

14

Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust

Barbara Franceschini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Meritevolezza. – 3. Forma. – 4. Struttura dell’atto di destinazione. – 5. Brevi cenni su oggetto, durata e beneficiari. – 6. Cenni sulla separazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c. e sull’opponibilità del vincolo. – 7. Conclusioni: rapporti con il trust e possibili applicazioni.

1. Premessa

L’inserimento nel Codice civile dell’art. 2645-*ter*¹, in vigore dal 1° marzo 2006, è il risultato di un complesso iter parlamentare, che, attraverso numerosi rimaneggiamenti del testo della norma, ha portato alla formulazione attuale molto criticata in quanto chiaro esempio del “progressivo decadimento della tecnica legislativa”².

Con l’atto di destinazione, un soggetto (definito “conferente”³) può sot-

¹ Il testo dell’articolo è il seguente: “2645-ter (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche). Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o 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, co. 2, c.c. possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso.

I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall’art. 2915, co. 1, c.c., solo per debiti contratti per tale scopo”.

² Sono parole di G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 162.

³ È preferibile indicare lo stesso come “disponente”, come suggerito da M. LUPOI nel

trarre uno o più “beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri” appartenenti al suo patrimonio alla garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c., imprimendo su di essi un vincolo di destinazione funzionale al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela riguardanti beneficiari determinati, a favore dei quali sia tali beni che i loro frutti devono essere impiegati.

Il vincolo non può avere durata superiore a novanta anni. Esso deve risultare da atto avente forma pubblica e può essere trascritto ai fini dell’opponibilità nei confronti dei terzi.

Per la realizzazione dello scopo può agire, oltre al disponente, anche qualsiasi altro interessato.

La conseguenza dell’apposizione del vincolo è che i beni destinati alla finalità ed i loro frutti possono essere oggetto di esecuzione – salvo quanto previsto dall’art. 2915, comma 1, c.c. – per i soli debiti contratti per tale scopo⁴.

Secondo un orientamento minoritario, ben rappresentato dalla pronuncia del Giudice tavolare di Trieste⁵, la norma introduce nel nostro ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale (quello di destinazione) e non una nuova figura negoziale “*la cui causa è quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela*”.

Secondo la dottrina assolutamente prevalente, l’art. 2645-ter c.c. ha invece sdoganato nel nostro sistema giuridico la figura generale del negozio di destinazione⁶.

Malgrado la sua collocazione sistematica⁷, infatti, non si tratta semplicemente di norma sulla pubblicità, in quanto contiene elementi di disciplina sostanziale (durata, riferimento a meritevolezza degli interessi persegui-

saggio *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e att. fiduc.*, 2006, 2, p. 169.

⁴ Tuttavia non è espressamente esclusa l’espropriabilità di beni diversi per le obbligazioni contratte al fine di destinazione.

⁵ Decreto 7 aprile 2006, annotato da M. BIANCA, *Il nuovo art. 2645 ter. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 190 e ss.

⁶ M. BIANCA, *L’atto di destinazione: problemi applicativi*, in Atti del Convegno su *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, Milano, 19 giugno 2006; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 181 e ss. Per primo G. Palermo ha elaborato la teoria dell’atto negoziale di destinazione (si veda ad esempio il contributo *Ammisibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche di innovative*, Atti del Convegno, Roma, 2003, p. 243 e ss).

⁷ La norma è posta nel Libro VI (dedicato alla Tutela dei Diritti), Titolo I (della trascrizione), Capo I (della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili), quindi a stretto rigore dovrebbe avere ad oggetto esclusivamente profili di pubblicità immobiliare.

ti, forma, oggetto, azione a difesa della destinazione), contiene un “ministatuto dell’atto di destinazione”⁸.

L’art. 2645-ter c.c. non ha sicuramente la struttura di una norma di fat-tispecie, ma si limita ad introdurre una categoria giuridica. Secondo la definizione di Palermo⁹ è un “contenitore di carattere generale che porta al riconoscimento normativo dei negozi di affidamento fiduciario”.

È una norma incompleta che si muove quasi esclusivamente nell’ottica dei conflitti con i creditori del conferente e dell’affidatario e può essere riempita dall’autonomia privata per perseguire interessi meritevoli di tutela.

L’art. 2645-ter c.c. prevede quindi un vincolo di destinazione “atipico”, nel quale gli scopi non sono predeterminati dal legislatore ma rimessi all’autonomia privata, sempreché superino il giudizio della meritevolezza degli interessi perseguiti.

L’atto di destinazione quale risulta dall’art. 2645-ter c.c. si sostanzia nella funzionalizzazione di un bene, con apposizione del vincolo sul bene stesso, al fine del raggiungimento di un determinato scopo. Il vincolo, effetto dell’atto, comporta limitazioni nel godimento e nel potere di disposizione.

