

ATTO NEGOZIALE DI DESTINAZIONE E SEPARAZIONE*

Mirzia Bianca**

1. Premesse. Le ragioni del rapporto destinazione-separazione

Prima di passare al tema della mia relazione, desidero spiegare a chi mi ascolta perché in una giornata di studio dedicata ai patrimoni separati, ho scelto di analizzare il rapporto tra destinazione e separazione. Ciò fondamentale per quattro motivi. Il primo motivo ha un contenuto di carattere sistematico. Nell'ambito dei vari significati che la destinazione può rivestire, la destinazione del patrimonio ad uno scopo assurge ad autonoma

* Nella fase di elaborazione del testo della relazione è stato approvato in via definitiva l'art. 2645-ter c.c. La norma è stata introdotta con la legge 23 febbraio 2006, n. 51, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative* (GU del 28 febbraio 2006, n. 49, Suppl. Ordinario n. 47). Qui di seguito si riporta il testo dell'art. 2645-ter, nella versione della sua definitiva approvazione: "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 2195, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo". (Per una visione delle versioni precedenti dell'articolo, si rinvia alla nota 4 del testo). Al tema della nuova disciplina introdotta con l'art. 2645-ter è stata dedicata la Tavola Rotonda: "La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile", tenutasi il giorno 17 marzo 2006 presso la Facoltà di Scienze Statistiche dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", i cui atti sono in corso di pubblicazione con la casa editrice Giuffrè. V. anche il recente volume: M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, Milano, 2006.

** Ordinario di diritto privato nella Facoltà di scienze statistiche dell'Università "La Sapienza" di Roma.

categoria giuridica. In questa accezione tecnica la destinazione comporta sempre un fenomeno di separazione patrimoniale, in quanto si tratta di vincolo reale di destinazione¹. Qui destinazione e separazione sono elementi inscindibili. Il secondo motivo ha un contenuto culturale e nasce dalla riflessione in ordine al ruolo che la destinazione ha svolto negli studi sui patrimoni separati. Il rapporto tra destinazione del patrimonio e separazione unisce in una linea di continuità la tradizione e la modernità. Gli studi sulla separazione del patrimonio sono studi che partono dall'analisi della nota teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo elaborata dalla pandettistica tedesca (c.d. *Zweckvermögenstheorie*)² e approdata in Italia creando quel vivace dibattito tra Bonelli e Ferrara³ in ordine alla configura-

¹ Sulla nozione di vincolo reale di destinazione e sulla distinzione rispetto al vincolo obbligatorio, sia consentito un rinvio a M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 207 ss. V. oltre nel testo.

² La prima formulazione giuridica unitaria della categoria dei patrimoni di destinazione si deve ad ALOIS BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Band I, Erlangen u. Leipzig, 1884, Band III, Erlangen u. Leipzig, 1889. La paternità del Brinz per l'elaborazione della categoria degli *Zweckvermögen* è universalmente riconosciuta: E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe, Weimar, 1886, Aalen, 1979, par. 42, 142: "Brinz ist zu sagen der Vater des *Zweckvermögens*"; H.J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person. I. Juristische Person und Staatsperson*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1933, Aalen, 1968, 180, che definisce Brinz lo scopritore della teoria dei patrimoni destinati ad uno scopo.

³ In Bonelli questo procedimento di patrimonializzazione si realizza con un metodo che delimita la figura della persona giuridica al campo del diritto privato, escludendo i soggetti di diritto pubblico. I rapporti di diritto privato non hanno come referenti i soggetti ma il patrimonio, sono in definitiva rapporti tra patrimoni, e il patrimonio viene elevato a substrato della personalità giuridica (v. G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 614 e 648: "... non bisogna vergognarsi di dire che il diritto e l'obbligazione, insomma il rapporto giuridico privatistico ha per subbietto in ogni caso il *patrimonio*, e riconoscere meno ridicola di quello che possa sembrare la frase con cui si hanno *due personalità distinte dell'uomo e del portafoglio*"). Il pensiero di Bonelli trova un acuto oppositore in Ferrara (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, 173 ss. e già in *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 785 ss. e ivi, 1911, 638 ss., che si pone in antitesi alla tesi bonelliana apparsa nel saggio pubblicato nella stessa rivista l'anno precedente, G. BONELLI, *La teoria della persona giuridica*, I Parte, in *Riv. dir. civ.*, 1910, 445 ss., e II Parte, ivi, 1910, 593 ss.) e la dialettica tra i due autori diventa il modello esemplificativo dell'opposizione tra una visuale patrimonialistica ed una visuale positivista del sistema con riguardo al tema della personalità giuridica. L'opposizione di Ferrara risulta tuttavia chiusa negli angusti limiti della polemica (così P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 110), in quanto qualifica la teoria di Bonelli quale *crystallizzazione* della teoria dei patrimoni senza soggetto (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, cit., 173, il quale considera il Bonelli un sostenitore della teoria di Brinz; ID., *La teoria della persona giuridica*, cit., 680: "La concezione del Bonelli, è angusta, rivoluzionaria, retrograda: è una crystallizzazione della teoria di Brinz e Demelius spinta al paradosso e sbocciata per anacronismo nel 1910"; in questo senso, v. anche F. MESSINEO, *La natura giuridica della*

