FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA

"TULLIO ASCARELLI"

SEZIONE DIRITTO CIVILE PER L'EUROPA – U.C.S.C. DI MILANO

XXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

"SEPARAZIONE PATRIMONIALE E AUTONOMIA PRIVATA"

DOTTORANDO

DOTT. MARCO CRISTIANO PETRASSI

TUTOR

CHIAR.MO PROF. ANDREA NICOLUSSI

A.A. 2007-2008

A mia madre,

a mio padre

A nonna Rosetta,

studentessa brillante e tenace

Sommario

PRIMO CAPITOLO

SEPARAZIONE PATRIMONIALE E TUTELA DEI CREDITORI

1.PREMESSA. 5
1.1. IL PATRIMONIO SEPARATO. LE ORIGINI DELLA FIGURA. 6
1.2 I PATRIMONI SEPARATI NELLA DOTTRINA ITALIANA. ANALISI DIACRONICA DELL'ORDINAMENTO. ... 10
1.3. LA FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE NEL RAPPORTO OBBLIGATORIO. 28
1.4. L'OGGETTO DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE. LE LIMITAZIONI DELLA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE E GLI EFFETTI NELLA SFERA GIURIDICA DEI CREDITORI 38
1.5. LA TUTELA DEI CREDITORI NELLE IPOTESI TIPICHE DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE. 46

SECONDO CAPITOLO

LA VERIFICA DEI CONFINI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: LA DESTINAZIONE DEI BENI ALLO SCOPO SECONDO L'ART. 2645 *TER* C.C.

2. PREMESSA. 61
2.1. LA SEPARAZIONE PATRIMONIALE. 61
2.2. GLI INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA DI CUI ALL'ART. 2645 TER C.C. 64
2.3. I SOGGETTI DELLA DESTINAZIONE. 81
2.4. L'ATTO DI DESTINAZIONE: FORMA E STRUTTURA. 87
2.5 IDONEITÀ TRASLATIVA DELLA C.D. CAUSA DI DESTINAZIONE 91
2.6. LIMITI DERIVANTI DAI PRINCIPI DEL NUMERUS CLAUSUS E TIPICITÀ DEI DIRITTI REALI. 95
2.7. (SEGUE). 106
2.8. DESTINAZIONE PATRIMONIALE E STRUMENTI DI TUTELA PREVENTIVA A FAVORE DEI CREDITORI... 110
2.9. NEGOZI DI DESTINAZIONE E AZIONE REVOCATORIA. DAL FONDO PATRIMONIALE ALL'ART. 2645 *TER* C.C. 115
2.10. ALCUNE DECISIONI GIUDIZIALI SUI NEGOZI DI DESTINAZIONE. CRITICA. 124

TERZO CAPITOLO

SEPARAZIONE PATRIMONIALE E AUTONOMIA PRIVATA NELLA PROSPETTIVA DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA.

3.1 INTRODUZIONE 133

3.2. IL *TRUST* E GLI ATTI DI DESTINAZIONE DI CUI ALL'ART. 2645 TER C.C. 143
3.2.1. (SEGUE) 147
3.3. IL DIBATTITO SULL'AMMISSIBILITÀ DEL C.D. *TRUST INTERNO* E L'INTRODUZIONE DELL'ART. 2645 TER C.C. 150
3.3.1. LA TUTELA DEI BENEFICIARI DEL NEGOZIO DI DESTINAZIONE 161
3.4. PROGETTI PER UNA LEGISLAZIONE EUROPEA DEL *TRUST*. DAI PRICIPLES OF EUROPEAN *TRUST* LAW DEL 1998 AL PROGETTO ELABORATO DALLO STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE NEL GIUGNO 2008. 170

CONCLUSIONI 176

BIBLIOGRAFIA 184

Primo capitolo

Separazione patrimoniale e tutela dei creditori

1. Premessa.

Il tema oggetto della separazione patrimoniale è tra i più frequentati degli ultimi anni dopo un silenzio sostanzialmente ininterrotto durato negli ultimi cinquant'anni.

La convergenza dell'attenzione di tanti autori ha la propria scaturigine nel dibattito sorto intorno alla compatibilità del c.d. *trust* interno con il nostro ordinamento e sollecitato, sia dalle esigenze della prassi, specie commerciale e finanziaria, sia dalla ratifica da parte dell' Italia, con la legge 16 ottobre 1989 n. 364, della convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trust*s e sul loro riconoscimento[1].

Nel corso di tale dibattito più voci hanno notato che l'introduzione generalizzata del *trust* nel nostro ordinamento sottoponesse a tensione principi generali del nostro ordinamento, tra i quali sicuramente la regola della responsabilità patrimoniale del debitore fissata dall'art. 2740 c.c., della cui disponibilità da parte della autonomia privata si continuava a dubitare[2].

Negli anni più recenti il legislatore ha, da parte sua, moltiplicato le ipotesi, speciali rispetto al dettato degli artt. 2740 e 2741 c.c.,di separazione patrimoniale. Queste hanno mantenuto inizialmente una rigidità soggettiva od oggettiva dei presupposti; nei tempi più recenti esse hanno invece assunto la forma di fattispecie aperte, a carattere generale, tanto da far persino dubitare della perdurante vigenza dei principi della unicità del patrimonio e della *par condicio creditorum*.

Il riferimento è evidentemente alle fattispecie introdotte dalla recente legislazione, sistematica od occasionale, quali gli artt. 2447 *bis* c.c. e ss. nonché l'art. 2645 *ter* c.c.

Quest'ultima norma in particolare - la quale consente la trascrivibilità degli atti con cui di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322,

---

[1] Si vedano sul punto R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale mobiliare,* in *Riv. società, 1989,* p. 1050 e ss., G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato,* in *Europa e dir. priv.*, 1999 p. 399 e ss., A. GAMBARO, *Trust,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 460 e ss. e, più avanti, p. 466 e ss.

[2] Il problema sarà affrontato ampiamente nella pagine che seguiranno. Quanto al dibattito sulla ammissibilità del c.d. *trust* interno nel nostro ordinamento si vedano, *infra*, le osservazioni alla nota n. 40.

secondo comma"- è di grande richiamo e fascino teorico in quanto ha posto l'interrogativo se, mediante la sua introduzione, sia stata aperta all'autonomia privata il campo della separazione patrimoniale anche al di fuori degli spazi più consueti del diritto societario e commerciale.

L'art. 2645 *ter* c.c. mette dunque l'interprete di fronte alla necessità di indagare a fondo le tensioni tra i due termini del rapporto, ossia, separazione patrimoniale e, per l'appunto, autonomia privata.

La descrizione di tale rapporto in termini di tensione non può sorprendere. A darne spiegazione basta la consapevolezza della funzione svolta dalla responsabilità patrimoniale del debitore - come espressa all'art. 2740 c.c. - nella teoria generale della obbligazione. Del resto, come si vedrà tra breve, proprio il rapporto dell'autonomia privata con tale norma ha rappresentato il passaggio necessitato e cruciale per la dottrina italiana.

1.1. Il patrimonio separato. Le origini della figura.

Il concetto di patrimonio separato comparve tuttavia per la prima volta nella dottrina tedesca con la elaborazione della *Zweckvermoegentheorie* ad opera di Alois Brinz nella sua reazione alle ricostruzioni c.d. finzionistiche della persona giuridica[3].

Con tale elaborazione si tentava, da un lato, di dare ragione di complessi patrimoniali caratterizzati da discipline speciali in tema di circolazione dei beni e di responsabilità, quali il patrimonio navale, il fedecommesso, la dote nel diritto di famiglia, dall'altro, si provava a disciplinare nel modo più adeguato il patrimonio dell'imprenditore e il

---

[3] A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band III, 2, Erlangen, 1884, p. 453 e ss. Nella dottrina italiana, critico nei confronti della teoria di Brinz a dar conto del fenomeno della personalità giuridica si veda F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Roma - Torino - Napoli, 1923, p. 153 e ss. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996. p. 116 sottolinea oggi come il contesto culturale giuridico in cui emerse tale teoria era ambivalente; su un piano esso viveva infatti la contrapposizione tra "una visione di stampo romanistico aliena da qualsiasi procedimento di astrazione e una visione più moderna che enfatizza la difficoltà di inserire situazioni di aggregazioni di persone o di beni diverse dall'uomo in un sistema tutto imperniato sulla nozione di soggettività fisica"

fallimento:[4] lo sviluppo nel diciannovesimo secolo di un nuovo sistema economico rendeva infatti più stringente la necessità di isolare, sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, l'attività dell'impresa rispetto alle vicende dell'imprenditore attraverso regole specifiche.

Sotto altro profilo, la contemporanea riflessione avviata dalla pandettistica sugli elementi costitutivi dell'obbligazione e la scissione tra debito e responsabilità, *Schuld und Haftung*, sviluppava una concezione del rapporto obbligatorio che esaltava piuttosto il diritto del creditore a soddisfarsi sul patrimonio del debitore.[5]

La combinazione di tali istanze culturali aprì "la via ad una progressiva espansione di discipline derogatorie del principio di illimitata responsabilità patrimoniale e necessaria unità del patrimonio"[6].

La teoria dei patrimoni destinati e separati rappresentava dunque il tentativo di sintesi delle ricordate esigenze economiche e culturali[7], consentendo, al contempo, la fuga dalle teorie finzionistiche poste a fondamento dell'elaborazione della personalità giuridica. Lo scopo diveniva infatti, in alternativa al soggetto, elemento di unificazione e di appartenenza del patrimonio.[8] Tale esito sarebbe stato tuttavia estremizzato dalla riflessione successiva che tenderà ad assolutizzare la funzione dello scopo quale criterio unificante di qualsivoglia patrimonio, anche individuale[9], anche a costo della progressiva marginalizzazione del soggetto persona fisica.[10]

---

[4] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*,Padova, 1996, p. 118 - 121.

[5] In tal senso si veda A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 555 che nota come in base alla teoria della *Schuld und Haftung* "il patrimonio (e non il soggetto) diviene termine oggettivo del debito e punto di incidenza del vincolo e della responsabilità *(Haftung)*". Sul punto anche M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, p. 120. Quanto alla esattezza della teoria della Schuld und Haftung, si vedano, *infra*, le osservazioni al paragrafo n. 1.3 e, sin d'ora, L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156, il quale ne sottolinea il carattere riduzionistico dell'oggetto della obbligazione.

[6] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, p. 116

[7] Tra le quali, secondo A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio*, p. 557, "la spinta ideologica (...) che può ravvisarsi nell'evoluzione del processo economico che sostituisce all'uomo, quale protagonista della scena sociale, il capitale".

[8] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, p. 126

[9] Nello stesso senso si veda A. PINO, *Il patrimonio separato*,Padova, 1950, p. 9-10, nonché F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 154.

[10] In tal senso si veda A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*,Torino, 2005, p. 15, per il quale, in base

La storia dogmatica della figura somiglierà tuttavia al tracciato di un pendolo che raggiunge ora l'estremo della "ipostasi soggettiva della titolarità" ora quello, oggettivo, del vincolo di destinazione.[11]

Ad ogni modo la teoria dei patrimoni destinati - anche per l'esigenza di spiegare alcuni istituti come le fondazioni, le società commerciali e i beni in liquidazione - si diffuse anche nel resto d'Europa[12]. La successiva evoluzione identificherà una categoria di patrimoni di destinazione il cui tratto caratterizzante doveva riconoscersi nell'essere, questi, parti staccate del patrimonio di uno stesso soggetto. Si riconobbero cioè patrimoni destinati ad uno scopo, pur se facenti parte di un patrimonio individuale;[13] da questa categoria - detta anche dei patrimoni dipendenti per distinguerla dai già ricordati patrimoni indipendenti - si svilupperà il concetto stesso di patrimonio separato, quale massa patrimoniale distinta e, per l'appunto, separata, dal patrimonio generale e complessivo di un soggetto.[14]

La dottrina italiana, per parte sua, raggiunse presto la consapevolezza della necessità di distinguere il fenomeno della separazione patrimoniale da quello della personalità

---

alla ricostruzione suddetta, " *(...)* lo stesso concetto di titolarità verrebbe reso evanescente, non avendo importanza di chi sia quel patrimonio ma a quale scopo esso sia destinato *(...)*".

[11] Si esprime con immagine simile A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio,* p. 556. L'A. precisa, subito dopo, che la categoria dei patrimoni separati è stata "da un lato, l'artificio concettuale che ha consentito di riassumere le fattispecie che denunciano una soggettivizazione incompleta (*Teilpersonifikation*) alla categoria dell'oggetto del diritto. Dall'atro il patrimonio autonomo (*selbstaending* appunto perchè non riferibile ad un soggetto preesistente) - ma anche i "diritti senza soggetto", la *Gesamthand*, la persona giuridica "costruttiva" o "implicita" - è stato lo strumento della dogmatica per attribuire soggettività ai centri d'imputazione che non potevano formalmente qualificarsi come persone giuridiche (com'è avvenuto per le associazioni non riconosciute e, sino a tempi più recenti, in Germania per le società di persone)"

[12] Ne dà conto F. Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche,* p. 173.

[13] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* p. 155. L'A. ricorda come la elaborazione dottrinaria precedente avesse delineato solo la figura del "patrimonio *appartenente* ad uno scopo, i patrimoni con destinazione allo scopo totale, i patrimoni separati indipendenti, i patrimoni subbietti", formule queste che tutte concorrevano alla tendenziale, già ricordata, personificazione del patrimonio. Secondo l'A. l'abbandono di tale impostazione

[14] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* p. 155, A. PINO, *Il patrimonio separato,* p. 10. Per una succedaneità funzionale tra articolazione, ergo separazione patrimoniale, si veda oggi P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio,* in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 847.

giuridica[15], pur se di recente è stato sottolineata la fungibilità funzionale di tali fenomeni sotto il profilo della limitazione alla responsabilità patrimoniale.

Alcuni autori infatti sottolineano come articolazione patrimoniale e personalità giuridica siano strumenti equivalenti nel perseguimento dell'obbiettivo di creare regimi differenziati della garanzia patrimoniale e di curare, sul piano funzionale, interessi prestabiliti.[16]

Tuttavia tali considerazioni non portano i medesimi interpreti ad obliterare altri dati che consentono di distinguere nettamente i due strumenti suddetti, quale, in particolare, la presenza nelle persone giuridiche di una organizzazione[17] tale da assicurare l'obbiettivo di rendere il patrimonio insensibile alle vicende biologiche della persona fisica che agisce, e procurare, così, la continuità dell'azione giuridica pur nella discontinuità degli attori[18].

A parte la considerazione del rapporto tra separazione patrimoniale e soggettività giuridica la dottrina italiana, prima dell'ultimo decennio, è stata sostanzialmente assente sul tema dei patrimoni separati. Ciò anche perché, in Italia come in Francia, la teoria dei patrimoni separati si è dovuta confrontare con le codificazioni civili, che hanno accolto il principio della responsabilità illimitata,[19] nonché con un orientamento

---

[15] Si veda in tal senso, particolarmente critico nei confronti della dottrina tedesca, già A. PINO, *Il patrimonio separato,* p. 11. Contrario alla identificazione dei due fenomeni era anche F. FERRARA, Le persone giuridiche, Torino, 1956, p. 22 per il quale "le persone giuridiche non possono considerarsi dei semplici patrimoni, perchè le persone giuridiche possono nascere ed esistere, prima ancora che esista un patrimonio, avendo tutta la capacità di acquistarlo".

[16] Si soffermano su tale aspetto questa considerazione P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio,* in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 847. Concorda su una succedaneità funzionale dei due fenomeni anche A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio,* p. 570 il quale, tuttavia, preferisce porre l'attenzione sull'effetto di destinazione che ad entrambe consegue, in quanto, nell'uno come nell'altro caso, "si destina alla garanzia di taluni creditori un determinato attivo patrimoniale che è posto al riparo dalle pretese di *altri* creditori (siano essi i creditori civili dell'imprenditore individuale, i creditori della società controllante rispetto a quelli della controllata, gli altri creditori della società nel caso del patrimonio dedicato)".

[17] L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato,* in Studi in onore di P. Rescigno, II, Diritto Privato, 1, Milano, 1998, 112.

[18] P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio,* in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 847

[19] Sulle ragioni storiche che influirono sulla formazione di tale principio in Francia si veda ALB. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origine dell'art. 2740 cod.*

giurisprudenziale propenso a limitare la rilevanza dei fenomeni di autonomia patrimoniale che non abbiano ricevuto la forma della personalità giuridica[20].

1.2 I patrimoni separati nella dottrina italiana. Analisi diacronica dell'ordinamento.

Ad ogni modo si deve notare che le prime riflessioni *ex professo* sul tema hanno definito il patrimonio separato come "il complesso dei rapporti giuridici che una persona ha su determinati beni, per rispondere con gli stessi di determinati debiti".[21]
La definizione suddetta era determinata da una concezione per la quale "ragion d'essere dei patrimoni separati è la responsabilità del debitore, con il complesso dei rapporti giuridici che li costituiscono, per determinati debiti"[22].
Così, se pure veniva individuata una specifica destinazione del patrimonio separata, questa risiedeva, né più né meno, in uno scopo di liquidazione dei debiti di

---

civ.), in AA.VV. *Scintille iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1805 ss.

[20] M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* p. 141.

[21] G. DONADIO, *I patrimoni separati,* in *Annali della facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari,* 1943, p. 46. L' A. precisa inoltre poco dopo che "il debitore risponde con i rapporti giuridici - oggetto del patrimonio separato - o per la totale soddisfazione di determinati debiti o solo per assicurare ai relativi crediti un diritto di prelazione". Con ciò era sostanzialmente colta la distinzione tra separazione unilaterale e bilaterale. Nello stesso senso si focalizzava l'attenzione di S. MALVAGNA, *Il concetto di patrimonio separato nell'ordinamento giuridico commerciale,* in *Diritto e pratica commerciale,* 1931, p. 474, che però giungeva a negare la ammissibilità di siffatti patrimoni (che l'A. chiamava autonomi) nell'ordinamento dell'epoca.

[22] G. DONADIO, *I patrimoni separati,* p. 47. Nello stesso senso si veda F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano,* I, Roma,1921, p. 877, per il quale "l'unico criterio sicuro per riconoscere l'esistenza del patrimonio separato è quello della responsabilità per debiti". La considerazione dell'effetto di separazione sembra prevalere anche nella riflessione di F. MESSINEO, *Manuali di diritto civile e commerciale, I,* Padova, 1943, p. 171.

riferimento[23].

Nel corso del tempo, tuttavia, specie in considerazione di alcuni istituti quali il patrimonio familiare e la dote, si notò come vi fossero " dei casi nei quali la separazione si attua per la tutela di una particolare destinazione", in virtù della quale i beni ad essa vincolati venivano resi insensibili ad "attacchi esterni" o venivano assoggettati ad una disciplina particolare[24].

La dottrina successiva sviluppò questa ultima intuizione sottolineando come "la limitazione della garanzia è predisposta per il perseguimento di una funzione, ma non può costituire la funzione del patrimonio separato"[25], che altri preferirono per questo chiamare anche patrimonio di destinazione[26].

---

[23] F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano,* I, p. 880 per cui "la specialità della condizione giuridica" dei patrimoni separati "riposa in ciò, cha a differenza dei patrimoni di persona, i quali sono destinati agli scopi generali del soggetto, principalmente a procurargli la soddisfazione dei suoi bisogni economici e spirituali, il patrimonio separato è destinato ad uno scopo speciale, il quale per il diritto nostro è sempre uno scopo di liquidazione. Il patrimonio viene amministrato o dal suo proprietario o da un estraneo, ed è impiegato al pagamento dei debiti, alla liquidazione delle sue passività, dopo di che si trasforma ed è assorbito dal patrimonio di persone". L'A., del resto, annoverava tra le ipotesi di patrimoni separati soltanto l'eredità accettata con beneficio d'inventario, e per analogia, il patrimonio della persona giuridica estinta che sia devoluto ad altro ente, la massa fallimentare. Veniva esclusa invece la riconducibilità della dote alla figura del patrimonio separato; la ragione della esclusione andava rintracciata nella mancata insensibilità del bene dotale ai debiti della moglie, i cui creditori sono solo temporaneamente pretermessi dalla possibilità di esercitarvi l'azione esecutiva. Si deve concludere pertanto che nel pensiero dell'autorevole giurista le caratteristiche dei patrimoni separati fossero sostanzialmente due: una preminente, se non assoluta, funzione liquidatoria, e l'assoluta insensibilità alle vicende del patrimonio originario o generale del proprio titolare.

[24] S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile,* I, Milano, 1943, p. 304 ss.

[25] A. PINO, *Il patrimonio separato,* p. 13. In questo stesso senso si era già espresso anche S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile,* I, p. 303: "è ovvio che la separazione ha luogo per il conseguimento di determinate finalità, che il legislatore lascia chiaramente trasparire volta per volta, e che tali finalità così come sono realizzate nella concreta disciplina legislativa, costituiscono la base, la misura e il limite della separazione. E poiché le finalità sono varie, non è esatto ritenere che si abbia separazione di patrimoni solo in vista dell'attuazione di una limitazione della responsabilità. La distribuzione o disciplina della responsabilità con riferimento ai patrimoni separati costituisce una conseguenza, anch'essa regolata dalla legge, dell'attuata separazione, e non già il fine unico e necessario che la separazione si propone di conseguire".

[26] F. SANTORO - PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile, I,* Napoli, 1945, p. 1945, p. 54.

Tesa nello sforzo di definizione della figura del patrimonio separato, tale dottrina ne riconobbe l'essenza in un complesso di "beni e di diritti o di rapporti giuridici attivi destinati ad uno scopo determinato"[27], ad una funzione particolare rispetto alla genericità propria del patrimonio del soggetto.

Tuttavia, in un'ottica di rigida tipicità, si riteneva che tale funzione, per essere giuridicamente rilevante, dovesse essere previamente riconosciuta dal legislatore; in altre parole "sul piano giuridico il patrimonio separato si distingue semprechè e per quel tanto che la funzione sia stata <<considerata>> dall'ordinamento".[28]

Seppure fosse ormai acquisita la essenzialità, ai fini della costituzione del patrimonio separato, della sua destinazione ad uno scopo particolare rispetto alla pluralità indefinita di quelli perseguibili in astratto dal suo titolare, rimaneva ferma e indiscussa la rigida tipicità delle ipotesi di separazione patrimoniale nel nostro sistema giuridico.

Solo il legislatore avrebbe potuto dunque prevedere nuove ipotesi di patrimoni separati.

Tale ultima conclusione, felicemente espressa dalla formula "*numerus clausus* dei patrimoni separati", è stata tramandata unanimemente fino ad epoca assai recente.[29]

E' della seconda metà degli anni novanta il primo contributo sul tema della separazione patrimoniale che ha tentato di sovvertire quello che ormai era considerato un dogma.

La premessa è nella valorizzazione, in una prospettiva di analisi diacronica, della destinazione allo scopo quale elemento essenziale delle fattispecie di patrimoni separati sin qui conosciute dal nostro ordinamento.

L'indagine, svolta attorno alla vicenda normativa di istituti, quali la dote ed il fedecommesso, oggetto di abrogazione o profonda innovazione da parte del legislatore, ha portato a concludere che, in simili casi, "è la meritevolezza di tutela di certi interessi che viene ritenuta non più corrispondente all'assetto istituzionale, nella consapevolezza della mutabilità e della storicità dei concetti giuridici"[30].

---

[27] A. PINO, *Il patrimonio separato,* p. 7

[28] A. PINO, *Il patrimonio separato,* p. 170.

[29] *Ex multis* L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato,* in *Enc. Dir.,* XXXII, Milano, 1982, p. 292: "non si potrebbe infatti ammettere che sia lo stesso debitore a manipolare a proprio piacimento e a danno dei creditori o di certi creditori a vantaggio di altri, il modo ed il *quantum* della esposizione del proprio patrimonio alle azioni esecutive degli stessi, giacché ciò equivarrebbe a riconoscergli una imprecisabile dose d'arbitrio in ordine alla stessa necessità di adempimento delle obbligazioni assunte".

[30] U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale,* Napoli, 1996, p. 36. L'A. considera

Da tale considerazione derivava il suggerimento metodologico di relativizzare ogni concetto all'esame degli interessi concretamente coinvolti.[31]

Veniva messa così in discussione la assoluta tipicità dei patrimoni separati e la correlativa preclusione alla autonomia privata di ricorrervi al di là dei casi già disciplinati dall'ordinamento.

L'assetto di interessi di volta in volta fissato dalla autonomia privata sarebbe stato valutato, secondo questa prospettiva, alla luce del canone indicato dall'art. 1343 c.c. arricchito però dal contenuto dei principi costituzionali di solidarietà e tutela della persona.

Lo scopo, cioè la destinazione individuata dall'autonomia privata, sarebbe stato, secondo questa prospettiva, l'oggetto del sindacato di liceità da parte dell'interprete che, invece, non si sarebbe dovuto arrestare di fronte al dato della limitazione della responsabilità; il negozio sarebbe rimasto infatti funzionalmente connotato proprio e solo dalla destinazione dei beni allo scopo, ponendosi l'effetto separatorio, nel quale alla fine si sostanzia la limitazione, solo sul piano delle conseguenze".[32]

L'autonomia privata sarebbe stata pertanto ammessa ad operare atipicamente in fattispecie "comunque ispirate alla attuazione di quegli stessi valori essenziali cui la norma di legge ordinaria ha in altre ipotesi attribuito rilevanza normativa".[33]

---

assai significativa la vicenda normativa che ha riguardato il fedecommesso e la dote in quanto entrambi gli istituti sono stati abrogati o fortemente ristretti nell'ambito di operatività in quanto contrari ai principi fondamentali dell'ordinamento. Da un lato, infatti, oggi è ammesso il solo fedecommesso assistenziale l'unico che rende tollerabile, per la cura e la tutela dell'interdetto, il sacrificio imposto alla libera circolazione dei beni, dall'altro è stato fatto divieto, con la riforma del diritto di famiglia, di costituire patrimoni in dote, istituto quest'ultimo ritenuto ormai confliggente con il principio costituzionale della parità morale e giuridica dei coniugi.

[31] U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, p. 9.

[32] U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, p. 39

[33] U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale, ibidem. Contra* M.BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, p. 252, che a chiusura della sua monografia, edita proprio nello stesso anno del lavoro di La Porta, notava: "I rilievi fin qui svolti a proposito della ricezione del *trust* nel nostro ordinamento consentono, in una prospettiva più ampia, di ribadire come la costituzione di patrimoni separati che realizzano ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale, in deroga alla tutela dei creditori, non possa essere rimessa all'autonomia dei privati, ma debba rispondere alla realizzazione di interessi che un previo controllo del legislatore colloca in posizione sovraordinata rispetto alla tutela del credito".

Non avrebbe potuto essere d'ostacolo l'art. 2740 c.c. in quanto esso non delimiterebbe, secondo tale dottrina, un'area di effetti giuridici riservati al legislatore e, anche aderendo sul punto alla opinione più tradizionale, l'interesse da tale disposizione tutelato sarebbe di natura strettamente privatistica o comunque di rango inferiore ad altri interessi costituzionalmente tutelati. Il conflitto tra gli interessi in gioco avrebbe pertanto dovuto risolversi, di volta in volta, in base alla gerarchia dei valori costituzionali.[34]

Successivamente parte della dottrina ha sviluppato ulteriormente tali esiti.

Il punto di partenza e l'angolo visuale prescelto è stato, questa volta in modo esplicito, una concezione assai forte dell'autonomia privata più aderente - si riteneva - all'odierno contesto costituzionale e culturale.

Sollecitata dal dibattito sulla ammissibilità del *trust* interno nel nostro ordinamento, questa dottrina ha mosso la propria riflessione dalla considerazione dei negozi di destinazione, ossia quegli atti che tendono "anzitutto ad imprimere un vincolo di destinazione ai beni, dei quali strumentalmente si dispone in vista di un'attribuzione ulteriore o di una serie di attribuzioni ulteriori e che, proprio per questa loro caratteristica - di essere configurativi e dispositivi ad un tempo - necessariamente comportano una procedimentalizzazione dell'iter negoziale"[35].

Sul piano tipologico siffatti negozi sarebbero caratterizzati "dalla natura puramente strumentale dell'attribuzione, operata in favore del soggetto che assume su di sé il vincolo - essendo tenuto all'attività, gestoria ed altresì dispositiva, occorrente al perseguimento del finale assetto di interessi - e dall'esigenza che l'attribuzione ulteriore, a seguito della quale il vincolo di destinazione, una volta ottenuto il risultato, andrà anch'esso a risolversi, venga posta in essere nei confronti del soggetto, o dei soggetti, cui il disponente ha inteso far pervenire i propri beni, le relative rendite o l'eventuale ricavato della loro alienazione"[36].

Non sarebbe stato d'ostacolo la circostanza che un siffatto schema sia stato tradizionalmente concepito dal nostro ordinamento nella figura della fondazione e della

---

[34] U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale, ibidem.*

[35] G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano,* in *Riv. dir. commerciale,* 2001, I, p. 396.

[36] G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano,* p. 397.

creazione, dunque di un soggetto diverso dal disponente.

Ritenere diversamente avrebbe significato limitare e menomare l'autonomia privata, costringendola a muoversi in direzione dei tipi già predisposti dal legislatore.[37]

Un tale risultato sarebbe stato - si notava - inaccettabile in quanto contrastante con le indicazioni degli artt. 2 e 41 della Costituzione che concorrerebbero a delineare l'autonomia privata "come espressione della personalità dell'individuo, (...) libero perseguimento degli interessi che all'individuo fanno capo, così come quest'ultimo li ha concepiti e vuole realizzarli"[38].

Peraltro la considerazione della pluralità indefinita degli interessi di ciascun individuo renderebbe insoddisfacente la predisposizione, da parte dell'ordinamento, di pochi effetti tipici e la avocazione a se solo del potere di conformare i diritti soggettivi e le forme di appartenenza.

E' evidente che con tale conclusione ci si riferisca anche al problema della separazione patrimoniale e al principio, fin qui pacifico, della stretta tipicità delle sue ipotesi. Infatti, se "conseguenza naturale del negozio di destinazione - e non il suo presupposto - questo non può essere considerato estraneo alla sfera di operatività del principio dell'autonomia se non contraddicendo in radice il principio stesso. La contraria idea che nega la negozialità dell'effetto di separazione appare, al dunque, il frutto di un giudizio affetto dal vizio dell'inversione che si consuma nel formulare il sindacato di liceità sul

---

[37] G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, ibidem.*

[38] G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano,* p. 399. Si deve precisare tuttavia come gli art 2 e 41 della Costituzione si riferiscano solo indirettamente all'autonomia privata. Come osservava infatti L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 2001, I, p. 2, "l'art. 2 si riferisce ai diritti inviolabili originari della persona umana, preesistenti all'ordinamento positivo e da questo riconosciuti e incorporati come proprio fondamento etico-materiale. A questa categoria sono riconducibili soltanto le manifestazioni concrete dell'autonomia privata che sono all'origine di alcune delle formazioni sociali tutelate dall'art. 2, nelle quali si svolge la personalità dei singoli. (...) Nel campo dei rapporti patrimoniali la libertà individuale di contratto fruisce soltanto di una tutela costituzionale indiretta in quanto strumento di esercizio della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. La garanzia di queste libertà (artt. 41 e 42 Cost.) e l'obbligo che ne deriva al legislatore di riconoscerle e di determinarne i limiti destinati ad armonizzare l'esercizio con l'utilità sociale e col rispetto della sicurezza, della libertà, della dignità umana, si riflettono sull'autonomia negoziale".

negozio atipico di destinazione in astratto".[39]

Il percorso della dottrina appare pertanto chiaro.

Da una concezione rigidamente tipica delle ipotesi di separazione patrimoniale si è giunti, partendo dal punto di vista dell'autonomia privata, ad una del tutto atipica.[40]

---

[39] A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento,* Torino, 2005, p. La conclusione raggiunta da Gemma è stata criticata in dottrina da A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio,* p. 82 n. 6 in quanto non offrirebbe "quell'elemento di discontinuità rispetto al comune modello di agire dei privati, elemento che è l'unico a poter giustificare l'ingresso nel nostro sistema di un effetto di destinazione che sia altro da quello attributivo e cioè un effetto di rottura. L'elemento di discontinuità è invece fornito dal binomio patrimonio-attività, restando invece il ruolo della volontà in posizione subordinata". Con l'espressione "binomio patrimonio - attività" Di Majo, ult. op. cit., p. 74, sintetizza "il filo rosso" che legherebbe le più recenti ipotesi di separazione caratterizzate dalla presenza di un patrimonio che,"lasciando da parte il terreno della garanzia e delle sue articolazioni (quanto a ceto dei creditori), diventa soggetto e/o protagonista di attività, così da attribuire senso all'espressione <<attività a mezzo di patrimonio>>, che è qualcosa di più e di diverso rispetto alla comune acquisizione che ogni attività si esercita a mezzo di beni". Sul profilo della negoziabilità dell'effetto di separazione, si veda in senso contrario C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita Notar.* ,1998, I, p. 1329, per il quale l'art 2740 c.c. "*(...)* non formula un divieto ai soggetti privati di disporre una separazione dei beni; è, invece, la separazione dei beni un effetto come tale non perseguibile perchè dalla norma in questione e da norme come quella dell'art. 19, d. lg. n. 415/1996 prima menzionato si ricava il principio per cui le ipotesi di separazione patrimoniale possono essere prevedute soltanto dalla legge e rimane fuori dall'ambito dell'autonomia privata un effetto simile".

[40] Non mancavano, anche di recente, opinioni di segno contrario e più vicine all'orientamento tradizionale. Tra queste si veda R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale,* Napoli, 2004, p. 336, per il quale "non sembra che la meritevolezza dell'interesse perseguito dal disponente, attraverso il negozio di destinazione, possa valere ad evitare il confronto della fattispecie destinatoria, quale unitariamente considerata, con la regola posta nell'art. 2740, comma 2°, c.c.". Nello stesso senso M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* p. 246, secondo cui "la negazione del principio di responsabilità patrimoniale quale principio di ordine pubblico non implica tuttavia necessariamente la negazione della inderogabilità ad opera dei privati di quel principio, stante l'autonomia dei due piani. Infatti, se deve ammettersi l'evoluzione del sistema verso forme di specializzazione della responsabilità, deve altresì riconoscersi che tali forme sono state introdotte nel nostro sistema attraverso leggi speciali. L'introduzione attraverso atti normativi conserva il valore del principio espresso dal secondo comma dell'art. 2740 del codice civile, secondo cui le limitazione di responsabilità sono ammesse solo nei casi stabiliti dalla legge". Aderivano pure all'orientamento tradizionale V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità,* in *Corriere giuridico,* 2004, 76 ss., 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. Notariato,* 2001, I, p.

Questa posizione sembrerebbe, *prima facie*, essere stata accolta anche dal legislatore con la introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. che consente, come noto, la trascrizione di atti di destinazione volti alla "realizzazione di interessi meritevoli di tutela".

Anticipando, in parte, considerazioni che verranno sviluppate più adeguatamente nella seconda parte di questo lavoro, si deve fin d'ora notare che le teorie più liberali in tema di separazione patrimoniale, per quanto suggestivamente argomentare, offrono il fianco a più di una critica.

In particolare, se è vero che le riforme legislative che hanno interessato la dote ed il fedecommesso mettono in risalto che è la valutazione di una particolare meritevolezza dell'interesse della destinazione dei beni a caratterizzare le singole ipotesi di separazione patrimoniale, non può neanche essere negato che si tratta pur sempre di bilanciamenti operati espressamente e direttamente dal legislatore.

Pertanto, è inferenza non del tutto fondata far discendere dalla ricordata premessa di una meritevolezza dello scopo – che magari si pretenda attuativo di valori costituzionalmente preminenti - l'autorizzazione per l'autonomia privata a costituire patrimoni separati in vista dei i più disparati obbiettivi.

In proposito, come pure è stato provocatoriamente notato, se cosi fosse "si dovrebbe tuttora ammettere, per fare qualche esempio, la perfetta istituibilità, se non anche della dote (fatta oggetto di espresso divieto in codice civile art., 166 bis nov. ex lege n. 151/1975), sì del patrimonio familiare (tipo codice civile artt. 167-176), nonostante l'avvenuta sua sostituzione, in via della riforma del diritto di famiglia, con la figura del fondo patrimoniale (codice civile artt. 167-171 nov. ex legge n. 151/1975)"[41].

1247 ss., ID., *"Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)"*, in *Riv. Notariato*, 2001, 11 ss., Tra le voci favorevoli, già prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. alla atipicità dei negozi di destinazione con effetti di separazione si vedano A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in AA.VV. *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, p. 23 e ss., P. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, ibidem, p. 235 e ss., nonché, con particolare riferimento al c.d. *trust* interno, M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p 439. Nello stesso senso S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europa e Diritto privato*, 2005, ID., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 754, che suggeriva di ripensare la tutela del credito predisponendo dei "rimedi che si pongano a <<valle>> dell'atto di autonomia, laddove venga dimostrato un concreto e specifico pregiudizio, e non a <<monte>>, in termini preclusivi a prescindere dalla causa del trasferimento e dalla singola concreta situazione fattuale".

[41] S. TONDO, *I patrimoni separati dalla tradizione all'innovazione*, in *I patrivoni separati fra tradizione e*

Il patrimonio familiare era infatti concepito a tutela degli stessi interessi che oggi, nel contesto costituzionale, sono la giustificazione del fondo.

L'identità di interesse potrebbe dunque giustificare la creazione di un patrimonio separato diverso dal fondo patrimoniale.

Ma l'assurdità della conseguenza – ossia la liceità della costituzione di un patrimonio separato abrogato dal legislatore – rivela la debolezza dell'interpretazione qui criticata.

Con tale considerazione si entra nel tema centrale del presente lavoro, ossia lo studio del rapporto tra l'autonomia privata e l'effetto di separazione patrimoniale.

Se ha consistenza l'ipotesi che quest'ultimo non sia più precluso o limitato alle ipotesi tassative, rimane ancor da indagare se siano venuti meno tutti i limiti per l'autonomia privata o, se ve ne fossero ancora, deve essere misurato lo spazio aperto dall'ordinamento.

I patrimoni separati sono infatti riconducibili, come evidente, al fenomeno della limitazione della responsabilità, ammessa in via derogatoria, dall'art. 2740, 2° comma, c.c.

Tale norma deve essere letta in relazione al primo comma che esprime il principio della universalità della responsabilità patrimoniale secondo cui "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri". In base a tale principio nessun bene o porzione di patrimonio può dunque di regola sottrarsi al servizio di garanzia delle ragioni creditorie.[42]

Nello sforzo di chiarire i limiti all'autonomia privata in tale ambito la dottrina ha più volte classificato le limitazioni della responsabilità conosciute dal nostro ordinamento.

Si sono così distinte le limitazioni di responsabilità che trovano la loro giustificazione nella particolare qualità di alcuni beni che la legge ritiene opportuno sottrarre all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei creditori, dalle limitazioni che trovano fondamento nella qualità di alcuni crediti che la legge vuole siano realizzati solo su alcuni dei beni del debitore.[43]

---

innovazione, a cura di S. Tondo, Torino, 2007, p. 10

[42] V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore,* in *Trattato di diritto privato,*a cura di P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 389

[43] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale,* p.12. La classificazione suddetta è ripresa, seppure con alcune variazioni, per le quali si veda *infra* la nota 46, da V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore,* ult. op. cit., p. 394 ss. Una classificazione diversa, disinteressata al riconoscimento di una

Nella prima categoria alcuni autori facevano rientrare l'usufrutto legale spettante al genitore esercente la patria potestà, i beni dotali, i beni costituiti in patrimonio familiare, i beni ereditari su cui grava il vincolo di sostituzione fedecommissaria.[44] "In tali ipotesi" - si notava - "è la qualità o la destinazione obbiettiva del bene che ne giustifica l'assoluta inespropriabilità sino a quando per lo meno perdura quella qualità o quella destinazione".[45]

Nella seconda categoria, ossia le limitazioni della responsabilità che sorgono in ragione della qualità dei crediti, rientrerebbe l'eredità beneficiata, i frutti dei beni soggetti all'usufrutto legale dei genitori, i frutti dei beni costituiti in fondo patrimoniale, i beni della comunione legale per le obbligazioni contratte dai coniugi prima del matrimonio.[46]

La suddetta distinzione è stata condivisa anche di recente in dottrina, ma con la avvertenza che essa non sarebbe in grado di dar debitamente conto del fenomeno dei regimi patrimoniali, ossia di quelle "espressioni di un particolare assetto organizzativo dei propri beni (...)" che introducono non una vera e propria limitazione di responsabilità, bensì una responsabilità patrimoniale specializzata in quanto finalizzata

---

comune *ratio*, è stata proposta di recente da L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, 1991, p. 64: "Limitazioni effettive di responsabilità patrimoniale si hanno invece nei casi seguenti: 1) sottrazione di alcuni beni alla garanzia per tutti i crediti (c.d. impignorabilità assoluta); 2) sottrazione di alcuni beni alla garanzia per alcuni crediti (c.d. impignorabilità relativa); 3) garanzia assicurata da alcuni beni, non per la totalità del loro valore ma per una quota parte; 4) garanzia assicurata da alcuni beni in favore di alcuni crediti, non per l'ammontare totale dei crediti ma limitatamente a una quota dell'ammontare".

[44] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, *ibidem*., V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 394.

[45] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, *ibidem.*

[46] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, *ibidem.* Altri, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 396, distinguono tra limitazioni per la qualità dei debiti e limitazioni per la relazione tra beni e crediti: "la *ratio* della terza classe di limitazioni legali della responsabilità patrimoniale sta in una combinazione delle due precedentemente esaminate: determinati beni di un soggetto, in virtù di una sorte di <<*plusvalore*>> che ad essi deriva dalla loro peculiare destinazione, sono esonerati dal rispondere di determinati debiti del soggetto stesso, che a loro volta appaiono connotati da qualcosa come un <<*minusvalore*>> non già in assoluto, ma precisamente in rapporto alla specifica destinazione cui quei beni sono tendenzialmente finalizzati.". In tale categoria rientrerebbe il fondo patrimoniale, l'usufrutto legale dei genitori esercenti la patria potestà, il regime dei debiti nella comunione legale.

ad un certo scopo".[47] Nel caso dei regimi patrimoniali "il singolo patrimonio e/o parte di esso, così orientato, risponderà solo entro i limiti dello scopo ad esso assegnato"[48].

Una ipotesi di regime patrimoniale è, secondo tale ricostruzione, il fondo patrimoniale in cui la "scelta della sottrazione dei beni (...) alla generale responsabilità per debiti è più a monte" rispetto ad altre fattispecie derogatorie dell'art. 2740 c.c. quali l'eredità beneficiata, l'impignorabilità stabilita per i crediti dei lavoratori o all'usufrutto legale. Con l'istituzione del fondo patrimoniale i coniugi sceglierebbero, infatti, di costituire un regime patrimoniale finalizzato a far fronte ai bisogni della famiglia, ossia un c.d. patrimonio destinato e/o dedicato.

Quanto ai criteri identificativi della separazione patrimoniale essi consistono nella deroga che la destinazione dei beni ad uno scopo particolare determina rispetto ai principi generali della responsabilità patrimoniale espressi dagli art. 2740 e 2741 c.c. La separazione patrimoniale può manifestarsi, secondo questa ricostruzione, come limitazione della responsabilità (quale impignorabilità anche assoluta dei beni) o come riserva dell'azione esecutiva in favore di determinati creditori soltanto (incidendo in tal modo anche sulla *par condicio creditorum*)[49].

Fin qui si è dato conto delle limitazioni della responsabilità previste dal legislatore. E' da notare ancora in proposito come, già a leggere i commenti alla norma pubblicati quando il codice civile era, per così dire, fresco di stampa, si abbia l'impressione che gli interpreti si alternino da sessant'anni nella veglia ad un moribondo. Ed infatti uno dei primi commentatori alla nuova codificazione segnalava che "il fenomeno delle limitazioni delle responsabilità diventa di continuo più imponente per ragioni umanitarie, sociali o di tutela di interessi di diversa natura, che la legge ritiene degni di protezione"[50].

---

[47] A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, p. 52. Lo stesso disagio avvertito dall'A. sembra essere comune a V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 396, per il quale si vedano le osservazioni di cui alla nota che precede. Per il concetto di regime patrimoniale tra coniugi si veda anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, Milano, 2005, p. 132 per il quale esso "è la disciplina delle spettanze e dei poteri dei coniugi all'acquisto e alla gestione dei beni".

[48] A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio, ibidem*

[49] Propongono tali classificazioni U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969, p. 129, L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, p. 284 e ss.

[50] M. D'AMELIO, *sub*. art. 2740, p. 438. La constatazione del carattere numericamente crescente delle ipotesi di limitazione patrimoniale è comune a tutti gli autori che si sono occupati del fenomeno negli

Il vero senso dell'art. 2740, 2° comma, c.c. era tuttavia rintracciabile però nel divieto di "tutte le operazioni di autonomia privata volte a derogare al principio della responsabilità illimitata del debitore"[51], ed in tal senso la sua portata è rimasta sino a tempi recenti intatta.

La garanzia patrimoniale disciplinata dal legislatore con il codice civile era dunque rigidamente delimitata dal principio espresso dall'art. 2740 c.c. per il quale "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri" e dal contrafforte del secondo comma: "le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge".

L'integrazione dei due precetti esprimeva, sul piano normativo, il principio di origine francese della unicità del patrimonio dei soggetti di diritto[52].

Questo era rafforzato dalla disciplina stessa delle persone giuridiche, tanto del primo che del quinto libro.

Infatti, la limitazione della responsabilità di cui beneficiavano i conferenti in forza della costituzione dell'ente era giustificata, dogmaticamente, dalla venuta ad esistenza di un nuovo soggetto di diritto.

Quest'ultimo poi, con la sola eccezione della fondazione, non poteva sorgere in base ad un atto unilaterale, ma, tendenzialmente, in virtù di un contratto associativo[53].

Limitazioni di responsabilità potevano manifestarsi anche sotto la forma della separazione patrimoniale. Si trattava, tuttavia, di ipotesi che si potrebbe definire sparse, sia per la collocazione normativa, sia per la mancanza di uniformità di disciplina. Tra queste si possono ricordare la dote, il patrimonio familiare (oggi rimodellato nel fondo

---

ultimi anni. Tra questi si veda *ex multis* M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* p. 1 e ss., nonché C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita Notarile,* 1998, p. 1323 ss.

[51] V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore,* p. 390

[52] Sull'ascendenza francese dell'art. 2740 c.c. si veda ALB. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale. (Alle origini dell'art. 2740 codice civile),* in *Scintillae iuris, Studi in memoria di G. Gorla,* Milano, 1994, III, 1811

[53] L'eccezione era rappresentata dal tipo della fondazione. Sulla classificazione tra enti di tipo associativo o di tipo fondazionale si veda M. BASILE – A. FALZEA, *Persona giuridica,* in *Enc. Diritto,* vol. XXXIII, Milano, 1983, p.241. Con riferimento agli enti del quinto libro si deve precisare che solo l'adozione dello schema delle società di capitali comportava, per i soci, il beneficio della responsabilità patrimoniale: non tutti i contratti associativi, dunque, determinavano l'accesso a siffatto beneficio, ma solo alcuni contratti associativi tipici. Sul punto si veda G. MARASÀ, *Le società,* Milano, 2000, p. 6 e ss., e, ancora, p. 95 e ss.

patrimoniale), l'usufrutto legale dei genitori sui beni dei figli, l'eredità beneficiata, i fondi di previdenza di cui all'art. 2117 c.c.. Al di fuori di queste ipotesi, l'autonomia privata non era autorizzata a destinare ad uno scopo, con efficacia reale, un patrimonio che rimanesse distinto dal patrimonio generale[54]. La stessa disciplina del mandato confermava, all' art. 1707 c.c., che la destinazione dei beni del mandatario al ritrasferimento non è rilevante di per se, ma solo in virtù del rispetto di determinate formalità. Significativa è, in tal senso, la parte della norma relativa ai beni immobili o mobili in pubblici registri: "i creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio, purché, *(…)* trattandosi di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo". A differenza della disciplina del mandato di acquisto di beni mobili, ad essere qui opponibile non è il mandato in sé e per sé, bensì, nella situazione per così dire fisiologica, l'atto di ritrasferimento al mandante, secondo la regola generale fissata dall'art. 2914 n.1[55].

---

[54] Significativo, in tal senso, il dibattito che ha riguardato l'ammissibilità della fondazione non riconosciuta. In dottrina si era espresso in senso favorevole F. GALGANO, *Sull'ammissibilità d'una fondazione non riconosciuta,* in *Riv. dir. civ.* 1963, II, 172 e ss. *Contra*, P. RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.),* in *Enc. Diritto,* vol. XVII, Milano, 1968, p. 805. In generale si veda pure G. MARASÀ, *Le società,* p. 4: "Che l'autonomia (patrimoniale n.d.r.) si produca soltanto nei casi previsti dalla legge si spiega considerando il carattere *reale* di tale effetto. Infatti, il vincolo di destinazione che grava sui beni formanti il patrimonio autonomo è rilevante non solo *inter partes (…)* ma s'impone *erga omnes* e si riflette, quindi, anche sulla posizione dei terzi creditori". Nel diritto commerciale il problema della derogabilità del regime di responsabilità si era posto quale snodo necessario nelle indagini relative al tema delle società atipiche. Sul punto P. SPADA, *La tipicità delle società,* Padova, 1974, in particolare p. 73: "I tipi di società sinché si riconoscono come tipi di responsabilità, sono sì inderogabili ma, diremmo, naturalmente inderogabili perché estranei all'area dell'autonomia negoziale e quindi insensibili alle determinazioni dei privati".

[55] In senso diverso l'opinione di A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione,* Milano, 1984, p. 281: "la *ratio* ispiratrice della previsione normativa in esame va a nostro avviso ricollegata ad una tendenziale equiparazione, da parte della legge, ricollegata ad una tendenziale equiparazione, da parte della legge, della posizione dei creditori (del mandatario) a quella del loro debitore. Atteso il ruolo meramente strumentale dell'acquisto del mandatario, non diversamente da questo anche i suoi creditori non possono disattendere nei rapporti col mandante il valore programmatico del mandato e pretendere di considerare l'acquisto del loro debitore come finale, come fonte, cioè, di un incremento in senso economico del suo

La via per la destinazione e separazione patrimoniale si apriva dunque prevalentemente nella forma associativa diretta alla costituzione di un nuovo soggetto di diritto[56].

Ma anche in questo caso, non mancavano limitazioni e controlli da parte dell'ordinamento: si pensi alla necessità per le società commerciali di vestire i tipi delle società di capitali. Questo quadro generale è andato mutando nei tempi più recenti verso un più diffuso utilizzo della specializzazione patrimoniale.

Un primo segnale è stato colto proprio con riferimento alla disciplina delle persone giuridiche: si ricordino, in proposito, le sollecitazioni prodotte dalla normativa europea e, in particolare, dalla XII direttiva CEE che obbligava gli stati appartenenti alla Comunità a creare uno strumento giuridico negoziale che consenta di limitare la responsabilità dell'imprenditore unico, accordando ai legislatori nazionali la facoltà di prescrivere, solo in casi eccezionali, la responsabilità personale dell'imprenditore per le obbligazioni dell'impresa[57].

Con riferimento al problema della separazione patrimoniale, il corso del tempo trascorso dall'approvazione del codice civile ha visto, invece, due fenomeni in controtendenza.

Da un lato, a partire dagli anni ottanta, è riscontrabile un uso crescente della tecnica della separazione patrimoniale nella legislazione commerciale e finanziaria.

Si citano abitualmente in proposito la legge sulla cartolarizzazione dei crediti, le norme sulle gestioni patrimoniali ora raccolte nel testo unico della finanza (art. 22 d.lgs.

---

patrimonio. La destinazione finale del bene al mandante, in altri termini, fa sì che il bene stesso, pur venendo acquistato – sul piano formale – dal mandatario, non entri a far parte della garanzia generica (art. 2740) a disposizione dei suoi creditori.". Nel senso accolto nel testo pare invece A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà,* Milano, 1995, p. 613.

[56] In questo senso le osservazioni di A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio,* Torino, 2005, p. 30: " In buona sostanza, l'elemento pluralistico e cioè la presenza di una iniziativa imprenditoriale collettiva era alla base della deroga alla responsabilità patrimoniale di diritto comune. Il carattere collettivo della iniziativa, a ben riflettere, era tale da giustificare quel rapporto di alterità che veniva a stabilirsi rispetto all'interesse dei singoli". Non per questo erano impediti all'autonomia privata utilizzi abusivi. Un tema classico della riflessione commercialistica è, anzi, stato quello del c.d. abuso della personalità giuridica. Sul punto, con riferimento al beneficio della limitazione di responsabilità, si vedano F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* Padova, 1999, I, p. 196, P. M. VECCHI, *Le persone giuridiche: uno sguardo al diritto attuale,* in L. PEPPE (a cura di), *Persone giuridiche e storia del diritto,* Torino, 2004, p. 174.

[57] In questo senso si veda l'analisi di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali.* Milano, 1991, p. 37. A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio,* p. 86-87.

58/1998), la legge sui fondi pensione (art. 4, d.lgs 21 aprile 1993, n. 124), la legge sul finanziamento delle infrastrutture (art. 8 comma 4, d.l. 15 aprile 2002, n. 63, convertito dalla l. 15 giugno 2002 n. 112) e, da ultimo, l'introduzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare[58].

La moltiplicazione di tali ipotesi di separazione patrimoniale nella legislazione commerciale e finanziaria non pare possa essere invocata per smentire l'avocazione a se, da parte del legislatore, del potere di creare nuove ipotesi di limitazione e separazione patrimoniale.

In proposito deve infatti notarsi che, specie alcune di esse, accompagnano interventi del legislatore che potrebbero essere quasi definiti di politica economica, e trovano inequivocabilmente in essi la propria *ratio*[59]. Tali casi non possono essere segnalati come un cambio di strategia del Legislatore per la tutela del credito in quanto quest'ultima è considerata in chiave strumentale al raggiungimento di un altro obbiettivo.

Altrove, invece, la separazione patrimoniale si presenta non già come uno strumento a disposizione della autonomia privata, ma, piuttosto, come disciplina inderogabile dalla (e della) medesima[60]: per svolgere una determinata attività il soggetto economico dovrà mantenere distinti determinati portafogli, che resteranno insensibili alle obbligazioni del loro comune titolare.

---

[58] Discipline, queste ultime, richiamate da A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 546, nonché, più di recente, da G. DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 494 e ss.. A. BUONFRATE, *Patrimonio destinato e separato*, in *Digesto delle discipline civilistiche, sezione civile*, aggiornamento **, II, Torino, 2007, ravvisa gli estremi della separazione patrimoniale anche con riferimento alla disciplina del *project financing* di cui al d.lgs. 163/2006 artt. 153/156. Secondo l'A. infatti "con la costituzione della società di progetto, una società veicolo che ha come oggetto sociale la realizzazione e gestione del progetto da finanziare, si persegue lo scopo di isolare il progetto rispetto alle altre attività dei promotori, con benefici sia per i destinatari dei finanziamenti che per i finanziatori". Tale lettura, tuttavia, sembra dimenticare che la società di progetto è pur sempre un soggetto di diritto distinto rispetto ai soggetti promotori: basta tale considerazione per confutare la assimilazione di tale ipotesi alla tecnica della separazione patrimoniale.

[59] Si pensi, per esempio, alla c.d. legge sulle società per il finanziamento delle infrastrutture, ossia all'art. 8 comma 4, d.l. 15 aprile 2002, n. 63.

[60] È il caso questo della disciplina della cartolarizzazione, dell'art. 22 del d.lgs. 58/1998, dell'art. 117 del d.lgs. 209/2005.

Tali considerazioni consentono di segnare la misura tra la legislazione commerciale, societaria o finanziaria e la legislazione più strettamente civile. Infatti, nel frattempo, la legislazione civile ha fatto registrare un regresso delle ipotesi di destinazione patrimoniale con effetto di separazione, limitando dunque il numero delle deroghe al principio dell'art. 2740 c.c.: si pensi, in proposito, alla abolizione della dote, al rimodellamento del patrimonio familiare nel fondo patrimoniale, nonché, dato qui più rilevante, alla riforma dell'istituto del fedecommesso che ne ha ristretto i presupposti oggettivi e soggettivi[61].

Quest'ultima riforma è particolarmente significativa perché mostra come, nella legislazione civile, l'area riservata alla autonomia privata nella definizione del regime di responsabilità di alcuni beni sia stata ristretta e funzionalizzata alla tutela di interessi di alto rilievo solidaristico, espungendo definitivamente la possibilità di vincoli a scopo meramente conservativo[62].

Coerente con tale direttiva sono il mantenimento dell'art. 2117 c.c. (fondi speciali per la previdenza e l'assistenza), l'art. 1881 c.c. - che pure rende disponibile all'autonomia privata la limitazione di responsabilità per la tutela di esigenze personalissime del beneficiario della rendita[63] - l'art. 1923 c.c., quest'ultimo probabilmente giustificabile a

---

[61] Il testo originario dell'art. 692 c.c. disponeva, infatti, che "è valida la disposizione con la quale il testatore impone al proprio figlio l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte in tutto o in parte i beni costituenti la disponibile a favore di tutti i figli nati e nascituri dall'istituito o a favore di un ente pubblico. È valida ugualmente la disposizione che importa a carico di un fratello o di una sorella del testatore l'obbligo di conservare e restituire i beni ad essi lasciati a favore di tutti i figli nati e nascituri da essi o a favore di un ente pubblico".

[62] Ciò sarebbe coerente con la ratio unitaria che alcuni autori pongono alla base delle varie manifestazioni di limitazione della garanzia patrimoniale nel nostro ordinamento. Si vedano, in proposito, l'opinione di L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali.*, Milano, 1991, p. 72 per il quale "dal quadro complessivo delle limitazioni della responsabilità patrimoniale emerge tuttavia nel complesso la loro razionalità, in relazione agli interessi primari (vita, salute, libertà) che il legislatore ha inteso proteggere con le limitazioni. (…) Dalla fisionomia degli interessi protetti che sono di natura indisponibile deriva poi, già in base a una valutazione effettuata all'interno della disciplina delle limitazioni legali della responsabilità patrimoniale, l'esclusione dell'operatività dell'autonomia privata in questa materia".

[63] L'art. 1881 c.c. dispone infatti che "quando la rendita vitalizia è costituita a titolo gratuito, si può disporre che essa non sia soggetta a pignoramento o a sequestro entro i limiti del bisogno alimentare del creditore". Informa E. VALSECCHI, *La rendita perpetua e la rendita vitalizia*, Milano, 1961, p. 237 che,

fronte della funzione prevalentemente previdenziale della assicurazione sulla vita nell'impostazione originaria[64].

Dissonanti rispetto al suddetto disegno appaiono, invece, le disposizioni sull'eredità beneficiata e sulla cessione dei beni ai creditori. Quanto all'eredità beneficiata – di cui taluno mette in dubbio la natura di patrimonio separato[65] – pare potersene individuare il fondamento nell'esigenza di tutela e salvaguardia della libertà e autonomia privata dell'erede[66].

La cessione dei beni ai creditori, invece, che condivide di quest'ultima le perplessità

---

durante i lavori preparatori della redazione del codice civile del 1942, si levarono molte critiche nei confronti della corrispondente norma (art. 1800) del codice del 1865 che non prevedeva limiti a tale clausola di impignorabilità. Nota l'A. che con la limitazione della efficacia della clausola entro i limiti del bisogno alimentare del creditore "fu ristretta la sfera di eccezione al principio che la responsabilità patrimoniale si estende a tutti i beni del debitore(art. 2740); si è cercato da un lato di ovviare alle fondate critiche ispirate alla tutela del credito, d'altro lato si è ritenuto che la sanzione della impignorabilità entro i limiti del bisogno alimentare del vitaliziato rispondesse ad una esigenza ancora meritevole di tutela".

[64] L'analisi non sarebbe completa se non si menzionasse almeno l'art. 32 c.c. Secondo F. GALGANO, *Persone giuridiche*, Bologna Roma, 2006, p. 430 la norma giustificherebbe, a dire il vero, l'ammissibilità delle fondazioni non riconosciute nel nostro ordinamento. Lo stesso autore osserva tuttavia che in ogni caso l'onere reale che grava sui beni relitti di cui all'art. 32 c.c. è giustificato solo in virtù dello scopo di pubblica utilità perseguito dal conferente. Tale ultima considerazione è di particolare interesse ai fini dell'indagine che si sta qui conducendo. Infatti, secondo altra parte della dottrina, l'art. 32 c.c. rappresenterebbe una mera ipotesi di separazione patrimoniale: i beni con scopo particolare costituirebbe un patrimonio separato rispetto al patrimonio generale della fondazione (così R. RASCIO, *Destinazione di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, p. 52, A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 289). Pertanto anche nell'ottica dell'art. 32 c.c. la limitazione di responsabilità, seppure senza assumere le forme della personalità giuridica, sarebbe giustificata dal particolare rilievo dello scopo (di pubblica utilità) perseguito dalla destinazione dei beni.

[65] Perplessità le esprime A. CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano, 1961, p. 267, n. 10. Riconducono l'accettazione beneficiata alla categoria dei patrimoni separati L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. Diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 289, U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, II, Milano, 1969, p 118,

[66] Si vedano, in proposito, le osservazioni di A. CICU, *Successioni per causa di morte*, p. 266 :"la limitazione di responsabilità sia effetto di diritto sostanziale conseguente ad una alterazione verificantesi nel rapporto sostanziale di debito. L'alterazione è (…) dovuta al fatto che l'erede che accetta col beneficio d'inventario dichiara di non volere rispondere personalmente dei debiti ereditari. Il che significa che egli non intende assumere come propri questi debiti, chè altrimenti ne conseguirebbe l'obbligo di adempierli ed in caso di inadempimento la responsabilità con tutto il suo patrimonio".

degli interpreti, trova probabilmente la propria giustificazione nella sua funzionalizzazione ad una più spedita e sicura soddisfazione dei creditori aderenti, senza che risulti di pregiudizio agli interessi dei creditori non aderenti[67].

In questo quadro si colloca l'art. 2645 *ter* c.c. che dispone: "gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione".

