

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

Vincoli di destinazione ex art 2645 - ter c.c..

di Fulvia Trincia

Sommario

1. Premessa; 2. La struttura degli atti di destinazione: contratto o atto unilaterale; 3. Altre caratteristiche dell'atto di destinazione: contratto tipico o atipico, a titolo oneroso o gratuito; 4. Atto di destinazione non traslativo e traslativo; 5. Il vincolo di destinazione e la questione della tipicità dei diritti reali; 6. Meritevolezza degli interessi; 7. Il rapporto tra il principio di autonomia privata e l'art. 2740 c.c.; 8. Modalità di attuazione della pubblicità immobiliare; 9. Trust e atti di destinazione.

1. Premessa

L'art. 2645 ter del codice civile, inserito dall'art. 39 novies D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, con decorrenza 1 marzo 2006, recante "*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*" dispone che "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell' articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso.

I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

La collocazione dell'art. 2645 ter c.c. tra le norme che disciplinano la trascrizione, ha posto in essere in dottrina un dibattito sulla natura di tale disposizione, ossia se il legislatore abbia introdotto nel nostro ordinamento un particolare tipo di effetto negoziale, quale quello di destinazione e quindi se la norma in esame si limiti a disciplinare la trascrizione del vincolo di destinazione, con la conseguenza dell'opponibilità ai terzi della separazione patrimoniale, oppure se l'art. 2643 ter c.c. realizzi una nuova fattispecie.

Secondo la dottrina maggioritaria l'art. 2645 ter c.c. ha posto in essere una nuova fattispecie, una categoria generale, quella dell' atto di destinazione, di cui individua gli elementi : i soggetti, l'oggetto, la funzione, la forma , la durata, oltre ad essere anche una norma sugli effetti (ALESSANDRINI, CALISTI, PETRELLI, GAZZONI).

Quindi l'art. 1645 ter c.c. non si limita a disciplinare gli effetti, ma è una disposizione con valore sostanziale che offre ai privati uno schema

 ISSN 2036-7821

generale di atti di destinazione, all' interno del quale è possibile scegliere il contenuto che meglio è in grado di soddisfare i propri interessi.

2. La struttura degli atti di destinazione: contratto o atto unilaterale

L'atto di destinazione rientra nella categoria generale del negozio giuridico, poiché è una dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici, che il diritto realizza in quanto voluti.

Si discute tuttavia su quale sia la natura di tale negozio, ossia se si tratti di atto unilaterale, o di un contratto.

Secondo una parte della dottrina, l' atto di destinazione avrebbe struttura unilaterale: infatti si tratterebbe di un atto nei confronti del quale il beneficiario non è parte dello stesso, ma è solo un destinatario degli effetti derivanti dalla destinazione finalizzata e di conseguenza è titolare di una pretesa che è opponibile ai terzi per mezzo della trascrizione. Infatti l'atto di destinazione produrrebbe nella sfera del beneficiario un effetto non pregiudizievole che comunque lo stesso beneficiario è libero di rifiutare.

La teoria dell' unilateralità sarebbe avvalorata dalla espressa attribuzione a qualsiasi interessato della facoltà di agire per la realizzazione della destinazione: ciò escluderebbe che soggetti diversi dal destinante possano essere parti dell'atto di destinazione. Infatti si è affermato che se il negozio di destinazione costituisse un contratto, l'azione spetterebbe solo ai soggetti che sono stati parti dello stesso contratto, con esclusione di ogni altro.

Secondo la teoria che ritiene di inquadrare l'atto di destinazione in un contratto, l'indicazione generica dei soggetti richiamati, quali disabili o pubbliche amministrazioni, o persone fisiche, conferma che la norma fa riferimento ai soggetti cui gli interessi meritevoli di tutela sono riferibili, e che dovranno essere necessariamente individuati nell' atto, che si perfezionerà con il consenso del beneficiario e pertanto l'atto di destinazione, in base al rinvio di cui all'art. 1323 c.c., è assoggetato alle norme generali contenute nel titolo secondo del libro quarto (art. 1321 – 1469 c.c.) e dunque potrà essere sottoposto a termine e condizione.

Secondo tale teoria solo la struttura contrattuale ed il consenso del beneficiario, garantirebbero l'effettiva esistenza dell' interesse perseguito, mentre nell'atto unilaterale non sarebbe possibile verificare l'esistenza di tale interesse se non in termini ipotetici. Quindi solo con l'accettazione del beneficiario si perfezionerebbe l'atto di destinazione e tale accettazione renderebbe effettiva la presenza dell'interesse meritevole di tutela perseguito con lo stesso atto.

La struttura contrattuale dell'atto di destinazione sarebbe anche in armonia con l'interesse dei creditori, i quali, attraverso l'accettazione del beneficiario, possono verificare l'effettiva ricorrenza dello scopo perseguito. Inoltre non vi è dubbio che, ove il destinatario dell'atto sia una pubblica amministrazione, sia necessaria la struttura contrattuale. Infatti in questi casi trova applicazione la disciplina speciale di contabilità di Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e r.d. 23 maggio 1924, n. 827) che richiede una accettazione espressa di liberalità da parte della pubblica amministrazione, previa valutazione della convenienza economica. (RUOPOLO, *Gli interessi riferibili alle pubbliche amministrazioni,* in *Negozio di destinazione: percorsi verso un' espressione sicura dell'autonomia privata,* in *Quad. Fondazione di notariato*, Milano, 2007, pp. 296 ss. e 302 ss.).