zione dei patrimoni di destinazione quali persone giuridiche o quali patrimoni assoggettati a speciali regole di responsabilità patrimoniale. Ma il tema della destinazione oggi ha ricevuto nuova linfa a seguito dei numerosi interventi del legislatore ed in particolare a seguito dell'inserimento nel corpo del codice civile dell'istituto dei patrimoni societari destinati ad uno scopo, nonché della recente introduzione dell'art. 2645-ter⁴ nel Libro VI. Il terzo motivo è di carattere personale ed è la convinzione in ordine alla centralità della destinazione, quale fondamento di tutta una serie di rapporti e di istituti collegati al fenomeno dei patrimoni separati: dal contratto di mandato, al *trust*⁵, al negozio fiduciario. La destinazione non sarebbe al-

comunione legale dei beni, Roma, 1919, 111, il quale considera la teoria bonelliana quale uno sviluppo delle idee contenute nella teorica di Brinz). In realtà la teoria dei patrimoni personificati si differenzia sostanzialmente dal sistema a doppio binario prospettato originariamente dal Brinz nella misura in cui propone un sistema monistico di stampo patrimonialista dove tutti i rapporti hanno come referente il patrimonio.

⁴L'art. 2645-ter, prima della sua definitiva approvazione nella disciplina sulla proroga dei termini, in una prima fase era stato inserito all'art. 1, 8° comma del disegno di legge relativo al Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, approvato dal Consiglio dei ministri venerdì 11 marzo 2005: "(Trascrizione di atti di destinazione). Gli atti risultanti da atto pubblico 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 ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, del codice civile, 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. 2195, primo comma del Codice civile, solo per debiti contratti per tale scopo". Tale norma era stata successivamente spostata all'art. 34 del medesimo disegno di legge approvato dalla Camera il 5 luglio 2005 e trasmesso al Senato con una piccola modifica (evidenziata nel testo qui di seguito in grassetto): "(Trascrizione di atti di destinazione). Gli atti risultanti da atto pubblico ovvero da contratto di intestazione a una società fiduciaria autorizzata ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966, 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 ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, del codice civile, 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. 2195, primo comma del Codice civile, solo per debiti contratti per tale scopo".

⁵Sulla considerazione del negozio di destinazione quale essenza del *trust*, v. M. D'ERRICO, *Trust e destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003, in *Quaderni romani di diritto commerciale* a cura di B. Libonati e P. Ferro-Luzzi, Milano, 2003, 213 ss.

tro che l'interesse sotteso a tutta una serie di istituti che con diversi schemi procedurali e strutturali determinano la creazione di un vincolo sul patrimonio o su attività⁶. Il quarto motivo è quello più importante. Il rapporto tra destinazione e separazione esprime il nodo problematico del rapporto tra autonomia negoziale e tutela del credito⁷. L'esatta individuazione del rapporto che intercorre tra atto negoziale di destinazione ed effetto di separazione consente di risolvere il quesito in ordine allo spazio che il sistema ritaglia all'autonomia negoziale nella creazione di patrimoni destinati ad uno scopo con effetto di separazione. La mia relazione si articolerà nell'analisi di questi quattro motivi.

2. La categoria dei patrimoni destinati ad uno scopo

Quanto all'analisi del primo motivo, occorre premettere che la destinazione è una nozione assai vasta e generica che caratterizza tutta una serie eterogenea di fenomeni ed istituti del codice civile, alcuni dei quali sono estranei al fenomeno dei patrimoni separati. La destinazione, in questa accezione generica⁸ caratterizza, per es., l'istituto delle pertinenze, delle universalità, delle servitù, la figura negoziale del mutuo di scopo⁹, l'atto di dotazione nei fenomeni associativi¹⁰. A questa nozione generica di destinazione, si affianca quella tecnica che qui è oggetto di attenzione. Qui la destinazione, al fine della costruzione di un'autonoma categoria giuridica, è dotata di un elemento integrativo qualificante: la separazione del patrimonio¹¹. Autorevole dottrina aveva già da tempo iden-

⁶ V. il par. 4 del testo sulla centralità della destinazione.