Il contesto in cui si colloca la norma è delimitato – tutt'ora – dall'art. 2740 c.c. e dalle ipotesi di separazione patrimoniale già tipizzate dal legislatore.

Di fronte al mutato quadro normativo, in particolare ad opera degli artt. 2447 bis c.c. e ss. nonché dell'art. 2645 *ter* c.c., è però ora lecito chiedersi se l'art. 2740, 2° comma, mantenga un senso o sia stato del tutto superato. Al riguardo si deve ricordare come l'esigenza sottostante all'art. 2740 c.c. fosse individuata nella tutela del credito. E' allora opportuno, per rispondere alla domanda che ci siamo posti, indagare il ruolo che la regola espressa dall'art. 2740 c.c. svolge nelle obbligazioni.

---

[67] Si ricordi, in proposito, l'art. 1980, II comma, c.c.: *"i creditori anteriori alla cessione che non vi hanno partecipato possono agire esecutivamente anche su tali beni"*. Sulla *ratio* dell'istituto, in senso simile a quello indicato nel testo, si veda F. SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori,* in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca,* Bologna, Roma, 1962, p. 246 per il quale "(…) è esperienza comune che la procedura" esecutiva "pubblica presenta non lievi svantaggi sia per il debitore che per il creditore, in quanto essa non porta quasi mai a realizzare il valore esatto del bene posto all'incanto, producendo anzi ulteriori spese, mentre il soddisfacimento delle ragioni creditorie non può essere rimandato a lunghissime scadenza. A questi innegabili inconvenienti, si può invece ovviare, quando l'accordo delle parti interessate trovi il modo, attraverso una liquidazione privata, di non produrre ulteriore aggravio al patrimonio dell'obbligato e parimenti di non rendere più incerto e più lontano il soddisfacimento dei creditori. La cessione dei beni ai creditori è appunto lo strumento giuridico che nella sostituzione della procedura pubblicistica permette la realizzazione dei fini suddetti". Più recentemente, della stessa opinione è G. IUDICA, *Cessione dei beni ai creditori,* in *Digesto delle Discipline Privatistiche,*Torino, vol. II, Torino, 1988, p. 279 il quale, tuttavia, segnala come, al di fuori dell'ambito commerciale ove il soggetto è imprenditore, l'istituto in esame perda d'interesse, avvicinandosi, nelle pattuizioni concretamente adottate, al contiguo contratto di transazione.

1.3. La funzione della responsabilità patrimoniale nel rapporto obbligatorio.

All'epoca dell'ultima codificazione civile era intenso il dibattito sulla struttura del rapporto obbligatorio. A contendersi il campo erano due teorie.[68]

La prima, detta *"personale"*, che aveva tra i suoi padri lo stesso Savigny, nella sua formulazione originaria concepiva il diritto del creditore come una signoria sulla persona del debitore; oggetto della signoria erano, più precisamente, gli atti del debitore sottratti alla sfera di libertà di quest'ultimo e assoggettati alla volontà del creditore.[69]

La dottrina tedesca aveva cominciato tuttavia ben presto a porre nel dubbio la validità di una siffatta ricostruzione in quanto veniva percepito in essa il rischio latente – e inaccettabile per la cultura dell'epoca - di esporre al potere del creditore la stessa persona del debitore come nella più antica *obligatio* romana.[70]

Allo stesso tempo, sotto altro profilo, il diritto del creditore appariva assai inconsistente specie se confrontato con i poteri attribuiti ai titolari di un diritto reale; si notava che se la posizione del creditore si esauriva nella pretesa che qualcun'altro agisse, il suo tratto caratteristico finiva per essere l'impotenza, al contrario dei diritti reali che, consentendo ai titolari di agire direttamente, erano espressione di potenza.[71]

Tali considerazioni spinsero la riflessione giuridica del tempo a ricercare sul piano degli elementi economici l'oggetto del diritto del creditore.

Sorsero pertanto le c.d. teorie patrimoniali della obbligazione sviluppate per oltre mezzo secolo e che ebbero molta fortuna anche in Italia. La loro elaborazione più celebre fu quella che distingueva all'interno del rapporto obbligatorio *Schuld* e *Haftung*,

---

[68] Per una ricostruzione fedele dei lavori preparatori che hanno condotto alla attuale versione degli art. 2740 e 2741 c.c. si veda A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 43 e ss. Offriva una meditazione efficace sul percorso della dottrina sul tema della struttura del rapporto obbligatorio M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, Milano, 1968, 151 ss. Per una revisione critica della dottrina tedesca in particolare si veda soprattutto L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 e ss.

[69] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, Milano, 1968, p. 154, nonché P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Diritto*, XXIX, Milano, 1979, P. 181

[70] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, Milano, 1968, p. 154

[71] Così, con riferimento alla evoluzione della dottrina tedesca, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 155

debito e responsabilità. Il primo, inteso in senso stretto[72], si sarebbe dovuto identificare con il dovere di prestare, il secondo, invece, nella possibilità che, anche quando il debitore non avesse voluto cooperare mancando di eseguire la prestazione dovuta, il creditore conseguisse egualmente la soddisfazione delle proprie ragioni, aggredendo, con l' esecuzione forzata, il patrimonio del soggetto passivo del rapporto.[73]

Nonostante si tratti, secondo questa concezione, di elementi distinti, debito e responsabilità si intrecciano tra loro essendo, con pari dignità, elementi costitutivi della

---

[72] Distingue infatti tra debito in senso ampio e debito in senso stretto C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente,* in *Riv. Dir. Civ.*, 1927, p. 521 ss. Secondo l'A. "nel suo ampio significato il rapporto di debito è il rapporto obbligatorio, il rapporto cioè, in virtù del quale una persona, cioè il debitore, è obbligata ad eseguire una prestazione, ed un'altra, cioè il creditore ha il diritto di esigerla", mentre, in senso stretto, il debito deve" (...) essere concepito come un rapporto giuridico, in virtù del quale il debitore ha verso il creditore il dovere giuridico di eseguire la prestazione e il creditore dal suo canto ha verso il creditore l'aspettativa di avere la prestazione; però il dovere del debitore non è munito di sanzione pel caso di inadempimento, e l'aspettativa del creditore non può essere fatta valere coattivamente". Non sarebbe stato obiezione fondata rilevare "che questo rapporto di debito in senso stretto non può per ciò considerarsi come un vero rapporto giuridico; perché rapporto giuridico non è soltanto quel rapporto che dà origine a un vero e proprio obbligo giuridico di una delle parti fra cui il rapporto corre, e ad un corrispondente diritto dell'altra di esigere l'adempimento dell'obbligo, ma anche in generale quel rapporto di fatto che è in qualche modo riconosciuto e tutelato dal diritto". Tra questi rapporti di fatto l'A. annovera l'obbligazione naturale per la quale si domandava: "orbene, si può per il solo fatto che il debitore non può essere dal creditore costretto all'adempimento, negare che l'obbligazione naturale sia un rapporto giuridico?".

[73] Nota E. ROPPO, *Responsabilità patrimoniale,* in *Enc. Diritto,* vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1042 che tuttavia la collocazione dell'art. 2740 c.c. al di fuori del quarto libro "muove piuttosto a concludere che a quella idea dottrinale il legislatore abbia infine rifiutato il suo avvallo". Nello stesso senso R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale,*in *Commentario Scialoja Branca, Bologna* - Roma, 1945, p. 1. Diversamente E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, 2 - IV,* Milano, 1955, p. 262 sottolinea che "secondo la struttura stessa del rapporto di obbligazione, è precostituita all'inadempimento una responsabilità che l'art. 2740 enuncia dicendo che il debitore risponde con tutti i suoi beni dell'adempimento dell'obbligazione. Ora, questo allude ad una responsabilità che è precostituita al fatto dell'inadempimento, previsto e disciplinato dall'art. 1218". Nello stesso senso G. Pacchioni, *Elementi di diritto civile,* Milano, 1944, p. 355: "*(...)* Il nostro nuovo codice ha avuto il grande merito di porre espressamente a base di tutto il diritto delle obbligazioni, la distinzione fra l'elemento spirituale della medesima, che è costituito dal dover dare del debitore (o dal dover-avere del creditore), e l'elemento materiale ed economico dell'obbligazione stessa, che è costituito dal diritto del creditore sui beni del debitore".

obbligazione.[74]

Era questa la concezione anche di Emilio Betti.[75] L'insigne autore nell'approfondimento dei concetti di debito e di responsabilità notava tuttavia come negli ordinamenti moderni "la responsabilità si modella sul debito" nel senso che, a differenza del sistema processuale romano che portava alla estinzione della obbligazione originaria per sostituirla con una diversa a contenuto risarcitorio, nel diritto moderno, in via generale "l'esecuzione forzata ha (...) carattere di esecuzione speciale e specifica: esecuzione cioè, che colpisce singoli e singoli determinati beni al debitore pertinenti, e tende a procacciare al creditore, anzitutto, lo stesso bene che gli è dovuto: in mancanza, il risarcimento"[76].

Proprio in tali considerazioni altra dottrina notava l'indizio dell'abbandono della impostazione tradizionale data dai teorici della *Schuld und Haftung*[77] e l'accoglimento di

---

[74] Così C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, p. 524, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, p. 262-263. Sembra questa la prospettiva accolta da A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, 2005, p. 48, che precisa come "la responsabilità patrimoniale (...) non è <<rimedio>> che si aggiunge *ab exsterno* alla obbligazione ma è connaturale ad essa, confermandone la giuridicità". Tra coloro che riconoscevano la distinzione tra debito e responsabilità vi era anche F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, ora in *Diritto sostanziale e processo*, a cura di N. Irti, Milano, 2006, p. 204 e ss e, in particolare, p. 294 ss. L'A. tuttavia ricostruiva la nozione di responsabilità in termini diversi dalle concezioni fin ad allora espresse; la responsabilità sarebbe, secondo l'A., la condizione del debitore di soggezione al potere giuridico dello Stato, l'unico soggetto che "ha il potere di procedere all'esecuzione; il creditore non ha altro che un diritto verso chi vi deve procedere. (...) Finché si tratta dell'adempimento, debitore e creditore sono in contatto; quando si passa sul terreno dell'esecuzione, il contatto è interrotto dalla interferenza dello Stato". Per una critica a quest'ultima concezione si veda A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, p. 231 che osservava come "un diritto dello Stato di espropriare dovrebbe esser materiato di un interesse dello Stato ad espropriare: ciò infatti si ha nella espropriazione per pubblica utilità. Non è l'interesse generico ad attuare la giustizia che costituisce la materia del potere di espropriazione forzata: esso giustifica, come abbiam detto, la soggezione di ogni cittadino al potere statale. Che l'espropriazione forzata non attui l'interesse pubblico all'osservanza del diritto, si desume da ciò che essa dipende dalla volontà del creditore ed è diretta a soddisfare un suo interesse: è quindi un suo diritto".

[75] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 58

[76] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, p. 105.

[77] Si veda sul punto già M. D'AMELIO, *sub.* art. 2740, in *Commentario al Codice Civile*, diretto dal medesimo autore, Firenze, 1943, IV, p 432, che notava, criticamente, come la suddetta impostazione contenesse "una parte di verità in quanto l'adempimento personale del debitore in molteplici casi e specie

una diversa ricostruzione del diritto di credito, pensato come un diritto non già al comportamento del debitore, ma al bene dovuto, la cui realizzazione rimane affidata alla cooperazione del debitore tramite l'adempimento, o, in mancanza, attraverso l'esecuzione forzata, in forma specifica o per espropriazione;[78] "il rapporto di obbligazione si costruiva come la sintesi di due posizioni, l'una attiva che si integrava nel potere di conseguire il bene dovuto, l'altra passiva che si integrava nel dovere del debitore di tenere un determinato comportamento, idoneo a procurare al creditore il bene dovuto. (...) Il c.d. rapporto di responsabilità invece non era che una situazione strumentale che metteva le sue radici nel rapporto di obbligazione, ma si svolgeva sul

---

nelle obbligazioni di fare è fondato sulla fiducia che si ha nel debitore, che senta l'obbligo giuridico di compiere quanto promesso. Se egli non vuole adempiere, neppure il concorso di tutte le forze di terra, di mare e di cielo, che possiede lo Stato, e pone a disposizione del creditore, possono ottenerne l'adempimento. Ma non può elevarsi a dottrina generale delle obbligazioni, in quanto anche nelle obbligazioni di fare non trattasi di una semplice aspettativa, giacché il giudice condanna l'inadempiente a corrispondere in danaro il valore della prestazione non eseguita. (...) Praticamente, poi, non giova la scissione del rapporto di debito da quello della rispondenza, giacché complica il regolamento del rapporto obbligazionistico e non serve certo ad avvalorare nella coscienza del debitore il sentimento della responsabilità e il dovere dell'adempimento". L'utilità pratica della distinzione dogmatica tra debito e responsabilità era invece sostenute da C. GANGI, *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente,* p. 551 e ss. in base alla circostanza che "*1°*. anche oggi debiti senza responsabilità e responsabilità senza debito (...)", "*2°*. debiti senza propria responsabilità e responsabilità senza proprio debito (...)", "*3°*. inoltre i soggetti del rapporto obbligatorio possono essere diversi (...), "*4°*. vi sono casi di responsabilità limitata (...)", "*5°*. il debito e la responsabilità possono sorgere in tempi diversi ed avere durata diversa (...), "*6°*. la conformazione della responsabilità può in parecchi casi basarsi su circostanze di fatto che non hanno niente a che fare col debito (...)" e che "*7°* la conformazione della responsabilità esistente per un debito può subire dei cambiamenti nei sensi più diversi, pur rimanendo immutato il debito". Quanto al punto *sub 1°* in particolare, l'A. indicava quale caso di debito senza responsabilità le obbligazioni naturali, mentre quali ipotesi di responsabilità senza debito la fideiussione, il pegno e l'ipoteca costituiti per un debito condizionato sospensivamente o futuro. Su una utilità, limitata all'aspetto didattico, della distinzione tra debito e responsabilità si sofferma P. RESCIGNO, *Obbligazione (diritto privato),* in *Enc. diritto,* vol. XXIX, Milano, 1979, p. 206 che nota anche come "oggi non riveste valore pratico la ricerca di ipotesi in cui sussisterebbe a carico del soggetto il debito senza la correlativa responsabilità come in passato si riteneva avvenisse nelle obbligazioni naturali (art. 2034) o, al contrario, si avrebbe responsabilità senza debito, come si riteneva nel caso del fideiussore".

[78] sintetizza così l'evoluzione del pensiero giuridico che ha portato ad una nuova concezione della responsabilità patrimoniale R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale,* p. 2 e ss.

terreno del diritto processuale."[79]

Accanto alle teorie patrimoniali si continuava a sviluppare, in Italia ad opera di Michele Giorgianni, la concezione personale dell'obbligazione. Rispetto alla originaria, già ricordata formulazione, l'illustre autore proponeva di identificare l'oggetto del diritto del creditore nel "comportamento cui il debitore è tenuto"[80]. In base a tale concezione vi era una "perfetta correlazione tra la posizione attiva e la posizione passiva e ciò in un duplice senso: in quanto il comportamento del debitore, che costituisce il contenuto della prestazione, è tale da soddisfare perfettamente l'interesse del creditore, ed in quanto esso rappresenta proprio l'oggetto del diritto del creditore, il bene che la legge destina per quel soddisfacimento"[81].

Quanto alla responsabilità patrimoniale essa, lungi dal rappresentare un elemento costitutivo del rapporto obbligatorio o espressione del potere del creditore, era intesa come un fenomeno totalmente distinto dall'esecuzione forzata, di cui semmai concorrerebbe a delimitare l'oggetto[82], e, al contrario, strettamente connesso con la responsabilità personale del debitore di cui all'art. 1218 c.c., tanto da rappresentarne uno stadio ulteriore.

L'illustre autore sottolineava infatti come le *due* responsabilità, sebbene topograficamente distinte, non siano fenomeni "assolutamente indipendenti l'uno

---

[79] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, p. 2 e ss. che precisa poco più avanti come "la responsabilità patrimoniale è in altri termini configurata come un mezzo di tutela del diritto del creditore, ossia come uno strumento per la realizzazione coattiva di tale diritto, che appunto perciò non è elemento intrinseco del rapporto obbligatorio, ma un momento estrinseco. Ancora più semplicemente la responsabilità del debitore è considerata dal punto di vista funzionale come una delle sanzioni dell'inadempimento dell'obbligo".

[80] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, Milano, 1968, p. 234.

[81] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 243.

[82] Spiega l'A., ult. op. cit. p. 175, che " *(...)* la norma contenuta nell'art. 2740 pr., posta anche in correlazione con l'art. 2910 da un canto e con l'art. 2901 dall'altro, va intesa nel senso che oggetto della espropriazione forzata sono tutti i beni che, nel momento in cui quest'ultima venga provocata, si trovano nel patrimonio del debitore, anche se essi non vi si trovavano al momento del sorgere dell'obbligazione *(...)*".Sul rapporto tra responsabilità patrimoniale ed esecuzione forzata si veda oggi S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998, p 12 che conclude "(...) nel senso di un fondamento binario dell'esecuzione forzata: l'esecuzione specifica si rappresenta, cioè, come un mezzo di realizzazione coattiva del diritto vantato mentre l'espropriazione, ricollegandosi alla responsabilità patrimoniale, condivide l'ulteriore funzione di assicurare il pari soddisfacimento degli altri creditori".

dall'altro"[83].

Oltre al nesso teleologico costituito dalla comune "finalità (...) di assicurare indirettamente il soddisfacimento dell'interesse del creditore"[84], Giorgianni evidenziava come esse condividessero anche la preordinazione a "far ricadere sul debitore le conseguenze dell'inadempimento e a togliere pertanto di mezzo gli effetti di quest'ultimo che sono dannosi al creditore".[85]

Sotto tale profilo anzi, si tratta di "due aspetti dello stesso fenomeno", potendosi considerare "la responsabilità patrimoniale *(...)* uno stadio ulteriore della responsabilità personale, o meglio la seconda *(...)* uno stadio preparatorio della prima"[86].

Secondo questa ricostruzione, la responsabilità patrimoniale troverebbe pertanto "il suo fondamento nel duplice principio: che le conseguenze dell'inadempimento del debitore (ove esse non possano essere direttamente tolte di mezzo attraverso l'esecuzione forzata in forma specifica) vanno valutate dal punto di vista patrimoniale con riferimento ad una somma di danaro che rappresenta l'equivalente pecuniario del danno (responsabilità personale); e che tale somma di danaro deve essere forzatamente appresa (ove il debitore non adempia volontariamente il debito avente per oggetto quella somma di danaro) mediante vendita (o assegnazione) forzata dei beni"[87].

---

[83] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 162. *Contra* si veda E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, p. 104, per il quale "senza voler negare che esista una connessione telelologica tra le due norme, sembra più oppotuno tenere ben distinta l'ipotesi della responsabilità personale del debitore, prevista dall'art. 1218 cod. civ., da quella della responsabilità patrimoniale dello stesso, contemplata dall'art. 2740 cod. civ." Secondo l'A. quest'ultima altro non sarebbe che "una *garanzia generale* dalla legge indistintamente apprestata a tutti i creditori verso il proprio debitore non già dopo l'inadempimento (...), ma prima ed in funzione cautelativa".

[84] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 163

[85] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 164.

[86] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I, ibidem.*, che precisa: "l'intima connessione tra i due tipi di responsabilità risulta palese, ove si ponga mente che la responsabilità patrimoniale si concreta nella espropriazione forzata dei beni del debitore inadempiente, e nella attribuzione al creditore di una somma di denaro tratta dal ricavato della espropriazione medesima (...). Dato che la responsabilità patrimoniale sbocca in definitiva nella attribuzione al creditore di una somma di denaro tratta dal ricavato della espropriazione forzata dei beni del debitore, diventa necessario presupposto di quest'ultima e quindi del funzionamento della responsabilità patrimoniale che l'oggetto del credito sia costituito da una somma di danaro" .

[87] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 172.

La esatta comprensione e collocazione della responsabilità patrimoniale non poteva essere considerata ancora raggiunta.

Ciò in quanto ancora parziale ed inesatta era la sottostante ricostruzione della struttura e dell'oggetto del rapporto obbligatorio.

Tale era da considerare la ricostruzione operata da Giorgianni nel tentativo di reagire contro le c.d. teorie patrimoniali ed esaltare l'elemento personale del comportamento del debitore.

In particolare, colta correttamente la correlatività funzionale tra le posizioni del debitore e del creditore, la teoria proposta dall'illustre autore cadeva tuttavia nell'equivoco di costruire specularmente, dal punto di vista contenutistico, l'obbligo del debitore ed il diritto del creditore.

Siffatta ricostruzione importava che il compimento di quanto dovuto da parte del debitore determinasse, di per sé, l'estinzione del rapporto obbligatorio.

Ma una tale conclusione – notava altra parte della dottrina - era contraddetta dal dato normativo ed in particolare da disposizioni come l'art. 1220 c.c. per il quale il compimento dell'attività dovuta e l'offerta informale di adempimento da parte del debitore se è inidonea a mettere al "coperto il debitore da ogni responsabilità", non ne estingue il vincolo "fino a quando non ottenga la collaborazione del creditore"[88].

Si evidenziava cioè la sporgenza di un elemento, ulteriore rispetto alla attuazione del comportamento dovuto da parte del debitore, ma parimenti sostanziale del rapporto obbligatorio.

Tale elemento era identificato nel risultato o scopo della obbligazione, oggetto del diritto del creditore.[89]

A tale risultato il contenuto dell'obbligo del debitore "è strumentalmente ordinato"[90]: "l'obbligo si consuma soltanto se il comportamento del debitore si scarica nel risultato previsto dalla norma e assegnato come oggetto del diritto del creditore"[91].

La tensione allo scopo della soddisfazione del creditore pervade tuttavia l'intero rapporto obbligatorio[92], compreso l'obbligo risarcitorio - in cui si svolge il vincolo di

---

[88] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione,* in *Jus,* 1952, p. 176

[89] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione,* p. 179.

[90] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione,* p.176.

[91] L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione,* p. 180.

[92] "L'obbligazione è insomma un rapporto giuridico di carattere strumentale che dà forma a una sostanza

responsabilità quiescente fino al momento dell'inadempimento - sostitutivo (o complementare) del dovere di prestazione quando ad esso il debitore sia venuto meno.

Infatti, anche tale obbligo di risarcimento "pur avendo oggetto diverso da quello del dovere di prestazione rimasto inadempiuto (...) è pur sempre ordinato al regolamento della medesima situazione di interessi"[93] e dunque al soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Nella prospettiva della soddisfazione di tale interesse deve essere collocato anche l'art. 2740 c.c. che vincola il patrimonio del debitore all'adempimento della obbligazione.

Tuttavia deve essere precisato che l'espressione "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri" allude "a una responsabilità in *luogo* ossia *in mancanza* dell'adempimento, e quindi *a causa* dell'inadempimento"[94].

In questo senso sono condivisibili le opinioni che spiegano il principio espresso[95] dall'art. 2740 c.c. alla luce del "vincolo finalistico del rapporto obbligatorio, la sua tensione allo scopo della completa soddisfazione dell'interesse del creditore alla prestazione"[96] o, ancora, in relazione "all'interesse secondario a conseguire l'utilità economica della prestazione non eseguita"[97].

---

economica in cui la doverosità del comportamento debitorio non è concepita formalisticamente, ma con una funzione pratica in corrispondenza dell'interesse del creditore": A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 801.

[93] L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1073

[94] L. MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, in *Riv. dir. commerciale*, 1954, p. 302, n. 80, corsivo dell'A.

[95] "caposaldo della tutela dei diritti" secondo M. D'AMELIO, *sub.* art. 2740, in *Commentario al Codice Civile*, diretto dal medesimo autore, Firenze, 1943, IV, p. 433.

[96] L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, Milano, 1991, p. 16

[97] F. ROSSELLI, *Responsabilità patrimoniale, i mezzi di conservazione*, Torino, 2005. L'A. precisa che "la regola generale è che il debito non possa funzionare senza garanzia, costituita da tutti i beni appartenenti al debitore. Il legislatore può introdurre eccezioni, sottraendo o permettendo la sottrazione di un o più beni alla garanzia, ma non può escludere del tutto il legame tra debito e responsabilità". In giurisprudenza si veda, seppure incidentalmente, Corte Costituzionale 329/1992 (Pres. Corasaniti, est. Mengoni), in *Foro It.* 1993, pt. *I*, 4. che in tema di immunità degli Stati esteri da atti conservativi o esecutivi sottolineava come il rifiuto dell'autorizzazione del Ministero di Giustizia (necessaria secondo il r.d.l. 1621/1925 per sottoporre ad esecuzione i beni appartenenti ai medesimi) si ripercuotesse "sul piano

Negli stessi limiti si comprende pure l'affermazione per cui la responsabilità patrimoniale è immanente all'obbligazione, le dà giuridicità.[98]

La responsabilità patrimoniale del debitore assicura infatti al creditore un surrogato della prestazione che abbia per esso la medesima efficacia funzionale di questa.[99] Il creditore gode, in virtù del principio espresso dall'art. 2740 c.c., di una aspettativa sussidiaria di soddisfazione indipendente dalla cooperazione dell'obbligato.[100]

Proprio questa aspettativa o assicurazione di soddisfazione che il principio in esame determina spiega l'oscillazione, nel linguaggio del legislatore prima che dei giuristi, tra il termine responsabilità patrimoniale e garanzia generica.

E' questo un dato comunemente rilevato in dottrina.[101]

Alcuni hanno proposto di distinguere i due termini, dovendosi piuttosto intendere il rapporto tra la garanzia patrimoniale e la responsabilità patrimoniale quale una relazione

---

dei rapporti sostanziali svuotando il diritto di obbligazione fatto valere dal privato dell'elemento della responsabilità patrimoniale del debitore, che ne è una componente essenziale (art. 2740 c.c.) e funge da tramite dell'assoggettamento all'esecuzione forzata".

[98] Con queste parole si esprimeva S. SATTA, *L'esecuzione forzata,* Torino, 1952, p. 33. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria,* p. 107, pur considerando la responsabilità patrimoniale un elemento strutturale del rapporto obbligatorio nota che "anche qualora si volesse accogliere (...) la teoria oggi dominante, giova rilevare che, ai fini del presente lavoro, i termini della questione non cambierebbero. Infatti, ciò che è opportuno porre in rilievo è che la responsabilità patrimoniale assicura che il buon funzionamento del rapporto obbligatorio non possa essere compromesso per effetto dell'inadempimento imputabile al debitore; quando si verifichi questa eventualità, infatti, il risultato cui ha il diritto il creditore può comunque essere raggiunto aggredendo *in executivis* i beni del debitore che costituiscono l'oggetto della c.d. garanzia patrimoniale". Si vedano pure le osservazioni di M. FRAGALI, *Garanzia,* in *Enc. diritto,* XVIII, Milano, 1969, p.452 per il quale "è la forza del vincolo obbligatorio che pone a disposizione del creditore i beni del suo debitore, in modo che l'obbligazione non abbia un che di potestativo *ex parte debitoris* e il debitore non possa sottrarsi all'adempimento a suo libito o impunemente, in modo che la realizzazione dell'interesse del creditore non resti alla mercè del debitore, non manchi cioè l'assoggettamento della volontà di una parte all'interesse dell'altro".

[99] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale - concorso dei creditori e cause di prelazione*, Bologna - Roma, 1945, p. 5

[100] L. BARBIERA, *Resposabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, 1991, p. 18.

[101] V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale,* in *Enc. diritto,*XXXIX, Milano, 1988, p. 1044. M. FRAGALI, *Garanzia,* p.451, contesta che la destinazione o soggezione del patrimonio del debitore all'azione esecutiva "determini una garanzia in senso tecnico".

della parte con il tutto.[102] La garanzia consisterebbe nella potenziale destinazione, espressa delle azioni di cui agli artt. 2900, 2901, 2905 c.c., dei beni del debitore alla aggressione da parte del creditore anche prima dell'inadempimento.[103]

Altri pervengono ad una sostanziale identificazione dei due concetti quando assumono il patrimonio del debitore quale "garanzia generica dell'adempimento delle obbligazioni da lui assunte o comunque a lui incombenti"[104].

In tal senso alcuni distinguono la responsabilità patrimoniale dalla garanzia generica semplicemente in base al punto di vista soggettivo assunto nel rapporto obbligatorio, sicché la garanzia non sarebbe altro che il fenomeno della responsabilità patrimoniale visto dal lato del creditore.[105]

Quest'ultima opinione sembra preferibile. In particolare l'espressione *"garanzia generica"*, sebbene impropria se paragonata con il concetto tecnico di garanzia[106], è idonea a segnalare e suggerire l'idea di un soddisfacimento dell'interesse del creditore che l'ordinamento vuole, seppure come spiegato in via sussidiaria, comunque[107] assicurare attraverso i beni del debitore[108].

---

[102] "In breve: come la responsabilità è strumentale all'obbligazione, così la garanzia è strumentale alla responsabilità": così V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale,* p. 1044 riassume il pensiero di Michele Giorgianni.

[103] M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, I*, p. 173 ss.

[104] U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria),* Milano, 1974, p. 2.

[105] Così L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali,* Milano, 1991, p. 24

[106] Almeno nel senso inteso da M. FRAGALI, *Garanzia,* in *Enc. dir.,* XVIII, Milano, 1969, p. 453 di strumento diretto ad "(...) accrescere o rafforzare, per un dato creditore, la probabilità di essere soddisfatto, quindi il vigore normale di una singola obbligazione o del potere di aggressione che questa obbligazione attribuisce". Il medesimo A. precisa alla p. 462 che "la responsabilità patrimoniale segna l'incidenza soggettiva delle conseguenze della lesione al diritto del creditore o del rischio inerente, mentre la garanzia segna l'intensità o il grado delle conseguenze, in funzione di quella responsabilità di cui costituisce il *posterius,* alla quale dà speciale configurazione o speciale energia".

[107] Si veda U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale,* p. 2 quando nota che l'interesse del creditore alla conservazione del patrimonio del debitore non è "altro che un aspetto di quello del creditore, in quanto tale, ad essere comunque" - avverbio sottolineata dagli A- "soddisfatto".

[108] In questo senso forse l'espressione "garanzia generica" si avvicina, quasi inconsapevolmente, al significato della garanzia quale vincolo giuridico tra due soggetti uno dei quali è tenuto al raggiungimento

Il carattere sussidiario della responsabilità patrimoniale emerge più chiaramente con riferimento alle obbligazioni non pecuniarie, ed in particolare quelle non suscettibili di esecuzione in forma specifica, dove essa "non può immediatamente funzionare né come sanzione per l'inadempimento né come mezzo di realizzazione del diritto del creditore", essendo necessario che "l'obbligazione avente un oggetto diverso dal danaro si trasformi o meglio dia luogo al sorgere di un'obbligazione pecuniaria", così da essere soddisfatta attraverso l'espropriazione.[109]

1.4. L'oggetto della responsabilità patrimoniale. Le limitazioni della responsabilità patrimoniale e gli effetti nella sfera giuridica dei creditori.

In quest'ottica la responsabilità patrimoniale va ricostruita, sul piano strutturale, "come un potere" - assimilabile al diritto potestativo - "del creditore di copertura del suo credito, in vista della successiva aggressione del patrimonio del debitore" e,

---

di un risultato "anche a prescindere dalla possibilità di conseguirlo mediante il proprio comportamento, cioè anche in caso di impossibilità" (con queste parole, sulla differenza tra garanzia e rapporto obbligatorio, si veda A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa. e dir. priv.*, 2006, p. 818). Il risultato oggetto della garanzia generica rimane naturalmente non quello originariamente dedotto in obbligazione ma, quello residuale, di un equivalente economico.

[109] Così R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale - concorso dei creditori e cause di prelazione*, p. 7., il quale precisava che all'esigenza, " *(...)*praticamente se pure non logicamente necessaria", della trasformazione dell'obbligazione originaria in una avente ad oggetto una somma di danaro, "provvede la legge quando dall'inadempimento fa derivare l'obbligo di risarcire il danno". L'A. presupponeva una ricostruzione della responsabilità patrimoniale che si declinava alternativamente, a seconda dell'oggetto dell'obbligazione, nella forma della espropriazione e della esecuzione in forma specifica, ma che, ciononostante, non perdeva il proprio carattere unitario di essere, a un tempo, "sanzione per l'inadempimento e mezzo di realizzazione del diritto del creditore". La suddetta ricostruzione è stata negata da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 167 e, più recentemente da S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1998, p.10. In particolare quest'ultimo A. ha sottolineato le necessità di un raccordo sistematico "tra gli artt. 2740 e 2741 c.c. e, quindi, di un ambito operativo della responsabilità patrimoniale limitato alla sola espropriazione, quale unico meccanismo strutturalmente preordinato al superamento del microcosmo conflittuale *creditore cum titulo* - debitore ed all'intervento di tutti gli altri creditori".

correlativamente, come "una soggezione del debitore alle iniziative del creditore"[110].
L'oggetto della garanzia del debitore è dunque il suo patrimonio. Il patrimonio intero, ossia i beni presenti e futuri del debitore,[111] può qualificarsi come garanzia comune di tutte le obbligazioni in cui questi è implicato.
Si sostiene generalmente che si tratta di una garanzia solo potenziale e non attuale. Infatti, come si notava oltre mezzo secolo fa, "sino a che il valore del credito o dei crediti resta inferiore al valore della totalità del patrimonio, garanzia attuale delle obbligazioni contratte non è il patrimonio nella sua totalità. (....) oggetto attuale della garanzia, che il creditore o i creditori hanno sul patrimonio è propriamente il patrimonio solo nella misura" della porzione corrispondente al proprio credito "non il patrimonio intero nella sua totalità effettiva".[112]
Inoltre, sotto diverso ma collegato profilo, illustre dottrina segnala che una limitazione della responsabilità non sarebbe incompatibile con la struttura della obbligazione[113] né "una limitazione della responsabilità così fatta che essa non copra se non una parte del debito riduce" necessariamente "negli stessi limiti, il debito".[114]
Queste considerazioni potrebbero forse giustificare quegli orientamenti che, come si è visto, sostengono la assoluta atipicità delle destinazione patrimoniale e la conseguente

---

[110] L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale,* Milano, 1991, p. 21 e ss. che alla pag. 23 precisa come la responsabilità tuttavia non presupponga la violazione di un dovere generico di mantenere integro il patrimonio

[111] Si veda in tal senso R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale,* p. 10, per il quale l'espressione cronologica *futuri "*si riferisce al momento in cui è assunta l'obbligazione e vuole soprattutto scolpire il concetto, che può a prima vista sembrare ovvio, per cui possono essere colpiti dall'azione esecutiva del creditore anche i beni entrati nella sfera patrimoniale del debitore dopo l'assunzione del vincolo, ancorché su di essi il primo non avesse ragione di fare affidamento".

[112] E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, p. 142.

[113] Notava infatti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, p. 45 come "il bene con cui si risponde può essere: (...) una cosa singola, determinata in precedenza o un complesso di beni a parte (pars pro diviso) o un patrimonio separato ed autonomo".

[114] In questo senso si veda F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, p. 307, che nota come una tale rapporto biunivoco si avrebbe solo ove "la limitazione operi per ogni forma di responsabilità; e, in secondo luogo, che sia comparabile l'oggetto della responsabilità con l'oggetto del debito", ma, posto che, normalmente, vi è una incomparabilità tra l'oggetto della responsabilità e quello del debito, è impossibile "l'equazione di Binder:<<quanto più ristretto il debito, tanto più ristretta la responsabilità; quanto maggiore il debito, tanto più intensa la responsabilità".

disponibilità degli effetti di separazione patrimoniale; l'autonomia contrattuale del debitore sembrerebbe non incontrare alcun limite interno che provenga dai vincoli obbligatori assunti.

Si deve tuttavia precisare che seppure la porzione di patrimonio destinata a garanzia dei creditori resti, fino all'inizio della esecuzione forzata, puramente ideale, non essendo già determinata al sorgere della obbligazione, non può tuttavia essere negato che la totalità rimane come aggredibilità di qualunque bene del patrimonio, fino al raggiungimento del valore dovuto.

Inoltre, guardando al fenomeno dal punto di vista del creditore non si può fare a meno di ricordare tuttavia che la garanzia patrimoniale è un elemento complementare del suo diritto, che sorge contemporaneamente all'obbligazione, pur divenendo attuale solo in conseguenza dell'inadempimento.[115]

Quanto alla compatibilità delle limitazioni di responsabilità con la struttura del rapporto obbligatorio, si deve evidenziare che le considerazioni di Betti erano rivolte comunque a limitazioni della responsabilità patrimoniale che fossero state predeterminate con l'accordo del creditore medesimo ma non, dunque, a manifestazioni dell'autonomia del debitore che si riflette, in modo potenzialmente negativo, sul diritto del creditore[116], terzo rispetto al negozio posto in essere.

L'effetto dell'atto del debitore sulla posizione del creditore si muoverebbe nelle linee sia dell'art. 2740 c.c. sia dell'art. 2741 c.c.[117]

Il tema dell'indagine si interseca dunque necessariamente con quello, altrettanto tradizionale, della relatività degli effetti del contratto e degli atti di autonomia.[118]

---

[115] Così L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Diritto,* XXXIX, Milano, p. 1072 dove afferma che "la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, *rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento*" (corsivo mio, n.d.r.).

[116] Così, acutamente, R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo,* Milano, 2004, p. 381.

[117] In tal senso L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato,* p. 292, ALB. CANDIAN, *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origine dell'art. 2740 cod. civ.),* p. 1807, nonché P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni,* 2003, p. 165 e ss.

[118] Così recentemente G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, p. 69

In proposito - e dal punto di vista dei limiti all'autonomia privata – può essere utile un confronto tra l'art. 2740 c.c. e l'art. 1229 c.c.

Richiamare a questo punto del discorso la disciplina dettata dal legislatore all'art. 1229 c.c. potrebbe sembrare eversivo, posto che essa si riferisce a tutt'altra specie (e concetto) di limitazione della responsabilità.

La dottrina che ha affrontato *ex professo* lo studio della responsabilità patrimoniale e delle sue limitazioni si è infatti preoccupata di distinguere la diversità dei piani su cui i patti vietati dalle due norme operano. Infatti "dal punto di vista tecnico una limitazione di responsabilità si ha quando una certa categoria di beni appartenenti al debitore è sottratta all'azione esecutiva di tutti o di alcuni dei suoi creditori"[119]. Non devono essere confuse con esse le limitazioni del debito - ossia dell'obbligazione assunta - tra le quali rientrano propriamente la clausola penale, i patti con cui il venditore esclude o limita la garanzia per vizi della cosa venduta e, appunto le clausole limitative della responsabilità di cui all'art. 1229 c.c[120].

Che i due fenomeni apparissero distinti al legislatore lo dimostra del resto la stessa circostanza che abbia sentito il bisogno di disciplinarli separatamente ed in luoghi diversi del codice civile.

D'altronde se è vero che entrambe le norme sono poste a presidio del diritto del creditore, differenti sono i punti di incidenza dei due precetti normativi: mentre l'art. 1229 c.c., proprio in quanto commina la nullità di un patto, si preoccupa di salvaguardare il rapporto obbligatorio, quale relazione tra soggetti individuati, l'art. 2740 c.c., invece, conforma in senso originario il patrimonio intero al soddisfacimento degli interessi della generalità dei creditori[121].

---

[119] R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, p. 11.

[120] F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione.* Torino, 2005, p. 30. Sulla distinzione tra clausole limitative della responsabilità e clausole limitative del debito si veda R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*, p. 16, V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, p. 398, nonché L. MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, p. 307, n. 15, che precisa come "una pura clausola di non responsabilità (art. 1229) può avere soltanto la funzione di restringere la misura di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, e corrispondentemente di allargare la nozione di caso fortuito da applicare al rapporto obbligatorio di cui si tratta".

[121] *Contra* V. M. TRIMARCHI, *Patrimonio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 277 per il quale una siffatta "destinazione oggettiva che concerne il patrimonio" deve escludersi.

Ciononostante, per entrambe le fattispecie si pone un problema di limitazione dell'autonomia privata. E' allora ragionevole esaminare la disciplina dell'art. 1229 c.c. per trarre elementi utili di riflessione anche per il tema che si sta qui affrontando.

L'art. 1229 c.c. sanziona con la nullità quei patti che escludano o limitino *"preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave"*.

La fattispecie socialmente presupposta è quella dell'accordo tra creditore e debitore con il quale, al momento del sorgere del titolo medesimo, il primo esoneri in tutto o in parte il secondo dalla responsabilità per l'inadempimento doloso o gravemente colposo.

L'introduzione da parte del legislatore del 1942 di una precisa comminatoria di nullità di un tale patto suscitò molti interrogativi tra gli interpreti specie con riferimento alla ricerca di una *ratio* che la giustificasse.

Infatti - si notava - la disciplina dell'art. 1229 c.c. comprime la sfera di autonomia del creditore che, nella sua piena libertà, ben potrebbe accordare l'esonero da responsabilità per colpa grave per guadagnarne - eventualmente - in un minor costo del servizio del debitore.[122]

La ragione di tale intrusione nello spazio di autonomia del creditore è stata variamente argomentata, dal riferimento alla immoralità del patto limitativo, alla necessità di evitare con siffatte clausole una vera e propria distruzione del vincolo giuridico,[123] alla esigenza di impedire che il processo di produzione e distribuzione della ricchezza avvenga a danno della collettività.[124]

Quest'ultima valutazione ha il merito di evidenziare la particolare adeguatezza della norma in esame ad affrontare le problematiche inerenti al moderno sistema industriale. Tuttavia è preferibile aderire, in quanto capace di guardare al fenomeno obbligatorio

---

[122] Così osserva M. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza.* in *Riv. dir. commerciale,* 1974, I, p. 329 ss.

[123] In questo senso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1950, p. 103 per il quale "(...) simili patti infiacchirebbero sino ad annullarlo il senso di tale responsabilità nel debitore, e ne favorirebbero un comportamento indifferente rispetto all'interesse dell'altra parte con grave pregiudizio di quello spirito di collaborazione che deve animare i rapporti tra debitore e creditore". Così anche A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità,* in *Giust. Civ.* 1951, I, p. 247-248.

[124] Per una sintesi ragionata delle varie teorie dottrinali sin qui sviluppatesi si vedano L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile,* Padova, 2000, p. 15 e ss., nonché G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità,* Milano, 2003, p. 149 e ss.

nella sua interezza e vastità, alla tesi che individua il fondamento dell'art. 1229 c.c. nella più generale esigenza di non svuotare di senso, per il debitore, il significato del vincolo giuridico assunto.

L'art. 1229 c.c. esprime infatti la necessaria inderogabilità della responsabilità; sarebbe contraddittorio un ordinamento che riconoscesse" il vincolo obbligatorio "e in pari tempo ponesse come derogabile il regime di responsabilità, tanto più che l'obbligo di risarcimento non è altro che un secondo modo di essere dell'obbligo originario".[125]

Venendo al fenomeno delle limitazioni convenzionali della responsabilità patrimoniale, giova ricordare a questo punto le considerazioni di chi aveva notato come la soggezione dei beni del debitore all'azione del creditore eviti che l'obbligazione abbia "un che di potestativo *ex parte debitoris"* e il debitore "possa sottrarsi all'adempimento a suo libito o impunemente, in modo che la realizzazione dell'interesse del creditore non resti alla mercé del debitore, non manchi cioè l'assoggettamento della volontà di una parte all'interesse dell'altro".[126]

E' evidente allora che proprio a tale risultato condurrebbe il riconoscimento al debitore della facoltà di disaggregare "a suo libito" il proprio patrimonio, incidendo su quella garanzia sussidiaria di soddisfazione che l'art. 2740 c.c., come si è visto, esprime.

L'analisi non sarebbe tuttavia completa se non si sottolineasse che – a differenza dei patti di cui all'art. 1229 c.c. – le limitazioni di responsabilità cui si riferisce l'art. 2740 c.c., proprio in quanto derogatorie del regime generale di responsabilità, hanno la pretesa di proiettarsi oltre il singolo rapporto obbligatorio, erigendosi *erga omnes*.

Pertanto, se è impedito al creditore medesimo esercitare la propria libertà nel senso di esonerare da responsabilità il debitore, rimane dubbio consentire a quest'ultimo, anche successivamente alla costituzione del vincolo obbligatorio, di "manipolare, a proprio piacimento e a danno dei creditori o di certi creditori a vantaggio di altri, il *modum* ed il *quantum* della esposizione alle azioni esecutive degli stessi"[127].

Il problema di un controllo dell'autonomia privata si pone anzi più urgentemente proprio in considerazione degli effetti riflessi che dalla limitazione di responsabilità si propagano nella sfera patrimoniale di una pluralità di soggetti terzi rispetto al negozio,

---

[125] C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano, 1979, p. 536-537 n. 260.

[126] M. FRAGALI, *Garanzia,* in *Enc. diritto,* XVIII, Milano, 1969, p.452

[127] L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato,* p. 292.

dunque, in assenza di qualsivoglia manifestazione di volontà del soggetto potenzialmente danneggiato.

Ulteriore conferma a quanto si sta sostenendo giunge dall'esame della disciplina della cessione dei beni ai creditori, istituto con il quale il debitore cede i propri beni ai creditori affinché essi li liquidino e ne ripartiscano tra di loro il ricavato.

La norma centrale dell'istituto, e che assume particolare valore anche ai fini dell'analisi che stiamo qui svolgendo, è certamente l'art. 1980 c.c.. Esso, dopo aver disposto la indisponibilità per il debitore dei beni ceduti, precisa al secondo comma che *"(...) i creditori anteriori alla cessione che non vi hanno partecipato possono agire esecutivamente anche su tali beni (...)"*.

Sebbene sia discusso se la cessione costituisca in capo ai creditori cessionari un diritto reale, oppure vincoli il debitore solo sul piano obbligatorio o, ancora, configuri un caso di patrimonio separato,[128] vi è generalmente consenso tra gli interpreti nel riconoscere che con essa alcuni beni siano destinati al pagamento dei crediti dei cessionari intervenuti nel contratto[129] e che sono così rafforzati nella loro garanzia[130].

Tuttavia la particolare garanzia che la legge assicura ai cessionari non va a discapito dei creditori anteriori alla cessione e che a questa non abbiano partecipato; a norma del già richiamato art. 1980, 2° comma, c.c. la cessione sarà ad essi inopponibile.

E' significativo che la dottrina sia concorde nel ricollegare tale inopponibilità al

---

[128] In tal senso, seppure dubitativamente, L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato,* p. 288. Convinto sostenitore della riconducibilità della cessione dei beni ai creditori alla categoria dei patrimoni separati era F. CARRESI, *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori,* in *Riv. dir. comm.,* 1947, I, p. 147. Secondo l'A. nel caso della cessione dei beni ai creditori si avrebbe più che una limitazione della responsabilità la riserva costituzione di una riserva su taluni beni a favore di taluni debitori: "si riscontra una massa di beni sui quali i creditori cessionari e coloro che successivamente hanno aderito alla cessione (arg. artt. 1981 e 1985) possono soddisfarsi ad esclusione degli altri creditori (arg. art. 1980 cpv.) mentre questi ultimi debbono limitarsi ad agire esecutivamente sui beni non riserbati o sugli eventuali residui della liquidazione (...)".

[129] R. MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori,* in *Enc. Diritto,* vol. VI, Milano, 1960, p. 839.

[130] F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di P. Rescigno, 13, Torino, 1985, p. 401. Sul punto si veda pure R. MICCIO, *Cessione dei beni ai creditori,* 839, per il quale "la cessione dei beni è dunque un negozio che ha lo scopo di attuare il precetto dell'art. 2740, impedendone l'evasione. La garanzia che ne costituisce lo scopo, ha certamente una efficacia più limitata delle garanzie tipiche, sia reali che personali, ma i limiti particolari di tale efficacia non sono sufficienti ad escludere che detta garanzia caratterizzi l'aspetto funzionale del negozio".

principio della relatività del contratto espresso dall'art. 1372, 2° comma, c.c.; si osserva infatti che la legittimazione ad agire sui beni del debitore venga acquisita da ciascun creditore precedentemente alla cessione e non possa perciò essere modificata *uno latere* dal solo cedente.[131]

Al di là della *vexata quaestio* della natura della cessione dei crediti è di particolare interesse che la dottrina abbia giustificato l'inopponibilità della cessione ai creditori ad essa anteriori proprio in funzione della inefficacia, quanto meno in via diretta, degli atti di autonomia sulle situazioni giuridiche soggettive dei terzi.

Occorre, tuttavia, precisare che nel caso della cessione dei beni ai creditori il principio espresso dall'art. 1372, 2° comma, c.c. non è invocato del tutto propriamente. Infatti, l'art. 1980 2° comma c.c. non estende *ultra partes* il vincolo giuridico, ma impedisce che il negozio sia opponibile ad una determinata categoria di soggetti terzi, evitando che il loro diritto sia pregiudicato a causa degli effetti riflessi del negozio medesimo[132].

Ad ogni modo, rimane confermata, anche sotto tale profilo, la necessità individuare i

---

[131] Così giustificano l'art. 1980 c.c. F. SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori,* in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1962, p. 317, F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori,* p. 423, L. BIGLIAZZI GERI, *Patrimonio autonomo e separato,* in *Enc. Diritto,* vol. XXXII, Milano, 1982, p. 288, M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum,* in *Riv. dir. civ.* 1984, I, p. 374 ss., R. DE MEO, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1999, p. 190.

[132] Nella fattispecie in esame ricorre dunque una ipotesi di inopponibilità quale "inidoneità del titolo a dar luogo" ad una serie di "effetti riflessi rispetto alla sfera giuridico-patrimoniale di colui che abbia già adempiuto gli oneri necessari per rendere il contratto opponibile, e quindi consentirgli di svolgere pienamente tutti i suoi effetti, diretti e riflessi. (…) l'inopponibilità si traduce in un giudizio di inefficacia della fattispecie (…) rispetto alle vicende che riguardano la sfera giuridico-patrimoniale di quei terzi determinati" (P. M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa.* Torino, 1999, p. 56- 57). La regola dell'art. 1980, 2° comma, c.c., impedisce che il negozio arrechi un pregiudizio ai creditori, ossia quei terzi "la cui posizione giuridica non sia né ricompresa nel regolamento d'interessi dettato dalle parti, né incompatibile con esso (…). Il tratto che distingue quest'ultima categoria di terzi (…) è l'essenza o la presenza di un interesse giuridico e di un pregiudizio in un diritto lor proprio, non già in un semplice interesse non protetto dal diritto col conferimento di un corrispondente potere. (…) Qui non si tratta di una connessione oggettiva di rapporti, risultante dalla loro struttura giuridica (siccome concorrenti o dipendenti), ma piuttosto di una contiguità e interferenza tra sfere d'interessi, per cui le vicende determinate dalla privata autonomia nell'una sfera possono, di riflesso, avere ripercussioni, ora vantaggiose, ora sfavorevoli, nella sfera contigua" (così con riferimento agli effetti del negozio rispetto ai terzi, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, ristampa dell' edizione del 1960)

limiti entro i quali sia consentito ai privati porre in essere negozi di destinazione.

1.5. La tutela dei creditori nelle ipotesi tipiche di destinazione patrimoniale.

Nei paragrafi precedenti si è andato chiarendo il tema specifico della presente trattazione che riguarderà, sotto il profilo dei limiti alla autonomia privata, le problematiche relative alla destinazione (e conseguente) separazione patrimoniale.

Non può generare dubbi in merito alla sussistenza dei suddetti limiti la circostanza che il legislatore faccia uso sempre più frequente dello strumento della separazione patrimoniale; se la scelta del legislatore può dar conto della consapevolezza di una maggiore funzionalità di un regime di responsabilità differenziato rispetto alla regola dell'art. 2740 c.c., essa non deve confondere circa il rapporto che, di volta in volta, è instaurato tra l'autonomia privata e l'effetto di separazione conseguito.

Una rapida lettura degli ultimi interventi legislativi mostra infatti che la separazione patrimoniale è intesa, talvolta, come effetto disponibile per i privati per la migliore cura dei propri interessi, tal'altra, è associata ad un obbligo di destinazione cui essi si devono conformare se intendono svolgere una determinata attività.

Alcuni esempi aiuteranno a chiarire.

Tra gli interventi più significativi degli ultimi anni si deve ricordare la l. 130/1999 con la quale è stato disciplinato il fenomeno finanziario della c.d. cartolarizzazione dei crediti o *securitization*[133].

---

[133] Per una analisi generale degli aspetti salienti e dei problemi principali sollevati dalla disciplina ora in esame si veda, tra la sterminata letteratura in materia, G. DE NOVA - C. LEO, *La securitization in Italia (commento alla l. 30 aprile 1999 n. 130),* in *Contratti,* 1999, p. 711 e ss., A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Brevi note sulla l. 30 aprile 1999, n. 130 recante <<disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti>>,* in *Banca, borsa e titoli di credito,* 1999, I, 489 ss., E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. Comm.* 1999, I, p. 436 e ss., R. RORDORF, *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio,* in *Le società,* 2000, p. 1163 e ss.,G. RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla*

Tale operazione finanziaria può essere utilmente schematizzata come segue.

Una società (cedente, il c.d. *originator*) cede un gruppo di propri crediti che siano individuabili in blocco (ossia accomunati da una medesima caratteristica) ad una società cessionaria. Tale cessionaria, denominata anche società veicolo, finanzia l'acquisto provvedendo, anche a mezzo di altra società, alla emissione di strumenti finanziari che collocherà presso il pubblico degli investitori (anche non istituzionali).

Costoro, in quanto portatori dei titoli, rimangono creditori della società veicolo che adempirà al proprio debito via via che i crediti da essa acquistati sono riscossi.[134]

Una operazione finanziaria come quella appena descritta è tesa a soddisfare una pluralità di interessi. Tra questi, in primo luogo, deve essere ricordato quello della società cedente a smobilizzare un pacchetto di crediti che vengono così sostituiti con nuova liquidità da impiegare, naturalmente, secondo le più diverse necessità.[135]

La società emittente, d'altra parte, vedrà dipendere il proprio profitto dal buon esito dell'operazione. Dall'operazione, infine, non può che sorgere l'interesse degli acquirenti dei titoli al rimborso del proprio investimento.

Molta parte della disciplina della l. 130/1999 è destinata alla tutela proprio di questo interesse.

Ed infatti, a norma dell'art. 2 della l. 130/1999, i titoli non potranno essere offerti agli investitori in mancanza di un prospetto informativo da consegnare all'investitore che ne faccia richiesta, e, qualora la operazione preveda l'offerta dei predetti titoli ad investitori non professionali, quest'ultima dovrà essere sottoposta alla valutazione delle c.d. agenzie di *rating.*

---

cartolarizzazione dei crediti, in *Giur. Commerciale*, 2000, I, p. 438 ss, L. CAROTA, *Della cartolarizzazione dei crediti*, Padova, 2002, M. MARIANELLO, *La cartolarizzazione*, in A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005, p. 103 e ss. C. SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Milano, 2007

[134] Quello appena descritto non è tuttavia l'unico schema con il quale può essere attuata un'operazione di cartolarizzazione. La stessa legge 130/1999 dispone, all'art. 7, che la cartolarizzazione può essere realizzata *"mediante l'erogazione di un finanziamento al soggetto cedente da parte della società per la cartolarizzazione dei crediti emittente i titoli"*. Sotto altro profilo, il medesimo art. 7 precisa peraltro che la cessione dei crediti alla base dell'operazione può avvenire anche nei confronti di un fondo comune di investimento.

[135] In tal senso E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. Comm*. 1999, I, p. 439, nonché R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 29.

Il momento di disciplina di maggiore interesse rispetto all'oggetto della presente trattazione è, però, al successivo art. 3 che dispone, in primo luogo, l'esclusivo svolgimento dell'attività di cartolarizzazione da parte della società emittente. A completamento di tale restrizione la disposizione in commento prevede, al 2° comma, che *"i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per il finanziamento"*.

La richiamata disciplina deve essere letta in collegamento con la previsione di cui all'art. 1, comma 1°, lett. b), che precisa come *"le somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti siano destinate, in via esclusiva, dalla società cessionaria, al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi, dalla stessa o da altra società, per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione"*.

La l. 130/1999 utilizza dunque, a tutela degli investitori, principalmente due strumenti: la costituzione di un patrimonio separato, con funzione di garanzia[136], distinto da quello generale della società veicolo, avente ad oggetto i crediti ceduti ed il vincolo di destinazione *"delle somme corrisposte dal debitore o dai debitori ceduti (...) in via esclusiva (...) al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi (...) per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione"*(art. 1, lett. b).

Tale duplice tutela tuttavia - si è notato in dottrina - è resa poco efficace dalla mancata previsione da parte del legislatore dell'obbligo di tenere le somme via via riscosse su

---

[136] Evidenzia la funzione di garanzia dei crediti degli investitoti che la separazione patrimoniale assolve C. SEVERI, *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti*, Milano, 2007, p. 210 e ss. L' A. sottolinea in particolare come "la circostanza che, nella cartolarizzazione, quando l'emittente sia limitata per rispettare una destinazione dei beni separati che mira a favorire creditori che, all'apparenza, non sono tali rispetto al titolare del patrimonio separato, rafforza il convincimento che, in questa operazione, lo scopo di destinazione impresso ai beni si esaurisca in una funzione di garanzia, essendo una articolare categoria di creditori preferita non in quanto con la concessione del credito ha reso possibile l'attuazione dello scopo impresso ai beni e quindi il soddisfacimento dell'interesse di terzi beneficiari (si pensi all'interesse dei figli minori , in presenza di un fondo patrimoniale o riguardo ai frutti dell'usufrutto legale); si tratta invece di creditori che sono direttamente tutelati per il solo fatto di avere concesso un finanziamento e che risultano identificati, nella cartolarizzazione, quali sottoscrittori degli strumenti finanziari".

conti separati presso istituti di credito; si osserva, infatti, come "i crediti ceduti, nella misura in cui vengono adempiuti, sono trasformati nelle somme riscosse. La circostanza crea non poche difficoltà, dal momento che, una volta che le somme siano entrate nel patrimonio della società per la cartolarizzazione, si verificherà un tipico fenomeno di confusione patrimoniale, tale da non poter permettere di distinguere agevolmente le somme derivanti dalla realizzazione dei crediti in questione dalle altre liquidità presenti nel patrimonio sociale. E, considerato che la stessa società cessionaria potrebbe contemporaneamente compiere più operazioni di cartolarizzazione, il rischio della paventata confusione patrimoniale appare ancora maggiore".[137]

Siffatti rischi non possono che vanificare anche la separazione patrimoniale[138] disposta dal legislatore, rispetto al patrimonio generale della società veicolo, con riguardo ai crediti ceduti; ciò rende, peraltro, evidente la già nota correlazione,[139] non solo giuridica ma anche economica e fattuale, tra separazione e destinazione patrimoniale.

Nonostante la considerazione della debolezza della disciplina appena descritta, alcuni, tra coloro che più di recente hanno studiato la l. 130/1999 dall'angolo visuale della separazione patrimoniale, hanno enfatizzato tale strumento quale quello più acconcio a conciliare, nelle operazioni di cartolarizzazione, la pluralità di interessi in gioco, tra cui,

---

[137] R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 49. Perplessità sulla idoneità della separazione patrimoniale ad assicurare, da sola, le tutele alla quale è preposta esprime anche M. BESSONE, *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002, p.11. Sul punto, tra le voci più critiche, si veda E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. Comm*. 1999, I, p. 443.G. RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, p. 475 evidenzia inoltre le particolari difficoltà attuative della separazione patrimoniale nel caso in cui la cartolarizzazione avvenga secondo il modello del finanziamento diretto al cedente delineato dall'art. 7 della legge 130/1999. Quanto a tale ultima ipotesi si vedano peraltro anche i dubbi espressi da F. MACARIO, *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 22 circa la effettiva applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 3.

[138] Secondo E. SPANO, *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti*, in *Giur. Comm*. 1999, I, p. 438, "l'esclusività funziona in duplice senso: nessun altro può soddisfarsi sul patrimonio separato costituito dai crediti, ma gli investitori non possono soddisfarsi su null'altro che sui crediti (ed eventuali garanzie collaterali)". Nello stesso senso si veda L. CAROTA, *Della cartolarizazione dei crediti*, Padova, 2002, p. 37, nonché G. RUMI, *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti*, p. 440 ss.

[139] Sul punto si veda D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. <<cartolarizzazione>> dei crediti*, *Riv. dir. civ*. 2002, II, p.101

quello dei portatori dei titoli.[140]

L'assunto è condivisibile, ma deve essere precisato.

Dal punto di vista scelto per questa indagine non può non notarsi che destinazione e separazione patrimoniali emergono, addirittura, quali condizioni indefettebili per lo svolgimento della attività di cartolarizzazione.

L'autonomia privata non potrebbe, in altre parole, compiere o programmare operazioni di cartolarizzazione derogando alla destinazione e alla separazione patrimoniale disposte dagli art. 1 e 3 della l. 130/1999.

La separazione patrimoniale disposta dalla l. 130/1999 si pone quindi quale disciplina inderogabile della (e dalla) autonomia privata.

Lo stesso atteggiamento del Legislatore deve rinvenirsi anche in una disciplina più recente. E' il caso all'art. 117 del d. lgs. 209/2005 (il c.d. Codice delle assicurazioni private). Con tale testo normativo il legislatore ha inteso sistemare la disciplina dell'attività assicurativa e riassicurativa. Una parte del nuovo codice delle assicurazioni private è dedicata alle condizioni necessarie per lo svolgimento dell'attività di intermediazione finanziaria e alla descrizione degli obblighi comportamentali che gli intermediari assicurativi devono assolvere.

