sui *trust* e sul loro riconoscimento, con particolare riferimento all'art. 11; d'altronde, l'art. 2645 *ter* c.c. ha

contribuito in maniera decisiva a svuotare di significato la norma in questione consentendo la trascrivibilità e opponibilità ai terzi di atti, anche atipici, che imprimano su un certo bene un vincolo di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela”.

- 96)** Inutile rilevare che la letteratura è ormai davvero sconfinata. Tra gli scritti più recenti e significativi andrebbero ricordati, in aggiunta ai contributi monografici già menzionati (*supra*, nt.4): GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 47; più di recente, *Id.*, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 49; Mirzia BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 201 (ma già EAD., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit.); della stessa A., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* 2011, I, 789 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 321; ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore nell'art. 2645 ter c.c.*, in *Giur. merito*, 2007, 41; MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit.
- 97)** Così da indurre una parte della dottrina a ritenere che la mancanza di meritevolezza comporti non già l'invalidità, ma più semplicemente d'impossibilità di trascrivere l'atto:GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 173.
- 98)** Tra i primi commenti in tal senso, GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 166; sul fronte notarile, PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006., II, 162.
- 99)** Trib. Torino, 2 aprile 2008, in *Riv. not.*, 2008, 898, secondo cui “una volta accertato che l'atto di consenso sia stato effettuato per scrittura privata autenticata, il conservatore dei registri immobiliari è tenuto a procedere all'annotazione senza che il medesimo debba sentirsi investito del compito di verificare la validità del consenso prestato”.
- 100)** Tra le tante, Cass. 12 dicembre 2003, n. 19058, in *Vita not.*, 2004, 291, la cui massima ribadisce l'idea secondo la quale “la trascrizione non è un istituto di pubblicità costitutiva, bensì dichiarativa, e come tale ha la funzione di rendere opponibile l'atto ai terzi onde dirimere il conflitto tra più acquirenti dello stesso bene, senza incidere sulla validità ed efficacia dell'atto stesso”. Particolarmente frequente, in giurisprudenza, è l'affermazione dell'indipendenza tra i due sistemi normativi, in materia di vendita di autoveicoli: tra le più recenti, Cass. 26 ottobre 2009, n. 22605, in *Arch. circolaz.*, 2010, 221, la cui massima così recita: “La trascrizione della vendita di autoveicolo nel pra non incide sulla validità né è requisito di efficacia del contratto in cui l'effetto traslativo della proprietà si verifica a seguito del mero consenso delle parti, ma è preordinata al solo fine di regolare i conflitti tra pretese contrastanti sullo stesso veicolo da parte di coloro che abbiano causa dal medesimo autore; ne consegue che, al di fuori di tale ipotesi, le risultanze del pubblico registro automobilistico hanno il valore di presunzione semplice, che può essere vinta con ogni mezzo di prova”.
- 101)** Oltre agli scritti più recenti, occasionati dalle novità legislative cui s'è fatto riferimento, per una trattazione tradizionale-relativa alla categoria unitaria degli atti di destinazione, con una particolare ricchezza di spunti utili anche per l'impostazione dei problemi posti dalla nuova normativa, si vedano le pagine di AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 55 ss, spec. 85 sugli effetti dell'atto di destinazione rispetto ai terzi.
- 102)** Sulla necessità di un valido atto di destinazione, Cass. 10 maggio 1996, n. 4392, *Arch. locazioni*, 1996, 720, secondo cui “il vincolo pertinenziale non può dipendere solo dalla relazione di servizio esistente di fatto tra i due beni, essendo necessario anche che vi sia un valido atto di destinazione del soggetto legittimato (art. 817 c.c.)”; v. anche
- 103)** Cass. 10 agosto 1988, n. 4920, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2886, la cui massima recita: “l'atto di destinazione pertinenziale non può consistere in una mera dichiarazione di volontà (quale quella riscontrabile in una istanza di accatastamento) o in un mero atto negoziale (quale la descrizione del bene contenuta in un contratto di vendita), ma deve estrinsecarsi in un comportamento riconoscibile dai terzi perché rivolto alla modificazione di una preesistente situazione di fatto”. Per una raffinata trattazione teorica della necessità di coesistenza di entrambi gli elementi soggettivo e oggettivo, si veda ancora AURICCHIO, *L'individuazione dei beni immobili*, cit., 55 ss.

- 104)** A parte, va ricordato, la già ricordata posizione assunta da GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit., 173.
- 105)** Potendosi estendere la riflessione alla materia del trust, ove si consideri la novella introdotta con l'art. 2645 ter un "frammento di *trust*", secondo una prospettazione piuttosto diffusa (si vedano, ad esempio, gli scritti di LUPOI, cit. supra, nt. 5)
- 106)** Si ricorderà che, nelle diverse prospettazioni, la meritevolezza, anche in considerazione del rinvio contenuto nella norma all'art 1322 c.c., è stata interpretata nel senso tradizionale, ossia come mera non illiceità; taluno ha invece ritenuto che debba trattarsi di un interesse socialmente utile: GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976; II, 276; in passato, l'idea era sviluppata da BETTI, *Il negozio giuridico in una recente pubblicazione*, in *Giur. it.*, 1947, IV, 144 e *Teoria del negozio giuridico*, nel *Trattato Vassalli*, XV, 2, Torino, 1952, 183. Sulla recente rivalutazione della distinzione tra illiceità ed immeritevolezza, v. DI MARZIO, *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 305. In tal senso, anche la giurisprudenza: Cass. 13.5.1980, n. 3142; Cass. 15.7.1995, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 934; Cass. 6.2.2002, n. 2288. Per una sintesi delle varie posizioni sostenute dalla dottrina in tema di meritevolezza, v. Mirzia BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* 2011, I, 789 e ss. Si è detto che sarebbe meritevole di tutela qualunque interesse lecito: FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 7; Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 16; ID., *La destinazione patrimoniale*, cit., 67; Palermo, *Configurazione dello scopo*, cit., 75; VETTORI, *Atto di destinazione*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione*, cit., 176; VIGLIONE, *L'interesse meritevole di tutela negli atti di destinazione*, cit., 1058; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione, trust e negozi fiduciari*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, cit., t. II, 2320.
- 107)** Con estrema chiarezza, si vedano le condivisibili considerazioni di GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 49, il quale inquadra la destinazione patrimoniale come categoria generale riferibile a un concetto da tempo presente nella storia del pensiero giuridico moderno, tra gli atti di disposizione del bene, ricercando dapprima i tratti del genere comune, per passare all'esame della struttura e della disciplina degli atti di destinazione, e infine concentrare l'attenzione sull'incidenza degli atti di destinazione sulla responsabilità patrimoniale, con particolare riferimento s'intende alle "destinazioni atipiche".
- 108)** NICOLÒ, *Commentario*, cit., 11; ripreso più di recente nello studio di ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio*, cit., 44.
- 109)** Come ha confermato la, pur non copiosissima giurisprudenza in materia di *trust* (oramai non più considerabile recentissima, posto che oggi il *dictum* potrebbe apparire scontato): Trib. Bologna, 1° gennaio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295, secondo cui in Italia il *trust* interno che non abbia intenti abusivi o fraudolenti è valido, non contrasta con norme imperative o principi di ordine pubblico ed ha l'effetto di segregare i beni del *trust* rispetto al restante patrimonio del *trustee* in deroga all'art. 2740 c.c.
- 110)** GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 69.
- 111)** GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 72.
- 112)** GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 71, ove si chiarisce il senso dell'espressione, in quanto la destinazione "sottrae il bene al patrimonio del disponente e quindi alla responsabilità patrimoniale solo temporaneamente e solo limitatamente a certe utilità".
- 113)** In senso favorevole, ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio*, cit., 51, nel presupposto che "ai sensi dell'art. 1421 c.c. dimostrino un concreto interesse, vale a dire il pregiudizio alle loro ragioni (*evenuts damni*)".
- 114)** Può essere sufficiente considerare la disposizione dell'art. 1235 cod. civ. 1865.
- 115)** Si veda, ad esempio, Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, cit., 30 (con riferimento, benché il volume sia stato pubblicato successivamente, alla disciplina vigente sotto il codice civile del 1865). Per ulteriori considerazioni, cfr. ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 2 ed., in *Giur. sistem. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, ...; 140 ss.; nonché ID., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2005, 131 ss., spec. 137; e ancora più di recente, ID., *Le opere di Rosario*

Nicolò in tema di responsabilità patrimoniale e di relative azioni conservative, in *Riv. dir. comm.*, 2009, 551.

- 116)** GENTILI, *La destinazione patrimoniale*, cit., 73.
- 117)** In argomento, si veda AA. VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli Esi, 2004, e in particolare DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, ivi, 119, spec. 143, con riferimento al contratto revocabile ex art. 2901 c.c., ma anche non revocabile e nondimeno qualificabile come fatto ingiusto ai danni del terzo, fonte di responsabilità aquiliana: casi in cui il giudizio di immeritevolezza esprime una valutazione in termini di abusività dell'esercizio della libertà contrattuale; dello stesso A., *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 205.
- 118)** DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. privato*, 2004, 145; nonché ID., *Abuso nella concessione del credito*, Esi, Napoli, 2005
- 119)** Per lo sviluppo di considerazioni simili, si vedano le preziose pagine finali del saggio di ROSELLI, *Le opere di Rosario Nicolò in tema di responsabilità patrimoniale*, cit., spec. 570 ss., in relazione alla valorizzazione del diritto giurisprudenziale.
- 120)** Lo ribadisce con estrema chiarezza ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio*, cit., 41, nonché p. 43, affrontando l'A. anche la questione dell'eventuale illegittimità costituzionale (per violazione della riserva di legge ex art. 2740 c.c., secondo la prospettazione di GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit.
- 121)** Nella manualistica più autorevole: RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 11 ed., 1994, 662, che discorre di due "principi fondamentali in tema di responsabilità patrimoniale", con riferimento all'art. 2740, 1° comma e 2741, 1° comma c.c.
- 122)** Si veda, ad esempio, Corte cost., 27 luglio 2000, n. 379, in *Foro it.*, 2000, I, 2722, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, 2° comma, legge fall., nella parte in cui assoggetta a revocatoria fallimentare i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili, effettuati dal fallito nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, con mezzi normali di pagamento, in riferimento agli art. 3, 1° comma, 24, 1° e 2° comma, e 41, 1° comma cost. Nella motivazione si afferma che "la centralità della *par condicio creditorum* – rafforzata dalla previsione, in certi casi, del reato di bancarotta – è stata ribadita anche da questa corte (v. sentenze n. 32 del 1992, *Foro it.*, 1992, I, 2336, e n. 204 del 1989, *id.*, 1989, I, 2091), costituendo nell'attuale disciplina la chiave di lettura di vari istituti, fra i quali la revocatoria fallimentare. È quindi evidente – prosegue la Corte - che tutelare le ragioni del concorso tra i creditori può significare anche derogare alle regole generali, per consentire la ricostruzione del patrimonio del fallito e ripartire tra tutti i creditori, nel rispetto delle cause legittime di prelazione, eventuali perdite". Cfr. anche Corte cost., 3 febbraio 1992, n. 32, in *Foro it.*, 1992, I, 2336; nonché Corte cost., 15 luglio 1992, n. 329, in *Foro it.*, 1993, I, 2785.
- 123)** Con estrema chiarezza, da ultimo, ROSELLI, *Atti di destinazione del patrimonio*, cit., 44; ma già ID., *Responsabilità patrimoniale*, cit., 13 ss.
- 124)** Così ROSELLI, *Atti di destinazione*, cit., 51; cfr. anche MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., 437; in senso critico sulla tutela assicurata dalla revocatoria come "punto di equilibrio tra gli opposti interessi in gioco", anche MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, cit., 932.
- 125)** NICOLÒ, *Surrogatoria. Revocatoria*, in *Commentario Scialoja.-Branca*, Bologna-Roma, 1953, 56.
- 126)** Secondo l'orientamento assolutamente dominante e tralaticio della dottrina: da NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, cit., 11, a ROPPO, *Sulle limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore. Spunti sistematici intorno all'art. 2740 comma 2° c.c.*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 250; sul carattere di ordine pubblico del principio di universalità della responsabilità patrimoniale, da ultimo, BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 68.
- 127)** In questo senso, benché isolato, Rubino, *La responsabilità patrimoniale*, cit., 11 s.;
- 128)** ROJAS ELGUETA, *L'autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 93 ss.
- 129)** P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 120

