

PARTE III
**CASI E PROBLEMI DI INTERESSE NOTARILE -
DOCUMENTI - ATTUALITÀ**

ALESSANDRO TORRONI

VINCOLI DI DESTINAZIONE EX ART. 2645-TER C.C.:
UN TENTATIVO D'INQUADRAMENTO SISTEMATICO
CON LO SGUARDO RIVOLTO AL CODICE CIVILE (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Gli antecedenti del vincolo di destinazione. — 2.1. Il patto fiduciario. — 2.2. L'onere donativo. — 3. Il vincolo di destinazione quale eccezione nel sistema dei diritti reali. — 3.1. Il principio di tipicità dei diritti reali. — 3.2. Il divieto di alienazione. — 3.3. La responsabilità patrimoniale del debitore. — 4. L'atto costitutivo. — 4.1. La forma pubblica. — 4.2. Il testamento — 4.2.1. Il rapporto tra la destinazione e la separazione esercitata dai creditori ereditari. — 4.3. La legittimazione a costituire il vincolo. — 4.4. La struttura. — 4.4.1. Negozio unilaterale non recettizio. — 4.4.2. Il trasferimento del bene destinato contestuale ma con causa propria. — 4.4.3. L'inammissibile costituzione di una proprietà fiduciaria in favore dell'attuatore. — 4.4.4. Il trasferimento in funzione gestoria con obbligo di ritrasferimento. — 4.5. La durata. — 4.6. I beni oggetto del vincolo di destinazione. 5. La trascrizione del vincolo di destinazione. — 6. Le posizioni soggettive che derivano dalla destinazione. — 6.1. La proprietà conformata. — 6.2. La posizione del soggetto attuatore. — 6.3. La posizione del beneficiario. — 7. L'effettività della destinazione. — 8. La limitazione di responsabilità. — 8.1. *Segue*: il riferimento all'art. 1322, comma 2, c.c. — 8.2. *Segue*: l'inammissibilità dell'autodestinazione. — 9. I rapporti con gli istituti affini. — 9.1. Il fondo patrimoniale e la supposta natura residuale dell'art. 2645-ter c.c. — 9.2. Il *trust* interno ed il principio di meritevolezza.

1. *Premessa.*

L'art. 2645-ter c.c., introdotto nel codice civile dall'art. 39-novies del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, ha stabilito che *“gli atti in forma pubblica con cui determinati 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*

(*) Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Notarile di Bologna presso la Scuola di Notariato *Rolandino Passaggeri* di Bologna il 26 novembre 2012.

persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, possono essere trascritti".

Nell'esegesi della fattispecie, tra i vari elementi costitutivi, il nucleo essenziale è la *destinazione del patrimonio ad uno scopo meritevole di tutela* (1). La destinazione patrimoniale costituisce la *causa del negozio*, che consente allo stesso di produrre gli effetti ulteriori stabiliti dall'art. 2645-ter, effetti che si producono a seguito della trascrizione dell'atto nel pubblico registro, e precisamente: i) l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione; ii) la legittimazione di qualunque soggetto interessato, anche diverso dal conferente, ad agire per la realizzazione degli interessi a cui il vincolo è preordinato; iii) la limitazione di responsabilità dei beni vincolati e dei loro frutti la cui funzione di garanzia patrimoniale è limitata ai debiti contratti per soddisfare lo scopo a cui la destinazione è preordinata.

2. Gli antecedenti del vincolo di destinazione.

2.1. Il patto fiduciario.

Nel nostro ordinamento, anche prima dell'avvento dell'art. 2645-ter c.c., era possibile creare un vincolo con efficacia obbligatoria a carico del proprietario che vi consentisse (2). Poiché il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi, se non nei casi ammessi dalla legge (art. 1372 c.c.), tale vincolo non era opponibile ad un terzo acquirente dell'immobile né ad un creditore del proprietario.

Un caso tipico di vincolo obbligatorio, frutto dell'autonomia negoziale, è costituito dal *contratto fiduciario* (3) con il quale il fiduciario assume determi-

(1) Secondo A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, I, Proprietà e possesso, 2008, 336 il legislatore parla di "vincolo" di destinazione che è reso opponibile ai terzi mediante la trascrizione; tuttavia la parola vincolo è inadeguata perché evoca l'idea di peso, limite, gravame, blocco. In realtà il vincolo di destinazione reso opponibile ai creditori del proprietario indica un modo di essere della proprietà la quale genera utilità destinate non già al suo titolare, ma ad un beneficiario.

(2) Afferma chiaramente A. LUMINOSO, *Contratto fiduciario, trust, e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2008, 998 che già prima dell'emanazione dell'art. 2645-ter c.c. rientrava nel potere dei privati porre in essere — con effetti tra le sole parti, di natura obbligatoria — atti di destinazione di beni immobili o mobili registrati per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a soggetti individuali o collettivi.

(3) Secondo la tesi prevalente nel fenomeno fiduciario sono contenuti due negozi giuridici collegati tra loro: l'uno reale, positivo ed efficace per i terzi, e l'altro obbligatorio, negativo e limitato alle parti. Esiste un rapporto di subordinazione del negozio obbligatorio al negozio reale per cui il primo negozio può definirsi accessorio ed il secondo può definirsi principale; si consideri, infatti, che gli obblighi del fiduciario derivano dal potere giuridico accordatogli con il negozio reale che ne costituisce, quindi, il *prius* logico e giuridico (cfr. L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari. Trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, Padova, 1933, 27-28).

La fattispecie illustrata è definita *fiducia dinamica*, poiché l'accordo fiduciario è preceduto da un trasferimento immobiliare dal fiduciante al fiduciario. Al contrario, nella cd. *fiducia statica* il fiduciario risulta già intestatario del bene, che ad esempio ha acquistato a nome proprio con denaro fornito da fiduciante, e con il *pactum fiduciae* si obbliga verso il fiduciante a dare al bene una determinata destinazione. Il vincolo di destinazione ex art.

nati obblighi nei confronti del fiduciante, obblighi che hanno mera rilevanza interna, *inter partes* e il cui inadempimento può essere sanzionato esclusivamente con la richiesta di *risarcimento danni* del fiduciante nei confronti del fiduciario infedele, senza alcuna azione di recupero reale del bene. Nel negozio fiduciario l'attribuzione proprietaria a favore del fiduciario è piena ed i limiti derivanti dal *pactum fiduciae* si risolvono in ordinari obblighi a carico dello stesso riguardo all'uso e alla disposizione dei beni trasferitigli (4). Da ciò consegue che la posizione giuridica del beneficiario è tutelata solo sul piano obbligatorio e non *erga omnes*: in particolare, se il fiduciario cede il bene ad un terzo, in violazione del patto, il patto stesso non è opponibile al terzo (anche se da lui conosciuto) (5). Analogamente *l'obbligazione fiduciaria non è opponibile ai creditori del titolare del bene* i quali possono far valere le loro ragioni mediante un'azione esecutiva su quel bene determinato. Infatti non è ammessa la pattuizione di una limitazione di responsabilità disposta dalle parti nell'esercizio della loro autonomia privata (6), stante la natura imperativa della norma dettata dall'art. 2740, comma 2, c.c., in base alla quale le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.

Si può ipotizzare il caso del genitore anziano il quale, volendo assicurare al figlio minore la possibilità di avere le risorse sufficienti per completare il proprio *iter* di studi, trasferisca un immobile produttivo di reddito al figlio maggiore (fiduciario) il quale assume l'obbligazione nei confronti del padre (fiduciante) di utilizzare le rendite dell'immobile per consentire al fratello minore (terzo beneficiario) di realizzare il suo percorso di studi. L'accordo tra il padre ed il figlio maggiore non è opponibile ad aventi causa ed a creditori del fiduciario; la tutela del figlio minore, a fronte di un inadempimento del fiduciario, è limitata ad un'azione risarcitoria.

2.2. *L'onere donativo.*

Attraverso l'onere il donante può imporre al donatario *l'assunzione di una determinata obbligazione che può consistere in un fare, un dare o un non fare* (cfr. art. 793 c.c.) (7). Tornando al caso sopra proposto, il genitore anziano potrebbe donare un immobile produttivo di reddito al figlio maggiore con l'onere di utilizzare le rendite dell'immobile per consentire al fratello minore di realizzare il suo percorso di studi.

Si definisce *obbligazione* il rapporto giuridico in virtù del quale un

2645-ter c.c., nella sua configurazione delineata dalla norma codicistica, si avvicina alla cd. *fiducia statica*.

(4) A. LUMINOSO, *op. cit.*, 996; Cfr. anche B. MASTROPIETRO, *L'atto di destinazione tra codice civile italiano e modelli europei di articolazione del patrimonio*, in *Riv. not.*, 2012, 320 s.

(5) A. LUMINOSO, *op. e loc. cit.*

(6) Cfr. F. GAZZONI, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *Riv. not.*, 2001, 1251; *Id.*, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, 1115 s.; C. CASTRONOVO, *Il trust e «sostiene Lupoi»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 451.

(7) Cfr. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, 492.

soggetto (debitore) è tenuto ad effettuare una prestazione economicamente valutabile per soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, di un altro soggetto (creditore) (8). Nel vincolo di destinazione, a differenza dell'onere donativo, il soggetto attuatore non deve adempiere una determinata prestazione ma *attuare il programma destinatorio fissato nell'atto costitutivo del vincolo*. La differenza di contenuto dell'attività richiesta all'obbligato si riflette anche sulla struttura giuridica della fattispecie come si vedrà in seguito.

Ai sensi dell'art. 793, comma 3, c.c. «*per l'adempimento dell'onere può agire oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso*». Secondo l'interpretazione prevalente, è legittimato ad agire per l'adempimento dell'onere *qualunque soggetto avvantaggiato dall'adempimento, che sia portatore di un interesse patrimoniale o solo morale, e non soltanto colui che abbia un diritto di credito alla prestazione del modo* (9). Si tratta di una *legittimazione straordinaria* attribuita indipendentemente dal riferimento alla titolarità di situazioni sostanziali tipiche (10).

Ora, per l'attuazione del vincolo di destinazione è riconosciuta la legittimazione, oltre al conferente, *recte* costituente (11), a qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente. La formulazione ricalca esattamente l'azione attribuita per l'adempimento dell'onere.

Va però sottolineato che il vincolo di destinazione si discosta dall'onere per *una tutela maggiore, di natura reale, derivante direttamente dalla trascrizione del vincolo*. È, infatti, possibile agire in giudizio non solo al fine di ottenere, sul piano obbligatorio, il risarcimento del danno patrimoniale subito a causa dell'inosservanza del vincolo di destinazione, ma anche, e soprattutto, al fine di ovviare all'inerzia del gestore o di porre rimedio all'atto gestorio compiuto in difformità, al fine di ottenere un provvedimento che tenga luogo dell'attività gestoria non compiuta (12). La trascrizione del vincolo comporta la sua opponibilità anche agli aventi causa dal soggetto obbligato alla sua attuazione e, quindi, anche a chi abbia acquistato dall'obbligato alla destinazione che abbia posto in essere *un'alienazione abusiva, in violazione del vincolo di destinazione*.

Al riguardo occorre distinguere quella che abbiamo chiamato alienazione abusiva da un'alienazione che rientri nell'attività dinamica, di gestione del vincolo, che ben può comportare un'esigenza di alienazione del bene al fine di soddisfare gli interessi sottesi alla costituzione del vincolo (13). Sarà di fonda-

(8) GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, 581 ss.

(9) Cfr. G. CAPOZZI, *op. cit.*, 494.

(10) Cfr. PROTO-PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. cod. proc. civ.* diretto da Allorio, Torino, 1973, 1065 ss.; COSTANZA, *Problemi dell'onere testamentario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 313 ss.

(11) Il termine conferente è evidentemente utilizzato in modo improprio in quanto nel vincolo di destinazione disciplinato dalla norma non è previsto alcun atto di trasferimento/conferimento in favore di un ente costituendo.

(12) Cfr. E. MATANO, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2007, 372.