Tra questi ultimi rientra la previsione del summenzionato art. 117 (rubricato, *"Separazione patrimoniale"*) che dispone: *"i premi pagati all'intermediario e le somme destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione, se regolati per il tramite dell'intermediario, sono versati in un conto separato, del quale può essere titolare anche l'intermediario espressamente in tale qualità e che costituiscono un patrimonio autonomo rispetto a quello dell'intermediario medesimo. 2. Sul conto separato non sono ammesse azioni, sequestri o pignoramenti da parte di creditori diversi dagli assicurati e dalle imprese di assicurazione. Sono ammesse le azioni da parte dei loro creditori ma nei limiti della somma rispettivamente spettante al singolo assicurato o alla singola assicurazione".*

Il testo della disposizione, come evidente, determina non solo la separazione

---

[140] R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, in particolare alla p. 65 dove, commentando la l. 409/2001 che prevede la possibilità di utilizzare la cartolarizzazione anche con riferimento ai crediti d'imposta e contributivi, nota come tale testo normativo "mira a conciliare l'interesse generale (dello Stato) con l'interesse (particolare) dei titoli acquistati, individuando nella separazione patrimoniale lo strumento maggiormente idoneo a realizzare il contemperamento di tali differenti esigenze"

patrimoniale, ma anche il suo oggetto, somme di danaro destinate ai risarcimenti o ai pagamenti dovuti dalle imprese di assicurazione, che impone all'intermediario di accantonare su un conto corrente distinto da qualsiasi altro dell'intermediario medesimo.
Ulteriore esempio, nella medesima direzione - ossia di una separazione patrimoniale scelta dal legislatore quale tecnica di tutela, necessaria e inderogabile, degli interessi del creditore - si rinviene nel testo unico dell'intermediazione finanziaria, d. lgs. 58/1998, all'art. 22, la cui tecnica redazionale è simile a quella dell'art. 117 del d. lgs. 209/2005 sopra ricordato.
E' piuttosto agevole misurare la distanza tra queste ipotesi ed altre in cui è il soggetto di diritto che destina, nella esplicazione della propria autonomia privata, una parte del patrimonio al soddisfacimento di alcuni determinati bisogni o allo svolgimento di una determinata attività. Sono invece proprio questi ultimi gli atti di autonomia che devono essere confrontati con principi generali dell'ordinamento, quali l'universalità patrimoniale e la relatività degli effetti negoziali.
Per verificare l'atteggiamento del legislatore in questi casi di separazione patrimoniale è opportuno esaminare brevemente istituti come il fondo patrimoniale ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare.
I due istituti infatti, seppure chiamati ad operare in ambiti distanti dell'ordinamento, hanno in comune il dato di agevolare un soggetto nel raggiungimento di uno scopo determinato, consentendogli di destinare ad esso l'impiego esclusivo di alcuni beni, che, dal momento della pubblicizzazione del negozio, sono chiamati a soddisfare i soli creditori titolati.
In entrambi i casi il legislatore si trova di fronte al problema di conciliare l'interesse del soggetto destinante con quello dei creditori, specie se anteriori alla destinazione patrimoniale.
Particolare interesse suscita la disciplina di cui agli art. 2447 *bis* c.c. e ss. Con essa è oggi possibile ad una società per azioni sottrarre "(...) una parte dei beni, rapporti giuridici o proventi della società alla garanzia generica dei creditori sociali per destinarli all'esecuzione ed al soddisfacimento di una categoria più limitata di creditori (...)" e ciò, non più limitatamente ad alcuni settori economici predefiniti dal legislatore, ma in via generale, senza che sia presupposta "una operazione economica tipica"[141].

---

[141] G. GIANNELLI, *sub. art. 2447 - bis*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e Alberto Stagno

L'art. 2447 bis c.c. dispone che "la società può (...) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare". La genericità del termine *affare* è più che evidente così come il conseguente ampio spazio aperto dalla norma alla autonomia privata. Sotto tale profilo gli unici limiti incontrovertibili sono dati dal divieto di costituire patrimoni destinati per la conduzione di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali e dalla necessità di individuare un settore di attività più ristretto dell'oggetto sociale.[142]

A parte ciò non è definitivamente chiaro se l'affare può coincidere con una parte dell'attività dell'impresa, anche un ramo d'azienda, o debba essere limitato al compimento di un'operazione o un gruppo di operazioni.[143]

La disciplina predisposta dal legislatore è disseminata da tentativi, sul cui buon esito molti dubitano, di bilanciare l'interesse della società con quello dei c.d. *stakeholders* tra i quali, necessariamente, i creditori sociali[144].

Così evidente funzione di tutela dei portatori di interessi istituzionali assolvono le norme sulla rendicontazione e sulla comunicazione societaria.[145]

In particolare, a favore anche di questi ultimi deve essere intesa la limitazione quantitativa alla costituzione dei patrimoni separati che, a norma dell'art. 2447 bis, 1° comma, c.c. non possono essere superiori al 10% del patrimonio netto della società.

Le norme che tuttavia interessano direttamente i creditori sociali anteriori alla

---

d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1210 - 1211. Così anche A. MAFFEI ALBERTI, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* in *Il nuovo diritto delle società,* a cura del medesimo autore, vol. II, Padova, 2005, p. 1676 per il quale "il regime di separazione patrimoniale, che già aveva trovato ingresso nel nostro ordinamento nella disciplina di situazioni o di attività particolari, diviene, per la prima volta, normale modello operativo nell'esercizio di una qualsiasi attività di impresa da parte di una società per azioni".

[142] G. GIANNELLI, *sub. art. 2447 - bis,* p. 1220, A. MAFFEI ALBERTI, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 1679 ss.

[143] G. GIANNELLI, *sub. art. 2447 - bis, ult. op. loc. cit.,* A. MAFFEI ALBERTI, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 1678.

[144] Nota M. LAMANDINI, *Patrimoni separati e tutela dei creditori,* in *Riv. dir. processuale,* 2005, p. 37 come " *(...)* la tutela dei creditori nel caso di costituzione di patrimoni destinati vada misurata: *i)* nella fase genetica del patrimonio separato *ii)* durante lo svolgimento dello specifico affare, con riguardo alla tutela dei creditori sociali e ai creditori <<particolari>> del patrimonio destinato; *iii)* in caso di insolvenza del patrimonio destinato e/o della società, con riguardo ai creditori sociali e ai creditori <<particolari>> del solo patrimonio destinato *(...)*".

[145] P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni,* Padova, 2003, p. 262

destinazione sono gli artt. 2447 *quater* c.c. e 2447 *quinquies* c.c.

Il primo si preoccupa di offrire a coloro che risultino creditori sociali al momento della costituzione la possibilità di esperire azione di opposizione alla medesima.

Nella previsione di un apposito strumento di tutela per i creditori è stata individuata una similitudine con quanto avviene nel caso di riduzione volontaria del capitale sociale, di fusione:[146] si è notato, inoltre, come sia il medesimo l'interesse che la norma assume leso, cioè quello dei creditori sociali anteriori a conservare intatta la garanzia patrimoniale, in precedenza offerta dalla società debitrice.[147]

Peraltro il particolare giovamento che ai creditori anteriori alla destinazione deriva dalla previsione di un'azione giudiziale *ad hoc* si può cogliere agevolmente ove si consideri che essa non sostituisce ma piuttosto aggiunge alla azione revocatoria, tanto ordinaria che fallimentare.[148]

I termini entro cui i creditori possono proporre l'opposizione sono tuttavia molto brevi; ciò - si nota - per consentire alla società di dare attuazione quanto prima all'operazione stabilita.[149]

L'art. 2447 *quinquies* c.c., invece, dispone circa gli effetti della separazione, precisando che essi avranno a prodursi decorso il termine previsto per la opposizione ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale. Da ciò deriva - come ha notato parte della dottrina – che, prima della decorrenza di tale termine,"i

---

[146] A. NIUTTA, *I patrimoni e finanziamenti destinati,* Milano, 2006, p. 77

[147] A. NIUTTA, *I patrimoni e finanziamenti destinati,* Milano, 2006, p. 77. Si veda in tal senso l'osservazione di F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* Padova, 89, che osserva come i creditori sociali "(...) hanno instaurato rapporti ben definiti, sulla base di una certa situazione patrimoniale della debitrice che, in virtù, degli effetti della separazione, può venire notevolmente modificata, con modalità ed effetti sottratti al loro controllo". Secondo A. MAFFEI ALBERTI, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* in *Il nuovo diritto delle società,* a cura del medesimo autore, vol. II, Padova, 2005, p. 1687, tra riduzione del capitale, trasformazione e scissione è invece "sicuramente quest'ultima la figura che già si avvicina, funzionalmente, alla costituzione del patrimonio destinato, si che sarebbe forse stato preferibile la responsabilità del patrimonio destinato verso i creditori sociali anteriori non soddisfatti dalla società". Nel medesimo senso si veda anche M. LAMANDINI, *Patrimoni separati e tutela dei creditori,* in *Riv. dir. processuale,* 2005, p. 39.

[148] Sulla possibilità per i creditori di esperire anche l'azione revocatoria si veda F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 92

[149] F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 93.

creditori generali antecedenti" alla destinazione "conservano integralmente ogni loro diritto, compreso quello di iniziare azioni esecutive sui beni della società, anche su quelli facenti parte del patrimonio destinato allo specifico affare".[150]

L'art. 2447 *quinquies* c.c. precisa inoltre all'ultimo comma che *"(...) gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo"*.

Si è notato in dottrina come la indicata formalizzazione del vincolo di destinazione potrebbe, in verità, trasformarsi in uno strumento di abuso nelle mani degli amministratori della società debitrice, che "hanno la totale disponibilità ed autonomia in tal senso, di scegliere se indicare o meno, in relazione all'atto da compiersi, il vincolo di destinazione, potendo in tal modo determinare l'imputazione del singolo atto di gestione al patrimonio separato o alla società, indipendentemente dalla sua natura originaria".[151]

Gli art. 2447 *bis* c.c. e ss. mette a disposizione dei creditori sociali anteriori alla destinazione una pluralità di strumenti tra i quali meritano particolare attenzione la previsione di un limite quantitativo per la costituzione, lo strumento dell'opposizione di cui all'art. 2447 *quater* c.c. e il termine *ex quo* di efficacia della separazione previsto dall'art. 2447 *quinques* c.c.

Conseguentemente la garanzia patrimoniale costituita dal capitale sociale della società sembra rimanere intangibile oltre una determinata soglia percentuale del patrimonio netto; inoltre, nelle immediatezza della costituzione del patrimonio separato, i creditori potranno proporre opposizione o, fintantoché non sia decorso il termine di sessanta giorni dalla iscrizione della delibera costitutiva nel registro delle imprese, agire direttamente sui beni destinati.

Il diritto societario è dunque oggi caratterizzato dalla generalizzata possibilità di settorializzare l'attività e la responsabilità della società; tuttavia agli ampi margini di determinabilità dello scopo della destinazione fa da *pendant* un sistema articolato, per quanto perfettibile, di tutele dei creditori sociali.

Chiarito l'atteggiamento del legislatore nella destinazione societaria, è ora necessario

---

[150] F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 98.

[151] F. GENNARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* p. 106. L'A. critica inoltre la scelta del legislatore di porre come conseguenza della mancata menzione del vincolo di destinazione la responsabilità del patrimonio residuo della società con ciò escludendo che a rispondere sia l'intero patrimonio della medesima composto da quello destinato e quello generale.

procedere ad analoga verifica nel diritto civile.

A tal fine è necessario individuare una ipotesi di destinazione negoziale già tipizzata che consenta ad un soggetto di differenziare, da un certo momento in avanti, il proprio patrimonio.

Tra le ipotesi tipiche di destinazione e separazione patrimoniale corrisponde alle caratteristiche suddette il fondo patrimoniale disciplinato dagli artt. 167 e ss.

Mediante tale istituto è consentito ai coniugi destinare determinati beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia.

La destinazione porta con se, come è noto, un particolare regime dei beni che, normalmente, non potranno essere oggetto di atti di amministrazione straordinaria da parte dei proprietari se non quando tali atti siano necessari nell'interesse della famiglia.

Il particolare valore dell'interesse tutelato inoltre comporta, a norma dell'art. 170 c.c., la sottrazione, dei beni vincolati nel fondo, alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. e pertanto all'azione esecutiva di creditori il cui titolo sorga da esigenze che essi sapevano estranee ai bisogni familiari.

Il fondo può essere costituito o attraverso il conferimento di beni determinati ai coniugi o mediante la mera apposizione, da parte del terzo o di uno o entrambi i coniugi, del vincolo di destinazione su beni già in proprietà. In entrambe le circostanze la costituzione del vincolo determina un pregiudizio ai creditori personali del costituente.[152]

Ad eccezione di una isolata pronuncia giurisprudenziale l'opinione comune vuole che il vincolo sui beni derivanti dal fondo patrimoniale sia astrattamente opponibile anche ai creditori dei coniugi il cui titolo sia sorto anteriormente alla costituzione del fondo patrimoniale.[153] Diversa sul punto era la disciplina del patrimonio familiare per il quale

---

[152] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* in *Il diritto di famiglia. II. Il regime patrimoniale della famiglia,* trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da G. Bonilini, Torino, 2007, p. 418

[153] L'unica opinione in senso contrario è appunto quella espressa dal Tribunale di Ragusa, 21 dicembre 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2755 e ss. Il Tribunale ha infatti affermato che "la costituzione del fondo patrimoniale in epoca successiva al sorgere del o dei debiti confligge ragionevolmente con il sistema della responsabilità patrimoniale (art. 2740 e 2741 c.c.) per cui non è consentito - in mancanza di dati obbiettivi e coerenti - restringere la difesa dei terzi creditori all'azione per art. 2901 ss. c.c. (che presenta complessi profili probatori). In definitiva, l'inespropriabilità sancita dall'art. 170, cit. va collegata con i crediti successivi alla pubblicità della convenzione matrimoniale".

l'originario art. 169 c.c. disponeva l'inopponibilità del vincolo ai creditori anteriori alla sua costituzione.[154]

La regola differente rende, sotto questo specifico aspetto, più forte la tutela dell'interesse della famiglia rispetto a quanto non avvenisse con il patrimonio familiare.[155] Infatti la mera anteriorità del credito rispetto alla costituzione del fondo non giustifica di per sé l'espropriabilità dei beni vincolati.

Tuttavia non manca un contrappeso, individuabile nella limitazione della inespropriabilità dei beni del fondo solo per quei debiti che *"il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia"* (*cfr.* 170 c.c.).

La costituzione del fondo patrimoniale sembra dunque istituire una classificazione delle obbligazioni garantite che, a prescindere dal tempo in cui sono sorte, è governata dalla inerenza delle medesime allo scopo della destinazione, fatto salvo, in ogni caso, l'affidamento dei creditori.

Questi ultimi sono pertanto suddivisi tra coloro le cui ragioni derivino da un atto inerente ai bisogni della famiglia, coloro che, nonostante vantino pretese relative ad atti estranei ai bisogni della famiglia, al momento della conclusione dell'atto sono all'oscuro della finalità del medesimo, coloro i quali concludono un atto per scopi estranei ai bisogni della famiglia e sono a conoscenza di tale ultima circostanza[156].

Sono dunque esclusi dalla garanzia offerta dai beni del fondo solo i creditori che non possano vantare un titolo connesso con i bisogni della famiglia e siano consapevoli di tale estraneità.

Ove non assistiti da garanzia reale, costoro potranno tutelarsi semmai, in via eventuale e successiva, con l'esperimento dell'azione revocatoria.[157]

E' anzi questo il campo elettivo della giurisprudenza formatasi in tema di fondo

---

[154] Lo ricorda P. G. DEMARCHI, *Fondo patrimoniale,* p. 298,

[155] Deve rilevarsi tuttavia come il resto della disciplina renda, secondo la dottrina maggioritaria, più tenue il vincolo di destinazione impresso ai beni dal fondo. Si veda, in tal senso, M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* Padova, 1996, p. 96.

[156] R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale,* Napoli, p. 229.

[157] *Ex multis* T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* in *Il diritto di famiglia. II. Il regime patrimoniale della famiglia,* trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da G. Bonilini, Torino, 2007, p. 419, P. G. DEMARCHI, *Fondo patrimoniale,* Milano, 2005, p. 304 e ss.

patrimoniale.[158] L'accoglimento di questa azione passa, come noto, attraverso la verifica di alcuni presupposti che variano a seconda della natura gratuita o onerosa dell'atto impugnato. Assai semplificati sono gli oneri probatori che incombono in capo al creditore ove l'atto impugnato sia a titolo gratuito. La giurisprudenza ha finora, senza oscillazioni, optato per la natura gratuita del conferimento dei beni nel fondo, sia che provenga dai coniugi che da un terzo.[159] Alcuni in dottrina ritengono, tuttavia, che l'atto costitutivo del fondo patrimoniale non può essere assimilato in via generale agli atti a titolo gratuito. Si osserva infatti come l'atto di conferimento dei beni nel fondo debba essere considerato a titolo oneroso quando costituisca modalità di adempimento dell'obbligazione di contribuzione dei coniugi, nonché quando "avvantaggia creditori familiari il cui diritto è nato posteriormente alla stipulazione" del fondo "in quanto il credito sorge già garantito; ed infatti detta garanzia è considerata per legge, elemento che influisce sulla stessa concessione del credito"[160]. L'opinione, ancorché isolata, ha il pregio di evidenziare il conflitto - su cui si tornerà in seguito - tra i creditori interessati all'azione revocatoria e i creditori "titolati" che, al contrario, si avvantaggiano dal mantenimento del vincolo.

Venendo ora ad analizzare la disciplina del fondo patrimoniale dal punto di vista prescelto si deve notare che, in base all'art. 170 c.c., il legislatore consente ai coniugi di sacrificare le ragioni di alcuni creditori che, seppure il loro titolo sia anteriore alla destinazione, non potranno soddisfarsi sui beni vincolati ai bisogni della famiglia.

Il costo di questo sacrificio, che il legislatore limita il più possibile mediante il riferimento al ricordato stato soggettivo del creditore, è evidentemente ammesso per il perseguimento di un interesse, oltre che preselezionato dal legislatore, particolarmente rilevante e chiaramente espresso nella Costituzione. Le ragioni di tale gruppo di creditori rimangono affidate, come visto, al positivo esito della azione revocatoria.

Arrivati a questo punto si può tentare un raffronto tra le destinazioni patrimoniali

---

[158] Per un esame delle decisioni in tema di azione revocatoria di fondo patrimoniale si veda A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia,* Bologna - Roma, p. 173 e ss. che nota, alla pagina 175: "La considerazione di carattere generale che può trarsi dal panorama giurisprudenziale è che nel contrasto fra l'interesse della famiglia e l'interesse dei creditori i giudici tendono a dar prevalenza al secondo".

[159] A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia,* p. 121 e ss., T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* p. 417.

[160] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* p. 420.

analizzate.

L'incisività della tutela dei creditori anteriori alla destinazione sembra spaziare da un grado massimo ad uno minimo.

Il grado massimo è rappresentato dalla cessione dei beni ai creditori che, sebbene non sia sicuramente classificabile come patrimonio separato, non è opponibile ai creditori anteriori. Nella scala che stiamo costruendo seguono i patrimoni destinati ad uno specifico affare la cui disciplina, all'art. 2447 *quater* c.c., offre ai creditori lo strumento specifico della opposizione nonché la possibilità di agire sui beni separati fintantoché non sia trascorso il termine indicato dall'art. 2447 *quinques* c.c.

La minore tutela sembra accordata ai creditori dei coniugi o del costituente nel caso del fondo patrimoniale dove ai creditori non titolati anteriori alla destinazione non rimane che agire, quando ne ricorrano i presupposti, in via revocatoria.

Il confronto appena tentato deve essere approfondito. In particolare può essere utile studiare i suddetti istituti raffrontandoli tra loro a coppie. Esaminando congiuntamente la cessione dei beni ai creditori e i patrimoni destinati ad uno specifico affare si nota che in entrambi i casi la destinazione patrimoniale ha un fine economico. Nella cessione dei beni ai creditori la destinazione non mira al migliore svolgimento di una attività da parte del debitore ma, solo, ad una più agevole liquidazione dei beni per il soddisfacimento dei propri creditori. E' evidente allora che una efficacia assoluta del contratto di cessione dei beni nuocerebbe ai creditori non aderenti e anteriori ad esso, causando una lesione della loro garanzia patrimoniale anche sotto il profilo della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 c.c., senza che a ciò corrispondano significativi guadagni all'esercizio dell'autonomia privata del debitore.

Nei patrimoni destinati ad uno specifico affare la separazione è, al contrario, accordata proprio per consentire alla società di svolgere una determinata attività economica abbattendo costi transattivi, fin qui inevitabili, derivanti dalla costituzione di una società controllata[161]. L'alterazione della garanzia patrimoniale è valutata qui in modo strumentale, promozionale dell'attività programmata dalla società che è il centro della fattispecie. Pertanto non può sorprendere che la tutela dei creditori anteriori alla destinazione risulti attenuata rispetto all'art. 1980, 2° comma, c.c. Decorsi i termini di cui all'art. 2447 *quinques* c.c. essi potranno esperire - ma sul punto la dottrina si

---

[161] *Ex multis* P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, p. 259.

ricorderà non è unanime - esclusivamente l'azione revocatoria ordinaria e fallimentare.

Luce ulteriore si guadagna con il confronto della fattispecie di cui agli art. 2447 *bis* c.c. e ss. con il fondo patrimoniale. In quest'ultima ipotesi i creditori anteriori alla destinazione sembrano assai sacrificati in quanto non dispongono di strumenti di tutela preventiva come quello di cui all'art. 2447 *quater* c.c.. Tuttavia non si può fare a meno di notare come nel fondo patrimoniale la destinazione cui possono essere vincolati i beni è preselezionata dal Legislatore che la individua nella possibilità del conferente di destinare, con effetti anche nei confronti dei terzi creditori, parte delle sue sostanze alla cura dei bisogni di una famiglia legittima. Il sacrificio è imposto ai creditori anteriori alla destinazione è giustificato dal rilievo accordato, già sul piano costituzionale, all'interesse perseguito dal fondo patrimoniale. La conclusione appare vieppiù esatta ove si consideri come, a norma dell'art. 170 c.c., i creditori anteriori alla destinazione, il cui titolo sia comunque inerente ai bisogni della famiglia, potranno ugualmente agire sui beni conferiti nel fondo.

Nella ipotesi dei patrimoni di cui all'art. 2447 bis c.c. l'interesse è lasciato, salvi i limiti precisati, alla assoluta discrezionalità della società costituente. A tale atipicità corrispondono, a tutela dei creditori della società, gli strumenti accordati dagli art. 2447 *quater* e *quinques* c.c.

Nelle destinazione patrimoniali in senso proprio il legislatore sembra seguire due modelli di tutela dei creditori. Il primo, caratteristico del fondo patrimoniale, è costituito dalla selezione di un interesse particolarmente pregnante e rilevante sul piano costituzionale. Quando l'interesse della destinazione è lasciato alla determinazione dei privati, l'ordinamento accorda invece ai creditori, un'azione di difesa preventiva[162].

[162] Similmente P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, p. 181-182

Secondo capitolo

La verifica dei confini dell'autonomia privata: la destinazione dei beni allo scopo secondo l'art. 2645 *ter* c.c.

2. Premessa.

L’indagine che si sta qui svolgendo non può che dedicare ampio spazio all’analisi del'art. 2645 *ter* c.c. che, inserito tra le norme che disciplinano la trascrizione degli atti relativi a beni immobili, ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova figura di negozio di destinazione. La disciplina predisposta si rivela invero piuttosto scarna e la avarizia del Legislatore si trasforma in una inevitabile (e necessaria) congerie di soluzioni interpretative che interessano la delimitazione di ogni elemento, strutturale e funzionale, della fattispecie.

Già una prima osservazione della norma rivela infatti che lo sforzo interpretativo chiarificatore deve riguardare la definizione dei soggetti della destinazione, la forma dell'atto, l'oggetto della destinazione, l'interesse destinatorio, la durata e l'intensità del vincolo, le regole di amministrazione dei beni destinati, la funzione della trascrizione.

2.1. La separazione patrimoniale.

L'aspetto della disciplina dell’art. 2645 *ter* c.c. che è balzato per primo all’attenzione dei commentatori è la deroga che la disposizione ha introdotto al regime generale della garanzia patrimoniale generica.

L'art. 2645 *ter* c.c. dispone infatti che *"i beni conferiti e i loro frutti (...) possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo"*.

Sui beni destinati potranno cioè soddisfarsi solo i creditori titolati. Ricorre quindi, nella disposizione in esame, un caso di separazione patrimoniale nella forma della riserva di determinati beni a determinati creditori.

Come è stato opportunamente notato in dottrina, si tratta di una fattispecie di separazione unilaterale; il disponente infatti risponderà dei debiti titolati anche con la

restante parte del proprio patrimonio. La regola contraria dovrebbe essere giustificata da una formale previsione legislativa ulteriormente derogatrice dell'art. 2740 c.c.[163]

E' opinione pure diffusa che l'art. 2645 *ter* c.c. riproduca un sistema di opponibilità del vincolo ai creditori simile a quello previsto dall'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale. Si registra tuttavia una significativa differenza; l'opponibilità del vincolo ai creditori procedenti è subordinata alla concreta consapevolezza da parte di questi ultimi della estraneità del proprio titolo allo scopo del soddisfacimento dei bisogni della famiglia. Nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c. invece il criterio che determina l'opponibilità del vincolo al creditore procedente è la oggettiva estraneità del titolo creditorio alla destinazione dei beni. La soluzione adottata dal legislatore della novella è sicuramente idonea ad evitare molte incertezze probatorie, ma, sotto altro profilo, pone il problema del coordinamento tra la disciplina delle destinazioni patrimoniali già tipizzate dal legislatore e la nuova destinazione atipica: infatti la regola introdotta dall'art. 2645 *ter* c.c. appare più favorevole al conferente di quanto disposto dall'art. 170 c.c. che grava i coniugi dell'onere della prova della conoscenza da parte del creditore della estraneità del proprio titolo ai bisogni della famiglia.

D'altra parte l'art. 2645 *ter* c.c. prevede che il vincolo costituito sul bene sarà opponibile anche ai creditori anteriori alla destinazione.

Parte della dottrina ha in proposito notato come una inopponibilità del vincolo ai creditori anteriori, in analogia a quanto previsto dall'art. 1980 c.c., sarebbe stato anzi auspicabile; ma tale interpretazione, si è notato, contrasterebbe con il dato letterale dell'art. 2645 *ter* che fa espressamente salva la disciplina dell'art. 2915.[164]

---

[163] Così G. OPPO, Relazione alla Tavola rotonda tenutasi presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università di Roma "La Sapienza" il 17 marzo 2006 e ora pubblicata in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 15. Nello stesso senso F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 234. L'A. nota pure come sia da escludere l'operatività di una norma di sussidiarietà come quella prevista dall'art. 190 c.c. a favore dei creditori della comunione; "se si accetta l'idea che la meritevolezza significhi pubblica utilità" il silenzio del legislatore avrebbe qui il significato di un particolare *favor* introdotto per la destinazione (p. 235).

[164] F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 238 che spiega come, giungendo ad una soluzione interpretativa simile alla regola fissata dall'art. 1980 c.c., "il rinvio all'art. 2915 c.c., operato dall'art. 2645 ter c.c., non avrebbe però più senso, almeno per quanto riguarda la separazione patrimoniale, la quale dipenderebbe, sul piano esecutivo, dalla sola trascrizione del contratto di destinazione, perchè tutti i creditori per crediti sorti per prima, prevarrebbero comunque, pur se trascrivessero il pignoramento in un momento successivo, mentre

Pertanto, esclusa tale via interpretativa, l'unica tutela per i creditori rimarrebbe affidata alla azione revocatoria.[165]

Le differenze di disciplina con il fondo patrimoniale consentono di superare il dubbio che, nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c., ci si trovi di fronte ad una mera norma sulla trascrizione di ipotesi di separazione patrimoniale disciplinate altrove sul piano sostanziale[166].

Al contrario, la particolarità della disciplina della garanzia offerta dai beni vincolati ai creditori della destinazione conferma che la disposizione abbia introdotto una nuova fattispecie di patrimonio separato.

Se non bastassero al riguardo le differenze con la disciplina dell'art. 170 c.c. possono ricordarsi anche le norme sulla separazione previste nella disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare o, nel libro delle successioni, del fedecommesso.

Inoltre, che l'art. 2645 *ter* c.c. sia una ipotesi nuova, lo confermano, non solo l' inedita caratterizzazione soggettiva dei beneficiari, ma anche il regime di amministrazione dei beni vincolati palesemente diverso rispetto a quanto disposto dall'artt. 168-169 c.c. e dall'art. 693-694 c.c.

Pertanto la domanda circa i confini della fattispecie acquista un rilievo particolare. La maggiore attenzione della dottrina si è d'altronde soffermata proprio sulla definizione dell'*"interesse meritevole"*che la norma introduce quale criterio scriminate per le destinazioni trascrivibili.

Tale problema è centrale anche nell'ambito di questo lavoro, finalizzato ad indagare i limiti che la autonomia privata incontra nella disposizione di effetti di separazione patrimoniale.

---

i creditori posteriori per crediti non funzionali alla destinazione soccomberebbero sempre, perchè non potrebbero che trascrivere il pignoramento posteriormente".

[165] F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 238. Come si è già notato in altra parte di questo lavoro, secondo l'A. l'esito della revocatoria sarebbe peraltro certo in quanto "in presenza di *periculum damni*, (...) essendo il contratto di destinazione necessariamente a titolo gratuito, non rileverebbe la *partecipatio fraudis* (art. 2901, n. 2 c.c.).

[166] L'ipotesi è presa in considerazione da P. SPADA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 201 che tuttavia la respinge. Un accenno anche in C. SCOGNAMIGLIO, *L'art. 2645 ter c.c. e le mobili frontiere dell'interesse meritevole di tutela*, relazione al convegno di Foggia – Lucera del 30 – 31 marzo 2007, consultata grazie alla cortesia dell'Autore.

2.2. Gli interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 2645 ter c.c.

Il riferimento agli *"interessi meritevoli di tutela"* porta l'indagine sul piano della recezione dell'atto di autonomia da parte dell'ordinamento.

Al fine della *recezione* dell'atto di autonomia il codice civile del 1942 collocava, oltre ad un giudizio *classico* di liceità, un giudizio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti, che, stando alla mera lettera del testo normativo, si sarebbe dovuto riferire ai contratti atipici, che non abbiano cioè "una disciplina particolare".

Conseguentemente sarebbe stato possibile distinguere un giudizio di liceità da uno di meritevolezza degli interessi.

In verità è questa una possibilità tutt'altro che scontata e che nel corso degli anni è stata oggetto di un dibattito a tratti anche vivace e che merita di essere qui, seppur brevemente riportato.

Il sintagma dell' *interesse meritevole di tutela* è un frutto originale del nostro codice da collocare nella linea di tendenza di quest'ultimo a valorizzare il ruolo delle clausole generali e dei concetti normativi indeterminati[167]. Questa discontinuità del codice vigente rispetto a quello del 1865 sarebbe da attribuire, secondo alcuni, al prevalere nella redazione finale di una scuola di pensiero "che sull'onda del modello germanico nazionalsocialista propugnava la sempre più larga utilizzazione delle clausole generali al fine di trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi politici metalegali, elaborati dai rappresentanti del regime fascista."[168]

L'ampliamento anche numerico delle clausole generali fino ad allora conosciute dai giuristi italiani era concepito anche in rispondenza ad una nuova concezione dei limiti della autonomia privata.

Si richiedeva, per sanzionare con la giuridicità l'atto di autonomia, che esso non fosse più solo lecito ma anche idoneo a realizzare funzioni socialmente utili: accanto ai tradizionali limiti negativi alla autonomia privata se ne introducevano dunque di

---

[167] A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto,* Riv. Dir. Civ., 1994, I, p. 799

[168] A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto,* p. 799.

positivi[169].

La caduta del famigerato regime ventennale travolse la maggior parte delle nuove clausole introdotte, quali quelle di ordine corporativo, sentimento nazionale fascista, di correttezza e solidarietà corporativa. Si salvò dall'abrogazione il solo concetto di *interesse meritevole di tutela*[170].

Dal dopoguerra ad oggi si sono susseguite molte opinioni circa il significato dell'espressione. Si può accogliere tuttavia una schematizzazione già proposta anni addietro in dottrina.[171]

Un primo orientamento, cui lo stesso legislatore era tributario, voleva che la regola contrattuale fosse sottoposta ad un controllo diverso e preliminare di quello di liceità e finalizzato ad acclarare la utilità sociale ed economica della stessa.[172]

---

[169] Come nota C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo,* in Trattato del contratto a cura di V. Roppo, vol. II - *Il regolamento,* Milano, 2006, p. 200, tale limite corrispondeva peraltro ad una concezione della causa quale funzione economico - sociale del negozio, non più espressione del senso e della portata degli interessi perseguiti dagli atti di autonomia, ma "tecnica di controllo e di verifica della compatibilità e riconducibilità di quell'interesse alle finalità perseguite dall'ordinamento giuridico"(C. SCOGNAMIGLIO, op. cit. p. 87).L'interferenza dell'art. 1322 2° comma c.c. con i problemi della causa sembra del resto confermata dalla stessa Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, in cui si legge, al n. 613, che "la causa richiesta dal diritto (...) è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, 2° comma, rispondere alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica". In questo senso sono le osservazioni di G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse,* in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, I, 8.

[170] Deve notarsi che non convince pienamente la assimilazione a clausola generale del concetto di *interesse meritevole di tutela*

[171] Si fa riferimento a G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse,* p.1 ss.

[172] Si legge nelle suggestive pagine di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di Vassalli, Torino, 1950, p.48, "se i privati nei rapporti tra loro sono padroni di perseguire, mercè la loro autonomia, gli scopi meglio rispondenti ai loro interessi, l'ordine giuridico resta però arbitro di valutare tali scopi secondo i loro tipi alla stregua della rilevanza sociale così come esso la intende, conforme alla socialità della sua funzione ordinatrice. è ovvio, infatti, che il diritto non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per il conseguimento di qualunque scopo essa si proponga." Poco più avanti l'A. ribadisce e chiarisce il proprio pensiero:"In generale, prima di rivestire il negozio della propria sanzione, l'ordine giuridico *valuta la funzione pratica che ne caratterizza il tipo* e

Le teorie di Betti furono aspramente criticate già negli anni appena successivi alla fine della guerra.

Alcuni sottolinearono come interpretare il sintagma dell'interesse meritevole di tutela come un requisito positivo, ulteriore dalla verifica della liceità del negozio, in generale necessario per la ammissibilità di un negozio atipico avrebbe posto comportato un grave *vulnus* per l'autonomia privata, tanto più evidente quando confrontato con la situazione dei cittadini stranieri alla luce della disciplina dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile.

In base a tale ultima disposizione infatti "in nessun caso (...) le private disposizioni o convenzioni possono aver effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume": l'efficacia nel territorio italiano dei contratti stipulati all'estero, anche da cittadini stranieri, era subordinata alla verifica del rispetto dei limiti generali dell'ordine pubblico e del buon costume.

Un'interpretazione dell'art. 1322, II comma, c.c. come quella suggerita da Betti o dal commento della relazione del Guardasigilli al codice civile avrebbe posto il cittadino italiano in condizione deteriore rispetto al cittadino straniero, determinando la bizzarria di un capovolgimento rispetto alle indicazioni dell'art. 16 delle disposizioni preliminari[173].

---

lo tratta in conseguenza. Le ipotesi possibili sono tre: *a)* o che esso non ne giudichi la funzione degna o bisognosa di tutela: nel qual caso *ignora* il negozio e lo abbandona a se stesso siccome indifferente (...); *b)*o che esso ne giudichi invece la funzione socialmente rilevante e degna di tutela: e allora *riconosce* il negozio e lo prende sotto la sua protezione; *c)* o che, infine lo trovi riprovevole: e allora combatte il negozio rendendo,si, giuridicamente rilevante il comportamento del privato, ma nel senso di provocare effetti contrari allo scopo pratico normalmente perseguito." Anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale,* in Commentario del Codice Civile Scialoja - Branca, Bologna - Roma 1970, p. 43, proponeva per i contratti innominati un controllo ulteriore rispetto a quello di liceità.

[173] Così G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico,* Padova 1961, p. 210 n.1 per il quale non deve assegnarsi "molta importanza all'art. 1322 al. 2 perchè, se lo si interpreta letteralmente, esso provoca questa bizzarra antinomia: che il contratto stipulato tra italiani nel territorio nazionale può essere privato di efficacia col pretesto che non attua interessi degni di tutela, mentre a norma dell'art. 31 disp. prel. non può accadere lo stesso al contratto disciplinato dal diritto internazionale privato. Ora, non potendosi ammettere che il cittadino sia in condizioni peggiori dello straniero (arg. art. 16 al. 1 disp. prel.), l'art. 1322 al. 2 va connesso con l'art. 1343 e deve essere inteso nel senso che le parti possono concludere qualunque contratto innominato avente causa lecita, e cioè non contraria alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume". Recentemente V. ROPPO, *Il contratto,* Milano, 2001, p. 365 sottolinea che “l’idea del

L'obiezione che appare, anche oggi, più convincente stava tuttavia nella constatazione della incapacità da parte degli stessi teorici del giudizio di meritevolezza di rintracciare casi o esempi in cui fosse possibile distinguerlo nettamente dal giudizio di liceità[174].

Tutte le ipotesi suggerite come idonei luoghi di emersione della necessità di distinguere i due giudizi si rivelavano come situazioni ripugnanti per l'ordinamento già in base ai classici criteri di liceità[175].

Inoltre, a voler sostenere a tutti i costi la opportunità di un controllo sugli atti di autonomia che seguisse criteri ulteriori a quelli indicati dall'art. 1343 c.c., si introdurrebbe uno strumento di potenziali abusi, anche ideologici, da parte della giurisprudenza[176].

---

contratto privo di una positiva, specifica utilità sociale vada disapprovato e represso è un'idea illiberale, che corrisponde ad una concezione dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata, in definitiva negatrice dell'autonomia stessa".

[174] G. GORLA, *Il contratto,* I, Milano, 1955, p. 216 e ss. Così anche R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, 10, 2, Torino, 1982, p. 337 i quali notano che "se noi vogliamo che la formula dell'art. 1322 abbia un senso, non dobbiamo cercare esempi nell'area in cui l'interesse della parte urti contro interessi collettivi protetti dal diritto (ivi, il contratto sarebbe contrario all'ordine pubblico o al buon costume), ma nell'area in cui l'interesse è intrinsecamente immeritevole di protezione, per una sua connaturale insignificanza. Beninteso, è poco probabile che casi siffatti cadano davanti ai tribunali.". Tuttavia gli stessi autori propongono altrove una interpretazione diversa (R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto,*I, Torino, 2004, p. 849 e ss.) per la quale l'art. 1322, II comma, c.c., la cui operatività rimarrebbe limitata ai cntratti atipici, "avverte che non sfugge alla nullità colui che, senza costituire il rapporto vietato, conclude un contratto che vuol proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico". In altre parole l'art. 1322, II comma, c.c. svolgerebbe con riferimento ai contratti atipici la funzione di cui è incaricato l'art. 1344 c.c.

[175] G. GORLA, *Il contratto,* I, 218 ss.

[176] Così A. GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.,* in *Riv. dir. Comm.,* 1976,II, p. 322 e ss., P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici,* Milano, 1969, p. 212 ss. G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale,* in *Riv. dir. Comm.,* 1971,II, osserva che "affidare il riscontro della rispondenza ai fini economico sociali nel sistema dell'interesse contrattuale, perseguito dalle parti a parametri quali, appunto, sono quelli della utilità o rilevanza sociale, lungi dal costituire una felice scelta di criteri *oggettivi* ed insieme dinamici, rappresenta l'utilizzazione di criteri generici e imprecisi, attraverso cui il raffronto rischia di porsi tra l'interesse contrattuale e il personale convincimento del giudice su quelli che debbano considerarsi <<fini economico-sociali immanenti al sistema>>. Svincolato da limiti di una normativa specifica che per quanto angusti, posseggono pur sempre il vantaggio di essere certi, il giudice può portare nella individuazione di tali fini

Non vale in tal senso neanche la proposta di interpretare la meritevolezza di cui all'art. 1322 2° comma c.c. quale generale subordinazione dell'azionabilità dei vincoli contrattuali alla loro rispondenza ai fini generali riconducibili al quadro costituzionale[177].

In proposito si deve ancora ricordare che "di regola, i diritti fondamentali corrispondenti ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana, con i quali deve armonizzarsi l'iniziativa economica privata e quindi anche l'autonomia negoziale privata, non hanno efficacia immediata nei rapporti privati"[178]. Perchè la libertà di contratto sia vincolata al perseguimento di valori costituzionalmente rilevanti o l'atto di autonomia sia valutato dal giudice con riferimento ad essi, occorre la necessaria mediazione e specificazione del legislatore[179].

Siffatte considerazioni hanno concorso ad accreditare la proposta, ancora oggi predominante, di far coincidere i criteri dei giudizi di meritevolezza e di liceità[180], pure

---

e quindi nelle sue decisioni, tutto il peso della sua ideologia, (...), dei suoi estri personali, della sua conoscenza di cose giuridiche ed economiche, con un'arbitrarietà che certo non deve essere consentita a chi, sia pure in relazione alle cose di questo mondo, deve dare giustizia a coloro che giustizia domandano".

[177] Così M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1975, p. 98 per il quale "l'interesse sociale emergente nell'ordine costituzionale (...) opera sul piano dell'ordinamento e su quel piano può reagire sulla causa in concreto dell'atto determinandone l'illiceità in quanto l'interesse con questo perseguito sia con esso contrastante. I dubbi (...) sulla opportunità di rimettere al giudice la valutazione di meritevolezza non sembrano determinanti. Sia perchè deve dubitarsi *(...)* che il giudizio di non contrarietà ai fini individuati dalla costituzione sia fondato su parametri più generici e imprecisi di altri criteri diffusi nell'ordinamento sia perchè quella tesi si risolve in una limitazione dei poteri del giudice che contrasta con i dati ricavabili dal sistema". F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata,* Napoli, 1970, p. 171 il quale tuttavia, alle p. 178-179, intende la solidarietà costituzionale come lo strumento attraverso cui "(...) nella disciplina contrattuale, l'ordinamento giuridico *(...)* intende essenzialmente richiamare i soggetti al rigoroso rispetto delle finalità che giustificano il riconoscimento della autonomia privata, quale impegno responsabile alla creazione di valori produttivi".

[178] L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 1997, p. 3.

[179] Così sempre L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica,* in *Studi in onore di Alberto Asquini,* III, Padova, 1965, p. 1090 per il quale i limiti alla autonomia privata derivanti da direttive generali di giustizia e di progresso sociale "(...) possono incidere concretamente nella configurazione dei diritti soggettivi privati solo nella misura in cui siano individuati e resi apprensibili dalla coscienza dei singoli attraverso specifici atti di legislazione dello Stato".

[180] Tra i sostenitori di questo orientamento teoria si veda E. ROPPO, *Contratto,* in *Digesto delle*

se non sono mancate nel corso degli anni interpretazioni tese a recuperare una autonomia precettiva all'art. 1322, II comma, c.c.[181].

Questa conclusione cui sembra essere definitivamente approdato il dibattito sull'art. 1322, II comma, è stata considerata inevitabile da parte di alcuni autori anche con

---

discipline privatistiche, sez. civile, Torino, 1989, Vol. IV, p.118 per il quale "poiché l'insieme degli interessi che il contratto mira a realizzare costituisce la ragione giustificativa del contratto, e cioè la sua causa, quella formula *(interessi meritevoli di tutela n.d.r.)* significa che i contratti atipici devono avere una causa, e che la loro causa deve essere lecita". Dello stesso pensiero anche G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1955, p.199 ss., nonché G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, p. 1 ss., il quale (p.14) precisa tuttavia che l'art. 1322, 2° co, non sarebbe tuttavia un doppione dell'art. 1343 c.c. in quanto "il primo afferma l'esigenza di meritevolezza e il secondo individua i criteri di questa meritevolezza". Sul punto si veda anche V. Roppo, *Il contratto,* Milano, 2001, p. 425: " *(…)* non è impossibile attribuire all'art. 1332 2° comma un autonomo senso. Muovendo dal presupposto che le norma imperative e le regole di ordine pubblico e di buon costume di solito sono riferite in prima battuta ai contratti tipici, la norma ha il senso di avvertire che la loro osservanza non può essere elusa solo perché le parti, anziché concludere il contratto tipico di riferimento, concludono un contratto aitpico produttivo di analoghi risultati giuridico-economico".

[181] Meritano di essere ricordate in tal senso l'opinione di F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Riv. Dir. Civ., 1978, I, 62, il giudizio di meritevolezza dovrebbe mirare a verificare "l'idoneità in astratto dello schema" atipico adoperato "[il quale dovrà rispettare le norme poste dalla legge in tema di procedimento di formazione dell'accordo (modi e forme), cioè di procedimento di creazione dello *strumento* contrattuale], nonché effettiva intenzione dei contraenti di assoggettare il rapporto privato alla normativa legale, nel senso di creare un vincolo personale coercibile secondo i principi giuridici". Di tutt'altro segno la tesi di R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale,* in *Contr. impr.*, 1985, p. 333 ss. che mira a valorizzare l'art. 1322, 2° comma, c.c. nella prospettiva di controllo della congruità delle prestazioni tra le parti. Sul punto tuttavia nota A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto,* Napoli, 2003, p. 331., che tale conclusione "risulterebbe (...) in contrasto con le scelte operate dal nostro ordinamento, il quale attribuisce rilevanza allo squilibrio contrattuale soltanto in ipotesi specifiche, connotate dalla presenza di ulteriori requisiti espressamente previsti dalla legge, e pertanto esclude che esso possa divenire criterio da solo sufficiente a decidere della validità dell'atto". L'A. osserva, *ult. op. loc. cit. n. 83,* che "da questo punto di vista le norme che disciplinano la rescissione, le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, gli interessi usurari e l'abuso di dipendenza economica concorrono tutte a dimostrare l'insufficienza, ai fini della invalidità contrattuale, della mera sproporzione o iniquità delle condizioni pattuite dalle parti". Sulla ininfluenza del semplice squilibrio economico tra le prestazioni sul giudizio di meritevolezza e sulla validità dell'atto si veda anche M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale,* in *Contr.e Impresa* 1987, 423 ss.

riferimento al giudizio di meritevolezza cui l'art. 2645 *ter* c.c condiziona la trascrivibilità e dunque la opponibilità ai terzi del negozio di destinazione. Se questa fosse la corretta interpretazione della norma la formulazione dell'art. 2645 *ter* c.c. porrebbe l'interprete di fronte ad un *anticlimax* etico[182]: dopo l'indicazione per la destinazione di alti obbiettivi solidaristici (tutela dei disabili ed interessi affidati alla cura della pubblica amministrazione) la disposizione in esame consentirebbe ai privati di perseguirne, alternativamente, anche altri da individuare pressappoco *ad libitum*[183]. Ad ogni modo, tale interpretazione non ha trovato, in generale, l'approvazione di parte della giurisprudenza e molti autori in dottrina che, più sensibili alle ragioni di tutela del credito, propongono di distinguere il giudizio di meritevolezza ex art. 2645 *ter* c.c. dal giudizio di liceità di cui all'art. 1343 c.c.[184].

---

[182] Circostanza questa rilevata anche da P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano 2007, p.126

[183] In questo senso G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.),* in *Riv. Dir. Civ.,* 2007, I, p. 2, G. FANTICINI, *L'art. 2645 - ter del codice civile: "Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche",* in AA.VV., *La protezione dei patrimoni,* a cura di M. MONTEFAMEGLIO, Maggioli Editore, 2006, p. 337, P. MANES, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti,* in *Contratto e Impresa,* 2006, 626 ss., F. PATTI, *Gli atti di destinazione e Trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.,* in *Vita Notarile* 2006, p. 986. Parzialmente adesiva in tal senso l'opinione di G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi,* p. 77, per il quale il giudizio di meritevolezza dell'interesse è qui "essenzialmente un giudizio di ragionevolezza del disporre" ma è assolutamente inconsistente "ogni tentativo, volto a ridurre l'ambito di applicabilità dell'art. 2645 *ter* c.c., facendo leva su esigenze solidaristiche, al soddisfacimento delle qualil'esercizio del potere di autonomia dovrebbe ritenersi subordinato". In giurisprudenza si veda Tribunale di Reggio Emilia, 26 marzo 2007, nonché Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007, entrambe in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 419 e ss..

[184] Per una sintesi efficace delle posizioni espresse dalla dottrina a riguardo si vedano A. FUSARO, *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 - ter c.c.,* in AA.VV. *Negozio di destinazione percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, 2007, p. 32 e ss, e M. CINQUE, *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale,* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 2007, p. 526 ss. Per F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-TER C.C,* p. 166, il sintagma in esame andrebbe qui inteso come il requisito della pubblica utilità un tempo necessario per il riconoscimento delle fondazioni. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso*

un'espressione sicura dell'autonomia privata, Milano 2007, p.126, valorizzando la parte della norma che si riferisce a persone con disabilità e a pubbliche amministrazioni, ritiene che interessi meritevoli di tutela ai fini dell'art. 2645 *ter* c.c. siano solo quelli di natura più squisitamente solidaristica; M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, p. 16 suggeriscono a tal fine "per evitare arbitri e sbandamenti" di "agganciare la meritevolezza dell'interesse ad ipotesi già selezionate dall'ordinamento per sostenere un vincolo di destinazione reale". Non sembra invece trovare particolare favore tra gli interpreti, R. QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. e Impresa*, 2006, 1760, la possibilità di costituire un vincolo di destinazione ai fini di impresa, anche se, secondo G. DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. Dir. Civile*, 2007, p. 506 "(...) è agevole prevedere nuovi e, forse, inaspettati fronti operativi, e interessanti ricadute applicative" dell'art. 2645 *ter* c.c. "soprattutto sul versante di una maggiore dinamica nella gestione della piccola media impresa". Sul piano generale M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto di destinazione negoziale*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* a cura della stessa autrice, Milano, 2007, p. 32, precisa che intendere la meritevolezza non quale mera liceità ma come punto di equilibrio tra le finalità destinatorie e la tutela del credito pone la norma in "coerenza sistematica con le altre discipline della destinazione in cui il legislatore ha operato a monte una selezione degli interessi". Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *L'art. 2645 – ter c.c. e le mobili frontiere dell'intere meritevole di tutela*, relazione al Convegno di Foggia – Lucera del 30- 31 marzo 2007, consultata grazie alla cortesia dell'Autore, la meritevolezza ex art. 2645 ter farebbe riferimento "ad un profilo di abusività di esercizio del potere di autonomia che è stato riconosciuto al disponente", il quale potrebbe stipulare negozi di destinazione solo per il perseguimento di obbiettivi inscrivibili nell'area della solidarietà costituzionale. Alcuni, R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.*, in *Contr. e Impresa*, 2007, p. 241, A. DE DONATO, *Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili*, in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano 2007, p. 255, G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 - ter c.c.*, p. 134 e V. SCADUTO, *Gli interessi meritevoli di tutela: "autonomia privata delle opportunità" o "autonomia privata della solidarietà"*, in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano 2007, p. 115, avvertono di svolgere il giudizio di meritevolezza in due fasi: la prima avrebbe ad oggetto l'interesse astrattamente considerato, la seconda invece valuterebbe "l'adeguatezza dello strumento al fine, ossia la adeguatezza della organizzazione della destinazione"(cfr. V. SCADUTO, *ult. loc. op. cit.*). Ambigua la posizione assunta, in un *obiter dictum*, dal Tribunale di Trieste, decreto 7 aprile 2006, in Foro Italiano, 2006, *I*, 1935; il giudice, rifiutando l'intavolazione di un *trust* per la mancata indicazione, nella relativa domanda, degli scopi perseguiti dalle parti, rileva come tale indicazione sia necessaria in quanto compito del giudice è quello di vagliare la meritevolezza dello scopo perseguito dalle parti e che "il giudizio di meritevolezza andrebbe configurato nel mero esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume". Tuttavia, nel proseguo della motivazione, tale conclusione è contraddetta. Infatti, dopo aver rilevato di non poter convertire il negozio di *trust* in esame, nullo per difetto di causa, nel negozio di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c, critica tale ultima disposizione che

La opportunità di non lasciar schiacciare, anche nell'art. 2645 *ter* c.c., il giudizio di meritevolezza da quello di liceità appare evidente alla luce non solo della lettera della disposizione[185] e dei lavori preparatori[186], ma anche in considerazione della funzione

---

rappresenterebbe "una chiara anomalia del sistema, se è vero che mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità mercé il semplice rispetto della convenzione e del disposto dell'art. 16 l. n. 218 del 1995 (limite dell'ordine pubblico), invece il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse". Secondo Tribunale di Cortina d'Ampezzo, 22 marzo 2006, in *Professione & Trust,* 2006, invece è "limitato il campo di applicazione della innovazione legislativa, invero destinata a costituzione di patrimoni destinati alla tutela di interessi riferibili al settore sociale nelle sue varie esplicazioni (ricerca scientifica, cura di persone disabili, tutela della cultura, dell'ambiente e simili)". Più recentemente si veda, per un mutamento di indirizzo nel senso qui difeso, Tribunale di Trieste, giudice tavolare, 19 settembre 2007, è pubblicato in *Trust e attività fiduciarie,* 2008, p. 42 e ss.

[185] In questo senso M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione,* Milano, 2006, p. 16 per i quali "se la nozione di meritevolezza fosse semplicemente quella generale dell'art. 1322, 2° comma, c.c. ancorata ai confini della sola liceità, non si spiegherebbe la costruzione sintattica della norma, la sequela dei soggetti ivi menzionati e la testuale previsione della meritevolezza". P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* p. 127, ritiene tuttavia che "dove la separazione è già stata concessa solo in funzione di interessi dalla legge identificati e nel rispetto di procedure dalla legge articolate, un interesse equivalente non deve giustificare una separazione attraverso la tecnica *omnibus* "atto pubblico + formalità"". Una lettura attenta del testo della disposizione è quella di A. NICOLUSSI, *I diritti della persona nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto,* testo dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'Autore, p. 7, che nota come "il sintagma degli interessi meritevoli di tutela è utilizzato autonomamente, prima del richiamo all'art. 1322, co. 2, sicché già per questo si è autorizzati a ritenere che esso abbia un significato diverso"; l'A. ritiene che il richiamo dell'art. 1322, II comma, c,c, "potrebbe reputarsi semplicemente riferito al profilo di atipicità che l'atto di destinazione assumerà non rientrando tra i tipi previsti dagli art. 1470 e s. c.c. e potendo non configurarsi necessariamente come una donazione. In altri termini, il negozio di destinazione può costituire un atto di disposizione unilaterale, il quale però, vista l'inaccoglibilità nel nostro ordinamento di nuda acta o pacta de dominio transferendo, neccesita di una causa, ossia appunto la tutela di soggetti deboli prevista dallo stesso art. 2645 ter".

[186] Informa G. FANTICINI,*L'art. 2645 - ter del codice civile,* p. 346, che da opposti schieramenti erano state rivolte critiche serrate alla norma definita "una mina al sistema delle garanzie ed all'intero sistema dei contratti ed all'intero sistema dei contratti come costruito nel codice civile (On. Bonito)", e bisognosa di essere "valutata alla luce del generale principio di cui all'art. 2740 del codice civile (...)" proprio in quanto capace "di compromettere il sistema delle garanzie generali attualmente previste dal codice civile (On. Pecorella)".

che la novella assolve nell'economia del sistema; l'art. 2645 *ter* c.c. ha infatti introdotto rilevanti novità in tema di separazione patrimoniale, proprietà fiduciaria e libera circolazione dei beni[187].

Del resto la stessa equivalenza funzionale tra *interessi meritevoli di tutela* ex art. 1322, II comma c.c., e liceità della causa ex art. 1343 c.c. deve essere chiarita.

E' un dato acquisito che, come si notava già nel dibattito sorto nel secondo dopo guerra, sul piano generale non vi è ragione, né concreta possibilità, per distinguere tra un giudizio di illiceità ed uno di *immeritevolezza*. Gli stessi esempi portati dalla Relazione Ministeriale al Codice civile e dalla dottrina di riferimento sono per lo più casi di scuola, insuscettibili come tali di concreto riscontro, o ipotesi che di per sé sarebbero sanzionate dall'ordinamento perché illecite.

Tuttavia, talvolta negozi in linea di principio illeciti, come per esempio patti che impongano vincoli alla libera attività di un soggetto o alla libera gestione di un bene, sono eccezionalmente ammessi al ricorrere di determinate condizioni tra le quali il ricorrere di "un particolare interesse del promissario"[188].

Tali patti "sono in linea di principio nulli perché socialmente dannosi o *contra legem* (e non semplicemente perché socialmente futili), la legge talvolta ammette che simili imposizioni possano diventare valide, quando vi sia una particolare utilità, valutata da un punto di vista oggettivo e non da quello strettamente soggettivo (cosidetto capriccio o vanità). Questa utilità viene a bilanciare il pregiudizio, che la società subirebbe dando esecuzione a quelle promesse, e rende valide delle imposizioni di vincoli che altrimenti sarebbero nulle perché illecite".

Solo in questi casi, quando cioè si ammette un negozio altrimenti illecito, la sussistenza

---

[187] G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 - ter c.c.,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano 2007, p. 132. M. BIANCA, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, p. 38 ritiene tuttavia che l'inalienabilità dei beni non sia una conseguenza necessaria della destinazione ma possa conseguire solo ad una espressa indicazione del conferente, dovendosi tuttavia in ogni caso, rispettare il disposto dell'art. 1379 c.c.

[188] G. GORLA, *Il contratto*, I, p. 213 e ss. L'A. si riferisce in particolare a quattro categorie di patti: 1) accordi fra i produttori o gli industriali aventi ad oggetto di alterare le condizioni del mercato o di monopolizzarlo, 2) "contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da una attività produttiva", 3) contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, all'esplicazione sterile della propria attività personale", 4) "contratti mediante i quali alcuno consenta, dietro compenso, ad una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua disposizione".

di un interesse individuale che coincida con una utilità sociale assurge a requisito per la tutela del negozio. Se *normalmente* dunque il giudizio di meritevolezza opera come un limite negativo alla autonomia privata, nei casi sopra detti esso vuole verificare la presenza di un vero e proprio requisito strutturale della fattispecie generalmente sanzionata di invalidità e solo eccezionalmente ammessa.

Sotto tale profilo può dunque dirsi che l'art. 2645 *ter* c.c. si ponga in continuità con il sistema: la sussistenza di un interesse qualificato, inteso - lo si ripete - quale requisito strutturale della fattispecie, rende possibile il prodursi di effetti che altrimenti sarebbero considerati indisponibili per la autonomia privata.

Parte della dottrina ha tuttavia segnalato una differenza significativa rispetto alle ipotesi sopra considerate. Se quest'ultime infatti, come insegna Gorla, sono atti di autonomia senz'altro invalidi, gli atti di destinazione sono invece negozi del tutto validi. La strutturalità del requisito di meritevolezza dell'interesse opera quindi, più che sul piano della validità del negozio, su quello differente della disponibilità di effetti altrimenti preclusi all'autonomia privata[189].

E' forse più calzante, con riferimento all'art. 2645 *ter* c.c., il confronto, che parte della dottrina aveva già proposto, tra tale procedimento e quanto previsto dalla art. 1027 c.c. per il riconoscimento delle servitù[190].

---

[189] A. NICOLUSSI, *I diritti della persona nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto,* p. 7, n. 23

[190] Confronto operato già da G. GORLA, *Il contratto,* I, p. 218 n. 26, il quale tuttavia nota come nel caso della servitù atipica venga verificata la sussistenza di una utilità a vantaggio di un fondo, mentre, nelle pattuizioni sopra esaminate, l'utilità deve essere valutata con riferimento ad un individuo e "forse più largamente" . Sull'utilità per il fondo dominante quale limite alla autonomia privata nella conformazione del diritto di servitù si veda, più recentemente, P. VITUCCI, *Servitù prediali,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civile,* XVIII, Torino, 1998, p. 500: "Quando invece sia stata accolta, come l'ha accolta il sistema vigente, l'idea di uno schema generale di servitù, suscettibile di contenuti diversi e configurati volta per volta dai contraenti, allora l'esigenza di moderare la diffusione di un effetto giuridico-economico gravoso e ingombrante entra in contrasto con la libertà di determinare quei contenuti e si traduce in un vaglio, più o meno severo, cui l'intento perseguito dalle parti è sottoposto dall'interprete. All'apprezzamento dell'interprete la legge indica un criterio di portata generale: il requisito dell'utilità per un fondo. Il criterio così indicato manifesta allora la propria finalità, che è quella di una condizione specifica dettata dalla autonomia dei privati (e in generale alla costituzione della servitù). In base all'esame dell'utilità si decide se l'interesse delle parti possa essere realizzato con lo strumento della servitù o con uno strumento diverso".

Infatti anche nelle servitù, non è sufficiente, perché il diritto sorga, la mera liceità dell'impegno assunto dal titolare del fondo dominante.

Come è noto, la costituzione di una servitù è subordinata alla sussistenza di una *utilitas*, per il fondo dominante, del peso imposto al fondo servente.

Il concetto di *utilitas* è stato ricostruito tradizionalmente quale "rapporto funzionale tra il contenuto della servitù ed il godimento del fondo dominante"[191]. Il tratto caratteristico del diritto di servitù è dunque la rilevanza di un rapporto tra i due fondi prima che tra i due titolari[192].

Come è stato opportunamente notato, l'*utilitas* non è, tuttavia, il contenuto del diritto di servitù ma la "ragione giustificativa" per la quale essa sorge, "la funzione della servitù medesima"[193].

Il diritto di servitù sorge "a condizione che sussista l'utilità oggettiva del fondo dominante rispetto al contenuto della servitù", tanto che il contenuto medesimo del diritto "può essere più o meno limitato dalla maggiore o minore *utilitas* del fondo dominante"[194].

Si deve peraltro notare che l'*utilitas* presupposta dal diritto di servitù coincide con un interesse che deve "riferirsi non alla sola persona di chi acquista il diritto, ma ad esigenze che vadano oltre quella persona"[195].

---

[191] Con queste parole si esprime S. PALAZZOLO, *Servitù (dir. civ.),* in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 11. Nello stesso senso G. GROSSO in G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali,* I, Torino, 1963, p. 116 per il quale "la servitù dà incremento alla utilizzazione del fondo dominante, sempre come tale, cioè come utilizzazione del fondo; essa deve essere dunque strumentale all'utilizzazione del fondo dominante".

