

ESTRATTO

VITA NOTARILE

fondata da Giacomo Buttitta

esperienze giuridiche

Marco Manuli

L'ART. 2645-TER. RIFLESSIONI CRITICHE

Estratto dalla Riv. «VITA NOTARILE» - N. 1/2007

internet: www.vitanotarile.it • email: vitanotarile@exit.it

spedizione in r.p. - 45% - art. 2 comma 20/B legge 662/96 - Filiale di PA

GB
VITA NOTARILE
EDIZIONI GIURIDICHE
BUTTITTA
PALERMO.

Marco Manuli

L'ART. 2645-TER. RIFLESSIONI CRITICHE

Sommario: 1. Premesse - 2. La forma - 3. L'oggetto - 4. L'Elemento soggettivo - 5. La meritevolezza dell'interesse - 6. Un profilo applicativo: la volontaria giurisdizione - 7. L'art. 2645-ter c.c. e il principio del *numerus clausus* - 8. Conclusioni.

1. Premesse

L'art. 2645-ter c.c. è stato introdotto con l'art. 39-novies del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, come introdotto dalla legge di conversione 51/2006, è collocato nell'ambito del libro VI sulla tutela dei diritti, Titolo I (Della Trascrizione), capo I (Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili) del codice civile e dunque si tratta di una norma *post in* tema di pubblicità. Tale norma statuisce che *"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'art. 1322 c.c., 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 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo."*

La suindicata disposizione interviene su un dibattito ormai decennale in tema di *trust* (1) e più in generale di atti di separazione patrimoniale

(1) Sul *trust* e la sua ammissibilità o meno in Italia si veda *ex multis* Scalisi, *Il trust interno*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 785; G. Mariconda, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma*

(2) introducendo una norma che non soltanto non sembra risolvere i problemi sorti sul tema fino ad oggi ma, addirittura, sembra porne di nuovi, in alcuni punti difficilmente solubili.

Con il presente breve lavoro, stante il carattere recente della normativa *de qua*, si intende affrontare in modo il più possibile sistematico le principali problematiche sottese all'art. 2645-ter, indicando le soluzioni che sino ad ora sono state elaborate e, ove opportuno, esprimendo alcune riflessioni personali.

2. La forma

Uno dei primi aspetti controversi della norma è rappresentato dall'interrogativo in ordine alla necessità che l'atto di destinazione debba avere forma pubblica solo ai fini della trascrivibilità dello stesso o, viceversa, *ad substantiam*.

Sul punto, la prima dottrina ritiene che la norma, nonostante la sua collocazione, sia chiaramente rivolta a individuare tutti gli elementi integranti la nuova fattispecie di "atto di destinazione" (forma, durata, effetti, struttura) e che pertanto alla forma debba riconoscersi una valenza sostanziale (3). In caso di

sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità, in *Corriere giur.* 2004, p. 57; **F. Di Ciommo**, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1296; **M. Lupoi**, *I trust interni al vaglio giurisdizionale in occasione della trascrizione di un trust autodichiarato*, in *Notariato*, 2002, p. 385; **Id.**, *Lettera a un notaio conoscitore del trust*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1159; **F. Gazzoni**, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1247; **Id.**, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 1247; **A. Gambaro**, *Trust*, in *Digesto Discipline privatistiche*, Sez. civ., XIX, Torino 1999, p. 466 ss.

Per avere il punto della situazione sul tema si veda **M. Palazzo**, *Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust*, in *Trusts*, 2002, p. 337; **M. Monegat**, *Nota sulla trascrivibilità di atto istitutivo di trust contenuto in accordo di separazione consensuale*, (nota a Trib. Milano 23 febbraio 2005, e Trib. Parma 3 marzo 2005), in *Riv. Not.*, 2005, p. 868.

Per la giurisprudenza si possono richiamare: Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Riv. Not.*, 2005, p. 868; Trib. Velletri, 7 marzo 2005, in *Trusts* 2005, p. 407; Trib. Milano 8 ottobre 2002, in *Riv. Not.*, 2003, p. 254; Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, p. 241.

(2) In tema di vincoli di destinazione e separazione patrimoniale si veda principalmente: **M. Bianca**, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; **U. La Porta**, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; **A. Fusaro**, *Destinazione (vincoli di)*, in *Digesto discipline privatistiche*, Sez. comm., V, Torino, 1989, p. 321; **M. Costanza**, *Vincoli di destinazione e durata dei diritti reali*, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 2016; **F. Viglione**, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2005; **P. Manes**, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Padova, 2005; **G. Mariconda**, *Vincoli alla proprietà e termini di durata*, in *Corriere giuridico*, 1987, p. 955; **R. Quadri**, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004.

(3) **G. De Nova**, *Esegesi dell'art. 2645-ter c.c.*, relazione presentata al seminario *Atti notarili di destinazione dei beni: nuovo articolo 2645-ter c.c.*, organizzato a Milano il 19 giugno 2006 dal Consiglio notarile di Milano e dalla Scuola notarile della Lombardia.; **M. Bianca**, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, relazione presentata alla tavola rotonda *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del c.c.*, organizzata da M. Bianca a Roma il 17 marzo 2006, presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università "La Sapienza", i cui atti sono in corso di pubblicazione presso Giuffrè; **A. Falzea**, *L'atto negoziale di destinazione*, introduzione della tavola rotonda di Roma del 17 marzo 2006; **G. Oppo**, *L'atto di destinazione*,

atto di destinazione privo della forma saremmo pertanto in presenza di un atto nullo (4).

Altri (5) hanno seguito un percorso argomentativo differente.

Alla luce, infatti, di recenti interventi legislativi (6) e di un'attenta analisi delle differenze sussistenti tra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata, è stato sostenuto che il tratto distintivo tra le due forme di atto debba individuarsi nella obbligatoria indagine, per quanto riguarda l'atto pubblico, della volontà delle parti che il Notaio deve svolgere a pena di nullità ex art. 47 della legge Notarile. Tale indagine è prescritta ogni qualvolta si voglia garantire al massimo livello, la pubblica fede, la validità e l'uni-

introduzione della tavola rotonda di Roma, cit.; P. Spada, *Il vincolo di destinazione e la struttura del fatto costitutivo*, relazione alla tavola rotonda, cit.; F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *www.judicium.it*.

(4) Va poi altresì rammentata la tesi di chi (G. Vecchio, *Gli atti di destinazione di cui al novellato art. 2645-ter: profili applicativi*, in *www.dottorinaediritto.it*) sostiene che le problematiche connesse alla forma dell'atto non si pongano laddove via sia un'attribuzione del bene da parte del conferente in favore del fiduciario affinché quest'ultimo lo amministri a vantaggio di soggetti con disabilità. Afferma infatti l'Autore: "Si tratterebbe, cioè, di una donazione modale (art. 793 c.c.), che, peraltro, non potrebbe godere della separazione dei patrimoni in capo al donatario che, alla fine, è il principale portato innovativo della norma". Tale tesi ha certamente il pregio della chiarezza e, al tempo stesso, implicitamente, avalla la tesi costitutiva della trascrizione prescritta dall'art. 2645-ter c.c., configurandosi come un coelemento necessario al fine dell'opponibilità del vincolo.

In assenza di tale pubblicità, infatti, si afferma che non potrebbe sussistere il beneficio della separazione patrimoniale in capo al donatario.

Tale ricostruzione però finisce per non aderire alla reale volontà delle parti che pongono in essere l'atto di destinazione.

Infatti nella donazione modale (sia pure con onere determinante ex art. 793, comma quarto, c.c.) la volontà preminente del disponente è quella di avvantaggiare il donatario. L'onere è infatti considerato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, come un elemento accessorio del negozio al quale è apposto.

In particolare il "modo" innesta sugli effetti tipici del negozio altri effetti, accessori e secondari rispetto ai primi, per cui può distinguersi una volontà principale, diretta alla produzione degli effetti tipici, e una volontà subordinata che è appunto quella istitutiva del modo (in tal senso si veda per tutti F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, p. 185 e ss. e per la giurisprudenza Cass. 4 dicembre 1962, n. 3261).

Viceversa, nella fattispecie di cui all'art. 2645-ter c.c. la volontà del conferente è principalmente rivolta ad avvantaggiare il beneficiario e non certamente il fiduciario il quale svolge una funzione meramente strumentale rispetto allo scopo ultimo, e principale, perseguito dal conferente.

Si potrebbe ritenere, viceversa, che gli atti di destinazione presentino una causa propria diversa da quella donativa (per una ricostruzione approfondita in ordine alla c.d. "causa di destinazione" si veda U. La Porta, *op. cit.*, Napoli, 1994). Ciò escluderebbe la possibilità di dover in ogni caso ricorrere alla forma di atto pubblico al fine di stipulare un atto di destinazione (quantomeno laddove si ritenga che la forma pubblica prescritta dall'art. 2645-ter c.c. sia necessaria solo ai fini della trascrizione dell'atto stesso).

(5) G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, II, p. 630 e ss. e R. Franco, *Il nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Notariato*, 3/2006, p. 316.

(6) Si fa riferimento in particolare modo alle modifiche apportate in tema di scrittura privata autenticata alla legge notarile e all'art. 474 c.p.c. che sono state introdotte rispettivamente dall'art. 12 della legge 28 novembre 2005 n. 246 e dall'art. 2, comma 3, lett. E), n. 1, del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80 e, modificato con legge 28 dicembre 2005 n. 263. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. Petrelli, *L'indagine della volontà delle parti e la "sostanza" dell'atto pubblico notarile*, in *Riv. Not.*, 1/2006, p. 29 e ss.; *Novità in materia di titolo esecutivo*, Studio 8-2006/B e Studio n. 236-2006/C, studi della Commissione Esecuzioni Immobiliari e Studi Civilistici del CNN, rispettivamente approvati il 24 e 25 marzo 2006.

vocità dell'atto al fine di tutelare determinati interessi inerenti o le parti (7) o i terzi.

Dunque, prosegue la dottrina qui in esame, la previsione dell'atto pubblico assolve ad una funzione di alta protezione di determinati interessi. Poiché il nuovo art. 2645-ter c.c. incide in modo rilevante nei confronti dei terzi, a seguito dell'effetto segregativo e di opponibilità del vincolo, e poiché tali effetti derivano dalla trascrizione, se ne deduce che la forma pubblica sia richiesta esclusivamente *ad transcriptionem* (8).

Si potrebbe ritenere che la suddetta conclusione sia legittimata anche su piano del dato letterale. Se infatti si afferma che "gli atti in forma pubblica... possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione", con *argumentum a contrario*, potrebbe affermarsi che "gli atti in forma diversa da quella pubblica... non possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione".

Ciò comporterebbe, evidentemente, che la forma pubblica sia richiesta esclusivamente ai fini della trascrizione dell'atto (9).

D'altro canto una tale interpretazione appare coerente con gli interessi dei vari soggetti o gruppi di soggetti coinvolti a seconda che sia consentita la trascrizione o meno.

È chiaro infatti che nel caso di trascrizione, il negozio determina non solo tanto la destinazione di un bene a vantaggio di un certo soggetto ma anche l'opponibilità di tale vincolo, coinvolgendo la posizione dei terzi.

(7) Si pensi, nel primo caso alle donazioni e alle convenzioni matrimoniali o, più recentemente, ai patti di famiglia, mentre per il secondo caso agli atti costitutivi o modificativi delle persone giuridiche.

(8) Ci sia pertanto consentito dissentire dall'opinione espressa da un Autore (F. Patti *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter c.c.*, in *Vita Notarile*, 3/2006, p. 981) quale dopo aver definito improponibile la tesi volta a riconoscere l'ammissibilità di un atto di destinazione redatto per scrittura privata ma con efficacia *inter partes*, giustifica la propria opinione con le medesime conclusioni sostenute da chi (Petrelli) ammette la suddetta ipotesi.

Afferma infatti Patti che la forma pubblica è richiesta quando si voglia assicurare un esame approfondito della volontà delle parti, mirando alla loro protezione e a quella dei terzi. S'è però, si attribuisce carattere costitutivo alla trascrizione al fine di determinare l'effetto segregativo, le opzioni sembrano essere due e precisamente:

1) qualora le parti intendano attribuire rilevanza esterna al contenuto del negozio di destinazione si imporrà, proprio al fine di tutelare i terzi, la necessità della forma pubblica;

2) qualora invece si intenda attribuire rilevanza meramente interna alla vicenda negoziale riteniamo assimilabile la fattispecie a quella classica del negozio di fiducia romanistica. Ne consegue, al pari di quanto è stato sostenuto sul tema, che il profilo formale sarà quello proprio del "negozio forma" e pertanto quello della forma scritta qualora il negozio abbia ad oggetto diritti immobiliari ex art. 1350 c.c. Qualora, poi, le parti mediante l'atto di destinazione intendessero perseguire uno scopo illecito diverso da quello dichiarato, la relativa vicenda rientrerebbe *de plano* nell'ambito dell'art. 1345 c.c. (ove ne ricorrano i presupposti) o dell'art. 1336 c.c., determinandone la nullità. Nel caso in esame non vi sarebbe comunque l'esigenza di assicurare un *quid pluris* di tutela che possa giustificare la forma pubblica e dunque l'intervento del Notaio. Infatti, i terzi non sarebbero pregiudicati in quanto non si produrrebbe alcun effetto segregativo, mentre le parti agirebbero in virtù di quella stessa autonomia privata che l'art. 1322, comma secondo, c.c. attribuiva loro già prima della nuova norma senza per questo imporre particolari oneri formali.

(9) Pertanto il Legislatore interverrebbe sul punto al solo fine di escludere espressamente le altre ipotesi previste nella disposizione di cui all'art. 2657 c.c. in tema di titoli idonei per la trascrizione.