(13) Cfr. E. MATANO, *op. e loc. cit.*

mentale importanza, al fine di individuare i poteri gestori che competono al soggetto attuatore del vincolo una corretta enunciazione della volontà del disponente che deve stabilire un programma a cui i soggetti attuatori dovranno attenersi per dare corretta attuazione al vincolo di destinazione, nel quale dovranno essere indicate anche le ipotesi fisiologiche in cui è ammessa l'alienazione del bene vincolato.

È stato efficacemente affermato in dottrina che *il vincolo di destinazione dà vita ad un modello di "fiducia rinforzata"*, indubbiamente nuovo per l'ordinamento italiano (14).

3. *Il vincolo di destinazione quale eccezione nel sistema dei diritti reali.*

3.1. *Il principio di tipicità dei diritti reali.*

L'autonomia privata, fino all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. non aveva la facoltà di rendere l'obbligazione assunta dal fiduciario opponibile ai terzi aventi causa o creditori del fiduciario stesso. Infatti, non è consentito all'autonomia privata di creare obbligazioni *propter rem* come tali idonee a trasferirsi in capo all'avente causa da colui che le ha assunte nella sua veste di titolare del diritto nel momento in cui si è verificato il fatto generatore dell'obbligazione (15).

Il *principio di tipicità dei diritti reali* ha come scopo evitare che il contenuto tipico dei diritti reali, cioè quelle facoltà che per legge competono al titolare di un diritto reale, sia modificato dall'autonomia privata. La regola è diretta a favorire la sicura circolazione dei diritti stessi, evitando al titolare di dover esperire indagini, ad esempio nei pubblici registri, sulle facoltà associate a quel determinato diritto. La pubblicità immobiliare postula necessariamente una standardizzazione dei diritti ed una loro conseguente tipizzazione. La presenza di un sistema di pubblicità legale esclude, già di per sé, che la sola autonomia privata possa generare nuovi diritti reali perché il Conservatore deve ricusare di ricevere gli atti che non siano previsti dalla legge (art. 2674 c.c.) e nessun sistema di pubblicità legale potrebbe funzionare se i privati avessero il diritto di trascrivere qualunque atto (16). Il principio si giustifica anche con la necessaria relatività degli effetti del contratto, *ex art. 1372 c.c.*, evitando di andare ad intaccare la sfera patrimoniale di terzi soggetti mediante la creazione di situazioni giuridiche atipiche ad essi opponibili (17). Per esemplificare le esigenze sottese al principio di tipicità, è stato proposto

(14) A. LUMINOSO, *op. cit.*, 1004.

(15) Cfr. G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, 4, 2012, 78; in giurisprudenza, cfr. Cass. 18 gennaio 1951, n. 151, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 29; Cass. 7 settembre 1978, n. 4045, in *Foro it.*, 1979, I, 724; Cass. 20 agosto 1993, n. 8797.

(16) U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Milano, 2008, I, 77, nota 28; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, 67 ss.

(17) ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, 5ª edizione, Torino, 1958, 390 ss, spec. 403 ss.

l'esempio del coniuge romantico, ma prudente, il quale nomina la propria consorte "Regina" dell'appartamento di sua proprietà esclusiva, lasciando i terzi nell'incertezza circa le facoltà ed i poteri inerenti alla carica di "Regina della Casa" (18).

Un *vulnus* a questo principio si ritrova nelle servitù prediali, consistenti in un peso su un fondo per l'utilità di un altro fondo, nelle quali il codice civile ha delineato lo schema tipico, consentendo però all'autonomia privata di individuare il contenuto del peso a carico del fondo servente ed a favore del fondo dominante, con il limite generale per cui *servitus in facere consistere nequit*. Com'è noto *le servitù costituiscono un diritto reale tipico a contenuto atipico* (19).

È stato osservato che l'art. 2645-ter c.c. consente ora di *costituire delle vere servitù irregolari opponibili ai terzi*: si può proporre, a titolo esemplificativo, il caso del proprietario di una villa che presenta interesse storico che si obbliga, nei confronti del Comune o della locale Pro-loco, a consentire l'accesso al pubblico dei turisti alla sua villa, per un certo numero di anni (20). La fattispecie non può certamente inquadrarsi nello schema delle servitù, trattandosi di un'obbligazione personale e non di un rapporto tra due fondi. L'art. 2645-ter c.c. consente di trascrivere il vincolo di destinazione rendendolo opponibile anche agli aventi causa ed ai creditori del proprietario obbligato.

Anche l'art. 2645-ter c.c. disciplina *un atto tipico con un contenuto atipico*, nel senso che la legge non stabilisce il suo contenuto (le motivazioni e la disciplina concreta della destinazione) che, essendo atipico, è sottoposto al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. (21). Pur costituendo il vincolo una tipica limitazione alle facoltà del proprietario, il suo contenuto non è predeterminato dalla legge bensì dall'autonomia privata. Solamente consultando l'atto costitutivo della destinazione oppure il quadro D della nota di trascrizione è possibile conoscere l'esatto contenuto del vincolo e le norme programmatiche di attuazione dettate dal costituente (22).

(18) A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.*, cit., 74.

(19) Cfr. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, 46; R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Il Cod. Civ. Commentario*, fondato da Schlesinger diretto da Busnelli, 23.

(20) Cfr. R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Torino, 2012, 158 s., secondo il quale la nuova disciplina consente la trascrivibilità dei vincoli d'asservimento della proprietà immobiliare a favore della persona anziché del fondo. La fattispecie ricorda le c.d. *servitù irregolari* sostanzianti autentici vincoli di destinazione opponibili ai terzi per effetto della pubblicità ora ammessa dall'art. 2645-ter c.c.

(21) A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 451 ss.

(22) Sulle modalità con cui va effettuata la trascrizione dell'atto di destinazione, la Circolare Agenzia del Territorio del 7 agosto n. 5/2006 ha dettato le seguenti istruzioni operative: «**Quadro C** - Soggetti: va utilizzata la sola parte "contro", con l'indicazione degli estremi anagrafici o dei dati identificativi del "conferente", nonché della quota del diritto reale oggetto dell'atto di destinazione; **Quadro D**: in questo quadro, oltre agli aspetti contenutistici essenziali dell'atto di destinazione (a mero titolo esemplificativo: durata del vincolo, eventuali regole inerenti all'amministrazione e gestione dei beni oggetto di vincolo, cause e modalità di scioglimento del vincolo medesimo), vanno indicati, analiticamente, i beneficiari degli atti medesimi con i relativi estremi anagrafici, o con tutti i dati identificativi (se trattasi di soggetti

3.2. Il divieto di alienazione.

«Il divieto di alienazione stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde ad un apprezzabile interesse di una delle parti» (art. 1379 c.c.). Dalla norma risulta che il divieto contrattuale di alienazione ha efficacia esclusivamente obbligatoria e non è opponibile a creditori o aventi causa; per la sua validità *inter partes* sono richiesti due requisiti: occorre un apprezzabile interesse di una delle parti a vietare l'alienazione e la limitazione del divieto ad un periodo di tempo determinato, che non è stabilito in maniera fissa dalla legge ma va valutato caso per caso, tenendo conto dell'interesse che sta alla base del divieto.

Tale divieto condivide le stesse esigenze che sono alla base del principio di tipicità dei diritti reali: evitare una modifica del diritto di proprietà, da parte dell'autonomia privata, che possa "snaturarne il contenuto" e limitare nel tempo un peso idoneo ad ostacolare la circolazione del bene (23). Il fondamento del divieto consiste nella necessità sociale di non compromettere la libera circolazione dei beni, quale valore economico essenziale dell'ordinamento, e nel contempo la necessità di scongiurare pattuizioni che importino il sacrificio dell'autonomia privata e della libertà, in specie economica, riconosciuta e garantita al singolo (24). Deve, dunque, affermarsi che per effetto dell'art. 1379 c.c. è nullo, in quanto svuota di contenuto il concetto stesso di dominio, qualunque divieto o pattuizione che voglia rendere inalienabile un bene o rendere il proprietario incapace di alienarlo o di goderne e fruirne in modo pieno.

La giurisprudenza ha ribadito l'inammissibilità di vincoli di destinazione perpetui ed ha esteso l'applicazione dell'art. 1379 c.c. non solo al divieto contrattuale di alienazione in senso tecnico ma ad ogni pattuizione condizionale e limitativa delle facoltà di godimento e di disposizione del proprietario (25).

Ora, la destinazione di un bene ad uno scopo può comportare un divieto di alienazione di quel bene per tutta la durata del vincolo di destinazione, vincolo che, per espressa disposizione normativa, può durare fino a novanta anni o per tutta la durata della vita del beneficiario. La trascrizione del vincolo comporta, dunque, l'opponibilità ai terzi della destinazione e, implicitamente, anche dell'eventuale divieto di alienazione collegato alla destinazione per un periodo di tempo piuttosto lungo (26). Il che significa che la fattispecie della

impersonali o di enti specificamente determinati), ovvero con i criteri di individuazione (se trattasi di soggetti solo determinabili, riguardando una categoria di persone)».

(23) Cfr. P. CALABRITTO, *Applicabilità dei limiti del divieto di alienazione ai vincoli di destinazione*, in *Notariato*, 2000, 413 ss.

(24) Cfr. LOJACONO, *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. Dir.* XIII, Milano, 1970, 893 ss.

(25) Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Notariato*, 2000, 413 ss, con nota di P. CALABRITTO; Cass., 12 gennaio 1990, n. 3082; Cass., 12 novembre 1973, n. 2981, in *Rass. Avv. Stato*, 1974, 409.

(26) Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter del codice civile*, in *Giust. civ.*, 2006, 177.

destinazione di un bene allo scopo, trascrivibile *ex art. 2645-ter c.c.*, comporta una doppia eccezione al divieto di alienazione disciplinato dall'art. 1379 c.c.: *i)* il divieto di alienazione, in forza della trascrizione, è opponibile ai terzi; *ii)* la sua durata può essere particolarmente lunga (fino a novanta anni o per la vita del beneficiario). L'eccezione è giustificata dalla causa destinataria che è diretta a soddisfare interessi meritevoli di tutela, di rango superiore a quelli tutelati dal divieto di alienazione.

Sulla questione si è pronunciata anche la giurisprudenza che ha ritenuto che l'art. 2645-ter consenta di opporre ai terzi la pattuizione con cui sia stata convenuta l'inalienabilità del bene sottoposto al vincolo (27).

3.3. *La responsabilità patrimoniale del debitore.*

L'art. 2740 c.c. stabilisce il principio della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore in base al quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. *L'art. 2740, comma 2, c.c. sancisce una riserva di legge per l'individuazione dei casi di limitazione di responsabilità.* Spetta alla legge stabilire, nel bilanciamento dei diversi interessi, quando l'interesse dei creditori alla piena responsabilità patrimoniale del debitore possa essere sacrificato in vista di un interesse ritenuto prevalente. La destinazione patrimoniale di cui all'art. 2643-ter c.c. rappresenta un esempio di limitazione di responsabilità espressamente previsto dalla legge. Si vedranno in seguito le ragioni che giustificano la limitazione di responsabilità e le condizioni perché questa possa operare.

4. *L'atto costitutivo.*

4.1. *La forma pubblica.*

L'art. 2645-ter c.c. richiede per l'atto costitutivo del vincolo di destinazione la forma dell'atto pubblico. La ragione per cui non è ammessa la scrittura privata risiede nella delicata funzione di bilanciamento dell'interesse sotteso alla creazione del vincolo rispetto alle ragioni dei creditori, sacrificate dalla trascrizione del vincolo, che ha indotto il legislatore a prescrivere la forma pubblica che garantisce un preventivo filtro di legalità da parte del notaio, pubblico ufficiale. Si noti che la forma pubblica è prescritta per qualunque fattispecie di limitazione della responsabilità patrimoniale: si vedano, ad esempio, l'atto costitutivo di fondazione (art. 14 c.c.); la costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.); l'accettazione con beneficio d'inventario (art. 484 c.c.); la costituzione di società per azioni (art. 2328 c.c.), la deliberazione di costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447-*quater* c.c.), la costituzione di società a responsabilità limitata (art. 2463 c.c.).