Ogni vincolo ha un profilo statico, in quanto esclude i beni vincolati dal principio della responsabilità patrimoniale generica *ex art. 2740 c.c.*, e li rende aggredibili solo per debiti contratti per la finalità; ed un profilo dinamico, perché obbliga uno o più soggetti a perseguire la finalità, potendo il conferente-disponente ed i terzi interessati agire per la sua realizzazione.

Come vedremo, nell’art. 2645-ter c.c. manca tutto ciò che ha a che fare con le vicende del vincolo, in quanto manca la regolamentazione del rapporto, delle obbligazioni dell’affidatario persino con riguardo ai frutti dei beni vincolati, che pur vengono citati nel testo della norma.

Tuttavia il conferente che, passivamente, si limiti a imporre il vincolo ai sensi dell’art. 2645-ter c.c., disinteressandosi delle vicende che possono influenzare la realizzazione della finalità (come ad esempio la propria morte o incapacità) non può avere la certezza che la stessa venga attuata.

Il conferente, per realizzare con sicurezza la finalità, deve necessariamente affidarne il perseguimento ad un terzo (o subito, o in seguito alla propria morte o incapacità) e disporre per quando il vincolo sarà cessato.

⁸ Sono parole di G. DE NOVA, *Esegesi dell’art. 2645 ter cod. civ.*, in Atti del Convegno su *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, cit.

⁹ Espressa durante una lezione tenuta nell’ambito del corso di approfondimento professionale riservato ai notai avente ad oggetto “Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts”, organizzato dall’Unità per la formazione continua della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Genova, tenutosi a Roma presso l’università “Roma III” nei mesi di ottobre e novembre 2006.

Per questo il vincolo di destinazione come delineato dal codice civile viene nella pratica scarsamente utilizzato. Perché il nuovo istituto possa avere qualche chance di applicazione è necessario che il vincolo inerisca ad un negozio di affidamento fiduciario, in virtù del quale il fiduciario assuma obbligazioni in ordine alla realizzazione della finalità.

In quest'ottica il negozio di destinazione diviene il punto iniziale di una serie procedimentale di atti che termina con l'attribuzione al beneficiario.

2. Meritevolezza

Punto centrale dell'atto di destinazione è il suo scopo, che deve essere volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ... ai sensi dell'art. 1322 c.c.

La norma evidenzia gli interessi riferibili a persone con disabilità, a Pubbliche Amministrazioni, ed infine genericamente ad altri enti o persone fisiche.

Lo scopo deve essere indicato nell'atto, in quanto inerisce alla causa negoziale¹⁰.

Il requisito della meritevolezza è richiesto come contropartita del fatto che il vincolo imposto priva il conferente – per un periodo anche molto lungo – della pienezza delle facoltà insite nel diritto di proprietà nonché del fatto che i beni in oggetto sono sottratti alla garanzia generica rappresentata per i creditori del disponente (o del soggetto attuatore della finalità, in caso di trasferimento del bene ad un fiduciario) dal suo intero patrimonio. La meritevolezza degli interessi condiziona la separazione del patrimonio destinato.

Il requisito della meritevolezza è stato valutato diversamente dalla dottrina che se ne è occupata:

Secondo una prima tesi alquanto restrittiva¹¹, il vincolo si giustifica solo se viene perseguito un fine di utilità sociale, a carattere superindividuale e socialmente utile, come per le fondazioni.

¹⁰ Cfr Decreto del Giudice tavolare presso il Tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006 cit. e G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, cit.

¹¹ Sostenuta da F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p. 165 e ss. e in www.judicium.it. Secondo questa impostazione, la locuzione *persone disabili* e il riferimento alla *Pubblica Amministrazione* fa assumere alla norma una connotazione solidaristica assolutamente imprescindibile in sede di individuazione degli interessi meritevoli. Si veda anche P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Quaderni

In caso contrario si correrebbe il rischio della vanificazione della riserva di legge di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., e di un uso fraudolento dell'istituto, come è già avvenuto per il fondo patrimoniale.

Gli interessi perseguiti pertanto devono ruotare intorno a principi etici di carattere solidaristico.

Secondo questa ricostruzione, se non viene perseguito un fine di pubblica utilità l'atto è nullo e non può essere "salvato" dalla trascrizione, i cui effetti si producono solo se il titolo è valido.

Secondo la tesi opposta, che vanta attualmente il maggior numero di sostenitori¹², il requisito della meritevolezza è soddisfatto ogniqualvolta lo scopo perseguito sia lecito, ovvero non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Non occorre un particolare interesse del disponente rispetto a quello dei creditori e nemmeno il giudizio di meritevolezza implica alcuna valutazione rispetto all'utilità sociale dell'atto.