⁷ V. il par. 5 del testo sul rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione del patrimonio.

⁸ V. al riguardo le sempre interessanti riflessioni di A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 25 ss., il quale ci ricorda che la destinazione, intesa in una accezione generica, caratterizza tutte le categorie dogmatiche della fenomenologia giuridica: dal soggetto, all'oggetto, all'atto, al fatto.

⁹ V. in particolare per il mutuo di scopo A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, Padova, 1985; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo. Leasing, factoring*, Torino, 2002; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1993. In generale sulla rilevanza della destinazione in ambito contrattuale, v. A. GEMMA, *Destinazione e finanziamento*, Torino, 2005.

¹⁰ V. per tutti P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 315 ss., sulla configurazione del conferimento quale "destinazione all'attività".

¹¹ V.A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 27 ss.

tificato il patrimonio separato nel “patrimonio di destinazione costituito da un insieme di rapporti giuridici facenti capo ad un medesimo titolare”¹². È questa seconda tipologia di destinazione che ha dato i natali alla già citata teoria dei patrimoni di destinazione e che caratterizza i numerosi interventi del legislatore. Qui il collegamento tra destinazione e patrimonio determina una incidenza dello scopo sulla applicazione delle regole che governano il patrimonio. Ciò in due direzioni: 1. la destinazione incide sulle regole di responsabilità patrimoniale, rendendo il patrimonio destinato inaggregabile dai creditori per obbligazioni estranee allo scopo; 2. il patrimonio destinato può subire delle limitazioni relative agli atti di disposizione. In questo senso il patrimonio destinato allo scopo è un patrimonio sul quale è impresso un vincolo reale di destinazione in quanto incide su interessi di soggetti terzi (creditori e acquirenti). Una destinazione del patrimonio che non comportasse un effetto di separazione sarebbe pressoché inutile in quanto la separazione è strumentale alla conservazione della destinazione. Analoghe considerazioni valgono per il peculiare regime di circolazione dei beni, il quale è funzionale alla realizzazione dello scopo impresso ad un determinato nucleo patrimoniale.

3. Dai patrimoni destinati ad uno scopo della pandettistica ai patrimoni della attuale legislazione speciale

Quanto al secondo motivo, quello culturale, è utile ricordare che le prime riflessioni sui patrimoni separati sono riflessioni che partono dal concetto di destinazione. L'elaborazione della categoria pandettistica dei patrimoni destinati ad uno scopo nasce dalla affermazione della rilevanza giuridica della destinazione quale elemento di appartenenza dei beni, in alternativa al soggetto persona fisica¹³. Anche a quel tempo la destinazione ad uno scopo individuava la necessità di astrarre il regime giuridico dei beni dalle regole della titolarità e della appartenenza. Tuttavia, in un sistema come quello di allora tutto incentrato sul soggetto persona fisica e alie-

¹² V.F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1986, 86.

¹³ Cfr. A. BRINZ, *op. ult. cit.*, par. 61, 230: “Sprachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sonder auch für etwas gehören ... da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muß etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für einen Zweck gehört ... folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen”.

no a costruire soggettività giuridiche diverse dall'uomo, il patrimonio destinato ad uno scopo viene concepito in una prima fase quale patrimonio privo di titolare¹⁴, riproducendo la riflessioni sui diritti soggettivi senza soggetto¹⁵ e in una seconda fase come patrimonio personificato¹⁶. In con-

¹⁴ Nel contesto europeo, la teoria più nota sulla destinazione del patrimonio è quella già più volte citata nel testo della dottrina tedesca e il cui padre fondatore è Alois Brinz, il quale nella sua prima elaborazione, concepisce i patrimoni destinati ad uno scopo quali patrimoni senza titolare. Tuttavia, è molto interessante rilevare come tali riflessioni sulla astrazione della destinazione dalle regole della appartenenza e della titolarità trovassero accoglimento anche in contesti culturali diversi e con riferimento ad istituti specifici. Proprio con riferimento all'analisi dell'istituto del *trust*, un grande peso culturale in questo senso è stato dato da P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, 31, il quale, ponendosi in posizione critica rispetto alla teoria dello sdoppiamento del titolo, definisce il *trust* quale patrimonio indipendente da qualsiasi soggetto e la cui unificazione è data dalla destinazione: "*Le trust est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public*". Nella dottrina italiana riflessioni significative in ordine alla necessità di studiare alcuni fenomeni prescindendo dalla dialettica soggetto-oggetto di diritti, quale relazione insufficiente a descrivere la peculiarità di singole figure del diritto civile, si devono a Francesco SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 403 ss. e in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 945 ss.