[192] Si veda, in particolare, G. GROSSO in G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali,* I, p. 116, quando nota che "naturalmente i fondi, come tutte le cose, vengono in considerazione nel diritto come beni, per l'appetibilità che essi presentano per gli uomini; destinatario dell'utilità è sempre l'uomo, e quindi parlare di vantaggio, di utilità un fondo, non ha senso se non in funzione di un soggetto a cui vanno le utilità di quel fondo. Ma non basta che un diritto su un fondo giovi al proprietario, in quanto tale, di un altro fondo, o anche che ne possano godere coloro che hanno il diritto di godere di questo, perchè si abbia una servitù. Che il diritto sia stabilito per l'utilità di un fondo, significa qualcosa di più; se in defintiva tutte le utilità vanno alla persona, il dire che la servitù deve essere utile al fondo, significa dire che l'utilità giunge alla persona attraverso il godimento del fondo, trasfusa in questo, parte integrante di esso".

[193] M. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990 p. 290.

[194] M. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.),* p. 291.

[195] P. VITUCCI, *Servitù prediali,* p. 501.

Quando tale requisito difetti il vincolo pattizio tra i proprietari dei due fondi potrà produrre effetti meramente obbligatori [196].

Infatti, la fedeltà del legislatore a siffatto concetto di *utilitas* ha determinato, come conseguenza, il rifiuto dell'accoglimento delle c.d. servitù irregolari o personali, intese come limitazioni al diritto di proprietà su un fondo, non a vantaggio di un altro fondo, ma a beneficio di una persona[197].

La breve analisi della disciplina delle servitù, insieme alla ripresa delle acute considerazioni di Gorla, ci ha mostrato come sia tutt'altro che estraneo all'ordinamento la subordinazione di un effetto o della stessa validità del negozio alla verifica della sussistenza di un interesse e del suo apprezzamento, o, come nel caso del diritto di servitù, ad un elemento comunque ulteriore rispetto a quelli di cui all'art. 1325 c.c..

Tale conclusione è peraltro suffragata, sul piano positivo, anche altre disposizioni, tra cui gli artt. 1379 e 1411 c.c[198].

Si consideri tuttavia che, a differenza di tali ultimi istituti e più similmente al diritto di servitù, i negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. producono effetti che si riflettono oltre l'ambito soggettivo delle parti dell'atto. Ciò non può che avvenire in virtù di un interesse la cui apprezzabilità si estenda oltre la sfera soggettiva delle parti del negozio[199]. È questa infatti, come si è visto, la tendenza dell'ordinamento quando

---

[196] M. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.), ult. loc. cit.* Nello stesso senso P. VITUCCI, *Servitù prediali*, p. 496 e ss.

[197] Lo sottolinea M. COMPORTI, *Servitù (dir. priv.)*, p. 291.

[198] Il riferimento agli art. 1379 c.c. e 1411 c.c., tuttavia, incontra il limite derivante dalla circostanza che, in tali casi l'alternativa è tra la invalidità del patto e validità con meri effetti obbligatori. Inoltre, altro ostacolo è dato dalla scarsa elaborazione, tanto dottrinale che giurisprudenziale, dei concetti di interesse nelle due disposizioni. Si veda, con riferimento all'art. 1379 c.c., in particolare A. FUSARO, *Patto di non alienare*, in *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, Torino, 1995, p. 320: "L'apprezzamento dell'interesse idoneo a rendere azionabile il patto di non alienare rimane imprigionato entro definizioni generiche. Si ha la sensazione che possa fondamentalmente estendersi la (…) conclusione formulata in margine all'interesse dello stipulante, e cioè che esso venga semplicemente presupposto". Diversamente F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, p. 63 ritiene che "il giudizio di apprezzabilità dell'interesse al divieto si traduce cioè nella valutazione della utilità dallo stesso prodotta. E tale apprezzabilità va debitamente provata in giudizio dalla parte interessata alla validità del divieto perché quest'ultimo influisce su un <<valore>> - alla autonomia di disposizione del proprietario – in via di principio garantito e protetto dalla legge del tempo."

[199] In una prospettiva di analisi economica del diritto G. ROJAS ELGUETA, *Il rapporto tra l'art. 2645 ter*

l'effetto di separazione patrimoniale è reso disponibile dall'autonomia privata. La testimoniano la disciplina del fondo patrimoniale, il fedecommesso assistenziale, l'art. 1881 c.c., l'art. 2117 c.c. Anche nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c. la penetrazione dell'autonomia privata nell'area della garanzia patrimoniale è giustificata dalla presenza di un interesse metaidividuale.

Da tale punto di vista, si vuole ricordare che la dottrina italiana ha già da tempo chiarito come effetti contrattuali possano prodursi in capo a soggetti tra loro estranei in un'ottica negoziale proprio in forza del principio di solidarietà costituzionale.[200] Si trattava, ovviamente, di una conclusione propria di una prospettiva ordinamentale fortemente eteronoma. Era l'ordinamento, cioè, che determinava, prescindendo da qualsiasi manifestazione di volontà, il sorgere del vincolo tra determinati soggetti. Con riferimento ai negozi di destinazione il problema oggi si pone in modo differente. Quello che i negozi di destinazione pongono in primo piano è infatti la produzione di effetti pregiudizievoli per soggetti terzi rispetto all'atto, questa volta ad opera della medesima autonomia privata.

Ciò potrebbe allora più facilmente ammettersi ove l'autonomia privata si indirizzi, non già verso il perseguimento di interessi i cui riflessi rimangano all'interno della cerchia dei paciscenti, ma verso la realizzazione di un programma suscettibile di particolare apprezzamento sociale, in quanto attuativo del programma solidaristico sancito dall'ordinamento costituzionale.

Ciò che, con riferimento all'art. 2645 *ter* c.c., desta imbarazzo tra gli interpreti è l'utilizzazione da parte del legislatore del vago sintagma degli *"interessi meritevoli di tutela"*.

Infatti, con la norma in esame, il legislatore forgia una figura, quella dei negozi di destinazione, sin qui oggetto solo di speculazione dottrinaria.

Quello che manca è la sedimentazione dell'esperienza che aiuti a concretizzare il senso

---

c.c. e l'art. 2740: un'analisi economica della nuova disciplina, in *Banca Borsa Titoli di credito,* 2007, I, 2007, p. 185 e ss. ed in particolare p. 215 nota che"al fine di bilanciare i costi sociali prodotti dall'art. 2645- *ter* c.c. si dovrebbe ritenere necessario che l'interesse realizzato dal disponente non sia semplicemente meta individuale, ma sia di carattere superindividualistico, cioè tale da proiettare le sue esternalità positive sulla collettività dei consociati".

[200] Sul punto si veda per tutti C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano, 1979, p. 248 e ss. e p. 294 in particolare.

della clausola. Del resto, l'interpretazione che si sta proponendo mostra sicuramente alcune debolezze, a partire dalla opportunità di affidare la valutazione della meritevolezza ad un concetto particolarmente elastico come quello della solidarietà, che si presterebbe, senza dubbio, a soluzioni ondivaghe.

Non sembra tuttavia del tutto sostenibile, in alternativa, una interpretazione del sintagma "interessi meritevoli (…) ai sensi dell'art. 1332, secondo comma, c.c.", che parta dalla collocazione della disposizione nel libro sesto, tra le norme che disciplinano la trascrizione. La constatazione di questa circostanza potrebbe autorizzare a ritenere che l'art. 2645 *ter* c.c. sia norma esclusivamente sulla trascrizione, volta a consentire la trascrizione di destinazioni patrimoniali magari previste da leggi speciali[201]. Non mancherebbe – seguendo tale interpretazione – una portata normativa per la disposizione in commento: parte della dottrina ha, infatti, riconosciuto nell'art. 2645 ter c.c. la norma idonea ad autorizzare la trascrizione dei vincoli di destinazione previsti dal codice dei beni culturali[202].

Il primo ostacolo a questa interpretazione restrittiva è che l'art. 2645 *ter* c.c. non è norma esclusivamente sulla trascrizione. Essa introduce – inequivocabilmente - una destinazione patrimoniale inedita: quella in favore di disabili o di pubbliche amministrazioni.

Tale destinazione inedita si differenzia, come si è già visto, dalle altre ipotesi tipiche, per una particolare disciplina dell'atto, del termine di durata, della responsabilità patrimoniale, dell'amministrazione dei beni.

Sicché, a voler conciliare questo dato con la interpretazione criticata, si finirebbe per

---

[201] L'ipotesi, come si ricorderà, è presa in considerazione, seppur criticamente da P. SPADA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 201.

[202] Si veda, in tal senso, G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 323. L'A nota inoltre, già all'esordio del suo saggio (p. 321), che "una lacuna del vigente sistema di pubblicità immobiliare era senz'altro avvertibile prima che con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51, fosse inserita nella disciplina della trascrizione la nuova disposizione dell'art. 2645 *ter* c.c.. Il sistema non prevedeva, invero, la segnalazione pubblicitaria dei vincoli di destinazione eventualmente gravanti la proprietà dei beni immobili: non prevedeva, per usare un'espressione meno equivoca, la pubblicità di atti modificativi dell'ordinario contenuto del diritto di proprietà". È da segnalare, tuttavia, che lo stesso A. non esaurisce nell'ambito della trascrizione la portata della disposizione, riconoscendo in essa una norma di natura sostanziale.

riconoscere nell'art. 2645 *ter* c.c. due precetti distinti. Uno costitutivo di una nuova ipotesi di destinazione nominata, un altro di completamento, sul piano della disciplina della trascrizione, di ipotesi di destinazione patrimoniale già previste.

A respingere tale ipotesi sta, tuttavia, anche l'andamento unitario dell'art. 2645 *ter* c.c.: un unico comma per due periodi.

Al contrario, una proposta ricostruttiva può procedere proprio da una valorizzazione della lettera della disposizione in esame.

L'art. 2645 *ter* c.c. consente infatti la trascrizione di negozi di destinazione diretti *"alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c."*.

La norma pone in primo piano, come evidente, la cura di interessi di soggetti deboli, quali possono essere considerati i disabili, o di rilevanza pubblica (quali quelli *"riferibili alla pubblica amministrazione"*).

Il successivo riferimento ad *"altri enti o persone fisiche"* non vale quale norma di apertura incondizionata a qualsivoglia destinazione.

L'apertura che la norma opera è rispetto alle caratteristiche soggettive dei beneficiari: qualsiasi interesse di valore solidaristico o di rilievo generale è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. anche ove non sia concretamente riferibile ad un disabile o ad una pubblica amministrazione.

La concretizzazione del sintagma potrebbe giovarsi – secondo alcuni - dell'ausilio interpretativo dell'art. 2 del d. lgs. 24 marzo 2006 n. 155 (*Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*), che determina il concetto di utilità sociale[203] rilevante per la qualificazione di un impresa come sociale[204].

---

[203] "Art. 2 *(Utilità sociale).* 1. Si considerano beni e servizi di utilità sociale quelli prodotti o scambiati nei seguenti settori: a) assistenza sociale, si sensi della legge 8 novembre 2000, n. 328, recante legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali; b) assistenza sanitaria, per l'erogazione delle prestazioni di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 29 novembre 2001, recante <<Definizione dei livelli essenziali di assistenza>>, e successive modificazioni, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 33 dell'8 febbraio 2002; c) assistenza socio-sanitaria, ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 14 febbraio 2001, recante <<Atto di indirizzo e coordinamento in materia di prestazioni socio sanitarie>>, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 129 del 6 giugno 2001; d) educazione, istruzione e formazione, ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53, recante delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale; e) tutela

Il riferimento a tale norma è suggestivo se si considera che il d.lgs. 155/2006 accorda alle c.d. imprese sociali particolari benefici tra i quali, all'art. 6, un regime di separazione patrimoniale che prescinde dalla forma giuridica assunta dalla impresa.

L'art. 6 del d.lgs. 155/2006 dispone infatti che *"salvo quanto già disposto in tema di responsabilità limitata per le diverse forme giuridiche previste dal libro V del codice civile, nelle organizzazioni che esercitano un'impresa sociale il cui patrimonio è superiore a ventimila euro, dal momento della iscrizione nella apposita sezione del registro delle imprese, delle obbligazioni assunte risponde soltanto l'organizzazione con il suo patrimonio".*

Il significato del testo suddetto è stato sciolto dalla dottrina nel senso che, rispettati i limiti quantitativi richiesti, risponderanno delle proprio obbligazioni con il solo proprio patrimonio anche quelle imprese che assumano la veste giuridica di società di persone o di associazione non riconosciuta, enti questi ultimi che, come noto, prevedono un regime di responsabilità personale illimitata[205].

---

dell'ambiente e dell'ecosistema, ai sensi della legge 15 dicembre 2004, n. 308, recante delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, con esclusione delle attività, esercitate abitualmente, di raccolta e riciclaggio dei rifiuti urbani, speciali e pericolosi; f) valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; g) turismo sociale, di cui all'art. 7, comma 10, della legge 29 marzo 2001, n. 135, recante riforma della legislazione; h) formazione universitaria e post-universitaria; i) ricerca ed erogazione di servizi culturali; formazione extra-scolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo; l) formazione extrascolastica, finalizzata alla prevenzione della dispersione scolastica ed al successo scolastico e formativo; m) servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano un'impresa sociale. 2. Indipendentemente dall'esercizio della attività di impresa nei settori di cui al comma 1, possono acquistare la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitano attività di impresa, al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano: a) lavoratori svantaggiati ai sensi dell'articolo 2, primo paragrafo 1, lettera *f)*, punti i) ix) e x), del regolamento (Ce) n.2204/2002 della Commissione, 5 dicembre 2002, della Commissione relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato Ce agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione; b) lavoratori disabili ai sensi dell'art. 2, primo paragrafo 1, lettera g), del citato regolamento (Ce) n. 2204/2002."

[204] Suggeriscono di ricorrere in via interpretativa al d.lgs. 155/2006 già M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione,* Milano, 2006, p. 19.

[205] Così F. ALLEVA, *L'impresa sociale italiana,* Milano, 2007, p. 112. Nello stesso senso si veda A. CETRA, *Art. 6 (Responsabilità patrimoniale),* in AA.VV. *Disciplina dell'impresa sociale,* in *Le nuove*

Nel sistema delineato dal d.lgs. 155/2006 il beneficio della responsabilità limita è dunque accordato, a prescindere dalla veste giuridica, in virtù dello scopo sociale dell'attività svolta.

Pertanto, nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c., il ricorso dell'interprete all'ausilio del combinato disposto degli artt. 2 e 6 del d. lgs. 155/2006 sembrerebbe giustificato dalla sussistenza degli elementi dell'analogia, in quanto sia l'impresa sociale sia i negozi di destinazione accordano al costituente benefici equivalenti sul fronte della responsabilità patrimoniale per consentirgli lo svolgimento di una attività meritevole di particolare tutela.

La soluzione non soddisfa tuttavia del tutto. Infatti, l'utilità sociale definita dall'art. 2 del d.lgs. 155/2006 presuppone lo svolgimento di un'attività economica d'impresa e riflette inevitabilmente tale presupposto. Oltre a ciò si deve considerare che, comunque, i negozi di destinazione impongono che l'attività sia finalizzata non solo al perseguimento di uno scopo ma anche a favore di un beneficiario.

Il confronto con la disciplina dell'impresa sociale conferma piuttosto che il legislatore rende disponibile l'effetto della separazione patrimoniale solo quando l'interesse perseguito dall'autonomia privata sia particolarmente apprezzabile.

E' quest'ultima la soluzione preferibile nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c. in quanto, come si è visto nel primo capitolo, i negozi di destinazione sono idonei a produrre effetti negativi nella sfera giuridica dei creditori del disponente.

2.3. I soggetti della destinazione.

In base allo stesso disposto dell'art. 2645 *ter* c.c. possiamo riconoscere coinvolti nella vicenda destinatoria almeno due soggetti: il conferente dei beni (o soggetto destinante) ed il beneficiario della destinazione.

Un primo nodo interpretativo riguarda l'ammissibilità di una coincidenza tra conferente e beneficiari; l'opinione prevalente è che tale coincidenza possa essere solo parziale. Il

---

leggi civili commentate, 2007, p. 406 e s.s., il quale tuttavia segnala l'incostituzionalità della regola per eccesso di delega.

soggetto destinante non potrà, in altre parole, essere l'unico beneficiario della destinazione. Un elemento testuale contrario alla c.d. autodestinazione deve essere individuato proprio nella parte della norma secondo cui per la realizzazione degli scopi della destinazione "può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso"; tale previsione, estendendo la legittimazione a soggetti ulteriori rispetto al conferente, sembra proprio presupporre una alterità soggettiva tra costui e i beneficiari della destinazione. Allo stesso tempo la legittimazione attiva del conferente rivela l'implicita presenza di un soggetto gestore, eventualmente diverso anche dai beneficiari.

Quanto a questi ultimi, quando non siano soggetti disabili o pubbliche amministrazioni, sono caratterizzati dall'essere i portatori dell'interesse, meritevole di tutela, scopo della destinazione. Essi possono essere anche solo determinabili: come ipotizzato da alcuni il disponente potrebbe riservarsi di indicare i beneficiari entro un dato termine o all'interno di una categoria di persone. In tale eventualità l'individuazione potrebbe essere anzi rimessa ad un terzo[206]. Altri autori hanno ritenuto anche possibile una destinazione a favore di soggetti non ancora esistenti al momento del negozio, come per esempio, in analogia dell'art. 784 c.c., il nascituro non concepito di una persona vivente al momento della costituzione del vincolo.[207]

Ad ogni modo non è attuabile una mera destinazione di scopo, priva cioè dell'indicazione di beneficiari determinati o determinabili.[208]

---

[206] G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* in *Riv. dir. civ.* 2006, II, p. 178

[207] M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile,* p. 31.

[208] M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, ibidem.* G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* 177. L'ipotesi in cui la determinazione dei beneficiari non sia stata effettuata da parte del conferente, ma sia necessario un atto del gestore/titolare dei beni, è quella che darebbe significato giuridico all'azione popolare prevista dal medesimo art. 2645 ter c.c. nella parte in cui dispone che "per la realizzazione dell'interesse possono agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato". Così si esprime, con riferimento alla legittimazione per l'adempimento del modo nella donazione, la dottrina prevalente tra cui U. CARNEVALI, *La donazione modale,* Milano, 1969, p. 74: "la categoria degli interessati acquista, a mio avviso, rilevanza giuridica laddove (…) il beneficiario o i beneficiari del modus appartengono a un gruppo di persone indeterminate e la individuazione di esso, o di essi, è collegata in qualche modo alla scelta del donatario (o anche di una terza persona appositamente designata dalle parti a questo scopo). *(…)* In questo si manifesta la rilevanza

Secondo parte della dottrina, mancando qualsiasi altra qualificazione, il conferente potrebbe essere anche una persona giuridica. [209] La conclusione, di per sé, potrebbe anche essere condivisa; c'è da rilevare tuttavia come un atto di destinazione da parte di una persona giuridica ponga il problema del confronto tra l'art. 2645 *ter* c.c. ed i limiti, soggettivi ed oggettivi, previsti per la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare.

La considerazione della disciplina di cui agli art. 2447 *bis* c.c. e ss. induce allora a ritenere ammissibile una destinazione patrimoniale *ex* art. 2645 *ter* c.c. da parte di una persona giuridica solo ove lo scopo avuto di mira non sia lucrativo o di natura economica, non rappresenti cioè un "*affare"*.

Parzialmente diversa pare la conclusione che deve trarsi rispetto alla possibilità che i beneficiari siano persone giuridiche o altri enti, ipotesi direttamente considerata dal legislatore. Sotto tale profilo si deve valorizzare ancora una volta la lettera della disposizione in esame, nella parte in cui indica tra i possibili beneficiari della

---

giuridica degli <<interessati>> contemplati dall'art. 793, 3° al., cod. civ.: essi possono agire in giudizio non perché il modus venga adempiuto nei loro confronti, il che presupporrebbe la qualità di creditori, ma allo scopo di costringere l'onerato, o chi per esso, a compiere la scelta". Nello stesso senso P. GELATO, *Modo,* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile,* vol. XI, Torino, 1994, , p. 394. La circostanza che beneficiario della destinazione possa essere anche la Pubblica Amministrazione potrebbe condurre a conclusioni diverse. Del resto, già relativamente all'art. 793 c.c., altra parte della giurisprudenza aveva ritenuto che potesse agire per l'adempimento anche chi si fosse trovato in una posizione mediata e riflessa, purché non vaga e generica, "di chi riceve comunque vantaggio dall'adempimento della prestazione dedotta" (così A. TORRENTE, *La donazione,* Milano, 1956, p.493). È indubbio infatti che, in una ipotesi come quella in cui beneficiario sia la Pubblica Amministrazione, esisterebbe in capo agli amministrati un interesse giuridico sufficientemente apprezzabile all'attuazione della destinazione. Inoltre, sotto altro profilo, deve pure essere segnalata la differenza letterale tra gli artt. 793, 3° comma, e 648, 2° comma, c.c. da un lato e l'art. 2645 ter c.c. dall'altro. Infatti, mentre le prime due norme riferiscono l'azione popolare all'"adempimento dell'onere", la nuova disposizione riconduce la legittimazione ad agire alla "realizzazione" degli "interessi" della destinazione. L'art. 2645 ter c.c. sembra porre la legittimazione *de qua* su un piano diverso da quello dell'interesse all'adempimento di un rapporto obbligatorio, probabilmente proprio in ossequio alla rilevanza ultraindividuale dello scopo della destinazione. In questo senso l'opinione di C. SCOGNAMIGLIO, *L'art. 2645 – ter c.c. e le mobili frontiere dell'interesse meritevole di tutela,* relazione al convegno organizzato dall'Università di Foggia a Lucera il 30-31 marzo 2007.

[209] M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile,* Milano, 2006, p. 29.

destinazione la pubblica amministrazione.

Tale circostanza sembra suggerire che l'apertura della disposizione in esame nei confronti di altri enti possa essere interpretata come possibilità di una destinazione a favore di soggetti di diritto non personificati.

L'utilizzazione del termine *"enti"* in luogo di persone giuridiche può anzi far ritenere ancora una volta che il Legislatore si sia voluto orientare per una destinazione patrimoniale a scopi non economici e di particolare apprezzabilità sul piano sociale, come quelli dei partiti politici e dei sindacati che rivestono la forma di associazioni non riconosciute.

Potrebbero inoltre ammettersi destinazione patrimoniali a favore delle imprese sociali di cui al già ricordato d. lgs. 155/2006. Tuttavia, questa volta, il riferimento alla disciplina sociale non sarebbe operato per definire l'interesse meritevole, bensì per individuare il soggetto beneficiario della destinazione.

Una destinazione patrimoniale con effetto di separazione a favore di soggetti che svolgano attività di utilità sociale, ancorché economica, è infatti conforme alle recenti indicazioni costituzionali, quali l'art. 118, IV comma, Cost.[210]

La prospettata eventualità di una destinazione a favore di imprese sociali, ove quest'ultime siano esercitane in forme diverse dall'impresa individuale, pone il problema dell'ammissibilità, di patrimoni separati in capo al medesimo ente, che oltre beneficiario sia gestore dei beni vincolati ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c..

Sotto questo profilo tale articolo deve essere confrontato con l'art. 32 c.c. che dispone nel caso di "trasformazione o di scioglimento di un ente, al quale sono stati donati o lasciati beni con destinazione a scopo diverso da quello proprio dell'ente, l'autorità governativa, devolve tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche che hanno fini analoghi"[211].

L'art. 32 ammette implicitamente che una fondazione possa essere titolare di beni con destinazione diversa da quella sua propria, destinazione che, secondo gli autori che si

---

[210] "Stato, regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

[211] Segnala, seppur laconicamente, la necessità di confrontare l'art.32 c.c. con l'art. 2645 *ter* c.c. M.V. DE GIORGI, *sub. art. 32*, in G. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, 2007, p. 127.

sono occupati del tema, avrebbe peraltro carattere reale costituendo un'ipotesi di separazione patrimoniale: i creditori generali della fondazione non potrebbero cioè rivalersi sui beni con destinazione particolare[212].

Sotto tale profilo, l'art. 2645 *ter* c.c. conferma oggi che la destinazione particolare dei beni di cui all'art. 32 c.c. ha rilevanza reale, restando opponibile ai creditori generali dell'ente.

Ad ogni modo pare potersi riconoscere nell'art. 32 c.c. un principio di generale ammissibilità di trasferimenti fiduciari a favore delle degli enti del libro primo del codice civile anche per la realizzazione di scopi diversi da quelli loro propri.

Infatti, non solo il Legislatore dà rilievo all'atto di autonomia del conferente accordando il carattere reale della destinazione, ma, successivamente all'estinzione dell'ente incaricato, si preoccupa che di devolvere tali beni, con lo stesso onere, ad altre persone giuridiche" che abbiano fini analoghi.

L'art. 32 c.c. ammette dunque che anche a seguito della devoluzioni perduri una asimmetria tra lo scopo cui i beni sono destinati e quello della perseguito dalla persona giuridica. Tale asimmetria non potrà che rilevare anche nei rapporti esterni con i creditori generali dell'ente che non potranno soddisfarsi sui beni con destinazione particolare.

In questo modo rimane confermata la possibilità che un ente, o almeno quelli del primo libro del codice civile, siano nominati gestori di beni vincolati ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.

Se in questo modo assume confini più certi l'apertura operata dall'art. 2645 *ter* c.c. alla possibilità che beneficiari della destinazione siano enti diversi dalle pubbliche amministrazioni, rimane da chiarire l'altrettanto generico riferimento soggettivo ad altre persone fisiche.

Quest'ultima estensione soggettiva potrebbe forse essere intesa come volta a consentire la destinazione con effetto di separazione a favore di soggetti in stato di bisogno o che sarebbe irragionevole, anche alla luce del principio costituzionale dell'uguaglianza, escludere da tale beneficio[213].

---

[212] F. GALGANO, *Persone giuridiche*, Bologna – Roma, 2006, p. 430, A. ZOPPINI, *Le fondazioni, dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 289. *Contra* C.M. BIANCA, *Diritto Civile, I*, 1978, p. 325.

[213] D'altronde, l'interpretazione per la quale la disposizione in esame consentirebbe una destinazione finalizzata indifferentemente al sostegno di soggetti svantaggiati come al raggiungimento di qualsivoglia

Con riferimento alla prima ipotesi si può anzi immaginare una destinazione patrimoniale che costituisca un modo di somministrazione degli alimenti, anche a prescindere dall'esistenza dei vincoli di parentela di cui all'art. 433 c.c. L'ammissibilità di una destinazione siffatta pare confermata anche dall'art. 1881 c.c. che, per il cado della rendita vitalizia gratuita, prevede che "si può disporre che essa non sia soggetto a pignoramento o a sequestro entro i limiti del bisogno alimentare del creditore".

Quanto alle destinazione patrimoniali a beneficio di soggetti che sarebbe irragionevole escludere si può invece fare riferimento al caso dei figli minori nati al di fuori del matrimonio e a cui non si estende, di per sé, la disciplina del fondo patrimoniale. Sugli indici legislativi della ammissibilità di una tale ipotesi si tornerà più avanti al par. 2.10.

---

altro scopo o vantaggio per un qualsiasi altro soggetto, finirebbe per esprimere due norme antinomiche. L'antinomia, nel caso di specie, consisterebbe nella coesistenza, peraltro in virtù della medesima disposizione, di due norme che "prevedono la stessa conseguenza per due fattispecie distinte"(cfr. JOERG LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi),* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, vol. XII, 1997, p. 353 che esemplifica il concetto espresso facendo riferimento al caso della previsione della "stessa prestazione in due situazioni diverse di bisogno e non bisogno (o la stessa sanzione per due fatti di diversa gravità)"). Tale situazione non può che generare una situazione di incoerenza quale "problema della conformità della legge stessa rispetto al principio di eguaglianza". Il giudizio di ragionevolezza censura in ogni caso sia "l'omessa differenziazione delle conseguenze e il difetto di una comune "*ratio distinguendi"* delle norme", sia "l'omessa differenziazione delle conseguenze e l'assenza di una comune *"ratio parificandi"* delle norme"(cfr. JOERG LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi),* p. 353). Tuttavia, secondo l'insegnamento di N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto,* Torino, 1993, p. 216 ricorrerebbe nelle ipotesi suddette una antinomia di valutazione "che si verifica nel caso in cui una norma punisca un delitto minore con una pena più grave di quella inflitta ad un delitto maggiore. È chiaro che in questo caso non esiste un'antinomia in senso proprio, perché le due norme, quella che punisce il delitto meno grave con pena maggiore, sono perfettamente compatibili. Non di antinomia si deve parlare in questo caso, ma di ingiustizia. Ciò che antinomia e ingiustizia hanno in comune è che entrambe danno luogo ad una situazione che richiede una correzione: ma la ragione per cui si corregge l'antinomia è diversa da quella per cui si corregge l'ingiustizia. L'antinomia produce incertezza; l'ingiustizia produce diseguaglianza, e quindi la correzione ubbidisce nei due casi a due diversi valori, là al valore dell'ordine, qua a quello dell'eguaglianze". Sul giudizio di ragionevolezza si veda, recentemente, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale,* Napoli, 2007, p. 55 e ss. dove sottolinea che "la ragionevolezza non è un principio costituzionale" identificandosi piuttosto "con un metodo di interpretazione del diritto esistente" fondato su una logica c.d. proeretica o della preferenza "cioè della conformità piena ai parametri costituzionali", o ancora, "della adeguatezza del principio costituzionale al caso concreto".

2.4. L'atto di destinazione: forma e struttura.

La laconicità del testo dell'art. 2645 *ter* c.c. emerge soprattutto con riferimento alla struttura dell'atto di destinazione di cui il legislatore si limita a prescrivere solo, ai fini della trascrizione, la forma pubblica.

Rimane pertanto inespresso se l'atto di destinazione possa consistere in un mero atto unilaterale o, più coerentemente con la tradizione, in un contratto.

Dubbia è, ancora, la possibilità della costituzione di un vincolo di destinazione in via testamentaria. Paiono ostacolare tale possibilità la stessa collocazione dell'art. 2645 ter c.c. tra le norme sulla trascrizione degli atti tra vivi, nonché la previsione della forma pubblica dell'atto costitutivo. Quanto a quest'ultima se ne è sottolineata la sua genericità rispetto al caso della fondazione, del fondo patrimoniale (nonché della disciplina del *trust* di cui all'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1989), dove invece il Legislatore ha espressamente previsto la costituzione testamentaria manca[214].

La lettera dell'art. 2645 ter c.c. non rivela inoltre in alcun modo l'intenzione del Legislatore di consentire la costituzione del vincolo di destinazione per testamento. Anche a voler prescindere da tali rilievi critici non può infine essere taciuto che una ipotetica destinazione patrimoniale *mortis causa* dovrebbe comunque confrontarsi con i limiti soggettivi fissati per il fedecommesso agli art. 692 e ss.

Il negozio di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. sembra dunque far parte della categoria dei soli atti *inter vivos*.

Tuttavia, come già ricordato, è aperto il dibattito circa la necessità che il negozio di destinazione assuma una struttura bilaterale.

Ipotizzare la struttura unilaterale dell'atto di destinazione costringe ad un confronto

---

[214] A. MERLO, *Brevi note in tema di vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter,* in Riv. Notariato, 2007, II, p. 510. Pur rilevando le difficoltà che la collocazione della norma pone alla ammissibilità di un negozio testamentario di destinazione, si esprime in senso favorevole a tale eventualità A. DE DONATO, *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte,* in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter del codice civile.* Milano, 2007 p. 47. Nello stesso senso G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* in *Riv. dir. civ.* 2006, II, p. 161 e ss. Su tale aspetto non prende posizione M. LUPOI, *Gli " atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 170 che pure contempla l'ipotesi di un trasferimento mortis causa del bene vincolato.

sistematico con l'ordinamento. Infatti, da un lato un atto unilaterale di destinazione si porrebbe quale momento di deroga della disciplina dell'art. 1987 c.c.; dall'altro, quando la destinazione venga attuata attraverso la cooperazione di un gestore cui il bene sia nel frattempo trasferito, esso rappresenterebbe una eccezione al principio consensualistico espresso dall'art. 1376 c.c.

Quanto al primo profilo parte della dottrina si è espressa in senso negativo "perchè l'art. 2645 ter c.c. non integra quella riserva di legge voluta dall'art. 1987 c.c. per legittimare una promessa unilaterale".[215]

La "riserva di legge" sarebbe fondata - secondo tale autore - nel principio di intangibilità della sfera del terzo e nel principio di causalità. I terzi da tutelare sarebbero nel caso in esame i creditori del disponente, per i quali non è stato però previsto un meccanismo di tutela come quello previsto dall'art. 2447 *quater*, 2° comma, c,c, oppure come quello di cui all'art. 1980 c.c.

Il presidio di tale interesse rimarrebbe affidato ad una interpretazione rigorosa dell'art. 2645 ter c.c., e alla consapevolezza che il principio di tipicità delle promesse unilaterali è giustificato dalla necessità di sostituire una causa debole o astratta.

Rispetto alle esigenze di tutela del credito allora solo la forma contrattuale consentirebbe di dare certezza alla vicenda della destinazione, garantendo con l'accettazione del beneficiario l'attualità dell'interesse sotteso.[216]

Alcuni osservano che, da un lato, il riferimento agli interessi meritevoli di tutela è idoneo a superare l'ostacolo rappresentato dell'art. 1987 c.c., dall'altro, contro la asserita necessità di configurare in forma bilaterale starebbe la assoluta genericità della serie dei beneficiari della destinazione. Inoltre, ogni esigenza di certezza dei creditori esclusi

---

[215] F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 222

[216] F. GAZZONI, *Osservazioni, ibidem*. Propende per la struttura contrattuale dell'atto di destinazione, tutt'alpiù ridotta nella forma minimale dell'art. 1333 c.c., anche G. BARALIS, *Prime riflessioni in tema di art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, p. 145, per il quale "non sembra possibile una formazione del vincolo ex art. 1334 c.c. stante la riserva di cui all'art. 1987 c.c. E tanto più ci sembra difficile accettare la prospettiva di un atto unilaterale di destinazione quanto più si considera che il vincolo, nel caso in cui il beneficiato sia un ente, potrebbe essere contrario agli scopi istituzionali e quindi da rifiutare. E comunque, a mio parere, anche laddove l'atto di destinazione mira a soddisfare interessi generali esso necessità di uno o più destinatari definiti o definibili come dopo meglio precisato".

dal beneficio della destinazione rimarrebbe affidata alla pubblicità del vincolo.[217] Altri notano più correttamente che il richiamo all'art. 1987 c.c. è del tutto inconferente in quanto "la destinazione non è un'attribuzione obbligatoria (è tutt'altro dalla promessa), sia, e soprattutto, perché la destinazione non produce di per sé alcun effetto finale"[218].

Le posizioni della dottrina mutano allorché si prenda in considerazione l'ipotesi che il negozio di destinazione comporti l'affidamento della attuazione dello scopo ad un soggetto terzo. In tal caso l'opinione prevalente è nel senso della necessaria struttura contrattuale del negozio di destinazione.[219]

---

[217] A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto,* p. 117.

[218] P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, p. 125. L'A. parte tuttavia dal presupposto che "vincolo e separazione non siano effetti negoziali della dichiarazione. (...) la dichiarazione di destinazione, documentata in forma pubblica, non genera, come negozio, né vincolo né separazione; essa, se negozio è, ha conseguenze solo procedimentali, scandisce un procedimento che si conclude con la formalità nei registri immobiliari; non diversamente, direi da come fa la dichiarazione di concessione di un'ipoteca". Ritengono ammissibile un atto di destinazione a struttura unilaterale anche G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* p. 165, M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela,* in *La trascrizione dell'atto di negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* p. 59-60, M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile,* p. 11, C. PRIORE, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione,* ivi, p. 92. G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter. , ivi, p.* 181, R. DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., aggiornamento,* ***, I, Torino, 2007, p. 159, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.,* in *Rass. dir. civ.* 2007, p. 5 per il quale "il legislatore in modo un po' contorto ha istituito un nuovo tipo di promessa unilaterale fonte di obbligazione".

[219] Così M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile,* p. 12, G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* p. 166, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.,* p. 38 e ss., R. DICILLO, *Atti e vincoli di destinazione,* p. 159, F. GAZZONI, *Osservazioni,* in *La trascrizione dell'atto di negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* p. 222. A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto,* p. 114 , osserva invece che l'atto di destinazione "è unilaterale nella intrinseca sostanza, più che nella forma, anche laddove, per esempio, sia presente una negoziazione con fiduciario. Attribuzione dunque *fiduciae causa,* ove il fiduciario non fa altro che prendere atto della destinazione ed offrirsi di contribuire alla sua realizzazione". Un conforto testuale alla tesi della possibile unilateralità del negozio di destinazione lo trova A. NICOLUSSI, *I diritti della persona nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto (bozza provvisoria),* testo dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'A., p. 7, che distinguendo, nel corpo dell'art. 2645 *ter* c.c., il riferimento al sintagma interessi

Tuttavia, se parte della dottrina riconduce il suddetto contratto traslativo nell'ambito dei tipi legislativi della vendita e della donazione modale o remuneratoria,[220] secondo altri, invece, tali schemi negoziali non sarebbero utilizzabili atteso che "lo scambio e la liberalità, in quanto produttivi di attribuzioni patrimoniali definitive e finali in favore del destinatario, risultano strutturalmente incompatibili con la destinazione reale, che, per sua natura, implica la transitorietà dell'attribuzione e la sua funzionalità all'attuazione dello scopo impresso dal disponente al bene mediante l'apposizione del vincolo"[221]. La causa di scambio e la liberalità sono in altre parole funzionali piuttosto - secondo tale dottrina - ad una attribuzione che segna "il punto di arrivo della complessiva sistemazione di interessi"[222]; nella destinazione reale invece "l'interesse del privato, per poter trovare piena soddisfazione, ha bisogno di una essenziale strutturazione della situazione soggettiva di cui si dispone".

Il negozio traslativo, nel caso della destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., avrebbe

---

meritevoli di tutela dal richiamo dell'art. 1322, co. 2, c.c. nota come quest'ultimo "potrebbe reputarsi semplicemente riferito al profilo di atipicità che l'atto di destinazione assumerà non rientrando tra i tipi previsti dagli art. 1470 e s. c.c. e potendo non configurarsi necessariamente come una donazione. In altri termini, il negozio di destinazione può costituire un atto di disposizione unilaterale, il quale però, vista l'inaccoglibilità nel nostro ordinamento di *nuda acta o pacta de dominio trasferendo*, necessita di una causa, ossia appunto la tutela di soggetti deboli prevista dallo stesso art. 2645 *ter"*. Sulla ammissibilità di negozi unilaterali traslativi si veda, in generale, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 305 e ss. Di segno negativo era l'opinione di A. DI MAJO, *Promessa unilaterale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 49-50. Sul problema della tipicità dei negozi unilaterali si veda invece, in senso negativo, G. BENEDETTI, *Dal contratto all'atto unilaterale*, Milano, 1969, p. 238 ss.

[220] F. GAZZONI, *Osservazioni*, p. 224, secondo il quale "la destinazione può inserirsi in un contesto circolatorio, alla stregua di una donazione modale o remuneratoria o di una vendita con destinazione a favore di un terzo, titolare dell'interesse perseguito. Nel caso di vendita l'acquirente acquista il bene e si obbliga, quale proprietario-conferente, a proporre irrevocabilmente al beneficiario la conclusione del contratto di destinazione oppure conclude con l'alienante un contratto di opzione a favore del terzo beneficiario stesso, onde l'alienante assume, per questo verso, la posizione di stipulante e potrà agire per la realizzazione dell'interesse del terzo, ove il contratto sia poi concluso L'interesse potrebbe però anche far capo all'alienante (...) qualora il proprietario alieni il bene e contestualmente le parti pattuiscano il vincolo di destinazione in favore dell'alienante, conferente è l'acquirente e non l'alienante".

[221] U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. notariato*, 2007, I, p. 1089

[222] U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, *ibidem.*

dunque una causa assolutamente a sé stante rispetto agli schemi tradizionali sopra ricordati.

2.5 Idoneità traslativa della c.d. causa di destinazione.

La tesi da ultimo ricordata è stata sviluppata per la prima volta nel corso del dibattito sulla ammissibilità del *trust* interno; parte della dottrina, nell'esaminare la compatibilità di tale istituto con il nostro ordinamento, ha sviluppato la teoria del negozio di destinazione, individuandolo quale schema funzionalmente idoneo a determinare il trasferimento di un bene in capo ad un fiduciario.[223]

Il presupposto da cui muove da tale dottrina è la costruzione, da parte dell'ordinamento giuridico italiano, del "contratto di trasferimento come un contratto causale, connotato dalla rilevanza interna della causa negoziale e della sua immediata influenza sull'assetto dell'investitura nel diritto oggetto del trasferimento"[224].

In altre parole "assorbire la causa del trasferimento all'interno del contratto significa far dipendere direttamente da tale causa l'investitura nel diritto che dal contratto si produce in testa all'attributario".[225]

Tale principio sarebbe sfuggito - secondo l'Autore - alla tradizione dottrinale che

---

[223] Sul ruolo di reagente, sui principi consolidati del nostro ordinamento, svolto dal riconoscimento del *trust* ad opera della legge 364/1989 si veda G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, vol. V, p. 340 e ss. E' il caso di segnalare come di recente sia stata proposta da M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, una diversa ricostruzione del fenomeno fiduciario, indicato come fiducia attributiva, che vede in esso "non una fattispecie astratta, ma un istituto rimediale, un insieme di rimedi che si applicano indipendentemente dalla qualificazione della situazione giuridica soggettiva sottostante, permette di collocare il fenomeno fiduciario su di un piano distinto, sia rispetto alle problematiche proprietarie, sia rispetto a quelle relative all'opponibilità ai terzi del vincolo negoziale (p. 55)".

[224] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperurano. (Piccola e gioiosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *AA.VV. Studi in onore di Piero Schlesinger*, Milano, 2004, I, p. 149.

[225] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", ibidem.*

avrebbe finito per cristallizzare "il fenomeno traslativo tra i due estremi dello scambio e della liberalità"[226], non essendo stato mai "preso seriamente in considerazione che l'attribuzione traslativa potrebbe essere legittimamente sorretta da una causa diversa".

La conseguenza di questo atteggiamento dottrinale è che "il trasferimento, quale effetto giuridico del negozio, è stato, troppo semplicisticamente, sempre sovrapposto all'acquisto definitivo e finale di una situazione soggettiva attiva destinato a produrre un arricchimento all'attributario, inteso come fenomeno conclusivo della vicenda dispositiva e su punto di arrivo"[227].

Al contrario è evidente - nota l'Autore - che "quando la causa negoziale non è diretta a realizzare, sul piano del diritto, un'operazione che, sotto il profilo economico, sia riconducibile allo scambio o alla liberalità, la situazione in cui l'attributario viene immesso per effetto dell'atto di trasferimento non può risolversi in un acquisto definitivo e finale della situazione soggettiva oggetto del contratto ma si conforma in maniera diversa, atteggiandosi, concretamente, in modo consonante con l'intento oggettivo perseguito dalle parti"[228].

Ad ogni modo sembra difficile rintracciare nel pensiero di tale dottrina un segno di novità rispetto, per esempio, al dibattito risalente in tema di fiducia. In particolare si deve notare come proprio il riconoscimento della reazione della causa sul diritto trasferito spingesse Salvatore Pugliatti[229] a ripudiare la ammissibilità dei negozi

---

[226] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", ibidem.*

[227] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico", ibidem.* Conclusioni simili raggiungeva G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme),* p. 346 per il quale "il nostro ordinamento ben conosce la possibilità che l'attribuzione patrimoniale, prevista o posta in essere dalle parti, abbia carattere strumentale rispetto al fine in concreto perseguito. Né da conferma la disciplina positiva del mandato ad acquistare, in forza del quale, una volta posto in essere il negozio gestorio, il mandante, in quanto titolare del diritto al ritrasferimento, può avvalersi del disposto dell'art. 1706 primo e secondo comma c.c. ed apprendere, con formale investitura, il bene acquistato dal mandatario, superando l'inerzia (o l'eventuale rifiuto di quest'ultimo". L'A. notava poco oltre come proprio il mandato apparisse "lo schema di riferimento più idoneo ad evocare, già nell'ambito del sistema del nuovo codice civile, la realizzabilità, senza alcun ostacolo di carattere normativo, di quelle forme di destinazione dei beni e di collaborazione al perseguimento delle correlative finalità, tradizionalmente considerate sotto il profilo della fiducia".

[228] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico",* p. 151.

[229] Il problema in discorso - quello della idoneità traslativa di una causa diversa dallo scambio o dalla liberalità - è stato già affrontato dalla dottrina con riferimento ai negozi fiduciari secondo il paradigma

della fiducia di tipo romano. Esso è, come noto, un negozio che si fonda sulla contrapposizione tra risultato giuridico ed intento economico, tra mezzo e scopo, in quanto attraverso di esso le parti programmano il trasferimento della proprietà o la cessione di un credito in vista del perseguimento di un risultato ulteriore, non realizzabile mediante il ricorso a figure predisposte dal legislatore (in tal senso C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, p. 352). Rispetto alla ammissibilità di tali negozi e, in particolare, di un siffatto trasferimento si registrarono, sostanzialmente, due posizioni. Inizialmente parte delle dottrina, tra cui L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, 1933, p. 121 e ss., aveva contestato la ammissibilità di una *causa fiduciae* in base al presupposto che al di fuori delle cause traslative legislativamente fissate lo scopo di garanzia o di mandato non sarebbe stata causa idonea al trasferimento della proprietà. Né sarebbe stato possibile ipotizzare un trasferimento in base ad un negozio astratto, in quanto anche questi ultimi sarebbero estranei al nostro ordinamento (p. 128). L'A. proponeva allora, per raggiungere i medesimi scopi pratici, di adattare a scopi fiduciari i negozi tipici di trasferimento dei diritti, come la compravendita. Il momento fiduciario sarebbe dovuto rimanere, secondo tale ricostruzione, nel cono d'ombra dei motivi del negozio. Tale orientamento fu autorevolmente sviluppato da S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (metodo, teoria, pratica, saggi)*, Milano, 1951, p. 201 ss.,. Tale autore sosteneva che il modello della fiducia nel nostro ordinamento, in assenza di precise disposizioni legislative, poteva essere concepito come una vicenda negoziale unitaria o come la combinazione di due negozi, uno traslativo del diritto di proprietà al fiduciario e l'altro, ad effetti obbligatori, finalizzato a limitare e definire i poteri del fiduciario medesimo rispetto al bene. In entrambi i casi vi sarebbero stati ostacoli dogmatici insormontabili alla sua ammissibilità. Un unico negozio fiduciario unitario, caratterizzato da una propria *causa fiduciae* in cui sarebbero fusi l'elemento reale e quello obbligatorio, trasferirebbe non una proprietà piena ma un diritto reale da essa del tutto differente in quanto le limitazioni obbligatorie che l'affettano lo degraderebbero a semplice forma o comunque ad una situazione giuridica transitoria e strumentale. Un tale diritto sarebbe tuttavia estraneo al nostro diritto e pertanto inammissibile (S. PUGLIATTI, *cit.* , p. 275). La seconda ricostruzione della fiducia quale vicenda caratterizzata, come sopra detto, dalla presenza di due distinti negozi, se idonea a superare l'ostacolo dogmatico di importare il trasferimento di una proprietà formale, si arenerebbe sul piano della giustificazione dei due negozi che, in quanto distinti, rimarrebbero assolutamente astratti; non riconoscendosi l'ammissibilità dei negozi astratti nel nostro diritto anche questa ricostruzione dovrebbe essere respinta (S. PUGLIATTI, *cit.* , p. 278). Le due conclusioni furono criticate già dalla dottrina contemporanea. Alcuni, aderendo alla impostazione che riconosceva nella vicenda fiduciaria la presenza di due negozi, sottolinearono come "a torto si è ravvisata (...) una combinazione di negozi astratti"; si osservava infatti che i due negozi sarebbero stati legati da un nesso teleologico per il quale "il negozio obbligatorio appare la necessaria integrazione dell'atto di disposizione"(E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, (ristampa anastatica dell' edizione del 1950), p. 317-318). Altri rifiutavano la tesi che il negozio fiduciario - inteso in senso unitario - desse vita ad una proprietà fiduciaria; il negozio sarebbe stato caratterizzato da una correlazione - seppure non nei termini della

fiduciari in quanto latori di una proprietà solo formale.[230]

E, del resto, la stessa dottrina in commento intuiva un'obiezione alla propria

---

corrispettività - tra trasferimento del diritto (pieno) al fiduciario e l'incarico assunto, sul piano obbligatorio, da quest'ultimo La situazione giuridica trasferita sarebbe dunque, secondo questa tesi, una forma di titolarità piena a nome proprio ma nell'interesse altrui (così C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, p. 369). La tesi è oggi sostanzialmente ripresa da M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, la quale tuttavia precisa come "la causa della fiducia attributiva non è infatti l'astratta *causa fiduciae* di grassettiana memoria, ma la causa che, in relazione alla diversa attività che il fiduciario è chiamato a svolgere nell'interesse del fiduciante, viene in concreto individuata volta a volta quale giustificazione di ogni singola operazione negoziale". Più recentemente U. CARNEVALI, *Negozio giuridico, III) Negozio fiduciario*, in *Enc. giur. Treccani, XX, Roma*, 1990, p. 4, sottolinea invece come la critica di Pugliatti alla costruzione unitaria del negozio fiduciario obliteri da un lato la presenza nel nostro ordinamento di forme di proprietà strumentale quali l'acquisto di un bene immobile da un mandatario senza rappresentanza nonché, dall'altro, la circostanza che "il nostro diritto consente vincoli negoziali al diritto di proprietà, come è dimostrato dalle alienazioni *sub modo* di un determinato utilizzo del bene, dai divieti convenzionali di alienazione (art. 1379 c.c.), e così via: è lo stesso riconoscimento del principio di libertà contrattuale che comporta, come imprescindibile conseguenza, la possibilità di influire sulle situazioni reali che ne costituiscono il risultato, adattandole e graduandole secondo gli interessi che muovono le parti".

[230] Peraltro già M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali*, in *Studi in onore di Cesare Grassetti*, I, Milano, 1980, p. 430-431 notava che "l'asserita indipendenza della situazione finale rispetto a quella contrattuale non è affermazione accettabile". In particolare l'A. evidenziava, alla p. 446, che "la possibilità di formare progressivamente il contratto, attraverso meccanismi condizionali e i c.d. vincoli preliminari, determina il formarsi di una serie di situazioni intermedie e di pretitolarità che contraddicono l'idea di un sistema rigido di modelli stereotipi. Il rigoroso funzionamento di un regime di tipicità dei rapporti giuridici dipende esclusivamente dalla rigidità dei mezzi attraverso i quali si instaurano le relazioni intersoggettive. Se, invece, si utilizzano strumenti elastici, la fissità delle situazioni finali che ne costituiscono il risultato viene a cadere". Nello stesso senso si veda S. Mazzamuto, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja,* in *Vita Notarile*, 1998, I, p. 962: "(…) è in atto un movimento, condiviso anche a livello legislativo, che allarga i confini della categoria delle situazioni reali tipiche verso nuove forme di titolarità. A questo ordine di idee è da ascrivere, ad esempio, il recente intervento legislativo che ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 bis in materia di trascrivibilità del contratto preliminare: tale norma ha riconosciuto al promissario acquirente, che abbia assolto all'onere della trascrizione del preliminare ed abbia poi stipulato il definitivo, una tutela, per così dire reale, rendendo opponibile il suo acquisto ai terzi che per avventura abbiano acquistato *medio tempore* e, così facendo, ha rimodellato la situazione proprietaria del disponente che risulta oggi vistosamente segnata dallo *ius ad rem* spettante al promissario".

ricostruzione nel principio di tipicità dei diritti reali, su cui il dibattito si era arenato in tema di fiducia.

Tuttavia - si ribatteva - la attualità del predetto principio si sarebbe dovuta rivisitare; si notava infatti come "anche nell'ordinamento italiano, ben più legato alla assolutezza, all'indivisibilità ed all'unicità del diritto di proprietà, ampi spiragli ormai si aprono, con sempre maggiore convinzione, nell'affermazione di situazioni proprietarie limitate, funzionalmente, in ragione del tempo".[231]

2.6. Limiti derivanti dai principi del numerus clausus e tipicità dei diritti reali.

Come già accennato uno degli ostacoli alla ammissibilità teorica dei trasferimenti fiduciari è stato ravvisato nei principi del *numerus clausus* e tipicità dei diritti reali[232].

Si osservava infatti che "la situazione posta in essere attraverso una alienazione *fiduciae causa* imporrebbe al destinatario una serie di norme di comportamento che non possono ricondursi né allo schema della proprietà né tanto meno a quello dell'usufrutto o di altri diritti *in re aliena*. E, in particolare, la situazione cui dà vita il negozio fiduciario sarebbe di proprietà temporanea o limitata, ma non in funzione di una utilità pubblica, sibbene di un vantaggio privato"[233].

Tale conclusione è stata tuttavia sottoposta a critica nei suoi stessi fondamenti.

---

[231] U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico",* p. 153 e ss. ed in particolare alla p. 157. L'A. indicava come indici normativi del nuovo atteggiamento dell'ordinamento in tema di unicità del dominio e tipicità dei diritti reali la proprietà attribuita ai coniugi sui beni oggetto di fondo patrimoniale, quella dell'erede che abbia accettato con beneficio di inventario, nonché il riconoscimento espresso della multiproprietà. Nello stesso senso si veda G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme),* p. 360.

[232] Ricorda M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale,* Milano, 1977, p. 293 che "la problematica del *numerus clasusus*, è diversa, come ormai è generalmente riconosciuto, da quella della tipicità, attenendo la prima alla esclusività della fonte, e cioè all'ordinamento che limita l'autonomia del soggetto, e la seconda alla determinazione del contenuto, cioè del <<tipo>> della situazione reale che il soggetto può prescegliere".

[233] Così riassumeva il dibattito sorto in tema di negozi fiduciari M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali, Studi in onore di Cesare Grassetti,* I, Milano, 1980, p. 433

In primo luogo è stato da tempo infatti revocata in dubbio la vigenza dei principi suddetti, per lo meno nella assolutezza della formulazione tradizionale.[234]

Secondariamente, con riferimento al diritto di proprietà si è osservato che esso non è più concepito alla stregua di un modello unitario, corrispondente a quello delineato dall'art. 832 c.c., essendo individuabili ormai diverse fattispecie di appartenenza che, in ragione dei differenti interessi sottesi, deviano in maniera più o meno consistente dal modello generale[235].

Tra queste le c.d. proprietà di scopo o destinate, anche dette proprietà fiduciarie atipiche, dove "il fine di realizzare, essendo contemplato dalla legge, diverrebbe un elemento proprio della struttura del diritto medesimo"[236].

Una tale prospettazione viene giustificata dalla presenza nel nostro ordinamento di norme come l'art. 2932 c.c., - che consente a chi è in diritto di riacquistare un diritto reale di ottenere una sentenza che tenga luogo dell'atto destinato a produrre il trasferimento - e l'art. 1707 c.c. - che dimostrerebbe come la rilevanza della titolarità formale può andare al di là, osservate le regole di pubblicità, della sfera dei soggetti che l'hanno posta in essere.[237]

---

[234] Sul punto si vedano ancora M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali,* p. 423 e ss., U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico",* p. 149, G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme),* p. 360. Quest'ultimo, in particolare, chiosava causticamente che la tipicità dei diritti reali "costituisce oggi l'ultimo baluardo, vacillante e tutt'altro che sicuro, di un sistema ideologico, che la coscienza dell'interprete sente ormai superato, e come tale da dismettere, insieme al vieto principio di nominatività e tipicizzazione *ex lege* dei modelli negoziali".

[235] Lo ricorda anche R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata,* Napoli, 2004, p. 313.

[236] Così R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo,* Milano, 2004, p. 213, secondo la quale tuttavia si tratterebbe di ipotesi eterogenee - quali la proprietà del mandatario senza rappresentanza, della titolarità dei valori mobiliari da parte del 'intermediario finanziario, la proprietà dei beni dotati di una destinazione particolare ai sensi dell'art. 32 c.c. e quella dei beni costituiti in fondo patrimoniale - accomunate dalla dottrina in base alla sola circostanza "di consistere in forme di proprietà prive dei caratteri descritti dal legislatore all'art. 832 cod. civ. "

[237] M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali,* p. 437. Nello stesso senso U. LA PORTA, *I "formanti dell'ordinamento giuridico",* p. 155, che nota come negli ultimi decenni il dibattito sulla proprietà "si pone nel senso della ricerca di strutture dominicali, di diritto privato, che sappiano modellarsi al punto da dar conto , sul piano giuridico, della possibile confluenza tra più interessi privati, a rilevanza reale, sul medesimo bene". L' A. richiama in proposito "la proprietà attribuita (o già spettante) ai

Nella stessa direzione, con riferimento alla legge 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica della convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai *trust*s e sul loro riconoscimento, la dottrina più attenta ha evidenziato che, seppur nei limiti entro cui è stato riconosciuto il *trust* nel nostro ordinamento, "la scissione tra una proprietà formale e una proprietà sostanziale altro che ormai solo conosciuta, diventa lo snodo necessario del riconoscimento in parola", bastando ciò "ad escludere che oramai la tradizionale incompatibilità sistematica di una proprietà, che è doppia perché sulla titolarità presente ineludibilmente ne incombe una futura, sia destinata a durare"[238].

Tuttavia, per quanto sia stato chiarito che ormai una proprietà funzionalizzata non sia estranea nè incompatibile con il nostro ordinamento, le ipotesi solitamente indicate sono pur sempre fattispecie di creazione legislativa.

I negozi di destinazione (e il *trust*) acuiscono invece la problematica relativa alla possibilità di immaginare il rapporto tra l'autonomia privata e modelli proprietari anche in termini di creazione o conformazione e non solo più, dunque, di selezione tra schemi di appartenenza e utilizzazione già predisposti.

E' proprio rispetto ad un siffatto rapporto che assumono rilevanza i principi di nominatività e tipicità dei diritti reali, per una piena valutazione dei quali, si rende opportuno andare alla ricerca, per quanto qui possibile, dei loro attuali fondamenti giuridici.

Preliminarmente occorre precisare che *numerus clausus* e tipicità dei diritti reali non coincidono con la nominatività dei medesimi: “possono esistere nel sistema anche diritti reali innominati (non avvertiti dal legislatore storico) e tuttavia tipici, in quanto espressi da strutture normative tipiche”[239].

I due principi operano quindi esclusivamente come limiti all’autonomia privata alla

---

coniugi sui beni oggetto di fondo patrimoniale; ovvero su quella riconosciuta in testa all'erede accettante con beneficio di inventario sui beni separati ma costituiti in patrimonio separato (soltanto per restare alle ipotesi di rilevanza codicistica più evidenti). Ma è ciò che accade anche alla multiproprietà, recentemente disciplinata quale nuovo diritto reale tipico, che dà risposta all'esigenza del privato di essere titolare di una proprietà limitata nel tempo". Si vedano tuttavia le perplessità espresse ne primo capitolo, par. 1.2., sulla idoneità dell’art. 1707 c.c. a fondare un’ipotesi di separazione patrimoniale.

[238] C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1338.

[239] Così L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 190 con particolare riferimento alla situazione del venditore nella vendita con riserva della proprietà.

quale è preclusa la creazione di diritti reali “non corrispondenti a schemi normativi prestabiliti”[240].

Secondo una autorevole ricostruzione, che poi ha trovato adesione nella dottrina successiva, tanto il principio del *numerus clausus* che quello di tipicità troverebbero la loro giustificazione nel principio di relatività espresso dall'art. 1372 c.c.[241]; l'operazione economica si deve risolvere esclusivamente fra le parti contraenti, e non può creare un vincolo per i terzi estranei all'accordo.

Per alcuni la situazione reale atipica, infatti, determinerebbe in capo ai terzi un particolare dovere di astensione che "può conseguire solo ad una disciplina normativa"[242].

Tale ricostruzione è tuttavia rifiutata da chi osserva come, in un ordinamento che conosce il diritto di proprietà, è "impossibile la creazione di un diritto reale che, dal punto di vista dell'obbligo di astensione, danneggi i terzi oltre i limiti che già il diritto di proprietà impone. (...) La costituzione di un diritto reale nuovo non farebbe pertanto che cambiare il destinatario del diritto di astensione; o, eventualmente, aggiungerebbe degli ulteriori destinatari. Non inciderebbe, però, dal punto di vista oggettivo sulla sfera giuridica dei terzi"[243].

Un'altra opinione vuole che la creazione di un diritto reale atipico abbia conseguenze, rispetto ai terzi, sotto il profilo dell'opponibilità. Anche i successivi acquirenti del bene si troverebbero vincolati da una limitazione pattiziamente apposta al diritto reale trasferito "al di fuori di una sua accettazione, e anzi, particolarmente nel caso di acquisto a titolo originario, al di fuori di una qualsiasi di una qualsiasi conoscenza"[244].

Non avrebbe risolto l'impaccio l'istituto della trascrizione in quanto previsto solo per

---

[240] L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino, ibidem.*

[241] In tal senso M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940, p.169. Tra gli autori successivi si vedano M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, p. 1949, 378 e ss., A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, Padova, 1982, p. 165, al quale si rimanda per l'ampia ricostruzione dei vari indirizzi dottrinari sul tema.

[242] F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione),* in *Riv. notariato,* 2001, I, p. 15. e, tra la dottrina risalente, M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, p. 379.

[243] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, Padova, 1982, p. 153.

[244] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, Padova, 1982, p. 156.

quegli atti che producano effetti identici a quelli di cui all'art. 2643 c.c.[245]

Anche questa impostazione è stata tuttavia sottoposta a critica, rilevando, in particolare, l'erroneità del presupposto di partenza. La regola di cui all'art. 1372 c.c. esprimerebbe infatti "un corollario del principio dell'autonomia privata quale potere concesso ai singoli di provvedere a regolare i propri interessi" non implicando tuttavia "anche che il regolamento contrattualmente stabilito non possa valere pure al di là della sfera giuridica delle parti contrattuali"[246].