Secondo la tesi preferibile (De Nova, Gambaro), non è richiesto il perseguitamento di fini di utilità sociale, ma correlativamente – a fronte del sacrificio dei creditori derivante dalla separazione patrimoniale – non è sufficiente prevedere uno scopo lecito bensì futile: nel controllo sulla meritevolezza bisogna valutare comparativamente gli interessi che vengono sacrificati (in primis quelli dei creditori del disponente) e la finalità perseguita, anche alla luce della durata del vincolo e al valore dei beni.

Gli effetti sull'atto di destinazione del difetto di meritevolezza degli interessi perseguiti, determina per dottrina dominante la nullità dello stesso per mancanza o insufficienza della causa.

Il giudizio sulla meritevolezza è affidato in primis al notaio, che riceve l'atto pubblico di destinazione, salvo il successivo eventuale controllo del giudice. La declaratoria di nullità comporterebbe inoltre per il notaio l'applicazione della sanzione prevista per la violazione dell'art. 28 legge not.

L'intensità della valutazione da parte del notaio degli interessi perseguiti dal disponente è definita nel modo più vario dalla dottrina, a seconda

della Fondazione Nazionale per il Notariato, 2007, p. 121 e ss., secondo il quale in ciò si sostanzia la differenza tra l'art. 2645-ter c.c. e il trust, istituto al contrario volto a perseguitare la realizzazione di qualunque interesse, anche speculativo, al di fuori delle ipotesi tipiche disciplinate dal Legislatore. Anche 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*, Giuffrè, 2007, p. 42 e ss. propone una casistica degli interessi meritevoli cui l'art. 2645-ter deve fare riferimento.

¹² A. FALZEA, *Riflessioni preliminari*, in M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 7; G. OPPO, *ibidem*, p. 12; F. PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Vita not.*, 2006, III, p. 979.

della rispettiva posizione riguardo la ricostruzione del concetto di meritevolezza *ex art. 2645-ter c.c.*

Secondo la tesi restrittiva, il Notaio deve valutare l'utilità sociale dello scopo perseguito.

Seguendo la tesi estensiva, secondo la quale è meritevole ogni interesse che sia lecito secondo l'ordinamento, il controllo notarile non andrebbe oltre al giudizio di legittimità e corrisponderebbe a quello che si deve effettuare con riferimento a qualunque altro atto.

È più complicato per il Notaio valutare la congruità dell'interesse rispetto allo scopo e al sacrificio dei creditori, soprattutto in considerazione della mancanza di parametri idonei.

Diversamente argomentano coloro¹³ che individuano nell'art. 2645-ter c.c. due regole:

- la fattispecie primaria (atto di destinazione) produttiva di effetti obbligatori, inidonea a rendere opponibile a terzi la destinazione;
- la fattispecie secondaria (opponibilità della separazione), quale risultato della trascrizione e dell'esistenza di un interesse meritevole di tutela.

L'assenza della meritevolezza comporterebbe pertanto non la nullità dell'atto, sanzionabile secondo l'art. 28 legge not., bensì il solo mancato prodursi della separazione patrimoniale, con conseguente inopponibilità del vincolo ai creditori del disponente, mentre la destinazione impressa sopravviverebbe a titolo obbligatorio.

3. Forma

L'art. 2645-ter c.c. richiede la redazione in forma pubblica dell'atto di destinazione.

Viene omessa la forma della scrittura privata autenticata, che, in termini generali, unitamente alla scrittura privata la cui sottoscrizione è stata accertata giudizialmente, ai sensi dell'art. 2657 c.c., costituisce altra forma idonea alla trascrizione.

Pertanto sembrerebbe che il legislatore, prevedendo la possibilità di trascrivere solo gli atti destinazione "in forma pubblica" avesse in mente un obiettivo ulteriore, non soltanto quello finalizzato alla trascrivibilità de-

¹³ M. NUZZO, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in Atti del Convegno su *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 68.

gli stessi, per il quale sarebbe stata sufficiente la forma della scrittura privata autenticata.

Nel nostro ordinamento giuridico, la forma dell'atto pubblico è prescritta *ad substantiam* in alcuni casi per la rilevanza degli effetti del negozio nei confronti dell'autore o di terzi (donazione, patto di famiglia, riconoscimento del figlio naturale, riabilitazione dell'indegno, convenzioni matrimoniali), in altri casi per il conseguimento della personalità giuridica e quindi in vista dell'entificazione di un soggetto (costituzione di società di capitali, di fondazioni).

Nel caso dell'art. 2645-*ter*, la prescrizione della forma pubblica non si basa su un giudizio di validità dell'atto ma di semplice opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi.