- 130)** Si vedano, soprattutto, e cominciando dagli studi che hanno culturalmente preceduto e preparato l'introduzione dell'art. 2645 – *ter c.c.*, M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003; M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – *ter del codice civile**, Milano, 2007; A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007; S. Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009.
- 131)** Cfr. F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in www.judicium.it Muove, da ultimo, al fine di decodificare il concetto di interesse meritevole di tutela, da un'ampia indagine dell'evoluzione della dottrina sull'art. 1322, 2° co. c.c., Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, cit., pp. 246 ss.
- 132)** Così A. Gentili, *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio (dal trust agli atti di destinazione)*, Atti del Convegno di Roma del 28 e 29 settembre 2006
- 133)** Cfr. G. Doria, *Relazione Introduttiva*, in *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, cit
- 134)** Cfr. ancora G. Doria, *Relazione introduttiva*, cit.,
- 135)** Così P. Spada, *op. cit.*, p. 124.
- 136)** Sulla struttura del negozio programmatico di destinazione e sulle ragioni a sostegno di tale ricostruzione, cfr. M. INDOLFI, *Attività ed effetto nella destinazione dei beni*, Napoli, 2010, cap.III §5, p. 245 e ss.: può ritenersi che detto atto programmatico, idoneo a configurare la funzione, non abbia una struttura bilaterale, neppure nel caso in cui l'attuazione della destinazione implichi il trasferimento del diritto di proprietà dei beni vincolati.
- Nel diversificato panorama di opinioni sul punto (cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art 2645 ter*, in www.judicium.it, p. 7 e ss sulla necessaria bilateralità del negozio di destinazione) sembrerebbe, tuttavia, prevalere la ricostruzione che riconosce la “ necessaria variabilità strutturale” dell'atto di destinazione, “che può essere unilaterale, bilaterale, a titolo oneroso, a titolo gratuito, attributivo, non attributivo” (per tutti, M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, p. 11 e ss; G. DE NOVA, nell'intervento *Esegesi dell'art 2645 ter c.c.*, al Convegno organizzato a Milano il 19.06.2006; G. PETRELLI, *La trascrizione dei vincoli di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006,, p. 165; F. ROSELLI, nell'intervento *Atti di destinazione del patrimonio e tutela del creditore*, al Convegno di Roma del 28/29.09.2006; R. QUADRI, *L'art. 2645 ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr.*, 6/ 2006, il quale a p. 1723 osserva che “Ad una più attenta riflessione ci si rende conto dell'impossibilità di una opzione univoca in favore della struttura unilaterale o contrattuale dell'atto di destinazione”.
- Precisa a riguardo G. FANTICINI, *L'articolo 2645 ter del c.c.: “ Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”*, in *La protezione dei patrimoni. Dagli strumenti tradizionali ai nuovi modelli di segregazione patrimoniale*, 2006 (Santarcangelo di Romagna), p. 327 e ss. che “la locuzione impiegata all'inizio dell'art. 2645 ter [il riferimento agli “atti”] deve essere riferita al genus dei negozi (atti e contratti) volti ad imprimere vincoli di destinazione ai beni (trasferiti in modo puramente strumentale ad un gestore, al fine di farli pervenire a soggetti beneficiari), purchè stipulati in forma solenne”. Si veda anche S. MEUCCI, *La destinazione dei beni fra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 199, nota 147.
- 137)** La destinazione dei beni ha, quindi, una carica ordinante, atta a qualificare il patrimonio in funzione di uno scopo, le cui modalità e la cui incisività possono variare, a seconda che esso determini fenomeni di unione (ad es. la destinazione di beni organizzati in azienda a servizio dell'impresa) o di segregazione (ad es. la destinazione dei beni in fondo patrimoniale). Per un riscontro ricostruttivo, M. INDOLFI, o.c., cap. II, p. 69 e ss.; cfr. anche le chiare indicazioni di A. GENTILI, *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio delle fattispecie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 49 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.* 2011, p. 789 ss.
- 138)** Ad A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 20 e ss., si deve l'illuminante classificazione dei comportamenti giuridicamente rilevanti. Il

comportamento si articola in comportamenti attuosi e comportamenti inattuosi o significativi. I primi (p. 20), cui è riconducibile lo stesso atto reale, “causano immediatamente e attualmente una trasformazione delle situazioni di interesse giuridicamente rilevanti., .e producono un’immediata e attuale realizzazione o un’immediata e attuale lesione”. Per Falzea tra le figure fondamentali di atto reale è la destinazione ad utilità (p. 33) che è pertanto “un’iniziativa umana, il cui valore consiste nella estrinsecazione oggettiva e nella realizzazione effettiva ed immediata di risultati ed opere. Esso trasforma il mondo reale, facendolo passare da una situazione anteriore ad una situazione posteriore nuova” Inoltre l’A. precisa (p. 29) che l’atto reale, rispetto all’atto programmatico “presenta i caratteri ancora più incisivi dell’autorealizzazione degli interessi. Dà una regola ai propri interessi chi ne programma la realizzazione mediante un atto negoziale, ma lo fa anche chi la realizzazione porta a compimento con l’atto reale. Non si vede perché debba negarsi che l’atto reale costituisca un fenomeno di autonomia privata alla stessa stregua dell’atto negoziale”. “La volontà attuosa porta l’interesse a farsi presente nella forma immediata e diretta della realizzazione, che compendia ed incorpora in se stessa anche il programma decisionale del soggetto”.

- 139)** Sull’inefficacia della destinazione patrimoniale, nel caso in cui non sia attuata, e sulla possibilità di estendere detta valutazione anche alle fattispecie tipiche di destinazione patrimoniale oltre che al trust, è opportuno riflettere.
- 140)** A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 82, osserva che le prospettazioni recenti sul tema della destinazione patrimoniale “non offrono quell’elemento di discontinuità rispetto al comune modello dell’agire dei privati, elemento che è l’unico nel nostro sistema a poter giustificare l’ingresso di un effetto di destinazione che sia altro da quello attributivo e cioè un effetto di “rottura”. L’elemento di discontinuità è invece fornito dal binomio *patrimonio- attività*, restando, il ruolo della volontà in posizione subordinata”. Sulla tematica dell’unità e separazione patrimoniale, cfr., tra tanti, IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003; ROJAS ELGUETA, *L’autonomia privata e le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore*, Roma, 2006; Id., *Il rapporto fra l’art.2645 ter c.c. e l’art.2740 c.c.: un’analisi economica della nuova disciplina*, in BBTC, 2007, I, p. 185 ss.
- 141)** Cfr. F. ALCARO, *Unità del patrimonio e destinazione dei beni* in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, Milano 2007, p. 105 ss.
- 142)** Sull’autonomia dell’effetto di destinazione rispetto a quello traslativo, cfr. M. INDOLFI, op. cit., p. 141 e ss.
- 143)** S. MEUCCI, op. cit., p.193.
- 144)** Qualifica l’atto traslativo conseguente ad attività di destinazione patrimoniale, quale prestazione isolata, E. NAVARRETTA, in *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale, Dal pagamento traslativo all’atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 824 e ss. Così anche G. DORIA, in *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 510, il quale afferma che “il contratto traslativo fra disponente e avente causa, avrà, dunque ad oggetto il trasferimento della proprietà (o di altro diritto) dei beni appartenenti al patrimonio finalizzato, istituito dal soggetto titolare; e quale contratto traslativo, potrà avere le fattezze di un contratto tipico, di natura onerosa o gratuita, o potrà rappresentare al contempo, il necessario supporto causale del contratto traslativo, che in questo caso non potrà avere che natura gratuita.”
- 145)** In un quadro più generale, la funzione o l’attività tesi ad un risultato modulano non solo il rapporto soggetto/bene, spesso staticamente inteso, ma giungono ad incidere sulla stessa titolarità di un diritto, e fino a plasmare la stessa soggettività: cfr. F. ALCARO, *Statica e dinamica nel rapporto fra soggetto e attività: processo di circolarità. Nuove prospettive funzionalistiche*, in *Diritto Civile Oggi*, Napoli, 2006, p. 251 e ss; Id., *Attività e soggettività: circolarità funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 883 e ss.
- Gli effetti del coordinamento funzionale soggettività-attività sono evidenti anche in materia di enti: è in quest’ambito che emerge con incisività come l’attività concretamente esercitata reagisca sulla strutturazione e organizzazione della sfera soggettiva che si declina in chiave dinamica, modellata in rapporto alle attività svolte.
- Il riferimento è, in particolare, al fenomeno della c.d. “neutralizzazione” funzionale delle strutture giuridiche soggettive, di grande attualità nel nostro ordinamento giuridico. (sul punto

già G. Santini, *Il tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 151 e ss; orientamento ricostruttivo condiviso fra gli altri, da F. Di Sabato, *Società in generale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da Perlingieri, Napoli 2004, p. 45; riproposta da A. Rossi, *S.r.l unipersonale e tramonto dello scopo lucrativo*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 115; contra, per tutti, G. F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 2006, p. 26 e ss. Per alcuni spunti cfr. anche M. Indolfi, *La riforma del diritto societario: i dati aggiornati al 2007*, in *Osservatorio del diritto societario*, Milano, 2009, p. 81)

Con tale espressione si indica quel processo di “decolorazione dello scopo sociale” per cui le strutture organizzative della persona giuridica sono sempre più schemi polifunzionali che consentono lo svolgimento in comune di un’attività economica, con modalità alternative di organizzazione dell’impresa, rimesse alla scelta di autoregolamentazione privata.

Di tale fenomeno è conferma, in materia degli enti, la recente riforma di diritto societario (d.lgs. n. 6/2003) che, introducendo gli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c., ha disciplinato l’ipotesi di trasformazione eterogenea, ovvero il procedimento attraverso cui le società assumono la veste di organizzazioni non societarie e, viceversa, cioè, gli enti non societari assumono la veste di organizzazioni societarie.

In quest’ipotesi, è l’attività che conforma la struttura soggettiva, dettandone le modalità; siamo, quindi, di fronte ad un operatore economico che muta i suoi profili strutturali al mutare della funzione cui è orientato. Tale coordinamento fra soggettività e attività è fra l’altro espressione della crisi di un modello di soggettività astratta e dell’idea statica di soggettività; e ciò a conferma del processo di frantumazione e pluralizzazione della categoria della soggettività, riscontrabile in vari ambiti.

- 146)** La valutazione in termini di gratuità o onerosità di un negozio giuridico non può che attenersi alla causa negoziale. Definendo come oneroso o gratuito il negozio di destinazione lo si colloca, infatti, su di un piano che ad esso non è connaturale.

Di recente sul tema, E. DAMIANI, *Atto gratuito liberale e atto gratuito non liberale*, in *Donazioni, atti gratuiti patti di famiglia e trusts successori*, Bologna, 2010, p. 4; dunque, un negozio è gratuito se manca un vantaggio economico connesso all’esecuzione della propria prestazione (la definizione è di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 313-314). In generale, la gratuità e l’onerosità sono qualifiche che connotano il titolo d’acquisto più che l’atto in concreto; si riferiscono, pertanto, alle figure dei singoli contratti tipici, come sono previste dal legislatore.

Detta valutazione è, innanzitutto, di carattere oggettivo; nel definire, cioè, un atto come gratuito o oneroso non si valuta lo stato soggettivo del disponente. Tale qualifica, inoltre, presuppone una logica di scambio ed è di natura prettamente economica. Si è, in altri termini, di fronte a qualifiche di fondo neutre che attendono un’ulteriore specificazione.

Sul concetto di gratuità e di liberalità, fra gli altri, A. CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino, 2005; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, II, p. 1521 e ss; A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 59 e ss; A. CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 257 ss.; cfr. anche A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu - Messineo, Milano, 1956, p. 15; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1961, p. 74 e ss; U. CARNEVALI., voce *Liberalità (atti di)*, in *Enc. del diritto*, XXIV, Milano, 1974.

Le elaborazioni dottrinali in tema di contratto gratuito atipico definito in relazione ad un’altra nozione, quella di liberalità, sembrano confermare la concezione di gratuità strettamente connessa ad una logica economica di contrapposizione di interessi (quanto all’astratta configurabilità del c.d. negozio gratuito atipico si considerino le riflessioni di C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Cont. impr.*, 1986, p. 920; M. D’ETTORE, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Padova, 1996; A. GIANOLA, *Atto gratuito e atto liberale*, Milano, 2002, p. 3 e ss); per una recente ricognizione sul tema, F. SCAGLIONE, *Intersoggettività e gratuità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, spec. p. 390 e ss.

- 147)** Detta attribuzione (giustificata dalla destinazione), rispetto alla qualificazione in termini di onerosità o gratuità, è perciò neutra. Sulla qualificabilità degli atti traslativi come neutri ed in generale sul concetto di neutralità dell’attribuzione, cfr. già G. OPPO, *Adempimento e liberalità*,

Milano, 1947, spec. p. 289 e ss. Diverse le considerazioni al riguardo di E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 835: l'A. riconduce l'atto di destinazione anche all'area della gratuità atipica.

148) M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *o. c.*, p. 12, precisano che "la struttura contrattuale costituirebbe il mezzo per veicolare la destinazione in presenza di un soggetto attuatore diverso dal conferente".

149) G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *La proprietà e il possesso, Tratt. dir. civ.* Lipari – Rescigno, Milano 2009, p. 407 ss.