A tale esigenza sarebbero anzi deputati istituti come la trascrizione in base alla quale "il

---

[245] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* 158. Nello stesso senso F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione),* p. 15 e ss. per il quale(p.16) "per i diritti reali il limite è appunto costituito dalla rottura della loro elasticità, che impedisce di ricondurre quel dato effetto ad uno di quelli tipizzati dagli art. 2643 ss. c.c.".

[246] M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali,* p. 432. Nello stesso senso M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale,* p. 294 n. 44, nonché F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* Napoli, 1967, p. 68, per il quale il legislatore all'art. 1372 c.c. "ha voluto fissare, in termini di riconoscimento, il valore consustanziale del contratto come regola vincolante gli autori dell'atto stesso (...), e solo essi. (...) il primo comma dell'art. 1372 c.c. colloca questo atto sul piano obbiettivo delle regole cui è riconosciuta tale efficacia; questo valore dell'atto, come valore diretto, non fuoriesce dalla cerchia delle parti: il significato del secondo comma precisa appunto che quel valore riconosciuto al contratto ha una incidenza coerente con la sua premessa funzionale per quanto attiene ai destinatari diretti. E allora non può parlarsi di efficacia riflessa, la quale non rientra nella previsione di questa norma, per dire che questa efficacia è esclusa in base appunto alla richiamata disposizione". Dubbi li esprimeva anche G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale,* in *Riv. trim. proc. civ.*, 1965, p. 968 secondo cui "a ben vedere, però, può apparire dubbio che un tale effetto rientri nella previsione dell'art. 1372 comma 2° c.c.. Nei confronti del terzo passivamente legittimato, infatti, le azioni reali derivanti dal diritto atipico non sempre avrebbero un contenuto diverso da quello delle azioni a difesa della proprietà, specie se il nuovo diritto comprendesse semplicemente una parte delle facoltàprima spettanti al proprietario. Il dovere dei terzi resterebbe dunque quello di non prendere possesso della cosa altrui, e di astenersi da molestie o turbative". Nota invece A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, p. 164 come il valore e la fondatezza di una distinzione tra effetti esterni ed efficacia all'esterno del regolamento contrattuale:"la norma dell'art. 1372 c.c. disciplina infatti proprio l'efficacia all'esterno del regolamento contrattuale. Disciplina tale efficacia, limitandola alle parti contraenti, ed escludendola per i terzi estranei all'accordo. (...) Dato che un diritto reale (sia pure atipico) ha per definizione efficacia verso i terzi (in particolare verso i terzi acquirenti) la fonte di tale efficacia non potrebbe più essere considerata la legge - come nei diritti reali tipici -, ma esclusivamente il contratto costitutivo messo in essere dalle parti. E una tale efficacia del contratto sarebbe esclusa, da un punto di vista positivo, proprio in base all'art. 1372 c.c., che la limita invece alle parti contraenti".

rapporto reale cioè sarebbe rilevante di fronte ai terzi solo e nella misura in cui esso sia reso conoscibile ai soggetti estranei alla convenzione, esattamente come il rapporto obbligatorio"[247].

La assimilabilità, sotto tale profilo, tra diritti reali e rapporti obbligatori, renderebbe pertanto plausibile l'idea che la natura reale degli effetti contrattuali non produce una estensione della sfera operativa del vincolo e non costituisce una deroga al principio contenuto nell'art. 1372 c.c.[248]

Un ulteriore orientamento preferisce giustificare i due principi argomentando dalla mancanza, nella disciplina dei diritti reali, di una norma di apertura alla autonomia privata parallela all'art. 1322 c.c.[249]

Altri ancora ne rintracciano un fondamento nel disfavore espresso dall'ordinamento verso la coesistenza di più diritti reali sulla medesima cosa che, ammessa quando dà forma giuridica a rapporti sperimentati nel tempo, come nei casi dei diritti reali di godimento, è ostacolata quando dia luogo a situazioni reali atipiche. Una soluzione diversa, si nota, scoraggerebbe il traffico giuridico in quanto i terzi acquirenti sarebbero continuamente esposti al conflitto con i titolari della situazione reale atipica senza che l'esperienza giuridica abbia già potuto cristallizzare, in regole generali, le soluzioni via via maturate[250].

---

[247] M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali, ibidem*. L'A. richiama in proposito il tema dell'obbligo del terzo di non ingerirsi nel rapporto di credito (lesione del credito e induzione all'inadempimento).

[248] M. COSTANZA, *<<Numerus clausus>> dei diritti reali,* p. 433. In quest'ottica deve essere richiamato lo stesso art. 1376 c.c. che consente al contratto la costituzione o il trasferimento del diritto proprio con efficacia *erga omnes*.

[249] M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale,* p. 294. Sul punto si vedano però le osservazioni di A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, p. 166 n. 46 per il quale l'art. 1322 c.c. non sarebbe "ristretto ai rapporti obbligatori, nonostante la collocazione nel libro IV del codice civile. Con il contratto, e il negozio in genere, si dà vita, infatti a qualsiasi tipo di diritto, reale o obbligatorio. La limitazione degli effetti negoziali alle parti contraenti deriva invece dall'art. 1372 c.c., il quale, come il precedente art. 1322 c.c., si riferisce a qualsiasi tipo di effetto contrattuale, o meglio a qualsiasi diritto".

[250] G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale,* p. 970. In proposito si veda la attenta indagine di A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali,* Milano, 1979, il quale riconduce la prima formulazione chiara, nella dottrina italiana, del principio di tipicità dei diritti reali alla riflessione giuridica di Giacomo Venezian alla fine del diciannovesimo secolo quale risposta "all'esigenza di non dare ingresso all'arbitrio dei provati che disorganizzerebbero il disegno tracciato dal

Ciascuno dei postulati suddetti, e quindi lo stesso principio del *numerus clasusus,* deve oggi essere verificato alla luce della disciplina introdotta dall'art. 2645 *ter* c.c.

La circostanza è stata già segnalata, talvolta con preoccupazione, in dottrina.

Infatti per alcuni, pur nei limiti fissati dalla nuova disposizione, "sarebbe ora possibile strutturare un diritto di <<proprietà fiduciaria>>, realmente <<funzionalizzato>> al perseguimento di specifici interessi meritevoli di tutela, la cui violazione legittima qualunque interessato a reagire facendo valere *erga omnes* l'inefficacia dell'atto compiuto in contrasto con il vincolo di destinazione"[251]. Ciò non solo nel caso in cui le parti del negozio stabiliscano un vero e proprio divieto di alienazione. Il vincolo di destinazione reso opponibile ai creditori del proprietario indica infatti "un modo di essere della proprietà, la quale *genera utilità destinate non già al suo titolare, ma ad un beneficiario"*[252] in quanto - dispone la norma- *"i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione"* e per la realizzazione dello scopo può agire *"qualsiasi interessato"*.

Prendendo qui a prestito le considerazioni svolte in tema di proprietà fiduciaria nella prima metà del secolo scorso, è evidente che le suddette limitazioni al diritto di proprietà "non sono più semplici compressioni o riduzioni del contenuto del diritto a cui si riferiscono; esse operano in modo da ridurlo a semplice forma, sicché a ragione si parla di proprietà *formale*"[253].

---

legislatore". Alla base di tale teorizzazione vi era "il convincimento che le situazioni soggettive, per le quali, in un certo tipo di assetto economico si potrebbe giustificare la tutela dell'opponibilità, sono già qualificabili come diritti reali in base ad indici legislativi (p. 582)". L'ingresso del "principio di tipicità dei diritti reali (inteso come sottrazione ai privati di qualsiasi competenza in materia di diritti reali), è stato il risultato del combinarsi di tre fattori: *a)* l'attenzione dedicata dal legislatore ai problemi direttamente o indirettamente connessi con la figura del diritto reale; *b)* la organizzazione del sistema economico in forme di ricchezza che non sollecitavano una rottura, in via interpretativa, del tradizionale quadro dei diritti reali; c) l'emersione di un nuovo punto di vista (...) circa la non funzionalità allo sviluppo capitalistico degli interessi tutelati da un'eventuale atipicità dei diritti reali (p.584-585)".

[251] G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* in *Riv. dir. civ.,* 2006, I, p. 169 ss.; l'A. ritiene inoltre che l'art. 2645 *ter* c.c.. renda possibile una configurazione, diversa da quella tradizionale, del negozio di destinazione tale per cui "non si riscontra la dicotomia tra effetto esterno di natura reale ed effetto puramente interno di natura obbligatoria; l'effetto è qui unitario, come riflesso della conformazione del diritto reale che costituisce oggetto del negozio".

[252] A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui,* p. 169.

[253] Così notava, critico verso l'ammissibilità della proprietà fiduciaria nel nostro ordinamento, S.

Sembrano così fondate le opinioni favorevoli ad un accoglimento definitivo di una proprietà fiduciaria o funzionalizzata ad un interesse altrui.

Altra parte della dottrina nota tuttavia come accanto alla interpretazione sopradetta ne fosse possibile un'altra per la quale "poichè l'art. 2645 *ter* c.c. testualmente non regola gli effetti del vincolo sulla proprietà del bene destinato, questi vanno regolati secondo le norme ordinarie. Nei casi in cui il vincolo funzionalizzerebbe la proprietà, non è infatti direttamente la legge ad istituire quella conformazione del dominio, ma pur sempre l'autonomia privata. Ed all'autonomia privata sono consentiti gli effetti permessi dall'ordine pubblico. Ma la creazione di una proprietà atipica esula dagli attuali principi di ordine pubblico. Né si può sostenere che la nuova norma implichi necessariamente quell'effetto. Infatti, essa è comunque rilevante per consentire la trascrizione - finora non possibile - di quei vincoli di destinazioni meno incisivi che non interferiscono con la natura della proprietà del bene destinato"[254].

PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile, metodo - teoria - pratica*, Milano, 1951, p. 275.

[254] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Rass. dir. civ.* 2007, p. 31. Da segnalare anche l'opinione di G. ANZANI, *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 398 e ss. e in particolare alla pagina 410, per il quale anche continuando a mantenere ossequio alla tradizione "l'antico dogma non verrebbe intaccato con l'ammettere la costituzione di vincoli di destinazione, finanche di natura reale, da parte dell'autonomia negoziale privata, per la semplice ragione che il vincolo non crea un nuovo diritto reale, diverso dai tipi annoverati nell'usuale catalogo, ma produce soltanto la conformazione di uno di quei diritti in funzione di uno scopo da perseguire. (...) la costituzione di un vincolo reale di scopo plasmerebbe un diritto reale atipico solo se innovasse il ventaglio e l'estensione massima delle facoltà che compongono il contenuto di uno dei tradizionali diritti reali, cioè se desse luogo ad un diritto dal contenuto originale, magari in virtù o dell'aggiunta di una facoltà ulteriore o della rimozione di un limite rispetto all'ordinario assetto delle facoltà proprie di un determinato diritto". Nello stesso senso, contrario alla ipotesi che l'art. 2645 ter c.c. influisca sul principio del numerus clausus dei diritti reali, A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 233. Non potrebbe trovare neanche oggi accoglimento l'opinione espressa da M. CONFORTINI, *Vincoli di destinazione*, in Dizionari del diritto privato (a cura di N. Irti), Milano, 1980, p. 881 ss. negava che il vincolo di destinazione potesse essere ricondotto ad una limitazione del diritto di proprietà. A sostegno della propria tesi l'A. richiamava la disciplina dell'art. 80 della legge n.392 del 27 luglio 1978 che regola, nelle locazioni di immobili urbani, l'uso (del bene) diverso da quello pattuito disponendo che "se il conduttore destina l'immobile locato ad uso diverso da quello pattuito contrattualmente e se trascorre un anno senza che il locatore chieda la risoluzione del contratto, allora al contratto si applica il regime

Gli esempi utilizzati per dare concretezza al discorso finiscono tuttavia - per stessa ammissione del loro formulatore - per far coincidere il contenuto del vincolo istituito sul bene con quello dei più tradizionali diritti personali di godimento, come nel caso della locazione, o dei diritti *in re aliena*[255].

Ad ogni modo tale dottrina preferisce tenere aperta la possibilità di questa seconda interpretazione in quanto non le risulta credibile che "un canone così rigido e risalente come il *numerus clausus* dei diritti reali sia stato finalmente derogato da una normetta introdotta occasionalmente nel codice, neppure tra quelle sulla proprietà bensì tra quelle sulla tutela dei diritti"[256].

La considerazione sarebbe di per se condivisibile se non fosse che, lo stesso autore ritenga ormai superabile, senza troppi timori, il principio della responsabilità universale del debitore espresso dall'art. 2740 c.c, al punto che qualsiasi interesse lecito sarebbe idoneo a giustificare, dinanzi ai creditori, la separazione dei beni vincolati dal restante patrimonio del destinante.[257]

Poco comprensibili sono allora le ragioni di tanta prudenza di fronte ai principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, i quali forse, nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c., non sono nemmeno messi in discussione[258].

---

corrispondente all'uso effettivo dell'immobile". Secondo l'A. la norma individuerebbe il soggetto investito del potere di destinazione nel conduttore, e cioè in un soggetto non proprietario; pertanto, "può certo dirsi che il potere di compiere atti di destinazione del bene non è esclusivo del titolare del diritto di proprietà, che un vincolo è ipotizzabile anche con riguardo a soggetti non proprietari e può riguardare anche beni non in proprietà" e, conseguentemente, "il vincolo di destinazione non è riducibile allo schema della limitazione del diritto di proprietà". Si deve rilevare tuttavia che, sebbene la legge talvolta dia rilievo al vincolo di destinazione a prescindere dalla situazione proprietaria (e diversamente non potrebbe essere visto che, almeno con riguardo all'art. 80 della legge 392 del 1978, la destinazione impressa dal conduttore determina la disciplina contrattuale e null'altro), ciò non autorizza a concludere che, allorquando la destinazione sia effettuata dal proprietario in quanto tale, essa non limiti il contenuto del diritto di proprietà suo e dei suoi aventi causa.

[255] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, p. 28.

[256] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, p. 33.

[257] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, p. 20 e ss.

[258] Si deve notare come in verità essi paiano salvi se si considera come l'art. 2645 *ter* c.c. è pur sempre una fattispecie di creazione legislativa. Sul punto serve richiamare l'insegnamento di L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, ,Milano, 1975, 190, osservava che "esso opera soltanto come limite dell'autonomia privata, alla quale è negato il potere di creare diritti reali atipici, cioè non corrispondenti a

Ad ogni modo è da notare come tali principi, da un lato non godono più da tempo di ottima reputazione[259], dall'altro sono ricondotti a giustificazioni, si è visto, tutt'altro che incontroverse.

Il fondamento de principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali sarebbe infatti da rintracciare alternativamente *a)* nel principio di relatività del contratto, *b)* nel disfavore - giustificato da esigenze di efficienza del traffici - dell'ordinamento per la coesistenza di diritti reali sul medesimo bene, *c)* nella mancanza di una norma quale l'art. 1322 c.c. nel libro terzo del codice civile, *d)* nella tipicità degli atti suscettibili di trascrizione.

Fin troppo agevole sembra la verifica del supermento delle argomentazioni sub *c) e d).*

L'art. 2645 *ter* c.c. infatti da un lato consente eplicitamente la trascrizione dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione, dall'altro accorda lo strumento pubblicitario *"per la 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"* c.c..

Se l'ostacolo alla conformazione di proprietà atipiche era la mancanza di una norma di

---

schemi normativamente prestabiliti. Esso non impedisce, invece, che in nuovo schema legale, quale la vendita con riserva della proprietà disciplinta dal codice del 1942, siano riconosciuti, mediante una corretta applicazione, i tratti caratteristici di un nuovo tipo di diritto reale, che viene ad aggiungersi alle figure tradizionali. Diritto reale tipico non significa diritto reale <<nominato>> (dalla legge): possono esistere nel sistema anche diritti reali innominati (non avvertiti dal legislatore storico) e tuttavia tipici, in quanto espressi da strutture normative tipiche.". Questo pare proprio il caso dell'art. 2645 *ter* c.c. che introduce un diritto reale, quello della proprietà destinata, tipico ancorché innominato. Certo la tipicità della nuova situazione reale è alquanto sfumata, come avviene per i diritti di servitù per i quali già M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, p. 379, notava che "per diritto nostro, e a differenza di quanto si verifica per diritto romano, si ha, in questo campo (...), una situazione analoga a quella che sussiste nella categoria del rapporto obbligatorio, nel senso che tanto nell'uno che nell'altro caso la prestazione dedotta non è determinata dal legislatore in maniera positiva" ma rimessa alla autonomia delle parti nei limiti fissati dall'art. 1027 c.c. ("per l'utilità di un altro fondo"). Sui confini dell'autonomia privata nella costituzione di diritti di servitù atipici si veda quanto si dirà meglio nel § 2.9.

[259] Nota è infatti l'espressione di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. diritto, vol. XII*, Milano, 1964, p. 908, per il quale l'antico principio della tipicità dei diritti reali sarebbe "ormai poco più che un pregiudizio". Più recentemente L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano. Esperienze a confronto*, a cura di F. Alcaro e R. Tommasini, Milano, 2003, p. 24, ritiene il principio del *numerus clausus* un dogma dal sapore tralatizio.

apertura alla autonomia privata, la nuova disposizione lo rimuove con il riferimento a "interessei meritevoli di tutela (...) ai sensi dell'art. 1322 c.c."[260].

In altre parole sembrano venuti meno due dei principali ostacoli alla possibilità, per la autonomia privata, di conformare un diritto reale atipico.

Con riguardo alla pretesa contrarietà di una proprietà fiduciaria o finalizzata al principio di relatività del contratto si deve invece notare che, esaminando il fenomeno dal punto di vista dei diritti reali, non può dirsi che i terzi vedano leso dal negozio di destinazione un loro diritto, una posizione giuridica che faccia parte del loro patrimonio. Si tratterebbe forse di un mero effetto riflesso negativo del contratto, peraltro del tutto eventuale[261].

Come peraltro ha notato parte della dottrina che si è occupata *ex professo* del problema, il pregiudizio del terzo risiederebbe nell'essere quest'ultimo "privato di determinate facoltà in astratto previste dal legislatore, al di fuori della sua volontà"[262].

Ma questa obiezione sembra superabile in base alla considerazione - peraltro ammessa

---

[260] Ciò anche dove si voglia separare il sintagma "interessi meritevoli di tutela" dal riferimento all'art. 1322, 2° comma, c.c. come suggerito da A. NICOLUSSI, *I diritti della persona nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto,* testo dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'Autore, p. 7, che nota come il richiamo dell'art. 1322, II comma, c,c, "potrebbe reputarsi semplicemente riferito al profilo di atipicità che l'atto di destinazione assumerà non rientrando tra i tipi previsti dagli art. 1470 e s. c.c. e potendo non configurarsi necessariamente come una donazione. In altri termini, il negozio di destinazione può costituire un atto di disposizione unilaterale, il quale però, vista l'inaccoglibilità nel nostro ordinamento di nuda acta o pacta de dominio transferendo, neccesita di una causa, ossia appunto la tutela di soggetti deboli prevista dallo stesso art. 2645 ter".

[261] La classificazione tradizionale dei contratti a danno dei terzi, per la quale si veda F. MESSINEO, *Contratto nei rapporti col terzo,* in *Enc. diritto,* X, Milano, 1962, p. 197, distingue contratti che producono effetti onerosi per il terzo o un vero e proprio danno per il terzo. Nella seconda categoria rientrerebbero i contratti diretti a danneggiare il terzo, quale proposito delle parti, e i contratti che, pur non essendo stipulati contro il terzo, indirettamente, di riflesso, gli recano pregiudizio. Un esempio di quest'ultima ipotesi era riconosciuto nel patto di non concorrenza fra imprenditori che danneggia tanto gli altri imprenditori non partecipanti al patto quanto i consumatori o utenti. Si notava che, il danno, si produceva in tal caso anche al di là delle intenzioni dei contraenti. L'ipotesi della conformazione di un diritto reale atipico non sembra assimilabile neanche ai contratti con effetti riflessi negativi nei confronti dei terzi i quali, fintantoché non decidono di acquistare il diritto conformato, non sono toccati dalla stipulazione cui sono rimasti estranei.

[262] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, p. 159

dalla stessa dottrina appena richiamata - che "chiunque è libero di acquistare o meno un bene gravato da certe limitazioni a lui non gradite"[263], libertà oggi rafforzata dal regime pubblicitario specificamente previsto per i vincoli di scopo.

In altre parole pare che, con riferimento agli effetti nei confronti dei terzi, le ragioni di preoccupazione siano meno serie rispetto a quanto visto sotto il profilo della responsabilità patrimoniale.

Pertanto è possibile concludere nel senso di una perdita di consistenza dei principi del *numerus clausus* e tipicità dei diritti reali. Conseguentemente, venuta meno la inespugnabilità di uno dei sui principali ostacoli, sarà possibile un trasferimento di diritti per causa fiduciaria e di destinazione, seppure nei limiti derivanti da quanto diremo tra breve.

2.7. (segue).

Il discorso sulla tipicità dei diritti reali deve, per essere completo, tenere presente gli approdi della dottrina in tema di autonomia privata.

Se da un lato, infatti, non sembrano condivisibili gli orientamenti dottrinali prudenti rispetto al portato dell'art. 2645 *ter* c.c. sul tema, dall'altro nemmeno possono essere accolte quelle opinioni secondo le quali il *numerus clausus* e la tipicità dei diritti reali "costituisce l'ultimo baluardo, vacillante e tutt'altro che sicuro, di un sistema ideologico, che la coscienza dell'interprete sente ormai superato, e come tale da dismettere, insieme al vieto principio di nominatività e tipicizzazione *ex lege* dei modelli negoziali: principio del tutto inconciliabile con le esigenze del moderno ordinamento, aperto senza remore né riserve al riconoscimento dell'autonomia privata in tutte le sue possibili manifestazioni".[264]

Tale opinione sembra invero presupporre una concezione della autonomia privata che, per quanto suggestiva, non è sufficientemente consapevole né dei dati provenienti dall'ordinamento né della teorizzazione, anche meno recente, del concetto medesimo da parte della dottrina.

---

[263] A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali,* I, *ibidem.*

[264] G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme),* p. 360.

Già da tempo infatti la riflessione civilistica ha evidenziato come l'autonomia privata non importi più una signoria delle parti sugli effetti del contratto: "(...) partita come punta massima dell'esaltazione dell'individuo all'interno dell'ordinamento, dapprima in veste di signoria della volontà, successivamente, e in termini ancora più pregnanti, come competenza specifica a porre in essere rapporti ai quali l'ordinamento poteva solo limitarsi a dare riconoscimento, l'autonomia privata classicamente intesa è divenuta, in un largo settore del diritto privato, nient'altro che l'ombra di se stessa"[265].

In particolare si è notato come "il contratto assume talora il valore di un regolamento subito più che accettato dalle parti"[266].

Questa tendenza dell'ordinamento è oggi tutt'altro che smentita.

Talché l'apertura che pure è riconosciuta all'autonomia privata nella conformazione dei diritti reali deve essere bene intesa alla luce degli sviluppi che hanno interessato quel concetto nel diritto dei contratti e delle obbligazioni.

E' questa anzi un'esigenza reale se, già in passato, alcuni in dottrina avvertivano come l'esperienza del settore contrattuale, dove "il più ampio spazio all'autonomia privata tende a risolversi in strumento di vantaggio del contraente forte nei confronti di quello più debole", "(...) non può essere dimenticata nel settore dei tipi di utilizzazione dei beni, il quale anzi, attraverso una indagine condotta in concreto sulle principali forme di convenzione, sembra evidenziare la stessa tendenza manifestata dal diritto delle obbligazioni e dei contratti"[267].

In tale ottica il mantenimento dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali era ritenuto auspicabile "(...) per l'esigenza di tutelare il soggetto più debole dinanzi al maggior potere del più forte, esigenza che dovrebbe costituire oggi, dopo il superamento storico dello scopo della *Freiheit des Eigentums*, il fine più interessante

---

[265] C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 291.

[266] C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p.294

[267] M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale.* p. 296-297. L'A. notava in particolare come "sono infatti soprattutto le convenzioni dettate dai grandi complessi economici a mostrare tentativi di superamento dei principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali, per la realizzazione di nuove situazioni appositamente ideate allo scopo di tutelare particolari esigenze che i tipi esistenti non riescono a soddisfare". Esempi di tale tendenza sarebbero stati ravvisabili (p. 298) nelle "convenzioni tipo predisposte dalle società petrolifere per l'utilizzazione di aree per distributori delle società mediante figure giuridiche che si avvicinano a quelle del diritto di superficie, dando luogo a molteplici controversie al riguardo".

perseguito dall'ordinamento attraverso i detti principi"[268].

Recentemente, con riferimento alla disciplina della multiproprietà predisposta dal decreto legislativo n. 427 del 1998 (oggi risistemata nel codice del consumo), si è segnalata, proprio in tal senso, la singolarità del fenomeno "consistente nell'estensione della regola di trasparenza (che presuppone – ed è volta a colmare – una assente o insufficiente conoscenza da parte del contraente consumatore del contenuto dell'atto che egli conclude) ad un contratto con effetto reale immobiliare, iscritto, in quanto tale, nel novero dei contratti nei quali per tradizione viene ravvisata l'espressione paradigmatica del fondamento volontaristico del contratto"[269].

La disciplina appena richiamata in verità rappresenta una prima punta di emersione di un'area di contatto tra la problematica della disciplina della autonomia privata nella formazione del regolamento contrattuale e quella dei principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali, che il progressivo ritiro di questi ultimi renderà bisognosa di regolazione.

Non a caso, in altro contesto, è stato notato che la perdita di terreno di un principio o istituto giuridico non comporta necessariamente la contestuale eliminazione dei problemi che esso regola[270].

In altre parole, per concludere, se non sembrano esservi ostacoli per un ripensamento dei principi di tipicità che governano tradizionalmente la materia dei diritti reali, ciò non autorizza a concepire, in alternativa, lo spazio aperto all'autonomia privata come una pianura sgombra da limiti[271].

---

[268] M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*. p. 301

[269] U. MORELLO – G. TASSONI, *Multiproprietà*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civile, aggiornamento,* Torino, p. 909.

[270] Lo nota, con riferimento alla causa contrattuale, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo,* in *Trattato del contratto,* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, vol. II, p. 109, per il quale "la perdita di terreno del concetto di causa, la cui effettività (…) è difficilmente contestabile, non è comunque tale da determinare la rimozione dei problemi della causa. In altra parole (…) anche l'eliminazione di un concetto lascia, comunque, allo studioso il compito di occuparsi dello spazio che lo stesso occupava e che non può essere eliminato".

[271] Si allude con ciò alla celeberrima metafora di S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, p. 271: "la creazione di uno schema negoziale libero, insomma, non si risolve nel costruire un edificio su di una pianura sgombra, ma consiste piuttosto nel cercare di inserirlo nell'ambito di una città già costruita, in base ad un rigoroso piano regolatore; il che deve essere fatto, senza alterare strutture e funzioni in atto o

Del resto si deve pur sempre tener conto, in questa materia, delle indicazioni costituzionali per le quali la proprietà non è garantita di per sé sola "come libertà individuale fine a se stessa, bensì in funzione della libertà politica, come elemento dell'emancipazione politica"[272]. Indizio ne è il riferimento alla funzione sociale della proprietà - che il legislatore deve assicurare – da intendere non in modo antinomico rispetto alla libertà del proprietario ma concorrente "nel medesimo ambito operazionale: la funzione di partecipazione del singolo al sistema delle decisioni economiche e la funzione di omogeneizzazione dell'interesse individuale con l'interesse generale"[273].

Se allora, superate la rigidità originaria del principio di tipicità dei diritti reali, alla autonomia privata è oggi riconosciuto il potere di conformare una proprietà allo scopo, tale potere dovrà pur sempre essere funzionalizzato ai sensi dell'art. 42, comma 2, Cost.

In tale senso potrebbe allora essere valorizzata la lettera dell'art. 2645 *ter* c.c. che condiziona la trascrivibilità del negozio alla circostanza che la destinazione abbia di mira la cura di *"interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c."*, ossia, come si è visto, interessi riconducibili al canone di solidarietà costituzionale.

La funzionalizzazione della proprietà da parte dell'autonomia privata sarebbe consentita solo nei limiti in cui lo scopo perseguito assuma una connotazione solidaristica.

In tal modo, verrebbe mantenuto all'ordinamento, nella materia dei diritti reali, un criterio di controllo della autonomia privata.

Inoltre, sarebbe raggiunto anche un punto di equilibrio tra le nuove istanze di questa e

---

almeno progettate e in via di attuazione".

[272] L. MENGONI, *Proprietà e libertà,* p. 445.

[273] L. MENGONI, *Proprietà e libertà,* p. 444. Sono in questo senso oggi le osservazioni di G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari,* in *Riv. Dir. Civ,* 2007, *I,* p. secondo cui "a ben vedere, il legislatore non sarebbe stato del tutto libero, pur se l'avesse voluto, di legittimare la separazione in considerazione di qualsivoglia interesse individuale che l'autonomia privata può contemplare nel disporre vincoli di destinazione: la separazione, comportando l'indisponibilità del bene, si traduce in un limite della proprietà, che ne altera nell'essenza il contenuto normale; ora la norma costituzionale consente bensì alla legge di determinare <<limiti>> della proprietà, ma esclusivamente <<allo scopo di assicurarne la funzione sociale>> (art. 43, comma 2°, Cost.). Il precetto costituzionale sarebbe violato non soltanto se la legge limitasse direttamente la proprietà al fine del soddisfacimento di qualunque interesse privato, ma anche se al risultato pervenisse in via mediata, riconoscendo efficacia giuridica ad atti di autonomia istitutivi di limiti".

le esigenze del traffico giuridico, poste a fondamento queste ultime, secondo parte della dottrina, del disfavore dell'ordinamento verso la moltiplicazione di modelli di appartenenza e utilizzazione dei beni[274], e che risulterebbero sacrificate di fronte a ragioni di interesse altrettanto superindividuale.[275]

I riflessi dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. sullo statuto della proprietà consentono di evidenziare un ulteriore argomento contro la tesi che identifica, anche nel cotesto della nuova norma, meritevolezza e liceità.

L'interpretazione che, invece, ricostruisce la meritevolezza quale connotazione solidaristica dell'interesse consente invece l'individuazione di un fulcro sul quale l'art. 2645 ter c.c. possa bilanciare pienamente il proprio precetto normativo.

2.8. Destinazione patrimoniale e strumenti di tutela preventiva a favore dei creditori.

Tra gli strumenti di tutela preventiva del credito che il legislatore ha previsto per altre ipotesi di destinazione patrimoniale il primo riferimento va sicuramente allo strumento di opposizione disciplinato dall'art. 2447 *quater* c.c.[276] a favore dei creditori antecedenti

---

[274] In tal senso l'opinione di G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale,* cit. e più recentemente R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo,* p. 170 n. 66 che concorda con chi ritiene che"le forme di utilizzazione dei beni consentite ai privati includano solamente le ipotesi regolate dal legislatore, consistendo, viceversa ogni forma atipica di diritto reale in un intralcio alla circolazione e in uno ostacolo al razionale uso della ricchezza" .

[275] Nota infatti L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico,* in Studi in onore di M. D'Antona, Milano, 2004, p. 4179, che "la legittimità materiale delle leggi non dipende necessariamente ed esclusivamente dalla coerenza con la razionalità economica. Questa non è l'unico scopo del diritto e nemmeno, per sé sola, lo scopo primario. Al sistema giuridico sono coessenziali altri due fini, la tutela della libertà individuale, in cui si compendiano i diritti dell'uomo e del cittadino". Si vedano inoltre, ancora sull'elaborazione dottrinaria del principio di tipicità dei diritti reali, le considerazioni di A. Belfiore, *Interpretazione e dommatica dei diritti reali,* p. 585 che nota come "l'idea della tipicità dei diritti reali (...) è il sottoprodotto di un'ideologia orientata a funzionalizzare l'autonomia dei privati, il potere dei proprietari, all'esercizio di attività economiche o, meglio, all'esercizio di attività orientate al profitto".

[276] Art. 2447 *quater* c.c. (Pubblicità della costituzione del patrimonio destinato). "La deliberazione prevista dal precedente articolo deve essere depositata e iscritta a norma dell'articolo 2436.Nel termine di sessanta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese i creditori sociali anteriori

alla destinazione.

Tale tecnica di tutela sembra invero propria del diritto societario e più precisamente della disciplina delle c.d. operazioni straordinarie, quali la riduzione volontaria del capitale sociale, la fusione, la scissione, la trasformazione.

Per tutte le suddette operazioni il legislatore prevede in capo ai creditori la facoltà di opposizione alla delibera assunta [277].

Si tratta tuttavia di norme tutte proprie delle società di capitali, persone giuridiche cioè, soggette peraltro a particolari oneri pubblicitari relativamente alla propria vita sociale, attività economica e composizione del proprio patrimonio.

Pertanto, nel silenzio della legge, è difficile sostenere la possibilità, per i creditori anteriori alla destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c., di ricorrere all'opposizione prevista dall'art. 2447 *quater* c.c.[278]

Uno strumento di opposizione preventiva dei creditori ad un atto di disposizione del debitore non è previsto solo in materia societaria.

In particolare si deve ricordare la disciplina dell'art. 1113 c.c. il quale al primo comma dispone che "(...) i creditori e gli aventi causa da un partecipante possono intervenire nella divisione a proprie spese, ma non possono impugnare la divisione già eseguita, a meno che abbiano notificato un'opposizione anteriormente alla divisione stessa e salvo

---

all'iscrizione possono fare opposizione. Il tribunale, nonostante l'opposizione, può disporre che la deliberazione sia eseguita previa prestazione da parte della società di idonea garanzia".

[277] Secondo alcuni, G. GIANNELLI, *sub. art. 2447 - quater*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1235, l'opposizione di cui all'art. 2447 *quater* c.c. sarebbe addirittura modellata sull'analoga azione prevista dalla disciplina della scissione o della riduzione volontaria. Altri, A. NIUTTA, *I patrimoni e i finanziamenti destinati*, Milano, 2006, p. 79, rifiutano l'accostamento con la scissione, riconoscendo invece una più forte somiglianza con la disciplina di cui agli artt. 2445 c.c. (per l'ipotesi di riduzione del capitale sociale), 2487-ter, II comma, c.c. (opposizione alla delibera di revoca dello stato di liquidazione), 2503 c.c. (in caso di fusione), 2500-novies (trasformazione). Le differenze tra le previsioni in tema di scissione e la disciplina di cui agli art. 2447 bis c.c. e ss. era avvertita tuttavia anche da G. GIANNELLI, *sub. art. 2447 - quater*, p. 235, il quale nota che "a differenza della scissione, però, i creditori della società non conservano il diritto di agire in via sussidiaria sui beni del patrimonio sia pure nei limiti del valore netto di distacco (art. 2506-bis, co. 3°)".

[278] Sembra, tra l'altro, estraneo al sistema della trascrizione l'effetto di sospensione legale - che invece l'art. 2447 *quater* c.c. dispone per la delibera costitutiva del patrimonio destinato - dell'efficacia di un atto che decorra, appunto, dalla data di trascrizione del medesimo. Sotto altro profilo, il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 2447 *quater* c.c. potrebbe rivelarsi troppo breve in un contesto non di mercato.

sempre ad essi l'esperimento della azione revocatoria o dell'azione surrogatoria".

La norma è di particolare interesse ai fini che qui ci occupano in quanto accorda esplicitamente ai creditori dei partecipanti alla comunione uno strumento di impugnativa negoziale *ad hoc*, ulteriore rispetto alla generale azione revocatoria.

Tuttavia, alcune considerazioni sembrano d'ostacolo anche al ricorso, in via analogica, a siffatta disciplina ai negozi di cui all'art. 2645 *ter* c.c.

La divisione dello stato di comunione può avvenire come noto in via amichevole o in via giudiziale.

In entrambi i casi i creditori - anche condizionati o a termine[279] - hanno diritto di partecipare, a proprie spese, alle operazioni della divisione[280]. Il diritto del creditore potrà concretizzarsi dunque anche diversamente dall'intervento nel giudizio di divisione.

La possibilità di una opposizione all'atto negoziale di divisione è confermata anche dalla stessa lettera dell'art. 1113 c.c.; infatti la salvezza dell'esperimento della revocatoria presuppone che la divisione sia stata effettuata con un atto negoziale.

Il creditore tuttavia non assume mai la qualità di parte del negozio di divisione.

Egli assiste "alla formazione del negozio o allo svolgimento del giudizio che si concludono con l'attribuzione delle porzioni o con la vendita della cosa", richiama i soggetti all'osservanza della legge, pone il debitore innanzi ai pericoli derivanti dal seguire l'uno o l'altro procedimento, sorveglia perchè le porzioni corrispondano al valore delle quote: in sintesi il creditore, privo di un potere dispositivo, ha "il diritto di assistere e vigilare e collaborare lungo tutte le fasi di formazione del negozio o di

---

[279] G. BRANCA, *Comunione*, in Commentario del codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna - Roma, 1951, p. 230

[280] Tale diritto di opposizione rientra, secondo U. NATOLI - L. BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Milano, 1974, p. 19, tra le ipotesi di intervento nella sfera giuridica del debitore con "funzione di mera cautela - cioè quelle nelle quali l'intervento tende ad assicurare soltanto de futuro (quindi la sola eventualità del) la realizzazione coattiva dell'interesse del creditore". Si dovrebbero distinguere da siffatti strumenti di tutela del creditore "quelle ipotesi nelle quali, invece, l'intervento di questo nella sfera giuridica del debitore è immediatamente coordinato a tale realizzazione e si presenta, perciò, come un momento - sia pure, a volte, marginale - di un processo tipicamente esecutivo". In tale ultimo gruppo i suddetti autori riconoscono le azioni dirette e la facoltà di opposizione di cui agli artt. 498 e e 530 c.c.

svolgimento del giudizio"[281].

Ove il creditore non sia d'accordo con le parti o ritenga poco soddisfacente gli accordi in essere, prima che la divisione sia eseguita, può proporre opposizione alla medesima; tale opposizione formale gli è consentita peraltro anche quando "la divisione si andasse facendo in loro assenza".[282]

L'opposizione alla divisione ha tuttavia la funzione limitata di costituire in capo al creditore il diritto di impugnare l'atto di divisione a norma dell' art. 1113, I comma, c.c. Essa cioè non determina senz'altro l'instaurazione di un procedimento *ad hoc* come quello previsto dall'art. 2447 *quater* c.c. e dalle altre norma del diritto societario sopra richiamate.

Il successivo, ed eventuale[283], giudizio di impugnazione della divisione potrà provocare una nuova divisione o una modifica della divisione impugnata[284].

Tanto premesso si rende necessario chiarire, seppure brevemente, i presupposti dell'opposizione di cui all'art. 1113, I comma, c.c.

Se è vero che la funzione dell'istituto è nell'evitare ai creditori una diminuzione della garanzia patrimoniale, non si può fare a meno di notare che la lesione della garanzia generica è qui affatto diversa da quella determinata da un negozio di destinazione.

Infatti la lesione al diritto dei creditori sarebbe la conseguenza di un'assegnazione al partecipante-debitore di una quota inferiore a quanto di sua spettanza. La quota del comunista debitore non è sottratta alla garanzia generica per essere destinata ad un fine

---

[281] G. BRANCA, *Comunione,* p. 235. Nello stesso senso si veda oggi M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio,* Torino, 2006, p. 143.

[282] G. BRANCA, *Comunione,* p. 235.

[283] L'eventualità di tale procedimento giudiziale, sottolineata da M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio,* p. 144, dipende dalla circostanza che i condividenti ben potrebbero, per evitare il giudizio, tenere conto delle indicazioni del creditore o soddisfarne le ragioni.

[284] G. BRANCA, *Comunione,* p. 244, A. PALAZZO, Comunione, in *Dig. disc. priv, sez. civ.,* vol. III, Torino, 1988, p. 182. Si vedano pure P. MARINO - O. SCOZZAFAVA, *sub. art. 1113 c.c.,* in Commentario al codice civile diretto da P. Cendon, vol. III, Torino, 1991, p. 507, che precisano: "il rimedio previsto dal primo comma della norma in commento è vera e propria impugnazione. Infatti lo scioglimento, nonostante l'opposizione, è sempre efficace e sarà successivamente caducato solo inseguito all'accoglimento dell'impugnazione. L'interesse all'impugnazione deve essere provato dagli attori qualora questi ultimi intendono pervenire ad una nuova divisione. (...) I comunisti possono chiedere una modifica del piano di riparto vanificando così l'interesse all'impugnazione".

particolare e alla soddisfazione dei crediti contratti per l'attuazione di tale scopo, ma, semplicemente, è determinata, in natura o per equivalente, in misura inferiore alla sua consistenza.

Ciò è il riflesso della evidente diversità, sul piano causale, tra gli atti presupposti, ricorrendo, in un caso la divisione, nell'altro, un negozio di destinazione[285]. Del resto pure diverso è lo stato giuridico dei beni oggetto dei due atti: se nell'ipotesi di divisione essi si trovano in regime di comproprietà tra più soggetti, nel caso dei negozi di destinazione essi sono inizialmente nella proprietà di un unico soggetto.

Tali considerazioni rendono, se non improbabile, difficile l'applicazione in via analogica ai negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. di strumenti di opposizione quali quello previsto, per i patrimoni destinati ad uno specifico affare, dall'art. 2447 *quater* c.c., nell'art. 2645 *ter* c.c.

La tutela preventiva dei creditori anteriori alla destinazione sembra allora affidata necessariamente ad una selezione degli interessi assumibili quale scopo della destinazione.

L'art. 2645 *ter* c.c., tuttavia, si limita ad indicare, con formula generale, il perseguimento di interessi meritevoli di tutela, quale scopo idoneo a determinare la separazione di parte del patrimonio del conferente.

Proprio la genericità della formula utilizzata dal legislatore invita a riflettere attentamente sul ruolo ed il significato che il sintagma in esame assume nella nuova norma. In particolare ci si è chiesti, come si è visto, se con *l'interesse meritevole di tutela* di cui all'art. 2645 *ter* c.c. si autorizzano i privati a porre in essere qualsivoglia negozio di destinazione, con i noti effetti segregativi e di limitazione della proprietà, che non sia illecito oppure si inviti l'interprete ad operare di volta in volta un bilanciamento tra i valori che sono in gioco[286].

---

[285] I negozi di destinazione non sono infatti in alcun modo assimilabili, sul piano causale, al contratto di divisione inteso, secondo G. BONILINI, *Divisione*, in *Digesto disc. priv., sez. civ*, vol. VI, Torino, 1999, p. 490, "come accordo fra tutti i compartecipi, che, (...) opera" lo scioglimento della comunione "attraverso l'assegnazione, ai vai contitolari, di beni di valore corrispondente alle quote". Nello stesso senso, sul contratto di divisione, si veda G. MIRABELLI, *Divisione (diritto civile)*, in NN. D.I., vol. VI, Torino, 1960, p. 34, nonchè A. CICU, *Successioni per causa di morte, parte generale*, Milano, 1961, p. 412, per il quale tratto essenziale della divisione è l'assegnazione delle porzioni.

[286] Si veda quanto affermato dalla Commissione Giustizia chiamata ad esaminare in sede consultiva il

2.9. Negozi di destinazione e azione revocatoria. Dal fondo patrimoniale all'art. 2645 *ter* c.c.

La revocabilità del negozio di destinazione deve tuttavia fare i conti con i presupposti fissati dall'art. 2901 c.c.

Ancora una volta utili elementi sono offerti dalle vicende, anche giudiziali, che hanno riguardato il fondo patrimoniale, istituto introdotto con la riforma del diritto di famiglia in sostituzione del patrimonio familiare, dal quale si distingue sotto diversi profili.

Quanto all'aspetto della garanzia patrimoniale il legislatore del 1942 aveva previsto, all'art. 169 c.c., che l'atto di destinazione fosse inefficace nei confronti dei creditori il cui diritto fosse sorto anteriormente alla trascrizione del vincolo.

Una così forte tutela dei creditori anteriori alla destinazione non è stata riproposta dal riformatore del 1975; si è aperto pertanto il problema della tutela dei creditori del conferente il cui titolo non sia inerente ai bisogni della famiglia.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno reagito operando su diversi profili; da un lato è stato esteso con larghezza il concetto di "bisogni della famiglia" si da riconoscere, ex art. 170 c.c., il diritto di esecuzione sui beni vincolati al maggior numero possibile di soggetti. Da altro punto di vista si è proposta la revocabilità dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale alla stregua degli atti a titolo gratuito per i quali l'art. 2901 c.c. dispone requisiti dell'azione più blandi e favorevoli al creditore.

La qualificazione gratuita dell'atto costitutivo del fondo patrimoniale è stata ribadita anche dalla giurisprudenza fallimentare per ovvie ragioni più attenta alla tutela dei creditori.

Così se da un lato si è ritenuta applicabile anche al fondo patrimoniale la norma dell'art.

---

d.d.l. C-5736 nel quale compariva anche la norma qui in commento: "La II Commissione, esaminato il nuovo testo in oggetto, valutato che l'art. 27 introduce nel codice civile l'art. 2645-ter, mediante il quale si consente la trascrizione, a fini della opponibilità ai terzi, degli atti con cui bei immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono sottoposti a vincoli di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 del codice civile consentirebbe un utilizzo dell'atto di destinazione per il perseguimento delle più svariate finalità, purché non illecite e giuridicamente irrilevanti, con la conseguenza di sottrarre facilmente i beni destinati dalle pretese e dalle azioni creditorie; esprime parere favorevole con la seguente condizione: sia soppresso l'art. 27"

46 l.f. relativa al patrimonio familiare, dall'altro, si è mantenuto fermo l'indirizzo favorevole alla gratuità dell'atto costitutivo al fine di consentire l'applicabilità del regime favorevole al fallimento previsto all'art. 64 l.f. per il quale "sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito, esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante"[287].

Tuttavia deve essere notato come recentemente parte della dottrina dubiti della correttezza di tali soluzioni.

Il punto di partenza della critica dottrinaria è la considerazione delle diverse strutture con le quali possa essere costituito il fondo patrimoniale; in particolare si è ricordato come non necessariamente la apposizione del vincolo di destinazione familiare sia preceduta da un atto traslativo[288].

Questo ricorrerà quando il fondo venga costituito su impulso di un terzo o quando un coniuge trasferisca all'altro o alla comunione un bene di sua proprietà.

Nondimeno, l'ipotesi più frequente è quella della apposizione del vincolo di destinazione su beni che si trovano già nella proprietà dei coniugi.

È evidente che un negozio di destinazione siffatto sfugga sotto più profili alla naturale prospettiva revocatoria.

Si è sottolineato infatti che, in primo luogo, il negozio di destinazione, non importando un trasferimento di diritti, non sia un atto di disposizione nel senso inteso dall'art. 2901 c.c.

Inoltre la causa di destinazione è difficilmente assimilabile a ciascuno degli elementi

---

[287] Si noti, peraltro, che secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato l'atto costitutivo del fondo non potrebbe essere inteso neanche come compiuto in adempimento di un dovere morale. In tal senso si veda Cass. 18 settembre 1997, n. 9292. Critica verso tale impostazione L. CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano 2003, p. 32.

[288] Sotto un diverso profilo c'è chi ha segnalato come "concedendo nella generalità dei casi, l'azione revocatoria in favore dei creditori per debiti estranei ai bisogni della famiglia, viene sostanzialmente meno una qualunque differenziazione tra creditori qualificati e non qualificati; viene, con ciò distorto il progetto del legislatore e vengono altresì frustrate le esigenza di tutela della famiglia attraverso la predisposizione di una massa di beni relativamente impignorabili ed esclusivamente destinati al soddisfacimento dei bisogni familiari". Sul punto si veda F. VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2004, p. 43.

della coppia gratuità/onerosità[289].

Secondo alcuni sarebbe financo "assolutamente impossibile qualificare il fondo come atto dispositivo a titolo gratuito quando, nella relativa costituzione di fondo, per la mancanza di qualsiasi effetto traslativo o costitutivo di diritti, non sia consentito a livello di indagine analitica della stessa fattispecie individuare alcuna attribuzione, immediata e diretta, di diritti ad altro soggetto (il c.d. terzo acquirente), che, come tale, si avvantaggia dell'atto di disposizione".

Il negozio di destinazione non sarebbe infatti né un "atto di disposizione in senso tecnico" che abbia cioè come conseguenza "(…) la perdita, totale, o parziale, di un diritto da parte del debitore e l'acquisto, diretto ed immediato, di quel diritto da parte di un vincolo personale o reale a favore di un altro soggetto determinato, partecipe o meno del relativo negozio"[290], né un "vincolo reale di garanzia a favore di un determinato creditore, perché dalla costituzione del fondo deriva una riduzione della responsabilità patrimoniale per i creditori antecedenti dei coniugi costituenti, ma non la costituzione di

---

[289] Ma occorre tenere presente, sul punto, le già richiamate (*supra*, primo capitolo, § 1.6, n. 147) considerazioni di G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, circa la disciplina applicabile, nell'ambito dell'azione revocatoria, ai c.d. atti neutri (non riconducibili cioè né alle categorie degli atti gratuiti né a quelli degli atti onerosi). L'A. osserva a p. 305 che nell' art.. 2901 "non è dettata una regola particolare agli atti gratuiti e una regola particolare a quelli onerosi, ma una regola generale a tutti gli atti di disposizione (art. 2901 n.1) e una particolare agli atti onerosi (art. 2901 n.2). Pertanto quando manchino gli estremi dell'applicazione della seconda si farà luogo alla applicazione della prima senza che sia necessario ravvisare nell'atto concreto l'estremo della gratuità né proclamarne l'equiparazione, sia pure agli effetti della revoca, agli atti gratuiti".

[290] V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, Milano, 2002, p. 86. Nello stesso senso F. VIGLIONE, *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare*, Milano, 2004, p. 45, il quale suggerisce che il difetto della effettiva destinazione dei beni al soddisfacimento dei bisogni familiari crei una presunzione che dietro al negozio si celi, in realtà, un negozio simulato". Si veda però, nella dottrina meno recente, l'opinione di N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Torino, 1973, p. 193 "per il quale "l'attività dispositiva in senso tecnico, come tale, suscettibile di <<revoca >>, è, pertanto, quella che importa una modificazione sostanziale, giuridica od economica, dei suoi beni; tutti gli atti cioè che" abbiano "*(...)* per conseguenza la perdita, totale o parziale, di un diritto da parte del debitore e l'acquisto, più o meno immediato, di quel diritto da parte di un altro soggetto; o la creazione a carico del debitore stesso di un vincolo personale ovvero reale a favore di un altro soggetto". In genere poi l'atto di costituzione del fondo patrimoniale è tradizionalmente considerato revocabile in quanto in grado di incidere "sulla sfera patrimoniale del disponente, diminuendone la consistenza" (così L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione)*, p. 6)

una causa di prelazione a favore di un determinato creditore tale da porlo in una situazione di preferenza rispetto agli altri creditori chirografari che, comunque, hanno e conservano il diritto di partecipare al relativo concorso ex art. 170 c.c."[291].

Tali obiezioni non sono del tutto condivisibili.

Infatti è da notare come da tempo risalente la dottrina riconosca l'atto di disposizione rilevante ai fini della azione revocatoria in ogni atto che renda "deteriore la situazione di chi li compie, in quanto, ad es. sottopongono ad un vincolo beni che ne erano liberi"[292], non essendo pertanto necessario che esso determini il trasferimento o l'acquisto di un diritto reale.

E' innegabile al riguardo che un negozio di destinazione con effetto di separazione quale il fondo patrimoniale (ed ora gli atti di cui all'art. 2645 *ter* c.c.) sia idoneo, pur a prescindere dalla presenza di un effetto reale, ad incidere gravemente sulla sfera patrimoniale del debitore[293].

Esso non potrà perciò essere sottratto alla esperibilità dell'azione revocatoria per la sola circostanza che non abbia determinato un effetto propriamente traslativo.

Sotto altro profilo, maggiore attenzione merita la riflessione di parte della dottrina che ha sottolineato la natura non necessariamente gratuita (data invece per scontata dalla

---

[291] V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato,* 87.

[292] Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* III, 2 - IV, Milano, 1955, p. 191. Nello stesso senso, *ex multis*, L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione),* in *Enc. giur. treccani,* vol. XXVIII, Roma, 1991, p. 6.

[293] Occorre precisare che il debitore deve essere effettivamente a conoscenza del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori non essendo sufficiente una mera consapevolezza, da valutare alla luce del criterio della diligenza. Si veda sul punto A. NICOLUSSI, *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1995, p. 265 e ss. ed in particolare p. 286 il quale, contrario alla contaminazione della diade buona fede – mala fede (propria dei rimedi restitutori come quello in esame) con il criterio della diligenza, osserva che l'interpretazione contraria del " induce perplessità anche considerando come essa presupponga un'estensione della regola della diligenza, oltre l'ambito dell'adempimento dell'obbligazione, all'atto di disposizione che diminuisca il patrimonio del debitore. Ma la diligenza è testualmente prevista a conformare l'adempimento; e la colpa non può essere aggiunta dall'interprete dove la legge non la prevede. Inoltre (…) se l'ordinamento, con riguardo alle circostanze descritte ai fini dell'azione revocatoria, non pone al debitore alcun divieto di disporre, l'argomento con il quale si pretende di misurare l'attività dispositiva del debitore in termini di negligenza si rivela infondato anche sotto tale profilo, appunto perché la diligenza non varrebbe a conformare l'adempimento di nessun obbligo".

giurisprudenza) dell'atto di costituzione del fondo.

Su un piano generale si è infatti notato che, ai fini della qualificazione onerosa dell'atto, non osterebbero peraltro né la circostanza che ad usufruire del vantaggio sia anche il coniuge che subisce il sacrificio, né il dato che, nel caso del fondo patrimoniale, tale vantaggio non sia di natura strettamente economica ma meramente giuridica quale "la diminuzione della garanzia patrimoniale del costituente medesimo nei confronti dei suoi creditori personali"[294].

Certamente comuni sono le problematiche relative alla assimilazione del negozio di destinazione agli atti di disposizione di cui all'art. 2901 c.c. e, ancor di più, agli atti a titolo gratuito.

Tuttavia si deve evitare di obliterare le differenze che esistono tra la fattispecie presupposta dal fondo patrimoniale e quella della destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645 *ter* c.c. e con ciò rischiare di non saperne cogliere le conseguenze.

Infatti, come già evidenziato, tale norma disegna una fattispecie negoziale necessitante dell'integrazione da parte dell'autonomia privata.

Ciò a partire dallo scopo della destinazione, lasciato alla individuazione del conferente, che potrebbe consistere anche in finalità piuttosto rigide e quindi non suscettibili della dilatazione interpretativa che, come sopra ricordato, ha riguardato il concetto di bisogni della famiglia a vantaggio dei creditori dei coniugi.

Sotto altro profilo, deve essere notato che, a differenza del fondo patrimoniale, i negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. prevedono dei soggetti beneficiari determinati ex ante ed un eventuale soggetto gestore, rispetto ai quali si dovrà valutare lo stato soggettivo di mala fede richiesto dall'art. 2901 c.c.

In altre parole, nel caso dei negozi di destinazione si dovrà valutare se considerare terzi nel giudizio revocatorio i beneficiari o l'eventuale titolare/gestore dei beni vincolati.

In passato, con riferimento alla figura del *trust*, si è precisato che debba essere considerato terzo nel giudizio revocatorio il beneficiario in quanto è quest'ultimo che

---

[294] L. CALVOSA, *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano 2003, p. 31. L' A. nota pure che se "poi tali argomenti non siano ritenuti sufficienti ad attribuire la connotazione di onerosità all'atto costitutivo del fondo patrimoniale, quanto meno essi possono valere ad escludere nella maggior parte dei casi il carattere di gratuità, e ad imporre quindi la conclusione della neutralità strutturale e funzionale dell'atto stesso: con conseguente esonero dall'applicabilità della disciplina degli atti (gratuiti) inefficaci ex art. 64 l.f". L'A. preferisce qualificare l'atto suddetto come atto neutro revocabile cui applicare la disciplina dell'art. 69 l.f.

riceve i vantaggi patrimoniali della *trust* e subisce gli effetti negativi dell'eventuale esito negativo del giudizio revocatorio[295]. La stessa soluzione pare potersi adottare anche per i negozi di destinazione disciplinati dall'art. 2645 *ter* c.c.

È pertanto rispetto ai beneficiari che andrà valutata la presenza del *consilium fraudis*.

Si deve in proposito considerare che peraltro non può essere esclusa, in astratto, la costituzione di un vincolo di destinazione a favore di un beneficiario verso il corrispettivo di un prezzo o altra utilità da parte di quest'ultimo a favore del conferente: in una ipotesi del genere sarebbe difficile argomentare per la gratuità dell' atto di destinazione ed una non più evitabile qualificazione onerosa del medesimo, renderebbe ovviamente gravosa per l'attore la prova del *consilium fraudis* del beneficiario.[296]

Infatti, se il fondo patrimoniale presuppone la destinazione a favore dei membri della famiglia legittima, l'art. 2645 *ter* c.c. non determina, preventivamente, la qualifica o le caratteristiche dei beneficiari del vincolo. Conseguentemente nel giudizio revocatorio il creditore non potrà giovarsi delle presunzioni, fondate sulla particolarità del rapporto coniugale e familiare, che agevolano i terzi nei giudizi di impugnazione delle convenzioni matrimoniali.

Tali considerazioni evidenziano che la tutela dei creditori non titolati potrebbe, in concreto, incontrare ostacoli sin qui non previsti dalla dottrina che ha individuato nell'azione revocatoria un rimedio adeguato per governare anche il fenomeno della destinazione patrimoniale.[297]

---

[295] G. TUCCI, *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2003, p. 34.

[296] Nel senso della spettanza al creditore, che agisce in revocatoria, dell'onere di provare il consilium fraudis del debitore e del terzo, si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione),* cit, p. 11.

[297] *Ex multis* G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, ,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 79, per il quale "l'interesse dei creditori non può pertanto sottrarsi al giurdizio comparativo; mentre la sua prevalenza deve ritenersi affidata a strumenti, l'esperibilità dei quali è in funzione non già del compimento del negozio dispositivo, ma del concreto contenuto di quest'ultimo (...). Sotto questo profilo, il richiamo degli artt. 2901 e ss. del c.c. è l'unico che possa considerarsi pertinente, ove si voglia risolvere il problema della disciplina applicabile all'atto di destinazione posto in essere in frode ai creditori". Nel dibattito passato in tema di ammissibilità del c.d. *trust* interno una posizione simile era sostenuta da S. MAZZAMUTO, *Trust interno e negozio di destinazione,* in *Europa e Diritto privato*, 2005, ID., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vita*

Ma vi sono elementi ulteriori che inducono a dubitare di tale adeguatezza nella gestione dei conflitti[298], che la destinazione patrimoniale determina, tra più aventi diritti.

La destinazione patrimoniale di cui all'art. 2645 *ter* c.c. coinvolge infatti oltre al conferente, ai suoi creditori, il beneficiario, e l'eventuale gestore, anche i c.d. creditori titolati o qualificati, il cui titolo cioè è oggettivamente connesso con il fine della destinazione.

Come si è già notato l'applicazione del rimedio revocatorio a tale fattispecie rende difficile tenere conto degli interessi di quest'ultima categoria di creditori[299], che invece gli atti di destinazione con effetto di separazione pone in primo piano.

La disciplina dell'art. 2901 c.c. si rivela anzi incapiente sotto diversi profili.

In primo luogo si deve notare come essa, tenuto conto anche degli effetti, sembri predisposta per regolare il conflitto tra soggetti ben individuabili *ex ante*: il creditore attore e l'acquirente del bene revocando. Non a caso il n. 2 dell'art. 2901 I comma c.c. chiede, per l'accoglimento dell'azione, *"che il terzo fosse consapevole del pregiudizio"*.

L'art. 2645 *ter* c.c. individua invece nell'ultima parte una regola, derogatoria dell'art. 2740 c.c., capace di disciplinare una pluralità indefinita di rapporti. Del resto, la stessa attuazione della destinazione da parte del conferente ben potrebbe coinvolgere una pluralità di creditori.

Si pone pertanto il problema se individuare o meno, all'interno della disciplina dell'art. 2901 c.c., un criterio di bilanciamento capace di tenere conto anche dell'interesse dei (pontezialmente plurimi) creditori della destinazione.

Nel primo senso depone la considerazione che sarebbe incoerente per l'ordinamento consentire la produzione di un effetto e poi, nel momento patologico della fattispecie presupposta, ignorare le aspettative che essa abbia comunque creato.[300]

Notarile, 1998, p. 754.

[298] Sottolineava infatti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 - IV, Milano, 1955, p. 210, che "la pronuncia di rescissione – come pronuncia costitutiva la quale toglie di mezzo, nei limiti del pregiudizio recato ai creditori, l'atto impugnato - non può essere operativa se non nei riguardi di tutti coloro che hanno tratto profitto dall'atto di disposizione".

[299] In questo senso P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni, Padova*, 2003, p. 198 che come "il rimedio revocatorio, probabilmente concepito dal codice con riguardo ad atti di disposizione diversi da quello in esame, non sempre riesce a riflettere il tipo di bilanciamento di interessi che il legislatore svolge nel tipizzare le fattispecie di separazione patrimoniale, elemento questo destinato ad un certo rilievo".

[300] In questo senso l'insegnamento di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2 - IV, p. 210, il

Non è questo, del resto, l'atteggiamento del legislatore né nei confronti dell'aspettativa dei creditori sospensivamente condizionati, cui è accordata la legittimazione attiva alla revocatoria, né nella disciplina della simulazione, dove lo scopo è proprio quello di tutelare ogni affidamento che la situazione di apparenza abbia potuto determinare.[301]

In proposito potrebbe essere recepita una proposta elaborata da parte della dottrina cin riguardo al fondo patrimoniale. Alcuni autori hanno notato che la destinazione patrimoniale dei beni del fondo avvantaggia innanzitutto i "creditori per bisogni della famiglia il cui credito sia sorto" successivamente ad esso: il credito sorgerebbe, quindi, garantito per legge dall'esistenza del fondo, e si dovrebbe conseguentemente fare riferimento alla disciplina del 2° comma dell'art. 2901 c.c. di cui ricorrerebbe la medesima ratio.[302]

I creditori qualificati dovrebbero essere dunque riconosciuti legittimati passivi all'azione revocatoria, equiparati ai creditori garantiti[303].