È stato sostenuto in dottrina che la forma dell'atto pubblico sia richiesta

(27) Trib. Reggio Emilia, sentenza 26 marzo 2007, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 451, con nota di A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina.*

esclusivamente in funzione della trascrizione del vincolo mentre non sarebbe necessaria per la costituzione del vincolo con effetti meramente obbligatori (28). La questione coinvolge una visione più generale circa l'inquadramento sistematico dell'art. 2645-ter: è una norma che disciplina esclusivamente la trascrizione del vincolo di destinazione oppure è norma di diritto sostanziale che detta i requisiti della nuova fattispecie tipica dell'atto di destinazione? Se si segue la prima impostazione, si può ammettere, accanto al vincolo con effetti reali disciplinato dall'art. 2645-ter, un vincolo con efficacia obbligatoria tra le parti, costituito per scrittura privata. Se si segue la seconda impostazione, si deve concludere che la forma pubblica è richiesta quale requisito di validità dell'atto di destinazione (29). Sulla questione si tornerà nel prosieguo del presente lavoro.

4.2. Il testamento.

Il testamento come veicolo per la costituzione di un vincolo di destinazione non è espressamente contemplato dall'art. 2645-ter c.c., contrariamente al *trust* per il quale è prevista l'istituzione con un atto *mortis causa* (art. 2 della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, ratificata dall'Italia con la legge 16 ottobre 1989, n. 364).

In dottrina si ritiene che l'art. 2645-ter, con il riferimento generico ad "*atti in forma pubblica*", consenta di utilizzare anche il testamento per la costituzione del vincolo di destinazione, non essendovi ragioni per limitare l'operatività della previsione di cui all'art. 2645-ter c.c. agli atti *inter vivos* (30). D'altra parte, quando il legislatore ha voluto imporre un divieto all'autonomia privata circa la possibilità di produrre un certo effetto giuridico con il testamento, lo ha stabilito espressamente, come nel caso del divieto di concedere ipoteca con il testamento (art. 2821, comma 2, c.c.). Per un inquadramento sistematico va osservato che è possibile costituire per testamento un fondo patrimoniale (art. 167 c.c.) o una fondazione (art. 14 c.c.), istituti in cui è possibile rinvenire l'effetto di destinazione di beni ad uno scopo che caratterizza anche l'atto di destinazione ex art. 2645-ter c.c.

Considerato che il riferimento normativo ad "*atti in forma pubblica*" ha la finalità di garantire un preventivo controllo del notaio-pubblico ufficiale sulla

(28) G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 162 ss.; M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 35.

(29) R. CALVO, *op.cit.*, 164 s.; F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 172; GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 7 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 336.

(30) Cfr. G. PETRELLI, *op. cit.*, 161 ss.; M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *op. cit.*, 13 ss.; F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, 384 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione*, cit., 336; R. CALVO, *op. cit.*, 181; contra M. IEVA, *La trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche (art. 2645-ter c.c.) in funzione parasuccessoria*, in *Riv. not.*, 2009, 1290 ss. che esclude l'idoneità del testamento a svolgere il ruolo di fonte negoziale del vincolo di destinazione.

meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la costituzione del vincolo, si deve ritenere che *l'unica forma idonea a costituire un vincolo di destinazione con gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. sia il testamento pubblico* (31). Sarà compito del notaio, dopo avere provveduto alla registrazione del testamento, unitamente al verbale con cui si dà atto del passaggio del testamento dal repertorio degli atti *mortis causa* a quello degli atti tra vivi, trascrivere il vincolo di destinazione presso l'Agenzia del territorio e/o presso il Registro delle imprese.

Se residua un margine di dubbio per la costituzione diretta, tramite testamento, del vincolo di destinazione è certamente ammissibile *la costituzione indiretta tramite un legato di contratto* avente ad oggetto l'obbligo per l'onerato (erede o legatario) di costituire con successivo atto *inter vivos* il vincolo di destinazione (32). Il beneficiario della destinazione acquisterà la qualifica di legatario, in quanto titolare del diritto di credito all'attuazione della destinazione a cui corrisponde l'obbligazione dell'erede o legatario proprietario del bene vincolato in funzione della destinazione.

Secondo un'altra opinione, *non sarebbe necessaria la forma del testamento pubblico per il vincolo di destinazione testamentario poiché la destinazione testamentaria acquista sempre efficacia obbligatoria al momento dell'apertura della successione*, mentre l'opponibilità *erga omnes* deriva dalla pubblicazione del negozio istitutivo. Il vincolo plasmato dal testatore integrerà gli estremi del modo, con il quale impone all'erede o al legatario l'onere (ossia il comando) di destinare *ad tempus* specifici beni a favore del terzo onerato (33). Quest'ultima soluzione presenta il vantaggio di consentire al testatore di realizzare la sua "volontà destinataria", che può presentare una certa rilevanza nella sistemazione patrimoniale *post mortem*, anche tramite il testamento olografo che, com'è noto, è statisticamente la forma di testamento di gran lunga più utilizzata. Il filtro di meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la destinazione patrimoniale, affidato al notaio, si attuerebbe con l'atto pubblico con cui l'onerato dia esecuzione all'obbligazione di destinare e chiedi la trascrizione *ex art. 2645-ter c.c.* nel pubblico registro.

4.2.1. *Il rapporto tra la destinazione e la separazione esercitata dai creditori ereditari.*

Si pone, in relazione alla destinazione disposta con testamento, il pro-

(31) Cfr. M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *op. cit.*, 14. L'esigenza di garantire il filtro della meritevolezza degli interessi perseguiti con l'atto di destinazione dovrebbe giustificare la deroga al principio generale di equivalenza delle forme testamentarie, in particolare escludendo la possibilità di costituire un vincolo di destinazione con il testamento olografo o segreto (cfr. F. SPOTTI, *op. cit.*, 384 ss., § 8); *contra* A. Merlo, *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, 513 che propende per un'interpretazione estensiva che riconosca la liceità di una costituzione del vincolo di destinazione anche attraverso lo strumento del testamento olografo e del testamento segreto.

(32) Cfr. F. SPOTTI, *op. cit.*, 384 ss., § 9.

(33) R. CALVO, *op. cit.*, 182 s.

blema del rapporto tra i creditori ereditari ed i creditori per debiti sorti in attuazione della destinazione. Non può escludersi che la costituzione di un vincolo di destinazione su di un immobile di valore rilevante, facente parte del compendio ereditario, possa arrecare un pregiudizio ai creditori ereditari.

Il vincolo di destinazione diventa opponibile ai terzi solamente con la trascrizione nel pubblico registro; all'apertura della successione il procedimento per la costituzione del vincolo è *in itinere* ma non si è ancora perfezionato, e quindi il vincolo di destinazione non è opponibile ai creditori ereditari. L'art. 2645-ter c.c. ha stabilito, quale *criterio per la soluzione dei conflitti con i creditori del disponente, la priorità della trascrizione del vincolo di destinazione rispetto al pignoramento* (art. 2915, comma 1, c.c.).

Va, però, sottolineato che i creditori ereditari hanno un potenziale privilegio sul compendio ereditario, in quanto patrimonio destinato alla soddisfazione dei debiti del *de cuius*, per far valere il quale gli stessi hanno *l'onere di esercitare la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, entro il termine di tre mesi dall'apertura della successione* (art. 516 c.c.). La separazione si esercita su singoli beni ereditari, compresi quelli oggetto di un legato di specie, ed attribuisce al creditore un privilegio sul singolo bene; per i beni immobili la separazione si esercita mediante l'iscrizione a cui si applicano le norme sulle ipoteche (34). Si pone, dunque, *un apparente conflitto tra due diverse forme di destinazione patrimoniale*: la destinazione in favore del creditore separatista prevista dagli artt. 512 e ss. c.c. e la destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela, *ex art. 2645-ter c.c.*, stabilita nel testamento. Ai sensi dell'art. 518, comma 2, c.c. *le iscrizioni a titolo di separazione prevalgono sulle trascrizioni ed iscrizioni contro l'erede o il legatario, anche se anteriori* (35). Si può affermare che l'esercizio del diritto di separazione da parte del creditore del defunto rende concreto ed effettivo il privilegio sul singolo bene ereditario che è già potenziale all'apertura della successione (36). Il privilegio nasce con effetto retroattivo fin dal momento dell'apertura della successione, come sembra confermato dall'espressa prevalenza della separazione dei beni rispetto alle trascrizioni ed iscrizioni anteriori contro l'erede.

(34) Dispone l'art. 518, comma 1, c.c. «Riguardo agli immobili e agli altri beni capaci d'ipoteca, il diritto alla separazione si esercita mediante l'iscrizione del credito e del legato sopra ciascuno dei beni stessi. L'iscrizione si esegue nei modi stabiliti per iscrivere le ipoteche, indicando il nome del defunto e quello dell'erede, se è conosciuto, e dichiarando che l'iscrizione stessa viene presa a titolo di separazione dei beni. Per tale iscrizione non è necessario esibire il titolo».

(35) «Tutte le iscrizioni a titolo di separazione prendono lo stesso grado, ossia quello della prima, benché eseguite in tempi diversi, e prevalgono in blocco sulle altre trascrizioni e sulle iscrizioni ipotecarie effettuate ad altro titolo e, sia pure anteriormente, contro l'erede o il legatario (di specie)» (G. CAPOZZI, *op. cit.*, 225).

(36) Il diritto alla separazione è un diritto potestativo poiché, dal momento dell'apertura della successione e fino all'attuazione concreta della separazione, i creditori del defunto ed i legatari sono *ipso iure* investiti del potere, su tutti i beni del defunto stesso, di determinare con una loro manifestazione di volontà un mutamento giuridico. Un diritto concreto su questi beni non esiste ancora, ma già esiste il potere di separare (G. CAPOZZI, *op. cit.*, 221).

Si può concludere, sul punto, che la destinazione testamentaria sia compatibile con i principi generali in tema di destinazione del compendio ereditario alla soddisfazione dei creditori ereditari, in quanto il conflitto tra creditori del defunto e creditori dell'erede viene sempre risolto dall'art. 518, comma 2, c.c. con la prevalenza a favore dei primi ove abbiano esercitato tempestivamente il diritto alla separazione (37).

4.3. *La legittimazione a costituire il vincolo.*

Deve ritenersi legittimato alla costituzione del vincolo di destinazione esclusivamente il *proprietario del bene da vincolare* e non il titolare di un diritto reale limitato (38). Si tratta, infatti, di limitare le facoltà di sfruttamento economico del bene che vengono temporaneamente attribuite al beneficiario. Tale potere non può riconoscersi in capo al titolare di un diritto reale limitato; si consideri, ad esempio, che l'usufruttuario è soggetto espressamente all'*obbligo di rispettare la destinazione economica della cosa* (art. 981 c.c.), il che è certamente in contrasto con la costituzione di un vincolo di destinazione con il quale si attribuisce ad altri, per un certo tempo, la destinazione economica del bene.

4.4. *La struttura.*

4.4.1. *Negozi unilaterale non recettizio.*

L'atto costitutivo del vincolo ha una struttura di *negozi essenzialmente unilaterale* (39) *non recettizio* (40), in quanto è il proprietario del bene che limita le sue facoltà di sfruttamento economico dello stesso, imprimendo al

(37) A. MERLO, *op. cit.*, 514 s. ritiene che l'attribuzione del bene vincolato possa avvenire esclusivamente a titolo di legato in favore del beneficiario e non come *institutio ex re certa*, poiché l'attribuzione del bene vincolato a titolo di erede potrebbe dare origine ad un conflitto tra i creditori ereditari ed i creditori le cui ragioni siano sorte al fine di realizzare gli interessi sottesi alla destinazione.