150) U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1101, precisa che "Le doverosità attraverso le quali si esprime il vincolo funzionale che conforma dall'interno la situazione soggettiva trasferita dal disponente non costituiscono obbligazioni rispetto alle quali possa essere individuato nel beneficiario un creditore bensì le manifestazioni esterne del limite funzionale apposto al diritto attraverso l'assoggettamento del vincolo.All'atto di destinazione traslativo si accompagna, nella migliore ricostruzione dell'istituto, un contratto di mandato tra disponente ed attributario, diretto ad assicurare al primo la necessaria cooperazione gestoria del secondo, per tutti i profili non coperti dalle limitazioni funzionali derivanti alla situazione soggettiva dal vincolo di destinazione impresso ai beni. Si tratta di impegni diversi da quelli che si esprimono nelle modalità di impiego del bene ovvero nelle regole di amministrazione, di gestione e di destinazione dei frutti e proventi; di impegni che si traducono in obbligazioni accessorie a completamento dei profili eventuali dell'atto". In tal senso anche S. MEUCCI, *o.c.*, p. 317 e F. ANELLI, *Simulazione e Interposizioni*, in *Tratt. contratto*, diretto da Roppo, III, Milano, 2006, p. 766 e ss.

151) Cfr., da ultimo, F. ALCARO, *Mandato*, in *Comm. UTET, Dei singoli contratti*, Torino 2011, p.335 ss.

152) Cfr. App. Roma, 19.01.2009, in *Riv. dir. civ.* 2009, p. 495 ss., annotata da A. Morace Pinelli; Trib. Genova, 14.03.2006, in *NGCC*, 2006, 1209 ss., annotata da A. Venchiarutti; Trib. di Rimini, 21.04.2009, in *Famiglia e diritto*, 2009, n. 8-9, p. 817 ss.

153) Attraverso il trust viene, quindi, a combinarsi un effetto reale (traslativo) con un effetto obbligatorio, rendendo quest'ultimo opponibile ai terzi, in funzione della realizzazione di un compito che chi dispone preferisce rimettere ad un'altra persona e ad un tempo futuro: sul punto cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 3.

154) M. LUPOI, *o.u.c.*, p. 7; per la distinzione fra trust (in particolare fra trust c.d. interno) e negozio di destinazione patrimoniale, si considerino ex multis G. PALERMO, *o.c.*, 408; S. MEUCCI, *o. c.*, p. 104 e ss; F. ANELLI, *o.c.*, p. 761 e ss; A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, p. 993 e ss; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 285 e ss; A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 721-737; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, p. 979-988; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di trust*, in *Trust attività fid.*, 2006, p. 169; Id., in *Riv. not.*, 2006, fasc. 2 p. 467 - 475; F. ROTA e G. BIASINI, *Il Trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007, p. 20 e ss.

Non sembra che l'art. 2645 ter c.c. abbia introdotto il trust nel sistema di diritto italiano, potendosi ritenere piuttosto che, con tale norma, il legislatore abbia inteso legittimare la iniziativa giuridica nel nostro ordinamento, comportante l'effetto di destinazione patrimoniale, al ricorrere di specifici presupposti.

Peraltro, secondo l'opinione di M. BIANCA, *Atto di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 219 e ss., il negozio di destinazione costituisce una *alternativa nazionale al trust*.

In tal senso si veda anche Trib. Trieste, decr. 19.9.2007 in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, p. 687 e ss.

Il Giudice Tavolare (Picciotto) ha riconosciuto l'autonomia del negozio di destinazione rispetto al trust, individuandone la differenza nel fatto che " *il trust è negozio causalmente ben definito, ancorché tipizzato solo per rinvio agli ordinamenti che lo disciplinano; il negozio di destinazione quale entità paranegoziali che, con una parafrasi biogiuridica, potremmo definire "opportuniste" in quanto, in difetto di struttura vitale propria, devono aderire ad altre*

fattispecie negoziali per poter dispiegare, sfruttando la loro struttura, gli effetti riconosciuti ex art. 2645 ter c.c.”.

- 155)** P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 120
- 156)** C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*, dattiloscritto
- 157)** G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 321; A. GAMBARO, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Utet, 2009, p. 315 ss
- 158)** Sapiente panoramica è offerta da F. MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*, dattiloscritto
- 159)** A. GAMBARO, *Vincoli di destinazione e conformazione della proprietà*, *cit.*, p. 319
- 160)** Secondo la ricostruzione offerta da A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, p. 1ss..
- 161)** E' nutrito l'elenco degli studiosi che, con varietà di toni e sfumature, hanno avanzato questa tesi, cui aderiscono articolando l'argomentazione G. AMADIO, *Note introduttive. L'interesse meritevole di tutela*, dattiloscritto; nonché G. BARALIS; *Considerazioni sull'art. 2645 ter e il meritevole di tutela*, dattiloscritto
- 162)** G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv.dir.civ.*, 2007,I,321ss.
- 163)** M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Fondazione italiana per il notariato, Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, Il Sole 24 ore, 2010, p. 28 ss., il quale ritiene che spetti al notaio la verifica della meritevolezza dell'interesse, ma rassicurando la categoria circa l'inoperatività nella specie dell'art.28 l. not., in ragione dell'asserita efficacia obbligatoria residuale; considerazione che, tuttavia, non proteggerebbe dall'eventuale addebito di responsabilità professionale nei confronti delle parti dell'atto che avessero domandato rassicurazioni circa l'effetto di separazione patrimoniale
- 164)** G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980
- 165)** Come nel celebre caso giudicato dal Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, in *Dir. fam.* 2007, 4 1726, *Dir. fam.* 2008, 1 194 con nota di FREZZA, *Dir. fam.* 2009, 3 1199, con nota di MARRA, in *Giur. merito*, 2007, 3183, con nota DI PROFIO: "Poiché è impensabile che il legislatore abbia voluto "esautorare" il contratto (apparentemente escluso dalla norma che riguarda esplicitamente i soli "atti") e, cioè, lo strumento principe attraverso il quale si esprime l'autonomia negoziale, il riferimento letterale ("atti") dell'art. 2645 ter c.c. deve intendersi limitato al requisito formale richiesto per la trascrizione, la quale deve essere effettuata sulla scorta di un "atto pubblico" ai sensi dell'art. 2699 c.c. Proprio per la centralità riconosciuta all'autonomia negoziale privata, la locuzione impiegata all'inizio dell'art. 2645 ter c.c. deve, perciò, essere riferita al "genus" dei negozi (atti e contratti) volti a imprimere vincoli di destinazione ai beni, purché stipulati in forma solenne; del resto, il successivo richiamo all'art. 1322, comma 2, c.c. dimostra che la norma concerne certamente anche i contratti; "Condizioni della separazione" non sono soltanto quelle "regole di condotta" destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale. Sotto il profilo causale, dunque, i contratti della crisi coniugale (e, segnatamente, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi) si caratterizzano per la presenza della causa tipica di definizione della crisi stessa. Con la trascrizione nei registri immobiliari ex art. 2645 ter c.c. (sulle modalità con cui eseguire la formalità si richiama la circolare dell'Agenzia del territorio n. 5 del 7 agosto 2006), il vincolo di destinazione risulta opponibile "erga omnes", offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all'inalienabilità. Mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art.

2645 ter c.c. appare assoluta, l'art. 170 dello stesso codice assoggetta a esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza. L'art. 2645 ter c.c. (norma successiva e speciale), nel prevedere l'opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità (ove trascritta nei registri immobiliari), scardina il disposto dell'art. 1379 c.c. "Divieto di alienazione", il quale sancisce (rectius, sanciva) che "il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti".

- 166)** Per un inquadramento dell'istituto si rinvia a G. GABRIELLI voce "*Patrimonio familiare e Fondo patrimoniale*" in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p.299 ss. ; M.L.CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in F. ANELLI e M. SESTA (cur.), *Regime patrimoniale della famiglia*, vol. III, cit., p. 578 ss.
- 167)** A. DI SAPIO, *Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione ex art.2645 ter*, in *Dir. fam.* 2007, 1257
- 168)** R. LENZI, *Destinazioni tipiche e atipiche*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, cit., p. 35 ss., che cita a conforto S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 217 ss.
- 169)** Ne avevo riferito già in *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter*, in *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, - Sole 24ore, 2007, p. 30 ss.;
- 170)** R. LENZI, *Tecniche di redazione dell'atto di destinazione. Brevi note su atto di destinazione e circolazione giuridica*, dattiloscritto
- 171)** G. PALERMO, *La destinazione di beni allo scopo*, in *La proprietà e il possesso, Tratt. dir. civ.* Lipari - Rescigno, Milano 2009, p. 396
- 172)** Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo, 2007, in *Giur.it.*, 2008, 629
- 173)** Si rinvia a L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in F.ANELLI e M. SESTA (cur.), *Regime patrimoniale della famiglia*, vol. III del *Tratt. Dir. Fam.*, dir. da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, p.690
- 174)** G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., p.326
- 175)** Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 690, *Notariato*, 2008, 268
- 176)** G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, 203; R. LENZI, *Destinazioni tipiche e atipiche*, cit., p. 38.
- 177)** Cass, 8 agosto 2007, n. 17418, dove viene stigmatizzato che: "Né i ricorrenti hanno indicato ai giudici di merito (neppure tardivamente, in questa sede) le peculiari ragioni per cui i loro interessi familiari avrebbero richiesto la costituzione di un fondo patrimoniale, proprio in quella particolare data e con l'impiego di tutti i loro beni".
- 178)** Trib. Pescara, 7 luglio 2008, in www.ilcaso.it: "La mancata deduzione di circostanze che giustificano la costituzione di un fondo patrimoniale ovvero dei bisogni che lo stesso è destinato a soddisfare può costituire la prova presuntiva della simulazione del negozio in realtà stipulato allo scopo di sottrarre i beni alle ragioni dei creditori". Tribunale Napoli, sez. VI, 5 febbraio 2008, Redazione Giuffrè 2008: "Mentre l'azione revocatoria (nel caso di specie esercitata in relazione alla costituzione del fondo patrimoniale da parte del debitore) può essere promossa solo dai creditori pregiudicati nell'esercizio dei propri diritti dall'atto dispositivo, l'azione di simulazione può essere promossa da chiunque abbia interesse alla caducazione del negozio, e non forma oggetto di accertamento l'atteggiamento soggettivo di mala fede di uno dei contraenti, rilevante sotto il diverso profilo della dimostrazione che le parti non intendevano affatto concludere il negozio simulato".
- 179)** Ad A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 20 e ss., si deve l'illuminante classificazione dei comportamenti giuridicamente rilevanti. Il comportamento si articola in comportamenti attuosì e comportamenti inattuosì o significativi. I primi (p. 20), cui è riconducibile lo stesso atto reale, "causano immediatamente e attualmente una trasformazione delle situazioni di interesse giuridicamente rilevanti., .e producono un'immediata e attuale realizzazione o un'immediata e attuale lesione". Per Falzea tra le figure fondamentali di atto reale è la destinazione ad utilità (p. 33) che è pertanto "un'iniziativa umana, il cui valore consiste nella estrinsecazione oggettiva e nella realizzazione effettiva ed immediata di risultati ed opere. Esso trasforma il mondo reale, facendolo passare da una

situazione anteriore ad una situazione posteriore nuova” Inoltre l’A. precisa (p. 29) che l’atto reale, rispetto all’atto programmatico “presenta i caratteri ancora più incisivi dell’autorealizzazione degli interessi. Dà una regola ai propri interessi chi ne programma la realizzazione mediante un atto negoziale, ma lo fa anche chi la realizzazione porta a compimento con l’atto reale. Non si vede perché debba negarsi che l’atto reale costituisca un fenomeno di autonomia privata alla stessa stregua dell’atto negoziale”. “La volontà attuosa porta l’interesse a farsi presente nella forma immediata e diretta della realizzazione, che compendia ed incorpora in se stessa anche il programma decisionale del soggetto”.