Peraltro il riferimento alla *contestualità* della garanzia prestata consentirebbe di valutare

---

quale, dopo aver individuato gli interessi che l'azione revocatoria pone in contrasto tra loro, concludeva che "nella valutazione giuridica occorre anzitutto partire dal criterio secondo il quale il conflitto deve essere regolato".

[301] In tal senso A. GENTILI, *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto dic. priv., sez.civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, p. 519 per il quale "la puntuale ricognizione delle ipotesi considerate dalla legge negli art. 1415 e 1416 (...) dimostra inoppugnabilmente che il legislatore non fa mai dipendere la soluzione del conflitto dall'apparenza o realtà delle situazioni giuridiche soggettive del simulante da cui il terzo ripete il diritto che vanta, bensì sempre dall'affidamento di questo, vale a dire dalla possibilità del terzo di far risultare che egli ha confidato legittimamente e specificamente sulla situazione giuridica del simulante suo dante causa e che ove questa, <<apparente>> o <<reale>> che sia, non fosse tenuta ferma, egli ne patirebbe un pregiudizio tanto ingiusto quanto irreparabile".

[302] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1992, p. 89. Si veda però l'osservazione di V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato, ibidem,* per il quale il vantaggio di cui godono i creditori titolati "non è un effetto vero della fattispecie, bensì solo un effetto legale mediato ed indiretto, tra l'altro del tutto ipotetico e prospettico essendo esso, comunque, condizionato dall'esistenza o dalla successiva costituzione di un'altra e diversa fattispecie, quella di assunzione della relativa obbligazione da parte di uno o entrambi i coniugi".

[303] *Contra* V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato,* 87 che ha sottolineato come il vantaggio di cui godono i creditori titolati "non è un effetto vero della fattispecie, bensì solo un effetto legale mediato ed indiretto, tra l'altro del tutto ipotetico e prospettico essendo esso, comunque, condizionato dall'esistenza o dalla successiva costituzione di un'altra e diversa fattispecie, quella di assunzione della relativa obbligazione da parte di uno o entrambi i coniugi".

quanto, di volta in volta, la prospettiva della garanzia speciale offerta dai beni destinati abbia effettivamente influito sulla concessione del credito.

La tutela del creditore titolato sarebbe così condizionata al duplice vaglio della buona fede e della contestualità, intesa quest'ultima quale nesso di interdipendenza e collegamento genetico tra la garanzia e il titolo costitutivo del credito.[304]

L'elemento della *contestualità* evidenzia infatti proprio che la "concessione di garanzia, pure conservando la sua autonomia, appare legata ad altri atti o negozi con i quali concorre a dare vita ad una situazione giuridica, per così dire complessa"[305].

Non può essere sottaciuto tuttavia che l'atto di destinazione pone in rilievo una fattispecie complessa a formazione invertita rispetto alle tradizionali forme di garanzia quali, ad esempio, ipoteca e pegno; se questi infatti vengono costituiti contemporaneamente al sorgere del credito o successivamente ad esso, il negozio di destinazione con effetti di separazione determina il sorgere della garanzia prima del credito stesso.[306]

Tale considerazione giustifica la conclusione negativa rispetto alla possibilità di applicare alla fattispecie in discorso la disciplina dell'art. 2901, II comma, c.c.

Ciononostante pare di mantenere ferma, quanto meno in una prospettiva de iure condendo, la valutazione della necessità di predisposizione di uno strumento di tutela delle aspettative dei creditori titolati, specie ove si voglia ritenere, diversamente da quanto qui proposto, ammissibile una destinazione patrimoniale diretta al raggiungimento di qualsiasi scopo lecito.

---

[304] Così sul requisito di contestualità N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, p. 233, nonché R. NICOLÒ, *Azione revocatoria*, in <<Commentario del codice civile>>, a cura di Scialoja-Branca, *Tutela dei diritti*, sub. artt. 2901-2904, Bologna, 1953, p. 241 per il quale, ad integrare il suddetto elemento, "basta che tra il sorgere del credito e la costituzione della garanzia vi sia una relazione di collegamento reciproco, di interdipendenza, nel senso cioè che in tanto è sorto il credito in quanto è stata prevista la costituzione della garanzia, e questa ha avuto effettivamente luogo in vista o in conseguenza del sorgere del credito".

[305] N. DISTASO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, p. 234.

[306] Sembra cogliere quest'aspetto T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1992, p.89 quando nota che il credito costituito per i bisogni della famiglia del debitore "sorge (...) garantito per legge dall'esistenza del fondo".

2.10. Alcune decisioni giudiziali sui negozi di destinazione. Critica.

Relativamente al problema della determinazione dell'interesse meritevole si devono segnalare, tra le prime applicazioni dell'art. 2645 *ter* c.c., alcuni decreti dei giudici tavolari nelle regioni dove il relativo regime è vigente, che meritano di essere commentati in quanto avvengono proprio nell'ambito del sistema tavolare che chiede, come noto, all'autorità giudiziaria di valutare preventivamente sotto il profilo causale l'atto negoziale che le parti hanno concluso e intendono pubblicizzare. Il sistema tavolare si presenta così come un particolare banco di prova della nuova disposizione in quanto richiede prima della annotazione dell'atto quel vaglio di meritevolezza che nel sistema ordinario non può che giungere successivamente alla trascrizione del negozio.

Alcune osservazioni devono essere svolte, in particolare, con riferimento al negozio di destinazione oggetto del decreto del giudice tavolare di Tione del 3-4 ottobre 2006.

Nell'atto di costituzione si legge che il conferente, destinando un bene immobile ad interesse familiare, *"dichiara e riconosce che detto acquisto è stato effettuato dallo stesso a proprio nome ma nell'esclusivo interesse dei beneficiari ossia dei genitori (...) e del fratello oltre che di se medesimo e quindi complessivamente nell'interesse della famiglia suddetta"*. Viene anche precisato che *"il prezzo della compravendita, come le somme necessarie al pagamento delle rate del mutuo, sono state messe a disposizione dai beneficiari tutti in parti uguali"*.

L'interesse perseguito dalla destinazione viene qualificato dal conferente come *familiare* ("*nell'interesse della famiglia suddetta"*).

Tuttavia tale qualificazione sembra ingiustificata. L'espressione *"interesse della famiglia"* non pare infatti utilizzata nel senso istituzionale e comunitario che emerge dalla disciplina del fondo patrimoniale. In tal senso va in primo luogo notato che gli interessi dei singoli beneficiari *uti singuli* già nella sintassi del testo negoziale sono anteposti all'interesse della famiglia.

Questa prima intuizione è inoltre confermata, ancora sul piano testuale, dalla

precisazione che *"il prezzo della compravendita (...)* è *stato messo a disposizione dai beneficiari in parti uguali"* e dalla esplicita previsione che *"per effetto del vincolo qui costituito"* il conferente *"si obbliga a non disporre in alcun modo di detto immobile senza il consenso unanime degli altri beneficiari"*; ciò induce a ritenere che il vero criterio di identificazione dei beneficiari sia l'aver contribuito in parti uguali alla spesa necessaria per l'acquisto dell'immobile vincolato.

E' pertanto corretto concludere nel senso che il negozio in esame voglia in verità rendere pubblico e, dunque opponibile, un mero patto fiduciario tra i beneficiari ed il conferente.

Tuttavia, in base alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, si può concludere che, affinché l'interesse familiare così come individuato dal disponente potesse essere ritenuto *meritevole di tutela*, esso avrebbe dovuto quanto meno presentare le caratteristiche tradizionalmente richieste per l'ammissibilità delle fondazioni di famiglia; per queste si affermava infatti che "la cerchia dei beneficiari non potranno essere i discendenti del fondatore in quanto tale, bensì solo in quanto versino in quella particolare situazione soggettiva - di indigenza, di meritevolezza in rapporto agli studi ecc. - che il fondatore abbia preso in considerazione; di modo che la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile"[307].

Dal contesto dell'atto intavolato non emergono tuttavia elementi tali da far ritenere che la destinazione sia volta a soddisfare le esigenze di componenti della famiglia del disponente che versino in una particolare situazione soggettiva di indigenza o difficoltà.

Per tali ragioni l'atto non avrebbe dovuto meritare l'accoglimento invece incontrato da parte del giudice tavolare di Tione sulla base della presumibile adesione all'orientamento, sopra ampiamente criticato, che identifica la meritevolezza con il generale giudizio di liceità.

Il caso deciso dal giudice tavolare di Tione conferma dunque le preoccupazioni espresse a proposito del rischio che, mediante un'interpretazione non rigorosa dell'art. 2645 *ter* c.c., si possano manifestare conformazioni del diritto di proprietà inedite, anche

---

[307] F. GALGANO, *Fondazione I) Diritto Civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XIV, Roma 1989, p. 4-5. Nello stesso senso DE GIORGI, *Le persone fisiche, associazioni e fondazioni*, in *Tratt. di Dir. Priv.* diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino 1999, p. 450, G. IUDICA, *"Fondazioni, fedecommesserie, trust e trasmissione della ricchezza familiare"* in Scritti in onore di R. Sacco, vol. II, Milano, p. 645 ss.

antisociali.

Diverse sono le considerazioni che si possono svolgere con riferimento al decreto emesso dal giudice tavolare del Tribunale di Rovereto il 1 marzo 2007[308] con il quale è stata disposta l'intavolazione di un atto di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. dell'appartamento di proprietà di una donna divorziata al soddisfacimento dei bisogni del nucleo familiare composto dalla destinante e dai suoi due figli entrambi maggiorenni: la destinazione, secondo l'art. 1 del negozio, opererà *"fintantoché i figli continueranno a far parte del nucleo familiare"*.

Il programma concretamente adottato dalla disponente conduce a scegliere, per vagliare la meritevolezza dello stesso, come termine di paragone l'istituto del fondo patrimoniale.

Tale necessità sorge, peraltro, a causa della stessa coesistenza di questo istituto tradizionale del diritto di famiglia (così come di altre ipotesi di destinazione già tipizzate) e l'art. 2645 *ter* c.c. L'abrogazione tacita delle ipotesi di destinazione e separazione patrimoniale già disciplinate dal Legislatore potrebbe essere sostenuta solo ove si aderisse all'orientamento che risolve il giudizio di meritevolezza con quello di liceità. Se così fosse infatti proprio nessun senso manterrebbero le già note discipline speciali che anzi si caratterizzano, come già visto, per una disciplina per molti aspetti più rigorosa.

Ma, come si è visto, molte sono le ragioni che inducono a rifiutare questa ricostruzione del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645 *ter* c.c. Gli interessi meritevoli indicati da quest'ultima disposizione dovranno, quindi, essere coordinati con gli interessi già selezionati dall'ordinamento e le modalità inderogabili con le quali esso accorda loro tutela.[309]

---

[308] Tribunale di Rovereto, decreto tavolare 1 marzo 2007, g.nn. 849/2007: la decisione è inedita.

[309] In questo senso l'opinione, già richiamata, di P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in *AA.VV., Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, 2007, p. 127. Lo stesso interrogativo si pone per il rapporto tra il *trust* c.d. interno e le ipotesi tipiche di destinazione. Sul punto di veda, l'opinione, non condivisibile, di S. CLERICÒ, *Il trust (autodichiarato) ed il fondo patrimoniale: due istituti sovrapponibili?,* in *Riv. Notariato*, 2007, III, p.229, per il quale "l'ampio spazio lasciato all'autonomia privata nella regolamentazione del *trust* consentirebbe di superare tutte quelle perplessità e quegli ostacoli che hanno determinato una scarsa diffusione del fondo patrimoniale". Tra le disposizioni censurate di eccessiva rigidità, pena la scarsa fortuna dell'istituto, l'A. indica l'art. 171 c.c. che disciplina le cause di cessazione del fondo; a differenza del fondo

Riprendendo pertanto l'indagine da dove era stata interrotta, si deve evidenziare che il fondo patrimoniale ha quale suo presupposto, essenziale per la sua costituzione secondo l'opinione dominante, la esistenza di una famiglia legittima, cioè fondata sul matrimonio.

In presenza di una famiglia legittima è pertanto consentito ai coniugi, o ad un terzo, costituire il fondo e destinare determinati beni per il soddisfacimento dei bisogni della stessa. La destinazione porta con se un particolare regime dei beni che, normalmente, non potranno essere oggetto di atti di amministrazione straordinaria da parte dei proprietari se non quando tali atti siano necessari nell'interesse della famiglia. Il particolare valore dell'interesse tutelato inoltre comporta la sottrazione dei beni vincolati nel fondo alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c. e pertanto all'azione esecutiva di creditori il cui titolo sorga da esigenze che essi sapevano estranee ai bisogni familiari. Considerati gli effetti che il legislatore associa all'istituto del fondo patrimoniale non stupisce che gli interpreti si siano impegnati nella delimitazione del concetto di "bisogni della famiglia". Alcuni hanno rilevato, a tal fine, la connessione tra l'istituto e i doveri derivanti dallo status di coniuge e di genitore.[310] Si è ritenuto così che tra i bisogni rilevanti vi sia anche quello di uno dei coniugi di far fronte alle necessità di un figlio unilaterale seppur non convivente.[311] Risposta altrettanto positiva ha trovato il quesito se possano essere ritenuti compresi tra le finalità di tutela del fondo i bisogni dei

---

patrimoniale "il *trust* potrà avere una durata che prescinde da quella del matrimonio". Invero, assunta in ipotesi una famiglia legittima quale medesimo presupposto ed oggetto di tutela, legale in un caso e convenzionale nell'altro, non si comprende proprio la ragione per la quale il *trust* consentirebbe all'autonomia privata di disciplinare la destinazione in modo difforme da come il Legislatore ha inteso, nel fondo patrimoniale, con norme inderogabili. Tale infatti è l"art 171 c.c., come implicitamente riconosce chi, come sopra si è appena visto, ne censura la rigidità. Ma allora *tertium non datur:* o l'art. 171 c.c. è derogabile, e l'autonomia privata potrà quindi esplicarsi con la massima libertà anche mediante l'istituto del fondo patrimoniale, o è inderogabile, *rectius,* imperativa, con la conseguenza che le parti non potranno sottrarsi alla sua forza mediante il semplice utilizzo di un negozio dal diverso *nomen iuris,* che si dovrà a propria volta misurare con il giudizio di cui all'art 1344 c.c. (contratto in frode alla legge). Sulla assimilabilità del *trust* al fondo patrimoniale si veda, in senso negativo, C. CASTRONOVO, *Il trust e sostiene Lupoi,* in *Europa e Diritto Privato,* 1998, p. 446.

[310] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* Milano, 1992, p. 204 e ss.

[311] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* p. 189, il quale rileva, alla nota 17 e con riferimenti comparativi, come "garantire un'esistenza dignitosa al figlio è, infatti, bisogno fondamentale della vita del genitore".

figli maggiorenni della coppia conviventi che non siano autonomi patrimonialmente o, se non conviventi, che versino in stato di bisogno.[312] Taluno, infine, si è spinto ad estendere lo stesso concetto di famiglia rilevante ai sensi degli artt. 167 c.c. e ss. sino a comprendervi "i discendenti minori rispetto ai quali i coniugi abbiano l'obbligo attuale di mantenimento"[313].

Seppur in questo modo sia stata ampliata, a soggetti estranei alla famiglia strettamente nucleare, la cerchia dei beneficiari del fondo patrimoniale, l'opinione maggioritaria non ne mette in discussione il presupposto della presenza di un vincolo matrimoniale.[314]

A conclusioni diverse non può condurre del resto la previsione legislativa di continuazione del fondo fino al raggiungimento della maggiore età da parte di tutti i figli dei coniugi quando il matrimonio sia annullato, sciolto o ne cessino gli effetti civili. Lo dimostra la considerazione di alcuni dati desumibili dal combinato disposto proprio degli art. 167 e 171 c.c. Infatti, deve essere in primo luogo notato che la presenza di figli (minori) è condizione sufficiente per la continuazione del fondo patrimoniale, quando il matrimonio sia venuto meno, ma, al contrario, non è assolutamente necessaria per la sua costituzione, che può avvenire, come noto, contemporaneamente al sorgere del vincolo matrimoniale, momento in cui nella maggior parte dei casi figli non ve ne sono.

---

[312] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, p. 190.

[313] C.M. BIANCA, *Diritto Civile, II*, Milano, 2005, p. 153, *contra* P.G. DEMARCHI, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 2005, p. 431. M. FRAGALI, *La comunione - appendice al tomo I*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm. diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1977, p. 30. A. GALASSO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca* a cura di F. Galgano, Roma, 2003, p. 112, nota come "la critica avanzata nei confronti di questa più ampia nozione di famiglia, basata sul presupposto che i beni e i frutti del fondo patrimoniale non sarebbero destinati all'adempimento degli obblighi di contribuzione - o di mantenimento verso soggetti interni o esterni al nucleo familiare - trascura di considerare, come vedremo tra poco, che i bisogni della famiglia rappresentano a ben vedere tutti i bisogni di tutti i suoi componenti e che, per altro verso, non sussiste un apprezzabile motivo per escludere che l'obbligo di contribuzione in generale possa esser soddisfatto mediante l'uso del fondo patrimoniale. E trascura, altresì, di valutare il peso crescente del principio di solidarietà nello sviluppo del nostro sistema giuridico, anche al di là della famiglia nucleare fondata sul rapporto coniugale e sulla filiazione legittima".

[314] in senso contrario A. GALASSO, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca* a cura di F. Galgano, Roma, 2003, p. 128, per il quale "la destinazione per atto tra vivi o a causa di morte di uno o più beni del tipo previsto dall'art. 167 al soddisfacimento dei bisogni di una famiglia fondata su una convivenza stabile risponde ad un interesse meritevole di tutela alla stessa stregua e più di quanto si verifica nell'ambito della famiglia matimoniale".

Né la mancanza di figli determina senz'altro lo scioglimento del fondo patrimoniale se il rapporto matrimoniale perdura. Quando invece, al momento dello scioglimento del matrimonio, tutti i figli siano maggiorenni e non autosufficienti essi potranno giovarsi tutt'al più dell'attribuzione in godimento o in proprietà di una quota dei beni oggetto del fondo patrimoniale, ma non della continuazione dello stesso.[315]

Quanto precede conduce a riconoscere, con la dottrina maggioritaria, la *ratio* della continuazione disposta dall'art. 171 c.c. nella volontà del legislatore di non privare i figli non ancora maggiorenni della particolare garanzia che a tutela delle loro esigenze deriva dal fondo patrimoniale.[316]

La prosecuzione del fondo patrimoniale anche oltre la cessazione del matrimonio è concepita dunque per la tutela non di una famiglia residua ma principalmente per la protezione dell'interesse dei figli minori al mantenimento, che attraverso la continuazione del fondo è rafforzata.[317]

E' con queste conclusioni che deve essere quindi confrontata la introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2645 *ter* c.c. e la sua applicazioni a casi come quello di specie.

In base all'analisi appena svolta si deve ritenere sicuramente *meritevole di tutela* una destinazione patrimoniale finalizzata al mantenimento dei figli minori quando questi siano nati al di fuori del matrimonio o quando lo stesso si sia già sciolto prima che un fondo patrimoniale fosse costituito. Infatti, come si è visto, l'interesse del minore è già stato selezionato dal legislatore in una fattispecie tipica di destinazione patrimoniale quale è il fondo patrimoniale. Questa circostanza già di per sé garantirebbe la meritevolezza, ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., di un siffatto interesse. Nello stesso senso, a fugare ogni ulteriore dubbio, propendono da un lato il riferimento letterale dell'art. 2645 *ter* c.c. a soggetti deboli quali le persone con disabilità e dall'altro la tutela

---

[315] G. CIAN - G. CASAROTTO, *ibidem.* Nello stesso senso, M. FRAGALI, *La comunione - appendice al tomo I*, p. 31; *contra* F. CARRESI, *Fondo Patrimoniale,* in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XIV, Roma, 1989, p. 5 per il quale l'attribuzione di cui al 171, III comma, c.c. può essere disposta solo a favore dei figli minorenni.

[316] T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale,* p. 376 e, nello stesso senso, P.G. DEMARCHI, *Il fondo patrimoniale,* Milano, 2005, p. 95.

[317] proprio in considerazione del diritto al mantenimento G. CIAN - G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia,* in *Novissimo Digesto Italiano, appendice, vol. III,* Torino, 1982, p. 836, ritengono del resto che anche in favore dei figli maggiorenni sia attribuibile dal giudice, ai sensi del 3° comma dell'art. 171 c.c., una quota di beni in proprietà o in godimento.

costituzionale, di cui all'art. 30 Cost., del diritto al mantenimento dei figli anche se nati al di fuori del matrimonio. Il tenore letterale della nuova disposizione induce peraltro a ritenere che quando il beneficiario si trovi in una situazione di debolezza destinata a durare anche oltre il raggiungimento della maggiore età la destinazione patrimoniale non resterebbe assoggettata al termine legale risolutivo previsto dall'art. 171, II comma, c.c.; da questo punto di vista l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. è anzi apprezzabile in quanto consente di dare risposte ad esigenze rispetto alle quali le destinazioni tipiche, quale il fondo patrimoniale[318] o la sostituzione fedecommissaria[319], risultano per varie

---

[318] Con riferimento al rapporto tra l'art. 2645 *ter* c.c. ed il fondo patrimoniale si veda, per l'identità delle questioni interpretative che solleva, il decreto del Tribunale di Milano del 7 giugno 2006, di cui dà notizia S. CLERICÒ, *Il trust (autodichiarato) ed il fondo patrimoniale: due istituti sovrapponibili*, in *Riv. Notariato* 2007, III, p. 222, con cui è stato omologato un verbale di separazione consensuale tra coniugi tra le cui condizioni era tra l'altro previsto che i coniugi stessi istituissero in *trust* beni immobili di loro proprietà sui quali era stato precedentemente costituito un fondo patrimoniale. Finalità espressa del *trust* istituito è "perpetuare i benefici connessi al fondo patrimoniale anche per i casi in cui il fondo stesso dovesse cessare mantenendo il vincolo di destinazione impresso ai beni del fondo per soddisfare i bisogni della famiglia assicurando ai figli (...), alla madre, e, ove necessario, al padre lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dai genitori, sino a che i figli non avranno completato il ciclo di studi e avranno raggiunto l'autonomia economica". Orbene, con riferimento alla validità della clausola relativa al termine finale del *trust* valgono le stesse considerazioni svolte poco sopra. Merita qui essere evidenziato come il Tribunale di Milano sia incorso in un evidente errore di prospettiva, scambiando oggetto e mezzo della tutela. Tra le finalità del *trust* qui in considerazione, sembra prevalere quella di "perpetuare i benefici connessi al fondo patrimoniale anche per i casi in cui il fondo stesso dovesse cessare"; scopo dl *trust* istituito pare dunque, piuttosto che la cura di alcuni interessi, godere di una disciplina favorevole anche quando per l'ordinamento ne sono cessati i presupposti. Nello stesso senso delle osservazione qui proposta si veda U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1996, p. 7 per il quale"la destinazione allo scopo determina una funzionalizzazione del diritto vantato sui beni (...), per cui l'aspetto della compressione della garanzia del credito è solo secondario e resta estraneo alla identificazione funzionale del fenomento" dovendosi piuttosto guardare "al fatto destinatorio ed alla natura degli interessi che si perseguono con la determinazione del vincolo reale sui beni che si deve guardare per giudicare della liceità e della meritevolezza di tutela di ogni singola fattispecie". Sul punto si veda anche C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in Vita Notarile, 1998, p.. 1330 per il quale "nel caso del *trust*, la separazione dei beni che ne sono oggetto rispetto al patrimonio del *trust*ee è soltanto strumentale al perseguimento dell'intento proprio soggiacente al *trust*, se si vuole alla sua causa".

[319] Evidenzia le insufficienze della disciplina del fedecommesso c.d. assistenziale A. VENCHIARUTTI, *Amministratore di sostegno e trust per una protezione articolate del disabile*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata*, 2006, I, p. 1211 ss.

ragioni incapienti[320]. Qualche perplessità desta invece la possibilità di considerare, tra gli interessi meritevoli della tutela di cui all'art. 2645 *ter* c.c., i bisogni di un nucleo familiare, come quello del caso deciso sottoposto all'attenzione del giudice tavolare di Rovereto, i cui componenti siano tutti maggiorenni o comunque non si trovino in una particolare situazione di disagio (anche sociale) tale da giustificare una deroga ai rigidi presupposti di costituzione e di durata fissati dal legislatore per il fondo patrimoniale.

Al di là della specificità dei casi sopra esposti, quello che si vuole qui suggerire è un metodo di verifica della meritevolezza degli interessi destinatori che, attraverso il confronto delle fattispecie di volta in volta in esame con l'ordinamento sistema, non ne tradisca le direttive già espresse nelle destinazioni tipizzate.

---

[320] In questo senso si veda A. NICOLUSSI, *I diritti della persona umana nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto,* per il quale "gli interessi meritevoli di tutela, giusta la previsione iniziale di persone con disabilità, dovranno essere intesi come interessi di soggetti deboli per la realizzazione dei quali l'ordinamento attribuisce un potere di porre, tramite un atto di autonomia, l'effetto della separazione patrimoniale"

Terzo capitolo

Separazione patrimoniale e autonomia privata nella prospettiva della comparazione giuridica.

3.1 Introduzione

Il percorso di questa trattazione impone ora di confrontare l'attuale *aquis* del diritto italiano in tema di separazione patrimoniale con quanto avviene nell'ambito di altre esperienze giuridiche.

È evidente che il primo confronto debba essere svolto con i sistemi di *common law* che, mediante l'istituto del *trust*, si pongono come inevitabile punto di riferimento in questa materia[321].

Rinviando di alcune pagine una descrizione analitica di tale istituto, si deve rilevare che esso sia il frutto di un ordinamento che si differenzia notevolmente, nelle linee generali, dai sistemi di *civil law*.

Il *common law* ha infatti elaborato una propria concezione delle situazioni reali, che non ne consente la scontata equiparazione con la proprietà assoluta e i diritti reali della tradizione continentale[322].

Pure diverso è il sistema delle garanzie del credito che non conosce una regola assimilabile a quella di cui all'art. 2740, secondo comma, c.c. o al divieto legale del patto commissorio[323].

Inoltre, il sistema inglese è caratterizzato da una duplicità ordinamentale rappresentata dalla compresenza di regole di *common law* e di *equity*, dove le prime sono corrette,

---

[321] In questo senso si veda la pur enfatica espressione di J. LIMPENS, prefazione a C. DE WULF, *The trust and corresponding Institutions in the civil law*, Bruxelles, 1965, p. 10: "Rome has made a syntesis of the law of contract; France a synthesis of the law of torts; England a synthesis of the law of fiduciary relationships".

[322] Ex multis R. DAVID – C. JAUFFRET – SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici comparati*, Padova, 1994, p. 307

[323] Il principio della responsabilità universale del debitore per le obbligazioni assunte rimane comunque la regola di default anche nei paesi di *common law*. In tal senso è l'opinione di H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *Property, contract, and verification: the numerus clausus problem and the divisibility of rights*, in *Journal of Legal Studies*, XXXI, 2002, p. 403: "in effect, the law simply presumes, as a default rule, that all of a person's creditors are granted a security interest in all of the person's assets and that those security interests will have equal priority".

mitigate e glossate dalle seconde.

E ciò, non solo nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, ma anche con riferimento alle situazioni di appartenenza[324].

In proposito si può anzi considerare che l'*equity* ha prodotto il frutto del *trust*[325]. La stessa equità conosce tuttavia anche i rimedi per reprimere l'abuso del medesimo o di istituti del *common law* in senso proprio[326].

Queste brevi considerazioni generali servono a chiarire il contesto in cui, nel diritto angloamericano, si è mossa l'autonomia privata e rendono, quindi, meno oscure le ragioni della distanza, in tema di *trust* e patrimoni separati, con i sistemi di *civil law*.

Tale distanza, del resto, non deve essere percepita necessariamente come un ritardo degli ordinamenti continentali.

Si pensi, ad esempio, alla difficoltà, nel sistema del *common law* inglese dopo il *Law property act* del 1925, di costituire una situazione proprietaria assimilabile alla comunione conosciuta da ordinamenti quale il nostro[327]; tale lacuna è superata proprio mediante la costituzione di rapporti fiduciari in *equity*.

Ancora una lacuna del diritto inglese – quale doveva considerarsi fino al 1999 la mancanza di un corrispondente del contratto a favore di terzi – è stata superata, per dare risposta a talune esigenze, proprio con il ricorso al *trust*[328].

---

[324] Si pensi in proposito ai c.d. *euitable interests* contemplati dal Law property act del 1925.

[325] Ex multis A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, p. 93. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 7 e 23 e ss., e, per la dottrina inglese e straniera, F. WEISER, *Trusts on the continent of Europe*, London, 1936, p. 2, D.J. HAYTON, *The law of trusts*, London, 1998, p. 10., nonché, da ultimo, J. E. Penner, *The law of Trusts*, Oxford, 2006, p. 8. .

[326] Si veda, per esempio, con riferimento, all'istituto del mortgage le considerazioni di M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 228, il quale ricorda che, in mancanza di un divieto di patto commissorio, "il medesimo obiettivo al quale il nostro ordinamento tende viene raggiunto imponendo sul creditore una obbligazione equitativa e sancendo, fin dal 1863, la nullità delle pattuizioni che impediscano l'esercizio della redempion da parte del debitore".

[327] Con ciò ci si riferisce alla riforma introdotta dal Law Property Act del 1925 che ha reso insuscettibile il fee simple di essere suddiviso in una pluralità di diritti dello stesso genere. Sul punto si veda L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA – M.J. BONELL – D. CORAPI – L. MOCCIA – V. ZENO ZENCOVICH – A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato, Istituti e problemi*, Bari, 2008, p. 108

[328] Sul *trust* quale rimedio alle strettoie della *privity of the contract* e della *doctrine* della *consideration* si veda M. LUPOI, *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese*, in riv. dir. comm, 1967, I, p. 187 e ss. Nella dottrina inglese, nello stesso senso, D.J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 5 osservava: "the *trust*

Se nei casi appena ricordati il *trust* e la *doctrine of equity* sono stati utilizzati come soluzione alle lacune delle maglie del *common law*, la stessa dialettica *common law – equity* è stata, invece, il terreno su cui si è sviluppato il sistema delle garanzie reali, in modo più efficiente – si nota – rispetto ai paesi della tradizione latina[329].

Altre volte l'interazione tra *trust law* e *contract law* è percepita dagli operatori del diritto che ricorrono al *trust* per completare la disciplina predisposta dalla *contract law*[330].

La divergenza delle linee di fondo degli ordinamenti anglosassoni può quindi valere a spiegare, accanto alla presenza di *trust* di interesse familiare, *charitable trusts*[331], *trusts* protettivi[332] - che evocano istituti familiari anche alla mente dei civilians - lo sviluppo di

---

concept thus overcomes the weakness of the contract concept since in English law to enforce a contract a person must be a party to it and provide consideration for the other party's promise".

[329] F. FIORENTINI, *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari*, in M. BUSSANI – F. FIORENTINI, *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea*, Trieste, 2003, p. 185-186, A. VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie*, Milano, 2000, p. 33 e ss. Si ricordi, in proposito, già la tutela accordata all'*equitable mortgage*. Sul punto si veda A. GAMBARO, *La proprietà nel common law anglo-americano*, in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum*, Padova, 1992, 57.

[330] Sul punto si vedano le osservazioni di C. VON BAR – U. DROBNIG, *Study on Property Law and Non – contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, p. 357: "Unsurprisingly, it can be affirmed as a basic proposition that the existence of a *trust* between two parties does not preclude the co-existence of a *trust* between those parties". Gli autori propongono quale esempio tipico del fenomeno il *Qusitclose trust.* Quest'ultimo è un *trust* costituito contestualmente ad un mutuo di scopo. Nel periodo che va dall'erogazione della somma alla sua utilizzazione per lo scopo prefissato il creditore è considerato, parallelamente, beneficiario di un *trust* avente ad oggetto le somme finanziate e che non saranno considerate, di fronte agli altri creditori, parte del patrimonio del debitore/mutuatario nel caso in cui esse non siano, per qualsiasi ragione, utilizzate per lo scopo concordato o il debitore diventi insolvente.

[331] Sono *trust*s senza beneficiari ammessi per la presenza di uno scopo *charitable*. È tale lo scopo che rientra nella casistica elaborata dalla giurisprudenza inglese sulla base del *Charitable Uses Act* del 1601 e ordinata da Lord Macnaghtne, in una sentenza del 1891, in quattro categorie: povertà, educazione scolastica, religione, altri scopi comunitari. Tali categorie sono state recentemente riviste e dettagliate dal *Charities Act 2006, sections 1-2.*

[332] Si tratta di *trust*s diffuso negli Stati Uniti in cui il settlor, in considerazione di una particolare debolezza del beneficiary (che può consistere anche in abitudini dissipatorie), attribuisce al medesimo un *interest* intrasferibile, né volontariamente, né per forza di legge. In Inghilterra una simile previsione di inalienabilità è inammissibile sicché la protezione del beneficiario è assicurata attraverso la cessazione del

espedienti come i *business trusts*[333] o gli *assett protection trusts*[334], *trust* per operazioni finanziarie o, ancora, i *trust* a scopo di garanzia e, più in generale, la circostanza che, sotto un profilo funzionale, il *trust*, ed il conseguente effetto di separazione patrimoniale, sia impiegato nei paesi di *common law* per le più svariate finalità[335].

Sotto altro profilo la peculiarità dell'esperienza giuridica di *common law* ha reso difficilmente qualificabile, non solo agli occhi dei *civilians*, la posizione del *trustee* e del *beneficiary*.

Si possono riconoscere, nella riflessione della dottrina, almeno due orientamenti interpretativi. Il primo focalizza l'attenzione sull'assetto proprietario determinato dal *trust* e, in particolare, sul c.d. sdoppiamento del dominio: il *trust* sarebbe un rapporto fiduciario in cui la protezione del beneficiario è affidata allo "sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, investiti in soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto"[336]. Tale impostazione è severamente

---

trust al verificarsi di determinati eventi, tra i quali la stessa insolvenza del beneficiario, e la costituzione di un diverso *trust* discrezionale a favore di una cerchia di beneficiari tra i quali anche il primo. Siffatto meccansimo è stato recepito anche dal *Trustee Act* 1925, s. 33.

[333] Si tratta di una tipo di *trust* sviluppatosi negli stati uniti che tuttavia, come informa M. LUPOI, *Trusts*, p. 205, è oggi in disuso. Noto anche con il nome di "Massachussets *Trust*" si diffuse per aggirare il divieto, vigente negli Stati Uniti nel XIX secolo, per le società di possedere le partecipazioni di un'altra. L'accumulazione di potere finanziario e industriale che lo sviluppo del *trust* consenti in questo modo dette origine alle prime normativa antimonopolistiche, che da allora conservano il nome di *anti-trust*. Sul punto si veda anche D.J. HAYTON, *The law of trusts*, p.3.

[334] Diffusi negli Stati Uniti la loro finalità consiste, come informa M. LUPOI, *Trusts*, p.223 nel "fare uscire dal patrimonio del disponente beni che altrimenti potrebbero essere aggrediti dai suoi creditori: fornitori o altre controparti commerciali, clienti insoddisfatti che agiscono contro un professionista per il risarcimento del danno subito, coniugi divorziandi e così via)".

[335] Per una rassegna delle molteplici applicazioni del *trust* nei paesi di *common law* si veda W. F. FRATCHER, *Trusts*, p. 3 e ss. In generale, come osserva D.J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 68, "the purposes for which *trust*s can be used are as unlimited as the imagination of lawyer".

[336] R. FRANCESCHELLI, *Il "trust" nel diritto inglese*, Padova, 1935, p. 23. Nella dottrina italiana si veda, più recentemente, nello stesso senso Così. G. PONZANELLI, *Le annotazioni del comparatista*, in A. GAMBARO – A. GIARDINA – G. PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1224. L'enfasi sui profili proprietari sembra condivisa anche da W. F. FRATCHER, *Trusts*, in International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VI, chapter 11,1973, p. 3, per il quale "the *trust* is a legal device (…) whereby ownership of property is split between a person known as a *trust*ee, who has the rights and powers of an owner, and a beneficiary, for

criticata da parte di altri autori che sottolineano come essa si fondi su un fraintendimento circa la natura del diritto del beneficiario[337] la cui posizione sarebbe più propriamente qualificabile come diritto personale[338]; quest'ultimo non sarebbe in verità titolare di un diritto *in rem* ma di una posizione fondata e rilevante sul solo piano dell'Equity[339].

La diversità di vedute, già tra i giuristi di *common law*, ha suggerito ai redattori della Convenzione dell'Aja di evitare una vera e propria definizione dell'istituto che si voleva regolare, preferendo piuttosto "una descrizione delle relazioni giuridiche istituite dal costituente del *trust*"[340].

---

whose exclusive benefit the *trust*ee is bound to use rights and powers", C. DE WULF, *The trust and corresponding Institutions in the civil law, p.* 26 che descrive l'istituto partendo dalla persona del *trust*ee ossia "a person who holds legal title to property under an express or implied agreement to apply it and the income arising from it to the benefit of another person who is called the beneficiary or cestui que *trust*". Ancora nel senso di una qualificazione proprietaria dell'equitable interest del beneficiario, J E PENNER, *The law of trusts*, Oxford University Press, 2006, p. 14 e ss, e, ancora, p. 27-28.

[337] Per la dottrina italiana si veda in particolare M. LUPOI, *Trusts*, p. 48 e ss. Dove ricostruisce il *tracing*, tradizionalmente invocato come indice della realità della posizione del *cestui que trust*, quale una procedura istruttoria con finalità reipersecutorie che costituisce tuttavia "un'azione personale e non reale". A sostegno di tale conclusione l'A., a p. 57, ricorda che "la Corte del cancelliere non aveva il potere di emettere sentenze dichiarative", che "il *tracing* non necessariamente conduce alla individuazione di un bene da trasferire all'attore, perché uno fra i suoi possibili esiti è (…) l'imposizione di una *charge*, che ha l'effetto di porre l'attore in una posizione di privilegio rispetto agli altri creditori", e che l'azione si estende "a qualunque situazione fiduciaria ed anche oltre: in moltissime fattispecie di tracing l'attore non ha mai avuto alcun diritto, né di *common law* né di Equity, sul bene che egli persegue in giudizio (…)".

[338] Così A. UNDERHILL, *The law relating to private trust and trustees*, London, 1926, pag. 3 e ss., in particolare p. 5: "it is therefore convenient to regard a *trust* as "an obligation" that is to say, "a tie of equity (vinculum juris), whereby one person is bound to perform or forbear some act for another". Per lo svolgimento del dibattito nella dottrina inglese si veda G.W. KEETON, *The law of trusts*, London, 1954, p. 1 e ss., il quale, a p. 3, conclude: "all that can be said of a *trust*, therefore, is that it is the relationship which arises whereever a person called the *trust*ee is compelled in Equity to hol property, wheather real or personal, and whether by legale or equitable title, for the benefit of some person".

[339] M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 291 e ss., e, in particolare, alla p. 302 dove definisce il beneficiario come "colui che, se e in quanto gli competa l'interesse equitativo che dà luogo al difetto equitativo del titolo del *trust*ee , può far valere tale difetto per un interesse proprio". Il rifiuto della qualificazione proprietaria o reale del diritto del beneficiario del *trust* è stato espresso anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Webb c. Webb del 17 maggio 1994.

[340] A. GIARDINA, *La convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in

Pure significativa in tale senso è la formulazione dell'art. 1 dei *Priciples of European Trust Law* redatti nel 1998 dalla Commissione presieduta dal David Hayton. Tale disposizione al primo comma definisce l'istituto prendendo le mosse dalla prospettiva proprietaria: "in a *trust*, a person called the "*trustee*" ownns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the "*trust* fund") for the benefit of another person called the "beneficiary or for the furtherance of a purpose".

La già segnalata ambiguità rispetto alla posizione del beneficiario emerge tuttavia al successivo comma 4, dove essa è definita, rispetto al *trust fund*, come un "*personal right*", con la immediata precisazione che il beneficiario tuttavia "may also have proprietary rights against the trustee and against third parties to whom any part of the fund has been wrongfully transferred"[341].

Minori incertezze, su questo piano, mostra il progetto elaborato dallo *Study Group on European Civil Code*, dove sembra prevalere la prospettiva relazionale/obbligatoria nella descrizione dei rapport tra i soggetti del *trust*[342].

A. GAMBARO – A. GIARDINA – G. PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1212.

[341] D. J. HAYTON – S.C..J.J. KORTMANN – H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, 1999, spiegano, tuttavia, che il verbo "may", in questo come in altri articoli dei *Principles*, is deliberately used to introduce optional possibilieties that may represent the law in some jurisdictions (e.g. *common law* jurisdiction) but need not represent the law in other jurisdictions.

[342] L'art. X-1: 101 del progetto elaborato dallo Study group on European Civil Code e discusso ad Atene nel giugno 2008 definisce il *trust* come "a legal relationship in which a *trust*ee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the *trust* fund) in accordance with the terms governing the relationship (*trust* terms) to benefit a beneficiary or to advance other purposes or both". Significativa è anche la definizione di *trustee* contenuta nel successivo art. X-1:103 dove si legge che "the *trust*ee is the person in whom the *trust* becoms or remains vested when the *trust* is created": è evitata, in alter parole, la qualficazione del *trust*ee come *owner*, preferendo fare riferimento al concetto di *vested* e nonostante, più avanti, all'art. x-8:201, se ne delimitino i poteri precisando che "a *trust*ee may do any act in performance of obligations under the *trust* which: *a)* an owner of th fund might lawfully do". Nello stesso senso, del resto, sono le indicazioni dei lavori preparatory. Si legge infatti nel 4th *Position Paper on trust law* del dicembre 2007 che "Over the course of the three meetings the Coordinating Group has reached the following interim conclusions on matters of substance: *(…)* the principle should not proceed on a model of fragmented ownership, but rather on the basis that title to the *trust* property be in the *trust*ee, subject to an obligation, and that the team proceed with a fiduciary model of *trusts*". C. VON BAR – U. DROBNIG, *Study on Poreperty Law and Non – contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, p. 352 n. 1816 osservavano nello stesso senso: "the exact classificatory nature of the beneficary's entitlement may

Quale che sia la ricostruzione più corretta – che forse dovrebbe essere anzi differenziata con riferimento ai singoli ordinamenti *common law* o misti[343] - non può sorprendere che la recezione del *trust* sia stata vissuta, negli ordinamenti di *civil law*, in modo problematico.

Ciò con riferimento anche al sistema delle garanzie del credito, governato da precise direttive del legislatore, sul perno della unicità del patrimonio, la *par condicio creditorum* ed un sistema tipico e nominato di garanzie reali.

Un esempio significativo delle preoccupazioni e delle cautele adottate dai sistemi di civil law nella recezione del *trust* o nella predisposizione di istituti domestici con funzioni analoghe è rappresentato dal percorso seguito dal Legislatore francese.

L'esame della soluzione francese si presenta particolarmente interessante per l'osservatore italiano, in quanto, la comune tradizione giuridica dei due sistemi si è declinata in una comunanza delle problematiche da risolvere per l'introduzione di un istituto analogo al *trust*[344].

Alla fine una gestazione ventennale, che ha conosciuto la stesura di più progetti di legge, è stata introdotta nel *code civil* la figura generale della *fiducie*, oggetto, già dopo pochi mesi, di una piccola riforma .

La *fiducie* si sostanzia nel contratto con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti (o una universalità degli stessi) al fiduciario, il quale agisce per la realizzazione di uno

---

be regarded as a matter of controversy – even in the discourse of the *common law* which has characteristically (and perhaps lazily) regarded it as a form of property". Gli autori tuttavia notavano che "for present purposes it suffices to recognize that the right is not equivalent to a mere personal right in any traditional sense and the term "quasi proprietary" is used here to denote the "superadded" strength of a beneficial interest in comparison with an ordinary contractual claim".

[343] L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà,* p. 143 e ss.

[344] La prima difficoltà, anche nel diritto francese, è rappresentata dal principio dell'unicità del patrimonio e della sua generale sottoposizione all'azione esecutiva dei creditori. Sul punto si veda C. DE WULF, *The Trust and the Corresponding Institutions in the Civl Law,* Bruxelles, 1965, 59 e ss., in particolare, p. 80 ss. Ulteriore ostacolo alla recezione del *trust* è considerato, anche in diritto francese, il principio del numerus clausus dei diritti reali: in questo senso si veda, nella letteratura comparatistica, già F. WEISER, *Trusts on the continent of Europe,* London, 1936, p. 54 ss. Sulle difficoltà di ricondurre la proprietà fiduciaria alla categoria generale di proprietà si vedano più recentemente PH. RÉMY, *National report for France,* in D.J. HAYTON – S.C.J.J. KORTMANN – H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law,* Kluwer Law International, 1999, p 131, nonché M. GRIMALDI, *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese,* in AA.VV. *Fiducia, trust, madato ed agency,* Milano, 1991, p. 187.

specifico scopo stabilito dal costituente a vantaggio di uno o più beneficiari che possono anche coincidere con una delle parti contrattuali[345]. Il fiduciario è tenuto a gestire i beni per lo scopo indicato e, al termine del contratto, a ritrasferirli al costituente o al beneficiario.

I beni trasferiti al fiduciario costituiscono un patrimonio separato (*patrimoine d'affectation*) rispetto a quello generale del fiduciario (come da altri eventuali patrimoni separati) e l'aggredibilità degli stessi è consentita ai soli creditori che derivino il proprio titolo dalla conservazione o gestione del patrimonio medesimo per lo scopo determinato.

Un rapido confronto con lo schema di destinazione patrimoniale rivela che, sul piano strutturale, la *fiducie* non può che presentarsi come un contratto traslativo di diritti ad un fiduciario; nella appena introdotta legislazione francese non è possibile, dunque, costituire un vincolo di destinazione unilaterale su beni che rimangano nella sfera giuridica del costituente.

La necessaria struttura contrattuale della fiducie si comprende forse in vista delle preoccupazioni del legislatore francese di dar corso, attraverso il nuovo istituto, a facili frodi ed elusioni della disciplina delle successioni, del sistema delle garanzie, nonché della normativa fiscale[346].

Questo timore ha del resto determinato quelle che sono vere e proprie note caratteristiche della *fiducie* rispetto al recente corrispondente italiano, oltre ad una stringente limitazione dei presupposti funzionali e, almeno inizialmente, soggettivi.

L'originale formulazione della legge da un lato limitava all'art. 2014 *Code Civil* la possibilità di costituire da un patrimonio fiduciario alle sole persone giuridiche, dall'altro, all'art. 2015 *Code civil*, indicava i soli istituti di credito e di investimento tra i soggetti idonei ad assumere l'ufficio di gestore/fiduciario[347]. .

---

[345] Cfr. art. 2011 code civil: "la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sùretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de suretés, présents ou futurs, à un ou plusiers fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patri moine popre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires".

[346] A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 570

[347] In ciò è riscontrabile un'analogia con il modello adottato dal legislatore lussemburghese nel 2003. Sul punto si veda S. MEUCCI, *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento*

La legge n. 776 del 4 agosto 2008 ha abolito restrizione fissate dall'art. 2014 Code Civil, ma non per questo la *fiducie* può oggi essere considerata istituto di diritto comune[348].

Ancora oggi infatti permane del divieto della *fiducie-libéralité,* ossia del contratto di *fiducie* che risulti caratterizzato dall'intento liberale nei confronti del beneficiario, giustificato da evidenti preoccupazioni antielusive del Legislatore francese[349].

In linea con i timori – *in primis* di ordine fiscale – che circondano il contratto di *fiducie,* si prospetta l'introduzione da parte del legislatore di una serie di formalità finalizzate al controllo e alla tracciabilità di tali contratti. Significativi al riguardo sono gli artt. 2019 e 2020 del code civil. Quest'ultimo articolo introduce il *"Registre National des contracts de fiducie"* consultabile dalla magistratura e dall'amministrazione fiscale. Funzionale alla costituzione ed al funzionamento del registro è l'obbligo disposto dall'art. 2019 di registrare tutti i contratti di *fiducie* entro un mese dalla conclusione, pena la nullità della stipulazione.

L'insieme di tali disposizioni, ancorché riformate rispetto alle iniziali limitazioni soggettive, è evidentemente in linea con la volontà del legislatore francese di fare della fiducia uno strumento unicamente commerciale e finanziario[350].

---

francese nel quadro europeo, in Riv. dir. priv., 2007, p. 854

[348] A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2008, p. 595.

[349] Secondo A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2008, p. 596 proprio il divieto della *fiducie libéralitè* insieme all'introduzione dell'art. 408-1 Code civil, per cui i beni o diritti di un minore non potranno essere trasferiti in un patrimonio fiduciario, ed al divieto per il fiduciario nominato di avere anche un incarico di tutore o curatore nei confronti del disponente rischia di "ridimensionare notevolmente l'idea della fiducie come istituto di diritto comune".

[350] A. NERI, *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti,* p. 572. Proprio in considerazione degli stringenti iniziali requisiti soggettivi della *fiducie* un autore francese come F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2008, p. 133, lamentava che "la legge non risponde al suo obbiettivo di modernizzare il diritto francese e alla sua volontà di restituirgli il ruolo di diritto "ispiratore" per altri Paesi". A. NERI, *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2008, p. 596 nota che anche l'abrogazione delle limitazioni previste inizialmente dall'art. 2014 Code Civil deve essere inserita nel contesto "di un potenziamento della figura dell'imprenditore individuale".

In tal modo, la *fiducie* è sospinta, nell'ottica della comparazione con il diritto italiano, verso una assimilazione funzionale con le ipotesi di cui agli art. 2447 bis c.c. e ss. o con l'intestazione fiduciaria disciplinata dalla legge del 1966/1939[351].

Rimane dunque sicuramente preclusa, nell'ordinamento francese, la possibilità per i privati di costituire patrimoni separati destinati al raggiungimento di un determinato obbiettivo, rimanendo l'effetto di separazione patrimoniale disponibile per le sole persone giuridiche.

Nell'ottica della comparazione, la nuova normativa francese ha il pregio indiscusso di presentarsi come una soluzione meglio calibrata sistematicamente. Essa, infatti, conscia dei rischi di abuso ai danni dei creditori, dei legittimari e, non da ultimo, del fisco medesimo, si sforza di raggiungere un punto di equilibrio che sia capace di cogliere le opportunità che, in alcuni settori di mercato, la fiducia e la separazione patrimoniale possono offrire.

Il legislatore italiano, da parte sua, ha evidentemente avvertito le medesime preoccupazioni: non potrebbe altrimenti spiegarsi l'indicazione all'art. 2645 *ter* c.c. di una *"meritevolezza"* dell'interesse destinatorio.

Tuttavia la soluzione proposta si rivela insufficiente, portatrice com'è del rischio di prestarsi a facili e poco commendevoli slabbrature interpretative.

Da altro punto di vista, tuttavia, l'ordinamento italiano può forse presentarsi oggi più completo rispetto a quello francese sotto il profilo della predisposizione di strumenti negoziali di separazione patrimoniale.

Infatti, accanto alle ipotesi di separazione patrimoniale introdotte dalla legislazione societaria e finanziaria, conosce ora, con il medesimo art. 2645 ter c.c., una fattispecie capace di rispondere ad esigenze di solidarietà del tutto condivisibili (come lo una

---

[351] L'ampiezza della definizione del contratto fiduciario che risulta dall'art. 2011 è tale infatti da poter ricomprendere sia le ipotesi dei patrimoni e/o finanziamenti ad uno specifico affare sia, come suggerito da F. BARRIÈRE, *La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza,* p. 125, "quella in cui il fiduciario avrà l'incarico di gestire i beni (fiducia gestione) e quella in cui custodirà i beni vincolati fiduciariamente a garanzia di un debito (fiducia-gestione) e quella in cui custodirà i beni (fiducia-garanzia)". L'A. nota tuttavia poco oltre (p. 126) che "l'esercizio della funzione fiduciaria da parte di soggetti bancari dovrà svolgersi nel rispetto del loro consenso. In pratica la gestione fiduciaria rischia di essere limitata da quello che le banche accetteranno di fare o potranno fare (si fatica a immaginare, per esempio, il trasferimento di merci voluminose a un banchiere con esproprio, oppure un banchiere fiduciario di attività industriali".

destinazione patrimoniale, espressamente presa in considerazione della norma, a favore di un soggetto svantaggiato quale è un disabile), aprendosi anche, seppure con i limiti più volte segnalati nel corso del lavoro, ad ipotesi atipiche.

3.2. Il *trust* e gli atti di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c.

È affermazione ricorrente, anche nella letteratura giuridica inglese, che tentare di offrire una definizione esaustiva del *trust* non sia compito facile[352].

In via generalissima si possono riconoscere tre forme di *trusts*: gli *express trusts*, i *constructive trusts* e, infine, i *resulting trusts*.

Delle suddette tre categorie, solo la prima può essere studiata come vera e propria manifestazione di autonomia privata, presentandosi le altre più come istituti di creazione giurisprudenziale con funzione rimediale.

È evidente che, nell'ottica di questo lavoro, sono gli *express trusts* a suscitare il maggiore interesse e ad essi si rivolgerà, pertanto, principalmente l'attenzione.

La figura dell' *express trust* coinvolge tre soggetti: il costituente del *trust*, denominato *settlor*, il fiduciario (o *trustee*), cui il primo conferisce l'amministrazione di uno o più beni affinché li gestisca secondo le istruzioni ricevute, ed il *beneficiary* (o anche *cestui que trust*), nel cui interesse detti beni vengono gestiti ed al cui patrimonio sono destinati i risultati di tale gestione[353].

---

[352] Del resto, come nota D.J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 6 "there is no statuory defintion of the *trust* which can be used as a major premise from wich rules relating to the *trust* whic can be deduced. It has been the courts that, over the years, have developed the rules relating to the *trust*, so all one can do is provide a description of the *trust*, which reflects those rules and which enables people in a general way to know what is meant when talking about a *trust*".

[353] Si deve precisare che non saranno trattati, in questo lavoro, i constructive *trust*s e i resulting *trust*s,

Questo schema non assume tuttavia carattere costante, in quanto non soltanto ciascuno dei ruoli innanzi visto può essere rivestito da una pluralità di soggetti, ma può anche accadere che, per via della assenza di beneficiari, di un dato *trust* siano protagonisti esclusivamente il *settlor* ed il *trustee*, o il *settlor* medesimo sia il beneficiario. Può anche darsi che nessun soggetto rivesta la posizione di beneficiario, ricorrendo in tal caso la controversa figura del *trust*s di scopo[354].

A seguito della istituzione del *trust*, il costituente separa dal proprio patrimonio uno o più rapporti giuridici di varia natura, conferendoli in amministrazione al fiduciario e, a partire da tale momento, rinunciando ad ogni potere di gestione, nonché di indirizzo dell'operato di quest'ultimo[355].

I beni conferiti al fiduciario non possono essere in alcun modo considerati parti del suo patrimonio personale. Tale regola assume naturalmente particolare rilevanza ai fini successori, o nel caso di insolvenza del *trustee*: i beni che costituiscono il *trust* rappresentano un fondo indipendente, accessibile e utilizzabile a vantaggio dei

---

*trust*s con funzione rimediale che, del resto, non sono oggetto neanche della Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai *trust*s.

[354] Ossia *trust* in cui non sono indicati dei beneficiari. Si ritiene che tale forma di *trust* sia nulla se non quando coincida con i *charity trusts.* Come informa M. LUPOI, *Trusts,* p. 206 e ss, negli ultimi anni si sono presentate numerose eccezioni tanto che c'è da dubitare delle attuale effettività del divieto. Oltre ai più tradizionali *trust*s anomali, come istituiti per l'erezione e la manutenzione di tombe, la recita di messe o il mantenimento di uno determinato animale, si sono diffusi negli ultimi anni *trust*s in cui, sebbene manchi la figura dei beneficiari, esiste pur sempre un numero di soggetti che ne traggono beneficio. E' questo il caso di *Re Denley's Trust deed, 1968* in cui un lotto di terreno trasferito dal disponente al *trust*ee per un tempo determinato, affinchè venga impiegato quale impianto sportivo a vantaggio dei dipendenti della società; la corte adita confermò la validità del *trust* in base alla considerazione che l'atto costitutivo determinava comunque i soggetti cui sarebbe spettato il *locus standi*. Per una ricostruzione della decisione della Corte nel caso di specia si veda D.J. HAYTON, *The law of trusts,* p. 55-56. Secondo M. LUPOI, *Trusts,* p. 208 " occorre (…) vedere in questa evoluzione della giurisprudenza inglese il ripristino della corretta visione della posizione del beneficiario di un *trust*, per oltre mezzo secolo turbata dal concetto di *"equitable ownership"*, riportando sul terreno processuale (chi può agire contro il *trustee)* un tema impropriamente trasferito sul terreno sostanziale". Contrario alla assimilabilità del caso *Re Denley's* ai c.d. *trust*s di scopo è J. E. PENNER, *The law of Trusts,* p. 233.

[355] Questo è tuttavia vero solo in via generale. Infatti, nell'atto costitutivo è sempre possibile per il *settlor* riservarsi alcuni poteri che possono includere quello di revocare il *trust*, sollevare il *trust*ee dall'incarico e sostituirlo con altri, eliminare alcuni beneficiari. Sul punto si veda D.J. HAYTON, *The law of trusts,* p. 4 e successivamente, p. 151 e ss., nonché J. E. PENNER, *The law of Trusts,* p. 18.

beneficiari o nell'attuazione dello scopo al quale sono vincolati[356].

Quanto al *trustee*, la sua attività di gestione si caratterizza, in linea di principio, per la sua natura dinamica, in quanto si traduce nel compimento di una pluralità di atti di alienazione e di acquisto, e, altresì, per la discrezionalità, godendo il fiduciario di un'ampia libertà di autodeterminazione nell'esercizio della situazione soggettiva conferitagli[357]. Il primo aspetto si giustifica in considerazione della investitura che il *trustee* riceve dal *settlor* , la quale non si esaurisce nell'incarico di compiere uno più atti giuridici determinati, ma riguarda il compimento di una serie indefinita di atti di amministrazione, non individuati preventivamente dal costituente, se non in relazione ai fini cui sono rivolti. Il secondo rilievo, strettamente connesso con il precedente, si fonda sulla circostanza che, di norma, il settlor non impartisce al fiduciario istruzioni dettagliate, con la conseguenza che quest'ultimo è autorizzato a porre in essere ogni attività che non trascenda le finalità per le quali il *trust* stesso è stato costituito.

Nonostante il *trust*ee agisca in nome proprio, non gli è riconosciuto alcun potere di sfruttamento economico dei beni costituiti in *trust*, essendo tenuto a servirsi di detti beni e dei loro frutti esclusivamente a beneficio del terzo designato. Al riguardo si nota come il *trustee* non debba porsi neanche "in una situazione tale che si possa pensare che egli tragga profitto", dovendo, conclusivamente, evitare ogni situazione di conflitto di interessi[358].

Fino a tempi recenti l'incarico di *trustee* doveva essere svolto personalmente, non potendo essere delegato se non per limitate eccezioni[359].

---

[356] *Ex multis* D.J. HAYTON, *The law of trusts*, p. 4: "the *trust* property constitutes an independent fun availabel only for the beneficiarier or the charitable or other permitted purposes".

[357] Anche questo principio soffre tuttavia un'eccezione nel caso dei c.d. bare *trust*ee che ricorre quando il *trust*ee è investito della proprietà ma non è prevista alcuna obbligazione se non quella di operare come disporranno i beneficiari.

[358] Così M. LUPOI, *Trusts*, p. 270. Tale dovere è conosciuto anche come *duty of loyalty*. Sul punto si veda W. F. FRATCHER, *Trusts*, p. 65.

[359] Tale principio è conosciuto secondo il brocardo *"delegatus non potest delegare"*. In proposito si veda W. F. FRATCHER, *Trusts*, p. 61 e ss, che tuttavia notava criticamente come tale dovere fosse molte volte di ostacolo ad un proficuo svolgimento dell'incarico, specie quando il *trust*ee non abbia le adeguate competenze tecniche. Già con il *Trust*ee Act 1925 erano stati introdotti alcune eccezioni e temperamenti al suddetto prinipio che si riferiva, ad ogni modo, ai poteri discrezionali propri del *trust*ee. In primo luogo, infatti, tali poteri potevano essere da questo delegati quando i beni oggetto del *trust* fossero situati

Altro dovere incombente sul *trust*ee è di non confondere, tenendo invece separati, i beni conferitigli in *trust* da quelli suoi personali e da quelli rientranti in altri *trust* (*duties of segregation and earnmarking*)[360].

Inoltre, sempre nell'atto costitutivo, il *settlor* programma, di regola, l'attribuzione ai *beneficiaries*, od a taluni di essi, delle res che formano oggetto del *trust*, attribuzione che avrà luogo una volta decorso il termine stabilito o, comunque, al momento della cessazione del *trust* dipendente dal altra causa.

Più in particolare, sotto il profilo economico, la posizione dei beneficiari di un *trust* può atteggiarsi in distinti modi. Infatti può essere riconosciuto, ad uno o più soggetti, il diritto a percepire il reddito prodotto dal capitale gestito. Ulteriore possibilità è che sia attribuito il diritto ad ottenere (tutto o parte) del capitale gestito una volta cessato il *trust*. Ancora, ai beneficiari potrebbero essere riservati entrambi i diritti, il primo esigibile nel corso della durata del *trust*, il secondo, invece, al momento della cessazione dello stesso[361].