(38) Nello stesso senso, R. CALVO, *op. cit.*, 156; F. SPOTTI, *op. cit.*, 384 ss.; Russo, *Il negozio di destinazione di beni immobili o mobili registrati (art. 2645 ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, 1240; A. GHIRONI, *La destinazione di beni ad uno scopo nel prisma dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2011, 1131.

(39) Cfr. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 125; P. SCALAMOGNA, *Destinazioni e rapporti gestori*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione per il Notariato, 119; Secondo R. CALVO, *op. cit.*, 176 s., nota 64 «il nuovo istituto non novera tra i suoi elementi essenziali il trasferimento della proprietà. Di lì il diritto di disporre unilateralmente del valore d'uso della cosa tramite atto gratuito di destinazione al terzo beneficiario. Per altro verso, nulla esclude che la costituzione del vincolo possa essere attuata sotto forma di liberalità atipica, da cui potrebbe altresì derivare un'obbligazione modale a carico dell'onorato». *Contra*, per la natura bilaterale del vincolo, F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 172 ss. secondo il quale «la struttura unilaterale non è ipotizzabile, perché l'art. 2645 ter c.c. non integra quella riserva di legge voluta dall'art. 1987 c.c. per legittimare una promessa unilaterale».

(40) L'art. 2645-ter non richiede alcuna notifica al beneficiario della destinazione al contrario, ad esempio, dell'art. 563, comma 4, c.c. che, per proporre l'opposizione alla donazione, richiede al coniuge ed ai parenti in linea retta del donante l'onere di *notificare* e

bene una determinata destinazione a favore di un altro soggetto. L'eventuale partecipazione all'atto del beneficiario del vincolo non ha alcun ruolo nella produzione dell'effetto negoziale di destinazione ma può valere esclusivamente come presa d'atto della costituzione del vincolo. Si può ipotizzare il caso dell'atto di destinazione finalizzato a soddisfare le esigenze della famiglia di fatto nel quale intervenga anche il/la convivente beneficiario/a della destinazione. Anche la presenza nell'atto di destinazione di mandati gestori o del trasferimento del bene vincolato al soggetto gestore non fanno venir meno la struttura dell'atto di destinazione come negozio unilaterale.

L'atto costitutivo comporta la programmazione di una certa destinazione che viene impressa al bene con un conseguente vincolo limitato nel tempo. È estraneo alla disciplina dell'art. 2645-ter un qualunque effetto traslativo. In altri termini, per come è disciplinato dal legislatore, l'atto costitutivo *vincola ma non trasferisce il bene* (41). Questa è una differenza fondamentale rispetto al *trust* nel quale il bene oggetto della destinazione è trasferito al *trustee* che acquista *un diritto di proprietà temporaneo, strumentale all'amministrazione fiduciaria ed alla realizzazione della destinazione*, tipico degli ordinamenti di *common law*, separato dal suo restante patrimonio, non aggredibile dai suoi creditori personali, escluso dal suo regime matrimoniale e dalla sua successione, destinato a cessare una volta terminata la durata del *trust* (42).

Per effetto della costituzione del vincolo di destinazione il bene rimane, di regola, nel patrimonio del soggetto costituente (43).

4.4.2. *Il trasferimento del bene destinato contestuale ma con causa propria.*

Non è escluso che il conferente, contestualmente alla costituzione del vincolo di destinazione, trasferisca il bene ad altro soggetto. *L'eventuale trasferimento del bene destinato è effetto autonomo e distinto dall'effetto della destinazione negoziale* (44).

Nella prassi è abbastanza frequente, ad esempio, l'ipotesi del padre che, preoccupato di garantire un sostegno economico al figlio disabile, trasferisce uno o più beni immobili ad un altro figlio in grado di provvedere alle esigenze del figlio disabile, con la costituzione del vincolo di destinazione in favore dello stesso figlio disabile, per la durata residua della sua vita. Il trasferimento

trascrivere, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione.

(41) Secondo P. SPADA, *op. cit.*, 125 «destinazione è altro dall'attribuzione... la destinazione non produce spostamenti patrimoniali (cioè attribuzioni) ma tende, da un lato, ad imprimere vincoli funzionali nella percezione delle utilità d'uso e di scambio dei beni destinati e, dall'altro, alla separazione dei beni destinati dal patrimonio residuo del destinante...»; cfr. anche F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., § 7; B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 322; S. MIEUCCI, *La destinazione dei beni fra atto e rimedi*, Milano, 2009, 193.

(42) Sulle differenze tra vincolo di destinazione e *trust*, cfr. B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 320 ss.; A.C. DI LANDRO, *L'art. 2645-ter e il trust. Spunti per una comparazione*, in *Riv. not.*, 2009, 584 ss., spec. 598 ss.

(43) Cfr. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 125.

(44) Cfr. B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 335; A. GHIRONI, *op. cit.*, 1131.

immobiliare in favore del figlio capace è, contrariamente al trasferimento in favore del trustee, un trasferimento di un diritto di piena proprietà che, una volta cessato il vincolo, non avrà più alcun limite. Il trasferimento, pur essendo contestuale alla costituzione del vincolo, ha una causa propria ed autonoma che lo sorregge, di scambio o di liberalità. Infatti il bene è destinato a restare nel patrimonio del soggetto attuatore anche dopo la fine della destinazione, entra a far parte del suo regime patrimoniale ed entra nella sua successione, sia pure gravato dal vincolo di destinazione per tutta la durata dello stesso.

4.4.3. *L'inammissibile costituzione di una proprietà fiduciaria in favore dell'attuatore.*

Non sembra ammissibile un trasferimento del bene sotto forma di proprietà fiduciaria con effetti analoghi a quelli previsti dagli ordinamenti di common law in favore del trustee. Tale forma di proprietà sarebbe "difficilmente armonizzabile con il principio di unità del dominio — coerente con la nostra tradizione — il quale sembra escludere il potere di conformare la proprietà con atti di autonomia privata, realizzando forme di fiducia attributiva" (45).

Un tipo di proprietà strumentale all'amministrazione fiduciaria, separata rispetto al restante patrimonio del titolare e non aggredibile dai creditori è prevista nel nostro ordinamento per le società fiduciarie e di revisione disciplinate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 che "si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione di beni per conto di terzi" (art. 1) e per i fondi comuni di investimento per i quali è espressamente stabilito dalla legge che ciascun fondo costituisce patrimonio autonomo, che sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società di gestione né dei creditori del depositario, che la società di gestione non può utilizzare nell'interesse proprio o di terzi i beni di pertinenza dei fondi gestiti (art. 36, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

È pacifico in giurisprudenza che la proprietà della società fiduciaria assume una connotazione meramente "formale" in quanto il fiduciante, nonostante la formale intestazione del bene alla fiduciaria, ne conserva la proprietà "sostanziale"; per contro le società fiduciarie, non potendo disporre o utilizzare nel proprio interesse i beni loro affidati, risultano, in concreto, mere depositarie di beni costituenti una massa patrimoniale distinta, a tutti gli effetti, dal loro personale patrimonio e, come tale, sottratta alle azioni esecutive degli eventuali creditori (46). Si tratta di un mandato ad amministrare eccezionalmente tra-

(45) G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione per il Notariato, 116; cfr. B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 320, sul principio di unità del dominio, nel sistema italiano, non incline a riconoscere la duplicità di titoli proprietari sul medesimo bene.

(46) Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, in *Contratti*, 1998, 23, con nota di U. CARNEVALI, *Beni amministrati da società fiduciarie e separazione dei patrimoni*; Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, in *Società*, 1999, 1330, con nota di R. RORDORF, *Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie*; Cass., 10 dicembre 1984, n. 6478.

slativo in quanto comporta, in capo alla società fiduciaria, una proprietà meramente "formale".

Ora, non sembra possibile all'autonomia privata creare una proprietà fiduciaria, con queste caratteristiche, al servizio del vincolo di destinazione costituito *ex art. 2645-ter*, trattandosi di una disciplina eccezionale ispirata dall'esigenza di tenere distinte le disponibilità dei fiducianti dal patrimonio della società fiduciaria.

Una conferma normativa di questa conclusione si ritrova nella legge delega al Governo per approvare, inserendola nel Titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina del *contratto di fiducia*, cioè quel «contratto con il quale il fiduciante trasferisce diritti, beni o somme di denaro specificamente individuati ad un fiduciario che li amministra, secondo uno scopo determinato, anche nell'interesse di uno o più beneficiari determinati o determinabili» (47). Il contratto di fiducia è un contratto traslativo con il quale il fiduciante trasferisce la proprietà di determinati beni (anche mobili) al fiduciario che si obbliga a gestirli per realizzare l'interesse di uno o più beneficiari, tenendoli separati dal proprio patrimonio (48). *La principale differenza rispetto al vincolo di destinazione risiede nell'effetto traslativo, caratteristica propria del contratto di fiducia ed assente nel vincolo di destinazione.*

4.4.4. *Il trasferimento in funzione gestoria con obbligo di ritrasferimento.*

Ci si chiede se sia ammissibile un *trasferimento temporaneo del bene destinato*, per la durata della destinazione, in favore del soggetto attuatore, strumentale alla funzione gestoria, *con obbligo di ritrasferimento al termine della destinazione*. Come si è chiarito in precedenza, tale trasferimento non potrebbe realizzare una proprietà fiduciaria, assimilabile a quella del *trustee*.

Il trasferimento in funzione gestoria pone due problemi interpretativi: *la causa* che giustifica il trasferimento all'attuatore (49) e *la tutela del costituente a fronte dell'obbligo di ritrasferimento* da parte del soggetto attuatore al termine della destinazione.

Per ritrovare un trasferimento strumentale ad una funzione gestoria si deve fare riferimento al *mandato ad alienare* che comporterebbe un effetto traslativo del bene, strumentale all'attuazione dell'incarico, dal mandante al

(47) Art. 11, n. 6, lett. a), D.d.l. n. 2322/10 recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea - Legge comunitaria 2010".

(48) Per un esame del contratto di *fiducie* come disciplinato nell'ordinamento francese dalla *Loi n. 2007-211*, du 19 février 2007 emendata dalla *Loi n. 2008-776*, du 4 août 2008, cfr. B. Mastropietro, *op. cit.*, 338 ss.

(49) Afferma P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 125 "la destinazione non giustifica sé stessa, non è *causa sui ipsius*"; ha sostenuto A. GIURONI, *op. cit.*, 1131, nell'indagare se il negozio traslativo posto eventualmente in essere abbia un rapporto di dipendenza o di collegamento con il negozio destinativo e ne sia in qualche modo causalmente sostenuto, che «la destinazione... è un effetto e non una causa e tra i due effetti in linea di principio è possibile affermare che non vi sia alcuna correlazione: non esiste cioè una causa *destinationis* che possa eventualmente reggere l'effetto traslativo».

mandatario. Secondo la dottrina che ha maggiormente studiato tale figura, l'effetto di trasferimento dal mandante al mandatario non potrebbe mai avvenire al momento dell'assunzione dell'incarico, cioè della conclusione del mandato ma solo al verificarsi della *condicio iuris* sospensiva rappresentata dalla alienazione gestoria al terzo (50). Non è certo che la destinazione sia una causa in sé idonea e sufficiente al trasferimento del bene al soggetto attuatore. I dubbi sono confermati dalla legge delega al Governo per approvare, inserendola nel Titolo III del libro IV del codice civile, la disciplina del contratto di fiducia, caratterizzato, come si è visto, da un tipico effetto traslativo. Sembra cogliere nel segno la tesi che afferma che il trasferimento immobiliare al soggetto gestore potrà avere le fattezze di un contratto tipico, di natura onerosa o gratuita, o potrà avere *natura gratuita* se giustificato esclusivamente dall'attuazione della destinazione (51).