- 180)** F. ALCARO, *Gli effetti strumentali della destinazione: l’eventuale effetto traslativo e gli effetti obbligatori in ordine al profilo gestorio*, dattiloscritto
- 181)** Si rinvia alla elaborazione di M. KROGH e A. VALERIANI; *Le vicende estintive e modificative dei vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c. c.*, dattiloscritto
- 182)** Si rinvia a G. TRAPANI, *Il fondo patrimoniale come strumento di soddisfazione dei bisogni della famiglia*, in *Notariato*, 2007, 669 ss..
- 183)** "Pur in presenza di figli minori la disciplina legale sancita dall'art. 169 c.c. - e quindi la preventiva autorizzazione del giudice alla alienazione di beni del fondo - si rende applicabile solo in mancanza di deroga prevista nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale": Trib. Roma, 27 giugno 1979, in *Riv. not.* 1979, 952. Similmente secondo Trib. Min. Perugia, 25 gennaio 2003, in *Dir. fam.*, 2004, 126 "in presenza di autorizzazione all'alienazione di un bene facente parte del fondo patrimoniale, non può configurarsi un potere del giudice di disporre l'obbligo e le modalità di reimpiego del prezzo: tale obbligo, infatti, già previsto nella precedente disciplina del patrimonio familiare, non è stato riproposto dal legislatore della riforma, ad ulteriore testimonianza del carattere innovativo ed originale dell'istituto del fondo patrimoniale". Ancora Trib. Verona, 30 maggio 2000, in *Dir. fam.* 2001, 594, secondo cui " qualora l'atto di costituzione di beni immobili in fondo patrimoniale preveda che, anche in presenza di figli minori, i coniugi possano concordemente, senza autorizzazione giudiziale, alienare tali beni, il tribunale deve dichiarare il non luogo a procedere in ordine alla richiesta d'autorizzazione avanzata da entrambi i coniugi genitori di figli minori". Trib. Milano, 17 gennaio 2006, in *Riv. not.* 2006, 1335: "Anche in presenza di figli minori, l'autorizzazione giudiziale per l'alienazione o la costituzione di vincoli reali su beni immobili compresi nel fondo patrimoniale prevista dall'art. 169 c.c. è richiesta solo nel caso in cui le parti non abbiano espressamente consentito (nell'atto di costituzione) tali atti di disposizione sulla base del mero consenso dei coniugi costituenti".
- 184)** Trib. Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e dir.* 2004, 67, con nota di M. CAPECCHI: "È nulla e priva di effetto la pattuizione contenuta nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale escludente l'autorizzazione giudiziale richiesta dall'art. 169 c.c. per il compimento di atti di alienazione dei beni conferiti in fondo patrimoniale in caso di presenza di figli minori". Trib. Terni, 12 aprile 2005, in *Riv. not.* 2006, 1334, con nota di PETRONE: "La facoltà prevista dall'art. 169 c.c. in capo ai coniugi di derogare alla disciplina degli atti di straordinaria amministrazione riguardanti i beni compresi nel fondo patrimoniale non può essere estesa al punto da escludere la necessità dell'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori, attesa la possibilità di un conflitto tra gli interessi facenti capo a questi ultimi e quelli dei coniugi: è pertanto irrilevante in tal caso il patto di deroga contenuto nell'atto costitutivo del fondo".
- 185)** Circa la struttura redazionale dell'atto si rinvia a S. SIDERI, *Profili sistematici dell'atto notarile di destinazione*, dattiloscritto.
- 186)** Cfr. F. GAZZONI: "La tipicità riguarderebbe il modello, ma non il contenuto, nel senso cioè di tipizzare lo schema, rinviando però all'autonomia privata il compito di riempire lo schema stesso di qualsivoglia regolamento disciplinare" "Del resto, trattandosi di rapporto obbligatorio, la tipizzazione, a prescindere dalla trascrizione, sarebbe stata superflua": "Osservazioni sull'art. 2645 ter" – www.judicium.it
- 187)** Cfr. anche M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'Atto notarile di destinazione*, Giuffrè, 2006, pag. 38 e ss.
- 188)** Cfr. anche A. FUSARO, "Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c.", in "Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata", I

quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 37.

- 189)** Cfr. G. BARALIS: "L'atto di destinazione ... deve comunque individuare dei beneficiari": *"Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c."*, pag 146, e cfr. anche A. FUSARO: "Il negozio deve ... individuare i beneficiari del vincolo": *"Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c."*, pag. 35, entrambi in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007. Cfr. anche G. PETRELLI: "... esige testualmente la presenza di almeno un beneficiario", in *"La trascrizione degli atti di destinazione"*, § 7, pag. 14.
- 190)** Cfr. anche A. FUSARO, *"Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag. 37.
- 191)** Cfr. A. FUSARO: "... beneficiari del vincolo, che possono essere determinati o determinabili": *"Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag. 35, e cfr. anche G. Petrelli: "... beneficiari non attualmente determinati, ma determinabili ...", in *"La trascrizione degli atti di destinazione"*, § 7, pag. 14.
- 192)** Cfr. anche M BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'Atto notarile di destinazione*, Giuffrè, 2006, pag. 35 e ss.
- 193)** Cfr. anche G. PETRELLI, *Atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. – Indice delle questioni e tecniche negoziali* – traccia della relazione al Convegno di Torino del 18 novembre 2006 su *"I vincoli di destinazione"*, organizzato dal Consiglio notarile dei distretti riuniti di Torino e Pinerolo e dalla Scuola di notariato Franco Lobetti Bodoni di Torino, pag. 2.
- 194)** Sull'effettività della destinazione, cfr. M. MALTONI, *"Il problema dell'effettività della destinazione"* in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 85 e ss.
- 195)** Cfr. G. BARALIS: "... l'atto di destinazione possa avere natura gratuita od onerosa o meglio possa collegarsi ad una fattispecie onerosa o gratuita": *"Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag. 146.
- 196)** Come osserva G. ROJAS ELGUETA, *"Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina"*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 74, *"... l'art. 2645 ter c.c. pone evidenti problemi di moral hazard nel senso che il potenziale debitore sarà incentivato ad intraprendere attività più rischiose godendo di una forma gratuita di assicurazione"*.
- 197)** Sulla meritevolezza dell'interesse, cfr. G. BARALIS, *"Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 131 e ss.
- 198)** Cass. n 30055/08, 30056/08 e 30057/08 del 2 dicembre 2008, depositate il 23 dicembre 2008
- 199)** Sono interessanti sul punto anche gli spunti che possono trarsi dal saggio di F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, Il Mulino, 2010, pag. 50 e ss, sul tema dell'abuso della personalità giuridica e sull'inapplicabilità di normative privilegiate in tutti i casi in cui gli scopi perseguiti non giustifichino l'utilizzo delle norme speciali che regolano lo strumento giuridico creato dal Legislatore.
- 200)** Sull'abuso della destinazione e surrogazione cfr.: A. FUSARO, *"Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del

Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 36 e ss.; M BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'Atto notarile di destinazione*, Giuffrè, 2006, pag. 39 e ss, in cui si fa notare che il rimedio della surrogazione, esistente per figure che possono essere accostate al vincolo di destinazione, se pur consentirebbe di risolvere una serie di problemi applicativi concreti, risulta svalutato dal carattere reale del vincolo di destinazione e dall'attribuzione di una posizione soggettiva attiva al soggetto beneficiario al fine di realizzare la destinazione.

- 201)** G. BARALIS: *"Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 146
- 202)** Vedi F. GAZZONI: *"La struttura unilaterale non è ipotizzabile"*: *"Osservazioni sull'art. 2645 ter"* – www.judicium.it
- 203)** Cfr. anche A. FUSARO, *"Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 ter c.c."*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 35.
- 204)** ¹ In tema di fondo patrimoniale l'art. 167, comma 2° espressamente prevede che la costituzione del fondo patrimoniale effettuata dal terzo si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. Sulla natura sempre unilaterale e non recettizia dell'atto di destinazione: P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007, pag 125
- 205)** Accennano alla possibilità di impieghi fraudolenti del vincolo C. FRATTA PASINI, *"Il nuovo articolo 2645-ter del codice civile"*, pag 63, e M. MALTONI, *"Il problema dell'effettività della destinazione"*, pag. 80, entrambi su *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"* I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007.
- 206)** Cfr. C. FRATTA PASINI, *"Il nuovo articolo 2645-ter del codice civile"*, pag 65, e M. MALTONI, *"Il problema dell'effettività della destinazione"*, pag. 80 e segg., entrambi in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007.
- 207)** Sulla natura costitutiva della pubblicità nei Registri Immobiliari del vincolo di destinazione cfr. P. SPADA, *"Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta"*, pag 124 e ss.; sull'argomento se la trascrizione del vincolo abbia natura costitutiva o dichiarativa cfr. G. BARALIS, *"Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c."*, pag. 147 e segg.; entrambi in *"Negozii di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"*, su I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Atti del Convegno in Catania 11 novembre 2006, Il Sole 24 Ore, 2007.
- 208)** Cfr. anche M BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'Atto notarile di destinazione*, Giuffrè, 2006, pag. 49 e ss e M. D'ERRICO, *Le modalità di trascrizione ed i possibili conflitti che possono porsi tra i beneficiari creditori ed aventi causa del conferente: I procedimenti pubblicitari: le modalità trascrittive* – Atti del Convegno della Fondazione Italiana per il Notariato *"Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata"* – Il Sole 24 Ore
- (*) Testo della relazione tenuta al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005, in via di pubblicazione con la casa editrice Giappichelli. Il saggio è altresì destinato alla pubblicazione sulla *Rivista di diritto civile*.
- (**) Nella fase di elaborazione del testo della relazione è stato approvato in via definitiva l'art. 2645-ter del codice civile. La norma è stata introdotta nella Legge 23 febbraio, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative. (GU n. 49 del 28-2-2006- Suppl. Ordinario n.47)*. Qui di

seguito si riporta il testo dell'art. 2645-ter, nella versione della sua definitiva approvazione: "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2195, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo". (Per una visione delle versioni precedenti dell'articolo, si rinvia alla nota 4 del testo).

Al tema della nuova disciplina introdotta con l'art. 2645-ter è stata dedicata la Tavola Rotonda: "La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile", tenutasi il giorno 17 marzo 2006 presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", i cui atti sono in corso di pubblicazione con la casa editrice Giuffrè. V. anche M. BIANCA – M. D'ERRICO – A. DE DONATO – C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006; sul tema *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Atti del Convegno, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, Roma, 2006; M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.* 2006, 1175 e ss.

209) Sulla nozione di vincolo reale di destinazione e sulla distinzione rispetto al vincolo obbligatorio, sia consentito un rinvio a M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 207 e ss. V. oltre nel testo.

210) La prima formulazione giuridica unitaria della categoria dei patrimoni di destinazione si deve ad Alois Brinz: *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen u. Leipzig, 1884, Band III, Erlangen u. Leipzig, 1889. La paternità del Brinz per l'elaborazione della categoria degli *Zweckvermögen* è universalmente riconosciuta: E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe Weimar 1886, Aalen, 1979, par. 42, 142: "Brinz ist zu sagen der Vater des Zweckvermögens"; H. J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person. I. Juristische Person und Staatsperson*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1933, Aalen, 1968, 180, che definisce Brinz lo scopritore della teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo.

211) In Bonelli questo procedimento di patrimonializzazione si realizza con un metodo che delimita la figura della persona giuridica al campo del diritto privato, escludendo i soggetti di diritto pubblico. I rapporti di diritto privato non hanno come referenti i soggetti ma il patrimonio, sono in definitiva rapporti tra patrimoni, e il patrimonio viene elevato a substrato della personalità giuridica (v. G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.* 1910, 614 e 648: "... non bisogna vergognarsi di dire che il diritto e l'obbligazione, insomma il rapporto giuridico privatistico ha per soggetto in ogni caso il *patrimonio*, e riconoscere meno ridicola di quello che possa sembrare la frase con cui si fanno *due personalità distinte dell'uomo e del portafoglio*").

Il pensiero di Bonelli trova un acuto oppositore in Ferrara (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, 173 e ss. e già in *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 785 e ss. e *ivi*, 1911, 638 e ss., che si pone in antitesi alla tesi bonelliana apparsa nel saggio pubblicato nella stessa rivista l'anno precedente, G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, I Parte, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 e ss., e II Parte *ivi*, 1910, 593 e ss.) e la dialettica tra i due autori diventa il modello esemplificativo dell'opposizione tra una visuale patrimonialistica ed una visuale positivista del sistema con riguardo al tema della personalità giuridica.

L'opposizione di Ferrara risulta tuttavia chiusa negli angusti limiti della polemica (così P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 110), in quanto qualifica la teoria di Bonelli quale *cristallizzazione* della teoria dei patrimoni senza soggetto (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., 173, il quale considera il Bonelli un sostenitore della teoria di Brinz; ID., *La teoria della persona giuridica*, cit., 680: "La concezione del Bonelli, è angusta, rivoluzionaria, retrograda: è una cristallizzazione della teoria di Brinz e Demelius spinta al paradosso e sbocciata per anacronismo nel 1910"; in questo senso, v. anche F. MESSINEO, *La natura*

giuridica della comunione legale dei beni, Roma, 1919, 111, il quale considera la teoria bonelliana quale uno sviluppo delle idee contenute nella teorica di Brinz).

In realtà la teoria dei patrimoni personificati si differenzia sostanzialmente dal sistema a doppio binario prospettato originariamente dal Brinz nella misura in cui propone un sistema monistico di stampo patrimonialista dove tutti i rapporti hanno come referente il patrimonio.