Inoltre per la parte di dottrina che sostiene la tesi della struttura contrattuale, il beneficio di cui all' art. 2645 ter c.c. non può derivare da atto unilaterale, posto il principio di tipicità delle promesse unilaterali ex art. 1987 c.c., le quali, essendo figure previste dall'ordinamento non necessitano del requisito della causa e non ledono il principio di intangibilità della sfera del terzo.

La struttura unilaterale andrebbe esclusa anche perché la giustificazione della destinazione deve risultare non solo a livello di *expressio causae*,

ma è anche suscettibile di sindacato di meritevolezza.
In conclusione, secondo tale tesi la struttura contrattuale dell'atto di destinazione, consente di rispettare il principio di causalità e di far emergere la giustificazione della destinazione, specie a tutela dei creditori, poiché l'accordo consente agli stessi di conoscere l'interesse perseguito, fermo restando il sindacato di meritevolezza.
Lo stesso rinvio che l'art. 2645 ter c.c. fa all' art. 1322 c.c. rafforza la tesi contrattualistica.
Una parte della dottrina ha assunto una posizione intermedia, ossia si è ritenuto che il legislatore abbia voluto configurare una categoria generale di negozio di destinazione da realizzarsi al di fuori dei modelli predeterminati e che pertanto da un punto di vista strutturale, esso possa essere unilaterale o bilaterale , inter vivos o mortis causa.
Secondo la tesi intermedia, la generica espressione utilizzata nella norma :"atti" sembra che non abbia voluto porre dei limiti alla libera manifestazione dell'autonomia privata: infatti deve essere riferita al "*genus*" dei negozi (atti e contratti) volti ad imprimere vincoli di destinazione ai beni, purché stipulati in forma solenne; e del resto il riferimento all' art. 1322 comma 2 c.c. dimostra che la norma concerne anche i contratti. Inoltre il termine "atti" sta ad indicare il requisito formale richiesto per la trascrizione, la quale deve essere effettuata sulla scorta di un atto pubblico, ex art 2699 c.c..

3. Altre caratteristiche dell'atto di destinazione: contratto tipico o atipico, a titolo oneroso o gratuito

Il legislatore non ha fissato un elenco di atti di destinazione, ma li ha individuati attraverso il richiamo dell' art. 1322 c.c., il quale prevede che la destinazione deve essere idonea a realizzare interessi meritevoli di tutela. Con tale richiamo la dottrina si è posta l'interrogativo se l'atto in esame sia contratto tipico o atipico.
Nel primo caso potrà essere utilizzato lo schema di un contratto tipico per perseguire un interesse meritevole di tutela come ad esempio nel caso di una locazione ad un canone ridotto per tutta la vita del beneficiario in difficoltà economiche o psicofisiche, in deroga al termine massimo trentennale previsto per la locazione all'art. 1573 c.c.. In questo caso il beneficio a favore della persona in difficoltà viene perseguito attraverso un contratto a titolo oneroso e la meritevolezza dell'interesse perseguito, derogando alla disciplina ordinaria del tipo, fa prevalere la durata più ampia rispetto al limite ordinario previsto dall' art. 1573 c.c..
Secondo altra parte della dottrina con l'art. 2645 ter c.c. vi sarebbe stata una tipizzazione oltre che degli effetti anche della causa degli atti di destinazione.
Quanto agli effetti, questi sono tipizzati dalla stessa norma: separazione patrimoniale, opponibilità del vincolo.
Anche la causa sarebbe stata tipizzata dall' art. 2645 ter c.c., infatti si tratterebbe di una causa destinatoria (NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale*, in *Riv Dir. Civ.*, n. 6/2007, p. 823, che definisce "*la destinazione allo scopo" quale nuova causa degli atti di destinazione, idonea a produrre l'effetto di separazione patrimoniale oltre che quello traslativo*).
Si discute in dottrina se l'atto di destinazione sia a titolo gratuito od oneroso. Parte della dottrina ritiene che il suddetto atto abbia natura gratuita, mentre altra parte della dottrina ritiene che l'atto di destinazione possa essere sia a titolo onero che gratuito, rientrando tra gli atti c.d. incolore o a causa variabile, in considerazione del fatto che il concetto di meritevolezza è così ampio da poter perseguire i più diversi interessi, sia interessati che disinteressati, purché meritevoli di tutela.
Per quanto riguarda il modo di conclusione del contratto la dottrina maggioritaria ritiene che è sempre necessaria una espressa dichiarazione di accettazione davanti al notaio da parte del beneficiario e ciò anche a tutela dei creditori che

in tal modo potranno verificare l'effettiva ricorrenza dell'interesse destinatorio.

4. Atto di destinazione non traslativo e traslativo

L'atto di destinazione potrebbe realizzarsi secondo le seguenti dinamiche alternative:

a)Secondo una prima ricostruzione mediante la mera apposizione del vincolo di destinazione sui beni che rimangono di proprietà dell' autore della destinazione (c.d. destinazione statica);

Secondo tale ricostruzione è il soggetto disponente che vincola i beni sui quali egli è titolare di diritti reali e assume su di sé le relative obbligazioni gestorie nei confronti dei beneficiari.