Ma il punto debole del trasferimento temporaneo sta nell'obbligo di ritrasferimento a carico del soggetto attuatore. Infatti «il ritrasferimento potrebbe essere solo l'esito di un eventuale obbligo assunto con l'iniziale patto, sotto forma di mandato fiduciario a favore di terzo» (52). È stato affermato che «nell'atto di destinazione non è previsto un meccanismo di (ri)trasferimento, come invece nel trust, poiché il conferente non perde la proprietà, ma la destina per un tempo determinato, potendo così riacquistare la pienezza della sua posizione proprietaria al termine del vincolo» (53). In altri termini, il costituente non avrebbe alcuna garanzia sull'adempimento dell'obbligo di ritrasferimento da parte del soggetto attuatore o dei suoi eredi.

Persuade maggiormente l'idea che per l'attuazione della destinazione non sia affatto necessario il trasferimento strumentale e temporaneo al soggetto attuatore. Per realizzare la destinazione, di regola, dovrebbe essere sufficiente un mandato ad amministrare conferito al soggetto attuatore poiché, salvo casi eccezionali, la funzione gestoria non esige né la facoltà di godimento del bene né la facoltà di disposizione (54).

4.5. *La durata.*

Secondo quanto dispone l'art. 2645-ter il vincolo di destinazione può avere come durata un periodo non superiore a novanta anni o la durata della vita della persona beneficiaria. La ratio della norma è chiara se si considera che il vincolo di destinazione costituisce una rilevante limitazione al diritto di proprietà nonché al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.

La prima questione interpretativa riguarda la possibilità di *costituire il vincolo in favore di più persone che ne risultino contestualmente beneficiarie*

(50) Cfr. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Cedam, 1947, 90; A. LUMINOSO, *Il Mandato e la commissione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1985, 104.

(51) G. DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 510.

(52) F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 175.

(53) B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 332 s., nota 39.

(54) Cfr. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 125.

e prevedere l'estinzione dello stesso alla morte del più longevo dei beneficiari, in maniera analoga alla costituzione dell'usufrutto vitalizio con reciproco diritto di accrescimento.

L'art. 2645-ter non sembra offrire elementi letterali certi per la soluzione della questione al vaglio poiché, se è vero che per indicare la durata massima del vincolo fa riferimento alla durata della *vita della persona beneficiaria*, d'altra parte, nell'individuazione dei beneficiari utilizza espressioni al plurale come *persone con disabilità, pubbliche amministrazioni, altri enti o persone fisiche*. Al riguardo, in mancanza di una precisa regolamentazione normativa, sembra possibile applicare per analogia la disciplina della costituzione del diritto di usufrutto per donazione. Il vincolo di destinazione a favore di una persona determinata, nella maggioranza dei casi, avviene senza alcun corrispettivo e per spirito di liberalità. Ora, anche per la costituzione dell'usufrutto vitalizio esistono le medesime ragioni che hanno indotto il legislatore a limitare la durata del vincolo di destinazione. Dispone, al riguardo, l'art. 979 c.c. che la durata dell'usufrutto non può eccedere la vita dell'usufruttuario mentre l'usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non durare più di trent'anni. Il paradigma normativo è simile: accanto ad un termine di durata fisso (trent'anni) è inserito un termine commisurato alla vita della persona fisica beneficiaria. Il riferimento letterale alla vita dell'usufruttuario non preclude la costituzione dell'usufrutto in favore di più persone congiuntamente, come si ricava testualmente dall'art. 796 c.c. che ammette la riserva di usufrutto in favore del donante e, dopo di lui, a vantaggio di più persone, ma non successivamente. Si può tentare un ulteriore passaggio interpretativo ed ammettere non solo la destinazione in favore di più persone contemporaneamente ma anche *la destinazione in favore di più persone in ordine successivo purché entro il limite temporale massimo di novanta anni*. Infatti, nella disciplina dell'usufrutto i due termini massimi fissati dalla legge (la vita dell'usufruttuario per la persona fisica e trenta anni per la persona giuridica) disciplinano due fattispecie diverse ed autonome, quella dell'usufruttuario persona fisica e quella dell'usufruttuario persona giuridica, come è dimostrato anche dalla collocazione letterale in due commi diversi dell'art. 979. Al contrario, nella disciplina dell'art. 2645-ter i due termini massimi di durata (novant'anni o la durata della vita della persona beneficiaria) sono alternativi e, dunque, *appare corrispondente al paradigma normativo un vincolo di destinazione a favore di più persone in ordine successivo*, ad esempio per una durata di alcuni anni ciascuno, purché la durata complessiva sia contenuta entro il limite massimo di novant'anni (55).

Altra importante questione interpretativa riguarda la possibilità di *destinare il bene in favore di nascituri figli di una determinata persona vivente*. In mancanza di un'espressa previsione normativa, si è negata la possibilità di individuare quali beneficiari persone non ancora nate che non godrebbero della

(55) Nello stesso senso cfr. F. SPOTI, *op. cit.*, § 3.

capacità giuridica secondo l'art. 1 c.c. (56). Ancora una volta non si vede il motivo per non applicare, per analogia, la disciplina in tema di donazione che consente la donazione in favore di chi è soltanto concepito ovvero dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione, benché non ancora concepiti (art. 784 c.c.). Sarebbe certamente ammissibile una donazione ad un figlio di un immobile con l'onere di destinare le rendite per soddisfare le esigenze di studio dei suoi figli nati e nascituri. Non si comprende perché non sia possibile al donante "rinforzare" gli effetti della donazione con l'apposizione di un vincolo di destinazione sull'immobile a garanzia dell'adempimento dell'onere, con il conseguente effetto di limitazione di responsabilità del bene vincolato (57).

4.6. *I beni oggetto del vincolo di destinazione.*

L'art. 2645-ter individua come beni che possono costituire oggetto del vincolo di destinazione *i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri*. Al riguardo si può osservare che il vincolo di destinazione è disciplinato nel capo I del titolo I del libro sesto della trascrizione che riguarda esclusivamente la trascrizione degli atti relativi ai beni immobili mentre la disciplina della trascrizione dei beni mobili registrati (navi, aeromobili, autoveicoli) è contenuta nel capo III.

Una questione di particolare interesse riguarda *la possibilità di vincolare ad una determinata destinazione le quote di partecipazione nella società a responsabilità limitata*. Al riguardo, la natura delle quote di s.r.l. va riletta alla luce della riforma del diritto societario. «In virtù di questa novella la quota di Srl, di cui non è più peraltro contestabile la natura di "bene", ha cessato di essere un bene mobile *tout court* ai sensi dell'art. 810 ultimo comma, per il quale il conflitto tra più acquirenti è regolato dalla priorità dell'acquisto e dalla buona fede (si noti esistente al momento dell'acquisto!). Essa si configura, ora, come un bene mobile soggetto a iscrizione in pubblico registro (art. 815), nella specie il Registro delle imprese, né più né meno che le automobili nel Pubblico registro automobilistico e le navi nel Registro navale» (58). In dottrina è assolutamente prevalente la tesi che ammette la costituzione del vincolo di destinazione sulle quote di partecipazione nella società a responsabilità limitata (59).

Si è affermato che *potrebbe ammettersi anche la destinazione avente ad oggetto beni mobili regolati da diversa pubblicità (marchi, brevetti, opere*

(56) Cfr. F. SPORZI, *op. cit.*, § 11.

(57) Per l'applicazione analogica degli articoli 462 e 784 che disciplinano la disposizione testamentaria e la donazione in favore di nascituri figli di una determinata persona vivente, benché non ancora concepiti, G. PETRELLA, *op. cit.*, 168.

(58) F. DI SABATO, *Diritto delle Società*, 2^a ed., Milano, 2005.

(59) M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale e impresa: oggetto e contenuto dell'atto di destinazione*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione per il Notariato, 108 s.; M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, 34; D. VECCHIO, *Profili applicativi dell'art. 2645-ter c.c. in ambito familiare*, in *Dir. fam.*, 2009, 799 ss.

cinematografiche, ecc.) che comporterebbe conseguenze analoghe a quelle dell'art. 2645-ter c.c. (60).

Il limite della conferibilità dei beni mobili va individuato in beni per i quali sia previsto un adeguato regime pubblicitario (61), in quanto il vincolo potrà essere opponibile ai terzi solo ove risulti adeguatamente segnalato in un pubblico registro, e quindi conoscibile dai terzi.

Non sembra, invece, condivisibile la tesi, pure espressa in dottrina, della possibilità di costituire il vincolo su beni mobili; ciò in quanto manca per gli stessi un'adeguata forma di pubblicità legale del vincolo stesso.

5. *La trascrizione del vincolo di destinazione.*

L'art. 2645-ter stabilisce che gli atti costitutivi del vincolo di destinazione «*possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione... I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo*». Risulta dalla lettera della norma che la trascrizione ha una duplice finalità: i) *l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione*; ii) *la limitazione della responsabilità patrimoniale del bene destinato* che non può essere espropriato per debiti diversi da quelli dipendenti dalla destinazione. Si noti che la limitazione di responsabilità del bene destinato rappresenta una conseguenza dell'effettiva destinazione del bene allo scopo indicato nell'atto costitutivo. La norma stabilisce, come *prius* logico, il dovere di realizzare l'effettiva destinazione e, come conseguenza dell'effettiva destinazione, la limitazione di responsabilità.

È stato osservato in dottrina che l'art. 2645-ter è l'unica norma sulla trascrizione che usa l'espressione "*possono essere trascritti*" anziché "*devono essere trascritti*" (cfr., ad es., l'art. 2645-bis sulla trascrizione del contratto preliminare) (62). Valorizzando il riferimento letterale alla facoltà e non alla doverosità della trascrizione, si è ritenuto che la formalità di trascrizione sia *un onere a carico del beneficiario* del vincolo per ottenere l'opponibilità del vincolo ai terzi ed *un onere a carico del titolare del bene vincolato* per ottenere la limitazione di responsabilità del bene (63).

Secondo questa impostazione, *la trascrizione del vincolo di destinazione sarebbe ma facoltativa, e non obbligatoria*: rientrerebbe nel potere del destinante decidere se dare vita ad una destinazione di beni con effetti solo tra le

(60) G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter c.c.*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 146.

(61) M. BIANCA, *op. cit.*, 108.

(62) G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 80.

(63) G. GABRIELLI, *op. e loc. ult. cit.*

parti oppure con efficacia *erga omnes* utilizzando il congegno della opponibilità proprio della trascrizione (64).

La questione della facoltatività od obbligatorietà della trascrizione è strettamente collegata all'inquadramento sistematico del nuovo istituto. L'art. 2645-ter c.c. è collocato nel titolo I del libro sesto del codice civile, della trascrizione. Se si aderisce all'impostazione secondo cui la norma disciplina esclusivamente gli effetti della trascrizione, si può concludere nel senso che le parti potrebbero scegliere se realizzare una destinazione meramente obbligatoria, con efficacia *inter partes*, oppure una destinazione opponibile ai terzi per mezzo della trascrizione. Secondo altra opinione, l'art. 2645-ter, pur risolvendo il problema della trascrizione del vincolo di destinazione, e quindi dell'opponibilità del vincolo e della collegata limitazione di responsabilità, *introduce una nuova fattispecie giuridica, quella dell'atto negoziale di destinazione, dettandone uno statuto minimale (forma, durata del vincolo, individuazione dei beni ad esso assoggettabili, meritevolezza dello scopo, ecc.)*. Si tratta, quindi, di una fattispecie complessa tipica (65) nella quale la trascrizione dell'atto pubblico di destinazione è elemento necessario per la costituzione del vincolo nonché per la perfezione del procedimento di separazione (66). Si è affermato in dottrina che «il legislatore ha escluso la frammentazione della fattispecie tra atto ed effetti. Questi ultimi sono compenetrati nell'atto, il quale perfeziona la fattispecie in quanto sia stato validamente completato l'iter relativo alla sua opponibilità *erga omnes*. Ne discende l'inammissibilità del vincolo di destinazione obbligatorio che si protragga per novant'anni o per l'intera vita della persona beneficiaria. Delle due l'una: o sono rispettati i requisiti di validità previsti dall'art. 2645 ter, oppure gli interessati dovranno sussumere il vincolo (obbligatorio) sotto il modello coniato dall'art. 1379 c.c.» (67).