La separazione dei beni vincolati è effetto che può essere unicamente ottenuto ed opposto se l'atto di destinazione riveste la forma solenne dell'atto pubblico ed è trascritto. Si tratta di una previsione di forma pubblica "*ad transcriptionem*"¹⁴.

La mancanza di forma non comporta pertanto la nullità dell'atto di destinazione, non essendo richiesta *ad substantiam*, bensì la sua non trascrivibilità e conseguentemente l'inopponibilità della destinazione. L'atto di destinazione resta comunque valido e produce in questo caso unicamente effetti obbligatori.

Il fatto che la norma si riferisca ad atti in forma pubblica, nonché la sua collocazione sistematica tra la norma avente ad oggetto la trascrizione di contratti preliminari e quella avente ad oggetto la trascrizione delle divisioni, potrebbe far ritenere che gli atti di destinazione possano avere soltanto natura *inter vivos* e non anche *mortis causa*.

Manca un riferimento alla forma testamentaria, come invece avviene per il fondo patrimoniale all'art. 167 c.c., e – probabilmente per difetto di ordinamento ma – di fatto l'art. 2648 c.c. in tema di trascrizione degli acquisti a causa di morte non richiama il nuovo art. 2645-*ter* c.c.

Tuttavia pare esserci uniformità di pensiero nel mondo accademico nel riconoscere cittadinanza, attraverso un'interpretazione sistematica delle norme, al negozio testamentario di destinazione¹⁵.

L'effetto dell'opponibilità del vincolo ai terzi potrà essere conseguito, per alcuni autori¹⁶, solo qualora il testamento rivesta la forma dell'atto pubblico in quanto:

¹⁴ G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 163.

¹⁵ A. DE DONATO, *Elementi dell'atto di destinazione*, in Atti del Convegno su *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, cit., p. 7.

– si rende necessario tutelare i terzi da possibili forme di utilizzo strumentale della separazione;

– unicamente l'intervento del notaio può assicurare la corretta redazione delle clausole impositive del vincolo e permettere il compimento del giudizio di meritevolezza richiesto dalla norma;

– l'attività di adeguamento tipica della funzione notarile e richiesta in modo particolare dalla novella non può essere svolta nel verbale di pubblicazione del testamento olografo.

A tale ricostruzione si può opporre che, al fine di favorire l'autonomia testamentaria, il nostro ordinamento attribuisce piena equipollenza quanto agli effetti alle diverse forme di testamento (olografo, pubblico e segreto).

Inoltre, bisogna dare atto che la dottrina è concorde sulla possibilità di costituire una fondazione – tradizionale esempio di destinazione di un patrimonio ad uno scopo – per testamento olografo, considerando adempiuto il requisito di forma anche attraverso la pubblicazione con verbale notarile di tali disposizioni di ultima volontà.

4. Struttura dell'atto di destinazione

L'atto di destinazione richiede:

- un disponente;
- uno o più soggetti beneficiari determinati o determinabili;
- uno o più beni che ne costituiscono l'oggetto;
- una finalità;
- una durata;
- eventualmente e preferibilmente un soggetto attuatore della finalità (fiduciario).

Nel silenzio della norma ci si chiede quale struttura debba avere il negozio istitutivo del vincolo di destinazione¹⁷.

Sembra che il legislatore abbia voluto configurare una categoria genera-

¹⁶ A. DE DONATO, *Elementi dell'atto di destinazione*, in Atti del Convegno su *Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, cit.; G. PETRELLI *La trascrizione degli atti di destinazione*, II, cit.

¹⁷ Principalmente la dottrina che si è occupata dell'argomento si è concentrata sul vincolo imposto dal “conferente” su beni propri e che restano anche successivamente nel suo patrimonio, restando quindi a carico dello stesso e, dopo la sua morte, dei suoi eredi l'attuazione della finalità.

le di negozio di destinazione da realizzare al di fuori di modelli predeterminati e che pertanto, anche da un punto di vista strutturale, essa possa essere unilaterale o bilaterale, *inter vivos o mortis causa*¹⁸.

Preferibilmente l'atto di destinazione viene qualificato come negozio giuridico unilaterale che può o meno accompagnarsi ad un negozio traslativo¹⁹.

1. Il soggetto disponente può in primo luogo vincolare beni sui quali egli sia titolare di diritti reali²⁰ e assume su di sé le relative obbligazioni gestorie nei confronti dei beneficiari. È quindi tale soggetto che dichiara e auto-impone il vincolo e non vi è trasferimento alcuno di diritti a terzi, come avviene anche nel campo del diritto societario per i patrimoni destinati ad uno specifico affare).