E' quindi il disponente che auto-impone il vincolo e non vi è alcun trasferimento di diritti a terzi. Ciò è quanto avviene anche nel diritto societario per i patrimoni destinati ad uno specifico affare. L'atto di destinazione in tale caso ha alcuni punti di contatto con il *Trust*, fattispecie in cui un soggetto si dichiara *Trustee* rispetto ad un bene determinato (già proprio o che gli è stato trasferito senza alcun riferimento al *Trust* o ancora da istituire), al fine di non confonderlo con il proprio patrimonio. A differenza del *Trust* però il bene rimane di proprietà del conferente e non confluisce nel patrimonio di un altro soggetto.

b)Secondo altra ricostruzione mediante un trasferimento di beni dall'autore della destinazione ad un soggetto terzo –gestore (c.d. destinazione dinamica)

Secondo tale ricostruzione il soggetto disponente può trasferire, contestualmente o successivamente all'imposizione del vincolo determinati beni ad un terzo (fiduciario), che assume l'obbligazione di realizzare la destinazione. Tale fattispecie presenta analogie con il fondo patrimoniale costituito da un soggetto diverso dai coniugi, che trasferisce i beni in proprietà ai coniugi per la costituzione in fondo patrimoniale.

c)Secondo una terza ricostruzione mediante l'apposizione del vincolo da parte del disponente sui beni che rimangono di proprietà dello stesso, e ne affida l'attuazione a terzi attraverso un mandato gestorio.

Secondo tale ricostruzione vi è scissione tra proprietà e legittimazione ed esempi di questo modello si possono rinvenire 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 sulla comunione legale.

L'opinione maggioritaria in dottrina è che negli atti di destinazione l'effetto traslativo è del tutto eventuale, mentre l'effetto immediato e diretto è quello di far sorgere il vincolo temporaneo di destinazione al libero godimento del bene (BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir.civ*., 2007).

A tale conclusione la dottrina è giunta in base alla considerazione che l'art. 2645 ter c.c. attribuisce espressamente al conferente la possibilità di agire per la realizzazione dell'interesse.

Infatti la legittimazione ad agire riconosciuta al disponente presuppone che il diritto di proprietà possa essere trasferito da questi ad un soggetto diverso per il fine di destinazione (mandato gestorio).

Nell'ipotesi in cui l'atto di destinazione è affiancato da un trasferimento in cui il bene viene trasferito dal disponente a soggetto terzo o al beneficiario, il suddetto atto si accompagna ad un contratto traslativo con una causa autonoma. Esempio può essere la donazione di un appartamento ed il collegato atto di destinazione con cui quell'immobile viene vincolato ex art. 2645 ter c.c. a beneficio di una persona disabile: in tale caso si avranno due contratti autonomi e collegati.

Prima dell'entrata in vigore dell' art. 2645 ter c.c., secondo una parte della dottrina, si poteva ammettere un negozio di destinazione atipico avente come causa la destinazione allo scopo in base al principio generale della autonomia contrattuale e pertanto il negozio atipico di destinazione sarebbe stato un atto di autonomia sottoposto al giudizio di liceità e meritevolezza.

Quindi Il trasferimento del bene si sarebbe realizzato non in base alla causa tipica di scambio, ma in forza della causa atipica di destinazione del bene ad uno scopo.
Con l'entrata in vigore dell' art. 2645 ter c.c. è stata riconosciuta la categoria generale dell'atto di destinazione ed è venuta meno la discussione sull'ammissibilità del negozio di destinazione con causa atipica, ma si discute se l'atto di destinazione in sé possa produrre l'effetto traslativo, ossia se la causa destinatoria sia sufficiente a realizzare l'effetto attributivo.
Secondo parte della dottrina qualora il trasferimento risulti funzionale e strumentale all'attuazione della destinazione, allora è da ritenere che il trasferimento trovi causa sufficiente ed autonoma nella destinazione. Esempio è il caso di un atto di destinazione in cui il bene venga trasferito ad un soggetto gestore, e tale trasferimento risulti funzionale alla realizzazione del fine di destinazione. Quindi una volta accertato il nesso strumentale tra destinazione e trasferimento, nonché l'esistenza di interessi meritevoli di tutela, tale giudizio di meritevolezza sarà idoneo a legittimare l'effetto traslativo.
In tale modo si supererebbe il problema di dare spazio nell'ordinamento ad un "negozio traslativo atipico o astratto", poiché il trasferimento del bene non avverrebbe a prescindere dalla causa del negozio, ma la causa destinatoria sarebbe sufficiente a produrre l'effetto reale tipico (ossia quello traslativo).
In ordine alla possibilità che la causa destinatoria realizzi di per sé l'effetto destinatorio, la posizione della dottrina e giurisprudenza non è comunque chiarita, infatti secondo una teoria si ritiene che il trasferimento, quando vi è, possa trovare causa autonoma e sufficiente nell' atto di destinazione (*inter alia* VETTORI, in *Atto di destinazione e Trust prima della lettura dell'art. 2645 ter c.c.*, in *Obbl. contr*., 2006). Secondo tale impostazione sarebbe proprio il dato positivo di cui all'art. 1322 c.c. dalla norma richiamato, a costituire il fondamento in base al quale riconoscere che la causa destinatoria possa essere sufficiente di per se a realizzare l'effetto traslativo, indipendentemente da separati atti di trasferimento. Altra teoria invece esclude che la causa dell' atto di trasferimento possa di per se giustificare la produzione di effetti reali, per cui l'atto di destinazione deve accedere ad un contratto traslativo tipico. (GAZZONI in *Osservazioni sull' art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. Civ.*, *Il vincolo di destinazione può accedere ad una donazione quale onere della stessa o sotto forma di donazione remuneratoria o di vendita con destinazione a favore di un terzo*).