¹⁵ Il primo a formulare uno sganciamento dei diritti rispetto al titolare è B. WINDSCHEID, *Die ruhende Erbschaft*, in *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, par. 531, 10 ss. e nella traduzione ad opera di C. FADDA, P.E. BENZA, vol. III, Torino, 1930, par. 531, 109. Della stessa opera v. vol. I, Torino, 1930, par. 49, 145: "... ma è un fatto, che si trovano diritti, i quali non sono collegati ad un uomo, come a loro soggetto. L'applicazione precipua di questo rapporto è, che esistono diritti i quali hanno la destinazione di servire ad un certo scopo, p. es. allo scopo dello Stato, allo scopo di curare e guarire ammalati, ecc."; K. COSACK, H. MITTEIS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Band I, *Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht*, 8^a ed., Jena, 1927, par. 21, 50. Nel diritto romano già si conoscevano ipotesi di complessi patrimoniali privi provvisoriamente di un titolare che tuttavia non venivano costruiti concettualmente, data la mancanza di astrazione, v. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten jahrhunderte der Kaiserzeit*, I Band, Halle, 1873, 254 ss., il quale considera le ipotesi dell'*Hereditas iacens* e del *Postliminium*. Il legame profondo tra la teoria dei patrimoni senza titolare e la teoria dei diritti soggettivi senza soggetto è evidenziata proprio dai fautori di quest'ultima. Sulla considerazione della *Zweckvermögenstheorie* quale evoluzione della teoria dei diritti senza soggetto, v. H.J. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, I, *Juristische Person und Staatsperson*, cit., 53 e 181, il quale al proposito rileva come uno degli errori dei sostenitori della teoria dei patrimoni di destinazione sia stato proprio l'affermare l'esistenza di patrimoni e di diritti senza soggetto, quando era sufficiente proporre un'astrazione dal soggetto, puntando l'attenzione sul principio della responsabilità; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoires et théories*, 2^a ed., Paris, 1922, 477; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 155, il quale rileva come il Brinz, pur sviluppando una sua tesi autonoma, sia stato ispirato dalle idee del Windscheid; G. HOHNER, *Subjektlose Rechte. Unter besonderer Berücksichtigung der Blankozession*, Bielefeld, 1969, 57, il quale considera il Brinz quale sostenitore della teoria dei diritti soggettivi

creto, quindi, la destinazione del patrimonio è l'*escamotage* concettuale per spiegare un concetto di personalità giuridica a quel tempo assente. Il patrimonio separato, effetto della destinazione, subisce inevitabilmente questo processo di mistificazione¹⁷, enfatizzato dall'altra teoria elaborata in Francia in un periodo quasi contestuale: la teoria personalistica del patrimonio¹⁸. Il risultato è la confusione concettuale e la necessità di concepire

senza soggetto; F. FERRARA, *op. ult. cit.*, 153; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, 1976, 333, il quale ritiene la teoria dei patrimoni di destinazione quale la forma più attenuata della teoria dei diritti senza soggetto.

¹⁶ Nel contesto culturale europeo i due rappresentanti più significativi della teoria personalistica del patrimonio sono, pur nella diversità delle elaborazioni, in Germania K. HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Band I, Neudruck der Ausgabe, Leipzig, 1903, Aalen, 1968, par. 44, 295 ss.; ID., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Teil I, Neudruck der Ausgabe, Leipzig, 1912, Aalen, 1968, par. 69, 152 ss.; ID., *Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum prozessrecht*, Neudruck der Ausgabe, Leipzig, 1924, Aalen, 1967) e in Italia G. BONELLI (*La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. VI, fasc. II, e vol. VII, fasc. I e II, 1889, 1 ss.; ID., *La teoria della persona giuridica*, cit., 593 ss). Nella dottrina italiana più recente, per la ricostruzione dei patrimoni destinati ad uno scopo nell'ambito della nozione di soggettività giuridica, si rinvia all'opera di M. CONDORELLI, *Destinazione dei patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico*, Milano, 1964, 66 ss.