L'ultima impostazione sembra preferibile in quanto, come si è rilevato, l'istituto disciplinato dall'art. 2645-ter rappresenta una rilevante eccezione a principi fondamentali del nostro ordinamento quali: il principio di tipicità dei diritti reali, i limiti normativi al divieto di alienazione, il principio della

(64) A. LUMINOSO, *op. cit.*, 1001; G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., 80; G. PETRELLI, *op. cit.*, 191; P. VALORE, *Amministrazione di sostegno e vincolo di destinazione*, in *Corte merito*, 2009, 619 ss.; G. BARALIS, *op. cit.*, 132; M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Famiglia e impresa: strumenti negoziali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 28 ss. tiene nettamente distinti gli effetti obbligatori dell'atto di destinazione dall'opponibilità della separazione, risultante dalla trascrizione e dall'esistenza in concreto di un interesse meritevole di tutela.

(65) A. MORACE PINELLI, *op. cit.*, 451 ss.; R. CALVO, *op. cit.*, 162; M. CROLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, Padova, 2010, 136; A. GHIRONI, *op. cit.*, 1085 ss.

(66) P. SPADA, *Destinazioni patrimoniali ed impresa*, in *Atti del Convegno su Nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Roma, 28 settembre 2006; M. LUPOI, *Gli atti di destinazione del nuovo art. 2645-ter, quale frammento di trust*, in *Riv. not.*, 2006, 467 ss.

(67) R. CALVO, *op. cit.*, 162 s. Per l'applicazione anche ai vincoli di destinazione dei limiti al divieto di alienazione di cui all'art. 1379 c.c., cfr. Cass., 11 aprile 1990, n. 3082, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 485 ss., con nota di COLOMBO.

responsabilità patrimoniale illimitata del debitore. Ora, l'autonomia privata in tanto può beneficiare delle "esenzioni" consentite dall'art. 2645-ter, in quanto rispetti la fattispecie normativa disciplinata dal citato articolo. Un eventuale atto di destinazione costituito per scrittura privata e non trascritto potrà continuare ad ammettersi entro gli stessi limiti riconosciuti all'autonomia privata prima dell'approvazione dell'art. 2645-ter ma non entrerà nell'orbita normativa dello stesso e dovrà rispettare tutte le limitazioni generali derivanti dai principi dell'ordinamento giuridico sopra richiamati.

Seguendo questa impostazione, si afferma che *la trascrizione è costitutiva* ed è «funzionalmente assai più simile ad un'iscrizione, come quella dell'ipoteca» (68).

6. *Le posizioni soggettive che derivano dalla destinazione.*

6.1. *La proprietà conformata.*

La destinazione comporta una particolare regolamentazione del diritto di proprietà che viene *destinato ad uno scopo*. Per la durata del vincolo di destinazione, *si realizza una dissociazione tra il diritto di proprietà ed il valore economico del bene destinato* che viene attribuito al soggetto beneficiario della destinazione.

La proprietà destinata non costituisce un nuovo diritto reale, diverso dal diritto di proprietà (69), anche se con l'apposizione del vincolo vengono limitate le facoltà di godimento spettanti al proprietario del bene. È vero che la proprietà gravata dal vincolo di destinazione non consente al proprietario lo sfruttamento economico del bene, ma questa limitazione è tipica anche della nuda proprietà gravata da diritti reali (usufrutto, uso, abitazione, superficie), e non si dubita che la nuda proprietà sia lo stesso diritto disciplinato dall'art. 832 c.c. Va, inoltre, segnalato che la proprietà riprende automaticamente tutte le facoltà ad essa connaturali una volta cessato il vincolo di destinazione, esattamente come avviene per la nuda proprietà con l'estinzione del diritto reale limitato (70). Si aggiunga che *il bene destinato, ove ricorrano le condizioni*

(68) P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 127; cfr. A. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 34.

(69) Cfr. E. MATANO, *op. cit.*, 374; *contra* G. PETRELLI, *op. cit.*, 168 che ravvisa una proprietà «conformata» in vista dello scopo, che si differenzia dalla proprietà piena ed esclusiva di cui all'art. 832 c.c.; R. CALVO, *op. cit.*, 156 secondo il quale l'adattamento (o conformazione) del dominio all'interesse del terzo permette di scorgere una proprietà speciale, provvisoriamente piegata all'utilità del beneficiario; Secondo A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 337 è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura della proprietà nell'interesse altrui.

(70) Sulla caratteristica di elasticità della proprietà, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. di dir. priv.*, cit., 104 ss. ove si afferma che «il diritto di proprietà si riespande automaticamente ove un diritto altrui gravante su di essa si estingua. Quando un usufrutto termina, o per scadenza del termine cronologico o per la morte dell'usufruttuario non vi è bisogno di alcun negozio traslativo per far riacquistare al proprietario quelle facoltà e quei poteri che erano stati attribuiti all'usufruttuario. Poiché quindi la proprietà si ricompatta

esplicitate nell'atto costitutivo del vincolo, può essere alienato dal soggetto attuatore e l'acquirente riceve un bene libero dal vincolo di destinazione (71). Non si comprenderebbe come possa essere alienata una proprietà piena, corrispondente al paradigma dell'art. 832 c.c., se la proprietà vincolata fosse un diritto *sui generis* diverso dalla proprietà.

Pur non creando un diritto reale diverso dalla proprietà, *il vincolo ha i connotati della realtà*, intesa quale insistenza diretta sul bene, sua ambulatorietà e opponibilità ai terzi (72).

6.2. *La posizione del soggetto attuatore.*

La destinazione comporta *la nascita di un'obbligazione in capo al costituente* il quale è obbligato a tenere un comportamento idoneo a realizzare lo scopo dichiarato, come è confermato dal riconoscimento dell'azione per l'attuazione della destinazione a qualunque interessato, *anche durante la vita del conferente, recte costituente* (73). Il che significa che esiste un'obbligazione inadempita da parte del costituente.

L'obbligazione ha natura, in qualche modo, ambulatoria poiché, per effetto della trascrizione del vincolo, è opponibile all'eventuale acquirente dell'immobile in caso di alienazione del bene in contrasto con gli obblighi derivanti dal vincolo.

Pur essendo certamente ambulatoria, per espressa disposizione di legge, l'obbligazione non ha le caratteristiche di obbligazione *propter rem* (74).

automaticamente si assiste in tali casi ad una vicenda non negoziale... Il carattere dell'elasticità pare solidale con l'idea che la proprietà è naturalmente compatta e la presenza di diritti di godimento altrui è un evento accidentale. Essa è inoltre correlata con il carattere della perpetuità perché mentre la proprietà, come si è visto, non ha fine, tutti gli altri diritti di godimento o prevedono un termine — come l'usufrutto — oppure contengono un meccanismo di prescrizione».

(71) Cfr. A. ZACCARIA - S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, seconda edizione, 202; A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, 338.

(72) Cfr. E. MATANO, *op. cit.*, 374 il quale alla nota 15 cita M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, 748 secondo il quale la valutazione in ordine alla realtà può compiersi da differenti punti di vista e individua nell'inerenza *passiva* di un diritto a una cosa un ulteriore connotato della «realità» accanto a quello della relazione immediata (attiva) con la cosa che costituisce, invece, il carattere fondamentale dei diritti di godimento. G. PALERMO, *op. cit.*, 114 attribuisce ai vincoli carattere reale in quanto vengono a gravare sui beni.

(73) Afferma A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 337 che «il vincolo di destinazione significa che il titolare è gravato da un obbligo di condotta il quale consiste nel gestire i beni nell'interesse altrui... Chiunque in seguito ad una vicenda giuridica si trovi ad essere proprietario di quei beni è gravato da un obbligo di gestione dei medesimi nell'interesse altrui»; secondo A. Ghironi, *op. cit.*, 1128 «dall'atto di destinazione sorge un dovere di agire nell'utilizzo di un potere rivolto al perseguimento di un interesse».

(74) Per un esame delle obbligazioni condominiali quali categoria di obbligazioni *propter rem* si consenta di rinviare ad A. TORRONI, *Vendita dell'appartamento in condominio nelle more dell'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria deliberati prima della vendita. Le incertezze della Cassazione richiedono soluzioni di tecnica contrattuale*, in *Riv. not.*, 2011, 1404 e ss, spec. 1409 s.

Secondo la dottrina che si è occupata *ex professo* dello studio delle obbligazioni *propter rem*, la connessione tra l'obbligazione e la *res* servirebbe unicamente al fine dell'individuazione del debitore nel soggetto che vanta nei confronti della *res* un posizione di diritto reale o di possesso. La «realità» dell'*obligatio* varrebbe soltanto ai fini della predetta identificazione del soggetto passivo del rapporto (75) mentre non si attuerebbe una successione nel debito, così come accadrebbe nell'onere reale (76). Solo impropriamente si potrebbe parlare dell'obbligazione *propter rem* come di un'obbligazione ambulatoria, tradizionalmente definita per indicare la possibilità che il soggetto passivo muti col mutare del titolo o del possesso della cosa, dato che ambulatoria sarebbe non l'obbligazione ma la possibilità del suo sorgere (77).

Sembra più corretto, sul piano puramente descrittivo della fattispecie, avvicinare gli obblighi che derivano dalla destinazione, piuttosto che alle obbligazioni *propter rem*, alla categoria degli *oneri reali* (78), cioè quegli obblighi, in qualche modo, "garantiti" dalla *res* in forza del vincolo di destinazione debitamente trascritto (79). La categoria dell'onere reale ricalca, nella sostanza, quella enunciata dal §1105 del codice civile tedesco secondo cui si tratta del "peso reale" costituito su un fondo "in maniera che a colui, in favore del quale viene costituito l'onere, debbano essere effettuate prestazioni periodiche sul fondo" (80). Nel patrimonio destinato ad uno scopo si può ravvisare quella *funzione di garanzia reale del bene destinato rispetto alle prestazioni necessarie all'attuazione della destinazione*, che rappresenta l'essenza dell'onere reale.

6.3. La posizione del beneficiario.

Quanto alla posizione giuridica del beneficiario della destinazione, nonostante l'opponibilità ai terzi assicurata dalla trascrizione, ben difficilmente può essere inquadrata tra i diritti reali. La principale distinzione tra *diritti reali* e *diritti di credito* è fondata tradizionalmente sulla possibilità per il titolare dei

(75) L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri Reali e obbligazioni propter rem*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, 5; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, 124.

(76) BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1967, 717.

(77) BIONDI, *op. e loc. cit.*; COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, 230; L. BIGLIAZZI GERI, *op. e loc. cit.*

(78) Un onere reale recentemente disciplinato nel nostro ordinamento è previsto dall'art. 253 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 in base al quale gli interventi di bonifica e ripristino ambientale dei siti contaminati «costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'Autorità competente ai sensi dell'art. 250. L'onere reale viene iscritto a seguito dell'approvazione del progetto di bonifica e deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica».

(79) Cfr. G. CIAN, *Riflessioni intorno a un nuovo istituto del diritto civile: per una lettura analitica dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Leonardo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, 86; R. CALVO, *op. cit.*, 155, nota 6; E. MATANO, *op. cit.*, 375.

(80) A. MASI, *Riflessioni sull'onere reale nel codice dell'ambiente*, studio 342-2009/C approvato dalla Commissione studi civilistici del C.N.N. in *Banca Dati Notarile* Angelo Gallizia.

diritti reali di esercitare le sue facoltà e i suoi poteri (tendenzialmente illimitati) *direttamente* sul bene, *senza la necessità di cooperazione da parte di terzi* (81). Il dominio del titolare del diritto reale non dipende da obblighi di fare altrui. Invece il beneficiario della destinazione può ottenere il risultato economico, previsto dal costituente, solamente, in via mediata, tramite l'attività di amministrazione del soggetto attuatore che è chiamato a svolgere un'attività dinamica diretta a realizzare gli interessi meritevoli di tutela riferiti al soggetto beneficiario della destinazione (82). Esaminando la questione da altro angolo prospettico, si può osservare che nel diritto reale minore vi è corrispondenza tra gli elementi del negozio costitutivo e lo statuto legale di riferimento mentre il vincolo di destinazione ha un contenuto atipico, determinato nell'atto costitutivo, ed al beneficiario spetta un potere di ingerenza sulla cosa, che limita l'assolutezza del dominio, variamente graduato dall'autonomia privata (83).