5. Il vincolo di destinazione e la questione della tipicità dei diritti reali

Tra le questioni sollevati dall'introduzione dell'art. 2645 ter c.c. è quella riguardante la tipicità dei diritti reali ed il *numerus clausus* degli stessi.
Ci si è chiesti se nel nostro ordinamento sia stato introdotto con l'art. 2645 ter c.c. un nuovo diritto reale oppure se il vincolo di destinazione si risolva in un rapporto obbligatorio caratterizzato dalla opponibilità ai terzi.
Alcuni autori hanno sostenuto che con l'atto di destinazione il beneficiario diventi titolare di un diritto reale (SANTAMARIA, *Il negozio di destinazione*), infatti secondo tale orientamento la destinazione incide sul diritto di proprietà e ne modifica il contenuto, costituendo una limitazione dello stesso contenuto del diritto, e pertanto tale limitazione ha natura reale e non obbligatoria.
Tra le ragioni che hanno condotto parte della dottrina ad affermare la natura reale del vincolo vi è la qualificazione che l'art. 2645 ter c.c. da allo stesso, ossia come opponibile ai terzi, caratteristica questa distintiva dei diritti reali.
Le critiche a tale deduzione sono le seguenti:
a) pur essendo l'opponibilità una peculiarità dei diritti reali, essa è prevista anche per situazioni giuridiche obbligatorie come ad esempio per l'opponibilità ai terzi acquirenti del contratto di locazione cosi come prevista dall' art. 1599 c.c.;

b) parlando di realità in ordine al vincolo di destinazione si farebbe riferimento non alla natura del diritto in capo al beneficiario, ma unicamente all'opponibilità ai terzi del vincolo medesimo (SALAMONE, *Destinazione e pubblicità immobiliare. Prime note sul nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *La trascrizione dell' atto negoziale di destinazione*) secondo il quale sarebbe non fruttuoso "parlare di vincolo reale se non nel senso di disciplina sulla produzione giuridica opponibile a qualsiasi terzo rispetto all' atto di costituzione del vincolo").
c) Si è osservato anche che il diritto in capo al beneficiario del vincolo di destinazione non avrebbe le caratteristiche dei diritti reali, quali il requisito dell'immediatezza e dell'autosufficienza (ossia è possibile trarre dal bene l'utilità senza che sia necessario l'intervento di un soggetto tenuto a rendere possibile quella attività quale intermediario), infatti per la realizzazione dell'atto di destinazione il vincolo si può accompagnare ad una attività gestoria.
d) Inoltre i diritti reali sono suscettibili di possesso e quindi di acquisto a titolo originario, mentre tale caratteristica è assente negli atti di destinazione.
Per le ragioni sopra esposte si ritiene condivisibile l'opinione di quella parte della dottrina la quale ritiene che il beneficiario dell' atto di destinazione sia titolare solo di un diritto di credito opponibile ai terzi mediante la trascrizione (GAZZONI *Osservazioni sull' art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. Civ*.). Tale posizione del beneficiario dell'atto di destinazione si può raffrontare con la posizione del beneficiario del *Trust*, il quale è titolare di un diritto di credito in ordine alla relativa situazione soggettiva.
Ne consegue che la mancata realizzazione della destinazione costituirà inadempimento per il beneficiario, il quale potrà agire per il risarcimento del danno.
Aderendo alla tesi per cui il beneficiario è titolare di un diritto di credito, è opportuno verificare come tale diritto incida sul diritto di proprietà in capo al disponente.

In particolare ci si è chiesti se il legislatore con l'art. 2645 ter c. c. abbia legittimato l'autonomia privata alla creazione di un diritto reale nuovo, oppure ad una proprietà nuova, modificata o atipica.
Per parte della dottrina il vincolo di destinazione darebbe vita ad un'ipotesi di proprietà atipica, ossia ad una forma di appartenenza funzionale alla realizzazione dello scopo prefissato (VETTORI, *Atto di destinazione e Trust prima lettura dell' art. 2643 ter*, in *Obbl. e contr*., 2006; QUADRI, *L'art. 2643 ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione* in *Contratti e Impresa*).
Secondo tale impostazione il vincolo di destinazione, in quanto opponibile, comprimerebbe la proprietà, la quale sarebbe funzionalizzata alla realizzazione dello scopo. Ne consegue che si crea una proprietà modificata, o atipica oppure finalizzata nell' interesse altrui.
Con l'art. 2645 ter c.c. avrebbe pertanto fatto ingresso nel nostro ordinamento una nuova concezione del diritto di proprietà che è strumentale alla realizzazione del fine di destinazione e quindi al perseguimento di un interesse diverso da quello del titolare del bene vincolato: si tratterebbe cioè non dell'acquisto di una piena proprietà ma dell' acquisto di una titolarità strumentale, la quale si giustifica in capo al titolare/gestore del bene esclusivamente in vista del fine perseguito con l'atto di destinazione.
Da tempo si è individuato in dottrina una frattura dell'unitarietà dell'istituto della proprietà, ossia della nozione tradizionale del diritto di proprietà, infatti lo stesso non è più un concetto unitariamente inteso, ma sono configurate più proprietà in base agli interessi che coesistono accanto a quello del proprietario. Ad esempio nel caso di obbligazione derivante da contratto preliminare o negozio fiduciario si tende a riconoscere nel diritto dell'obbligato una proprietà "dissociata" limitata dall'obbligazione stessa, e pertanto ne consegue che il proprietario non possa alterare lo stato giuridico della cosa, ed inoltre su di lui grava l'obbligo di custodia nell'interesse di un diverso soggetto. Altro