¹⁷ Per queste riflessioni e per un quadro evolutivo della nozione di patrimonio separato, sia consentito un rinvio al nostro *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., spec. cap. II.

¹⁸ La prima formulazione della teoria personalistica del patrimonio si trova nell'opera di G. AUBRY, G. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^a ed., Strasbourg, 1839, 2^a ed., Strasbourg, 1850 e la terza edizione ispirata espressamente all'opera tedesca di Zachariae, che infatti viene intitolata, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C.S. Zachariae*, Paris, 1857-8, che vede due successive edizioni, la 4^a ed. nel 1873 e la 5^a ed. nel 1917, cui d'ora in poi si farà riferimento, dove al tomo IX, par. 573, 333: "*L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité*"; 336: "*Le patrimoine est, en principe, un et indivisible comme la personnalité même*". (L'opera di Aubry e Rau ha avuto varie traduzioni in italiano: v. al riguardo, *Corso di diritto civile francese sull'opera allemana di C.S. Zachariae* per Aubry e Rau. Versione italiana con annotazioni per C. MUZZI, 3^a ed., t. III, Napoli, 1858, par. 573 ss., 5 ss.; *Corso di diritto civile francese per C.S. Zachariae*, riveduto ed annotato col consenso dell'Autore da Aubry e Rau, Novella edizione e traduzione italiana per F. FULVIO, t. I, Napoli, 1868, Parte II, par. 573 ss., 261 ss.).

Il pensiero di Aubry e Rau viene adottato da larga parte della dottrina classica italiana, v. ad es. F.S. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. IX, Parte I, Torino, 1895, par. 2, 7: "Il patrimonio costituisce una *universalità giuridica*, emanante dalla personalità stessa di colui al quale i beni appartengono". L'A., tuttavia, pur aderendo alla concezione generale del patrimonio quale emanazione della personalità, dissente dagli autori francesi sul punto della ricomprensione nella massa patrimoniale dei beni futuri, considerando negativamente l'astrattezza di tale asserzione; C. VIVANTE, Nota a Corte d'Appello di Bologna, 8 giugno 1888, in *Foro it.*, 1888, I, 940, il quale, dissentendo in ordine alla autonomia dell'azienda, sottolineava che questa affermazione dovesse considerarsi "anti-giuridica, perché una

limitazioni della responsabilità patrimoniale solo attraverso la creazione di nuovi soggetti giuridici. Rispetto a queste concezioni l'evoluzione attuale è evidente. Oggi, risolto il problema della concettualizzazione della personalità giuridica e in presenza di nuove e molteplici figure di patrimoni separati di fonte normativa¹⁹ che testimoniano il superamento del dogma dell'indivisibilità del patrimonio, la destinazione viene pur sempre concepita quale regola che astrae dalla titolarità²⁰, ma la limitazione della responsabilità patrimoniale che da essa consegue può indifferentemente realizzarsi sia attraverso la creazione di un nuovo soggetto di diritto (destinazioni c.d. personificate, tra le quali vanno ricomprese la fondazione, la società di capitali in generale e in modo caratterizzante la società unipersonale), sia attraverso la frammentazione del patrimonio di un soggetto appartenente ad un medesimo titolare, fenomeno che sostanzia la moderna nozione di patrimonio separato (ed è questa l'ipotesi delle destinazioni c.d. non personificate, tra le quali sono da ricomprendere i patrimoni separati della recente legislazione speciale, i patrimoni destinati ad uno scopo della riforma societaria²¹ e i patrimoni separati derivanti da un atto negoziale di destina-

persona non ha che un solo patrimonio, qualunque sia lo scopo cui destina i beni che lo compongono”.

¹⁹ Nell'arco dell'ultimo ventennio si è assistito ad un fenomeno di proliferazione di nuove figure normative di patrimoni separati (i fondi destinati all'investimento e disciplinati nel T.U.F. (art. 24), i fondi pensione (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*). Tale decreto ha assorbito la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 124/1993), i titoli derivanti da operazioni di cartolarizzazione del credito (legge n. 130/1999), i patrimoni destinati ad uno specifico affare della riforma societaria (art. 2447-bis ss. cc.). Tale fenomeno non si è ancora arrestato. Da ultimo si segnala una nuova ipotesi di patrimonio separato di fonte normativa introdotta nel nuovo codice delle assicurazioni private: art. 117, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Si segnala inoltre la recente introduzione dell'art. 2645-ter nel corpo del codice civile che, peraltro, come si è già accennato, si presenta come una figura generale.