È stato osservato che la norma non fa alcun cenno alla posizione di un eventuale creditore; nel vincolo sembrano mancare totalmente i caratteri classici dell'obbligazione, in particolare mancano sia la figura del titolare attivo sia la finalizzazione ad un interesse proprio di un creditore. Al riguardo *la norma sembra privilegiare il momento oggettivo della realizzazione dell'interesse*, alla quale corrispondono non creditori, ma più correttamente interessati (84).

La posizione giuridica che andrebbe ravvisata in capo al beneficiario, una volta esclusa l'esistenza di un potere immediato sui beni, e constatato lo stato di pendenza in cui si trova in quella posizione, dovrebbe allora essere quella dell'*aspettativa legalmente tutelata* (85).

(81) U. MORELLO, *op. cit.*, 74; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e reali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1980, 752 secondo cui «il cosiddetto lato interno (del diritto), che più propriamente va inteso come relazione diretta e immediata tra il soggetto e il bene... è componente necessaria della nozione di diritto reale».

(82) Afferma G. BARALIS, *op. cit.*, 140 che «sembra perlomeno strano rapportare ad un diritto reale una situazione soggettiva, quella del beneficiario, dove il godimento del bene può avere una durata di gran lunga superiore a quella massima dell'usufrutto ed è una facoltà del tutto speciale in quanto costituisce il riflesso di un impegno volto a realizzare (non a rispettare, si badi, come nell'usufrutto) una destinazione impressa, destinazione che il conferente deve positivamente mantenere».

(83) R. CALVO, *op. cit.*, 158.

(84) Cfr. A. GHIRONI, *op. cit.*, 1129; secondo P. SPADA, *Articolazione del patrimonio*, cit., 128 non esiste un creditore della destinazione, neppure nella persona del beneficiario.

(85) E. MATANO, *op. cit.*, 374 s.; P. SCALAMOGNA, *op. cit.*, 120, nota 6, sostiene che i beneficiari non sarebbero titolari di diritti di credito nei confronti del soggetto attuatore e tantomeno del concedente; essi avrebbero comunque *una posizione attiva protetta dall'ordinamento*; Cfr. anche G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *AA.VV., Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Studi raccolti dal C.N.N., Milano, 2003, 254; A. GHIRONI, *op. cit.*, 1130 s. qualifica la situazione dei soggetti interessati come *interesse legittimo di diritto privato*.

7. *L'effettività della destinazione.*

L'esigenza che *sia effettiva la destinazione del bene allo scopo* — stabilito dal costituente nell'atto costitutivo — risulta testualmente dal testo dell'art. 2645-ter c.c. in base al quale «... per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato, anche durante la vita del conferente. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

La norma chiarisce che *l'impiego in funzione della destinazione deve essere esclusivo*. Risulta chiaro che *tra i beni destinati e lo scopo deve sussistere una proporzione*. Non è ammessa una destinazione di beni che risultino eccedenti, per quantità o per reddito prodotto, rispetto allo scopo prefissato.

In dottrina si è affermato, per evidenziare la necessaria gestione del patrimonio destinato ad uno scopo che «il fine non si esaurisce ovviamente nella separazione che è solo un mezzo, investe la gestione che deve realizzarlo e che la legge rende pubblica e controllabile da chi vi è interessato, questa è la formula dell'art. 2645-ter c.c. (86). *Esiste, dunque, uno stretto rapporto tra destinazione e separazione: la seconda si giustifica in funzione della prima, la separazione ha una funzione ancillare rispetto alla destinazione*. Se lo strumento venisse concepito solamente come una possibilità di limitare la responsabilità patrimoniale, il negozio di destinazione potrebbe essere considerato un negozio in frode alla legge o in frode ai creditori (87).

Ci si deve chiedere, dunque, quale possa essere la sanzione nel caso in cui la destinazione dei beni non sia effettiva ma sia solo un *escamotage* per conseguire la limitazione di responsabilità.

Far discendere *tout court* dalla mancanza di effettività la cessazione della destinazione, e quindi della separazione patrimoniale, potrebbe pregiudicare gli interessi dei beneficiari della destinazione a vedere realizzato il programma in loro favore e dei creditori sorti in dipendenza della destinazione a soddisfarsi sul bene destinato. Solo qualora i beneficiari della destinazione, a fronte dell'inerzia del gestore, non si attivino, emerge il possibile disinteresse alla realizzazione del programma e la connivenza con gli intenti elusivi del disponente che potrebbero non giustificare più la separazione (88).

Se manca l'effettiva destinazione, il vincolo non potrà essere opposto ai creditori del conferente che agiscano in via esecutiva sul bene "apparentemente destinato". Si avrà una sorta di *inefficacia relativa*, cioè di inopponibilità del vincolo nei confronti dei creditori del conferente. In caso di conflitto tra i creditori del conferente ed i creditori per debiti contratti per lo scopo della

(86) G. OPPO citato in M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale*, cit., 108 s.

(87) M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale*, cit., 109.

(88) Cfr. M. MALTONI, *Il problema dell'effettività della destinazione*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, 84.

destinazione prevarranno, invece, questi ultimi, secondo la disciplina dettata dall'art. 2645-ter c.c.

Per garantire la serietà della destinazione e la successiva verifica della sua effettività, *l'atto di destinazione non può esaurirsi nella mera apposizione di un vincolo sul bene ma deve contenere un'organizzazione della gestione del bene*, finalizzata ad impiegare le sue utilità alla realizzazione della finalità impressa al bene medesimo. L'atto di destinazione disciplina, quindi, non solo la fase statica dell'apposizione del vincolo ma anche la fase dinamica della concreta attuazione del vincolo. Solamente così concepito l'atto di destinazione è idoneo a consentire il corretto esercizio dell'azione, attribuita dal legislatore a chiunque vi abbia interesse, avente come contenuto il controllo della realizzazione della destinazione (89).

Nella costruzione dell'atto di destinazione è importante inserire la regolamentazione della proprietà destinata prevedendo, ad esempio: i diritti ed i poteri del gestore, le modalità della gestione con eventuali limiti all'operato del gestore, l'eventuale autorizzazione del gestore all'alienazione del bene vincolato per far fronte alle esigenze derivanti dalla destinazione; la previsione dell'impiego dell'eventuale corrispettivo ricavato dal bene; la gestione delle rendite derivanti dal bene vincolato attraverso un conto corrente appositamente dedicato; gli obblighi di rendiconto (periodici e finali) e le relative modalità; le regole per la sostituzione del soggetto gestore; i diritti dei beneficiari; le cause che determinano la cessazione della destinazione (90).

Si può, dunque, concludere, sul punto, che *con la trascrizione dell'atto di destinazione* nel pubblico registro termina il procedimento giuridico diretto alla costituzione della destinazione ma, al contempo, *inizia la fase di attuazione della destinazione* che può essere decisiva in sede di interpretazione del contratto. Sotto questo aspetto, l'approfondimento dottrinale sull'effettività della destinazione può contribuire a gettare nuova luce sull'istituto del fondo patrimoniale che, fino ad ora, non ha realizzato appieno le finalità per le quali era stato previsto dal legislatore della riforma del diritto di famiglia e che richiede maggiore attenzione degli interpreti nel garantire, anche con idonee clausole contrattuali, l'effettività della destinazione (91).

8. *La limitazione di responsabilità.*

La trascrizione del vincolo di destinazione comporta una limitazione di responsabilità dei beni vincolati che *possono costituire oggetto di esecuzione*

(89) Cfr. M. BIANCA, *Destinazione patrimoniale*, cit., 109; A. FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici?*, in *Atti di destinazione. Guida alla redazione*, Studio n. 357-2012/C, in *CNN Notizie* del 17 settembre 2012.

(90) Cfr. P. SCALAMOGNA, *op. cit.*, 119.

(91) La giurisprudenza più recente sembra richiedere anche per il fondo patrimoniale l'esplicitazione delle finalità e delle modalità prescelte per attuarle (cfr. Cass., 8 agosto 2007, n. 17418; Trib. Pescara 7 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli, sez. VI, 5 febbraio 2008).

solo per i debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione. La legge prevede, dunque, quale conseguenza del vincolo di destinazione impresso ai beni, una parziale inespropriabilità dei beni vincolati, che rappresenta una rilevante eccezione al principio generale della responsabilità patrimoniale, espresso dall'art. 2740 c.c., in base al quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. L'art. 2740, comma 2, c.c. sancisce una riserva di legge per l'individuazione dei casi di limitazione di responsabilità. Spetta alla legge stabilire, nel bilanciamento dei diversi interessi, quando l'interesse dei creditori alla piena responsabilità patrimoniale del debitore possa essere sacrificato in vista di un interesse ritenuto prevalente.

Si è già chiarito che l'art. 2645-ter c.c. prevede un vincolo tipico il cui contenuto è lasciato alla determinazione dell'autonomia priva, con il limite della 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, secondo comma.

8.1. Segue: il riferimento all'art. 1322, comma 2, c.c.

La norma, nell'individuazione dei soggetti beneficiari *sembra dettare una sorta di scala gerarchica* (92): *persone con disabilità; pubbliche amministrazioni, altri enti o persone fisiche, facendo riferimento a valori di rango superiore*. Si tratta di un'indicazione utile al fine di un corretto bilanciamento tra le ragioni dei creditori, sacrificate dalla limitazione di responsabilità conseguente al vincolo, e l'interesse che si intende perseguire con il vincolo di destinazione (93). Questa soluzione è confermata anche da un esame dei lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della normativa sul vincolo di destinazione: le proposte di legge precedenti erano dirette a soddisfare le esigenze di persone svantaggiate e dei discendenti del costituente (94).

(92) Cfr. G. BARALIS, *op. cit.*, 132.

(93) È stato correttamente affermato in dottrina che stante la specificazione iniziale contenuta nell'art. 2645-ter c.c., le classi di interesse già selezionate dal legislatore e prese in considerazione dalle numerose e varie norme volte a tutelare soggetti c.d. deboli o comunque interessi di "solidarietà sociale" devono rappresentare punto di riferimento e limite interpretativo alla indiscriminata costituzione di patrimoni atipici: il sacrificio imposto ai creditori dal ricorso alla destinazione negoziale è sostenibile solo se la dimensione dell'interesse non è lasciata al libero gioco di particolari desideri, anche futuri e mutevoli, ma si salda ai bisogni, anche individuali, purché già ritenuti meritevoli di tutela da parte del legislatore (F. GALLUZZO, nota a Trib. Vicenza 31 marzo 2012, *Selezione degli "interessi meritevoli di tutela" nell'applicazione dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Corriere giur.*, 2012, 397 ss.). Secondo G. BARALIS, *op. e loc. cit.*, «le prime due categorie di soggetti sono quelle "elettive" nella selezione e cernita degli interessi meritevoli di tutela, mentre per le categorie "generiche" degli enti o persone fisiche la cernita dovrà essere più rigorosa».

(94) Proposta di legge (XIV Legislatura) n. C-3972 "Disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza" e proposta di legge (XIV Legislatura) n. C-5414 "Disposizioni in materia di destinazione di beni a favore di persone con gravi disabilità e di discendenti". Entrambe le proposte di legge avevano come finalità favorire l'autosufficienza economica di soggetti portatori di handicap gravi e favorire il mantenimento, l'istruzione e il sostegno economico di discendenti.