Laddove, dunque, l'atto sia maggiormente lesivo di questi ultimi (in special modo dei creditori del conferente) il legislatore interviene imponendo, con la forma pubblica, un controllo importante di legalità qual è quello del Notaio.

Questa conclusione consente anche di risolvere l'apparente contrasto che è stato rilevato tra l'art. 2671 c.c. ove si prevede l'obbligo del Notaio di trascrivere gli atti ricevuti o autenticati soggetti a trascrizione e lo stesso art. 2645-ter c.c. ove si prevede che gli atti in forma pubblica possono essere trascritti.

In realtà leggendo la norma come sopra indicato (ivi compreso dunque ciò che si desume con l'*argumentum a contrario*) si potrebbe affermare che il potere di trascrivere non è indice di una discrezionalità rimessa alle parti e, in ultimo, al Notaio ma attiene al profilo della legalità. Ossia, mentre gli atti che non presentino la forma pubblica non possono essere trascritti, quelli che abbiano tale forma sono conformi a legge e dunque sono legittimati ad (possono) essere trascritti. Resterebbe dunque impregiudicata l'art. 2671 c.c.

Tale riflessione potrebbe allora essere così sintetizzata:

"atto di destinazione - forma pubblica - conforme a legge ai fini della trascrizione ex art. 2645-ter - obbligo di trascrivere ex art. 2671".

Dunque, le due norme suindicate avrebbero piani differenti (l'una quello della legalità dell'atto affinché possa essere riconosciuto trascrivibile, l'altro quello dell'obbligatorietà della trascrizione) (10).

Altro aspetto che la nuova norma pone è senza dubbio rappresentato dalla sua compatibilità con la figura del *trust*.

Si è infatti sin da subito discusso se si fosse in presenza di una ipotesi di *trust* "all'italiana" (11) o se semplicemente si sia intervenuti per dirimere i conflitti, mai sopiti, sulla mera trascrivibilità o meno di tale istituto.

In realtà, l'accoglimento delle due suindicate tesi è strettamente connesso al dibattito, già esistente prima della entrata in vigore del nuovo art. 2645-ter c.c., circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento del c.d. *trust* interno, dibattito pertanto del quale non può, sia pur brevemente, non darsi conto al fine di comprendere le posizioni attuali in merito alla norma in esame.

Con *trust* "interno" si fa tradizionalmente riferimento ad un particolare tipo di *trust* in cui tutti gli elementi soggettivi o obiettivi siano legati ad un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985) mentre esso è regolato da una legge straniera che espressamente prevede l'istituto del *trust*.

La fattispecie principale alla quale aver riguardo sarebbe dunque quello di un *trust* istituito in Italia da soggetti ivi residenti su beni siti in Italia e laddove si svolga sempre in Italia l'amministrazione dei relativi beni: l'unico

(10) Da ultimo sembra conforme a quanto sopra affermato F. Pattl, *op. cit.*, p. 983.

(11) Si veda A. Fusaro, *Le posizioni dell'Accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, relazione svolta al Convegno *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, tenutosi a Rimini il 1 luglio 2006.

elemento sovranazionale sarebbe pertanto quello della legge cui è sottoposta la fattispecie in esame, necessariamente straniera per mancanza di una legge italiana sul *trust*.

In merito all'ammissibilità del *trust* qui in esame si sono pertanto formati due principali orientamenti:

1) quello c.d. minoritario (12) secondo il quale è ammesso e riconoscibile nel nostro ordinamento solo il *trust* cosiddetto "straniero", cioè relativo ad una fattispecie caratterizzata da elementi ulteriori di internazionalità rispetto a quello costituito e previsto dalla legge regolatrice.

Tale orientamento si fonda essenzialmente sulla natura della Convenzione dell'Aja quale Convenzione di diritto internazionale privato che determinerebbe, di conseguenza, l'inammissibilità di ipotesi di *trust* "interno", in quanto fattispecie che non manifestano alcun profilo di internazionalità;

2) quello c.d. dominante (13) che ammette altresì la riconoscibilità del *trust* "interno" in cui l'unico elemento di internazionalità è rappresentato dalla legge regolatrice.

Tale orientamento si fonda sul disposto di cui all' art. 6 della Convenzione dell'Aja, che consente al costituente la più ampia *professio juris* riguardo alla legge regolatrice del *trust*, purché si tratti di una legge che prevede l'istituto del *trust* così come definito dall' art. 2 della Convenzione dell'Aja. A ciò si aggiunge altresì la previsione di cui all' art. 13 della suddetta Convenzione (14) con riferimento alla quale la dottrina maggioritaria e le pronunce giurisprudenziali hanno ritenuto che essa *sia rivolta ai giudici (secondo quanto indicato anche nei lavori preparatori della Convenzione), e che attribuisca loro il potere di non riconoscere un trust interno non solo per il fatto di essere "interno", ma solo in presenza di valide e forti ragioni, che vanno al di là del rilievo sommario secondo cui il trust, essendo "interno" non deve e non può essere riconosciuto, il che confliggerebbe, per non dire d'altro, con la li-*

(12) Si veda in tal senso **L. Contaldi**, *Il Trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; **F. Gazzoni**, *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle, op. cit., p. 1247*, **Id.**, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, op. cit., p. 11 e ss; **C. Castronovo**, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e dir. Privato*, 1998, p. 441; per la giurisprudenza si veda Trib. Belluno (decr.) 25 settembre 2002, in *Trusts*, 2003, p. 255; Trib. S. Maria Capua Vetere (decr.) 14 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, p. 51; Trib. Napoli (decr.) 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, p. 74; App. Napoli (decr.) 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, p. 570.

(13) In tal senso si veda **M. Lupoi**, *Trusts*, Milano, 2001; **S. Bartoli**, *Il Trust*, Milano, 2001; **L.F. Rizzo - D. Muritano**, *Il trust: diritto interno e Convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, in CNN Notizie del 22 febbraio 2006; per la giurisprudenza *ex multis* Pret. Roma (ord.) 13 aprile 1999 e Trib. Roma (ord.) 2 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, p. 83; Trib. Verona (decr.) 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, p. 409; Trib. Bologna (decr.), 16 giugno 2003, in *Trusts*, 2003, p. 270; Trib. Pordenone (decr.) 23 novembre 2005, in *Trusts*, 2006; Trib. Trieste (decr.) 23 settembre 2005, in *Corr. Mer.*, 2005, p. 1277; Trib. Bologna 1 ottobre 2003, *Trusts*, 2004, p. 67; Trib. Brescia 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, p. 83.

(14) *"Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del trustee, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione"*.

bertà di scelta prevista all'art. 6 della Convenzione (che è il cardine della Convenzione) (15).

Sulla base delle suddette tesi si sono posti due coerenti orientamenti sulla natura dell'art. 2645-ter e precisamente:

a) coloro che sostenevano la tesi minoritaria, ritengono che il nuovo art. 2645-ter individui la nuova legge italiana in tema di atti di destinazione, venendo ad essere sussunto nell'ambito dell'art. 2 della Convenzione che, d'altro canto, ha una portata più ampia in quanto rivolta a identificare e riconoscere non soltanto le ipotesi di *trust* in senso stretto ma anche quelle vicende che producano effetti simili seppur non coincidenti del *trust* vero e proprio. Pertanto, se la fattispecie nel caso concreto dovesse essere priva di elementi di collegamento con altri ordinamenti stranieri, dal momento che come detto la tesi in esame non ammette il *trust* "interno", essa dovrebbe essere conforme all'unica ipotesi di atto di segregazione previsto nel nostro ordinamento, ossia l'art. 2645-ter c.c.

Ove la fattispecie presenti elementi di collegamento con altri ordinamenti (poiché si sarebbe in presenza di un *trust* "internazionale") troverà applicazione la convenzione dell'Aja e il disponente potrà scegliere, quale legge cui sottoporre la relativa vicenda, sia la legge di un Paese estero sia la legge italiana, rappresentata appunto dal nuovo art. 2645-ter c.c.;

b) se si segue la tesi prevalente antecedentemente all'introduzione dell'art. 2645-ter c.c., si deve concludere, come affermato dalla prima dottrina (16), che il disponente, relativamente al caso in cui voglia procedere ad un atto con effetti segregativi opponibili *erga omnes*, possa optare tra il c.d. *trust* "interno" con le caratteristiche e con la disciplina sopra descritta e pertanto regolato dal diritto straniero prescelto al momento della costituzione o, in senso opposto, utilizzare una vicenda differente offerta dall'ordinamento italiano e rappresentata, appunto, dall'art. 2645-ter c.c.

In particolare un autore (17) sottolinea come l'art. 2645-ter se pur presenti tutta una serie di elementi caratteristici del *trust*, non sembra legato al

(15) Per tali riflessioni si veda D. Muritano, *Il c.d. Trust interno prima e dopo l'art. 2645-ter c.c.*, relazione svolta durante il convegno tenutosi a Rimini l'1 luglio 2006, cit.

(16) M. Lupoi, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. Not.*, 2/2006, p. 466 e ss.

(17) Vedi nota 14. Alcuni dubbi potrebbero sorgere, viceversa, con riferimento a quanto affermato da un altro autore (F. Patti, *op. cit.*) in ordine ad ulteriori elementi differenziali con la figura del *trust*.

Si afferma infatti che:

1) l'art. 2645-ter c.c. dà prevalenza e sembra esaurirsi nell'apposizione del vincolo mentre il *trust* prevede come rapporto primario l'affidamento e la gestione dei beni ad un fiduciario. Tali affermazioni non sembrano convincenti in quanto non dovrebbe escludersi, con riferimento al nuovo art. 2645-ter c.c., una costruzione dell'istituto volta ad assicurare un effetto traslativo da parte del "destinante" (*settlor*) al "destinatario" (*trustee*) affinché questi amministri i beni a vantaggio di un beneficiario;

2) il *trust* sarebbe irrevocabile a differenza della ipotesi disciplinata dall'art. 2645-ter c.c. il quale, laddove rivesta la forma di negozio giuridico unilaterale, sarebbe revocabile *ex art. 1411 c.c.* fintantoché il beneficiario non abbia disposto di volerne profittare. In realtà a prescindere dall'applicabilità al caso di specie della disciplina del contratto a favore di terzo (la quale presuppone una vicenda di tipo contrattuale), la revocabilità del *trust* è stata riconosciuta da alcuni autori come espressamente affermato da G. Brunetti, *Il testamento dello zio d'America*.

campo delle obbligazioni fiduciarie, non sembra delineare una disciplina degli atti di destinazione ed, infine, la nozione di "beneficiario", se pur presente, è solo accennata. Conclude l'autore che in realtà la vicenda regolata dall'art. 2645-ter potrebbe considerarsi, se si è compreso esattamente il suo pensiero, come in un rapporto di *species a genus* rispetto al *trust* "interno". Pertanto, in alcuni casi gli elementi mancanti del *trust* saranno irrilevanti rispetto al fine che si intende perseguire e allora sarà consigliabile utilizzare lo strumento offerto dal legislatore italiano; altre volte, in presenza di determinate e specifiche esigenze, sarà più opportuno ricorrere alla figura del *trust* (eventualmente "interno" con richiamo alla legge straniera che si voglia applicare, stante la mancanza in Italia di una espressa disciplina tesa a regolamentare tutti gli aspetti propri di un *trust*).

Non potrebbe però trascurarsi la eventualità di una ulteriore soluzione.

Il legislatore cioè, ben consapevole dei contrasti esistenti sul *trust* in generale e sulla sua trascrivibilità in particolare, così come della Convenzione dell'Aja del 1989, sarebbe intervenuto con il fine precipuo di soddisfare entrambe le esigenze e dunque con l'obiettivo di specificare che tra le varie ipotesi di *trust* esistenti (dunque prendendo atto del riconoscimento di tale figura in attuazione di un convenzione internazionale ratificata dall'Italia) solo quelli che presentano determinate caratteristiche (come indicate nell'art. 2645-ter c.c.) possono vedersi riconosciuto il diritto ad ottenere la trascrizione e dunque l'opponibilità del vincolo che da essi promana.

Resterebbero pertanto efficaci e pienamente validi quei *trusts* che, in ipotesi, abbiano durata illimitata o abbiano ad oggetto beni mobili in conformità con le leggi straniere ma, al tempo stesso, questi non potrebbero beneficiare di un effetto ulteriore quale quello della loro opponibilità *erga omnes* (18).

Il trust testamentario, in *Foro it.*, Parte I, c. 2009 e ss. (d'altro canto la revocabilità o meno del *trust* non può essere valutata *ex ante* ma in relazione alla legge scelta in concreto del disponente *ex art.* 6 della Convenzione dell'Aja).

3) L'art. 2645-ter c.c. costituisce un'ipotesi di negozio fiduciario eccezionalmente avente effetti *erga omnes*. Nel *trust* viceversa si realizza un affidamento al *trustee* per il raggiungimento di un determinato scopo e pertanto mentre la controparte del fiduciario è il fiduciante, nel *trust* la controparte del *trustee* non è il disponente ma i beneficiari.

Anche tali osservazioni non sembrano cogliere nel segno. Anche l'atto di destinazione, come più volte ricordato, può assumere una struttura sostanzialmente coincidente con lo schema del *trust*. D'altro canto, mentre nel negozio fiduciario è solo il fiduciante a poter agire nei confronti del fiduciario (ora per ottenere la restituzione del bene, ora per il risarcimento del danno) nell'ambito dell'art. 2645-ter c.c. è la stessa norma a prevedere che per la realizzazione del vincolo possa agire non soltanto il disponente ma - similmente a quanto previsto dall'art. 793, comma terzo, c.c. in tema di azione per l'adempimento dell'onere apposto ad una donazione - qualunque interessato (tra i quali non potrà non porsi il beneficiario al quale pertanto è espressamente riconosciuta una determinata azione nei confronti dell'eventuale amministratore dei beni).