- 212)** L'art. 2645-ter, prima della sua definitiva approvazione nella disciplina sulla proroga dei termini, in una prima fase era stato inserito all'art. 1, comma 8 del Disegno di legge relativo al Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, approvato dal Consiglio dei ministri venerdì 11 marzo 2005: "(Trascrizione di atti di destinazione). Gli atti risultanti da atto pubblico con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, del codice civile, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2195, primo comma del Codice civile, solo per debiti contratti per tale scopo". Tale norma era stata successivamente spostata all'art. 34 del medesimo disegno di legge approvato dalla Camera il 5 luglio 2005 e trasmesso al Senato con una piccola modifica (evidenziata nel testo qui di seguito in grassetto): "(Trascrizione di atti di destinazione). Gli atti risultanti da atto pubblico ovvero da contratto di intestazione a una società fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, del codice civile, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2195, primo comma del Codice civile, solo per debiti contratti per tale scopo".
- 213)** Sulla considerazione del negozio di destinazione quale essenza del trust, v. M. D'ERRICO, *Trust e destinazione, Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma - Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2003, 213 e ss.
- 214)** V. il § 4 del testo sulla centralità della destinazione.
- 215)** V. il § 5 del testo sul rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione del patrimonio.
- 216)** V. al riguardo le sempre interessanti riflessioni di A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma - Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003*, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, cit., 25 e ss., il quale ci ricorda che la destinazione, intesa in una accezione generica, caratterizza tutte le categorie dogmatiche della fenomenologia giuridica: dal soggetto, all'oggetto, all'atto, al fatto.
- 217)** V. in particolare per il mutuo di scopo A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo. Leasing, factoring*, Torino, 2002; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1993. In generale sulla rilevanza della destinazione in ambito contrattuale, v. A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005.
- 218)** V. per tutti P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 315 e ss., sulla configurazione del conferimento quale "destinazione all'attività".
- 219)** V. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 27 e ss.
- 220)** V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed., Napoli, 1986, 86.

- 221)** Cfr. A. BRINZ, *op. ult. cit.*, § 61, 230: "*Sprachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sonder auch für etwas gehören... da keine Person zu nennen ißt, der sie gehört haben, muß etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für einen Zweck gehört... folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen*".
- 222)** Nel contesto europeo, la teoria più nota sulla destinazione del patrimonio è quella già più volte citata nel testo della dottrina tedesca e il cui padre fondatore è Alois Brinz, il quale nella sua prima elaborazione, concepisce i patrimoni destinati ad uno scopo quali patrimoni senza titolare. Tuttavia, è molto interessante rilevare come tali riflessioni sulla astrazione della destinazione dalle regole della appartenenza e della titolarità trovassero accoglimento anche in contesti culturali diversi e con riferimento ad istituti specifici. Proprio con riferimento all'analisi dell'istituto del *trust*, un grande peso culturale in questo senso è stato dato da P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, 31, il quale, ponendosi in posizione critica rispetto alla teoria dello sdoppiamento del titolo, definisce il *trust* quale patrimonio indipendente da qualsiasi soggetto e la cui unificazione è data dalla destinazione: "*Le trust est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public*".
- Nella dottrina italiana riflessioni significative in ordine alla necessità di studiare alcuni fenomeni prescindendo dalla dialettica soggetto-oggetto di diritti, quale relazione insufficiente a descrivere la peculiarità di singole figure del diritto civile, si devono a Francesco SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 403 e ss. e in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 945 e ss.
- 223)** Il primo a formulare uno sganciamento dei diritti rispetto al titolare è B. WINDSCHEID, *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, § 531, 10 e ss. e nella traduzione ad opera di C. FADDA e P. E. BENSA, Vol. III, Torino, 1930, § 531, 109. Della stessa opera v. vol. I, Torino, 1930, § 49, 145: "... ma è un fatto, che si trovano diritti, i quali non sono collegati ad un uomo, come a loro soggetto. L'applicazione precipua di questo rapporto è, che esistono diritti i quali hanno la destinazione di servire ad un certo scopo, p. es. allo scopo dello Stato, allo scopo di curare e guarire ammalati, ecc."; K. COSACK - H. MITTEIS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Band I, *Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht*, 8° ed., Jena, 1927, § 21, 50
- Nel diritto romano già si conoscevano ipotesi di complessi patrimoniali privi provvisoriamente di un titolare che tuttavia non venivano costruiti concettualmente, data la mancanza di astrazione, v. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I Band, Halle, 1873, 254 e ss., il quale considera le ipotesi dell'*Hereditas iacens* e del *Postliminium*.
- Il legame profondo tra la teoria dei patrimoni senza titolare e la teoria dei diritti soggettivi senza soggetto è evidenziata proprio dai fautori di quest'ultima. Sulla considerazione della *Zweckvermögenstheorie* quale evoluzione della teoria dei diritti senza soggetto, v. H. J. WOLFF, *Organshaft und juristische Person*, I. *Juristische Person und Staatsperson*, cit., 53 e 181, il quale al proposito rileva come uno degli errori dei sostenitori della teoria dei patrimoni di destinazione sia stato proprio l'affermare l'esistenza di patrimoni e di diritti senza soggetto, quando era sufficiente proporre un'astrazione dal soggetto, puntando l'attenzione sul principio della responsabilità; R. SALEILLES, *De la personnalité juridiques. Histoires et théories*, 2° ed., Paris, 1922, 477; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 155, il quale rileva come il Brinz, pur sviluppando una sua tesi autonoma, sia stato ispirato dalle idee del Windscheid; G. HOHNER, *Subjektlose Rechte. Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession*, Bielefeld, 1969, 57, il quale considera il Brinz quale sostenitore della teoria dei diritti soggettivi senza soggetto; F. FERRARA, *op. ult. cit.*, 153; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976, 333, il quale ritiene la teoria dei patrimoni di destinazione quale la forma più attenuata della teoria dei diritti senza soggetto.
- 224)** Nel contesto culturale europeo i due rappresentanti più significativi della teoria personificatrice del patrimonio sono, pur nella diversità delle elaborazioni, in Germania K. HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903, Aalen, 1968, §

44, 295 e ss.; ID., *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, Teil I, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912, Aalen, 1968, § 69, 152 e ss; ID., *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum prozessrecht*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1924, Aalen, 1967) e in Italia G. BONELLI (*La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. VI, fasc. II, e vol. VII, fasc. I e II, 1889,1 e ss.; ID., *La teoria della persona giuridica*, cit., 593 e ss). Nella dottrina italiana più recente, per la ricostruzione dei patrimoni destinati ad uno scopo nell'ambito della nozione di soggettività giuridica, si rinvia all'opera di M. CONDORELLI, *Destinazione dei patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano, 1964, 66 e ss.

225) Per queste riflessioni e per un quadro evolutivo della nozione di patrimonio separato, sia consentito un rinvio al nostro *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., spec. cap. II.

226) La prima formulazione della teoria personalistica del patrimonio si trova nell'opera di G. AUBRY e G. RAU, *Cours de droit civil français*, 1° ed., Strasbourg, 1839, 2° ed., Strasbourg, 1850 e la terza edizione ispirata espressamente all'opera tedesca di Zachariae, che infatti viene intitolata, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae*, Paris, 1857-8, che vede due successive edizioni, la 4° ed. nel 1873 e la 5° ed. nel 1917, cui d'ora in poi si farà riferimento, dove al tomo IX, § 573, 333: "*L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité*"; 336: "*Le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité même*". (L'opera di Aubry e Rau ha avuto varie traduzioni in italiano: v. al riguardo, *Corso di diritto civile francese sull'opera alemanna di C.S. Zachariae* per Aubry e Rau. Versione italiana con annotazioni per C. MUZI, 3° ed., Tomo III, Napoli, 1858, § 573 e ss., 5 e ss; *Corso di diritto civile francese per C. S. Zachariae*, riveduto ed annotato col consenso dell'Autore da Aubry e Rau, Novella edizione e traduzione italiana per F. FULVIO, Tomo I, Napoli, 1868, P. II, § 573 e ss., 261 e ss.).

Il pensiero di Aubry e Rau viene adottato da larga parte della dottrina classica italiana, v. ad es. F. S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol IX, Pt. I, Torino, 1895, § 2, 7: "Il patrimonio costituisce una *universalità giuridica*, emanante dalla personalità stessa di colui al quale i beni appartengono". L'A., tuttavia, pur aderendo alla concezione generale del patrimonio quale emanazione della personalità, dissente dagli autori francesi sul punto della ricomprensione nella massa patrimoniale dei beni futuri, considerando negativamente l'astrattezza di tale asserzione; C. VIVANTE, Nota a Corte d'Appello di Bologna, 8 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, 940, il quale, dissentendo in ordine alla autonomia dell'azienda, sottolineava che questa affermazione dovesse considerarsi "anti-giuridica, perché una persona non ha che un solo patrimonio, qualunque sia lo scopo cui destina i beni che lo compongono".

227) Nell'arco dell'ultimo ventennio si è assistito ad un fenomeno di proliferazione di nuove figure normative di patrimoni separati (i fondi destinati all'investimento e disciplinati nel T.U.F. (art. 24), i fondi pensione (D.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, *Disciplina delle forme pensionistiche complementari* . Tale decreto ha assorbito la disciplina contenuta nel d.lgs.n. 124/1993) , i titoli derivanti da operazioni di cartolarizzazione del credito (L. n. 130/1999), i patrimoni destinati ad uno specifico affare della riforma societaria(Artt. 2447-bis e ss. cc.). Tale fenomeno non si è ancora arrestato. Da ultimo si segnala una nuova ipotesi di patrimonio separato di fonte normativa introdotta nel nuovo codice delle assicurazioni private: d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 117. Si segnala inoltre la recente introduzione dell'art. 2645-ter nel corpo del codice civile che, peraltro, come si è già accennato, si presenta come una figura generale.

228) L'astrazione della destinazione dalle regole della proprietà è enfatizzata oggi nella codificazione canadese, dove accogliendo la nota teoria di Lepaulle (v. nota 33 del testo) il patrimonio di destinazione è un patrimonio adespota, sul quale nessuno vanta alcuna titolarità, né il costituente, né il fiduciario, né il soggetto beneficiario: v. art. 1261. Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel. Uguale impostazione si rinviene nel progetto di legge catalano sulla fiducia (v. oltre la nota 31 del testo).

229) Per una descrizione più dettagliata di questa tendenza evolutiva, sia consentito un rinvio a M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, Relazione al Congresso internazionale: "*El código civil de 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 8-12 de noviembre de 2004, i cui atti sono in corso di

- pubblicazione, i cui atti stanno per essere pubblicati con traduzione in spagnolo nella rivista *Derecho y Sociedad*.
- 230)** Sull'equivalenza funzionale dei due strumenti, si rinvia alle riflessioni di P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi per un recente dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837 e ss.
- 231)** Sul rapporto tra l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e i gruppi di società, v. G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio. Due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.* 2003, 639 e ss.
- 232)** V. al riguardo l'art. 1257: " Les biens de la fondation constituent soit un patrimoine autonome et distinct de celui du disposant et de toute autre personne, soit le patrimoine d'une personne morale.
Dans le premier cas, la fondation est régie par les dispositions du présent titre relatives à la fiducie d'utilité sociale, sous réserve des dispositions de la loi; dans le second cas, elle est régie par les lois applicables aux personnes morales de son espèce."
- 233)** Sulle varie articolazioni soggettive della proprietà, si rinvia a M. BIANCA, *La proprietà soggettivamente complessa*, estratto autonomo da *Tratt. di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. VII *Beni, proprietà e diritti reali*, Torino, 2001. Per una serrata critica alla formula dello sdoppiamento della proprietà, si rinvia al nostro *La fiducia attributiva*, Torino, 2001.
- 234)** Penso alle bellissime pagine di Paolo Grossi sulla nozione di proprietà collettiva: P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977; *Id.*, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali, Quaderni fiorentini*, Milano, 1992, 339 e ss. e 695 e ss. L'A. pone in evidenza come il processo di 'liquidazione' delle forme di residue di proprietà collettiva sia da imputarsi in particolare alla deviazione della proprietà collettiva rispetto al modello ottocentesco della proprietà, espressione dell'assolutismo e dell'exasperato individualismo. L'A. rileva poi che nella proprietà collettiva, diversamente dalla proprietà individuale, il contenuto del diritto non dipende dal soggetto ma dal contenuto economico della cosa. Ciò riesce a spiegare perché erano ipotizzabili diversi poteri di godimento sul bene in ragione delle diverse utilità dello stesso: "...La proprietà si configurava pertanto non come una sintesi di poteri, ma piuttosto come un complesso di poteri, proprio perché il potere non discendeva dall'unicità del soggetto ma dalla complessità della cosa, e tanti erano i poteri ipotizzabili quante le dimensioni autonome della cosa socialmente e giuridicamente rilevanti; dimensioni molteplici, ma tutte assomantisi nella *substantia* e nella *utilitas*, cui si correlavano il potere di disposizione e il potere di godimento (*Id.*, *Il dominio e le cose*, cit., spec. 449).
In generale sulle radici storiche del principio del numero chiuso dei diritti reali, v. M. COMPORATI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1971, 289 e ss.; *Id.*, *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 298 e ss.; *Id.*, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002, a cura di Massimo Paradiso, Milano, 2005, 201 e ss.
- 235)** Al riguardo rimangono scolpiti nella cultura civilistica italiana gli insegnamenti di Michele Giorgianni, il Maestro che qui ricordiamo con nostalgia e affetto. Il Maestro già in tempi lontani ci aveva insegnato la neutralità dei rimedi rispetto alla situazione soggettiva tutelata, anticipando e consentendo aperture del sistema: M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela "reale"*, saggio apparso sulla rivista *trimestrale di diritto e procedura civile* del 1975, 853 e ss. e ora in *Scritti minori*, Napoli, 1988, 829.
- 236)** In Particolare sulla rilevanza delle destinazioni familiari, v. F. TASSINARI, *Patrimoni privati ed destinazioni a tutela della famiglia*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma - Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003, cit., 53 e ss., il quale rileva le ragioni dell'uso distorto del findo patrimoniale.
- 237)** Riguardo all'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare della riforma societaria, deve segnalarsi la recente riforma delle procedure concorsuali (d.lgs. 9 gennaio 2006, *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005*, pubblicato in *G.U.* n. 12 del 16/01/2006), la quale è intervenuta sia in

relazione ai patrimoni destinati endosocietari del modello a) sia in relazione alla destinazione c.d. finanziaria del modello b). Con riguardo al primo modello, la riforma (art. 53) ha introdotto un nuovo articolo, l'art. 67-bis. Che così recita: " Gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a) del codice civile, sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società. Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società.". Con riguardo al modello finanziario, la riforma (art. 59) ha introdotto l'art. 72-ter: " Il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'articolo 2447-bis, primo comma, lettera b) del codice civile quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione.