esempio di proprietà dissociata è quella in capo al mandatario nel mandato senza rappresentanza ad acquistare immobili, o nella proprietà dell'alienante sotto condizione sospensiva, o dell' acquirente sotto condizione risolutiva.
Altra parte della dottrina invece sostiene che l'art. 2645 ter c.c. non presenta una apertura all'atipicità del diritto sostanziale: infatti il suddetto articolo, con il rinvio all'art. 1322 c.c. dà ampio spazio all'autonomia privata per quanto riguarda la *causa destinationis*, ma a tale atipicità non consegue anche una atipicità del diritto costituito o trasferito.
Quindi il rinvio all'art. 1322 c.c. riguarda solo la causa dell'atto di destinazione e non l'effetto, perché considerare atipico anche il diritto di proprietà su cui incide il vincolo di destinazione si porrebbe in contrasto con il principio della tipicità dei diritti reali. Infatti è vero che il legislatore ha tipizzato il modello (L'atto di destinazione), ma non il contenuto, il quale è rimesso alla determinazione delle parti e quindi può risultare atipico nel senso di cui all' art. 1322 c.c.., ossia l'individuazione dello scopo è rimessa di volta in volta all' autonomia privata. Ne consegue che è escluso che la norma suddetta possa aver creato un nuovo diritto reale tipizzato.
Il vincolo di destinazione non andrebbe ad incidere sul diritto di proprietà, ma costituirebbe un limite al potere di godimento del proprietario, il quale assume l'obbligo di tenere un comportamento idoneo per rendere possibile la realizzazione del vincolo.
Anche nel caso in cui vi sia trasferimento di proprietà del bene ad un gestore per la realizzazione dell'interesse meritevole di tutela, quest'ultimo sarà titolare di una proprietà formalmente piena, ma assumerà l'obbligo di gestire il bene in modo da realizzare lo scopo della destinazione.
In conclusione il vincolo di destinazione si pone come una limitazione al diritto di pieno godimento del proprietario.

E' opportuno fare una precisazione in ordine al rapporto tra la fattispecie introdotta dall' art. 2645 ter c.c. e la c.d. proprietà fiduciaria.
Secondo parte della dottrina la proprietà vincolata ex art. 2645 ter c.c. sarebbe simile a quella fiduciaria ossia sarebbe proprietà caratterizzata da un vincolo meramente obbligatorio.
La teoria oggi maggioritaria ritiene che il contratto traslativo e il patto fiduciario costituiscono contratti separati, anche se tra loro collegati e la nozione di *causa fiduciae* esprime il collegamento fra questi due istituti.
L'atto di destinazione non presenta la coesistenza di due contratti collegati di cui uno opponibile ai terzi e l'altro con effetti obbligatori limitati alle parti, ma sarebbe invece un atto unitario e causalmente finalizzato. Inoltre la fattispecie dell'art. 2645 ter c.c. prevede espressamente l'opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi, distinguendosi cosi dal patto fiduciario.

6. La meritevolezza degli interessi

La maggior parte della dottrina ha osservato che l'art. 2645 ter c.c. è prima ancora che norma sulla pubblicità (stante la collocazione nel titolo ! del libro sesto del codice civile che è dedicato alla "Trascrizione degli atti") e quindi sugli effetti, è norma sulla fattispecie, ossia è norma che disciplina i profili sostanziali di atti, indicando i presupposti per la loro ammissibilità. (GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, cit.; LUPOI, *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter c.c. quale frammento di Trust*, in *Trust e attività fiduciarie*).
L'atto di destinazione infatti per essere trascritto deve potersi ritenere ammissibile e cioè realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 comma 2 c.c., infatti il rinvio al suddetto articolo è per confermare la necessità di un parametro di meritevolezza sugli interessi sottesi all'atto di destinazione e quindi agli obiettivi che il disponente intende raggiungere con la suddetta operazione economica.