(18) Per la validità di tali tipi *trusts* in merito, in particolare alla durata, si veda G. Petrelli, *op. cit.*, p. 367 il quale sottolinea che un *trust* sottoposto ad una legge straniera la quale non preveda limiti di durata non va considerato come confliggente con l'ordine pubblico previsto dall'art. 18 della convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985 (la quale a sua volta è condizione di applicabilità della legge regolatrice del *trust* ai fini della sua validità) in quanto l'ordine pubblico al quale si fa riferimento è solo l'ordine pubblico internazionale il quale determina la nullità del *trust* solo laddove la legge che lo regola sia contraria "a principi di carattere universale, comuni a molte nazioni di civiltà affini, intesi alla tutela di alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso sanciti in dichiarazioni o convenzioni internazionali".

Dunque, in realtà, non saremmo in presenza di una legge italiana da richiamare al momento della costituzione del *trust* ai sensi dell'art. 6 della Convenzione dell'Aja ma più semplicemente di un "filtro" che il legislatore ha previsto al fine di riconoscere la trascrivibilità di *trusts* (sottoposta alla legge straniera, unica legge possibile dunque).

Insomma, un riconoscimento espresso della trascrivibilità di tale strumento giuridico in Italia, ma un riconoscimento limitato al ricorrere di determinati presupposti.

Tale interpretazione sarebbe d'altro canto la più coerente con la collocazione della norma e darebbe un senso compiuto agli altri elementi in essa contenuti i quali, altrimenti, ove letti cioè non come ulteriori requisiti per la trascrizione ma come elementi di una fattispecie negoziale nuova, sarebbero del tutto confliggenti con l'ambito nel quale l'art. 2645-ter, come detto, è stato collocato.

Altro aspetto particolarmente rilevante dell'art. 2645-ter c.c. è rappresentato dalla struttura dell'atto di destinazione.

A fronte di chi ha sottolineato che il termine "conferente" contenuto nella previsione qui in commento, avrebbe una connotazione neutra, senza pertanto doversi necessariamente richiedere un effetto traslativo a favore di un fiduciario (19), un autore (20), ha sottolineato come lo stesso termine "conferente" non possa lasciar dubbi in ordine alla necessità di prevedere un determinato effetto traslativo dei beni oggetto dell'atto di destinazione.

Si afferma in particolare:

"La banalità di ricorrere al vocabolario risulta in vero essenziale a rovesciare necessariamente l'approccio. Se conferire significa dare, concedere, attribuire, aggiungere, donare, apportare ad un fondo, perché si dovrebbe ritenere che il legislatore utilizzando tale lemma abbia voluto intendere disporre/disponente o costituire/constituente?"

Se è da riconoscere l'interesse suscitato da una tale interpretazione, potrebbero però in questa sede proporsi alcuni brevissimi spunti volti, quantomeno, a porre un dubbio nel lettore in merito all'accoglimento di una tesi differente e conseguentemente più ampia di quella suddetta.

Se è vero infatti che il termine "conferente" presuppone un effetto traslativo secondo il suo ordinario significato, va rilevato che non mancano nel nostro codice ipotesi in cui, pur essendo utilizzati dei termini tradizionalmente intesi come implicanti un effetto attributivo, essi siano stati in realtà successivamente interpretati dalla dottrina o dalla giurisprudenza in senso opposto.

Si potrebbe, in tal senso, far riferimento a due ipotesi:

- 1) rilascio dei beni ai creditori;
- 2) cessione dei beni ai creditori.

Non pare, prosegue giustamente l'autore, che gli elementi richiesti dall'art. 2645-ter siano espressione di tali principi e pertanto ne consegue che *potranno continuare ad essere riconosciuti in Italia anche trusts senza limiti di durata, in quanto conformi alla loro legge regolatrice.*

(19) In tal senso si veda, tra i primi commenti, quello di **S. Tondo**, *Per un'applicazione diretta di C. civ. art. 2645-ter c.c.*, in *CNN Notizie* 6 aprile 2006.

(20) **G. Vecchio**, *op. cit.*

Non dovrebbero sorgere dubbi in merito al significato da attribuire al termine rilascio e, ancor più, cessione.

Cionostante, entrambe le ipotesi producono, quale unico effetto, l'apposizione di un vincolo di destinazione *ex lege* sui beni dell'erede o del debitore, rendendo inopponibili ai relativi creditori atti di disposizione compiuti successivamente alla trascrizione dell'atto di rilascio o di cessione dei beni.

Se tutto ciò è vero, non dovrebbe allora escludersi la possibilità di ammettere atti di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* con effetto auto-segregante o, comunque, senza alcun effetto traslativo (21).

Ciò, a maggior ragione, tenendo conto che la stessa norma qui in esame, sembra avallare una interpretazione volta ad attribuire un'ampia autonomia privata alle parti contraenti (in questo senso si potrebbe far riferimento al concetto di "interessi meritevoli", ai quali il legislatore rimanda al fine di attribuire legittimità o meno del relativo atto di destinazione posto in essere dalle parti. Una nozione così ampia, infatti, parrebbe essere espressione di una volontà legislativa volta ad attribuire ai contraenti dell'atto di destinazione una notevole libertà negoziale).

In assenza dunque di una chiara e univoca interpretazione, tenuto conto altresì della mancanza di una espressa norma che vieti un effetto meramente segregativo e non traslativo, ci sia consentito affermare che non possa escludersi del tutto una interpretazione "ampia" in merito agli effetti che l'art. 2645-ter c.c. attribuisce al relativo atto di destinazione (22).

(21) In questo senso si veda anche M. Bianca, *op. cit.*, p. 1179 la quale afferma che soluzioni interpretative volte ad ammettere l'applicabilità propria dell'art. 2645-ter c.c. solo in presenza di una vicenda bilaterale tra conferente e beneficiario debbono essere considerate come un'eccessiva forzatura.

(22) Lo stesso Vecchio, infine, propone una ricostruzione della fattispecie di cui all'art. 2645-ter c.c. particolarmente interessante e innovativa rispetto a tutto quanto è stato sin qui detto sul tema.

L'A., infatti, ponendo in correlazione il testo della norma con il suo indice normativo afferma: "sin dalla testatina riassuntiva, e prescindendo dalla probabile origine iniziale della scelta legislativa (ci si riferisce alla proposta di legge n. 3972 del 2003 che riguardava solo soggetti affetti da handicap), mi appare possibile intendere che le pubbliche amministrazioni e gli altri enti o persone fisiche siano richiamati come "destinatari dei beni oggetto degli atti di destinazione", cioè come coloro che riceveranno i beni destinati a perseguire gli interessi riferibili a persone con disabilità". L'intento è dunque quello di restringere il portato della previsione *de qua* prevedendone la relativa applicazione solo nei casi in cui via sia un'attribuzione in capo ad un fiduciario-amministratore (P.A., altri enti o persone fisiche) per la realizzazione di interessi riferibili a persone con disabilità (unici possibili beneficiari).

In realtà, potrebbe forse affermarsi che mentre nel corpo del testo, sia pure con qualche forzatura, la tesi di un'eventuale destinazione a P.A., enti o persone fisiche per la realizzazione di interessi meritevoli riferibili a persone con disabilità, appare ammissibile, dalla lettura della testatina è possibile, viceversa, riscontrare alcuni dubbi in merito.

La norma infatti si riferisce espressamente ad atti (di destinazione) per la realizzazione di interessi riferibili a persone con disabilità, P.A., altri enti o persone fisiche.

Non sussiste quindi quella costruzione, qui avvertata, sintetizzabile secondo lo schema:

- 1) atti destinati a... P.A., persone fisiche o altri enti;
- 2) alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persona con disabilità, la quale consentirebbe di individuare nei soggetti di cui al punto 1 gli amministratori (e assegnatari) dei beni oggetto dell'atto di destinazione e, in quelli di cui al punto 2, gli unici beneficiari.

Inoltre se pure il termine "atti destinati" venisse connesso al periodo *sub 1*, credo che il secondo periodo rimarrebbe privo di una propria coerenza logica.

3. L'elemento oggettivo

La norma è stata anche sotto questo profilo al centro di un primo dibattito interpretativo in ordine alla possibilità di poter ammettere atti di destinazione aventi ad oggetto beni mobili, stante il chiaro richiamo che l'art. 2645-ter c.c. fa esclusivamente ai beni immobili e mobili registrati.

Le soluzioni "estreme" che sono state proposte sono evidentemente coerenti con le premesse inerenti la natura della norma, identificata, come detto, ora quale norma sulla pubblicità, ora come norma volta a disciplinare anche profili sostanziali.

Conseguentemente, nel primo caso si è ritenuta la necessità di contemplare esclusivamente le ipotesi espressamente previste, ossia quelle inerenti i beni sottoposti a trascrizione (23).

Altri, seguendo il secondo orientamento, hanno ritenuto di poter ampliare i beni suscettibili di essere ricompresi nella nuova fattispecie, quantomeno laddove si possa garantire una forma di pubblicità adeguata (24).

Riteniamo più favorevole la tesi volta a non escludere i beni mobili.

Coerentemente infatti con quanto detto *supra*, tenuto conto che non si tratta di una norma di fattispecie ma di una norma indicativa di una categoria di atti (25) essa non escluderebbe, per ciò stesso, i beni mobili. Si potrebbe infatti affermare che mentre gli atti in forma pubblica aventi ad oggetto beni immobili e mobili registrati (con le ulteriori caratteristiche indicate nell'art. 2645-ter c.c.) possono (nel senso sopra descritto) essere trascritti, gli altri atti di destinazione (dunque anche quelli inerenti beni mobili) non possono essere trascritti, senza però che questo influisca sulla loro validità e dunque sulla loro ammissibilità.

Problema differente, se pure consequenziale a quello sopra delineato, è il profilo della pubblicità del vincolo in presenza di beni mobili al fine di garantire la loro utilizzazione per gli scopi previsti.

Dovremmo infatti scrivere (e leggere):

"Atti destinati a P.A., persone fisiche, o altri enti... alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità".

Pur riconoscendo l'originalità della tesi qui criticata, e il conseguente interesse che essa suscita, la costruzione sintattica suindicata non "brillerebbe" come esempio di correttezza grammaticale.

"A" costituisce un complemento di termine: "per", un complemento di fine o di scopo.

Nella ricostruzione qui, in ipotesi avversata, si darebbe luogo viceversa, ove ammessa, ad una frase con due complementi di termine, volta ad ingenerare non pochi dubbi in merito.

Più lineare, sul piano grammaticale se pure non giuridico, appare allora sostenersi che la frase "sono destinati" regga il periodo successivo - espunto il profilo temporale della durata dell'atto di destinazione - ossia *"alla realizzazione di interessi riferibili a persone con disabilità, P.A., altri enti o persone fisiche..."*

D'altro canto proprio tenuto conto della testatina, se il Legislatore avesse voluto prendere in considerazione esclusivamente gli interessi inerenti persone con disabilità, non avrebbe forse dovuto e potuto scrivere *"trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità"*?

(23) R. Franco, *op. cit.*, p. 319.

(24) A. Falzea, *op. loc. cit.* il quale inoltre ritiene che per una tale apertura ci si possa giovare dell'ultimo inciso dell'art. 2915 c.c., nonché dell'inclusione nel vincolo dei frutti tra i beni destinati, G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione, op. cit.*

(25) In tal senso A. Falzea nel suo intervento alla tavola Rotonda di Roma, *cit.*

Interessante è l'ipotesi di poter richiamare quanto è stato detto sul punto in tema di fondo patrimoniale. Ove infatti sia garantita una forma di pubblicità che possa rendere palese il vincolo, *nulla quaestio* (26).

Si possono in questa sede prendere in esame le seguenti ipotesi:

1) quote di s.r.l. Con riferimento a questa fattispecie bisogna tener conto (27) dei nuovi artt. 2469 e 2470 c.c. i quali prevedono due differenti tipi di pubblicità (iscrizione nel registro imprese e iscrizione nel registro dei soci). Ciò, se pure le quote di s.r.l. siano state riconosciute quali beni mobili (28), consentirebbe di poter conoscere dell'esistenza di un eventuale vincolo e pertanto di garantirne l'opponibilità ai terzi *ex art. 2645-ter*.

Interessante pare altresì la possibilità, credo per la prima volta, di poter compiutamente ipotizzare una forma di fiducia germanistica nell'ambito delle s.r.l.

Mentre infatti nelle società per azioni, la natura giuridica delle azioni quali titoli di credito consentiva la configurabilità di una scissione tra proprietà e legittimazione, essendo il relativo rapporto incorporato nella *cartula*, sottoposta a sua volta ad una propria legge autonoma, tale vicenda appariva ben difficile nelle s.r.l. (29).

Il nuovo articolo 2645-*ter* c.c. consentirebbe invece di poter configurare quale "atto di trasferimento" previsto dall'art. 2470 c.c. anche l'atto unilaterale con il quale il conferente destina la propria partecipazione a vantaggio di un determinato soggetto affinché questi la amministri e ne ricavi i relativi frutti in vista di determinati scopi.

In questo caso, appunto, ferma la proprietà del titolare dovremmo riconoscere una legittimazione all'esercizio dei diritti, derivanti dalla quota sociale, in capo al "beneficiario":

2) titoli dematerializzati. Anche in questo caso non dovrebbero sorgere problemi di sorta.

Infatti l'art. 28 del d.lgs 24 giugno 1998, n. 213 - *Disposizioni per l'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale* - ha previsto la "trasformazione" dei titoli al portatore (si pensi ai titoli di Stato quali BPT o CCT) in

(26) Favorevole ad un'interpretazione estensiva A. Falzea, *op. cit.* Nello stesso senso M. Bianca, *op. cit.*, p. 1183 e G. Oppo, *op. loc. cit.*

(27) Per la medesima problematica in tema di fondo patrimoniale ma prima della Riforma del Diritto Societario, si veda *Trattato di diritto di Famiglia* (diretto da P. Zatti), vol. III, *Il regime patrimoniale della famiglia* (a cura di F. Anelli - M. Sesta), p. 574 e ss.