In caso contrario, il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società assumendone gli oneri relativi.

Ove il curatore non subentri nel contratto, il finanziatore può chiedere al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, di realizzare o di continuare l'operazione, in proprio o affidandola a terzi; in tale ipotesi il finanziatore può trattenere i proventi dell'affare e può insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per l'eventuale credito residuo.

Nelle ipotesi previste nel secondo e terzo comma, resta ferma la disciplina prevista dall'articolo 2447-decies, terzo, quarto e quinto comma, del codice civile.

Qualora, nel caso di cui al primo comma, non si verifichi alcuna delle ipotesi previste nel secondo e nel terzo comma, si applica l'articolo 2447-decies, sesto comma, del codice civile".

- 238)** Sui patrimoni destinati ad uno specifico affare, v. l'attenta analisi di S. TONDO, *Patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *St. e Mat. CNN*, 2004, 1 e ss. Profili di problematicità della riforma proprio in relazione all'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare sono stati evidenziati da Giorgio OPPO. Il Maestro sottolinea infatti il nodo problematico del superamento del principio di responsabilità patrimoniale senza l'apprestamento di adeguate regole gestorie che possano dare un minimo di garanzia: G. OPPO, *Spunti problematici sulla riforma della società per azioni*, in *Vario Diritto. Scritti giuridici*, Vol. VII, Padova, 2005, 276 e ss.; ID., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, *ivi*, 283; ID., *Sull'impatto sistematico della riforma del diritto societario*, *ivi*, 305.
- 239)** Sulla riconduzione del *trust* al fenomeno della destinazione dei beni allo scopo, v. per tutti G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 571 e ss.; ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 e ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.* 2001, 391 e ss.; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 243 e ss.
- 240)** Si rinvia alla nota 20 del testo. Cfr. J. BEAULNE, *La fiducie en le droit civil québécois*, in E. ARROYO Y AMAYUELAS, *El Quebec. Un model de dret comparat per a Catalunya*, Barcelona, 2001, 87 e ss.
- 241)** V. art. 514-1: "El patrimoni fiduciari és un acte d'afectació de béns i drets a una finalitat, que pot consistir en el benefici de persones determinades o determinables". Cfr. E. ARROYO Y AMAYUELAS, *Dos principis bàsics para la incorporació del trust en Espana: el patrimoni de destino y la limitació de la responsabilidad*, in M. GARRIDO - J.M.FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, 2005, 603 e ss.; ID., *El Quebec. Un model de dret comparat per a Catalunya*, cit.; ID., *Le code civil catalan: choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois*, in *Le Cahiers de Droit*, vol. 46, n. 1-2- 2005, 290 e ss., la quale, nel rilevare in tema di fiducia le analogie tra il progetto del codice catalano e l'impianto sistematico del codice canadese, sottolinea come nel progetto catalano la destinazione sia presa in considerazione indipendentemente dal correlato fenomeno attributivo. Dettagli e riferimenti più precisi al progetto catalano si rinvengono in E. ARROYO Y AMAYUELAS, *Por qué el trust en Catalunya?*, in via di pubblicazione in S. NASARRE - M. GARRIDO (a cura di), *III Congrès de Dret civil català. Els patrimonis fiduciaris i el trust*, Barcelona-Madrid, 2006 (che ho potuto consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'A.).
- 242)** Cfr. J. BEAULNE, *La fiducie en le droit civil québécois*, cit., 106.
- 243)** Cfr. N. VOSIKIS, *Le trust dans le code civil éthiopien. Etude de droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Ginevra, 1975, 251.

- 244)** Si tratta del secondo progetto di legge sulla fiducia presentato nel corso del 2005. Tale progetto prevede l'inserimento nel corpo del codice civile, libro III, dopo la disciplina dei modi di acquisto della proprietà, di una parte dedicata al contratto fiduciario. La Francia aveva già tentato di introdurre una disciplina della fiducia con un precedente progetto di legge presentato nel 1992 che tuttavia non vide mai la luce (v. l'avanprogetto della legge relativa alla fiducia approvato dal Consiglio dei Ministri nel 1992; in dottrina v. M. GRIMALDI, *La fiducia: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, in *Rép. Defrenois*, 1991, I, 961 e ss.; J. DE GUILLENCHMIDT, *La France sans la fiducia?*, in *Rev. jur. com.*, 1991, 49 e ss.; A. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di Sacco*, I, Milano, 1994, 495 e ss.; A. MUNARI, *Trust e "fiducia": un importante progetto di legge francese*, in *Giur. comm.*, 1993, 129 e ss.).
- 245)** V. la massima di Cass., sez. I, 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9: "La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo stesso, affinché con i loro frutti sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della proprietà dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli in tema di disponibilità. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dalla curatela fallimentare nei confronti dei coniugi, dichiarati falliti, per sentire dichiarare l'inefficacia ex art. 64 l. Fall. dell'atto con cui essi avevano costituito alcuni beni di loro proprietà in fondo patrimoniale".
- 246)** Nello schema strutturale del *trust*, il modello tradizionale comporta un rapporto trilaterale con un disponente un *trustee* e un soggetto beneficiario. Di regola la deviazione rispetto a questo modello consente che disponente e beneficiario siano la stessa persona (ma v. al riguardo T. Napoli, 1° ottobre 2003, in *Diritto & Giustizia*, 2003, nella quale si afferma il principio secondo il quale disponente e trustee non possono essere la stessa persona. Nella decisione si afferma la non trascrivibilità del trust per violazione dell'art. 2740 cc.) Si evidenzia invece la necessità di distinguere la persona del *trustee* rispetto a quella del soggetto beneficiario, cfr. al riguardo la recente L. 17 marzo 2005, n. 37, *L'istituto del trust* della Repubblica di S. Marino. V. in particolare l'art. 2, commi 2 e 3: "Non è incompatibile con l'esistenza di un trust la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio del trustee, oppure si riservi alcune prerogative. Il disponente e il trustee possono essere beneficiari del trust, ma il trustee non può essere l'unico beneficiario del trust"; anche la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento, non sembra consentire al trustee di rivestire in via esclusiva il ruolo di beneficiario. V. art. 2: "Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del trust".
- 247)** V. al riguardo F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, Relazione al Convegno Cesifin "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione".
- 248)** Questa soluzione, sia pure con diverse argomentazioni appare univoca: v. al riguardo S. Tondo, *I patrimoni separati tra tradizione e innovazione*, Relazione al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005, il quale al riguardo chiama in causa l'inderogabilità del principio di responsabilità patrimoniale illimitata e il principio di tipicità delle limitazioni della stessa; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, in via di pubblicazione con la casa editrice Giappichelli (testo che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A.), cap. I, § 1, il quale proprio in ragione dello specifico interesse dell'impresa all'assunzione dei rischi connessi all'affare giustifica e legittima la deroga al 1° comma dell'art. 2740 c.c.; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 368, il quale concorda sulla tassatività dei patrimoni separati, anche se ritiene che tale tassatività vada intesa in termini di opponibilità ai creditori dell'atto dispositivo; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 545; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2001, 102 e ss., la quale, pur rilevando la vantaggiosità economica della specializzazione della responsabilità patrimoniale, alla fine assegna al solo legislatore il compito di comporre il conflitto di interessi; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, 333, il quale rileva il contenuto costituzionale della norma sulla tutela del credito; L. NONNE, *Note in*

tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1329, il quale ritiene l'art. 2740, 1° comma, insuscettibile di interpretazione analogica; F. GALLUZZO, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2005, II, 88 e ss.; F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Tratt. di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. IX, t. III, Torino, 2005, 36, il quale sottolinea che le numerose ipotesi dei patrimoni separati di fonte normativa non hanno tuttavia scalfito l'operatività del principio di responsabilità patrimoniale, non potendo al riguardo parlarsi di decodificazione interna.

249) V. T. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241, sulla quale v. P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002, 570 e ss.; v. altra giurisprudenza

250) Il principale sostenitore di questa tesi in Italia è G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, cit., 571 e ss.; ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 e ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., 391 e ss.; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 243 e ss. La tesi della negoziabilità della destinazione è altresì sostenuta da U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; ID., *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 261 e ss. ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e gioiosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, 115 e ss.

251) La svalutazione del profilo della separazione patrimoniale si coglie soprattutto nell'opera di U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 265 e ss. ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e gioiosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di P. Schlesinger*, cit., 134-135: "...La norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c., va letta nel senso di vietare, e, quindi, ritenere nulli, tutti quegli atti negoziali che, quale loro unica giustificazione causale, abbiano la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Dall'ambito operativo del divieto, pertanto, devono restare esclusi tutti gli altri atti giuridici rispetto ai quali la separazione patrimoniale si ponga soltanto come *conseguenza effettuale ulteriore e non esauriente la causa dell'atto*...". Nell'opera di G. PALERMO, il problema della separazione patrimoniale non è svalutato ma inconferente rispetto ad una impostazione concettuale che, in ragione della considerazione dell'atto negoziale di destinazione quale procedimento che è destinato a concludersi con il soddisfacimento dello scopo, attribuisce al gestore una proprietà che è *provvisoria e strumentale*: ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 153: "Con riguardo alla situazione, nella quale viene a trovarsi *medio tempore* il gestore, neppure si vede su quali basi un giudizio di nullità possa fondarsi, una volta escluso che tale soggetto abbia sul bene, costituente punto di incidenza della formale investiture in suo favore, un potere di carattere dominicale, tale da indurre contrasto con il principio di infrazionabilità del patrimonio"; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 252: "...Di limitazione della responsabilità patrimoniale può correttamente parlarsi solo con riguardo a beni, che del patrimonio del debitore fanno parte, non già con riguardo a beni, dei quali il soggetto debitore abbia una disponibilità solo a fini strumentali. Su tali beni i creditori non hanno, in linea di principio, alcun diritto di soddisfarsi". Contrario alla considerazione della separazione quale effetto secondario dell'atto negoziale di destinazione R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 24 e ss.

252) Questa è la tesi sostenuta da Luigi SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 369: "...La lettura sistematica del principio di tassatività dell'art. 2740, comma II, c.c. - in combinazione cioè con regole cardine della responsabilità patrimoniale, espresse negli artt. 2914, 2915, 1707 cc. - induce a pensare che il principio stesso sia *complementare piuttosto che antitetico, all'autonomia privata*. Non che i privati siano liberi di limitare la responsabilità: ma a certe condizioni (ovviamente di legge) l'autoregolamento di privati interessi può rendersi opponibile ai terzi creditori, l'art. 2914 c.c., essendo la norma cardine della opponibilità della

disposizione traslativa e non; gli artt. 2915 e 1707 c.c. costituendo invece la norma cardine della opponibilità della funzione". L'A. pone in rilievo la distanza tra la sua tesi, che egli stesso definisce fondata su un "forte formalismo estrinseco" (v. *op. ult. cit.*, 371) e la tesi causalista sostenuta da U. la Porta. Parla di uno statuto dell'"attività nell'interesse altrui" quale fondamento dell'opponibilità F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, cit.