L'atto di destinazione in questa prima ricostruzione ha diversi punti di contatto con la dichiarazione di trust, fattispecie nella quale un soggetto si dichiara trustee rispetto ad un bene determinato (già proprio o che gli è stato trasferito senza alcun riferimento al trust già istituito o ancora da istituire), al fine di non confonderlo nel proprio patrimonio.

2. Il soggetto disponente può altresì trasferire, contestualmente o successivamente all'imposizione del vincolo, determinati beni a un terzo (fiduciario) che si assume l'obbligazione di realizzare la destinazione.

La norma infatti si riferisce al soggetto che impone il vincolo quale "conferente", termine che potrebbe far presupporre un trasferimento, ma soprattutto, prevede come ipotesi normale il fatto che il vincolo abbia durata superiore alla morte del disponente stesso, consentendo a terzi interessati di agire per la sua realizzazione anche dopo tale evento.

Anche questa fattispecie è già conosciuta dal nostro ordinamento: il caso più noto è il fondo patrimoniale costituito da soggetto diverso dai coniugi.

¹⁸ A. FALZEA, *Riflessioni preliminari a: La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, Giuffrè, 2007, p. 5; G. DE NOVA, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, cit.; M. NUZZO, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, cit.; *contra*, F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit., p. 165 e ss., il quale ritiene doversi piuttosto adottare per il negozio di destinazione la struttura contrattuale, stante il principio di tipicità delle promesse unilaterali ex art. 1987 c.c.

¹⁹ P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., p. 121 e ss.; A. Doria, *Relazione introduttiva a: Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Atti del Convegno, Roma, 28-29 settembre 2006.

²⁰ Ex art. 817 c.c., il potere di destinazione spetta al proprietario ovvero al titolare di un diritto reale di godimento sul bene destinato, G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 163.

3. Il soggetto disponente conserva la titolarità dei beni, impone il vincolo e ne affida l'attuazione a terzi, attraverso un mandato gestorio.

Esempi tipici di questo modello, in cui c'è scissione tra proprietà e legittimazione, si possono rinvenire ad esempio nella cessione dei beni ai creditori e parzialmente nel fondo patrimoniale, quando uno dei coniugi si riserva la proprietà dei beni costituenti il fondo, mentre l'amministrazione è affidata *ex lege* ad entrambi i coniugi secondo le norme della comunione legale.

Il trasferimento del bene ad un soggetto attuatore in funzione della destinazione impressa dal disponente pone il problema della causa del trasferimento, e in particolare all'idoneità della *causa fiduciae* a giustificare tale trasferimento.

Parte della dottrina²¹ ha risolto già da tempo affermativamente tale questione.

Oggi è forse possibile affermare che l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. segna un importante punto a favore all'ammissibilità del negozio fiduciario, anche se ancora occorre superare i rigidi schemi concettuali della giurisprudenza su questo tema (distinzione tra simulazione e fiducia; meccanismo del collegamento negoziale tra negozio attributivo e negozio obbligatorio; necessità della forma scritta *ad substantiam* per il *pactum fiduciae* con il quale l'acquirente di un bene immobile si obbliga a trasferirne la proprietà al fiduciante o ad un terzo; tentativo di ricondurre il negozio fiduciario alla fattispecie tipica del mandato senza rappresentanza) e di compiere un salto qualitativo, ricostruendo su nuove basi la categoria dogmatica della "proprietà fiduciaria", quale proprietà conformata e funzionalizzata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Non mancano anche oggi le voci accademiche contrarie a tale ricostruzione, voci di cui comunque il professionista deve tenere conto, e tra i professionisti in special modo il notaio, considerando che è a tale figura demandato di raccogliere la sfida dell'utilizzo dei negozi di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* in assenza di disciplina legislativa, prassi, e giurisprudenza in materia.

Secondo l'opinione di Francesco Gazzoni ad esempio²², in un contesto circolatorio, il vincolo di destinazione può solo accedere a una donazione quale onere della stessa o sotto forma di donazione remuneratoria o di vendita con destinazione a favore di un terzo. In questo modo viene disco-

²¹ Tra tanti: U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 42 e ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Giuffrè, 1995, p. 609.

²² F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit.

nosciuta l'idoneità della *causa fiduciae* a porre in essere l'atto di destinazione con trasferimento *ex art. 2645-ter c.c.*

Anche il più volte citato Giudice tavolare di Trieste, nel decreto in data 7 aprile 2006, argomentando il diniego di intavolazione di un atto di trasferimento di un bene in trust (in quanto dalla domanda non era possibile individuare la causa del trasferimento stesso e il programma negoziale delle parti), si esprime in via incidentale anche sull'art. 2645-ter e afferma che tale norma

Legislazione

... viene ad introdurre nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione ..., accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi. Con essa, si opina, non si è voluto introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di atto a effetti reali, un atto innominato, che diventerebbe il varco per l'ingresso del tanto discusso negozio traslativo atipico; non costituisce la giustificazione legislativa di un nuovo negozio la cui causa è quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non c'è infatti alcun indizio da cui desumere che sia stata creata una nuova figura negoziale, di cui non si sa neanche se sia unilaterale, o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, a effetti traslativi o obbligatori.