(28) Sebbene vada riconosciuto come, anche tra la giurisprudenza, sul tema sussistano differenti orientamenti. Infatti, a fronte di chi riteneva trattarsi di un diritto di credito verso la società (Cass., 23 agosto 1956, n. 3126; Cass. 11 luglio 1962, n. 1385; Cass. 28 febbraio 1964, n. 454), vi è stato un diverso orientamento volto a configurare la quota sociale come una complessa posizione contrattuale facente capo al socio (Trib. Roma 23 marzo 1998, in *Società*, 1988, p. 627; Cass. 23 gennaio 197, n. 697, in *Società* 1997, 647). Va comunque sottolineato che la più recente giurisprudenza sembra orientata, come detto, a individuare nelle quote sociali dei beni mobili, quantomeno in forza del criterio residuale racchiuso nella previsione di cui all'art. 812 c.c. (per tutte si veda Cass. 26 maggio 2000, n. 6957; Trib. Bologna 2 agosto 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 1044).

(29) In tema di intestazione fiduciaria si veda A. Jannuzzi, *Le società fiduciarie*, Milano, 1988, p. 65 e ss; U. Carnevali, *Negozio fiduciario*, in *Enc., giur.*, Treccani, XX, Roma 1990, p. 2.

titoli a legittimazione *sui generis* nominativa (30), consentendo pertanto mediante un sistema di iscrizioni contabili su appositi conti nominativi di poter fornire un'adeguata pubblicità in merito;

3) quote di società di persone iscritte nel registro imprese. Anche relativamente a quest'ultima fattispecie indipendentemente dalla natura giuridica (31) delle quote suddette, si potrebbe affermare che il vincolo (con o senza effetto traslativo) che si viene a porre in favore del beneficiario o del gestore, possa essere fatto rientrare nell'ambito di quelle modificazioni dei patti sociali sottoposte all'iscrizione nel registro imprese ai sensi dell'art. 2300 e 2315 c.c. per le s.n.c. e s.a.s. e ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 per le società semplici (iscrizione in apposita sezione speciale del R.I.).

Per quanto riguarda i beni mobili, sia consentita l'espressione, "puri" per i quali cioè non sussista alcuna forma di pubblicità (il denaro, ad esempio) le difficoltà appaiono maggiori.

Ci domandiamo però se l'apposizione, al momento della stipula dell'atto, di una condizione risolutiva avente ad oggetto l'utilizzazione dei beni per una determinata finalità possa essere considerata prevalente *ex art.* 1360 c.c. rispetto alla previsione di cui all'art. 1153 c.c. (32).

In tal modo laddove, ad esempio, il fiduciario che abbia ricevuto una determinata somma per una precisa finalità la distraiga, destinandola ad uso personale (acquisto appartamento abitativo), il disponente potrebbe recuperare la suddetta somma (probabilmente "tracciata" in virtù della normativa in tema di riciclaggio di denaro sporco) presso il venditore originario.

Pur consapevole della opinabilità della tesi mi domando ancora se possa trovare applicazione, in forma estensiva, l'art. 2038 c.c.

In particolare il comma secondo il quale prevede che chi ha alienato la cosa ricevuta in mala fede (conoscendo pertanto l'obbligo di restituirla ma, potrebbe dirsi, anche l'obbligo di destinarla) ha l'obbligo di restituirla in natura o di corrisponderne il valore (dunque il *tantundem eiusdem generis*). Ma,

(30) In questo senso A. Nicolini, *Fondo patrimoniale*, in *Notariato*, 1998, p. 453.

(31) Si veda in tal senso R. Costi - G. Di Chio, *Società in generale, società di persone, associazione in partecipazione*, in *Giurisprudenza Civile e Commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1980.

(32) Ciò anche alla luce di un possibile nuovo orientamento circa la validità o meno di una condizione risolutiva di non alienare (o di non disporre se non in certo modo). Interessante appaiono in tal senso le osservazioni di G. Petrelli, *op. loc. cit.*, il quale afferma che il nuovo art. 2645-ter c.c. e l'opponibilità del vincolo che ne deriva possa offrire "il destro ai fini della soluzione del problema della validità o meno della deduzione in condizione risolutiva dell'alienazione del bene, la cui circolazione si vuole impedire...". affermando successivamente "Oggi, la nuova disciplina sopra esaminata (il nuovo art. 2645ter, N.d.A.) consente di rispondere in senso diametralmente opposto, purché il divieto di alienazione sia accompagnato da un vincolo di destinazione, in presenza di altre condizioni richieste dall'art. 2645ter c.c.: è possibile quindi trasferire la proprietà di un bene immobile, vincolandolo ad un determinato scopo collegato all'interesse di un beneficiario, e prevedere nel contempo che l'alienazione del medesimo bene, in quanto contrastante con lo scopo di destinazione, costituisca condizione risolutiva del trasferimento".

Per quanto riguarda il tradizionale problema della invalidità della condizione risolutiva di non alienare si veda E. Moscati, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5 e A. Di Mauro, *Condizioni illecite e testamento*, Napoli, 1995, p. 134 e ss.

prosegue la norma, colui che ha pagato l'indebitato (33) può esigere il corrispettivo dell'alienazione e può anche agire direttamente per conseguirlo.

Accogliendo questa riflessione il conferente, fermo ed impregiudicato l'acquisto del terzo dal fiduciario, potrebbe rivalersi sul bene o sui beni acquistati dallo stesso fiduciario con il denaro oggetto dell'atto di destinazione.

Ancora, potremmo sostenere che oggetto dell'atto di destinazione sia divenuto il bene o i beni acquistati "indebitamente" dal fiduciario, verificandosi un'ipotesi di surrogazione reale (*res succedit in locum pretii*) (34).

Le conclusioni suesposte, d'altro canto, potrebbero risultare utili anche con riferimento alle ipotesi di atti di destinazione aventi ad oggetto beni immobili e pertanto debitamente trascritti.

Uno dei punti più controversi, infatti, appare essere quello volto ad individuare le conseguenze della distrazione dei beni conferiti e dei loro frutti dal fine di destinazione previsto.

Ove il fiduciario del bene immobile abbia disposto dello stesso *contra voluntatem* del conferente, il relativo atto, stante la priorità della trascrizione del negozio di destinazione, sarebbe inopponibile al conferente ed ai beneficiari da quest'ultimo individuati.

(33) Potremmo considerare tale il "conferente", nell'atto di destinazione, il quale si trovi di fronte ad un atto di disposizione, posto in essere dal fiduciario, e destinato a perseguire finalità differenti rispetto a quelle pattuite.

In questa circostanza, l'attribuzione originaria dei beni realizzata dal fiduciante a favore del fiduciario, potrebbe considerarsi ormai divenuta indebita, non essendo più tale attribuzione sorretta da una causa giustificatrice. Si tratterebbe pertanto di una ipotesi di *restituito indebiti ob causam finitam*.

(34) Una conferma della validità della suesposta tesi potrebbe derivare dal fatto che la norma preveda espressamente che oggetto del bene siano anche i frutti che, nel caso di specie, potrebbero essere riferiti anche al prezzo ricavato o ai beni acquistati mediante permuta di altri beni o mediante acquisto pagato con denaro derivante dalla vendita di beni costituiti originariamente a destinazione di un determinato scopo *ex art. 2645-ter c.c.*

In merito all'ammissibilità di una surrogazione reale assume valore quanto è stato sostenuto in merito all'ipotesi di accettazione con beneficio d'inventario. Sul presupposto infatti della funzione del suddetto istituto (tutelare l'entità del patrimonio ereditario al fine di soddisfare i diritti dei creditori e dei legatari), in relazione a quanto emerge dalla lettura congiunta degli artt. 490 e 496 c.c., si arriva ad affermare che una siffatta tutela non possa venir meno nel caso in cui il bene (ereditario) sia alienato, in quanto in tal modo non si può certo ritenere che siano state soddisfatte le ragioni dei creditori e dei legatari per i quali è stata preordinata, come si è detto, la tutela stessa.

Si afferma pertanto che debba ritenersi assistersi ad un fenomeno di surrogazione reale, con la conseguenza che il bene successivamente acquistato assumere la medesima natura ereditaria (Cfr. in tal senso **Grosso e Burdese**, *Le Successioni*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da F. Vassalli, p. 45; **G. Santarcangelo**, *La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale*, vol. III, *Scomparsa, assenza e istituti successori*, Milano, 1986, p. 510).

Ci si potrebbe allora domandare quale sia la funzione ultima dell'art. 2645-ter c.c. se non quella, al fine di assicurare la piena realizzazione di determinati interessi ritenuti meritevoli, di tutelare i terzi creditori in ordine alla possibilità di poter rivalersi sui beni "destinati". In questo senso, sembra dare conferma la previsione contenuta nell'ultima dell'art. 2645-ter c.c. la quale statuisce "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 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

Più in generale sulla surrogazione reale quale tecnica di conservazione del vincolo di destinazione si veda *Amministrazione e controlli nei patrimoni destinati*, 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 B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2003, p. 243 e ss.

Problemi maggiori, viceversa, potrebbero porsi nell'ipotesi in cui il conferente attribuisca il bene ad un fiduciario affinché questi lo alieni e destini il ricavato ad una certa finalità.

In caso di distrazione di tali somme (ferma la validità dell'atto di alienazione del bene in quanto avvenuto in esecuzione di quanto previsto nell'atto di destinazione) si è affermato che dovrebbe derivarne uno scioglimento del vincolo di destinazione con la conseguente caducazione dell'effetto di separazione in capo al fiduciario e con l'obbligo, da parte di quest'ultimo, di rispondere con tutti i propri beni delle obbligazioni risarcitorie derivanti dalla mancata attuazione di quanto disposto nell'atto di destinazione.

Tali conclusioni potrebbero essere oggetto di alcune critiche.

Infatti, il legislatore laddove ha voluto prevedere la decadenza dal beneficio della separazione lo ha fatto *expressis verbis*.

In questo senso soccorrono le previsioni di cui all'art. 484 c.c. in tema di accettazione con beneficio d'inventario e l'art. 2447-*quinquies* c.c. per quanto riguarda i patrimoni destinati ad uno specifico affare o, ancora, l'art. 2462 c.c. in tema di srl unipersonale.

Ne consegue, a nostro giudizio, l'inapplicabilità di una tale sanzione. Ci si potrebbe domandare viceversa se le parti, nella loro autonomia, possano prevedere un tale effetto.

Nonostante la tesi favorevole di alcuni autori, ritengo che l'autonomia privata incontri dei limiti invalicabili non soltanto nelle norme di legge ma anche nella tutela degli interessi di soggetti terzi (principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui *ex art. 1372 c.c.*). Una previsione volta a far venire meno l'effetto segregativo per volontà delle parti, potrebbe inficiare infatti la posizione di quei creditori (terzi) i quali, facendo affidamento sulla possibilità di potersi rivalere su determinati beni in via esclusiva, hanno contrattato con il fiduciario. Ove, poi, successivamente quest'ultimo abbia abusato della propria posizione nei modi suindicati, il venir meno della segregazione comporterebbe la possibilità anche da parte dei creditori personali del fiduciario di potersi rivalere su tali beni.

La medesima situazione critica potrebbe determinarsi in capo ai creditori personali del fiduciario i quali, facendo affidamento sul fatto che dei debiti contratti da quest'ultimo allo scopo di dare attuazione all'atto di destinazione, avrebbero risposto solo i beni in tal senso appositamente attribuitigli, abbiano liberamente concesso credito sulla base del suo personale patrimonio. La decadenza dalla segregazione patrimoniale comporterebbe, infatti, una confusione dei "patrimoni" e dunque la possibilità per i creditori "destinati" di aggredire anche i beni del patrimonio personale del fiduciario, con evidente pregiudizio per gli altri creditori (35).

(35) Ma si veda anche quanto pronunciato da M. Maltoni, *Il problema della effettività della destinazione*, durante un Convegno tenutosi a Rimini il 1 luglio 2006, già richiamato, il quale con riferimento al diverso problema di come tutelare i creditori del conferente di fronte ad una segregazione dolosa sostiene l'utilizzabilità di due strumenti:

- a) l'esercizio dell'azione revocatoria;
- b) l'esercizio dell'azione volta a far valere la simulazione.

Diverse, probabilmente, potrebbero essere le conclusioni, sulla base di quanto fin qui detto, in caso di creazione di un vincolo su singolo bene del conferente, che rimane di sua proprietà, al fine di porlo al servizio di un beneficiario.

Appare infatti non ledere gli interessi di terzi, la previsione, inserita nel contratto di destinazione, con la quale si stabilisca che qualora il beneficiario destini il bene a diversa finalità, venga meno l'effetto segregativo in capo al conferente e, con esso, il relativo vincolo a vantaggio del beneficiario. In questo caso infatti gli effetti negativi suddetti colpiscono esclusivamente l'autore della condotta negativa (i.e. il beneficiario) e dunque paiono conformi al principio di autoresponsabilità (*cuius commoda eius et incommoda*).

D'altro canto, a ben riflettere, limitate sembrano le ipotesi di applicazione della fattispecie suindicata relativamente a beni mobili.

Un'ipotesi non del tutto peregrina potrebbe derivare dal caso in cui oggetto dell'atto di destinazione così configurato sia il denaro.

Che tipo di diritto viene riconosciuto al beneficiario? Quello di prelevare determinate somme dal conto altrui per destinarle a spese o esigenze di vita?