- 253)** V. A. FALZEA. *op. ult. cit.*, 31, il quale ritiene che la violazione dell'art. 2740 c.c. determina la nullità per illiceità degli atti che comportano una limitazione della responsabilità patrimoniale; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 394: "...Il valore di ordine pubblico dell'art. 2740 c.c. sembra concretarsi in ciò, che all'interprete non è assolutamente consentito inventarsi un regime di opponibilità ai creditori di un atto dispositivo in assenza totale di riferimenti nel diritto scritto (italiano)".
- 254)** V. A. DI MAJO, *Patrimonio e responsabilità*, edizione provvisoria, pubblicata con la casa editrice Giappichelli, che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A..
- 255)** V. A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, cit., 31-2: "...Occorre tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente incidono sulla responsabilità...Solo alla prima ipotesi si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto l'azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni...Dalla precedente serie argomentativa discende che la conclusione dell'atto di destinazione allo scopo, malgrado debba comportare necessariamente, perché si attui un'ipotesi negoziale vicina al trust, la separazione dei beni oggetto della destinazione dal restante patrimonio del destinante, non incidendo direttamente sulla responsabilità del soggetto dell'operazione non si pone in contrasto con l'art. 2740 cc., limitandosi ad esporre l'atto all'azione revocatoria".
- 256)** V. al riguardo le belle riflessioni di A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, cit., 235 e ss.
- 257)** V. T. Velletri, 29 giugno 2005. L'ordinanza assume un rilievo interessante nella recente giurisprudenza relativa alla questione dell'ammissibilità dei trusts interni. Infatti, in questa decisione la validità del trust interno non viene fondata sul carattere sostanziale della Convenzione dell'Aja, (anzi in questa decisione viene rivendicata la natura internazionalprivatistica della Convenzione) ma sulla tesi di Falzea sulla separazione quale ipotesi di limitazione del patrimonio e non della responsabilità.
- 258)** Tale distinzione consente inoltre di non ritenere sufficiente il rimedio dell'azione revocatoria in Paesi, come il Perù, i quali non hanno espressamente codificato un principio generale di responsabilità patrimoniale, v. M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, Relazione al Congresso internazionale: "El código civil de 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 8-12 de noviembre de 2004, cit.
- 259)** V. A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts & attività fiduciarie*, 2000, 155 e ss.
- 260)** V. H. HANSMANN - R. KRAAKMAN, *The essential Role of Organization Law*, in *Yale L. J.*, 387 (2000). Particolarmente significativa per gli autori americani per il profilo dell'efficienza è la c.d. "affirmative asset partitioning", la quale consente una selezione tra i vari creditori ed è uno specifico prodotto della Organization Law. In generale sul collegamento tra il fenomeno della specializzazione della responsabilità e l'Agency Law, v. R. THOMPSON, *Agency Law and Asset Partitioning*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2003, 11 e ss. Nella dottrina italiana queste riflessioni hanno condotto ad ipotizzare che la separazione patrimoniale, più che porsi come limite alla proprietà, possa essere un modo di esercizio della stessa: P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 70 e ss. Sembra tuttavia che, se si vuole accogliere questa suggestione, essa debba essere più correttamente utilizzata per la destinazione. E' infatti l'atto di destinazione che può determinare un modo di esercizio della proprietà, non già la

separazione che, se pure scaturisce naturalmente dall'atto di destinazione, riguarda il solo profilo della limitazione della responsabilità patrimoniale.

- 261)** Cfr. il già citato saggio di H. HANSMANN - R. KRAAKMAN, *The essential Role of Organization Law*, cit., 387 e ss.
- 262)** Con particolare riferimento all'attività d'impresa, la specializzazione della responsabilità patrimoniale consente di realizzare diversi effetti di efficienza per il sistema, tra i quali la possibilità per l'imprenditore di diversificare e articolare la propria attività in diversi comparti al fine di ridurre i rischi di perdite in determinati settori, vantaggio cui si accompagna quello di riduzione dei costi di monitoraggio del credito. V. al riguardo C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 23 e ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit.; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Cap. I, § 1, cit.; ID., *Strumenti finanziari partecipativi a "specifici affari" e tutela degli investitori in patrimoni destinati (Appunti)*, in *Banca borsa*, 2005, 302 e ss.; E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997; D. GALLETI, *Il creditore particolare del socio*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2002, 42 e ss.; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 148 e ss.; per una trattazione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore, v. già A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, cit., *passim*.
- 263)** V. R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit.
- 264)** Sul rilievo costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale, v. F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., 7 e ss.; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 333, il quale proprio sulla base del rilievo costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale esclude che i privati possano creare nuovi patrimoni di destinazione diversi da quelli già previsti e disciplinati dal legislatore. Sulla lettura unitaria della disciplina civilistica della responsabilità patrimoniale e della espropriazione forzata, v. L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 369 e ss.
- 265)** V. R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1960, 11 e ss.
- 266)** V. F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, 8, nt. 30, il quale al riguardo la motivazione di una decisione della Corte costituzionale 15 luglio 1992, n. 329: "...Il diritto soggettivo di obbligazione...è svuotato ...se lo si privi dell'elemento della responsabilità patrimoniale del debitore... che ne è una componente essenziale".
- 267)** Sulla necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata del principio di responsabilità patrimoniale, v. l'introduzione del Presidente G. MORBIDELLI al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005.
- 268)** In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile 4*, Milano, ristampa emendata, 2001, 26. Riflessioni analoghe in A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, Padova, 2001, 21 e ss.
- 269)** Per queste riflessioni sui patrimoni separati in relazione alla necessità di mantenere la connessione tra debito e responsabilità, si rinvia a M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, Relazione al Congresso internazionale: "El código civil de 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 8-12 de noviembre de 2004, cit.
- 270)** Si rinvia al riguardo al § 1 del testo.
- 271)** Sulla nozione di opponibilità quale scissione tra il piano dell'atto e del rapporto giuridico rispetto a quello del fatto v. le riflessioni sempre attuali di F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964: "...In realtà l'opponibilità è caratteristica del tutto estrinseca al rapporto. Essa attiene, più propriamente, al fatto da cui il rapporto origina e del quale vale a designare, appunto, la rilevanza rispetto ai terzi. S'intende che le circostanze attinenti al fatto giuridico, in quanto fonte del rapporto, si riflettono sulla sorte dello stesso; ma non sulla sua struttura. Così è per l'opponibilità, che, come s'è detto, attiene al fatto. Pertanto anche l'inopponibilità non comporta una modificazione strutturale del diritto che da assoluto degraderebbe a relativo, quanto piuttosto, ne limita la rilevanza rispetto a certi soggetti, come riflesso dell'inopponibilità del fatto costitutivo; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 238 e

ss. Sull'accoglimento di questa tesi in termini generali, v. G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1999, 3 e ss., il quale sottolinea che l'opponibilità riguarda il titolo costitutivo e non il diritto; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. I (Artt. 2643-2645-bis), 2° ed., Milano, 1998, 8. Tale tesi è stata inoltre accolta al fine di prospettare un nuovo piano di distinzione tra prelazione reale e convenzionale diverso rispetto alla tradizionale bipartizione diritti reali-diritti di credito: G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 159 e ss. Seguendo il medesimo procedimento logico, avevo tentato di sganciare la nozione di vincolo reale di destinazione dalla struttura del diritto ancorandola al profilo della opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione: M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 209.

- 272)** Per questa distinzione si rinvia a G. VETTORI, *Opponibilità*, cit., 4: "Opponibilità...Giudizio di prevalenza che trae fondamento non dalla sola presenza ma dalla diversa forza di ciascun titolo che dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo. La sostanza di tale nozione sta nello svolgersi attraverso due piani diversi: il fatto negoziale e il criterio formale che attribuisce ad esso un peculiare grado di rilevanza che consentirà di distinguere tra atti opponibili e atti non opponibili".
- 273)** In questo senso appaiono illuminanti le riflessioni relative al problema dell'innesto del *trust* nel nostro ordinamento di P. SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del Notariato*, Milano, 2002, 184: "...Se la trascrizione dà solo atto di un trasferimento della proprietà pieno in favore del *trustee*, ma senza essere idoneo a conferire rilevanza al vincolo che dovrebbe costituirsi in capo a quest'ultimo, vincolo che consiste nella *separazione* del bene dal resto del patrimonio dell'intestatario, la trascrizione risulta sostanzialmente *misleading* e inidonea a realizzare gli scopi perseguiti. Donde la necessità di un apposito provvedimento legislativo che consenta di prevedere anche nel nostro ordinamento il *trust*, ma con l'opponibilità ai terzi degli effetti di *separazione* dei beni oggetto del *trust* dal resto del patrimonio dell'acquirente fiduciario".
- 274)** In dottrina sull'intendimento della opponibilità quale regola di soluzione di conflitti, v. . G. VETTORI, *Opponibilità*, cit., 1 e ss.: "...Il concetto di opponibilità riassume il complesso delle regole destinate a risolvere i conflitti determinati dalla circolazione dei beni...Se la rilevanza è la risposta dell'ordinamento alla semplice presenza del fatto che può essere presupposto di altre conseguenze o di un giudizio di responsabilità, l'opponibilità esprime la necessità di soluzione di conflitti tra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili"; ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 141: "...Rilevanza ed opponibilità, quindi sono qualifiche formali che esprimono la risposta dell'ordinamento, in un caso alla semplice presenza del fatto negoziale indipendentemente dagli effetti reali e obbligatori che da esso promanano, e nell'altro da alcuni fatti che per la loro particolare importanza sociale, e conseguente conformazione strutturale, sono destinati a prevalere su altri in eventuali conflitto"; F. GAZZONI, , *La trascrizione immobiliare*, t. I (Artt. 2643-2645-bis), cit., 8-9: "...L'opponibilità esprime la prevalenza, la quale trae fondamento dalla diversa forza di ciascun titolo. Tale forza, a sua volta, dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo"; l'A. sottolinea la distinzione tra efficacia del contratto per i terzi che è sempre riflessa e quindi indiretta e opponibilità che è sempre diretta e si pone quale regola di soluzione di un conflitto: ID., *Manuale di diritto privato*, XI o XII ed., 922; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3*, ristampa, Milano, 2004, 572, il quale ribadisce tale carattere a proposito della opponibilità del contratto: "...Il significato della efficacia riflessa del contratto si specifica precisamente nella *rilevanza esterna* del contratto quale presupposto di posizioni giuridiche riguardanti i terzi e nella *opponibilità* del contratto in conflitto con i terzi...*Opponibilità del contratto vuol dire prevalenza del titolo contrattuale di acquisto sul titolo vantato dal terzo*".
- 275)** L'individuazione di un conflitto risulta la conferma in ordine alla inesistenza di un diritto del creditore sul patrimonio del debitore.
- 276)** V. G. VETTORI, , *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 147: "...Il regime di circolazione dei beni non può essere rimesso alla volontà dei privati ma alla valutazione dell'ordinamento che conforma certi fatti in base ad un'esigenza generale dell'ordinamento giuridico".

- 277)** Sono queste le parole utilizzate da Francesco Santoro-Passarelli per descrivere l'inopponibilità: ID., *Diritti assoluti e relativi*, cit., 750; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 152, il quale costruisce l'inopponibilità quale "limite soggettivo che dà luogo ad una carenza di effetti".
- 278)** V. al riguardo le riflessioni di Rosario Nicolò.
- 279)** Le tesi negoziali, pur avendo in potenza la possibilità di fondare l'effetto di separazione sulla forza dell'atto di autonomia negoziale sembrano rinunciare a questo risultato. Si rinvia al riguardo agli autori citati alla nota 42 del testo.
- 280)** In questa direzione si muovono invece le tesi negoziali che, fondandosi sull'unitarietà dell'atto di destinazione, arrivano a concepire l'esistenza di una proprietà strumentale e transitoria, v. al riguardo gli autori citati alla nota 42 del testo.
- 281)** Ci riferiamo alla tesi di L. SALAMONE, *op. ult. cit.*, 369-370. (v. al riguardo il passo dell'A. citato alla nota 44 del testo).
- 282)** V. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 150. Sulla necessaria tipicità degli atti soggetti a trascrizione che trova fondamento nella generale esigenza di certezza dei traffici giuridici, v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. notariato*, 2001, 1, 11 e ss.
- 283)** Credo che la separazione non configuri un'ipotesi di limitazione del patrimonio, ma una vera e propria ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale che pone in gioco il problema della riserva legale posta dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. Infatti la separazione che scaturisce dalla destinazione non determina solamente una limitazione del patrimonio, (ipotesi questa che potrebbe discendere dall'atto di destinazione) ma si pone proprio quale limitazione della responsabilità patrimoniale, in quanto i beni destinati ad uno scopo rispondono delle sole obbligazioni collegate allo scopo e non rispondono delle obbligazioni diverse.
- 284)** Anche se ancora la giurisprudenza di legittimità, nel fissare il principio di inderogabilità della responsabilità patrimoniale, ancora sente l'esigenza di rinviare al principio di indivisibilità del patrimonio: Cass., 28 aprile 2004, n. 8090: "...la separazione è strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli art. 2740 e 2741 c.c.".
- 285)** V. Trib. Milano, 31 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 122, con nota contraria di R. LUZZATTO.
- 286)** Per questi riferimenti, si rinvia al nostro lavoro *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 81 e ss.
- 287)** V. per l'abbandono di questa tesi v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 635; F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, 19 e ss.
- 288)** V. D. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, *Attuazione della Direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria*, il cui art. 3, subordina l'opponibilità ai terzi della garanzia finanziaria al requisito della prestazione per iscritto della garanzia ai sensi dell'art. 2.
- 289)** V. art. 6, comma 2 del cit. D.lgs. n. 170/2004: "Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 del codice civile".
- 290)** In generale sul ruolo attribuito dalla riforma societaria all'autonomia statutaria, v. A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia statutaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, 641 e ss.; F. D'ALESSANDRO, *"La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?"*, in *Riv. soc.*, 2003, 38 e ss.; A. FALZEA, *Riflessioni preliminari, in le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 101 e ss.; C. FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, ivi, 107 e ss.; G. OPPO, *In tema di "libertà e responsabilità" nelle società di capitali riformate*, in *Vario Diritto. Scritti giuridici*, Vol. VII, cit., 309 e ss.
- 291)** V. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di F. GALGANO, Padova, 2004, 539 e ss.; G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. notar.*, 2003, 585 e ss.; *Il nuovo diritto delle società. Società*

di capitali e cooperative, a cura di G. OLIVIERI-G. PRESTI-F. VELLA, Bologna, 2003, 346 e ss.; M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova Giur. civ. comm.* 2005, II, 81 e ss.; A. FUSARO, *Le trasformazioni eterogenee: un'apertura delle frontiere tra società lucrative ed enti non profit*, *ivi*, 2005, II, 73 e ss.; M.C. LUPETTI, *Trasformazioni eterogenee da e in società di persone*, in *Le società*, 2005, 840 e ss.