5. Brevi cenni su oggetto, durata, beneficiari

Quanto all'oggetto, la norma, che richiama alla memoria la norma sostanziale dell'art. 167 in tema di fondo patrimoniale, fa espresso riferimento solo a beni immobili e a mobili iscritti in pubblici registri²³.

La *ratio* dell'esclusione degli altri beni mobili è stata vista innanzitutto nella collocazione della norma stessa nel Libro sesto del Codice civile in materia di trascrizione²⁴.

La limitazione dal punto di vista dell'oggetto è richiesta ancora una vol-

²³ Secondo G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 9, il parallelismo è probabilmente solo apparente, in quanto l'art. 167 c.c. è norma di fattispecie, di carattere sostanziale e quindi finalizzata a delimitare l'oggetto del fondo patrimoniale, mentre l'art. 2645-ter c.c., norma riferita alla trascrizione e ai suoi effetti, con alcuni profili di disciplina sostanziale, può verosimilmente essere applicata anche a beni diversi da quelli in essa contemplati, purché sia garantita idonea pubblicità, conformemente alla loro legge di circolazione.

²⁴ Tra i beni mobili registrati *ex art. 2645-ter c.c.* è probabilmente possibile ricomprendersi altresì le quote di partecipazione in società a responsabilità limitata, in applicazione dell'analogo risultato cui si è giunti in tema di fondo patrimoniale.

ta non ai fini della facoltà di destinazione di tipologie diverse di beni ad un fine, quanto piuttosto per il prodursi dell'effetto separativo dell'atto di destinazione. Solo riguardo ai beni per i quali è possibile un idoneo sistema di pubblicità si produce tale effetto separativo ed è possibile opporre il vincolo ai terzi.

Non bisogna disconoscere il fatto che la ricchezza mobiliare riveste un ruolo di sempre maggior importanza nella nostra società e che sarebbe anacronistico escludere aprioristicamente la possibilità di vincolare tali beni per fini meritevoli di tutela. Occorre tuttavia tutelare i terzi ai quali deve essere opposto il vincolo.

Il nostro ordinamento d'altra parte conosce alcune ipotesi nelle quali la separazione patrimoniale relativa a beni mobili si avvale di strumenti pubblicitari ritenuti idonei allo scopo, come ad esempio la disciplina in tema di cartolarizzazione dei crediti, di fondi pensione, di dematerializzazione di titoli di credito, di patrimoni destinati ad uno specifico affare.

In assenza di idonei strumenti pubblicitari, un autore in particolare²⁵ suggerisce di utilizzare quale criterio ultimo di riferimento per la risoluzione di conflitti il principio di buona fede e quello della colpa grave.

Quanto alla durata, la norma stabilisce che il vincolo di destinazione non può eccedere alternativamente i novant'anni o la durata della vita della persona beneficiaria. Si tratta di norma di ordine pubblico economico interno (valutazione sfavorevole dell'ordinamento per vincoli tendenzialmente perpetui che svuotano di contenuto il diritto di proprietà, con conseguente nocimento per le esigenze del mercato e della produttività).

La previsione di un termine di durata superiore comporta la sostituzione di diritto della clausola difforme con il limite di legge.

In relazione alla durata, ci si chiede se sia ammissibile l'indicazione quali beneficiari di persone fisiche non ancora nate al momento dell'imposizione del vincolo di destinazione.

I sostenitori di tale assunto²⁶ si basano sull'applicazione analogica degli artt. 462, comma 3, e 784, comma 1, c.c., argomentando dall'egualianza di *ratio* tra il beneficiario degli effetti dell'atto di destinazione e il donatario, l'erede o il legatario.

Tuttavia, considerata la riserva di legge sancita dall'art. 1 del c.c. (che subordina l'attribuzione di diritti ai concepiti ad un'espressa previsione le-

²⁵ R. FRANCO, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 3, p. 319.

²⁶ G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 11. Gli artt. 462 e 784 c.c. riconoscono rispettivamente la capacità di ricevere per testamento e la capacità di ricevere per donazione, ai nascituri concepiti e a quelli non concepiti, purché figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore.

gislativa), nel silenzio dell'art. 26645-ter c.c. appare opportuno assumere un atteggiamento prudente.