Il riferimento finale all'art. 1322, comma 2, c.c. non ha grande utilità se lo si interpreta, secondo l'impostazione tradizionale, come possibilità di dare vita a contratti atipici che non siano contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume (95). In tal modo si darebbe inevitabilmente ingresso a qualsivoglia finalità che non contrasti con norme imperative, ordine pubblico o buon costume, senza alcun effettivo controllo circa la giustificazione della prevalenza dell'interesse perseguito rispetto a quello dei creditori, visto che la destinazione trae con sé la limitazione della responsabilità patrimoniale.

Nella disciplina dell'art. 2645-ter, l'atto di destinazione non coinvolge solamente le parti del contratto, come avviene per la conclusione di un contratto atipico, che produce effetti esclusivamente tra le parti, ma produce rilevanti effetti anche nei confronti dei terzi, *in primis* la limitazione di responsabilità del bene vincolato (96). Ne deriva che il giudizio di meritevolezza va condotto in maniera più rigorosa rispetto alla conclusione di un normale contratto atipico, tenendo conto del bilanciamento di interessi di cui nella norma vi è traccia con la gerarchia di beneficiari indicata nella norma.

8.2. Segue: *l'inammissibilità dell'autodestinazione.*

Si è detto che l'atto di destinazione è essenzialmente unilaterale e comporta l'apposizione di un vincolo ad un bene di proprietà del costituente. *Il vincolo non può essere costituito in favore del proprietario del bene vincolato; in altri termini non è ammessa l'autodestinazione.* Ciò si ricava testualmente dall'art. 2645-ter che individua quali beneficiari del vincolo *persone con disabilità, pubbliche amministrazioni, altri enti o persone fisiche.* Ma si desume, soprattutto, dalla circostanza che il vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter* è una rilevante eccezione al principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.: *la limitazione di responsabilità è una conseguenza della destinazione del bene a soddisfare interessi meritevoli di tutela.* Ammettendo l'autodestinazione, la limitazione di responsabilità assurgerebbe a causa (illecita) della costituzione del vincolo. Si è osservato che «lo scopo destinatorio non può identificarsi con esigenze legate ai beni soggetti a vincolo, sicché, in via esemplificativa, è da escludere l'idoneità di un interesse finalizzato alla mera conservazione dei beni medesimi» (97). In maniera sintetica ma efficace si è detto che «la causa non può essere data dal "destinare per il destinare"... Non è ipotizzabile un negozio unilaterale di destinazione, fine a se stesso, ovvero posto in essere in favore di soggetti indeterminati» (98).

L'autodestinazione non corrisponde alla fattispecie astratta dell'art. 2645-ter anche sotto un altro aspetto evidenziato in dottrina. Se «Tizio

(95) Si è osservato in dottrina che l'art. 1322, comma 2, c.c. è stato invocato dai giudici solo per qualificare come atipico un certo contratto il cui controllo era operato in chiave esclusivamente di liceità, sicché si è giunti a qualificare come meritevole qualsivoglia interesse che non fosse *tout-court* illecito (F. GAZZONI, *Osservazioni*, cit., 165 ss.).

(96) Cfr. G. BARALIS, *op. cit.*, 131 s.; A. GAMBARO, *La proprietà*, in A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, cit., 338 s.

(97) S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, 162, nota 42.

(98) G. PALERMO, *Opponibilità del mandato*, cit., 113.

destinasse il villino "Sempronio" di sua proprietà al soddisfacimento dei propri interessi artistici, compirebbe null'altro che un atto di godimento il quale *naturaliter* gli spetta in qualità di proprietario» (99).

La destinazione in favore del proprietario del bene può essere realizzata attraverso uno schema circolatorio: il proprietario trasferisce il bene da destinare e contestualmente pattuisce un vincolo di destinazione a proprio favore, in modo che l'acquirente funge da costituente del vincolo mentre l'alienante diventa beneficiario della destinazione (100). Un'ipotesi concreta, conosciuta dalla prassi, di destinazione in favore dell'alienate è quella dell'anziano, senza discendenti, il quale, per far fronte alle sue esigenze di vita future, conclude un contratto di mantenimento con il quale trasferisce un immobile al vitalizante e pattuisce la costituzione del vincolo di destinazione in favore del vitaliziato sull'immobile trasferito, al fine di una maggiore garanzia dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di mantenimento.

9. *I rapporti con gli istituti affini.*

9.1. *Il fondo patrimoniale e la supposta natura residuale dell'art. 2645-ter c.c.*

Un ulteriore limite derivante dall'applicazione del rinvio all'art. 1322, comma 2, c.c. può riscontrarsi nell'esistenza di un istituto concorrente, già disciplinato dalla legge, idoneo a creare un vincolo di destinazione.

È dubbio, ad esempio, se due coniugi possano, in alternativa alla costituzione del fondo patrimoniale, utilizzare il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter c.c., al fine di beneficiare della più efficace limitazione di responsabilità operata dall'art. 2645-ter rispetto al fondo patrimoniale (101). Si è sostenuto in dottrina che il fondo patrimoniale è figura speciale, prevista dalla legge, all'interno della più generale categoria degli atti di destinazione e che nel modello tipico il legislatore ha già effettuato a priori una valutazione circa il corretto bilanciamento degli interessi in gioco con la conseguenza che l'adozione di un diverso modello di disciplina difficilmente potrebbe superare il vaglio di conformità al criterio di meritevolezza richiesto per il negozio di destinazione tipico (102). La libertà concessa dall'ordinamento in tema di scelta degli scopi per cui la destinazione negoziale possa legittimamente

(99) R. CALVO, *op. cit.*, 161; cfr. anche A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. Dir. civ.*, 2007, 27.

(100) Cfr. B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 338.

(101) L'art. 2645-ter prevede per gli atti di destinazione una separazione patrimoniale più "compiuta" rispetto a quella delineata dall'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale, in quanto *la destinazione opera oggettivamente e non è richiesta l'(ardua) prova dello stato soggettivo del creditore come prescritto nel fondo patrimoniale* (cfr. M. CINQUE, *L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 692 ss.); per una comparazione dei diritti dei creditori nell'atto di destinazione e nel fondo patrimoniale cfr. R. CALVO, *op. cit.*, 183 ss.

(102) R. LENZI, *Destinazioni tipiche e atipiche*, in *Famiglia e impresa: strumenti patrimoniali per la separazione patrimoniale*, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 36.

operare trova un limite negativo, alla verifica di meritevolezza, nella esistenza di apposita diversa previsione di legge che già renda rilevante, in altra forma, l'interesse del disponente alla destinazione (103).

Si consideri, però, che, se il fondo patrimoniale è uno strumento di destinazione tipico istituito per proteggere gli interessi della famiglia nella sua fase fisiologica, tanto che esige una partecipazione di entrambi i coniugi all'amministrazione anche se il bene vincolato appartenga ad uno dei coniugi (art. 168, comma 3, c.c.), nella fase patologica del rapporto familiare dovrebbe riemergere la facoltà dei coniugi di scegliere, in alternativa al fondo patrimoniale, un vincolo di destinazione atipico *ex art. 2645-ter*, ove sia ritenuto in concreto più idoneo a perseguire gli interessi familiari (104).

Sembra, quindi, che, anche ai fini del giudizio sull'ammissibilità di una destinazione atipica in presenza di un istituto destinatorio tipico, la bussola dell'interprete debba essere la idoneità del vincolo atipico a realizzazione, in concreto, l'interesse destinatorio meglio o più efficacemente di quanto non sia consentito dalla destinazione tipizzata dalla norma, riemergendo in tali ipotesi concrete quella meritevolezza di tutela richiamata dall'art. 1322 c.c. (105).

9.2. Il trust interno ed il principio di meritevolezza.

La disciplina della destinazione del patrimonio in funzione di uno scopo, dettata dall'art. 2645-ter pone ulteriori interrogativi sull'ammissibilità di un *trust* interno (106), cioè costituito in Italia e caratterizzato da elementi oggettivi (beni) siti in Italia e soggettivi (disponente, beneficiari, *trustee*) residenti in Italia, mancante di un qualsiasi elemento di collegamento con l'ordinamento giuridico straniero a cui, necessariamente, rinvia per la sua disciplina, non essendo il *trust* mai stato disciplinato dalla legge italiana. L'approvazione dell'art. 2645-ter c.c., avendo introdotto il giudizio di meritevolezza quale requisito di ordine pubblico alla separazione patrimoniale, potrebbe condurre ad una definitiva inammissibilità del *trust* interno (107) o, comunque, ad una verifica più rigorosa degli interessi, meritevoli di tutela, che giustificano la

(103) U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, 1069; F. GALLUZZO, *op. cit.*, 397 ss., nota 22. *Contra*, Trib. Urbino citata in F. GALLUZZO, *cit.*, che non condivide l'orientamento per il quale lo strumento della destinazione atipica sarebbe predicato dal connotato della residualità, con la conseguenza che le parti potrebbero proficuamente accedere ad esso solo in carenza di modelli contrattuali tipici.

(104) Trib. Reggio Emilia, 23-26 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2008, 629 ss.; C. MURGO, *Accordi tra coniugi separati e vincolo di destinazione ex art. 2645-ter c.c., tra autonomia negoziale e segregazione patrimoniale nell'interesse della prole*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 114 ss.

(105) F. GALLUZZO, *op. cit.*, 397 ss.

(106) Sulla nozione di *trust* interno cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 1997, cap. VI.

(107) C.M. BIANCA, *Conclusioni*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, 196 s.; G. DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 515. *Contra*, per la piena ammissibilità in Italia dei *trusts* interni, cfr., di recente, M. LUPOI, *Il Contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss.

segregazione patrimoniale (108). Va evidenziato che l'art. 15 della Convenzione dell'Aja stabilisce che la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge inderogabili in materia, tra l'altro, di *protezione dei creditori in casi di insolvenza* (art. 15, lett. e) e, qualora tali disposizioni siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici (art. 15, ultimo comma). La norma attribuisce, quindi, al giudice un potere di vagliare se il *trust* contrasti con norme inderogabili. Alla luce della disciplina dell'art. 2645-ter riterrei difficile negare che esista una norma inderogabile che richiede all'autonomia privata, per potere realizzare la destinazione e la separazione patrimoniale nell'ordinamento italiano, un interesse meritevole di tutela di rango superiore a quello del ceto creditorio (109). Se così è, si deve concludere che, dopo l'art. 2645-ter c.c., il "prezzo" di qualunque separazione patrimoniale, e conseguente limitazione di responsabilità, è la meritevolezza degli interessi perseguiti con la destinazione di un bene ad uno scopo.

(108) È stato sostenuto che la nuova disposizione sembra fissare una volta per tutte i connotati di qualsiasi negozio atipico volto a produrre un effetto di destinazione patrimoniale, creando una categoria generale entro cui dovrebbe collocarsi pure il *trust* interno, che quindi per essere valido dovrà rispettare i requisiti previsti dall'art. 2645-ter (S. BARTOLI, *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645 ter e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e trust*, in *Giur. it.*, 2007, 1299); per un'applicazione trasversale del giudizio di meritevolezza ad ogni strumento che realizzi una destinazione con effetto di separazione patrimoniale e dunque anche al *trust* cfr. M. BIANCA, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. not.*, 2009, 566; in giurisprudenza Trib. Trieste, decreto 19 settembre 2007, in *Nuova giur. civ.*, 2008, 687, con nota di M. Cinque ha sostenuto che «l'art. 2645-ter che consente la separazione patrimoniale purché si perseguano interessi meritevoli di tutela, fa sì che oggi — al di fuori delle ipotesi di scissione tipizzate dal legislatore — potrebbe non essere più legittimo attuare a nessun titolo, e quindi neanche a titolo di *trust*, una separazione con finalità esclusivamente egoistiche e patrimoniali... non qualsiasi interesse individuale poteva legittimare tale separazione, neanche mercé lo strumento normativo, in quanto ... l'art. 43, co. 2, Cost. tollera le limitazioni del diritto di proprietà solo qualora in tal modo sia assicurata la sua funzione sociale».

(109) In senso conforme, cfr. M. BIANCA, *Trustee e figure affini*, cit., 567 s.; M. CINQUE, *op. cit.*, 692 ss.