La dottrina prevalente sostiene che gli interessi meritevoli di tutela attengano al profilo causale, cioè costituiscano causa dell'atto di destinazione, la cui mancanza determina la nullità dell' atto.
Si discute in dottrina se il requisito della meritevolezza indicato dall'art. 2645 ter c.c. coincida con il principio di meritevolezza indicato dall'art. 1322 c.c.. per il riconoscimento giuridico dei contratti atipici, oppure se il controllo di meritevolezza dell'atto di destinazione debba avere una maggiore intensità.
Parte della dottrina ritiene che il criterio di meritevolezza indicati nell'art. 2645 ter c.c. coincida con quello previsto dall' art. 1322 c.c. per i contratti atipici.
Altra parte della dottrina ritiene che l'interesse meritevole di tutela di cui all'art. 2645 ter c.c. si distingue da quello tradizionalmente inteso *ex* art. 1322 c.c., perché l'atto di destinazione produce effetti esterni rilevanti anche per i terzi, mentre l'art. 1322 c.c. riguarda solo i contratti atipici che producono effetto solo tra le parti.
Inoltre secondo tale ultima tesi, gli interessi meritevoli di tutela ex art 2645 ter c.c. non solo devono essere leciti, ma devono coincidere con finalità di pubblica utilità e comunque con finalità pubbliche o di solidarietà sociale, e quindi gli interessi che giustificano l'atto di destinazione non possono consistere in interessi meramente lucrativi ed egoistici.
Tale interpretazione restrittiva dell'art. 2645 ter c.c. si basa sulla considerazione che solo interessi sociali o di pubblica utilità possono prevalere sugli interessi dei creditori del disponente i quali con l'atto di destinazione sono pregiudicati dalla sottrazione del bene alla responsabilità patrimoniale del loro debitore, poiché tenuti a rispettare il vincolo reale impresso sul bene.
Tale orientamento ha subito varie critiche.
Si è osservato che il legislatore non ha stabilito un "tipo" di scopo a fondamento della destinazione trascrivibile, ma ha lasciato all'autonomia privatala libertà di stabilire il programma negoziale.
Infatti il riferimento a persone con disabilità e pubbliche amministrazioni sarebbe solo indicativa anche perché nello stesso articolo vengono indicate anche persone ed enti, e ciò comporta che il vincolo di destinazione può essere utilizzato anche per interessi lucrativi ed egoistici. Pertanto il potere di disporre l'atto di destinazione non deve ritenersi subordinato ad esigenze solidaristiche, poiché la disposizione di separazione rientra nell'esercizio dei poteri giuridici del disponente e non incide direttamente sulla sua responsabilità.
Pertanto risulta condivisibile l'opinione di chi ritiene che il giudizio di meritevolezza che va effettuato con riguardo agli atti di destinazione, sia il medesimo giudizio previsto dal richiamato art. 1322 c.c..
Per il significato da attribuire al giudizio di meritevolezza vi sono diverse opinioni in dottrina:
- per una parte della dottrina il giudizio di meritevolezza equivarebbe a non liceità;
- per altra parte della dottrina la meritevolezza non è solo assenza di elementi di illiceità dell'atto di destinazione, ma è una valutazione in positivo della finalità perseguita, come finalità apprezzabile dall'ordinamento giuridico. Infatti gli interessi perseguiti dalle parti possono anche non essere meritevoli di tutela, anche se si tratta di un contratto lecito. (Cassazione civ., sentenza n. 3545 del 23 febbraio 2004).
Ad ogni modo dal richiamo all'art. 1322 c.c., l'atto di destinazione deve fondarsi su un sostegno causale idoneo, come per tutti gli atti dispositivo-attributivi, per i quali basta che ricorra una causa idonea per l'effetto traslativo, senza fare un confronto tra l'interesse dell' acquirente e quello dei creditori. L'interesse dei creditori, per l'atto di destinazione, potrà trovare tutela nell' azione revocatoria.

7. Il rapporto tra il principio di autonomia privata e l'art. 2740 c.c.

Costituisce principio consolidato nel nostro ordinamento quello per cui la responsabilità patrimoniale è illimitata e universale, nel senso

che tutti i beni del debitore costituiscono la garanzia generica dei creditori, mentre le limitazioni a tale garanzia sono tipiche, per cui sono illecite quelle pattuite tra creditore e debitore fuori dei casi espressamente previsti.
La responsabilità patrimoniale attiene alla eventuale fase di esecuzione forzata sui beni del debitore, rappresentando un vincolo potenziale sul patrimonio del debitore. Si distingue quindi dalla responsabilità personale del debitore, ossia dall'inadempimento dell'obbligazione assunta.
La novità introdotta dall'art. 2645 ter c.c. consiste nell'aver formalizzato il principio per cui l'atto di destinazione può realizzare una limitazione alla responsabilità patrimoniale, non più con riferimento a scopi predeterminati dalla legge, ma con riferimento a qualunque interesse meritevole di tutela *ex* 1322 c.c..
Ci si è chiesti dunque se l'art. 2645 ter c.c. possa essere inteso come una ulteriore eccezione al principio dettato dall'art. 2740 c.c..
Nel corso degli ultimi anni vi sono stati diversi interventi normativi che hanno introdotto nel nostro ordinamento ipotesi di separazione patrimoniale, seppure in ossequio dell'art. 2740 comma 2 c.c., ad esempio la disciplina dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, disciplinati dall' art. 2447 bis c.c., od ancora un'ulteriore deroga al principio dell'universalità della responsabilità patrimoniale si rinviene anche nella legge 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, che ha ammesso il riconoscimento nel nostro ordinamento non solo di *Trust* stranieri, ma anche la costituzione di *Trust* "interni" disciplinati da una legge straniera. Tali nuove figure di patrimoni destinati rispondono ad esigenze di sviluppo economico – sociale e costituiscono strumento più adeguato per esigenze di crescita del mercato.
Alla luce del proliferare di figure di separazione del patrimonio, si è discusso in dottrina se si debba ritenere implicitamente superato il sistema della responsabilità patrimoniale fissato dall'art. 2740 c.c.
Secondo l'opinione dominante in dottrina le esigenze di costituire patrimoni separati sulla base di interessi più disparati, anche per fini egoistici, ma purché leciti, non contrastano con la norma contenuta nell'art. 2740 c.c. che quindi non può dirsi vanificata o implicitamente abrogata, neanche dall' introduzione della norma contenuta nell'art. 2645 ter c.c..
Infatti la suddetta norma, è espressione di esigenze di specializzazione avvertite nella realtà economica ed ha introdotto nel nostro ordinamento una categoria generale di atti di destinazione in grado di imprimere un vincolo sui beni per il perseguimento di interessi meritevoli e di cui individua gli elementi: i soggetti, l'oggetto, la funzione, la forma, la durata.
Pertanto per la prima volta è stata codificata nel nostro ordinamento la possibilità per i privati di realizzare una destinazione di beni (immobili o mobili registrati), cui viene ricollegata la separazione patrimoniale, purché meritevoli di tutela e sia data pubblicità al vincolo.
In questo caso, come in tutti gli atti di disposizione aventi una causa idonea, sarà data ai creditori pregiudicati lo strumento di tutela dell' azione revocatoria.
In conclusione l'interesse meritevole di tutela è il presupposto che è alla base della separazione del patrimonio di un soggetto in masse distinte e quindi giustifica la deroga al principio generale contenuto nell'art. 2740 c.c. della responsabilità patrimoniale illimitata.
L'effetto segregativo non pregiudica in ogni caso i diritti dei creditori del disponente ai quali sarà sempre lasciata la possibilità di esperire l'azione revocatoria ordinaria *ex* art 2901 c.c. per la quale *l'eventus damni* sarà automaticamente connesso al vincolo imposto al bene, mentre non occorrerà il *consilium fraudis* poiché è sufficiente la mera consapevolezza di arrecare pregiudizio alle ragioni dei creditori "*scientia damni*".