Quanto ai beneficiari, la norma in commento richiede che essi siano indicati nell'atto di destinazione o quantomeno, come si ritiene dalla dottrina preferibile, che siano determinabili successivamente sia da parte del disponente stesso, sia da parte di terzi, nell'ambito di una categoria.

Un beneficiario deve comunque esistere, non essendo ammissibile una destinazione sul modello del trust di scopo o senza beneficiari²⁷.

Non è chiaro se lo stesso disponente possa rivestire la qualifica di beneficiario. L'interpretazione letterale sembrerebbe escluderlo, ma non vi è alcuna ragione logica per tale esclusione, sempre che ciò permetta il perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo le varie accezioni della dottrina.

6.

Cenni sulla separazione patrimoniale ex art. 2645-ter c.c. e sull'opponibilità del vincolo

Gli effetti della trascrizione dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, che rimane a tenore di legge, una facoltà e non un obbligo, sono due:

- da un lato, la *separazione patrimoniale*, in virtù della quale solo i creditori che hanno pretese correlate ai beni vincolati possono aggredire i beni stessi e i loro frutti;
- dall'altro, l'*opponibilità del vincolo* ai terzi.

In particolare sembra prevalere in dottrina l'opinione secondo la quale la pubblicità ha efficacia costitutiva della separazione (ferma restando l'efficacia obbligatoria del vincolo di indisponibilità *inter partes* a prescindere dalla trascrizione), ed efficacia dichiarativa ai fini dell'opponibilità del vincolo ai terzi.

1. Gli autori distinguono la separazione “unilaterale” da quella “bilaterale”. Quest’ultima consiste in una assoluta, bidirezionale estraneità dei due patrimoni tra loro ed insensibilità degli stessi alle istanze dei rispettivi creditori. Tale separazione è stata definita da autorevole dottrina “segregazione”, termine che, con grande forza espressiva, mette in risalto la caratteristica di totale incomunicabilità tra i beni separati e il residuo patrimonio del titolare dei beni separati. Ciò avviene nei *trusts*.

²⁷ La stessa norma precisa che gli interessi da perseguire devono essere riferibili a persone.

La trascrizione dell'atto di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* dà vita ad una separazione "unilaterale" che riveste pertanto il carattere della relatività.

È vero che solamente i creditori che hanno pretese correlate ai beni vincolati possono aggredire i beni stessi e i loro frutti, ma è altresì vero che gli stessi possono agire anche sul restante patrimonio del titolare dei beni destinati, sia pure sussidiariamente.

Il vincolo non preclude l'espropriazione forzata da parte dei creditori qualora il debito sia stato contratto per scopi conformi alla finalizzazione, con disposizione analoga a quella dettata in tema di fondo patrimoniale dall'art. 170 c.c. Tuttavia il 2645-ter c.c. non richiama il requisito della soggettiva conoscenza da parte dei creditori della destinazione del debito allo scopo. Da ciò si desume che, a differenza della disciplina del fondo patrimoniale, è sufficiente l'oggettiva destinazione del debito allo scopo senza che venga in considerazione la buona o la mala fede del creditore.

La non aggredibilità dei beni vincolati da parte dei creditori estranei alla destinazione è l'unico effetto che la legge prevede. Manca qualunque previsione circa l'esclusione dei beni vincolati dalla successione per causa di morte e dal regime patrimoniale della famiglia del proprietario-fiduciario, come invece avviene nell'istituto del trust.

2. Quanto all'efficacia dichiarativa della pubblicità del vincolo, essa è riferita genericamente ai "terzi", potendosi pertanto ricoprendere in tale categoria non solo i creditori, ma anche i terzi acquirenti di qualsiasi diritto incompatibile con lo scopo di destinazione.

Se il vincolo ha un contenuto tale da escludere necessariamente l'alienazione del bene, sempreché ciò si accompagni alla meritevolezza dell'interesse, si può forse propendere per l'inefficacia dell'atto dispositivo compiuto in spregio al vincolo che, pur rimanendo valido, non potrà essere opposto al beneficiario²⁸, realizzando una sorta di tracing, che permetterebbe di seguire il bene anche in capo al nuovo proprietario.

Tuttavia molto spesso l'apposizione del vincolo non comporta un certo ed assoluto divieto di disporre del bene che ne è oggetto.

In tal caso non si può chiedere al terzo la verifica e la valutazione che l'atto dispositivo sia o meno funzionale o necessario al perseguimento dello scopo, quindi il terzo stesso acquisterà sempre bene e non vedrà pregiudicato il proprio acquisto.