Potremmo allora affermare che si sia in presenza di una ipotesi di rendita vitalizia costituita mediante la segregazione, dal patrimonio del costituente, di una determinata somma presente, da incrementare con somme future (36), le cui fonti dovrebbe risultare certe, con attribuzione al beneficiario di un diritto di credito corrispondente.

(36) Con riferimento alla destinazione di beni futuri, dubbi possono porsi in merito all'applicazione dell'art. 771 c.c.

Un autore (G. Petrelli, *op. loc. cit.*) osserva che potrebbero seguirsi le stesse conclusioni raggiunte sul punto in tema di fondo patrimoniale.

Come noto, infatti, in tema di fondo patrimoniale, è stata ammessa l'ipotesi suindicata laddove l'atto costitutivo non possa configurarsi quale atto gratuito in quanto posto in essere dai coniugi stessi. In questo caso, infatti, non si determina un arricchimento dei destinatari dell'attribuzione, in quanto questi ultimi coincidono con il costituente del fondo patrimoniale.

In realtà, con riferimento all'art. 2645-ter c.c., ritengo che sarebbe necessario scindere almeno quattro ipotesi:

1) atto di destinazione con attribuzione dei beni ad un fiduciario affinché li amministri a vantaggio di terzi beneficiari.

In tale circostanza saremmo in presenza di una sorta di *causa fiduciae* che giustifica l'attribuzione a favore del gestore dei beni e pertanto riterei ammissibile la costituzione di atti di destinazione aventi ad oggetto beni futuri stante la generale previsione di cui all'art. 1348 c.c. Interessante notare, sia pure in via incidentale, che, viceversa, l'attribuzione a favore dei beneficiari si configura come una ipotesi di liberalità atipica con le relative conseguenze, ad esempio, in merito all'art. 737 c.c. in tema di collazione ove ne ricorrano i presupposti soggettivi e, ancora, con riferimento all'art. 778 c.c.

Ove infatti il costituente decidesse di costituire l'atto di destinazione mediante procura, in forza del combinato disposto dell'art. 809 e 778 c.c. ne deriverebbe la necessità di individuare il beneficiario o quantomeno il gruppo di soggetti all'interno del quale nominare il beneficiario al momento della costituzione. E ciò anche con riferimento ai beni oggetto dell'atto di cui all'art. 2645ter.

2) atto di destinazione con autosegregazione a vantaggio di un beneficiario. In questo caso l'applicabilità (o meno) dell'art. 771 c.c. appare più complessa. Da una parte infatti potrebbe sostenersi che non sussistano le condizioni per la sua applicazione dal momento che la donazione presuppone un effetto traslativo che nel caso di specie manca.

D'altra parte se è vero che la *ratio* dell'art. 771 c.c. è quella di evitare atti di prodigalità e dunque di evitare che il soggetto "disponga" (in questo caso da intendersi in senso lato) di beni di cui non abbia ancora la disponibilità, pare che possano sussistere le ragioni per applicare

Laddove si riuscisse a dimostrare la distrazione di tali somme ne deriverebbe l'estinzione del vincolo così come costituito.

4. *L'Elemento soggettivo*

Un punto di interesse, sul tema in esame, può essere rappresentato dalla eventualità che il beneficiario o i beneficiari vengano individuati in un momento successivo rispetto a quello volto a creare un vincolo di destinazione.

l'art. 771 c.c. a meno che non si voglia ritenere che la norma in quanto limitativa dell'autonomia privata è da considerarsi eccezionale e pertanto insuscettibile di applicazione analogica ex art. 14 disp. prel. c.c.

3) atto di destinazione con il quale il disponente attribuisce il bene al beneficiario vincolandolo ad un certo uso.

In questo caso potrebbe richiamarsi quanto affermato in tema di fondo patrimoniale in ordine, appunto, all'applicabilità dell'art. 771 c.c.

Pertanto laddove il beneficiario sia un terzo, si verifica un'ipotesi sussumibile nell'ambito dell'art. 771 c.c. e conseguentemente vietata.

Laddove il disponente sia anche il fiduciario, saremmo in presenza di un'ipotesi di autosegregazione simile a quella che si verifica ove i coniugi destinino beni, di cui entrambi sono già titolari, in fondo patrimoniale con conseguente trascrizione solo del vincolo ex art. 2647 c.c. Dunque, potremmo ammettere beni futuri.

4) la norma sembrerebbe avallare anche un'ulteriore ipotesi quale quella di un atto unilaterale con il quale il disponente assume un vincolo di destinazione passivo in relazione al quale, lo stesso costituente non mantiene un ruolo attivo di gestione, similmente a quanto avviene nel c.d. *trust*-autodichiarato, limitandosi ad un *pacti* a favore di un terzo beneficiario.

Si può ipotizzare l'assoggettamento di un castello di proprietà del disponente a vantaggio del Comune affinché questo lo destini a museo. In questa circostanza la natura unilaterale dell'atto e un eventuale scopo "donativo" sembrano porre una serie di incertezze all'interprete.

A fronte di chi (F. Patti, *op. cit.*, p. 982) ha sostenuto, nel caso di specie, che, allorquando l'atto di destinazione assume il contenuto sostanziale di una liberalità diretta, non sussistono dubbi sulla necessità dell'intervento dei testimoni, credo sia necessario esaminare il disposto di cui all'art. 769 c.c. il quale, come noto, definisce la donazione come "il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione".

Bisogna allora tener conto del fatto che nel nostro ordinamento vige il principio generale della contrattualità della donazione. L'unica deroga, espressamente prevista in quanto è lo stesso art. 785 c.c. a non richiedere l'accettazione, pare essere rappresentata dalla donazione obnuziale la quale secondo la prevalente dottrina (A. Torrente, *La donazione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cici e Messineo, 1956, p. 460 e ss; B. Biondi, *Le donazioni*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 790; M. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. II, Torino, 1965, p. 702; Messineo, *Manuale dir. civ. e comm.*, vol. III - Parte Prima, Milano, 1951, p. 30) si perfeziona al momento in cui la volontà del donante viene a conoscenza del donatario ex art. 1334 c.c. (ponendosi, infatti, il matrimonio come mera condizione sospensiva).

Dovremmo allora ritenere che la fattispecie di atto di destinazione unilaterale con intento donativo possa rientrare nell'ambito delle liberalità poste in essere con atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c., similmente a quanto previsto in tema di remissione del debito ex art. 1236 c.c. (in questo caso potremmo inoltre ammettere l'applicabilità dello schema di cui all'art. 1333 c.c. in tema di contratto con obbligazioni del solo proponente il quale, viceversa, come noto, non può trovare applicazione in tema di donazioni stante il chiaro disposto dell'art. 782, comma secondo e terzo, c.c. secondo il quale la donazione si perfeziona solo con l'accettazione del donatario e il donante può revocare la sua proposta fino a quando la donazione non sia perfetta).

Sul punto riterrei, unitamente a una parte della dottrina (37), che non sembrano sorgere profili negativi.

Uno spunto di ulteriore riflessione in merito alla disciplina da applicare (o da prevedere in via convenzionale al momento della stipula dell'atto), potrebbe derivare da un richiamo alle categorie tradizionali del diritto civile.

Ci riferiamo precisamente a due ipotesi:

a) nel caso dell'atto di destinazione con attribuzione immediata dei beni al fiduciario, fatta salva la individuazione dei beneficiari in un momento successivo, potremmo far riferimento alla disciplina di cui agli artt. 1411 e ss. c.c.

Mi sembra infatti sussistano tutti gli elementi tipici caratterizzanti il contratto a favore di terzo, tanto con riferimento al gestore il quale si impegna (eventualmente dietro corrispettivo) a gestire i beni assegnatigli e a garantire la loro utilizzazione a favore del beneficiario, quanto per ciò che concerne la posizione dello stipulante e quella del beneficiario stesso.

In particolare, con riferimento allo stipulante ("conferente" *ex art. 2645-ter c.c.*) sarà possibile, di volta in volta, individuare il c.d. interesse dello stipulante di cui all'art. 1411 c.c. Crediamo anzi che esso costituisca elemento determinante per giustificare l'effetto segregativo, dovendo esso essere letto in stretta correlazione, se non in termini di sovrapposizione, con gli interessi meritevoli di cui all'art. 2645-ter c.c.

Sarà cioè questo interesse, volto a giustificare il vantaggio patrimoniale del terzo/beneficiario, a legittimare l'atto di destinazione posto in essere.

Per quanto riguarda il beneficiario non pare sussistano elementi particolari che possano escludere una sostanziale coincidenza con la figura del terzo nell'ipotesi prevista dagli artt. 1411 e ss. del c.c.

Quanto detto, ove sia ritenuto valido, porta ad ulteriori immediate conclusioni.

Ad esempio, si potrebbe sostenere che laddove il terzo non venga individuato entro il termine previsto, da parte del conferente (stipulante) o, ancora, laddove il terzo rifiuti il vantaggio patrimoniale, la "prestazione" possa andare a favore dello stesso costituente, salvo che ciò sia escluso dalla volontà delle parti o impossibile in relazione alla natura della prestazione.

In realtà, dovrebbero nutrirsi alcune perplessità sul punto. Non va dimenticato infatti che è proprio la meritevolezza dell'interesse realizzato dallo stipulante, in relazione alla persona del beneficiario, a "giustificare" gli effetti propri di cui all'art. 2645-ter c.c.

Ne consegue, quindi, molto più probabilmente, che in caso di mancata indicazione dei beneficiari il negozio venga meno in quanto viene meno l'interesse che lo giustifica (38), ciò senza che sussista la necessità di

(37) Si vedano in proposito le osservazioni di G. Petrelli, *op. cit.*, 674 il quale però ritiene che laddove i beneficiari non vengano successivamente individuati sia necessario, al fine di evitare l'esistenza del vincolo in modo permanente, l'inserimento di un'apposita disposizione in tal senso, stabilendo la risoluzione del vincolo.

(38) D'altro canto, con riferimento ad un'ipotesi applicativa simile a quella ipotizzata nel testo, nell'ambito del contratto a favore di terzi si può immaginare il caso di costituzione a

una espressa previsione in tal senso nel contenuto dell'atto istitutivo del vincolo (39).

L'applicazione della disciplina propria dell'art. 1411 c.c. comporterebbe inoltre l'impossibilità di individuare il beneficiario con atto *mortis causa* salva l'ipotesi di cui all'art. 1920 c.c.

Infatti, in caso opposto, si darebbe luogo ad un patto successorio vietato ex art. 458 c.c. (40).

Infine, applicando lo schema del contratto a favore di terzo, dovremmo ammettere un atto di destinazione con il quale venga assegnato, in ipotesi, un complesso alberghiero ad un gestore affinché questi lo amministri e, al momento della morte, del disponente lo assegni al beneficiario.

Infatti, come da tempo riconosciuto dalla dottrina l'ipotesi di contratto con prestazioni da eseguire dopo la morte dello stipulante si configura in realtà come un contratto *inter vivos* in cui il beneficiario acquista immediatamente il diritto alla relativa prestazione e la morte dello stipulante costituisce semplicemente il momento in cui essa debba essere eseguita (41);

b) nel caso di vincolo unilaterale a favore di un terzo (42) non ancora identificato, anche se determinabile, si potrebbe pensare alla disciplina di cui all'art. 1989 c.c. ossia quello della promessa al pubblico, con tutte le conse-

favore del fondo del terzo di una servitù. In caso di rifiuto del terzo, non potendo la prestazione essere "utilmente" eseguita a favore dello stipulante per il noto principio del *nemini res sua servit*, si determina il venir meno della vicenda contrattuale.

(39) A medesime conclusioni dovrebbe altresì giungersi, come detto, laddove il beneficiario, una volta individuato, dovesse rifiutare.

Tenendo conto di tali rilievi, peraltro, ritengo non sia preclusa l'applicabilità dello schema di cui agli art. 1411 e ss. c.c.

Sembrerebbe viceversa escludere le conclusioni suesposte B. Grasso, *op. cit.*, p. 1195 il quale afferma che il beneficiario "diviene titolare dello stesso diritto che sarebbe, invece, stato acquisito dallo stipulante in mancanza della clausola di deviazione in cui consiste la "stipulazione" a suo favore e, perciò, non può essere destinatario di un beneficio (alla cui realizzazione è strumentale la titolarità del diritto reale) di cui potrebbe essere, indifferenemente, destinatario lo stesso disponente (stipulante) (nel caso in cui il terzo non intendesse profittare della stipulazione a suo favore)".

(40) Ciò quantomeno secondo la dottrina prevalente. Si veda in tal senso G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 309 in particolare; M. Ieva, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. Not.*, 1988, I, p. 1139 ss.; F. Magliulo, *Il divieto del patto successorio istitutivo nella pratica negoziale*, in *Riv. Not.*, 1992, I, pp. 1418-1433.

(41) Si veda per tutti F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali*, 1997, Napoli, p. 223.

(42) Con riferimento al vincolo di destinazione unilaterale mi sia consentito dissentire dell'opinione di chi (F. Paffi, *op. cit.*, p. 978) sembrerebbe attribuire una maggiore utilità allo schema bilaterale previsto dall'art. 2645-ter c.c. sostenendo che, per assicurare la concreta realizzazione dello scopo o utilità perseguiti dal disponente, dovrebbe ritenersi necessaria l'individuazione di determinati soggetti che sopravvivano al disponente stesso e sui quali, gravino determinate obbligazioni il cui adempimento assicuri l'utilizzo del bene in conformità al fine per il quale esso è stato sottoposto a vincolo.