In tale caso gli interessi dei creditori del disponente, attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria, prevalgono sulle aspettative del beneficiario.

8. Modalità di attuazione della pubblicità immobiliare

L'art. 2645 ter rende tipico l'effetto destinatorio e quindi trascrivibile il negozio di destinazione.
Nel caso di negozio di destinazione ad effetti traslativi gli effetti giuridici da rendere opponibili a terzi sono due, incidenti su esigenze connesse ma autonome sotto il profilo della opponibilità.
La prima trascrizione va eseguita contro il disponente e a favore dell'attributario: deve dare conto dell'effetto traslativo rendendo opponibile ai terzi il mutamento soggettivo nella titolarità del bene: essa va eseguita coordinando gli articoli 1645, 2644 e 2645 ter c.c., e tenendo presente che tale trascrizione è correttamente eseguita soltanto ove, contestualmente a detta formalità venga effettuata anche la seconda trascrizione che, senza soluzione di continuità, serve ad evidenziare la limitazione funzionale derivante dall' imposizione del vincolo di destinazione, proprio e soltanto ai sensi dell' art. 2645 ter c.c..
Tale seconda trascrizione sarà effettuata contro l'attributario e a favore del beneficiario se determinato, oppure della "massa dei beneficiari" in assenza di determinatezza (come nel caso del fallimento o dell' ipoteca iscritta a garanzia dell'emissione di un prestito obbligazionario, ove le formalità si eseguono a favore, rispettivamente della "massa dei creditori" o della "massa degli obbligazionisti").
La somma delle due trascrizioni e la loro contestualità permette di dar conto del trasferimento (prima trascrizione) e della realità del vincolo (seconda trascrizione), rendendo l'atto notarile traslativo di destinazione opponibile a terzi.
Nel caso di atto di destinazione senza effetti traslativi non si rende necessaria la prima formalità e la trascrizione andrà pertanto effettuata, ai sensi dell' art. 2645 ter c.c. contro il disponente e a favore dei beneficiari, in modo da rendere opponibile ai terzi la realità del vincolo.

9. *Trust* e atti di destinazione

L'art. 2645 ter c.c. ha consentito nel nostro ordinamento la costituzione di un patrimonio separato con vincolo di destinazione per una determinata persona fisica o giuridica, per la durata massima di 90 anni, al fine di realizzare un interesse meritevole di tutela. In realtà tale disposizione non è diretta a disciplinare l'istituto del *Trust* nel nostro ordinamento, perché le differenze rimangono notevoli.
Il *Trust* è un istituto del diritto inglese, riconosciuto in Italia con la Legge 16 ottobre 1989 n. 364 che ha dato esecuzione alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Il *Trust* prevede che un soggetto (*Settlor*) trasferisca la proprietà di uno o più beni ad altro soggetto (*Trustee*) che ha l'obbligo di amministrarli e gestirli rispettando gli scopi indicati dal disponente, a favore di un terzo soggetto (*beneficiary*), il quale avrà diritto a godere dei frutti e dei vantaggi che discendono dal bene oggetto del *Trust*, ma potrà divenire proprietario dei beni al momento della scadenza prevista. I beni che costituiscono il "*Trust* found" rimangono distinti dal patrimonio del *Trustee*, con la conseguenza che i creditori e gli aventi causa dello stesso non potranno aggredirlo, salvo che si tratti di creditori di obbligazioni derivanti dalla gestione del *Trust*.
Quindi il *Trustee* acquista il titolo formale di proprietario e si impegna ad una gestione del bene secondo la volontà del disponente e pertanto accetta un godimento limitato dei beni che non entrano nel suo patrimonio.
Il beneficiario è invece il proprietario sostanziale del beni, pur non avendone la disponibilità materiale finché dura la gestione del *Trustee*.
In relazione all' oggetto, possono essere trasferiti al *Trustee* il diritto di proprietà su un bene, il diritto di credito e qualunque altro diritto, cosi che è possibile un'ampia applicazione dell'istituto.