Particolare tutela gode il beneficiario del *trust* nel caso del c.d. *breach of trust*, che ricorre, per esempio, quando il *trustee* trasferisca la proprietà dei beni ad un terzo che paghi un corrispettivo senza avere, tuttavia, conoscenza[362] (*notice*) della violazione dei

---

al di fuori del Regno Unito o il *trust*te si fosse trovato per più di un anno all'estero. Inoltre il *trust*ee poteva pur sempre ingaggiare un *agent* (ad esempio un solicitors o un broker) per compiere tutti gli atti che siano necessari o eseguire quelli che siano già stati stabiliti Il recente *Trustee Act 2000 s11(1)* ha tuttavia stabilito la delegabilità delle funzioni del *trust*ee fatta eccezione per quelle indicate nel medesimo testo normativo. Su tale riforma si veda J. E. PENNER, *The law of Trusts*, p. 278

[360] Si veda in proposito W. F. FRATCHER, *Trusts*, p. 62 e ss., che ricorda come siffatti obblighi siano stati elaborati dalle corti al fine di scoraggiare il *trust*ee dall'utilizzare i beni oggetto del *trust* ai propri fini. L'A. notava tuttavia come i *duties of segregation and earnmarking* rendessero difficile, per *trust*ee professionali come le banche, usare strumenti di investimento di massa (p.64): "Broker's commissions are higher on purchase of small lots of securities than on hundred-share lots, it is impossible to obtain the desirable degree of diversification in investing a very small fund, and sometimes no suitable investment is obtainable for a very small price"

[361] Si vedano le osservazioni di J. E. PENNER, *The law of Trusts*, p. 25, a proposito della particolare malleabilità che il *trust* consente al settlor nella determinazione della attribuzione per i beneficiari: "That is, of course, the main reason settlors benefit people trough *trust*s in the first place, so that *they* can decide what the beneficiaries will get out of the property, in other words, to give them a specified benefit from the property *without giving them ownership*. (corsivo dell'A.)".

[362] L'espressione usata dai *common law*yers è *bona fide purchaser*, facendosi con ciò riferimento ad una

propri doveri che il *trustee* sta commettendo, tale acquirente acquisterò un diritto pieno, libero dal vincolo a favore del beneficiario. Se, diversamente, l'acquirente non ha pagato un corrispettivo o aveva conoscenza, o avrebbe potuto conoscere, che l'atto di trasferimento del bene costituiva un breach of *trust*, sarà considerato *trustee* di un *constructive trust* per in favore del beneficiario[363].

Quanto all'oggetto del *trust*, questo può riguardare ogni situazione giuridica di tipo patrimoniale, sia che si tratti di diritti di natura personale che reale[364].

3.2.1. (segue)

Si può a questo punto tentare un confronto tra il *trust* della tradizione anglo-americana con gli atti di destinazione di cui all'art. 2645 ter c.c.

Già da un punto di vista strutturale possono riscontrarsi delle differenze significative.

Gli atti di destinazione, infatti, prevedono in ogni caso la presenza di un beneficiario, concorrendo anzi le caratteristiche soggettive di quest'ultimo a determinare la meritevolezza dell'interesse perseguito[365].

Nel *trust* di diritto anglo americano, invece, un beneficiario può anche mancare. È vero che la sua assenza determinerebbe, secondo i principi tradizionali del *common law*, la

---

"third person who pays value fori t without notice of the breach of *trust*". Quanto al requisite del "value" esso si ritiene integrato ove l'acquirente abbia pagato con del denaro o un suo equivalente. Il terzo acquirente partecipe del breach of *trust* sarà tenuto a risarcire i danni per le perdite causate ai beneficiari. Su tali profili si veda W. F. FRATCHER, *Trusts*, p. 80-81.

[363] W. F. FRATCHER, *ibidem.*

[364] In dottrina, R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p. 19, si nota che "l'osservazione della prassi negoziale consente, anzi, di affermare che di regola questa particolare forma di gestione compiuta nell'altrui interesse riguarda una pluralità di situazioni giuridiche di diversa natura e, dunque, una molteplicità di beni, mobili od immobili, materiali od immateriali, i quali confluiscono in quello che parte della dottrina definisce *fondo*, o *patrimonio* od *universitas*, al fine di sottolineare il carattere unitario, ancorché sotto un profilo puramente economico, e altresì, allo scopo di evidenziarne la fungibilità delle cose che lo compongono".

[365] Diversamente D. MURITANO, *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia priavata*, Milano, 2007, p. 25.

nullità del *trust* medesimo, ma è anche nota la significativa eccezione del *charitable trust*, nonché i recenti orientamenti giurisprudenziali che ritengono sufficiente la presenza di un soggetto che, ancorché non beneficiario in senso tecnico, sia legittimato ad agire per la realizzazione del *trust*.

Così pure deve essere segnalato che, mentre il negozio istitutivo del *trust* ha sempre struttura unilaterale, nel caso degli atti di destinazione, l'unilateralità può lasciare il passo ad una manifestazione di volontà contrattuale[366], più coerente del resto con la tradizione dei paesi di *civil law*.

È stata segnalata la limitazione del vincolo di destinazione ai beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, a differenza del *trust* che può avere ad oggetto anche beni mobili.

Sono state sottolineate divergenze sulla disciplina della durata del vincolo, come sulla forma pubblica richiesta *ad sustantiam* dall'art. 2645 ter c.c.[367]. Le maggiori differenze si riscontrerebbero tuttavia, secondo parte della dottrina, sotto il profilo gestorio.

Il *trust* della tradizione anglosassone prevede la scomparsa del *settlor* dalla scena dopo la costituzione del *trust*, potendo egli tutt'al più riservarsi alcuni poteri con l'atto di *settlement*.

Per gli atti di destinazione, invece, è prevista *ex lege* la legittimazione del conferente all'azione per la attuazione dello scopo del vincolo.

Maggiore rilievo avrebbe la circostanza che l'art. 2645 ter c.c. si disinteressa della disciplina della gestione del patrimonio destinato, limitandosi semplicemente a disporre che i beni vincolati e i loro frutti siano impiegati solo in vista del raggiungimento dello scopo.

Ciò renderebbe l'istituto del *trust* altamente competitivo rispetto all'epigono di diritto italiano. Anzi quest'ultimo non potrebbe che essere considerato un frammento di *trust*: "tutto ciò che è nell'atto di destinazione è anche nei *trust*, ma i *trust* si presentano con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'atto di destinazione non presenta"[368].

---

[366] M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod.civ. quale frammento di trust,* p.

[367] G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.) e trsut: analogie e differenze*, p. 409 e ss.

[368] M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod.civ. quale frammento di trust,* p. 172. Nello stesso senso A. ZOPPINI, *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica,* in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia*

La conclusione può essere condivisa solo in parte, non sembrando affatto necessaria la stipulazione di un contratto di gestione per costituire in capo al titolare dei beni obbligazioni fiduciarie o assimilabili al mandato.

Proprio l'articolata disciplina che il codice civile italiano riserva a tale ultimo istituto rende poco comprensibile le preoccupazioni di parte della dottrina rispetto alla carenza di disciplina legale del profilo gestorio della destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c.

Infatti, non pare insignificante che la disciplina del mandato sia richiamata dal legislatore all'art. 2030 c.c., che precisa che il gestore d'affari altrui "è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero dal mandato".

La disciplina del mandato appare dunque il punto di riferimento di una gestione d'affari nell'interesse di altri, ancorché iniziata del gestore senza esservi obbligato e nella consapevolezza dell'altruità dell'affare[369].

La considerazione di ciò rende ragionevole ricorrervi allora nel caso dell'art. 2645 *ter* c.c.[370]

Tale articolo, infatti, dispone che "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione", per la cui realizzazione, d'altronde, "può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato".

L'art. 2645 ter c.c. sembra quindi costituire in capo al titolare dei beni o all'eventuale gestore un vero e proprio obbligo di gestione e/o attuazione nell'interesse di un altro soggetto (il beneficiario): il gestore della destinazione è dunque tenuto *ex lege* a compiere tutte le attività necessarie per il raggiungimento dello scopo.

È dunque ragionevole applicare in via analogica ai negozi di destinazione la disciplina di cui agli art. 1710 e ss.

Del resto una conclusione simile è stata correttamente già raggiunta in dottrina con riferimento, quantomeno, all'obbligo di rendiconto di cui all'art. 1713 e ss. quando si è ritenuto che "esso possa essere riconosciuto esistente anche al di fuori delle ipotesi tipiche", alla luce della sua *ratio* nella esigenza "che chiunque svolge attività nell'interesse di altri deve portare a conoscenza di questi – secondo il principio della

---

priavata, Milano, 2007, p. 340.

[369] Così giustifica l'estensione della disciplina del mandato alla gestione d'affari altrui S. FERRARI, *Gestione affari altrui (diritto privato)*, in *Enc. Diritto*, XVII, Milano, 1969, p. 665.

[370] Sembra in questo senso anche l'opinione di G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, p. 205 e ss.

buona fede – gli atti posti in essere”[371].

3.3. Il dibattito sull’ammissibilità del c.d. *trust interno* e l’introduzione dell’art. 2645 ter c.c.

Fino ad anni recenti l’interesse della riflessione giuridica italiana verso il *trust* è stato senz’altro saltuario e sporadico.

Erano pure rare le pronunce giurisprudenziali che, tra l’altro, non mancavano di sottolineare l’alienità dell’istituto rispetto all’ordinamento giuridico italiano[372].

L’atteggiamento di dottrina e giurisprudenza è mutato in seguito alla Convenzione dell’Aja sulla legge applicabile ai *trust*s e sul loro riconoscimento, che l’Italia ha peraltro ratificato per prima.

La ratifica della Convenzione ha dato vita ad un vivace dibattito all’interno del quale si è formato un diffuso orientamento della dottrina, seguito anche da molte pronunce di merito, per il quale la suddetta ratifica sarebbe stata sufficiente non solo a riconoscere i *trust*s stranieri ma anche ad introdurre nel nostro ordinamento l’istituto del *trust*, che sarebbe ora pertanto uno strumento negoziale pienamente a disposizione dei cittadini italiani.

In particolare, in seguito alla legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione, sarebbe ormai ammissibile la costituzione di un *trust* c.d. interno, i cui elementi

---

[371] F. P. LUISO, *Rendiconto (diritto privato),* in *Enc. Diritto,* XXXIX, Milano, 1988, p. 794.

[372] È significativo ricordare che fino a Tribunale di Casale Monferrato, 13 aprile 1984, la giurisprudenza italiana si era pronunciata solo in altre quattro occasioni: Corte di Cassazione di Roma 21 febbraio 1999, Corte d’Appello di Napoli 22 aprile 1908, Corte di Cassazione di Napoli 29 marzo 1909, Tribunale di Oristano 15 marzo 1956. Quest’ultima pronuncia, in particolare, si era distinta per aver espresso il principio della nullità del *trust* nel nostro ordinamento per contrarietà alle norme sulla proprietà e alle norme di ordine pubblico. Tutte le suddette sentenze sono raccolte in M. LUPOI, *La giurisprudenza italiana sui trust, dal 1899 al 2006,* Milano, 2006.

costitutivi siano tutti riconducibili al nostro paese e non presenti dunque alcun elemento di estraneità che giustifichi, secondo le norme di conflitto individuate dalla medesima convenzione, l'applicazione di una legge straniera[373].

Perché un cittadino italiano possa costituire un *trust* interno, basterebbe anzi in proposito la scelta di un legge straniera che conosca tale istituto.

Si nota, infatti, che l'art. 6 della Convenzione stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile al *trust*, che sarà dunque quella voluta dal disponente. Qualora il *trust* sia stato costituito in conformità a questa legge i singoli Stati ratificanti hanno l'obbligo, ai sensi dell'art. 11, di riconoscere i suoi effetti all'interno dei rispettivi ordinamenti. L'Italia avrebbe potuto riservarsi il diritto di applicare le disposizioni del capitolo III, quelle cioè sul riconoscimento, ai *trusts* la cui validità è regolata dalla legge di uno Stato contraente, in conformità a quanto è previsto dall'art. 21 della Convenzione. In altre parole il nostro legislatore avrebbe potuto limitare il proprio dovere di riconoscimento ai *trust*s regolati, ad esempio, dalla legge inglese o maltese. Poiché non è stata seguita questa via, l'Italia si sarebbe impegnata a riconoscere i *trusts* in via generale, quale che sia la legge applicabile[374].

Infine, si nota da parte dei sostenitori dell'ammissibilità del *trust* interno, che "se si ammettesse che un determinato effetto pratico riferito a beni esistenti in Italia può essere conseguito da uno straniero e non da un cittadino ovvero da quest'ultimo solo in quanto costituisca all'estero la struttura giuridica destinata ad operare nel nostro sistema, sarebbe evidentemente vulnerato un limite di costituzionali, mancando ogni

---

[373] Così M. LUPOI, *Trusts*, p. 546 che distingue tale figura dal c.d. *trust* di diritto interno che ricorre quando il *trust* è sottoposto alla legge italiana.

[374] Un ulteriore argomento è stato tratto dall'art. 15, il quale stabilisce che la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro che non possono essere derogate mediante una manifestazione della volontà, come alcune norme in tema di minori e incapaci, effetti personali e patrimoniali del matrimonio, testamenti e legittima ed altri. Una tale disposizione –si nota - non si riferirebbe certo a *trusts* istituiti da chi è normalmente sottoposto ad una legge che conosca l'istituto, essendo piuttosto destinata ad ipotesi quali i c.d. *trusts* interni. Si osserva ancora che lo stesso art 15, al secondo comma, dispone poi che ove il riconoscimento del *trust* costituisca effettivamente un ostacolo a norma del comma primo, il giudice deve cercare di realizzare gli obbiettivi del *trust* con altri mezzi giuridici. Da questa disposizione emergerebbe un chiaro favor nei confronti dell'istituto. Sul punto si veda M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 438.

giustificazione di ragionevolezza perché un determinato ambito di efficacia, che pur si riconosce attuabile nel nostro Paese, lo sia in un caso e non nell'altro"[375].

La suddetta ricostruzione, attualmente prevalente, non riesce a superare alcuni dati sistematici.

In particolare un siffatto esito interpretativo, coincidente con la introduzione del *trust* nei paesi di *civil law* cui fosse fino ad allora ignoto, sarebbe al di fuori degli scopi istituzionali della Conferenza dell'Aja che, in verità, consistono nel *"traivaller à l'unification progressive des règles de droit international privé"*[376].

La scelta di introdurre *tout court* del *trust* negli paesi di *civil law* avrebbe invece comportato una significativa modifica degli ordinamenti interni di quegli Stati, al di là di quanto necessario per la elaborazione di regole di conflitto uniformi.

L'oggetto e lo scopo della stessa Convenzione dell'Aja erano, del resto, dichiaratamente quelli di stabilire delle disposizioni comuni di conflitto sul *trust* e di disciplinare in maniera uniforme gli effetti del suo riconoscimento[377].

La limitatezza dello scopo della Convenzione è peraltro dimostrata dal già ricordato art. 13 a norma del quale "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi portanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trust*ee sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione".

Tale disposizione, come evidente, restringe il potere del disponente di fare ricorso al

---

[375] N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts,* in Ilaria Beneventi, *I trusts in italia oggi,* Milano, 1996, p. 75. Una tale, suggestiva, argomentazione è però confutata da C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita notarile,* 1998, p. 1324, n. 2, che ricorda come "l'art. 3 Cost. nella prospettiva di diritto internazionale privato (…) riguarda soltanto i cittadini tra loro. Peraltro l'art. 10, secondo comma Cost. prevede per la condizione giuridica dello straniero la conformità alla legge e ai trattati internazionali, non al principio di uguaglianza di cui all'art. 3. Sul piano sostanziale, poi, la diseguaglianza, ipotizzata sull'assunto che la legge n.364/1989 consentirebbe esclusivamente la costituzione di *trust* ad opera di cittadini stranieri, non sussiste perché non è la cittadinanza presupposto necessario o qualificazione preclusiva". Nello stesso senso le osservazioni di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* in *Riv. notariato,* 2001, I, p.19.

[376] Art. 1 dello Statuto. Il punto è rilevato, recentemente, da G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano,* Milano 2001, p. 123.

[377] Il carattere limitato della Convenzione è rilevato anche da T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato,* Padova, 1999, p. 589.

trust. Una siffatta conclusione emerge dallo stessa lettera della norma che prende in considerazione quegli elementi di un *trust* sui quali può influire con la propria volontà il settlor medesimo (scelta della legge, luogo di amministrazione, residenza abituale del *trust*ee). L'art. 13 incide dunque sull'autonomia privata del settlor, limitando la possibilità di quest'ultimo di ricorrere al *trust* in situazioni prive di sostanziali collegamenti con uno Stato che conosce l'istituto[378].

Conformemente al sistema di diritto internazionale privato l'art. 6 della Convenzione che, come già riferito, stabilisce il principio della libertà di scelta della legge applicabile al *trust*, presuppone l'esistenza di una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità[379].

---

[378] G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano,* p. 127. I sostenitori dell'ammissibilità di un *trust* interno ritengono che l'art. 13 non incida sulla validità del *trust*, stabilita dall'art. 6, ma che si limiti invece a individuare i casi in cui possa essere negato il riconoscimento degli effetti di un *trust* che di per sé è valido. In tale ultimo senso M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts,p.* 439: "La facoltà concessa dall'art. 13 di non riconoscere i *trust*s interni (e i fidecomisos interni e i contratti fiduciari interni ci riconduce alla necessità di procedere secondo le concrete attuazioni di *trusts*, fermo restando che quando lo studioso può dire dovrà essere poi vagliato dal giudice con riferimento allo specifico caso in giudizio"

[379] Così anche C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita Notarile,* 1998, p 1324, A GUARNERI, *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law,* in *I trsusts in Italia oggi,* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 114. Recentemente nello stesso senso, con riferimenti comparatistici al diritto francese, l'interpretazione di G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze,* in *Contr.Impresa/Europa,* 2007, p. 360 e ss. *Contra*, S. MAZZAMUTO, *Il trust,* in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo, II Proprietà Obbligazioni Contratti,* Milano, 2007, p. 627 – 628: "la Convenzione non detta i requisiti di internazionalità del *trust*, così come di norma accade nelle convenzioni di diritto internazionale privato, la cui applicazione consegue al previo accertamento della sussistenza di una fattispecie concreta connotata da elementi di internazionalità. Pertanto, nel nostro caso, (…) si deve concludere nel senso che il meccanismo di innesco della disciplina convenzionale è rappresentato dai criteri sanciti dall'art. 3 della Convenzione medesima, ossia che il *trust* sia creato volontariamente, che sia provato per iscritto e che la legge prescelta conosca l'istituo del *trust*. In altri termini l'individuazione della legge regolatrice del *trust* non è, nel sistema della Convenzione, una conseguenza della internazionalità della fattispecei, bensì un presupposto della Convenzione medesima, e, dunque, come tale destituito di autonoma rilevanza operativa. La legge straniera ben potrà regolare una fattispecie che non presenta alcun criterio di collegamento con l'ordinamento richiamato, con il solo limite della frode, vale a dire della strumentale sottrazione del rapporto alla disciplina naturale per finalità abusive". In giurisprudenza si veda, conforme

Di fronte ad una fattispecie che non presenti collegamenti territoriali o personali con diversi ordinamenti giuridici non si porrebbe una questione di legge applicabile: laddove non c'è conflitto possibile di leggi non interverrebbe il diritto internazionale ma troverebbe senz'altro applicazione la legge del foro[380].

---

a tale ultimo orientamento dottrinale, Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Corr. Giur.* 2004, p. 65 e ss. e, in particolare, p. 67.

[380] G. BROGGINI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano,* in *I trusts in Italia oggi,* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996 p. 19-20, ricorda inoltre che l'art. 5 esclude l'applicazione della Convenzione, qualora la legge determinata dal disponente non preveda l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione, autorevole dottrina ha sostenuto che l'unico significato congruo della norma sarebbe: "qualora la legge applicabile, così come determinata dal capitolo II, non conosca l'istituto del *trust*, così come definito dall'art. 2, non potrà darsi luogo al riconoscimento come *trust* del rapporto giuridico"[380]. In altre parole, poiché in presenza di un *trust* i cui elementi importanti si collochino nell'ordinamento italiano le parti non disporrebbero del potere di designare la legge del rapporto, la legge applicabile sarebbe quella italiana; e poiché la legge italiana non disciplina il *trust*, in base all'art. 5 non si applicherebbe la Convenzione. Ne conseguirebbe l'impossibilità di riconoscere, quale *trust*, un rapporto che abbia in un ordinamento in cui tale istituto è sconosciuto "il suo centro di gravità perché ivi sono localizzati in misura preponderante i beni, perché ivi ha residenza il fiduciarioo o perché ivi ha sede l'amministrazione dei beni". Lo stesso G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato,* in *Europa e dir. priv.*, 1999 p. 412, conclude che la costruzione di un *trust* retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe essere considerata addirittura come una costruzione abusiva. *Contra* S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2000, p. 148, per il quale 'art. 5 " è solamente rivolta ad impedire che gli effetti minimi di diritto uniforme sostanziale in essa previsti direttamente con specifico riguardo al riconoscimento degli effetti del *trust* (di cui al precedente par. 2) possano realizzarsi sulla base del solo esercizio dell'autonomia privata sostanziale delle parti interessate alla costituzione di un *trust*, allorché tale esercizio avvenga senza un suo adeguato inquadramento nell'ambito di uno specifico ordinamento in cui il *trust* trovi anche una compiuta disciplina". Lo stesso A. *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985,* pp. 777-778, ritiene inoltre che "qualora ci si trovi innanzi ad una convenzione di diritto uniforme relativa a norme di diritto internazionale privato riferite ad obbligazioni contrattuali la scelta della legge applicabile è normalmente consentita a prescindere dalla c.d. internazionalità del rapporto". L'opinione contraria a considerare la Convenzione dell'Aja quale "fonte normativa del *trust* interno con valore di legge dello Stato" aderiscono Trib. Belluno, decreto 25 settembre 2002, in *Corr. Giur.* 2004, p. 57 e ss., nonché Trib. Velletri, ord. 8 giugno 2005, in *Eur, dir. priv.* 2005, p 785 e ss. e, in particolare, p. 790: "la legge straniera, (…) richiamata solo per consentire l'applicazione della Convenzione, è inidonea a produrre alcun effetto giuridico in un

Vale la pena ricordare qui che, oltre ai due filoni interpretativi appena esposti è possibile individuarne un terzo rappresentato da coloro che, pur aderendo alla tesi di chi afferma che la Convenzione determinerebbe unicamente il vincolo di riconoscere *trusts* stranieri e non anche quelli interni, ritengono che sia possibile comunque, da parte di cittadini italiani, costituire un negozio atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c. su beni siti in Italia, che sia regolato dalla legge italiana e soggetto alle norme imperative del nostro ordinamento[381]. Un tale negozio potrebbe conseguire gli effetti principali di un *trust*: come la creazione di un patrimonio separato ed autonomo rispetto a quello del disponente, in deroga a quanto previsto dall'art., 2740 c.c.

Nonostante la tesi in favore della ammissibilità del *trust* interno o di diritto interno fosse stata accolta anche dalla giurisprudenza di merito prevalente[382], proprio la regola espressa da quest'ultima norma, insieme al principio del numero chiuso dei diritti reali, era individuato, da altra parte della dottrina, quale il vero banco di prova relativo alla ammissibilità di un *trust* interno o di un *trust* di diritto interno. Dalla presenza di tali

---

ordinamento al quale appartiene e, perciò, la clausola che la prevede è da reputare nulla per impossibilità dell'oggetto".

[381] E. ANDREOLI, *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria,*Padova, 1998, p. 26: "per quello che è dato osservare dall'esperienza italiana sembra (…) potersi affermare la possibilità di concludere un negozio atipico regolato dalla legge italiana e soggetto quindi al rispetto delle norme imperative del nostro ordinamento, che dovrebbe conseguire quel risultato principale che si è evidenziato parlando del *trust*: ovvero la possibilità di creare patrimoni autonomi da quello del disponente". Così anche G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano,* in *Riv. dir. comm.* 2001, p. 394: "ad ogni acquisto di cittadinanza corrisponde – come si sa – un nuovo *Status,* che è quello definito dalle leggi del paese di mutata appartenenza; né si può essere cittadini di un nuovo paese in base alle regole che, in quello di origine, regolano la cittadinanza. (…) Le cose non vanno diversamente per i negozi (da non confondere con le forme che, nei singoli ordinamenti, vengono ad esprimerli sotto il profilo giuridico). Se compiuti all'interno dello Stato italiano e nella sua esclusiva sfera di influenza, essi non potranno acquistare rilevanza, se non attraverso gli schemi, che il nostro ordinamento. E, se altrove si qualificano come *trusts,* in Italia sono destinati a configurarsi come negozi concretamente tipizzabili in base ai loro specifici caratteri sostanziali, cui debbono ricollegarsi quegli effetti che, nel rispetto del principio di autonomia, possono meglio rappresentare l'intento del loro autore".

[382] Per una rassegna delle decisioni si veda già L. NIVARRA, *Il trust e l'ordinamento italiano,* in F. ALCARO – R. TOMMASINI, *Mandato, fiducia e trust,* Milano, p. 21 e ss. Rispetto a tale ultima figura si veda, in senso favorevole, Trib. Velletri, ordinanza 8 giugno 2005, in Eur. e dir priv., 2005, p. 785 e ss.

principi parte della dottrina, seppur con posizioni differenziate, propendeva per la totale incompatibilità del *trust* con il sistema italiano[383].

Delle posizioni espresse dagli interpreti a riguardo del rapporto tra *trust* (o negozio di destinazione) e art. 2740 c.c. o i principi di tassatività e tipicità dei diritti reali si è già detto nei capitoli precedenti. È opportuno spendere qualche parola per ricordare il dibattito che ha investito il profilo, collegato invero a quelli appena ricordati, della trascrivibilità del diritto del *trust*ee in quanto tale.

Il problema sorgeva dalla constatazione che il *trust* dà luogo ad una proprietà funzionalizzata come tale non riconducibile allo schema descritto dall'art. 832 c.c. e a cui farebbe riferimento l'elenco di cui all'art. 2643 n.1 c.c. L'art. 2645 c.c, da parte sua, apre il sistema della trascrizione anche agli altri atti o provvedimenti che, benché estranei alla categoria del contratto, producano l'effetto di trasferire la proprietà di beni immobili.

Parte della dottrina sosteneva che il mancato coordinamento, da parte del Legislatore, della legge di ratifica della Convenzione dell'Aja con l'art. 2643 n. 1 c.c. poteva essere, senza incertezze, compiuto in via di interpretazione sistematica, facendo ricorso ai criteri per il quale la legge posteriore abroga e corregge quella anteriore, e la legge speciale, qual è una convenzione internazionale, prevale sulle norme dei diritto nazionale comune: "fatta l'aggiunta, il sistema italiano di trascrizione immobiliare

---

[383] Tra costoro F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* in *Riv. notariato,* 2001, I, p. 15, con riferimento al principio del numerus clausus, e , rela tivamente alla regola espressa dall'art. 2740 c.c., p. 20 e ss., nonché V. MARICONDA, *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità,* in *Corr. Giur.,* 2004, p. 76 e ss., e, più recentemente, F. GALLUZZO, *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust,* in *Corr. Giur.,* 2006, p. 695 e ss., in particolare p. 704 e ss. Più articolata la tesi di C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita Notarile,* 1998, p. 1330 e ss., il quale pur aderendo all'orientamento per il quale l'effetto di separazione caratteristico del *trust* sarebbe stato inibito o quanto meno precluso all'autonomia privata, ritenevano che non fosse "preclusa ogni via che consenta di individuare all'interno del patrimonio del *trust*ee i beni ad esso conferiti in *trust* e perciò a esso appartenenti". L'A. proponeva, in particolare rispetto ai beni immobili, di evidenziare, attraverso lo strumento pubblicitario della trascrizione, "la qualificazione *trust*iana della proprietà", che, in virtù di una *exceptio doli*, sarebbe stata opponibile ai terzi che ne fossero venuti a conoscenza. Tale ricostruzione era tuttavia sottosposta a critica da F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* p. 20 e ss.

funziona perfettamente; *rectius*: funziona esattamente come funzionava prima, sicché parlare di incompatibilità" dell'acquisto del *trustee* con il nostro sistema di pubblicità immobiliare "è ampiamente fuori luogo"[384].

Un altro autore opportunamente segnalava invece l'inconferenza del richiamo al combinato disposto degli art. 2643 n. 1 c.c. e 2645 c.c.. In tal modo, infatti, si sarebbe caduti nell'equivoco di ritenere che quest'ultima norma "abbia il compito di legittimare la trascrizione quando l'effetto dell'atto sia analogo o simile ad uno di quelli previsti dall'art. 2643 c.c. e non già identico, come viceversa deve essere, dovendosi adottare *(…)* una nozione di effetto giuridico in senso formale e tipico"[385].

L'alternativa percorribile per giungere alla trascrizione sarebbe stata quella di sostenere che il *trust*, attraverso la ratifica della Convenzione dell'Aja, fosse ormai divenuto istituto di diritto italiano, "sicchè la proprietà del *trustee* sarebbe un nuovo diritto reale e l'atto con cui costui la consegue sarebbe suscettibile di essere trascritto ex art. 2643 c.c. n. 1 c.c."[386].

Tuttavia, tale conclusione presupponeva lo scioglimento del nodo circa il valore della legge di ratifica della suddetta Convenzione[387].

Anche sotto tale profilo il dibattito deve essere rivisitato alla luce dell'art. 2645 *ter* c.c. Infatti, come pure è stato notato, in forza di tale norma è ora possibile trascrivere l'atto con cui un bene immobile è destinato a soddisfare uno scopo particolare: anche il vincolo di destinazione del *trustee* in base a tale norma ha trovato il proprio posto nella

---

[384] A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja,* in *Riv. dir. civ.*,2002, II, p. 261.

[385] F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* p. 16

[386] F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* p. 18

[387] Ed infatti notava proprio F. GAZZONI, *ibidem,:* "è necessario ben chiarire che una cosa è il riconoscimento dell'istituto in chiave internazionalprivatistica, ciò che in effetti si è inteso fare con la ratifica della Convenzione dell'Aja 1°luglio 1985, altra cosa è sostenere che la l. 16 ottobre 1989, n. 364, di ratifica della Convenzione, sarebbe quella legge interna che permetterebbe di ipotizzare la proprietà del patrimonio separato in capo al *trust*ee, così facendosi ossequio alla riserva di legge posta dall'art. 2740 capoverso c.c., in relazione a quanto previsto dall'art. 11 della Convenzione, da considerarsi alla stregua di norma speciale derogatoria".

scacchiera della pubblicità immobiliare[388]. E ciò anche a prescindere dal ritenere, come sembra invece preferibile, che l'art. 2645 ter c.c. abbia introdotto un modello di proprietà funzionalizzata che sarebbe quindi ora capace di superare la relazione, che parte della dottrina riteneva esclusiva, tra l'art. 832 c.c. e l'art. 2643 n. 1 c.c.[389].

Resta a questo punto da domandarsi se, dopo l'ultima novella legislativa dell'art. 2645 *ter* c.c., sia ormai possibile per i cittadini italiani la costituzione di un *trust* interno.

L'interrogativo, neanche questa volta, ha trovato risposta unanime tra gli interpreti.

Alcuni hanno risposto positivamente[390], delineando i negozi di destinazione come dei

---

[388] Si vuole richiamare con ciò la metafora di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione,* p. 15,secondo cui "il sistema della trascrizione è come una scacchiera su cui possono muoversi solo i pezzi degli schacchi, con le loro tipiche mosse"Tuttavia, lo stesso F. GAZZONI, *Ossservazioni sull'art. 2645 ter c.c.,* in *Giust. Civ.,* 2006, II, p. 178-179, osserva oggi che che con riguardo al problema specifico del conflitto tra avente causa del conferente e beneficiario della destinazione il primo rimane soccombente"solo se acquisti successivamente alla conclusione del contratto di destinazione e trascriva dopo la trascrizione del contratto stesso". All'opinione di Gazzoni sembra aver aderito Trib. Trieste, decreto 7 aprile 2006 in Foro Italiano, 2006, *I,* 1935, secondo la quale, stante la collocazione della norma non sarebbe ad essa applicabile il disposto dell'art. 2644 c.c., il quale "solo con riferimento agli atti enunciati nel precedente art. 2643 c.c., stabilisce che gli stessi non hanno effetto riguardo ai terzi che, a qualunque titolo, abbiano acquistato diritti sugli immmobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi"; andrebbe inoltre come quando "il legislatore ha voluto prevedere una nuova figura di trascrizione, per collegare ad essa gli effetti e superare il problema dell'originaria estraneità ad un sistema ormai chiusi (come quello codicistico), l'ha fatto espressamente come è accaduto, oltre che nel disciplinare il fondo patrimoniale, anche nell'art. 2645 *ter* c.c.". Si esprimono invece nel senso della soluzione qui accolta L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645-ter c.c.,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p 156, ritiene che "nel conflitto tra un titolo costitutivo d'uni vincolo di destinazione e un titolo d'acquisto della proprietà (o di altro diritto reale) sul medesimo bene la priorità temporale della trascrizione valga ad assegnare la prevalenza dell'uno o dell'altro", nonché M. BIANCA - M. D'ERRICO - A. DE DONATO - C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione,* Milano, 2006, p. 57 ss. per il quale l'art. 2644 c.c. sarebbe comunque applicabile in quanto l'art. 2645 ter c.c. rappresenterebbe una sorta di relativizzazione dell'art. 2645 c.c. di cui condividerebbe pertanto la funzione di estendere la disciplina dell'art. 2644 c.c. anche ad atti diversi da quelli di cui all'art. 2643 c.c."

[389] Si veda in tal senso S. MAZZAMUTO, *Il trust,* p. 632, per il quale "l'art. 2645-*ter* c.c., pur con tutte le pecche formali e sistematiche, consente di aggirare il problema del numero chiuso dei diritti reali tramite lo strumento dell'opponibilità non tanto del *trust* o dell'atto di destinazione come tali, ma soprattutto del successivo atto di ristrasferimento della proprietà in *trust* al beneficiario o al disponente".

[390] In questo senso G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* p. 205, G. Vettori, *Atto di*

trust di diritto italiano; talvolta si è tuttavia precisato che l'art. 2645 *ter* c.c. avrebbe "scarsi effetti sulla operatività dei *trust* interni" poiché "tanto l'effetto segregativo quanto la pubblicità , immobiliare e societaria, sono da considerarsi alla stregua di dati acquisiti e l'innovazione legislativa può solo rafforzare la prassi dominante"[391].

Altri autori hanno optato per la soluzione negativa, enfatizzando le differenze tra i negozi di destinazione e il *trust*.[392] Rispetto a tali posizioni appare preferibile concludere a favore della seconda. Infatti, nonostante siano stati superati i principali ostacoli per la piena operatività del *trust*[393], rimane il carattere essenzialmente internazional privatistico della Convenzione dell'Aja che, in quanto tale, non può consentire al cittadino italiano l'elezione di una legge straniera per disciplinare un *trust* interno.

L'art. 2645 *ter* ha piuttosto introdotto un istituto paragonabile al *trust* e qualificabile, facendo uso delle classificazione più sopra ricordate, come un *trust* di diritto interno.

E, infatti, la separazione patrimoniale è un effetto accessibile ai privati, sebbene alle condizioni indicate dall'art. 2645 *ter* c.c. e sulle quali ci si è soffermati in precedenza.

La stessa osservazione, come si è visto, vale anche con riferimento ai principi del numero chiuso e tipicità dei diritti reali.

È necessario inoltre considerare che, negli ultimi anni, sono aumentate le ipotesi di separazione patrimoniale nella disciplina di istituti che ricalcano, sotto molti profili, la struttura del *trust*, e con il quale è affermata in dottrina una equivalenza funzionale[394].

---

destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter, in M. Bianca (a cura di)., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, p. 182, D. MURITANO, *Il c.d. trust interno prima e dopol'art. 2645 ter c.c.*, in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privato*, Milano, 2007, p. 23, il quale, in particolare, sottolinea come tale soluzione sia necessitata ove si accogliesse l'orientamento restrittivo sulla portata della Convenzione dell'Aja.

[391] Così, ad esempio, M. LUPOI, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod.civ. quale frammento di trust*, in *Trust e attività fiduciaria*, 2006, p. 173. Secondo l'A. l'art. 2645 *ter* c.c. sarebbe un frammento di *trust* nel senso che tutto ciò che è nell'""atto di destinazione" è anche nei *trust*" ma i *trust* si presenterebbero con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'atto di destinazione non offrirebbe.

[392] G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, p. 376 e ss.

[393] Sui quali si veda ancora una volta C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, p. 1327

[394] Lo affermano, con riferimento, alla cartolarizzazione e ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, P. MANES, *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie*, in *Contr. e impresa*, 2001, p. 1362

In conclusione l'ordinamento italiano offre ai privati, per ciascuna esigenza, un diverso strumento di destinazione e separazione patrimoniale, rispetto al quale disciplina i relativi spazi di derogabilità.

Questi ultimi dovranno essere rispettati anche a voler accogliere la tesi per la quale sarebbe oggi definitivamente possibile la costituzione di *trust* interni. Nei limiti di tale precisazione, rimane condivisibile l'affermazione per la quale "il legislatore ha insomma tracciato" con l'art. 2645 ter c.c. "i parametri generali della destinazione patrimoniale (…) ed in questo modo ha introdotto una categoria generale effettuale prima sconosciuta." Pertanto, in tale prospettiva, "anche l'istituto del *trust*, che pure rientra nella categoria generale dei negozi di destinazione, dovrà d'ora in poi misurarsi con la nuova normativa" dovendo rispettare "i parametri fissati dalla norma in generale, per qualsiasi atto che produca l'effetto destinatorio previsto"[395].

Tale conclusione vale, ovviamente, non solo con riferimento ai limiti posti dall'art. 2645 ter c.c. ma anche con riguardo alla disciplina degli art. 167 e ss. nel diritto di famiglia e, nel diritto societario e finanziario, degli artt. 2447- bis c.c.[396] e ss. o, ancora, alla norme che regolano l'attività di cartolarizzazione.

È necessario sottolineare tuttavia che ciascuna delle suddette ipotesi di separazione patrimoniale presenta peculiarità proprie che la rende irriducibile ad una assimilazione

---

e ss., S. MATRUZZI, *Le tecniche di separazione offerte dal nuovo diritto delle società di capitali,* in G. MARICONDA, *Il trust interno,* Napoli, 2005, 157 e ss. e in particolare p. 173.

[395] U. STEFINI, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.,* in *Giust. Civ.* 2008, V, p. 1835. Nello stesso senso l'opinione di C.M. BIANCA, *Conclusioni,* in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter c.c. del codice civile,* Milano, 2007, p. 196, che rispetto al problema della ammissibilità di un *trust* pienamente interno osserva "sul piano obbligatori, finché l'atto non contrasti con limiti imperativi, credo che questo sia possibile. Non è invece possibile giudicare sulla opponibilità di questo *trust* sulla base della legge straniera. (…) Per raggiungere il traguardo della opponibilità il *trust* deve sottostare a quelli che sono i requisiti minimi dettati ormai in maniera quasi sicura dalla nostra legge. Ci vorrà intanto l'atto pubblico, ci vorrà anche la meritevolezza dell'interesse perché " essa, "(…) condizionando la validità dell'atto di destinazione, debba essere presente in tutti i casi in cui si voglia realizzare l'obbiettivo di creare un vincolo che sia poi opponibile nei confronti dei terzi", rimanendo infine da verificare se "l'opponibilità del vincolo possa estendersi ai vari contenuti del *trust*".

[396] Una *"prossimità tipologica"* delle due figure di patrimoni destinati con il *trust* è riscontrata in dottrina da G. VOLPE PUTZOLU, *Fattispecie di "separazione patrimoniale" nell'attuale quadro normativo,* in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter del codice civile.*, p. 187.

piena al *trust* di diritto inglese (o di altro ordinamento) che si distingue a sua volta per un'identità complessa[397]. Quest'ultima verrò inevitabilmente tradita al momento dell'interazione con l'ordinamento italiano negli ambiti in cui ne è ammessa l'operatività. Pertanto, più correttamente, l'ammissibilità del *trust* nel nostro ordinamento sembra condivisibile solo assumendo come termine di paragone un *trust* amorfo, intendendo come tale ogni relazione fiduciaria a rilevanza reale.

3.3.1. La tutela dei beneficiari del negozio di destinazione.

Come si è già spiegato nel secondo capitolo la fattispecie di cui all'art. 2645 *ter* c.c. può coinvolgere anche tre soggetti: conferente, gestore e beneficiario. Peraltro la posizione di conferente e gestore possono coincidere nello stesso soggetto.

Anche in questi casi, tuttavia, si pone il problema della attuazione della destinazione, o meglio, degli strumenti di tutela a disposizione del beneficiario nel caso di una gestione infedele da parte del soggetto incaricato.

La gestione infedele potrà manifestarsi come inerzia o ritardo nella attuazione della destinazione, oppure, caso più frequentemente considerato, nella alienazione, in violazione dello scopo della gestione, dei beni e/o dei frutti vincolati.

Proprio con riguardo a questa ultima ipotesi la dottrina italiana si era in passato cimentata nella individuazione del rimedio più acconcio a dare protezione agli in*ter*essi

---

[397] In tal senso proprio C.M. Bianca, *Conclusioni*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 196 precisava che "il *trust* e la destinazione del vincolo, così come prevista da questa norma (l'art. 2645 *ter* c.c., n.d.r.) non sono la stessa cosa. (…) La destinazione del vincolo trova una disciplina che non è coincidente con quella desumibile dalle leggi – piuttosto nebulose – sui *trusts*. (…) La nuova legge non ha recepito il *trust* nell'ambito del nostro ordinamento."

del beneficiario del *trust* o del fiduciante[398].

Gli strumenti di tutela erano generalmente individuati nell'azione di annullamento ex art. 1394 c.c. per conflitto di interessi del *trustee*[399], o nella domanda di risarcimento del danno in forma specifica ex art. 2058 c.c.[400], o, ancora, nell'esperimento dell'azione revocatoria[401].

Una proposta, rimasta senza adesioni, proponeva il rimedio equitativo dell'*exceptio doli generalis* a favore del beneficiario nei confronti dell'avente causa dal *trustee* la cui proprietà fiduciaria fosse stata, seppur in forma minima, pubblicizzata con le forme della trascrizione[402].

---

[398] Parte della dottrina aveva infatti studiato in modo unitario i fenomeni del *trust* e della fiducia proprio partendo dal profilo rimediale. Si veda, in proposito, M. BIANCA, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002, p. 135 e ss.

[399] M. LUPOI, *Trusts*, p. 611: "(…) esiste una alterità tra il *trust*ee e lo scopo del *trust*, che al primo è stato commesso di realizzare; da questa alterità discende la configurabilità del conflitto di interessi, se non anche un difetto di legittimazione negoziale, e dunque l'applicazione dell'art. 1394 cod. civ., certo analogica, ma anche corrispondente alle circostanze ritenute rilevanti sia in diritto inglese sia in molte leggi civilistiche sui *trust*s (conoscenza o conoscibilità). In questo modo la tutela del *trust* si estende aglu ulteriori atti di disposizione compiuti dal terzo, qualora gli acquirenti non siano a titolo oneroso ovvero siano in buona fede (art. 1445 cod. civ.). L'azione di annullamento appare come la prima opportunità e soddisfacente risposta degli ordinamenti civilistici". Questa soluzione tuttavia mostrava la propria debolezza già nell'accoglimento, quale presupposto, della assimilazione, tutta da verificare, tra *trustee* e rappresentante (su questo punto si vedano le notazioni critiche di F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, p. 24.

[400] M. LUPOI, *Trusts*, p. 614: "una volta che l'ignoranza dell'inadempimento del *trustee* sia imputabile al terzo contraente ovvero gli sia imputabile di avere convenuto un acquisto pur sapendo che il *trust*ee violava i limiti del *trust*, la responsabilità del terzo appartiene naturalmente al campo aquiliano e apre la via alla reintegrazione in forma specifica". Ma in proposito si devono richiamare le osservazioni critiche svolte da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 108 e ss, seppure con riferimento alla responsabilità extracontrattuale del secondo acquirente nella c.d. doppia alienazione immobiliare.

[401] M. LUPOI, *Trust*s, p. 614. In generale, sono favorevoli all'accoglimento delle soluzioni sopra riferite A. GUARNERI, *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law*, p. 116-119, A. NERI, *Il problema della tutela del beneficiario del trust nel diritto italiano*, in F. ALCARO – R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato, fiducia e trust*, Milano, 2003, p. 61 e ss.

[402] Vedi C. CASTRONOVO, *Il trust e diritto civile italiano*, p. 1333: "l'*exceptio doli* può essere rivolta nei confronti di chi, avendo acquistato il bene immobile nella consapevolezza dell'appartenenza esclusivamente formale di esso al dante causa, pretendesse, in forza della trascrizione contro l'ultimo

Si tratta ora di verificare l'incidenza dell'art. 2645 *ter* c.c. su tale problema.

Il punto di partenza è, naturalmente, la stessa configurabilità di un potere di disposizione in capo al fiduciario o *trustee*.

In altre parole, ci si domanda se la costituzione di un vincolo di destinazione importi necessariamente, quale effetto per così dire naturale, un vincolo di inalienabilità dei beni quale quello disciplinato all'art. 1379 c.c.

Si deve preliminarmente osservare che la dottrina che più recentemente si è occupata del problema ha ritenuto che una tale correlazione tra destinazione e inalienabilità fosse insussistente[403].

Si evidenziava infatti, in base all'esame delle ipotesi di destinazione patrimoniale tipizzate nel nostro ordinamento già prima dell'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., che se "di regola la destinazione del patrimonio importa una regola di indisponibilità parziale o totale del patrimonio destinato all'esigenza di conservazione del vincolo, (…) la graduazione di tale effetto non può essere stabilita in via preventiva ma è necessariamente collegata al carattere e alla natura della destinazione, dovendosi distinguere tra destinazioni statiche del patrimonio che richiedono un regime di inalienabilità e destinazioni dinamiche che, al contrario, richiedono atti di disposizione e di gestione al fine della realizzazione della destinazione"[404].

Nella seconda categoria erano inquadrate le gestioni fiduciarie di valori mobiliari e l'attività delle società di cartolarizzazione[405].

---

titolare scondo le risultanze dei pubblici registri, di avere acquistato come se tale consapevolezza non gli fosse stata fornita dai registri stessi mediante la risultanza da essi del vincolo di appartenenza sostanziale difforme da quello formale". Si sono espressi in senso contrario a tale soluzione F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione),* p. 24 e, più recentemente, M. BIANCA, *La fiducia attributiva,* p. 175: "la vera obiezione all'esercizio dell'*exceptio doli* risiede poi principalmente nel presumere la mala fede del terzo sulla base della presunta conoscibilità che deriverebbe dalla trascrizione della destinazione fiduciaria".

[403] Così A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 172, nonché F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.,* in Giust. Civ. 2006, II, p. 177, M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi,* in *Riv. notariato,* 2006, I, p. 1189

[404] M. BIANCA, ult.op.cit., p. 1188 n. 50

[405] M. BIANCA, *ibidem,,* nonché R. QUADRI, *La circolazione dei beni del patrimonio separato,* in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2006, II, p. 10-12 con riferimento alle somme di danaro corrisposte dai debitori ceduti che "ancorché in violazione del vincolo di destinazione previsto (…) risulterà, (…), in assenza della

Tale orientamento è condivisibile solo in parte.

Infatti, se è vero che la eterogeneità degli interessi (da quello esclusivamente economico a quello di protezione della famiglia) sottesi alle varie destinazioni patrimoniali fin qui conosciute concorre alla "difficoltà di individuare regole certe comunque applicabili a tutte le fattispecie considerate", non può rimanere in secondo piano la rilevanza che assumono la diversa natura dei beni e dei diritti oggetto della destinazione. Infatti, già in passato, si evidenziava tale ultimo profilo per dar conto della differenza di regime riservata dal legislatore agli art. 1379 c.c. e 1260 c.c. sotto il profilo della opponibilità ai terzi del patto di non alienazione[406].

In secondo luogo il suddetto orientamento sembra obliterare la differenza tra la tecnica di tutela (di un interesse) della inalienabilità del bene, cioè il divieto di trasmettere o trasferire una determinata situazione giuridica attiva[407], e indisponibilità del medesimo, da intendersi come parziale inopponibilità/inefficacia dell'atto traslativo rispetto alle posizioni di determinati terzi.

In proposito sembrano doversi confrontare, da un lato, norme come l'art. 169 c.c. e 694 c.c, e, dall'altro, come l'art. 1980 c.c. I. comma (e il correlativo 2649 c.c. II comma) e, ancora, l'art.831 c.c.

Nel primo gruppo di norme la alienazione è consentita solo in vista del perseguimento dello scopo, tanto che è condizionata, in entrambi gli istituti, all'autorizzazione giudiziale nei soli casi di utilità evidente per i bisogni dei beneficiari (*id est*, per l'attuazione dello scopo) ed il ricavato deve essere reimpiegato (come dispone esplicitamente l'art. 694 c.c. e la giurisprudenza unanimemente ritiene a proposito dell'art. 169 c.c.).

In questi casi, in mancanza della prescritta autorizzazione giudiziale, la alienazione non

---

previsione di uno specifico vincolo di indisponibilità, pienamente valido ed efficace".

[406] In tal senso le osservazioni di E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 4: "quale che sia la ratio dell'opponibilità del divieto di alienazione al cessionario di mala fede (…), la soluzione differenziata dipende probabilmente dal diverso contenuto del diritto nelle due ipotesi. Dal raffronto delle due norme e dai ripetuti accenni della Relazione al codice nella *sedes materiae* al diritto di proprietà (…) si ricava l'impressione che l'art. 1379 c.c. si riferisca nelle intenzioni del legislatore alle situazioni di natura reale".

[407] Così C. M. FUNAIOLI, *Divieto di alienazione (dir. priv)*, in *Enc. Dir*., XIII, Milano 1964, p. 401.

potrebbe che essere considerata invalida[408].

Nel secondo gruppo di norme, invece, la difesa dei beneficiari o dell'attuazione dello scopo[409] è affidata alla inopponibilità/inefficacia dell'atto sul vincolo di destinazione.

Il che, nel caso dell'art. 831 c.c., è forse previsto proprio in vista della necessità di non impedire la circolazione del bene che potrebbe anzi garantire la migliore attuazione dello scopo del culto.

Da parte sua l'art. 2645 *ter* c.c. tace sull'esercizio del potere di disposizione sul bene vincolato. La nuova norma si limita a disporre l'opponibilità ai terzi del vincolo trascritto e, da un punto di vista sostanziale, che "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione".

Proprio quest'ultimo precetto sembra esprimere, mediante il riferimento al generale concetto di impiego, una facoltà di disposizione dei beni, seppur indirizzata al raggiungimento dello scopo del contraente. Non pare dunque espresso un c.d. divieto di alienazione, inteso come obbligo, in capo al gestore, di "non fare, cioè (…) non disporre della cosa oggetto del divieto"[410].

---

[408] E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di),* p. 4 e 5 dove, rispetto all'art. 169 c.c., precisa che "(...) in mancanza della disciplina convenzionale del rapporto, le formalià e gli oneri previsti dalla legge obbligano le parti non diversamente che se fossero imposti a mezzo di norme imperative. Inquadrato in una simile prospettiva, si comprende perché l'art. 169 possa assolvere alla duplice funzione di norma dispositiva e di limite all'autonomia privata, la cui inosservanza non può che dar luogo alla nullità dell'atto di alienazione". In giurisprudenza si esprime in tal senso Trib. Napoli, 25 novembre 1998, in *Notariato,* 1999, p. 451 afferma che "l'atto di alienazione dei beni del fondo patrimoniale realizzato in violazione dell'art. 169 c.c. è nullo perché illecito".

[409] Nel caso dell'art. 831 c.c. non pare infatti che si possa parlare di beneficiari.

[410] Definisce così il contenuto dei patti di non alienare E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di),* in Enc. Giur. Treccani, 1988, I, p. 4. In senso diverso dalla opinione sopra accolta si è espresso F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.,* in *Vita Notarile,* 2006, p. 991, per il quale "(…) la norma introdotta dall'art. 2645 ter c.c. rappresenti una norma sostanziale, e più precisamente una norma imperativa, la cui violazione comporta la più incisiva sanzione di nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c., consentendosi, a chiunque abbia interesse alla salvaguardia del vincolo di destinazione, di porre nel nulla tutti i negozi che distolgano i beni dalla finalità prefissata, mediante un'azione imprescrittibile tesa ad ottenere una pronuncia avente efficacia erga *omnes*". L'A. invoca a sostegno della propria conclusione la circostanza che "l'art. 2645 ter c.c. attribuisce la legittimazione ad agire a "qualsiasi interessato", evidenziando una notevole assonanza con il disposto dell'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, mentre l'inefficacia può essere fatta valere soltanto dai

Verificata la sussistenza, in capo al gestore, di un potere di disposizione, si apre il problema dell'eventuale abuso del diritto da parte del gestore, ossia della alienazione del bene in spregio allo scopo della destinazione.

Rispetto a tale eventualità la dottrina ha fin qui espresso due orientamenti.

Parte della dottrina ritiene che il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* c.c. non incida sulla struttura del diritto di proprietà, superando così l'ostacolo del numero chiuso dei diritti reali. Il vincolo – si osserva - sarebbe puramente e semplicemente opponibile agli aventi causa del *trustee* o gestore[411].

Il vincolo di destinazione, indagato dal punto di vista della circolazione giuridica, si manifesterebbe come dunque come un vincolo di indisponibilità, tale da non incidere "sull'attitudine dell'atto di disposizione a modificare la situazione giuridica preesistente", ma da determinare piuttosto un mutamento nel "trattamento che la legge è solita riservare ai terzi nel quadro della vicenda negoziale"[412].

---

soggetti nel cui interesse gli oneri pubblicitari sono prescritti". La tesi non è tuttavia condivisibile e ciò a partire dalla stessa qualificazione dell'art. 2645 ter c.c. come norma imperativa. Infatti, come chiarisce A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 46, "per affermare il carattere imperativo della norma l'interprete (…) dovrà previamente accertare la sussistenza di uno specifico elemento di indisponibilità nella disciplina dei rimedi e delle sanzioni espressamente previste dalla legge", mentre, viceversa, "non si configura *(…)* la violazione di una norma imperativa in quelle ipotesi in cui l'ordinamento, di fronte alla lesione per mezzo del contratto di interessi esclusivamente privati, attribuisce al singolo interessato la facoltà di scegliere se reagire o meno". Venendo all'art. 2645 ter c.c. si deve notare come esso attribuisca la legittimazione ad agire (per la realizzazione della destinazione) in primo luogo al conferente e ai beneficiari e, dunque, ai portatori degli interessi lesi. La possibilità di intervento di una autorità pubblica appare, allo stato attuale, limitato alla circostanza che essa sia una pubblica amministrazione beneficiaria della destinazione: nell'economia della norma sarebbe dunque la posizione di beneficiaria che ne legittimerebbe l'intervento non già il suo status di curatrice di interessi pubblici. Senza contare che lo stesso raffronto dell'art. 2645 ter c.c. e l'art. 1421 c.c. rivela la mancata previsione, nella prima delle due disposizioni, del potere officioso del giudice.

[411] S. MAZZAMUTO, *Il trust*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, vol. II, p. 632 - 633

[412] E. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in riv. dir. civ. 1972, I, 298, che precisa: "il meccanismo che deve garantire la realizzazione dell'interesse del terzo comporta l'assoggettamento del bene ad un onere di destinazione". Poco oltre (p. 299) l'A. chiarisce inoltre che "l'onere di destinazione, che consiste nell'assoggettamento di determinati beni ad una finalità estrinseca rispetto agli interessi divisati dalle parti, è la base su cui poggia l'elemento funzionale dei vincoli di indisponibilità.(…)" i quali impediscono ogni interferenza tra la posizione del titolare del diritto ed il

In particolare, ove il negozio di destinazione preveda, per il momento fissato della cessazione del vincolo, l'obbligo del gestore di ritrasferire la proprietà al disponente o ai beneficiari, secondo parte della dottrina, mediante il nuovo strumento pubblicitario, tale atto di ritrasferimento rimarrà opponibile ai terzi "utilizzando lo stesso meccanismo di prenotazione del contratto di alienazione immobiliare di cui all'art. 2645 *bis* c.c."[413].

La trascrizione dell'atto di destinazione rende dunque opponibile ai terzi l'obbligo di ritrasferimento dei beni che sia stato eventualmente previsto in capo al gestore. Tale opponibilità darebbe "titolo all'azione di restituzione del beneficiario o del disponente nei confronti del terzo acquirente, ma non già sulla base di una presunta realità della tutela da costoro vantata e soltanto sulla scorta del meccanismo dell'inefficacia relativa dell'alienazione al terzo"[414].

Si è già avuto modo di segnalare le ragioni per le quali si ritiene preferibile la tesi che riconosce, nella fattispecie dell'art. 2645 *ter* c.c., una ipotesi di proprietà conformata. In tal senso, significative sembrano i vincoli di impiego che gravano tanto sui beni tanto sui frutti. La proprietà dei beni vincolati si allontana dunque dal modello delineato dall'art. 832 c.c. Il potere di disposizione del gestore non potrà che essere limitato, da

---

terzo garantito: "la cosa continua ad adempiere alla sua funzione, indipendentemente dalla successiva sorte del diritto".

[413] S. MAZZAMUTO, *Il trust*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, vol. II, p. 633.

[414] S. MAZZAMUTO, *ibidem*. Contrario ad una configurazione reale della posizione dei beneficiari è anche F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c..*, p. 177: "una cosa infatti è l'opponibilità, che risolve problemi circolatori, altra cosa è la realità che caratterizza il diritto sul piano sostanziale". L'A. tuttavia, anche invocando la collocazione della norma al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 2644 c.c., ne deduce che "l'avente causa, il quale acquisti prima che sia concluso il contratto di destinazione, ma non trascriva o trascriva dopo, egualmente prevale ove l'atto sia di data certa. È infatti ovvio, secondo i principi generali, che chi ha alienato, non essendo più , in virtù dell'art. 1376 c.c., proprietario, non può assumere vincoli obbligatori con riguardo al bene". Pur disconoscendo al vincolo di destinazione natura reale, di diverso avviso è L. SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare*, in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, p. 157 ritiene che il conflitto, tra beneficiario del vincolo e avente causa dal conferente, "in mancanza di assolvimento dell'onere della trascrizione da ambo i contraenti, possa tornare a risolversi attraverso il criterio della priorità temporale della manifestazione legittima del consenso", volendo forse intendere, con il riferimento alla legittimità del consenso, il criterio della certezza della data (perché se, con l'espressione usata, l'A. volesse alludere all'art. 1376 c.c. sarebbe in aperta contraddizione con le proprie premesse).

un punto di vista oggettivo, al diritto di cui è investito: una proprietà finalizzata al soddisfacimento di un beneficiario. In base al principio *nemo plus iuris ad alium trasferre potest quam ipse habet* il soggetto gestore non potrà con un atto di disposizione trasferire un diritto di proprietà pieno[415].

Il trasferimento del bene attuato dal gestore in violazione dei propri doveri, per fini estranei alla destinazione dovrà pertanto essere considerato inefficace nei confronti dei beneficiari, e ciò a prescindere dalla buona o mala fede del terzo acquirente[416].

Si nota infatti che "è impensabile, alla luce del principio di cui all'art. 1372 cod. civ., che il fiduciario possa sciogliersi delle obbligazioni assunte mutando l'assetto della proprietà dei beni che gli vengono confidati"[417]. I beneficiari sono, in altre parole, titolari di un proprio diritto sul bene immobile che non potrà essere estinto da un atto di autonomia privata[418].

Avendo l'atto di alienazione ad oggetto beni immobili, la buona fede del terzo acquirente potrà semmai rilevare successivamente ai fini della usucapione decennale di

---

[415] A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui,* p. 171: "la caratteristica comune" alle forme di proprietà beneficiata "è che la volontà del titolare risulta inidonea ad alterare od annullare il vincolo, il quale rappresenta null'altro che il modo di essere di quel diritto di proprietà. È intrinseco alla nozione di atto di disposizione della proprietà l'effetto per cui il diritto di disporne fuoriesca dalla sfera di potere del disponente e pertanto una volta che esso sia stato validamente esercitato tramite un atto idoneo secondo l'ordinamento giuridico qualsiasi atto contrario è privo di effetto".

[416] Si deve precisare che non sembra del tutto condivisibile l'opinione espressa da G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione,* p. 196 quando afferma che l'inefficacia relativa colpirebbe l'atto di disposizione che "possa risultare concretamente pregiudizievole alla realizzazione dello scopo di destinazione". In tal modo, infatti, rimarrebbe in opponibile al beneficiario anche un atto di disposizione che, sebbene compiuto in vista dell'attuazione dello scopo, risulti in concreto pregiudizievole per eventi successivi (per esempio cattivi investimenti del ricavato etc.)

[417] A. GAMBARO, *Appunti sulla proprietà altrui,* p. 171

[418]Sulla realità del vincolo di destinazione si veda, nello stesso senso, A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto,* in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* Milano, 2007, p. 119, il quale raffrontando il nuovo istituto con il fondo patrimoniale osserva che "in tal caso, com'è noto, l'alienazione (o altre forme di disposizione) è sempre possibile (ma) con il consenso di entrambi i coniugi (art. 169). Nel nostro caso, viceversa non varrebbe invece la volontà (contraria) del conferente, allorquando l'atto di destinazione sia reso pubblico e quello dell'avente causa lo sia solo successivamente, così come gli atti di pignoramento dei creditori (art. 2915). In ciò risiede la tutela dei beneficiari".

cui all'art. 1159 c.c., nel caso in cui il gestore concluda un negozio di trasferimento della proprietà *tout court*[419]. Infatti, come appena spiegato, il titolare della proprietà beneficiata è investito di un diritto diverso dalla proprietà piena e quindi può ben essere considerato il "non dominus" richiesto dalle norme in tema di usucapione[420].

In conclusione, "l'avente causa allorché trascriva il proprio titolo di acquisto dopo che il vincolo è stato trascritto, non può opporsi giuridicamente né alle attività di disposizione del bene compiute dal gestore (sia il disponente o un terzo) che attuino legittimamente la disposizione, né alle azioni del beneficiario per recuperare le utilità derivanti dal beneficio, né alle iniziative dei creditori che assoggettano i beni destinati ad esecuzione per debiti contratti a tale scopo"[421].