²⁰ L'astrazione della destinazione dalle regole della proprietà è enfatizzata oggi nella codificazione canadese, dove accogliendo la nota teoria di Lepaulle (v. nota 33 del testo) il patrimonio di destinazione è un patrimonio adespota, sul quale nessuno vanta alcuna titolarità, né il costituente, né il fiduciario, né il soggetto beneficiario: v. art. 1261. “Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel”. Ugual impostazione si rinviene nel progetto di legge catalano sulla fiducia (v. oltre la nota 31 del testo).

²¹ Per una descrizione più dettagliata di questa tendenza evolutiva, sia consentito un rinvio a M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, Relazione al Congresso internazionale: *El código civil de 1984: veinte años de vigencia. Pasado y futuro*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 8-12 de noviembre de 2004, i cui atti stanno per essere pubblicati con traduzione in spagnolo nella rivista *Derecho y Sociedad*.

zione ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.). Solo nelle destinazioni non personificate si realizza il collegamento tra destinazione e creazione di un patrimonio separato. Ciò che tuttavia emerge di nuovo rispetto al passato è l'equivalenza funzionale²² dei due strumenti, entrambi ritenuti idonei a realizzare la destinazione del patrimonio. Nella relazione al d.lgs. n. 6/2003 sulla riforma societaria, nella parte relativa alla introduzione della nuova figura dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, risulta evidente l'equivalenza funzionale tra questa figura e la creazione di una società collegata²³. Nel codice civile canadese, nel Libro IV dedicato ai beni, al Titolo VI intitolato "Di alcuni patrimoni di destinazione" vengono ricomprese sia la fondazione (cap. I) sia il patrimonio fiduciario (cap. II). All'interno della disciplina della fondazione, a differenza del nostro legislatore che ha volutamente escluso di regolamentare la fondazione non riconosciuta, viene prevista la possibilità che la fondazione sia priva del requisito della personalità giuridica, con applicazione della disciplina del patrimonio fiduciario e quindi del patrimonio di destinazione non personificato²⁴.

Il valore culturale innovativo rispetto al passato è la liberazione della nozione di patrimonio separato dalle concettualizzazioni relative alla costruzione della nozione di persona giuridica e di soggetto di diritto. Il superamento della tendenza passata a spiegare tutti i fenomeni di destinazione patrimoniale con il linguaggio della proprietà consente inoltre di abbandonare formule ambigue, quale quella della proprietà smembrata²⁵ o della distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale che se pure cariche di valore storico²⁶, non risolvono il problema della tutela del sog-

²² Sull'equivalenza funzionale dei due strumenti, si rinvia alle riflessioni di P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi per un recente dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837 ss.

²³ Sul rapporto tra l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e i gruppi di società, v. G. GUIZZI, *Patrimoni separati e gruppi di società. Articolazione dell'impresa e segmentazione del rischio. Due tecniche a confronto*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 639 ss.

²⁴ V. al riguardo l'art. 1257: "Les biens de la fondation constituent soit un patrimoine autonome et distinct de celui du disposant et de toute autre personne, soit le patrimoine d'une personne morale. Dans le premier cas, la fondation est régie par les dispositions du présent titre relatives à la fiducie d'utilité sociale, sous réserve des dispositions de la loi; dans le second cas, elle est régie par les lois applicables aux personnes morales de son espèce".

²⁵ Sulle varie articolazioni soggettive della proprietà, si rinvia a M. BIANCA, *La proprietà soggettivamente complessa*, estratto autonomo da *Trattato di dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Beni, proprietà e diritti reali*, vol. VII, Torino, 2001. Per una serrata critica alla formula dello sdoppiamento della proprietà, si rinvia al nostro *La fiducia attributiva*, Torino, 2001.

²⁶ Penso alle bellissime pagine di Paolo Grossi sulla nozione di proprietà collettiva: P.

getto beneficiario della destinazione, problema che va correttamente impostato solo sotto il profilo rimediabile²⁷.