Si potrebbe affermare, viceversa, che non possa riconoscersi *ex ante* una maggiore utilità alla figura contrattuale dell'atto di destinazione ma che essa vada, semmai, ricercata caso per caso. Non è possibile cioè escludere che, in relazione a determinate fattispecie, possa individuarsi un maggiore vantaggio dall'utilizzazione dello schema unilaterale dell'atto di destinazione. In questo senso si pensi alla volontà del disponente di vincolare il proprio immobile, ferma la proprietà dello stesso, affinché la convivente *more uxorio* ne abbia il godimento sotto condizione risolutiva dell'interruzione del rapporto di fatto.

guenza sul piano della disciplina (43) ovvero, ad un'ipotesi rientrante nell'ambito dell'art. 1987 c.c. (44), ove il beneficiario sia già individuato.

Conseguentemente in quest'ultimo caso, il negozio dovrebbe considerarsi vincolante ed efficace al momento in cui giunge a conoscenza del destinatario ai sensi degli artt. 1334 e 1335 c.c.

Nella prima ipotesi, viceversa, le problematiche classiche sottese all'individuazione del momento in cui vada individuato il sorgere dell'obbligazione (45), farebbero ritenere, con riferimento al momento in cui debba considerarsi sorto l'effetto segregativo proprio dell'art. 2645-ter c.c., che esso possa essere accertato esclusivamente nella fase in cui il beneficiario sia stato individuato.

Se infatti gli effetti propri della fattispecie *de qua* devono essere sorretti da un interesse meritevole effettivo, è solo nel momento in cui la destina-

(43) Si ipotizzi in tal senso un atto di destinazione avente ad oggetto un immobile da adibire a sede ove svolgere attività di ricerca a favore dell'ente (di ricerca) che risulterà assegnatario di un determinato progetto scientifico finanziato dallo Stato o da una Società privata. Ulteriore corollario dell'applicazione dell'art. 1989 c.c. al caso *de qua* è rappresentato dal fatto che in mancanza di un termine, l'atto perde i suoi effetti (e dunque può essere revocato) se entro un anno non venga individuato il relativo beneficiario.

(44) Potremmo pensare in tal senso ai c.d. "atti unilaterali d'obbligo". Critico in tal senso appare F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *www.judicium.it*. L'illustre Autore sottolinea che il legislatore non lo prevede espressamente e che il termine atto in luogo di contratto non sembra essere il risultato di una meditata presa di posizione, se si considera l'assoluta vaghezza che contraddistingue la norma sul piano disciplinare. Si richiama ancora, a sostegno della tesi, il principio della intangibilità della sfera giuridica altrui ed il fatto che, mediante un accordo espresso con il beneficiario, si tutelerebbe la posizione dei creditori del conferente imponendogli di indicare espressamente quell'interesse meritevole di tutela che solo giustifica la riduzione per il ceto creditorio della relativa garanzia patrimoniale generica costituita dal patrimonio del conferente.

Sia pure modestamente, mi permetto di dissentire dall'opinione suesposta.

Non sembrerebbe necessaria, infatti, un'espressa previsione al fine di configurare un'ipotesi di negozio unilaterale (in merito vale ricordare quanto è stato affermato da alcuni - M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. III, 2000, p. 13 e ss. - i quali sottolineano come si sia venuta svaluando l'idea tradizionale della esclusività del contratto quale strumento idoneo a fondare effetti giuridici destinati a ripercuotersi nei confronti di soggetti non partecipanti all'atto, profilandosi il principio per cui non solo il contratto ma, più in generale, il negozio potrebbero comunque produrre effetti nei confronti dei terzi, purché a tali effetti non sia collegato un qualsivoglia pregiudizio del destinatario, e salva, in ogni caso la facoltà di rifiuto di quest'ultimo. D'altro canto, pur non ammettendo le suesposte conclusioni, si potrebbe comunque richiamare lo schema di cui all'art. 1333 c.c.).

Inoltre, il legislatore nel configurare il negozio di destinazione come "atto", non sembra prendere posizione sulla necessità di un accordo. Infine, non ritengo che l'esigenza di tutela dei creditori imponga una vicenda bilaterale, infatti:

a) anche in presenza di un accordo nulla esclude che il beneficiario sia una semplice "testa di legno", senza perciò garantire i creditori della fondatezza dell'interesse apparentemente esistente;

b) se è vero che per il ceto creditorio non è prevista una specifica tutela, ciò non esclude che possa ricorrersi ai normali mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale quali l'azione revocatoria o l'azione di simulazione. In particolare con riferimento a quest'ultima, si tenga in considerazione quanto indicato dall'art. 1414, comma terzo, c.c. il quale prevede la possibilità di un accordo simulatorio tra l'autore di un negozio unilaterale e il destinatario degli effetti di tale negozio qualora si sia in presenza di un negozio recettizio (si veda sul punto anche M. Maltoni, *op. cit.*, p. 4).

(45) Si veda per una completa panoramica M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. IV, Milano, 2003, p. 55 e ss.

zione prevista possa realizzare in concreto il relativo interesse che il vincolo può ritenersi definitivamente costituito, con conseguente lesione della posizione dei creditori del "conferente".

Infine, altro aspetto interessante potrebbe essere rappresentato dalla possibilità di poter far coincidere il soggetto "conferente" con il soggetto beneficiario, secondo uno schema strutturale di autodestinazione.

Una parte della dottrina (46) ha sostenuto la tesi negativa sia in quanto ciò comporterebbe la violazione di un principio di origine romanistica applicato per le servitù (*nemini res sua servit*), sia perché in tal modo vi sarebbe un'utilizzazione della fattispecie in esame a scopo sicuramente fraudolento in quanto l'unica ragione della autodestinazione sarebbe quella di sottrarre i relativi beni all'aggressione da parte dei propri creditori.

In realtà, riteniamo potrebbe affermarsi che:

a) il principio *nemini res sua servit* non trovi applicazione nel caso di specie proprio grazie al fenomeno dell'auto segregazione la quale importerebbe, sia pure come mera *factio iuris*, la creazione di un patrimonio autonomo ed a sé stante assimilabile, sul piano degli effetti, a quello facente capo all'erede che abbia accettato con beneficio d'inventario;

b) il perseguimento di uno scopo fraudolento va comunque verificato di volta in volta e non credo possa costituire una ragione pregiudiziale ai fine dell'applicabilità dell'art. 2645-ter c.c., senza possibilità di poter dare la prova del contrario. Si potrebbe in tal senso ipotizzare l'auto-segregazione di un immobile con utilizzazione dello stesso a scopo locativo e correlata destinazione delle pigioni a vantaggio di un'attività d'impresa svolta dallo stesso conferente. In tal modo il conferente-imprenditore avrebbe la certezza che il suddetto immobile resti non aggredibile da parte dei propri creditori personali ordinari, consentendogli di poter svolgere con maggior sicurezza e con maggior solidità economica la propria attività d'impresa

5. La meritevolezza dell'interesse

Un altro punto rilevante, considerata la sua genericità, e pertanto oggetto di maggiori interventi dottrinari, è rappresentato dalla esatta individuazione del concetto di meritevolezza di interesse.

Si potrebbe affermare in proposito che mai come in questa fattispecie ci troviamo di fronte ad una vicenda al tempo stesso tipica e atipica.

Infatti il legislatore con la previsione di cui all'art. 2645-ter c.c. sembra aver tipizzato la c.d. *causa fiduciae* la quale consiste nell'affidamento del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario (o, nel nostro caso del beneficiario); più specificatamente, tale causa si concreta nella creazione di una posizione fiduciaria, nel senso che il fiduciario deve utilizzare la titolarità del diritto reale che gli viene trasferito per un fine più ristretto di ciò che la tito-

(46) M. Bianca, *op. cit.*, p. 1183.

larità stessa comporterebbe, in modo tale da rendergli possibile quel dato comportamento in ordine al diritto attribuitogli.

Effetto e funzione che il legislatore ha riconosciuto espressamente: l'effetto limitativo dell'attribuzione al fine di realizzare un certo obiettivo costituisce, in altri termini, la causa giustificatrice dell'effetto reale (47).

Manca però l'interesse sotteso alla causa, il quale unico può definitivamente sancire la validità dell'intera vicenda (48).

Su questo punto il legislatore sembrerebbe non aver preso posizione, lasciando in ultima analisi alle parti l'individuazione di quell'interesse che "riempia" la funzione segregativa che l'art. 2645-ter c.c. riconosce espressamente all'atto di destinazione.

In particolare, con riferimento al concetto di meritevolezza degli interessi la dottrina si è mossa in due direzioni:

a) da un parte (49), raccogliendo le tesi tradizionali, ha sostenuto che meritevolezza sia espressione di mancanza di illiceità. Ciò comporterebbe

(47) Per le interessanti riflessioni sul punto si veda in particolare C. Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1936, I, p. 345 e ss.

La tesi che qui si intende sostenere comporta, d'altro canto, che un'eventuale mancanza di meritevolezza in ordine agli interessi sottesi all'atto di destinazione, verrebbe ad incidere direttamente sulla validità della vicenda negoziale, determinandone la nullità.

Si potrebbe forse valutare se, tenuto conto della volontà delle parti, possa prevedersi una conversione del negozio dalle stesse posto in essere, in una fattispecie "minore" quale quella del negozio fiduciario di tipo classico (fiducia romanistica), con conseguente salvezza dell'eventuale effetto traslativo in capo al fiduciario e relativa insorgenza di un'obbligazione, in capo a quest'ultimo, volta a definire, nei rapporti interni con il fiduciante, la relativa attribuzione patrimoniale.

La lettura sin qui proposta in merito alla funzione della meritevolezza degli interessi quale parametro di giudizio dell'atto negoziale stesso è stata indicata anche da G. Vettori, relazione svolta durante la Tavola Rotonda svoltasi a Roma il 17 marzo 2006, *cit.*

Diversa è viceversa la posizione di M. Nuzzo, relazione svolta durante la Tavola Rotonda tenutasi a Roma il 17 marzo 2006, *cit.*, il quale ritiene che la suindicata meritevolezza degli interessi si ponga quale parametro di giudizio dell'effetto di opponibilità del vincolo nascente dall'atto di destinazione.

D'altro canto, laddove si ammettesse quanto sopra indicato in ordine ad una possibile applicabilità dell'art. 1424 c.c., l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi in merito alla funzione della meritevolezza degli interessi, avrebbe conseguenze minori sul piano degli effetti nascenti dal negozio posto in essere dalle parti per la realizzazione di interessi non meritevoli di tutela: in ogni caso, infatti, si darebbe luogo ad una classica ipotesi di negozio fiduciario (ferma restando l'applicabilità dell'art. 1344 c.c. qualora le parti tramite il negozio attributivo del bene intendessero perseguire interessi non soltanto non meritevoli di tutela ma addirittura illeciti).

(48) Interessante notare che la ricostruzione che si sta tentando qui di dare sembra coincidere con quella prospettata da coloro che, una volta riconosciuta l'ammissibilità di una *causa fiduciae*, affermavano, già prima della norma in esame, che *data l'unità del negozio e la sua causalità, il negozio fiduciario è atipico ed è ammissibile tutte le volte in cui l'effetto obbligatorio che coincide con la causa dell'attribuzione è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c.* (sul punto si veda U. Carnevali, *op. cit.*, p. 4).

Il legislatore, allora, con il nuovo art. 2645-ter sembrerebbe aver raccolto tali suggestioni rendendo il negozio tipico (riconoscendo il negozio fiduciario) senza però "riempire" questa tipicità mediante l'individuazione delle ipotesi in cui diviene meritevole l'uso di tale strumento giuridico e dei suoi effetti (ed infatti viene richiamata espressamente una norma fondamentale per dare riconoscimento nel nostro ordinamento a fattispecie atipiche *tout court* quale l'art. 1322 c.c.)

(49) Per tutti P. Shlesinger, *Atti istitutivi di vincoli di destinazione. Riflessioni introduttive*, p. 4, (intervento al convegno *Trust, atto di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e altri strumenti di separazione del patrimonio*, tenutosi a Milano il 22 maggio 2006).

l'ammissibilità nel nostro ordinamento di atti di destinazione volti alla realizzazione di qualunque interesse purché non contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume;

b) tesi differente è stata sostenuta da coloro che hanno affermato che l'utilizzazione del vincolo di destinazione dovrebbe essere limitata "alla sola ipotesi di attuazione di scopi di solidarietà e non per tutelare ogni interesse lecito del disponente (50)".

Tale osservazione è stata sostenuta avuto riguardo alla stessa lettera della legge, la quale si richiama a interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità e a pubbliche amministrazioni (salvo subito dopo prevedere un riferimento più generico ad altri enti o persone fisiche).

Si è inoltre affermato che il termine "conferente", utilizzato per indicare colui che pone in essere l'atto di destinazione, rimandi all'atto di dotazione, tipico delle vicende costitutive delle fondazioni, e che pertanto è alle stesse condizioni che dovrebbe riconoscersi la legittimità di un tale atto con effetti segregativi.

A conferma della suesposta tesi sono state anche richiamate varie ipotesi previste dal legislatore quali la previsione di cui all'art. 28 c.c. in tema di fondazione di famiglia, l'art. 699 c.c. in tema di premi di nuzialità, opere di assistenza e simili nonché l'art. 692 c.c. in tema di sostituzione fedecommissaria. Si tratterebbe infatti di ipotesi volte a imporre un limite alla libera disponibilità dei beni, tutte sorrette dal perseguimento di interessi solidaristici.

Si potrebbe sostenere inoltre, a sostegno della suesposta tesi, che il rapporto tra "persone con disabilità e pubbliche amministrazioni" e "altri enti o persone fisiche" non sia in realtà una *endiadi* ma che il primo gruppo stia al secondo in un rapporto di *species a genus*.

Un rapporto cioè in cui il primo riferimento costituisca una esplicitazione di ciò che il legislatore intende richiamare nel far riferimento ad altri enti o persone fisiche (51).

In senso opposto, d'altro canto, sarebbe possibile affermare che ove il legislatore avesse voluto perseguire interessi esclusivamente solidaristici avrebbe potuto ben affermarlo in modo espresso (52).