²⁸ Secondo G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, pp. 30-31, i presupposti dell'art. 2645-ter c.c. rendono valido il divieto convenzionale di alienazione al di fuori dei limiti dell'art. 1279 c.c. È possibile per l'autore condizionare risolutivamente il trasferimento ad un soggetto della proprietà di un bene, sotto il vincolo di uno scopo a favore di un beneficiario, all'alienazione che egli ne faccia a terzi in dispregio del vincolo.

Per altri, l'acquirente acquisterà un bene gravato da vincolo, che dovrà essere attuato dal nuovo titolare.

Tuttavia, la persona dell'attuatore non è sempre fungibile. Tutto dipende dalla volontà del disponente che, verosimilmente, ha trasferito il bene per l'attuazione della finalità ad un fiduciario, in considerazione delle sue attitudini e capacità, oltre che dei rapporti personali con il disponente stesso.

7. Conclusioni: rapporti con il trust e possibili applicazioni

Da quanto sopra esposto appare evidente che i vincoli di destinazione introdotti con l'art. 2645-ter c.c. non rappresentano la "risposta" dell'ordinamento italiano ai trusts.

Elemento centrale del trust è il programma, ovvero l'attività necessaria per realizzare la finalità: il profilo dinamico e attivo della destinazione. Elemento centrale dell'atto di destinazione risultante dal codice civile è invece la mera funzionalizzazione del bene allo scopo, l'imposizione del vincolo: il profilo statico e passivo della destinazione²⁹.

Con il trust si realizza una vera e propria segregazione nel patrimonio del trustee, mentre, come visto, con l'atto di destinazione trascritto *ex art. 2645-ter*, in quanto opponibile, si ottiene una separazione soltanto unilaterale.

Il vincolo di destinazione delineato dall'art. 2645-ter c.c. si presta così com'è a ben poche applicazioni pratiche.

Può essere infatti utilizzato solo nel caso in cui non vi sia un programma destinatorio attivo e dinamico da realizzare, il che è alquanto raro.

Può inoltre essere utilizzato, sfruttando la "forza" della trascrizione per dare una mano a istituti già esistenti, come ad esempio il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.

²⁹ Secondo M. LUPOI, "‘destinazione’ indica l’impiego delle utilità traibili dai beni affidati; la loro gestione, trasformazione, sostituzione; il loro trasferimento nel corso o al termine dell’affidamento fiduciario. La destinazione sotto il profilo oggettivo può essere statica o dinamica, passiva o attiva. È statica quando il programma non preveda il mutamento dei beni affidati. È dinamica quando il programma preveda il mutamento o l’incremento dei beni affidati, per opera dell’affidante o di terzi. È passiva quando il programma consista fondamentalmente nel consentire o nel versare o nel trasferire. È attiva quando il programma consista fondamentalmente nel compiere operazioni sui beni affidati". M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario*, in corso di pubblicazione (Cedam), 2008, p. 203.

È infatti opinione prevalente:

- che il mandatario, in seguito all'esecuzione dell'obbligazione gestoria, divenga titolare di una proprietà piena;
- che il mandante sia tutelato, solo nel caso di inadempimento dell'obbligo di ritrasferimento da parte del mandatario, e solo attraverso la trascrizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*;
- che i creditori del mandatario che abbiano trascritto il pignoramento prima della trascrizione del ritrasferimento o della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.* possano soddisfarsi sui beni oggetto del mandato ad acquistare.

Con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. è possibile per il mandante, senza dover attendere l'inadempimento, e sempre che esigenze di tutela non lo escludano, trascrivere il vincolo di destinazione dei beni, derivante dal mandato, a suo favore.

Allo stesso modo, nel mandato senza rappresentanza ad alienare beni immobili.

Senza voler prendere posizione sulla trascrivibilità del mandato ad alienare, si ipotizza che grazie all'art. 2645-ter c.c. il mandante possa prevenire l'abuso del mandatario indicando nell'atto di trasferimento del bene al mandatario stesso il vincolo di destinazione alla successiva alienazione e trascrivendo sia l'atto traslativo, sia il vincolo.

Dunque l'atto di destinazione, di per sé considerato, non è competitivo rispetto al trust. Lo può diventare se la destinazione diviene il fulcro di un negozio diverso, quale quello di affidamento fiduciario³⁰, nel quale prevale la realizzazione del fine rispetto alla costituzione del vincolo. Occorre per questo che la causa fiduciae sia definitivamente ritenuta causa idonea e che tale tipo contrattuale si affermi nella prassi.

³⁰ Secondo la definizione di M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario*, cit. p. 201, per mezzo del contratto di affidamento fiduciario l'affidante e l'affidatario fiduciario individuano le posizioni soggettive affidate e la loro destinazione a vantaggio di uno o più soggetti (beneficiari) in forza di un programma, la cui realizzazione è rimessa all'affidatario, che a tanto si obbliga.