Il *Trust* è dunque fondato sul rapporto fiduciario tra *Settlor* e *Trustee* e realizza il trasferimento del *Trust found* in capo al *Trustee*, mentre nell' atto di destinazione la proprietà dei beni vincolati rimane in capo al conferente nell' ipotesi di atto di destinazione non traslativo o di atto di destinazione con mandato gestorio per l'attuatore, anche se in tali casi i beni dovranno essere gestiti nell' interesse del beneficiario.
Nel caso di atto di destinazione traslativo, il trasferimento del bene al beneficiario sarebbe l'esito di un eventuale obbligo assunto con lo stesso atto di destinazione, tramite un mandato fiduciario a favore di terzo.
Nella norma in commento il conferente può agire per l'attuazione del fine dell'atto di destinazione, mentre nel *Trust* la legittimazione ad agire spetta ai beneficiari (o al guardiano), ma non al disponente.
Inoltre l'art. 2645 ter c.c. richiede espressamente l'esistenza di un interesse meritevole di tutela, mentre ciò non è requisito indispensabile in materia di *Trust*.
Ed ancora nell'atto di destinazione il beneficiario avrebbe un diritto di credito certo ed esigibile, mentre il beneficiario di un *Trust* avrebbe una aspettativa o anche un diritto di credito che potrebbe essere fatta valere *erga omnes*.
La durata del *Trust* può eccedere i novanta anni.
In conclusione l'elemento centrale del *Trust* è il programma, ovvero l'attività necessaria per realizzare la finalità: il profilo dinamico e attivo della destinazione, ossia è prevista nel corso della gestione il trasferimento dei beni.
Elemento centrale dell' atto di destinazione è invece la mera funzionalizzazione del bene allo scopo, l'imposizione del vincolo: il profilo statico e passivo della destinazione, ossia non è previsto il mutamento dei beni affidati.
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 c.c., in quanto opponibile, si ottiene una separazione soltanto unilaterale.
L'atto di destinazione può essere utilizzato quando non vi sia un programma destinatorio attivo e dinamico da realizzare, oppure utilizzando "la forza" della trascrizione per sostenere istituti già esistenti, come ad esempio il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili.
Con l'introduzione dell' art. 2645 ter c.c. è possibile per il mandante, senza dover attendere l'inadempimento, trascrivere il vincolo di destinazione dei beni, derivante dal mandato, a suo favore.
Dunque l'atto di destinazione non è competitivo con l'istituto del *Trust*. Lo può diventare se la destinazione diviene il fulcro di un negozio diverso, quale quello di affidamento fiduciario, nel quale prevale la realizzazione del fine rispetto alla costituzione del vincolo.
La maggiore articolazione del *Trust* può condurre alla affermazione, seppure con le differenze rilevabili tra i due istituti, di considerare l'atto di destinazione un frammento di *Trust* nell'ordinamento giuridico italiano.

10. Riflessioni conclusive

L'art. 2645 ter c.c. è tra le ipotesi legislative di separazione patrimoniale quella in cui l'autonomia privata ha maggior forza, ma è opportuno evidenziare che è pur sempre il legislatore a fornire lo schema entro il quale il privato può agire. Il legislatore ha limitato l'autonomia privata individuando nella valutazione positiva della meritevolezza di cui all' art. 1322 c.c. il punto di equilibrio tra la finalità destinatoria e la tutela dei creditori.
Parte della dottrina ritiene che il giudizio di meritevolezza che va effettuato con riguardo agli atti di destinazione sia il medesimo giudizio previsto dal richiamato art. 1322 c.c.
Altra parte della dottrina invece ritiene che gli interessi che giustificano gli atti di destinazione non possono consistere in interessi meramente lucrativi ed egoistici del disponente, ma debbano invece rispondere a superiori interessi sociali, assistenziali, morali o di utilità pubblica.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Tale orientamento solidaristico non sembra trovare riscontro nella lettera della norma in esame che rinvia espressamente all' art. 1322 c.c. e che pertanto fa riferimento ad ogni tipo di interesse, anche egoistico o lucrativo che possa avere una valutazione in positivo della finalità perseguita, come finalità apprezzabile dall'ordinamento giuridico.
Appare dunque condivisibile quella parte della dottrina secondo cui la meritevolezza dell'interesse consiste nella apprezzabilità dell'operazione economica cui l'atto è diretto: pertanto l'atto di destinazione sarà valido quando il risultato appaia oggettivamente meritevole, anche se il fine del disponente sia anche meramente lucrativo o egoistico.
Assume un ruolo di particolare importanza la questione del rapporto tra separazione patrimoniale e autonomia patrimoniale : si è discusso in dottrina se di fronte al proliferare di figure di separazione del patrimonio, si debba ritenere implicitamente superato il sistema della responsabilità patrimoniale fissato dall' art. 2740 c.c.
Se è vero che l'art. 2645 ter c.c. consente la separazione patrimoniale, tuttavia rimane valida la ratio dell'art. 2740 c.c., poiché la nuova norma risponde ad esigenze di specializzazione della garanzia patrimoniale.
Infatti con il diffondersi di nuove figure di patrimoni destinati, le forme di specializzazione della responsabilità rispondono ad esigenze di sviluppo economico-sociale e costituiscono così uno strumento più adeguato alle specifiche esigenze del mercato.

 ISSN 2036-7821