(50) P. Spada, nell'ambito del Convegno *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del Codice Civile* svoltosi a Roma, cit.; id. durante il convegno *Atti notarili di destinazione dei beni: Articolo 2645-ter c.c.*, svoltosi a Milano, cit.; F. Gazzoni, op. cit.; A. De Donato, *Elementi dell'atto di destinazione*, Convegno di Milano, cit.

(51) In questo senso pertanto non potrebbe non riconoscersi la validità di quanto è stato affermato da S. Fondo, *Per un'applicazione diretta di C. civ. art. 2645-ter c.c.*, in *CNN Notizie* 6 aprile 2006 il quale afferma che la determinazione finale "o ad altri enti o persone fisiche" debba essere letta in correlazione con i termini precedenti di "riferibili a persone con disabilità o pubbliche amministrazioni", con la conseguenza che quest'ultima frase costituisca un complemento della prima implicando necessariamente, ad esempio, che quando si parla di altre persone fisiche debba comunque riferirsi a persone che siano bisognose di assistenza e protezione, seppur non disabili.

(52) Sempre in senso opposto potrebbe, peraltro, richiamarsi l'art. 1365 c.c. il quale stabilisce che "quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi, ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto". Potremmo allora sostenere che il riferimento che il Legislatore fa alle persone con disabilità o alle amministrazioni, abbia voluto esplicitare, semplicemente, alcuni esempi applicativi.

Non è comunque da escludere la possibilità di poter, indipendentemente dalla fondatezza delle tesi suesposte, perseguire una ulteriore via.

Dalla lettura di un interessante contributo di diritto comparato (53), si può evincere che in uno dei paesi dove maggiore è l'esperienza in tema di segregazione e separazione patrimoniale (USA) tre sono i macro-interessi che giustificano un fenomeno di deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c. e precisamente:

a) maggiore efficienza nel favorire il ricorso al credito attuato proprio per il tramite di una più efficiente protezione di un particolare creditore o ceto creditorio;

b) esigenze pubblico-solidaristiche, con l'intento di favorire il sempre più ampio settore del *no profit*;

c) esigenze di tutela di interessi familiari nella prospettiva di garantire istanze solidaristiche ma all'interno del contesto di famiglia.

Una tale riflessione crediamo imponga di valutare in senso negativo un'eventuale tesi volta a riconoscere legittima qualunque ipotesi di separazione patrimoniale (semplicemente in quanto non contraria a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) e, dall'altra parte, di giudicare in modo più favorevole l'ipotesi di ritenere meritevoli un tipo di interessi più ampio di quello di natura meramente solidal-pubblicistica.

Procedere cioè, di volta in volta, a verificare, in una prospettiva sistematica, se gli interessi che si intendono perseguire possano considerarsi almeno pari a quelli che si intendono sacrificare, ossia gli interessi del ceto creditorio.

In questo modo potrebbe essere assicurata una maggiore duttilità alla fattispecie in esame, al pari di altri ordinamenti, senza che la stessa si configuri come una sorta di "carta bianca" la cui utilizzazione è rimessa, con il solo limite della liceità, alla esclusiva volontà delle parti, con un conseguente forte (e probabilmente eccessivo) ridimensionamento del principio della responsabilità patrimoniale del debitore, come invece garantito dall'art. 2740 c.c.

6. *Un profilo applicativo: la volontaria giurisdizione (54)*

Se si accoglie quanto suesposto in merito all'individuazione della causa sottesa al negozio di destinazione, ossia la *causa fiducae* intesa come

In coerenza, dunque, con quanto previsto dall'art. 1365 c.c. dovremmo allora ritenere che le suindicate previsioni non hanno carattere tassativo o comunque rivolto a restringere l'ambito applicativo del relativo art. 2645-ter. Non dovrebbe allora trovare applicazione il principio *inclusio unius, exclusio alterius* che, come noto, proprio l'art. 1362 c.c. ha lo scopo di disapplicare (per tutti si veda M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. III, *op. cit.*, p. 435).

(53) E. Moranti, *Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti D'America*, relazione svolta durante il convegno a Rimini, più volte indicato.

(54) Preliminarmente vale rilevare la tesi di un autore (G. Vecchio, *op. cit.*) il quale, nel rilevare l'apparente incompatibilità tra il concetto di "disabilità", al quale l'art. 2645-ter c.c. rimanda, e quello di interdizione o inabilitazione (e istituti affini), sembrerebbe, se se ne è interpretato correttamente il pensiero, escludere l'applicabilità della disciplina propria della volontaria giurisdizione.

causa tipica (55) volta a determinare (con o senza un preventivo effetto traslativo) una limitazione all'uso del bene in relazione allo scopo perseguito, crediamo possano essere adeguatamente affrontati anche i profili qui esaminati.

Come noto, il negozio fiduciario nella sua configurazione tradizionale è stato qualificato da uno studioso italiano (56) come un'ipotesi caratterizzata dalla presenza di due negozi giuridici.

Sarebbero infatti presenti nel fenomeno fiduciario due vicende: l'una reale, positiva ed efficace per i terzi e l'altra obbligatoria negativa e limitata alle parti, collegate tra loro al fine di dar luogo ad un effetto unitario voluto dalle parti stesse.

Ciò comportava l'insorgere di diversi dubbi in ordine al tipo e numero di autorizzazioni necessarie (57).

Il nuovo negozio di destinazione, viceversa, avrebbe già in sé la funzione di assegnare un bene con destinazione specifica ed opponibile *erga omnes*, senza pertanto rendersi necessario alcuna ulteriore vicenda negoziale se non quella propriamente disciplinata dall'art. 2645-ter c.c.

Pertanto, tenuto conto che l'incapace "conferente" potrebbe porre in essere un atto di destinazione solo laddove il relativo negozio possa procurargli un determinato vantaggio (58), potremmo immaginare le seguenti ipotesi astrattamente legittime e precisamente:

a) atto di destinazione traslativo a favore di un fiduciario affinché quest'ultimo amministri i relativi beni e destini gli utili così ricavati a favore dello stesso conferente. In tale circostanza saremmo in presenza della classica ipotesi di *fiducia cum amico* che viene infatti spesso anche qualificata come fiducia per amministrazione. In tale ipotesi potremmo ritenere essersi in presenza di un caso di alienazione onerosa laddove si tenga conto che, a fronte

In realtà il paragrafo di cui *infra* è volto a verificare la possibilità che il conferente pur essendo un soggetto legalmente incapace possa, ciononostante, utilizzare l'istituto di cui all'art. 2645-ter c.c.

Dunque, indipendentemente dalla correttezza del dubbio posto dall'Autore suindicato in ordine ad una certa difficoltà a far coincidere il concetto di disabilita con quello proprio di incapacità (di intendere e di volere), mi permetto di sottolineare che tale aspetto non esclude quanto sin qui si va affermando: anche i soggetti incapaci possono, previa autorizzazione da stabilirsi caso per caso, sottoporre determinati beni, esistenti nel proprio patrimonio, a vincoli di destinazione, ove ricorrano particolari presupposti.

(55) Nei limiti di quanto già indicato in merito agli interessi meritevoli volti a "sostenere" tale causa.

(56) Cfr. in dottrina L. Cariota Ferrara, *I Negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, pp. 27 e 28. Per la giurisprudenza si veda Cass. 29 maggio 1993, n. 6024, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 855; Cass. 7 agosto 1982, n. 4438, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 1614; Cass. 3 aprile 1980, n. 2159, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, p. 938; Cass. 30 gennaio 1968, n. 296, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 609.

(57) In tal senso si veda G. Santarcangelo, *op. cit.*, vol. II, p. 95 e ss.

(58) Come noto infatti i negozi gratuiti non rientrano normalmente nei poteri di amministrazione. Infatti, la gestione dei beni dell'incapace deve essere diretta alla conservazione del patrimonio e al potenziamento della sua capacità produttiva; l'atto di alienazione gratuito, viceversa, determina sempre una perdita per il patrimonio, non compensata da alcun vantaggio (si veda in tal senso F. Mazzacane, *La giurisdizione volontaria nell'attività notarile*, Roma, 1986, p. 161, nota 219). Alla luce di quanto appena detto non sarà pertanto ipotizzabile l'eventualità che l'incapace "conferisca" un certo bene a vantaggio di un beneficiario terzo.

dello svantaggio dell'incapace rappresentato dal trasferimento del bene, si determinerebbe, in relazione alle concrete capacità di amministrazione del fiduciario, la possibilità per l'incapace stesso di poter realizzare una forma di investimento particolarmente vantaggioso. Troverebbe pertanto applicazione l'art. 375 c.c.

b) atto di destinazione non traslativo a favore di un fiduciario affinché questo lo amministri e destini gli utili a vantaggio dello stesso conferente. Un'ipotesi di questo tipo potrebbe certamente essere rappresentata da quello che già oggi avviene in tema, come si è detto precedentemente nel presente scritto, di intestazione fiduciaria di pacchetti azionari in capo alle società fiduciarie (legge 23 novembre 1939, n. 1966). Pur nell'opinabilità della tesi ritenere eccessivo prevedere la competenza del tribunale ordinario di cui all'art. 375 c.c., richiesta per l'ipotesi di alienazione. In questo caso non sussiste alcun rischio in ordine alla possibilità che il conferente possa perdere la titolarità del bene.

Né, d'altra parte, appare adeguata l'idea di richiamarsi a quanto previsto nella medesima norma in tema di pegno e ipoteca. Se è vero infatti che tramite tali effetti si determina una sorta di vincolo sul bene, è altrettanto evidente che la destinazione (eventuale) impressa al bene stesso assolve a ragioni di garanzia che, nel caso qui esaminato, non si pongono.

Ci si potrebbe domandare allora se possa soccorrere la previsione di cui all'art. 374, n. 2, c.c. laddove si prevede la competenza del giudice tutelare al fine di poter "assumere obbligazioni".

È chiaro che nella ipotesi qui in oggetto, il concetto di obbligazione può essere richiamato solo con una certa forzatura ma, d'altro canto, non pare possano sussistere ragioni ineludibili volte a escludere di poter accostare l'assunzione di un vincolo obbligatorio ad una avente ad oggetto un vincolo reale. Ciò, quantomeno con riferimento alle strette maglie imposte dagli artt. 374 e 375 c.c. in tema di incapaci.

In realtà laddove la ricostruzione sopra delineata non appaia appagante, ci domandiamo se possa valere, quantomeno ai fini che qui interessano e dunque esclusivamente sul piano della volontaria giurisdizione, un accostamento del caso *de quo* a quello di deposito titoli in amministrazione (59).

Ne dovrebbe conseguire la possibilità di scomporre il relativo negozio di destinazione in due vicende, quantomeno su piano degli effetti, e precisamente:

a) un profilo assimilabile appunto a quello del deposito il quale viene tradizionalmente considerato, sia esso gratuito o oneroso, qual atto di ordinaria amministrazione, perché teso alla conservazione dei beni (60);

b) un profilo assimilabile a quello del mandato. Pertanto, laddove i poteri di amministrazione che si vogliono attribuire al fiduciario siano conside-

(59) Si veda per tutti B. Molle, *Manuale di diritto bancario*. Milano, 1977, p. 168 e ss.

(60) F. Funaioli, *Deposito*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1961, p. 27; G. De Gennaro, *Del Deposito*, in *Comm. cod. civ.* a cura di D'Amelio e Finzi, Firenze, 1947, p. 606.

rabili di ordinaria amministrazione (61), non sarà necessario alcuna autorizzazione in proposito.

Laddove, come si può ipotizzare accadrà maggiormente, il fiduciario debba svolgere anche attività di straordinaria amministrazione (62), sarà necessario che il rappresentante legale, prima di partecipare alla stipula dell'atto di destinazione, ottenga l'autorizzazione a stipulare il relativo mandato (sottostante, come detto quantomeno sul piano degli effetti) al negozio *de quo*.

A questo punto potrebbe discutersi in ordine alla possibilità che il fiduciario possa essere lo stesso tutore dell'interdetto. Non sembrano anche qui sorgere particolari problemi.

A fronte della critica infatti che potrebbe essere mossa in ordine al fatto che, in tale circostanza, il tutore diverrebbe nello stesso tempo controllore e controllato, essendo a lui affidata la vigilanza relativa alla cura dell'interdetto, pare possibile sostenersi la tesi favorevole sulla base delle identiche considerazioni fatte valere dalla dottrina prevalente (63) in tema di sostituzione fedecommissaria, laddove si discuteva in ordine alla possibilità che il sostituito potesse essere rappresentato proprio dal tutore.

La tesi favorevole al suddetto interrogativo venne data, non in quanto le funzioni di cura e di vigilanza possono coincidere nella stessa persona, ma perché la seconda funzione è esercitata, in base al primo comma dell'art. 360 c.c. dal protutore, che rappresenta, come noto, l'incapace qualora l'interesse di quest'ultimo sia in opposizione con quello del tutore.

7. *L'art. 2645-ter c.c. e il principio del numerus clausus*

Una analisi a sé stante merita la problematica inerente l'eventuale superamento del principio del *numerus clausus* nel nostro ordinamento alla luce della norma in commento.

È stato in particolare affermato che tale principio dovrebbe ritenersi superato sulla base di tre differenti argomentazioni e precisamente:

1) il nuovo art. 2645-ter c.c. sembra legittimare la costituzione di vincoli atipici di destinazione dei beni laddove vi sia un interesse meritevole ex art. 1322 comma secondo, c.c.;

2) l'esigenza sottesa al principio della tipicità dei diritti reali, ossia l'opportunità di non intralciare la circolazione giuridica mediante la concessione

(61) Sono tradizionalmente considerati tali, quantomeno con riferimento all'amministrazione di azioni, l'esazione di dividendi e interessi, la verifica di sorteggi per attribuzioni di premi o rimborsi di capitali, il ritiro delle azioni o quote attribuite ai soci in sede di aumento gratuito del capitale (in tal senso si veda **B. Molle**, *op. cit.*, p. 171).