4. La centralità della destinazione. Le destinazioni attributive e non attributive

Con riguardo al terzo motivo che ho prima accennato, credo che la destinazione costituisca il fondamento che muove tutta una serie di rapporti ed istituti giuridici che realizzano fenomeni di separazione del patrimonio. Se si analizzano le figure normative di patrimoni separati, è evidente che la separazione del patrimonio è accordata dal legislatore solo attraverso una selezione degli interessi di destinazione. Nel fondo patrimoniale, la destinazione è familiare²⁸. Nel negozio fiduciario è la destinazione che muove tutta l'operazione economica e giustifica l'insensibilità del patrimonio fiduciario. Analoghe considerazioni valgono per la disciplina civilistica del contratto di mandato. Passando poi ad analizzare i patrimoni separati del settore finanziario (dai fondi comuni di investimento, ai patrimoni delle Sim,

GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977; ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali, Quaderni fiorentini*, Milano, 1992, 339 ss. e 695 ss. L'A. pone in evidenza come il processo di "liquidazione" delle forme di residue di proprietà collettiva sia da imputarsi in particolare alla deviazione della proprietà collettiva rispetto al modello ottocentesco della proprietà, espressione dell'assolutismo e dell'esasperato individualismo. L'A. rileva poi che nella proprietà collettiva, diversamente dalla proprietà individuale, il contenuto del diritto non dipende dal soggetto ma dal valore economico della cosa. Ciò riesce a spiegare perché erano ipotizzabili diversi poteri di godimento sul bene in ragione delle diverse utilità dello stesso: "... La proprietà si configurava pertanto non come una sintesi di poteri, ma piuttosto come un complesso di poteri, proprio perché il potere non discendeva dall'unicità del soggetto ma dalla complessità della cosa, e tanti erano i poteri ipotizzabili quante le dimensioni autonome della cosa socialmente e giuridicamente rilevanti; dimensioni molteplici, ma tutte assomantisi nella *substantia* e nella *utilitas*, cui si correlavano il potere di disposizione e il potere di godimento" (ID., *Il dominio e le cose*, cit., spec. 449).

In generale sulle radici storiche del principio del numero chiuso dei diritti reali, v. M. COMPORI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1971, 289 ss.; ID., *Ideologia e norma nel diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, 298 ss.; ID., *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002, a cura di Massimo Paradiso, Milano, 2005, 201 ss.

²⁷ Questa è la tesi di fondo del mio lavoro *La fiducia attributiva*, cit.

²⁸ In Particolare sulla rilevanza delle destinazioni familiari, v. F. TASSINARI, *Patrimoni privati ed destinazioni a tutela della famiglia*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 53 ss., il quale rileva le ragioni dell'uso distorto del fondo patrimoniale.

ai patrimoni oggetto di cartolarizzazione) è la destinazione all'investimento che giustifica e insieme legittima queste nuove figure di separazione del patrimonio. Anche per l'istituto societario dei patrimoni destinati ad uno specifico affare²⁹, è proprio la destinazione ad un diverso ramo dell'attività d'impresa che giustifica la frammentazione del patrimonio della società per azioni nel primo modello endosocietario³⁰. Con riguardo al secondo modello, c.d. finanziario, è pur sempre la destinazione al finanziamento che giustifica la separazione dei flussi dell'attività. Anche la recente figura di patrimonio separato prevista in materia assicurativa è decisamente collegata alla destinazione della funzione assicurativa. L'art. 117 del recente codice delle assicurazioni private prevede infatti la separazione rispetto al pa-

²⁹ Riguardo all'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare della riforma societaria, deve segnalarsi la recente riforma delle procedure concorsuali (d.lgs. 9 gennaio 2006, *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005*, pubblicato in *GU* del 16 gennaio 2006, n. 12), la quale è intervenuta sia in relazione ai patrimoni destinati endosocietari del modello a) sia in relazione alla destinazione c.d. finanziaria del modello b). Con riguardo al primo modello, la riforma (art. 53) ha introdotto un nuovo articolo, l'art. 67-*bis*. Che così recita: "Gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'art. 2447-*bis*, 1° comma, lett. a), c.c., sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società. Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società". Con riguardo al modello finanziario, la riforma (art. 59) ha introdotto l'art. 72-*ter*: "Il fallimento della società determina lo scioglimento del contratto di finanziamento di cui all'art. 2447-*bis*, 1° comma, lett. b), c.c. quando impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione. In caso contrario, il curatore, sentito il parere del comitato dei creditori, può decidere di subentrare nel contratto in luogo della società assumendone gli oneri relativi. Ove il curatore non subentri nel contratto, il finanziatore può chiedere al giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, di realizzare o di continuare l'operazione, in proprio o affidandola a terzi; in tale ipotesi il finanziatore può trattenere i proventi dell'affare e può insinuarsi al passivo del fallimento in via chirografaria per l'eventuale credito residuo. Nelle ipotesi previste nel secondo e terzo comma, resta ferma la disciplina prevista dall'art. 2447-*decies*, 3°, 4° e 5° comma c.c. Qualora, nel caso di cui al 1° comma, non si verifichi alcuna delle ipotesi previste nel 2° e 3° comma, si applica l'art. 2447-*decies*, 6° comma, c.c.". Inoltre la nuova disciplina fallimentare ha previsto agli art. 155 ss. gli effetti del fallimento della società sul patrimonio destinato, v. al riguardo il commento di C. COMFORTI, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006.