Ad ogni modo, se è vero che la tutela dei beneficiari è assicurata dallo strumento pubblicitario, come ha già rilevato parte della dottrina, la migliore attuazione della destinazione potrebbe ove necessario essere garantita dalla previsione, contestualmente alla costituzione del vincolo, di un patto di non alienazione. Sembra ragionevole ritenere che, in tal caso, esso, in quanto collegato al vincolo di destinazione, ne acquisisca la medesima efficacia reale. Infatti, l'1379 c.c. richiede un limite di durata conveniente e

---

[419] Soluzione questa proposta da R. MONTINARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo,* p. 315 per le infedeltà di gestione da parte del *trustee*. In generale sulla estraneità al nostro sistema di una tutela immediata degli acquirenti di buona fede di beni immobili si veda L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino,* Milano, 1975, p. 92.

[420] Sebbene si tratti di una proprietà nell'interesse altrui non pare che essa si debba assimilare al mandato. Non sembrano rilevare dunque qui le osservazioni critiche di L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino,* Milano, 1975, p.7, sulla possibilità di classificare come acquisto a non domino l'acquisto dal mandatario. L'illustre A. segnalava infatti che "l'autorizzazione del mandante esclude l'llegittimità dell'atto di alienazione, onde la questione della buona o mala fede del terzo acquirente è irrilevante, così come è irrilevante per l'acquirente *a domino*". Un cono d'ombra nella tutela dei beneficiari potrebbe allora aversi con riferimento alla possibilità che nel contratto di gestione sia prevista il potere, per il *trustee*, di investire e disinvestire anche a nome dei beneficiari e a propria discrezione, seppur con obbligo di reimpiego, i beni vincolati. In questo caso la illegittimità dell'alienazione, quale atto compiuto da chi non vi sia autorizzato, verrebbe meno. L'eventuale mala fede del terzo circa le reali intenzioni del gestore potrebbero rilevare, come nel caso della doppia alienazione immobiliare, ai fini di una responsabilità contrattuale per complicità nell'inadempimento. In questo caso però, soccorrerebbe l'art. 1394 c.c.

[421] A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.,* in *Rass. dir. civ.,* 2006, p. 46. Nello stesso senso A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore,* Milano, 2007, p. 264.

la rispondenza del medesimo "a un apprezzabile interesse di una delle parti".
Quando l'apprezzabile interesse coincida con l'interesse della destinazione, il patto di non alienare sarà opponibili ai terzi[422], pur dovendosi misurare con i limiti di tempo e di sostanza fissati dall'antica norma codicistica. A determinare, caso per caso, "convenienza" e "apprezzabilità" concorrerà allora lo scopo del negozio di destinazione[423].

3.4. Progetti per una legislazione europea del *trust*. Dai Priciples of European *Trust* Law del 1998 al progetto elaborato dallo Study group on European Civil Code nel giugno 2008.

Meritano di essere riferiti due progetti di costruzione di un diritto europeo dei *trusts*. Il primo è quello elaborato da un gruppo di studio guidato da David Hayton e che ha concluso i suoi lavori nel 1998. Il secondo è, invece, quello elaborato dallo *Study group on European civil code* e presentato ad Atene nel giugno 2008.
Il progetto del 1998 si caratterizza per un numero limitato di disposizioni che si limitano a dettare alcune definizioni e principi generali.
Questo perché lo scopo del gruppo di lavoro non era quello di predisporre una

---

[422] In questo senso G. PETRELLI, *ibidem*, p. 199, A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, p. 46.

[423] Diversamente U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibili ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Riv. notariato*, I, 2007, p. 1106-1107, ritiene che già ai sensi del solo art. 2645 *ter* c.c. "all'attributario (…) in coerenza con l'assetto causale dell'attribuzione patrimoniale, vanno negate, in linea di principio, con riferimento ai beni vincolati, sia la facoltà di disposizione traslativa che quella abdicativa, in quanto contrastanti con la conformazione operata dal disponente. In linea di massima il destinatario dell'attribuzione traslativa a causa destinatoria non potrà trasferire ai terzi la propria situazione soggettiva né abdicare ad essa liberando i beni dal vincolo". L'A. pertanto esclude, in base al carattere fiduciario della attribuzione, "ogni altra forma di disposizione traslativa o abdicativa", compresa "la facoltà dell'attributario di disporre del bene vincolato, sebbene *cum onere suo*, mediante sua sola manifestazione di volontà".

codificazione o offrire un modello di legislazione. Diversamente, l'obbiettivo era nella volontà di condensare in un breve testo l'esperienza dei paesi che, sia di common sia di *civil law*, conoscono la figura del *trust* come istituto domestico. In tal modo, i *Principles* si proponevano come strumento per la migliore comprensione del *trust*, delle sue caratteristiche, delle sue potenzialità, evidentemente anche al fine di promuoverne la recezione nei paesi per i quali rimaneva alieno[424].

La necessità di un siffatto studio certo si giustificava in considerazione della disciplina introdotta dalla Convenzione dell'Aja relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento.

La Convenzione aveva infatti introdotto una definizione minimale del *trust*, che alcuni autori non avevano esitato ad aggettivare come amorfo, segnalandone la distanza dalla completezza raggiunta dall'istituto negli ordinamenti di *common law*[425].

Rispetto alla Convenzione, i *Principles* offrono una descrizione sostanziale dell'istuto, seppure aperta, come si è visto all'inizio del capitolo a proposito della stessa definizione di *trust* e della posizione del beneficiario, alle diverse soluzioni adottati dai singoli ordinamenti di *common* e *civil law*.

Quanto al resto, si può segnalare che i *Principles* si distinguono dall'esperienza e dalla tradizione di *common law* per una più decisa apertura nei confronti del c.d. *purpose trust*, alla sola condizione che in tal caso il *settlor* indichi un *enforcer*.

Il testo predisposto appare peraltro assai scarno, specie con riguardo alla posizione del *trustee*, ai suoi poteri e doveri, rispetto ai quali si limita a richiamare alcune regole

---

[424] Tale funzione promozionale deve essere quanto meno rimasta sullo sfondo. Non convincono del tutto infatti la dichiarazione, presente nella prefazione a D. J. HAYTON – S.C..J.J. KORTMANN – H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, 1999, p. XIV, per la quale "the purpose of this International Working Group has not been to advocate the adoption by civil law jurisdictions of any *trust* concept, or to commendnthe *common law trust*"

[425] L'art. 2 della Convenzione si era limitata infatti a fissare caratteristiche generalissime come le circostanze che *a)* i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trust*ee, *b)* i beni del *trust* sono intestati a nome del *trust*ee o di un'altra persona per conto del *trust*ee, *c)* il *trust*ee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme impostegli dalla legge. Il resto della disciplina della Convenzione era dedicata a norme di rilievo internazionalprivatistico, lontane, dunque, dal fornire ulteriori indicazioni di natura sostanziale.

generali della tradizione anglosassone[426].

Del tutto diversa è l'impostazione del testo elaborato, all'interno dello *Study Group on european civil code*, dalla commissione presieduta dal professor Swann. Il progetto si presenta con le caratteristiche proprie della codificazione. La disciplina dell'istituto è pertanto dettagliata e mostra la consapevolezza delle implicazioni sistematiche della introduzione del *trust* in una legislazione di carattere finalmente europeo. Del resto, pure diverso è l'obbiettivo dello *Study group*, i cui lavori sono istituzionalmente tesi alla formulazione per una proposta di legislazione europea.

In generale, il testo disciplina sia gli *express trusts*, anche autodichiarati, che prevedano la presenza dei beneficiari o solo il raggiungimento di uno scopo. In questo caso, conformemente alla tradizione dei *charity trusts*, il *purpose trust* dovrà pur sempre essere costituito in vista di un *public benefit* e con la contestuale indicazione di un soggetto incaricato di chiederne l'esecuzione o attuazione.

Il progetto elaborato dallo *Study group* si differenzia tuttavia sia dai *Principles* e dalla Convenzione dell'Aja per la disciplina di una sorta di *trust ex lege*, delineato dall'art. X-5:701. In base a quest'ultima norma, infatti, colui che sia obbligato a trasferire un bene ad un altro soggetto è costituito *trustee* di quel bene nell'interesse del suo creditore[427].

Maggiore spazio hanno, nel progetto Swann, le disposizioni circa i poteri e doveri del *trust*ee.

Già sul piano generale il progetto si segnala per un definitivo allontanamento da alcune regole tradizionali. Infatti, rispetto ai principi tradizionali della *trust law*, è qui previsto in via generale, ribaltando la regola del *delegatus non potest delegare*, il potere del *trustee* di delegare ad altri le proprie funzioni nei limiti fissati dall'art. X-802.

Accanto alla enunciazione dei principi tradizionali, inoltre, si trovano norme di dettaglio quali, ad esempio, l'obbligo del *trustee*, quando sia possibile ed appropriato, di assicurare contro le perdite i beni del patrimonio affidatogli, o, ancora, il dovere di

---

[426] Sono sostanzialmente richiamati i duties of loyalty, to act with reasonable care, to perform personally.

[427] Affinché sorga questo *trust* ex lege è necessario che *a)* la suddetta obbligazione nasca da un contratto oneroso, *b)* il bene sia nella titolarità del debitore ma sia separato dagli altri suoi beni e sia suscettibile di essere oggetto di un *trust*, *c)* il creditore abbia adempiuto tutte le sue obbligazioni, *d)* il creditore può ottenere la *specific performance* dell'obbligazione del debitore.

investimento dei beni del fondo[428].

Proprio con riferimento alla disciplina dell'art. X- *8:404*: *Obligation to invest,* è di particolare interesse la regola secondo cui il *trustee* che non abbia le necessarie competenze tecniche deve rivolgersi, per gli opportuni suggerimenti, ad un professionista del settore in considerazione. Questa norma sembra raggiungere un punto di equilibrio tra nuove esigenze dell'economia ed i principi tradizionali del diritto dei *trust*: la decisione di investimento rimane, secondo la norma, di competenza del *trustee* ma dopo aver obbligatoriamente acquisito un parere professionale.

Ad ogni modo, ciò che sembra caratterizzare il progetto elaborato dallo *Study group on european civil code* è la preoccupazione di coordinare sistematicamente la disciplina predisposta con le norme del diritto successorio, le garanzie mobiliari[429] e la tutela del credito, i rapporti con i terzi in generale. In altre parole, nonostante con il progetto in esame sia stato accolto un modello generale di *trust* che, conformemente alla tradizione di *common law*, si presta alle più svariate applicazioni, si è tentato, al pari tempo, di

---

[428] Particolarmente dettagliate le indicazioni che il testo offre per quest'ultima ipotesi. Si veda in proposito l'art. X-8:404 *Obligation to invest:* "1. A *trust*ee is obliged to invest the *trust* fund, so far as available for investment, and in particolar:

a) To dispose of assets which ordinarly neither produce income nor increase in value and to invest the proceeds;
b) To take professional advice on investment of the fund, if the *trust*ees lack the expertise required for the efficient and prudent investment of funds of the size and nature of the *trust* fund;
c) To make a spread of investment in which overall:
   (i) The risks of failure or loss of particular investments are diversified; and
   (ii) The espected gain significantly outweights the potential failure or loss;
d) to review at appropriate intervals the suitableness of retini or changing the investments.

2. A *trust*ee is not obliged to invest assets:

a) which are imminently required for trasner to or use by a beneficiary or satisfaction of a *trust* debt; or;

b) whose investment would otherwise impede the *trust*ees to dispose of *trust* assets which according to the *trust* terms are to be retained by the *trust*ees or transferred in kind to a beneficiary".

[429] Merita di essere menzionato, in proposito, l'art. X-1: 202 (*Priority of the law of proprietary securities*) che si preoccupa di coordinare il libro sul *trust* con la disciplina delle garanzie mobiliari. Questa, infatti, si estenderà al *trust* che abbia l'effetto di offrire al creditore una garanzia dell'adempimento. Una tale disposizione rivela evidentemente la consapevolezza del rischio che il *trust* possa essere utilizzato per aggirare anche tali norme.

renderlo compatibile con le caratteristiche generali e le tradizionali scelte di politica del diritto degli ordinamenti continentali.

In proposito, si segnala, in primo luogo, l'art X-5:201 (*Priority of rules of succession law*)[430] che ha il pregio di chiarire il rapporto che l'istituzione del *trust* ha rispetto al diritto delle successioni ed in particolare, nell'ottica di un interprete italiano, con le norme sulla tutela delle aspettative dei legittimari.

Con riferimento alla tutela del credito il progetto precisa, all'art. X-12:101, il regime di responsabilità dei beni conferiti nel *trust*, che risponderanno dei soli *trust debt*, ossia dei debiti che siano collegati oggettivamente con il *trust*, secondo i criteri indicati al successivo art. X – 12:102[431].

---

[430] "Where the *trust* is to effect on the *trust*er's death, the *trust* is subject to the prior application of those rules of succession law which determine: (…)

b) (i) whether the *trust*er was free to dispose of the fund or any asset within the fund;

(ii) Whether any person has a claim in respect of the fund take or assets within the fund, reason fo their family or other connection to the deceased, and

(iii) How such claims are to be satisfied"

[431] X – 12: 102 (*Definition of trust debt*)

(1) An obligation which binds the owner for the time being of an asset is a *trust* debt if that asset if that asset is a *trust* asset.

(2) An obligation which a *trust*ee incurs in the course of performing obligations under *trust* is a *trust* debt.

(3) An obligation incurred by a *trust*ee by a contract or other judicial act, but not in the course of performing obligations under the *trust* is a *trust* debt if:

(a) the *trust*ee acts in that capacity;

(b) the juridical act is not gratuitous; and

(c) the other party neither knows nor could reasonably be expected to know that the *trust*ee is not incurring the obligation in the course of fulfilling an obligation under the *trust*,

(4) An obligation incurred by a *trust*ee otherwise than by a juridical act and not in the course of performing obligations under the *trust* debt if it is materially connected with:

(a) the *trust* fund or a *trust* debt; or

(b) an act or omission of the *trust*ee in the administration or disposition of the *trust* fund; or

(c) incurring or performing an obligation which is itself a *trust* debt.

(5) The obligations of *trust*ees to reimburse, indemnify or remunerate a former *trust*ee or an intended *trust*ee who has exercised a right of refusal are also *trust* debts.

(6) Other obligations of a *trust*ee are not *trust* debts.

Questa regola generale è tuttavia derogata in favore dei creditori del *truster*. L'art. X-12:301 *(Creditors of the truster)* dispone, infatti, che la costituzione del *trust* non pregiudica in alcun modo i diritti dei creditori del *truster* (id est: *settlor*) di rendere inefficace il *trust* o una clausola del medesimo, o, sotto altro profilo, di invocare il diritto del *truster* di impugnare o revocare il *trust* o una sua clausola.

L'ampiezza della formulazione dell'art. X-12: 301 *a)*[432] sembra consentire ai creditori del *truster* – anche posteriori alla creazione del *trust* - di invocare l'inefficacia del *trust* anche al di là di presupposti oggettivi e soggettivi fissati, ad esempio nella normativa italiana, dall'azione revocatoria.

In tal modo, la tutela dei creditori del *truster* anteriori alla creazione del *trust* è sicuramente assicurata in maniera efficace. Ciò anche in considerazione della circostanza che la stessa norma dispone esplicitamente, alla lettera *b)*, l'esperimento da parte dei creditori di una sorta di azione surrogatoria dei diritti del *truster*.

---

[432] "*X-12:101 (Basic rule on creditors) does not affect any right of a creditor of the truster:*

(a) to render ineffective a trust or term of a trust; or

(b) *to invoke a right of the truster to avoid or revoke a trust or term of a trust*"

Conclusioni

Il tema dell'indagine che si sta concludendo ha riguardato il rapporto tra l'autonomia privata e la responsabilità patrimoniale. Ci si è chiesti, in particolare, se la regola posta dall'art. 2740 c.c. sia ormai derogabile da parte dei privati o mantenga i caratteri di cogenza che sin qui le sono stati riconosciuti.

A tal fine si è ritenuto necessario chiarire sia l'atteggiamento del Legislatore rispetto alle ipotesi di separazione patrimoniale già disciplinate, sia la funzione che la responsabilità patrimoniale svolge nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Sotto tale ultimo profilo, evitato il rischio di una esaltazione della garanzia patrimoniale sino a farla coincidere con l'oggetto dell'obbligazione, si deve confermare che essa rimane un elemento necessario del rapporto obbligatorio, seppur ancillare al suo oggetto e alla soddisfazione del creditore. Quest'ultimo rimane lo scopo dell'obbligazione che può essere considerato raggiunto solo con il compiuto adempimento; in mancanza di esso, ad assicurare al creditore un surrogato della soddisfazione auspicata, restano i beni del debitore. L'espressione "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri" allude dunque "a una responsabilità in *luogo* ossia *in mancanza* dell'adempimento, e quindi *a causa* dell'inadempimento"[433].

In tale prospettiva si comprende e si condivide l'affermazione per cui la responsabilità patrimoniale è immanente all'obbligazione, le dà giuridicità.[434]

La responsabilità patrimoniale del debitore assicura infatti al creditore un surrogato della prestazione che abbia per esso la medesima efficacia funzionale di questa.[435] Il creditore gode, in virtù del principio espresso dall'art. 2740 c.c., di una aspettativa sussidiaria di soddisfazione indipendente dalla cooperazione dell'obbligato.[436]

Proprio questa aspettativa o assicurazione di soddisfazione, che il principio in esame assicura, spiega del resto l'oscillazione, nel linguaggio del legislatore prima che dei giuristi, tra il termine responsabilità patrimoniale e garanzia generica.

È persino ultroneo sottolineare che la destinazione con effetto di separazione

---

[433] L. MENGONI, *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>*, in *Riv. dir. commerciale*, 1954, p. 302, n. 80, corsivo dell'A.

[434] Con queste parole si esprimeva S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, p. 33.

[435] R. NICOLÒ, *Responsabilità patrimoniale - concorso dei creditori e cause di prelazione*, Bologna - Roma, 1945, p. 5

[436] L. BARBIERA, *Resposabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, Milano, 1991, p. 18.

patrimoniale incide sulla garanzia offerta dal patrimonio del conferente ai creditori. Questi ultimi, terzi rispetto all'atto di destinazione, ne subiscono gli effetti riflessi negativi, consistenti nella riduzione della propria aspettativa di (sussidiaria) soddisfazione. Per tale ragione il Legislatore ha fin qui avocato a se la determinazione di nuove ipotesi di separazione patrimoniale, accompagnandole peraltro con la predisposizione di strumenti di tutela a favore dei creditori.

L'esame delle singole fattispecie ha rivelato che il Legislatore, quando offre all'autonomia privata lo strumento della separazione patrimoniale, alternativamente a) predetermina rigidamente lo scopo perseguibile, b) rende inopponibile la separazione patrimoniale ai creditori ad essa antecedenti c) concede ai creditori del conferente un'azione di opposizione *ad hoc*.

Nell'ordinamento italiano la separazione patrimoniale è rimasta sinora disponibile solo in casi tassativi.

Argomento per una diversa conclusione non può essere considerato mutato alla luce dei recenti interventi del Legislatore seppure questi, negli anni più recenti, abbia utilizzato più spesso lo strumento della separazione patrimoniale.

Tali interventi hanno infatti riguardato esclusivamente il diritto commerciale e finanziario e si sono spesso presentati come disciplina inderogabile di una determinata attività[437].

Altre volte, quando la separazione è stata introdotta come strumento disponibile dalla autonomia privata, il Legislatore non ha rinunciato a circondarla di strumenti di controllo preventivo e limiti quantitativi, come nel caso dei patrimoni destinati ad uno specifico affare.

Quanto alla legislazione civile, si deve notare che essa ha fatto registrare un regresso delle ipotesi di separazione patrimoniale, evidenziando un fenomeno contrario a quanto è avvenuto nel settore del diritto commerciale.

La riforma del diritto di famiglia ha infatti abrogato la dote, rimodellato il patrimonio familiare, limitati drasticamente i presupposti soggettivi del fedecommesso testamentario. Gli interventi del Legislatore hanno dunque eliminato quelle destinazioni patrimoniali che fossero in contrasto con il mutato quadro costituzionale o che rivelassero una finalità meramente conservativa dei rapporti proprietari.

---

[437] Ci si riferisce alla disciplina della cartolarizzazione dei crediti e dell'art. 22 del d.lgs. 58/1998.

Il filo conduttore delle ipotesi, previste dal diritto civile, di destinazione patrimoniale con effetto di separazione sembra essere quello di favorire il perseguimento di scopi di assistenza o solidarietà sociale[438].

Ad ogni modo, l'esame complessivo delle ipotesi di separazione patrimoniale previsti dal legislatore confermano che esse, quanto non rappresentano discipline inderogabili di determinate fattispecie, sono lasciate alla disponibilità dei privati solo per il raggiungimento di scopi prefissati dal legislatore medesimo (come nel caso del fondo patrimoniale) o con la determinazioni dei già ricordati strumenti di tutela delle posizioni creditorie(cfr. art. 1980 c.c. e art. 2447 *quater* c.c.).

L'orientamento del Legislatore non sembra mutato neanche con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c. che consente la trascrizione degli "atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novant'anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, (…) al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione".

Il riferimento della nuova norma al sintagma "interessi meritevoli di tutela" e all'art. 1322, II comma, c.c. ha invece indotto alcuni autori a ritenere che il Legislatore sia ormai propenso ad accordare l'effetto della separazione ad ogni destinazione patrimoniale che abbia scopo lecito.

Il presupposto sul quale tali autori fondano la loro conclusione sulla equivalenza tra gli interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 2645 *ter* c.c. e quelli cui si riferisce l'art. 1322, II comma, c.c.

Tale equivalenza determinerebbe la necessità di interpretare anche il sintagma espresso dall'art. 2645 *ter* c.c. quale sinonimo della liceità della causa definita, *a contrario*, dall'art. 1343 c.c. Conseguentemente, la meritevolezza dello scopo non andrebbe ricercata con criteri diversi da quelli indicati dall'art. 1343 c.c. per valutare la liceità della causa.

Nel corso del secondo capitolo si è evidenziato che, sebbene in via generale non sia

---

[438] Coerenti con tale direttiva è il fondo patrimoniale, il fedecommesso assistenziale, la disciplina dell'art. 1923 e dell'art. 1881 c.c. Dissonante rispetto a tale disegno del legislatore la separazione patrimoniale conseguente all'accettazione con beneficio d'inventario che trova più probabilmente ragione nella necessità di tutela dell'autonomia privata dell'erede.

possibile distinguere tra un giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, II comma, c.c. ed uno di liceità ai sensi dell'art. 1343 c.c., non sono estranee all'ordinamento fattispecie negoziali in cui validità del patto o la sua efficacia reale sia subordinata al risconto positivo di una particolare apprezzabilità sociale del regolamento contrattuale o comunque della sussistenza di elementi ulteriori rispetto alle condizioni di liceità della causa.

Possono essere ricordate in proposito le riflessioni già proposte con riferimento all'art. 1379 c.c. (dove è vagliata la convenienza dei limiti di tempo e l'apprezzabilità dell'interesse delle parti al vincolo) e al requisito dell'*utilitas* previsto per la costituzione del diritto di servitù.

La necessità di un requisito positivo nelle suddette discipline si spiega alla luce dell'eccezionale riconoscimento della validità del patto (art. 1379 c.c.) o dell'efficacia reale dal medesimo assunta (artt. 1027 e ss.).

È dunque coerente con l'ordinamento la previsione, all'art. 2645 *ter* c.c., di un requisito positivo per l'opponibilità della separazione patrimoniale conseguente al negozio di destinazione.

Allo stesso tempo, una lettura sistematica delle altre ipotesi tipiche di separazione patrimoniale, conduce ad affermare l'esigenza di interpretare il requisito degli interessi meritevoli di tutela secondo una concezione forte degli stessi.

Solo la positiva esistenza di interessi a carattere metaindividuale può abilitare l'autonomia privata ad operare in un ambito nel quale domina la legge e l'art. 2740 c.c. in particolare.

Peraltro, si deve notare che il dibattito sulla separazione patrimoniale ha sin qui offuscato un secondo aspetto di interesse dell'art. 2645 *ter* c.c.

Ad un esame più attento non può infatti sfuggire che l'art. 2645 *ter* c.c. limita fortemente la proprietà dei beni vincolati che risulta conformata allo scopo della destinazione. La destinazione patrimoniale introduce dunque un forma di appartenenza rimasta sin qui ai margini del nostro ordinamento e la cui ammissibilità in via generale deve essere confrontata con il principio di tipicità dei diritti reali. L'erosione di tale principio non determina il venir meno delle problematiche che esso concorreva a governare. Nel momento attuale in particolare la caducazione dei principi del numero chiuso e della tipicità dei diritti reali pone il problema del controllo degli abusi dell'autonomia privata che, come l'esperienza del diritto dei contratti ha mostrato, si

concretizzano come prevaricazioni di una parte ai danni dell'altra.

A ciò si aggiunga che una tale scelta rispetto ai principi suddetti presenta i caratteri della politica legislativa, che difficilmente può aver operato negli angusti spazi dell'art. 2645 *ter* c.c.

Anche sotto tale profilo dunque, quello dei riflessi proprietari, si rivela necessario e ragionevole escludere l'interpretazione per la quale con il riferimento agli interessi meritevoli di tutela il Legislatore abbia voluto ammettere all'art. 2645 *ter* c.c. la costituzione di patrimoni separati per qualsivoglia scopo lecito.

D'altro canto non sembra neanche condivisibile la prospettiva radicalmente opposta che, partendo dalla collocazione della disposizione, indica nell'art. 2645 *ter* c.c. una norma meramente diretta a consentire la trascrizione di vincoli di destinazione già tipizzati dal legislatore.

Tale interpretazione – che pure manterrebbe un ambito di operatività alla norma – oblitera tuttavia la circostanza che l'art. 2645 *ter* c.c. disciplina una destinazione con effetti di separazione patrimoniale caratterizzata da tratti inediti rispetto agli istituti già noti. In tal senso devono essere valorizzati i termini di durata della destinazione, nonché la disciplina del regime di separazione patrimoniale ancorato sul criterio oggettivo dell'inerenza o meno del titolo del creditore alla realizzazione del vincolo di destinazione e pertanto differente rispetto, ad esempio, alla disciplina prevista all'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale dove l'aggredibilità dei beni vincolati è preclusa in base a criteri di carattere soggettivo come la conoscenza, da parte dei creditori, dell'estraneità del proprio titolo ai bisogni della famiglia.

Anche il regime di circolazione dei beni destinati si presente, come si è visto, differente rispetto ad altre ipotesi di destinazione patrimoniale come il fondo patrimoniale ed il fedecommesso assistenziale.

L'art. 2645 *ter* c.c. ha dunque introdotto una nuova destinazione patrimoniale, innanzitutto a favore di soggetti disabili e pubbliche amministrazioni, per il perseguimento, dunque, di scopi di assistenza o di interesse generale.

Precisato ciò rimane da chiarire l'ambito di applicazione della norma specie in considerazione dell'apertura che la norma opera sul piano soggettivo *"ad altri enti o persone fisiche"*.

Tale estensione soggettiva potrebbe alimentare da altra prospettiva il dubbio che con l'art. 2645 *ter* c.c. il Legislatore abbia definitivamente abdicato in favore dell'autonomia

privata rispetto al tema della separazione patrimoniale. Ma anche sotto tale ultimo profilo una simile interpretazione deve essere respinta. Essa si presenta anzi irragionevole rispetto al canone dell'uguaglianza in quanto tende ad equiparare, sul piano delle conseguenze, situazioni radicalmente diverse.

Viceversa, la possibilità di una destinazione patrimoniale a favore di persone fisiche diverse dai soggetti disabili può consentire la costituzione di vincoli di destinazione in casi in cui sarebbe irragionevole, rispetto al canone dell'uguaglianza, negarla.

Sotto tale profilo si è ipotizzata una destinazione patrimoniale a favore di soggetti minori di età per il loro mantenimento. In proposito si è segnalata la circostanza che, nella disciplina del fondo patrimoniale, la presenza di figli minori giustifica la permanenza del vincolo pur quando il rapporto coniugale, presupposto della destinazione, sia venuto meno. L'art. 171, II comma, c.c. dispone la continuazione del fondo proprio in vista della tutela dei figli minori, interesse su cui si dirotta l'attenzione del Legislatore al momento dello scioglimento della famiglia fondata sul matrimonio. L'interesse al mantenimento dei figli minori è dunque già valutato positivamente dal Legislatore. L'art. 2645 *ter* c.c. può oggi consentire una destinazione patrimoniale a favore di persone minorenni seppur nate fuori dal matrimonio. Una conclusione diversa sul punto sarebbe di difficile accoglimento, anche in considerazione dell'indicazione espressa dall'art. 30, III comma, Cost.

Un'ulteriore ipotesi applicativa dell'art. 2645 *ter* c.c. è quella di farne un modo di somministrazione degli alimenti a chi si trovi in stato di bisogno, anche al di fuori della cerchia soggettiva di cui all'art. 433 c.c.

Quanto alla possibilità che beneficiari della destinazione patrimoniale siano *"altri enti"* oltre alle pubbliche amministrazioni la valorizzazione del dato normativo induce a concludere che il Legislatore abbia voluto estendere la destinazione patrimoniale a favore di soggetti di diritto che svolgano attività di interesse generale come la pubblica amministrazione.

Tra gli enti beneficiari potranno dunque essere ricomprese c.d. imprese sociali di cui al d. lgs. 155/2006. La valorizzazione, nella prospettiva della sussidiarietà orizzontale, di soggetti che svolgano attività di interesse generale ha del resto trovato di recente l'avallo del Costituente all'art. 118 IV comma.

Vi è da precisare che gli enti del I libro del codice civile potranno eventualmente essere, oltre che beneficiari, anche gestori dei beni vincolati. Infatti già l'art. 32 c.c. prevede

che la possibilità che una associazione o fondazione sia titolare di beni con destinazione particolare e diversa da quella propria dell'ente. Sotto tale profilo l'art. 2645 *ter* c.c. consentirà oggi di dare rilevanza reale a tale destinazione particolare, la cui opponibilità ai creditori generali dell'ente non era sin qui pacifica.

In conclusione, l'art.2645 *ter* c.c. introduce una nuova ipotesi di destinazione con effetto di separazione patrimoniale che rimarrà tuttavia accessibile solo nei casi suddetti e alle condizioni di forma e sostanza fissate dalla norma.

Da ultimo deve essere valorizzata la parte dell'art. 2645 *ter* c.c. che richiama espressamente l'art. 1322 c.c. Tale espresso rinvio acquista dunque rilevanza autonoma rispetto al sintagma degli interessi meritevoli di tutela autorizzando l'adozione degli schemi negoziali più confacenti alle esigenze delle parti. La neo introdotta destinazione patrimoniale potrà, se del caso, essere attuata anche mediante il ricorso al *trust*.

Nei soli casi in cui la nuova destinazione patrimoniale è ammessa, il *trust* potrà essere utilizzato infatti come qualsiasi altro schema negoziale atipico per disciplinare, ad esempio, i rapporti gestori che l'art. 2645 *ter* c.c. lascia invece in ombra.[439]

L'esito dell'indagine sin qui condotta rivela dunque che l'orientamento del Legislatore riguardo al problema della destinazione patrimoniale non è mutato di molto rispetto al passato. La disponibilità dell'effetto di separazione è nell'art. 2645 *ter* c.c. concessa in vista della particolare rilevanza dell'interesse perseguito dalla destinazione. Il tratto distintivo dell'art. 2645 *ter* c.c. è che l'interesse meritevole ai fini della separazione è solo in parte definito dal Legislatore, che richiede, per il resto, all'interprete uno sforzo di sistematizzazione.

---

[439] Già C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita Notarile,* 1998, p. 1330 evidenziava del resto che il *trust* potesse essere considerato ammissibile e valido come negozio atipico. L'ordinamento non lo considerava nullo ma precludeva la produzione dell'effetto di separazione patrimoniale ad esso conseguente nei paesi di *common law*. Nei casi in cui l'art. 2645 ter c.c. consente oggi l'effetto di separazione patrimoniale, alle condizioni fissate dalla norma, anche il *trust* potrà essere chiamato ad operare. Nel senso del testo si esprime oggi C.M. BIANCA, *Conclusioni,* in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter c.c. del codice civile,* Milano, 2007, p. 196

Bibliografia

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1949.

ALLEVA F., *L'impresa sociale italiana,* Milano, 2007.

ANDREOLI E., *Il trust nella prassi bancaria e finanziaria,* Padova, 1998

ANZANI G., *Atti di destinazione patrimoniale: qualche riflessione alla luce dell'art. 2645 ter cod. civ.,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2007, II, p. 398 e ss.

AULETTA T., *Il fondo patrimoniale,* in *Il diritto di famiglia. II. Il regime patrimoniale della famiglia,* trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da G. Bonilini, Torino, 2007.

AULETTA T., *Il fondo patrimoniale,* Milano, 1992.

BALLARINO T., *Diritto internazionale privato,* Padova, 1999.

BARALIS G., *Prime riflessioni in tema di art. 2645 - ter c.c.,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano 2007, p. 131 e ss.

BARBIERA L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali.* Milano, 1991.

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici,* Milano, 1969.

BASILE M. – FALZEA A., *Persona giuridica,* in *Enc. dir.,* vol. XXXIII, Milano, 1983.

BELFIORE A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali,* Milano, 1979.

BENEDETTI G., *Dal contratto all'atto unilaterale,* Milano, 1969.

BESSONE M., *Cartolarizzazione dei crediti, <<Soggetti>>, disciplina delle attività, garanzie di pubblica vigilanza,* in *Diritto della banca e del mercato finanziario,* 2002, p. 3 e ss.

BESSONE M., *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza.* in *Riv. dir. comm.,* 1974, I, p. 329 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico,* in *Trattato di diritto civile italiano* a cura di F. Vassalli, Torino, 1950,

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni, III, 2 - IV*, Milano, 1955.

BIANCA C.M., *Conclusioni,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter c.c. del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 191 e ss.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, I,* Milano 1978.

BIANCA C.M., *Diritto Civile, II,* Milano, 2005.

BIANCA M. - D'ERRICO M. - DE DONATO A. – PRIORE C., *L'atto notarile di destinazione,* Milano, 2006.

BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi,* in *Riv. notariato,* 2006, I, p. 1189 e ss.

BIANCA M., *La fiducia attributiva,* Torino, 2002.

BIANCA M., *Novità e continuità dell'atto di destinazione negoziale,* in, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* a cura di M. Bianca, Milano, 2007 p. 29 e ss.

BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati,* Padova, 1996

BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione),* in *Enc. giur. treccani,* vol. XXVIII, Roma, 1991.

BIGLIAZZI GERI L., *A proposito di patrimonio autonomo e separato,* in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno,* II, Diritto Privato, 1, Milano, 1998.

BIGLIAZZI GERI L., *Patrimonio autonomo e separato,* in *Enc. dir.,* XXXII, Milano, 1982.

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto,* Torino, 1993.

BOCCHINI F., *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione,* Napoli, 1977.

BONILINI G., *Divisione,* in *Digesto disc. priv., sez. civ,* vol. VI, Torino, 1999.

BRANCA G., *Comunione,* in *Commentario del codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna - Roma, 1951.

BRINZ A. *Lehrbuch der Pandekten,* Band III, 2, Erlangen, 1884.

BROGGINI G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano,* in *I trusts in Italia oggi,* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 11 e ss.

BROGGINI G., *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato,* in *Europa e dir. priv.,* 1999 p. 398 e ss.

BUONFRATE A., *Patrimonio destinato e separato,* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile,* aggiornamento **, II, Torino, 2007.

CALVOSA L., *Fondo patrimoniale e fallimento,* Milano 2003.

CANDIAN ALB., *Discussioni napoleoniche sulla responsabilità patrimoniale (alle origine dell'art. 2740 cod. civ.),* in AA.VV. *Scintille iuris, Studi in memoria di Gino Gorla,* III, Milano, 1994.

CARBONE S.M., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2000, p. 148 e ss.

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari,* 1933.

CARNELUTTI F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni,* ora in *Diritto sostanziale e processo,* a cura di N. Irti, Milano, 2006, p. 264 e ss.

CARNEVALI U., *La donazione modale,* Milano, 1969.

CARNEVALI U., *Negozio giuridico, III) Negozio fiduciario,* in *Enc. giur. Treccani, XX, Roma,* 1990.

CAROTA L., *Della cartolarizazione dei crediti,* Padova, 2002.

CARRESI F., *Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori,* in *Riv. dir. comm.,* 1947, I, p. 147 e ss.

CARRESI F., *Fondo Patrimoniale,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XIV, Roma, 1989.

CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti,* Milano, 1979

CASTRONOVO C., *Il trust e sostiene Lupoi,* in *Europa e dir. priv.,* 1998, p. 446 e ss..

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita notar.,*1998, I, p. 1329 e ss.

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano,* in *Vita notar.,* 1998, p. 1323 ss.

CATTANEO G., *Riserva della proprietà e aspettativa reale,* in *Riv. trim. proc. civ.,* 1965, p. 968 e ss.

CECCHERINI G., *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità,* Milano, 2003.

CETRA A., *Art. 6 (Responsabilità patrimoniale),* in AA.VV. *Disciplina dell'impresa sociale,* in *Le nuove leggi civili commentate,* 2007, p. 406 e ss.

CIAN G.- CASAROTTO G., *Fondo patrimoniale della famiglia,* in *Novissimo Digesto Italiano, appendice, vol. III,* Torino, 1982.

CICU A., *L'obbligazione nel patrimonio del debitore,* Milano, 1948.

CICU A., *Successioni per causa di morte, parte generale,* Milano, 1961.

CINQUE M., *L'interprete e le sabbie mobili dell'art. 2645 ter cod. civ.: qualche riflessione a margine di una prima (non) applicazione giurisprudenziale,* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata,* 2007, p. 526 ss.

CLERICÒ S., *Il trust (autodichiarato) ed il fondo patrimoniale: due istituti sovrapponibili?,* in *Riv. Notariato,* 2007, III, p. 222 e ss.

COMPORTI M., *Contributo allo studio del diritto reale,* Milano, 1977.

COMPORTI M., *Servitù (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990.

CONFORTINI M., *Vincoli di destinazione,* in *Dizionari del diritto privato,* a cura di N. Irti, Milano, 1980.

CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano,* Milano 2001.

COSTANZA M., *<<Numerus clausus>> dei diritti reali,* in AA. VV. *Studi in onore di Cesare Grassetti,* I, Milano, 1980.

COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale,* in *Contr.e Impresa* 1987, 423 ss.

D'AMELIO M,, *sub.* art. 2740, in *Commentario al Codice Civile,* diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1943, IV, p. 434 e ss.

DAVID R.– JAUFFRET C. – SPINOSI**,** *I grandi sistemi giuridici comparati,* Padova, 1994.

DE DONATO A., *Gli interessi riferibili a soggetti socialmente vulnerabili,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano 2007, p. 250 e ss.

DE DONATO A., *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter del codice civile.* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 39 e ss.

DE GIORGI M. V., *Le persone fisiche, associazioni e fondazioni,* in *Tratt. di Dir. Priv.* diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino 1999, p. 450 e ss..

DE GIORGI M.V., *sub. art. 32,* in G. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile,* Padova, 2007, p. 127 e ss..

DE MEO R., *La cessione dei beni ai creditori,* Milano, 1999.

DE NOVA G. – LEO C., *La securitization in Italia (commento alla l. 30 aprile 1999 n. 130),* in *Contratti,* 1999, p. 711 e ss.

DE PAOLA V., *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato,* Milano, 2002.

DE WULF C., *The Trust and the Corresponding Institutions in the Civl Law,* Bruxelles, 1965.

DELOGU L., *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile,* Padova, 2000.

DEMARCHI P.G., *Fondo patrimoniale,* Milano, 2005.

DI MAJO A., *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 111 e ss.

DI MAJO A., *Promessa unilaterale (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

DI MAJO A., *Responsabilità e patrimonio,* Torino, 2005.

DICILLO R., *Atti e vincoli di destinazione,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., aggiornamento,* ***, I, Torino, 2007.

DISTASO N., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale,* Torino, 1973.

DOGLIOTTI M., *Comunione e condominio,* Torino, 2006.

DONADIO G., *I patrimoni separati,* in *Annali della facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Bari,* 1943, p. 43 e ss.

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali,* Napoli, 1972.

DORIA G., *Il patrimonio finalizzato,* in *Riv. dir. civ.,* 2007, p. 494 e ss..

FALZEA A., *Introduzione e considerazioni conclusive,* in AA.VV. *Destinazione di beni allo scopo,* Milano, 2003, p. 23 e ss..

FANTICINI G., *L'art. 2645 - ter del codice civile: "Trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche",* in *La protezione dei patrimoni,* a cura di M. Montefameglio, Maggioli Editore, 2006, p. 327 e ss.

FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano,* I, Roma, 1921.

FERRARA F., *Teoria delle persone giuridiche,* Roma - Torino - Napoli, 1923.

FERRARA F., *Le persone giuridiche,* Torino, 1956.

FERRARI S., *Gestione affari altrui (diritto privato),* in *Enc. dir.,* XVII, Milano, 1969, p. 665 e ss.

FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse,* in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 8 e ss.

FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale,* in *Riv. dir. comm.,* 1971, II, p. 81 e ss.

FIORENTINI F., *Appunti sull'integrazione giuridica europea in materia di garanzie immobiliari,* in M. BUSSANI – F. FIORENTINI, *I contratti di finanziamento e le garanzie reali nella prospettiva europea,* Trieste, 2003 p. 183 e ss.

FRAGALI M., *Garanzia,* in *Enc. dir.,* XVIII, Milano, 1969, p. 451 e ss.

FRAGALI M., *La comunione - appendice al tomo I,* in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm. diretto da Cicu e Messineo,* Milano, 1977.

FRANCESCHELLI R., *Il "trust" nel diritto inglese,* Padova, 1935.

FRATCHER W.F., *Trusts,* in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VI, chapter 11,1973.

FUNAIOLI C.M., *Divieto di alienazione (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1964, p. 401 e ss.

FUSARO A., *Le posizioni dell'accademia nei primi commenti dell'art. 2645 - ter c.c.,* in AA.VV. *Negozio di destinazione percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, 2007, p. 30 e ss.

FUSARO A., *Patto di non alienare,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.,* Torino, 1995, p. 316 e ss.

GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari,* in *Riv. dir. civ.,* 2007, I, p. 323 e ss.

GALASSO A., *Del regime patrimoniale della famiglia,* Bologna - Roma, 2003.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale,* Padova, 1999, I.

GALGANO F., *Fondazione I) Diritto Civile,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XIV, Roma 1989.

GALGANO F., *Persone giuridiche,* Bologna – Roma, 2006.

GALGANO F., *Sull'ammissibilità d'una fondazione non riconosciuta,* in *Riv. dir. civ.* 1963, II, 172 e ss.

GALLUZZO F., *Autonomia negoziale e causa istitutiva di un trust,* in *Corr. giur.,* 2006, p. 695 e ss.

GAMBARO A., *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law,* in *Riv. dir. civ.* 1984, I p. 93 e ss.

GAMBARO A., *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV convenzione dell'Aja,* in *Riv. dir. civ.,* 2002, II, p. 261 e ss..

GAMBARO A., *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 172 e ss.,

GAMBARO A., *Il diritto di proprietà,* Milano, 1995.

GAMBARO A., *La proprietà nel common law anglo-americano,* in A. CANDIAN – A. GAMBARO – B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum,* Padova, 1992, p. 57 e ss.

GAMBARO A., *Trust,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.,* vol. XIX, Torino, 1999.

GANGI C., *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente,* in *Riv. dir. civ.,* 1927, p.

521 ss.

GAZZONI F., *"Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)"*, in *Riv. notariato*, 2001, 11 ss..

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi,* in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 62 e ss.

GAZZONI F., *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle),* in *Riv. notariato*, 2001, I, p. 1247 ss.

GAZZONI F., *Osservazioni,* in *La trascrizione dell'atto di negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano 2006, p. 209 e ss.

GAZZONI F., *Ossservazioni sull'art. 2645 ter c.c.,* in *Giust. Civ.*, 2006, II, p. 177 e ss.

GELATO P., *Modo,* in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.,* vol. XI, Torino, 1994.

GEMMA A., *Destinazione e finanziamento,* Torino, 2005.

GENNARI F., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare,* Padova, 2005.

GENTILI A., *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.,* in *Rass. dir. civ.* 2007, p. 1 e ss.

GIANNELLI G., *sub. art. 2447 - bis,* in *Società di capitali,* a cura di G. Niccolini e Alberto Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004,p. 1210 e ss.

GIARDINA A., *La convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento,* in A. GAMBARO – A. GIARDINA – G. PONZANELLI, *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1212 e ss.

GIORGIANNI M., *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui,* Milano, 1940.

GIORGIANNI M., *L'obbligazione, I,* Milano, 1968.

GORLA G., *Il contratto,* I, Milano, 1955.

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico,* in *Riv. dir. comm.* 1936, I, p. 352 e ss.

GRIMALDI M., *Riflessioni sulla fiducia nel diritto francese,* in AA.VV. *Fiducia, trust, madato ed agency,* Milano, 1991, p. 177 e ss.

GROSSO G. -. DEIANA G., *Le servitù prediali,* I, Torino, 1963.

GUARNERI A., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.,* in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 322 e ss.

GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto,* in *Riv. dir.*

civ., 1994, I, p. 799 e ss.

GUARNERI A., *Atti di disposizione illegittimi del trustee e possibili rimedi in civil law,* in *I trsusts in Italia oggi,* a cura di I. Beneventi, Milano, 1996, p. 110 e ss.

HANSMANN H.– KRAAKMAN R., *Property, contract, and verification: the numerus clausus problem and the divisibilità of rights,* in *Journal of Legal Studies,* XXXI, 2002, p. 393 e ss.

HAYTON D. J. –KORTMANN S. C. J. .J.– VERHAGEN H. .L. E., *Principles of European Trust Law,* Kluwer Law International, 1999.

HAYTON D.J., *The law of trusts,* London, 1998.

IAMICELI P., *Unità e separazione dei patrimoni,* 2003.

IUDICA G., *Cessione dei beni ai creditori,* in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civ.,* vol. II, Torino, 1988, p. 279 e ss.

IUDICA G., *"Fondazioni, fedecommesserie, trust e trasmissione della ricchezza familiare"* in AA.VV., *Scritti in onore di R. Sacco,* vol. II, Milano, 1994, p. 645 e ss.

KEETON G.W., *The law of trusts,* London, 1954.

LA PORTA U., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperurano. (Piccola e gioiosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione),* in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger,* Milano, 2004, I.

LA PORTA U., *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter c.c.,* in *Riv. notariato,* 2007, I, p. 1089 e ss.

LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale,* Napoli, 1996.

LAMANDINI M., *Patrimoni separati e tutela dei creditori,* in *Riv. dir. processuale,* 2005, p. 37 e ss.

LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale,* in *Contr. impr.,* 1985, p. 333 ss.

LENER R., *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale mobiliare,* in *Riv. società,* 1989, p. 1050 e ss.

LENZI R., *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645 ter c.c.,* in *Contr. e Impresa,* 2007, p. 241 e ss.

LIMPENS J., *Foreword,* in C. DE WULF, *The trust and corresponding Institutions in the civil law,* Bruxelles, 1965.

LIPARI N., *Fiducia statica e trusts,* in *I trusts in italia oggi,* a cura di Ilaria Beneventi, Milano, 1996, p. 69 e ss.

LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata,* Napoli, 1970.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Danno e frode nella revocatoria ordinaria,* Milano, 1995.

LUISO F. P., *Rendiconto (diritto privato),* in *Enc. dir.,* XXXIX, Milano, 1988, p. 792 e ss.

LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione,* Milano, 1984.

LUPOI M., *Gli " atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 170 e ss.

LUPOI M., *Il contratto a favore di terzo in diritto inglese,* in *Riv. dir. comm,* 1967, I, p. 187 e ss.

LUPOI M., *Riflessioni comparatistiche sui trusts,* in *Europa e dir. priv.,* 1998, p. 439 e ss.

LUPOI M., *Trusts,* Milano, 2001.

LUPOI M., *La giurisprudenza italiana sui trust, dal 1899 al 2006,* Milano, 2006.

LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi),* in *Digesto delle discipline pubblicistiche,* Torino, vol. XII, 1997, p. 350 e ss.

MACARIO F., *Aspetti civilistici della cartolarizzazione dei crediti,* in *Riv. dir. priv.,* 2002, p. 22 e ss.

MAFFEI ALBERTI A., *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* in *Il nuovo diritto delle società,* a cura di A. Maffei Alberti, vol. II, Padova, 2005.

MALVAGNA S., *Il concetto di patrimonio separato nell'ordinamento giuridico commerciale,* in *Diritto e pratica commerciale,* 1931, p. 474 e ss.

MANES P., *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti,* in *Cont. e impr.,* 2006, 626 ss.

MANES P., *La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie,* in *Contr. e impresa,* 2001, p. 1362 e ss.

MARASÀ G., *Le società,* Milano, 2000.

MARIANELLO M., *La cartolarizzazione,* in A. DI MAJO, *Responsabilità e patrimonio,* Torino, 2005, p. 103 e ss.

MARICONDA V., *Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità,* in *Corr. giur.,* 2004, 76 ss.

MARINO P. - SCOZZAFAVA O., *sub. art. 1113 c.c.,* in *Commentario al codice civile* diretto da P. Cendon, vol. III, Torino, 1991.

MASI P., *Destinazione di beni e autonomia privata,* in AA.VV. *Destinazione di beni allo scopo,* Milano, 2003, p. 235 e ss.

MATRUZZI S., *Le tecniche di separazione offerte dal nuovo diritto delle società di capitali,* in *Il trust interno,*a cura di G. Mariconda, Napoli, 2005, p. 157 e ss.

MAZZAMUTO S., *Il trust,* in *Manuale di diritto privato europeo, II Proprietà Obbligazioni Contratti,* a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007.

MAZZAMUTO S., *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja,* in *Vita Notarile,* 1998, I, p. 754 e ss.

MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata,* Torino, 1998.

MAZZAMUTO S., *Trust interno e negozio di destinazione,* in *Europa e dir. priv.,* 2005, 785 e ss.

MENGONI L., *Forma giuridica e materia economica,* in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Asquini,* III, Padova, 1965, p. 1087 e ss.

MENGONI L., *Proprietà e libertà,* in *Riv. crit. dir. priv.* 1988, p. 444 e ss.

MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione,* in *Banca borsa e titoli di credito,* 1997, p. 1 e ss.

MENGONI L., *Gli acquisti a non domino,* ,Milano, 1975.

MENGONI L., *L'oggetto della obbligazione,* in *Jus,* 1952, p. 156 e ss.

MENGONI L., *Obbligazioni <<di risultato>> e obbligazioni <<di mezzi>>,* in *Riv. dir. comm.,* 1954.

MENGONI L., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente),* in *Enc. dir.,* XXXIX, Milano, 1988.

MENGONI L., *Sull'efficienza come principio giuridico,* in AA.VV., *Studi in onore di M. D'Antona,* Milano, 2004, p. 4179 e ss.

MERLO A., *Brevi note in tema di vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter,* in *Riv. notariato,* 2007, II, p. 510 e ss.

MESSINEO F., *Contratto nei rapporti col terzo,* in *Enc. dir.,* X, Milano, 1962.

MESSINEO F., *Manuali di diritto civile e commerciale, I,* Padova, 1943.

MESSINETTI D., *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. <<cartolarizzazione>> dei crediti, Riv. dir. civ.* 2002, II, p.101 e ss.

MEUCCI S., *Contratti di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo,* in *Riv. dir. priv.,* 2007, p. 854 e ss.

MICCIO R., *Cessione dei beni ai creditori,* in *Enc. dir.,* vol. VI, Milano, 1960.

MIRABELLI G., *Divisione (diritto civile),* in *Novissimo Digesto Italiano,* vol. VI. Torino, 1960, p. 34 e ss.

MOCCIA L., *Il modello inglese di proprietà,* in G. ALPA – M.J. BONELL – D. CORAPI – L. MOCCIA –V. ZENO ZENCOVICH – A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato, Istituti e problemi,* Bari, 2008.

MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale,* Napoli, 2007.

MONTINARO R., *Trust e negozio di destinazione allo scopo,* Milano, 2004.

MORACE PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore,* Milano, 2007.

MORELLO U. – TASSONI G., *Multiproprietà,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ., aggiornamento,* Torino, 1998, p. 909 e ss.

MOSCATI E., *Alienazione (divieto di),* in *Enc. giur. Treccani,* I, Roma, 1988.

MOSCATI E., *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo,* in *Riv. dir. civ.* 1972, I, 298 e ss.

MURITANO D., *Il c.d. trust interno prima e dopo l'art. 2645 ter c.c.,* in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, 2007, p. 18 e ss.

NATOLI U. - BIGLIAZZI GERI L., *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria),* Milano, 1974.

NATOLI U., *L'amministrazione dei beni ereditari,* II, Milano, 1969.

NATUCCI A., *La tipicità dei diritti reali,* I, Padova, 1982.

NERI A., *Il problema della tutela del beneficiario del trust nel diritto italiano,* in *Mandato, fiducia e trust,* a cura di F. Alcaro – R. Tommasini, Milano, 2003, p. 55 e ss.

NERI A., *La recente legge francese sulla fiducie: una fiducia con molti limiti,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2007, p. 570 e ss.

NERI A., *Un'altra tappa nel percorso della fiducie francese: le modifiche introdotte dalla legge 4 agosto 2008,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2008, p. 596 e ss.

NICOLÒ R., *Azione revocatoria,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1953.

NICOLÒ R., *Della responsabilità patrimoniale - concorso dei creditori e cause di prelazione,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1945.

NICOLÒ R., *Diritto civile,* in *Enc. dir., vol. XII,* Milano, 1964.

NICOLUSSI A., *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 1995, p. 265 e ss.

NICOLUSSI A., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi,* in *Eur. e dir. priv.,* 2006, p. 801 e ss.

NICOLUSSI A., *I diritti della persona nella società moderna: la protezione dei soggetti deboli tra etica e diritto (bozza provvisoria),* relazione al Convegno di Napoli del 15 settembre 2007, organizzato dall'Associazione Italiana Giovani Notai.

NIUTTA A., *I patrimoni e finanziamenti destinati,* Milano, 2006.

NIVARRA L., *Il trust e l'ordinamento italiano,* in *Mandato, fiducia e trust,* a cura di F. Alcaro – R. Tommasini, Milano, 2003, p. 19 e ss.

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata,* Milano, 1975.

NUZZO M., *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela,* in *La trascrizione dell'atto di negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 59 e ss.

OBERTO G., *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze,* in *Contr.Impresa/Europa,* 2007, p. 360 e ss.

OPPO G., *Adempimento e liberalità,* Milano, 1947.

OPPO G., *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 ter c.c.),* in *Riv. dir. civ.,* 2007, I, p. 1 e ss.

OPPO G., *Riflessioni Preliminari,* in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 11 e ss.

PACCHIONI G., *Elementi di diritto civile,* Milano, 1944.

PALAZZO A., *Comunione,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.,* vol. III, Torino, 1988.

PALAZZOLO S., *Servitù (dir. civ.),* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XXVIII, Roma, 1992.

PALERMO G., *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme),* in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno,* vol. V, Milano, 1998.

PALERMO G., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano,* in *Riv. dir. comm.* 2001, p. 394 e ss.

PALERMO G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi,* in *La trascrizione dell'atto di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 73 e ss.

PATTI F., *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.,* in *Vita notar.,*

2006, p. 986 e ss.

PENNER J E, *The law of trusts,* Oxford University Press, 2006.

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione,* in *Riv. dir. civ.* 2006, II, p. 161 e ss.

PINO A., *Il patrimonio separato,* Padova, 1950.

PONZANELLI G., *Le annotazioni del comparatista,* in A. GAMBARO – A. GIARDINA – G.

PONZANELLI G., *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 1993, p. 1224 e ss.

PUGLIATTI S., *Fiducia e rappresentanza indiretta,* in *Diritto civile (metodo, teoria, pratica, saggi),* Milano, 1951.

PUGLIATTI S., *Gli istituti del diritto civile,* I, Milano, 1943.

QUADRI R., *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata,* Napoli, 2004.

QUADRI R., *La circolazione dei beni del patrimonio separato,* in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2006, II, p. 10 e ss.

QUADRI R., *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione,* in *Contr. e Impresa,* 2006, 1760 e ss.

RASCIO R., *Destinazione di beni senza personalità giuridica,* Napoli, 1971.

RÉMY PH., *National report for France,* in D.J. HAYTON – S.C.J.J. KORTMANN – H.L.E. VERHAGEN, *Principles of European Trust Law,* Kluwer Law International, 1999, p. 131 e ss.

RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum,* in *Riv. dir. civ.* 1984, I, p. 374 ss.

RESCIGNO P., *Fondazione (dir. civ.),* in *Enc. dir.,* vol. XVII, Milano, 1968, p. 801 e ss.

RESCIGNO P., *Obbligazione (diritto privato),* in *Enc. dir.,* vol. XXIX, Milano, 1979, p. 181 e ss.

ROJAS ELGUETA G., *Il rapporto tra l'art. 2645 ter c.c. e l'art. 2740 c.c.: un'analisi economica della nuova disciplina,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano, 2007, p. 66.

ROMANO F., *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* Napoli, 1967.

ROPPO E., *Contratto,* in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile,* vol. IV, Torino, 1989.

ROPPO E., *Responsabilità patrimoniale,* in *Enc. dir,* vol. XXXIX, Milano, 1988.

ROPPO V., *La responsabilità patrimoniale del debitore,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 389 e ss.

ROPPO V., *Il contratto,* Milano, 2001.

RORDORF R., *Cartolarizzazione dei crediti e tutela del risparmio,* in *Le società,* 2000, p. 1163 e ss.

ROSELLI F., *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione.* Torino, 2005.

RUMI G., *Securitisation in Italia. La legge n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti,* in *Giur. comm.,* 2000, I, p. 438 ss.

SACCO R.– DE NOVA G., *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, 10, 2, Torino, 1982.

SACCO R.– DE NOVA G., *Il contratto,*I, Torino, 2004.

SALAMONE L., *Destinazione e pubblicità immobiliare,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 137 e ss.

SALVI F., *Della cessione dei beni ai creditori,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1962.

SANTORO – PASSARELLI F., *Istituzioni di diritto civile,* I, Napoli, 1945.

SATTA S., *L'esecuzione forzata,* Torino, 1952.

SCADUTO V., *Gli interessi meritevoli di tutela: "autonomia privata delle opportunità" o "autonomia privata della solidarietà",* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano 2007, p. 106 e ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Brevi note sulla l. 30 aprile 1999, n. 130 recante <<disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti>>,* in *Banca, borsa e titoli di credito,* 1999, I, 489 ss.,

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo,* in *Il regolamento,* Trattato del contratto a cura di V. Roppo, vol. II, Milano, 2006, p. 200 e ss.

SCOGNAMIGLIO C., *L'art. 2645 – ter c.c. e le mobili frontiere dell'interesse meritevole di tutela,* relazione al convegno organizzato dall'Università di Foggia a Lucera il 30-31 marzo 2007.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale,* in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja - Branca, Bologna - Roma 1970.

SEVERI C., *La tutela degli investitori nella cartolarizzazione dei crediti,* Milano, 2007.

SPADA P., *La tipicità delle società,* Padova, 1974.

SPADA P., *Persona giuridica e articolazione del patrimonio,* in *Riv. dir. civ.* 2002, p.

847 e ss..

SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta,* in AA.VV. *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata,* Milano 2007, p. 120 e ss.

SPADA P., *Conclusioni,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 201 e ss.

SPANO E., *Appunti e spunti in tema di cartolarizzazione dei crediti,* in *Giur. comm.* 1999, I, p. 436 e ss.

STEFINI U., *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.,* in *Giust. civ.* 2008, V, p. 1835 e ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico,* Padova, 1961.

TONDO S., *I patrimoni separati dalla tradizione all'innovazione,* in *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione,* a cura di S. Tondo, Torino, 2007, p. 5 e ss.

TORRENTE A., *La donazione,* Milano, 1956.

TORRENTE A., *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità,* in *Giust. Civ.* 1951, I, p. 247 e ss..

TRIMARCHI V.M., *Patrimonio,* in *Enc. dir.,* vol. XXXII, Milano, 1982.

TUCCI G., *Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria,* in *Trusts e attività fiduciarie,* 2003, p.31 e ss.

UNDERHILL A., *The law relating to private trust and trustees,* London, 1926.

VALSECCHI E., *La rendita perpetua e la rendita vitalizia,* Milano, 1961.

VASSALLI F., *La cessione dei beni ai creditori,* in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, 13, Torino, 1985, p. 401 e ss.

VECCHI P. M., *Le persone giuridiche: uno sguardo al diritto attuale,* in *Persone giuridiche e storia del diritto,* a cura di L. Peppe, Torino, 2004, p. 171 e ss.

VENCHIARUTTI A., *Amministratore di sostegno e trust per una protezione articolate del disabile,* in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commentata,* 2006, I, p. 1211 ss.

VENEZIANO A., *Le garanzie mobiliari non possessorie,* Milano, 2000.

VETTORI G., *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645 ter,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile,* a cura di M. Bianca, Milano 2007, p. 171 e ss.

VIGLIONE F., *Vincoli di destinazione nell'interesse familiare,* Milano, 2004.

VITUCCI P., *Servitù prediali,* in *Digesto discipline privatistiche, sez. civile,* XVIII,

Torino, 1998, p. 492 e ss.

VOLPE PUTZOLU G., *Fattispecie di "separazione patrimoniale" nell'attuale quadro normativo,* in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 – ter del codice civil,* a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 183 e ss.

VON BAR C. – DROBNIG U., *Study on Property Law and Non – contractual Liability Law as they relate to Contract Law* in http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/studies_en.htm.

WEISER F., *Trusts on the continent of Europe,* London, 1936.

ZOPPINI A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie,* Napoli, 1995.

ZOPPINI A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni,* in *Riv. dir. civ.,* 2002, I, p. 546 e ss.

ZOPPINI A., *Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica,* in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia priavata,* Milano, 2007, p. 337 e ss.