(62) È tale ad esempio il versamento dei decimi sulle azioni o per l'esercizio del diritto di opzione.

(63) **B. Benedetti**, *Delle sostituzioni*, in *Comm. al diritto della famiglia*, a cura di Cian Oppo, Trabucchi, Padova, vol. V, p. 228; **Amato e Marinaro**, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, p. 70; **M. Talamanca**, *Aggiornamento sulla base della legge di riforma del diritto di famiglia*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, p. 269-bis.

ai privati della possibilità di creare vincoli sulla proprietà in grado di ridurre le capacità di godimento dei futuri proprietari, sembra essere venuta meno a fronte della possibilità di creare vincoli sulla proprietà opponibili *erga omnes*;

3) la necessità di una standardizzazione dei diritti reali al fine di garantire una più facile individuazione di tali limiti, sembra infine non porre particolari problematiche nel caso in esame in quanto sussiste una pubblicità immobiliare in grado di rendere facilmente avvertiti i terzi;

In realtà riteniamo che il problema in oggetto debba essere impostato in modo differente.

Ciò che si vuole dire è che, se pure si voglia riconoscere l'introduzione nel nostro ordinamento di un strumento volto ad ammettere la possibilità di apporre vincoli sulla proprietà, ciò non comporta necessariamente ed automaticamente che in tal modo si sia voluta riconoscere all'autonomia privata la facoltà di determinare il contenuto e l'estensione di nuovi diritti reali, non espressamente previsti dal Legislatore.

Si è evidentemente consapevoli che sul piano meramente effettuale della vicenda disciplinata dal nuovo art. 2645-ter c.c. le conseguenze che si pongono in capo al proprietario (presente e futuro) del bene vincolato possano in ipotesi essere assimilate a quelle derivanti da una precedente costituzione, ad esempio, di un diritto di usufrutto ma, sul piano sistematico, quanto appena detto non consente di poter riconoscere *tout court* l'esistenza di nuovi diritti reali.

Si pensi in tal senso alla previsione di cui all'art. 2643 c.c., n. 9 il quale prevede la trascrivibilità della locazione ultranovennale, rendendo pertanto il relativo vincolo opponibile *erga omnes*.

Si pensi, ancora, alla nuova disciplina in tema di patrimoni destinati o a quanto previsto in tema di fondo patrimoniale.

Si tratta di una serie di ipotesi in cui non si può certo dubitare della opponibilità degli effetti che ne derivano ma che, ciononostante, non hanno mai fatto ritenere che si fosse in presenza di nuove ipotesi legislativamente disciplinate di diritti reali.

Ancora si potrebbe richiamare quanto è stato detto in tema di atti unilaterali d'obbligo, i quali, certamente, alla luce della più recente dottrina e giurisprudenza, presentano caratteri di realtà e perpetuità venendo pertanto riconosciuti come suscettibili di essere trascritti con conseguente opponibilità *erga omnes*, senza che ciò comporti la necessità di riconoscere l'esistenza di nuovi diritti reali.

In realtà, anche il riferimento all'art. 1322, comma secondo, c.c. non sembra essere determinante. Tale norma appare essere tesa a giustificare casualmente l'effetto negoziale ma non incide sul contenuto del negozio. Quest'ultimo è viceversa descritto, sia pure in modo generico, dall'art. 2645-ter c.c. il quale fa espresso riferimento al c.d. vincolo di destinazione. L'effetto, e dunque l'oggetto immediato del negozio, è pertanto ed esclusivamente rappresentato dall'apposizione di un vincolo e non dalla costituzione di un diritto reale dal contenuto determinato dalle parti.

Si potrebbe allora sostenere che l'effetto è tipico (vincolo) e che solo la causa è atipica (e pertanto sottoposta al vaglio dell'art. 1322, comma secondo, c.c.).

Con queste brevi premesse potremmo allora affrontare un tema parallelo quale quello inerente la reale portata e funzione del nuovo art. 2645-ter c.c.

Infatti, da una lettura sistematica delle ipotesi di destinazione previste dal legislatore crediamo possa emergere che l'obiettivo perseguito non sia tanto quello di creare una deroga al principio della tipicità dei diritti reali (il cui contenuto ed estensione non è infatti mai messo in discussione nelle ipotesi previste dal legislatore fino ad oggi) quanto quello di derogare alla previsione di cui all'art. 2740 c.c.

Accettazione con beneficio d'inventario, fondo patrimoniale, patrimoni destinati, fondazione di famiglia, sostituzione fedecommissaria, premi di nazionalità ex art. 699 c.c. sono alcune tra le ipotesi più importanti in cui, indipendentemente dall'esistenza di un pregresso effetto traslativo (accettazione con beneficio d'inventario) o meno (patrimoni destinati), ciò che il legislatore ha inteso perseguire pare essere stato (ora per ragioni di carattere squisitamente mercatorie, ora per ragioni solidaristiche) quello di sottrarre determinati beni all'azione esecutiva del titolare, destinandoli viceversa a soddisfare determinati debiti, contratti per quel particolare scopo.

La domanda appare allora sequenziale: quale diritto si costituisce a favore di un terzo laddove gli si riconosca la possibilità di aggredire in via prioritaria un determinato bene a detrimento di tutti gli altri soggetti terzi, ove i debiti contratti siano connessi alla realizzazione di un particolare scopo?

Ciò che si vuole dire è che forse il vincolo che si viene a costituire ha maggiori assonanze con i diritti reali di garanzia.

Il fenomeno della destinazione allo scopo è dunque quello di porre un *vultus* al principio della responsabilità patrimoniale. Come infatti pone in risalto la Relazione al codice (64), tale principio sarebbe stato rafforzato dalla norma, introdotta dal comma 2 dell'art. 2740, che, nell'interesse del credito e dell'economia, non consente limitazioni di responsabilità fuori dai casi prevista dalla legge.

Così, laddove si determini la creazione di un vincolo su un bene del disponente, il quale ne mantenga la relativa proprietà, dovremo ritenere che ciò che viene a caratterizzare la relativa vicenda non sia tanto la costituzione di un corrispondente diritto reale *sui generis* in capo al beneficiario, quanto la sottrazione del bene, in tutto o in parte, al patrimonio personale del disponente e dunque, in ultima analisi, la riduzione delle possibilità da parte dei creditori di quest'ultimo di realizzare più facilmente il proprio credito (65).

Viceversa per quanto concerne la posizione del beneficiario, potrebbe sostenersi che la posizione di quest'ultimo debba in ogni caso essere inquadrata nell'ambito di un semplice diritto personale di godimento.

(64) Codice civile. Relazione del ministro Guardasigilli, Roma, 1943, n. 1124, p. 788.

(65) In questo senso potrebbe essere utile un richiamo a quanto previsto in tema di cessione dei beni ai creditori o in tema di rilascio dei beni ai creditori in occasione di accettazione di eredità con beneficio d'inventario.

In realtà infatti ciò che è trascrivibile ed opponibile è soltanto l'effetto segregativo nel patrimonio del disponente e non il diritto (di godimento) del beneficiario il quale, in realtà, viene in considerazione soltanto come strumento volto a verificare la legittimità dell'effetto sopra indicato.

Un esempio potrebbe chiarire: se prendiamo in considerazione l'ipotesi di un atto destinazione con effetto traslativo, dobbiamo ipotizzare che il disponente conferisca un determinato bene a favore di un amministratore-fiduciario affinché questo lo gestisca in un certo modo a vantaggio di un terzo beneficiario.

In questo caso, saremmo allora in presenza di un trasferimento di proprietà, di una segregazione del bene rispetto al patrimonio dello stesso fiduciario, del riconoscimento di un diritto di trarre vantaggio sul bene in capo al beneficiario.

In realtà, dunque, nessuno diritto reale atipico si è venuto a creare. Non in capo al disponente (il quale infatti mediante il relativo negozio ha semplicemente sottratto determinati beni dalla garanzia generica dei propri creditori *ex art. 2740 c.c.*); non in capo al fiduciario il quale ha semplicemente acquistato la piena proprietà del bene, assumendo l'impegno a gestirlo, con conseguente scissione rispetto alle vicende del proprio patrimonio; non, infine, in capo al beneficiario: questo infatti potrà vedersi riconosciuto ad esempio il diritto ai relativi frutti derivanti dalla suindicata gestione, potrà vedersi riconosciuta la possibilità di utilizzare quel bene a piacimento, ecc. Ma tali ipotesi altro non sono se non fattispecie di volta in volta inquadrabili in categorie note: diritto agli alimenti, al vitalizio, al godimento personale di un bene, ecc. Tutti diritti riferiti a determinati soggetti e dunque caratterizzati da un forte rilievo personale (*intuitu personae*), i quali andando però ad incidere in modo particolarmente rilevante sul bene e sui suoi successivi titolari, sono stati considerati dal legislatore trascrivibili al fine di rendere avvertiti i terzi, similmente, come già detto, a quanto previsto in tema di locazione ultranovennale o, ancora, similmente a quanto previsto dal nuovo art. 155-*qua-ter* c.c. in merito alla trascrizione del diritto di abitazione a favore del genitore affidatario della prole (66).

In conclusione potrebbe allora sostenersi che con la nuova norma si sia voluto riconoscere la possibilità di un soggetto di poter mutare la destinazione naturale dei propri beni (garanzia a favore del creditore), sottoponendoli ad una differente destinazione, di volta in volta rimessa ad un giudizio di opportunità che il legislatore delega, di fatto, al Notaio.

L'accoglimento di quanto suddetto comporterebbe, evidentemente che oggetto di trascrizione sia esclusivamente:

- nel caso di atto di destinazione unilaterale, il vincolo apposto sul proprio bene da parte del disponente *ex art. 2647 c.c.*
- nel caso di atto di destinazione bilaterale con trasferimento al fiduciario, l'acquisto in capo al fiduciario *ex art. 2643 c.c.* nonché il vincolo

(66) Quantomeno sul piano della *ratio*.

impresso sul bene ex art. 2647 c.c. da trasciversi contro lo stesso fiduciario (67).

La tipizzazione dei diritti reali, nonostante le "sirene", provenienti da altri ordinamenti quali quelli di *common law* costituisce infatti un principio immanente ai sistemi di tradizione romanistica e rappresenta certamente una conquista piuttosto che un limite.

È stato infatti riconosciuto (68) che in termini economici la tipizzazione dei diritti reali riduca i costi transattivi di ricerca ed individuazione dei titolari dei diritti e dei contenuti dei diritti, riducendo altresì il numero dei soggetti con i quali dover negoziare al fine di potere acquistare la piena proprietà di un bene.

Prima pertanto di abbandonare tali benefici si rende opportuna una attenta verifica da parte dell'interprete di quella che è la reale *voluntas legis* sottesa al nuovo art. 2645-ter c.c. (69).

8. Conclusioni

Alla luce di tutto sin qua detto appare opportuno osservare come la norma in commento presenti degli ampi spazi di dubbio che certo non porteranno, quantomeno in un primo momento, ad un ricorso, in massa, di tale istituto. La norma infatti sembra porsi su quella scia di decadimento legislativo di cui appare essere affetto il nostro Legislatore negli ultimi tempi e che chiaramente non aiuta a rendere il nostro ordinamento certo ed efficiente.

Certezza ed efficienza le quali, viceversa, si pongono come strumenti portanti per garantire una adeguata tutela dei capitali e consentire pertanto di porre l'Italia quale sistema legale idoneo ad attirare investitori stranieri.

D'altro canto non poche sono le ipotesi, tra gli ultimi interventi legislativi, che presentano ampi margini di opinabilità giuridica quali, da ultimo, la nuova disciplina in tema di tutela degli aventi causa dal donatario o, ancora più, quella in tema di patto di famiglia.

Discipline, unitamente al nuovo articolo in esame che, se hanno il pregio di introdurre elementi di rinnovamento all'interno del nostro ordinamento, impegnano ed impegneranno, d'altro canto, numerosi anni prima che l'Interprete e il Giudice possano garantirne una piena e certa efficacia.

Un sistema, insomma, che sembra sempre più delegare, in particolar modo, al giudice il compito di colmare quell'*horror vacui* che le nuove norme presentano.

(67) Similmente a quanto avviene per il fondo patrimoniale.

(68) Ma per una analisi più ampia si rinvia allo scritto di E. Morandi, *op. cit.*, pp. 6 e 7.

(69) Si vedano altresì le riflessioni di M. Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. Not.*, 5/2006, p. 1176, la quale sottolinea che la realtà del vincolo debba essere intesa come fonte di un fascio di obbligazioni *propter rem* con il conseguente superamento del principio del numero chiuso dei diritti reali. L'art. 2645-ter c.c. sarebbe viceversa teso a dare rilevanza esterna ad un vincolo e dunque a garantirne l'opponibilità ai terzi.

Un sistema dunque che si avvicina a quelli di *Common law* in cui, come noto, pare essere la legge a porsi come "la bocca del giudice" nel senso che è la giurisprudenza a individuare la disciplina dei diversi istituti utilizzabili dall'autonomia privata (70).

(70) Come noto infatti nei paesi di *Common Law* gli istituti giuridici, e tra questi lo stesso *trust*, presentano un ineliminabile collegamento con l'*equity*, cioè il diritto giurisprudenziale equitativo mentre tutti i sistemi di *Civil law* lo escludono, avendo da tempo dato assoluta prevalenza alle esigenze di *certezza* nella circolazione dei diritti, rispetto alla "giustizia del caso concreto" che, viceversa, l'*equity* tradizionalmente rappresenta.

È consapevole il legislatore di quanto surrettiziamente stia modificando tali principi?