- 292)** M. MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. notar.* 2003, 1383: "...La lettura delle norme del nuovo sistema mi pare evidenzi l'intento di elevare il diritto di opposizione dei creditori a strumento di equilibrio e di contemperamento tra le istanze dell'autonomia privata e le ragioni del ceto creditorio, equilibrio che viene attuato non più mediante divieti imperativi di freno alle aspirazioni imprenditoriali, ma consegnando agli stessi creditori un'arma di tutela, che potranno azionare se lo riterranno, lasciando in definitiva al mercato il compito di selezionare le diverse vicende imprenditoriali ed evitando generalizzazioni impeditive della crescita del sistema economico, in armonia con lo spirito liberista in campo economico che permea l'azione legislativa nell'attuale momento storico".
- 293)** V. Cass. S.U., 21 luglio 2004, n. 13603; Cass., 2 aprile 2003, n. 5067; Cass., 29 agosto 2003, n. 12705; Cass., S.U., 26 luglio 2002, n. 11096; Cass., 16 dicembre 1996, n. 10977. Diversamente, v. Cass., 6 maggio 1999, n. 4529.
- 294)** V. Cass., 29 agosto 2003, n. 12705, cit., in motivazione: "...Il legislatore della riforma, operando un bilanciamento, secondo valori etici e criteri socio economici, tra l'interesse del gruppo familiare residuo, e specificatamente dei figli minorenni o anche maggiorenni tuttora non autosufficienti, a conservare l'habitat domestico, e quello di natura patrimoniale di tutela dell'affidamento del terzo, oltre quello più generale ad una rapida e sicura circolazione dei beni, ha ravvisato come elemento di composizione tra le diverse istanze in conflitto la limitazione nel tempo, in difetto di trascrizione, dell'opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione".
- 295)** V. Legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli* pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 50 del 1° marzo 2006. Tale norma, anche prima della approvazione definitiva, era stata considerata dalla dottrina quale conferma della realtà del diritto del coniuge affidatario della casa coniugale: C.M. BIANCA, *Diritto civile 2*, 4° ed. riveduta e aggiornata, Milano, 2005, 224. La recente giurisprudenza di legittimità ha tuttavia escluso che il provvedimento di assegnazione della casa coniugale determini il sorgere di un diritto reale (di uso o di abitazione). Si è infatti affermata la natura di diritto personale di godimento, il quale come tale non si riflette sull'esito del giudizio di divisione: Cass., 28 settembre 2005, n. 18883. Al riguardo deve sottolinearsi che la necessità della trascrizione deriva dalla natura reale del vincolo di destinazione e non tanto dalla realtà del diritto di abitare la casa coniugale.
- 296)** La tesi della individuazione di un vincolo reale di destinazione è stata ipotizzata dalla dottrina al fine di sostenere la necessità della trascrizione: F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, T. 1 (*Artt.2643-2645-bis*), *Sub art. 2643*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, 431-2: "...La tesi volta a sostenere la necessità di trascrivere il provvedimento ai fini della opponibilità assoluta ai terzi, dovrebbe semmai percorrere strade diverse. Si potrebbe, ad esempio, ritenere... che tale provvedimento, in realtà, crei un vincolo di destinazione a carattere reale sull'immobile adibito a casa familiare, piuttosto che attribuire un diritto di abitazione al figlio e al coniuge...In questa chiave dovrebbe trascriversi il vincolo di destinazione a carattere certamente reale e non già il diritto di abitazione a carattere certamente personale. Il figlio o il coniuge sarebbero dunque titolari di un diritto di credito, quello al mantenimento, garantito in forma specifica da un vincolo di destinazione impresso sull'immobile. Non verrebbe così in questione il diritto di locazione e non potrebbe allora porsi un problema di godimento infra o ultra-novennale, perché il vincolo di destinazione nascerebbe a seguito del provvedimento e la mancata trascrizione impedirebbe di far valere di fronte al terzo il diritto di continuare ad abitare in una casa familiare che per costui più non sarebbe tale". L'A., tuttavia, pur ammettendo che questa configurazione potrebbe giustificare la necessità della trascrizione, la esclude sulla base del preciso rinvio all'art. 1599 cc. Sulle varie tesi avanzate dalla dottrina in ordine alla configurazione di una *destinazione funzionale* dell'immobile a casa familiare, si rinvia a L. A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, in *Giust. civ.*, suppl. ord. n. 12 del 2005, il quale rileva la distinzione tra tale vincolo e quelli di fonte autoritativa o negoziale.

- 297)** La dottrina e la giurisprudenza si sono da sempre interrogate sulla natura del diritto di abitazione della casa coniugale (sui termini di questo dibattito, si rinvia a L. A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, cit.). La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno optato per la natura di diritto personale di godimento, proprio in ragione del rinvio operato dalla legge sul divorzio (v. art. 6) alla disciplina della locazione. Tuttavia, parte della dottrina ha rifiutato da sempre questa tesi, sottolineando la natura reale del diritto. V. G. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, 127e ss.; ID., *Diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita not.*, 1997, 1268; C.M. BIANCA, *Diritto civile 2*, 4° ed. riveduta e aggiornata, cit., 224: "...Occorre piuttosto tener presente che l'assegnatario del diritto di abitazione esercita il suo diritto di godimento sulla casa senza il tramite di un obbligo del coniuge proprietario. Al diritto del coniuge assegnatario sembra quindi doversi riconoscere il connotato della immediatezza, proprio dei diritti reali. La realtà del diritto consente inoltre una più appropriata tutela del coniuge legittimandolo all'azione di manutenzione e conferendogli la legittimazione a votare nelle assemblee condominiali sugli affari di ordinaria amministrazione e di semplice godimento delle cose comuni e dei servizi".
- 298)** Cass., 25 marzo 2005, n. 6474; Cass., 3 luglio 2003, n. 10523, la quale, tuttavia, giustifica l'opponibilità anche in mancanza della trascrizione, sulla base della presunta conoscenza o accettazione del terzo acquirente derivante dalla menzione del regolamento nell'atto di acquisto.
- 299)** Cass., 26 gennaio 1998, n. 714: "...L'omessa trascrizione del regolamento determina l'inopponibilità ai successivi acquirenti delle singole unità immobiliari comprese nell'edificio condominiale delle eventuali clausole limitative di diritti esclusivi di proprietà spettanti a ciascun condomino senza influire anch'essa sulla validità ed efficacia del regolamento".
- 300)** V. il testo del disegno di legge "Modifica agli articoli 1117, 1120, 1124, 1129, 1130, 1137 e 1138 del codice civile, agli articoli 63, 64, 66, 67, 70 e 71 delle disposizioni di attuazione del codice civile nonché all'articolo 7 del codice di procedura civile circa la disciplina del condominio negli edifici".
- 301)** V. art. 14 del disegno di legge citato alla nota precedente nella versione approvata dalla commissione giustizia in sede referente nella seduta del 5 ottobre 2005. L'art. 15 del medesimo disegno prevede una modifica dell'art. 2569 del codice civile secondo il quale "gli atti di cui al n. 14 *bis* dell'art. 2643 devono essere trascritti a favore e contro le parti medesime".
- 302)** Sulla necessità di operare attraverso una selezione degli interessi che in un dato momento storico consentono di individuare situazioni obbligatorie rilevanti per i terzi, abbandonando schemi concettuali predefiniti, v. G. VETTORI, *Voce Opponibilità*, cit.
- 303)** V. Questa è la tesi prospettata da CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.* 1998, 1333. L'A. sostiene questa tesi al fine di fondare un rimedio per la mancata conoscenza del vincolo nascente dal *trust*: "L'*exceptio doli* può essere rivolta nei confronti di chi, avendo acquistato il bene immobile nella consapevolezza dell'appartenenza esclusivamente formale di esso al dante causa, pretendesse, in forza della trascrizione contro l'ultimo titolare secondo le risultanze dei pubblici registri, di avere acquistato come se tale consapevolezza non gli fosse stata fornita dai registri stessi mediante la risultanza da essi del vincolo di appartenenza sostanziale difforme da quello formale. In questi termini non sarebbe di ostacolo alla correzione dello *strictum ius* neppure la tesi che ipotizza il possibile arresto dell'*exceptio doli* di fronte alle regole rigide di tutela delle situazioni soggettive". Contro l'ammissibilità di questa tesi, si v. le acute osservazioni di GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione*, in via di pubblicazione in *Notariato* che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A. Il Gazzoni, tra le altre osservazioni, critica la presunta presunzione tra conoscenza e mala fede cui condurrebbe questa tesi. P
- 304)** V. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, T. 2, (Artt. 2646-2651), *Sub art. 2647*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 42 e ss.
- 305)** V. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, T. 1 (Artt. 2643-2645-bis), cit., 40 e ss. e 76 e ss.

- 306)** La dottrina al riguardo ritiene che la pubblicità sia una conseguenza indiretta e occasionale della funzione assoluta dalla trascrizione in altra direzione: F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, T. 1 (Artt.2643-2645-bis), cit., 42.
- 307)** Per questa distinzione, v. le acute riflessioni di Gorla riportate da F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, T. 1 (Artt.2643-2645-bis), cit., 42, nt. 107 proprio a proposito della distinzione tra pubblicità e trascrizione. Ciò che Gorla intendeva come *funzione pratica* della trascrizione, ovvero essere fonte di notizia potrebbe giustificare il collegamento che in dottrina è stato fatto tra pubblicità e tutela dell'affidamento dei terzi, v. al riguardo F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 238.
- 308)** Con riferimento al problema della trascrizione del *trust*, la dottrina aveva già sottolineato come la funzione della trascrizione del vincolo nascente da *trust*, non potrebbe essere validamente risolto attraverso la riconduzione all'art. 2643 (né al n. 1 relativo alla contratti che trasferiscono la proprietà degli immobili, né al n. 5 del medesimo articolo relativo agli atti di rinuncia alla proprietà) ma svolgerebbe una funzione analoga alla trascrizione della cessione dei beni ai creditori ex art. 2649 c.c. : "...La verità è che il legislatore avrebbe dovuto dettare un art. 2649 bis cc. con il quale disciplinare la trascrizione dell'effetto di separazione patrimoniale e il conseguente vincolo di destinazione nascente dal trust": F. GAZZONI,
- 309)** Sono queste in sostanza le obiezioni che Francesco Gazzoni muove alla tesi Castronovo.
- 310)** Tale situazione è stata descritta molto bene da Angelo Falzea, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma - Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003, cit., 23: "...Ciò ha provocato una situazione profondamente disarmonica nel nostro diritto positivo, il quale formalmente non riconosce e non disciplina come proprio un istituto di cui, altrettanto formalmente, ammette l'applicazione attraverso il riconoscimento di un atto stipulato in uno Stato estero. Si è venuta così a verificare una sorta di doppiezza ordinamentale che, mentre da un verso esercita l'inventiva dei giuristi a complicati stratagemmi di aggiramento dall'altro verso sfocia in una forte pressione della prassi giuridica perché il riconoscimento indiretto si trasformi in un suo diretto accoglimento nel sistema normativo".
- 311)** Una spinta verso il sociale si coglie nella recente legge sull'impresa sociale, v. L. 13 giugno 2005, n. 118, *"Delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale"*. Sui profili di collegamento tra questa disciplina e l'istituto dei patrimoni societari destinati ad uno specifico affare, v. le riflessioni di G.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.* 2004, 1161 e ss., spec. 1167 e ss.
- 312)** V. L. 9 gennaio 2004, n. 6, *Introduzione nel libro I, titolo II, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*. Si v. il recente volume *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, Volume autonomo della Rivista *Famiglia*, Milano, 2005; v. anche *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E.V. NAPOLI, Milano, 2005.

(Riproduzione riservata)