³⁰ Sui patrimoni destinati ad uno specifico affare, v., tra gli altri, l'attenta analisi di S. TONDO, *Patrimoni destinati a uno specifico affare*, in *Studi e Materiali CNN*, 2004, 1 ss. Profili di problematicità della riforma proprio in relazione all'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare sono stati evidenziati da Giorgio Oppo. Il Maestro sottolinea infatti il nodo problematico del superamento del principio di responsabilità patrimoniale senza l'apprestamento di adeguate regole gestorie che possano dare un minimo di garanzia: G. OPPO, *Spunti problematici sulla riforma della società per azioni*, in *Vario Diritto. Scritti giuridici*, vol. VII, Padova, 2005, 276 ss.; ID., *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, ivi, 283; ID., *Sull'impatto sistematico della riforma del diritto societario*, ivi, 305.

trimonio dell'intermediario dei premi pagati, delle somme destinate ai riscatti e dei pagamenti dovuti alle imprese di assicurazione. Con l'introduzione dell'art. 2645-ter il legislatore italiano ha dato specifica rilevanza all'atto negoziale di destinazione. Passando ai modelli stranieri, anche rispetto all'istituto del *trust* nessuno può negare che l'interesse sotteso a qualsiasi modello di *trust* sia proprio l'imposizione ad un patrimonio di una certa finalità, la quale, come avviene per il *trust* angloamericano, può essere la più varia e spaziosa da finalità di carattere sociale a finalità di carattere commerciale³¹. La centralità della destinazione, quale causa di tutta una serie di rapporti che, attraverso diversi e distinti schemi strutturali, realizzano fenomeni di separazione del patrimonio, consente di non restare necessariamente ancorati a schemi procedimentali che ricalcano la tradizionale impostazione di alcuni istituti. Deve al riguardo segnalarsi come nel panorama europeo ed extraeuropeo attuale, le leggi o i progetti di legge sulla destinazione presentano i modelli strutturali più diversi, con ciò mettendo in risalto la centralità della destinazione e l'indifferenza degli schemi strutturali adottati. A titolo di esempio, il codice civile canadese³² e il progetto di legge catalano³³ considerano il patrimonio di destinazione quale soggetto privo di titolare, riproducendo in via normativa la nota teo-

³¹ Sulla riconduzione del *trust* al fenomeno della destinazione dei beni allo scopo, v. per tutti G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 571 ss.; ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 391 ss.; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 243 ss.

³² Cfr. J. BEAULNE, *La fiducie en le droit civil québécois*, in E. ARROYO Y AMAYUELAS, *El Quebec. Un model de dret comparat per a Catalunya*, Barcelona, 2001, 87 ss.

³³ V. art. 514-1: "El patrimoni fiduciari és un acte d'afectació de béns i drets a una finalitat, que pot consistir en el benefici de persones determinades o determinables". Cfr. E. ARROYO Y AMAYUELAS, *Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad*, in M. GARRIDO, J.M. FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Barcelona, 2005, 603 ss.; ID., *El Quebec. Un model de dret comparat per a Catalunya*, cit.; ID., *Le code civil catalan: choix, finalités et transplantations législatives du Code civil québécois*, in *Le Cahiers de Droit*, vol. 46, n. 1-2, 2005, 290 ss., la quale, nel rilevare in tema di fiducia le analogie tra il progetto del codice catalano e l'impianto sistematico del codice canadese, sottolinea come nel progetto catalano la destinazione sia presa in considerazione indipendentemente dal correlato fenomeno attributivo. Dettagli e riferimenti più precisi al progetto catalano si rinvencono in E. ARROYO Y AMAYUELAS, *Por qué el trust en Catalunya?*, in via di pubblicazione in S. NASARRE, M. GARRIDO (a cura di), *III Congrès de Dret civil català. Els patrimonis fiduciaris i el trust*, Barcelona-Madrid, 2006 (che ho potuto consultare anticipatamente grazie alla cortesia dell'A.).

ria del Lepaulle³⁴. Il codice civile etiope del 1960 qualifica il patrimonio fiduciario quale patrimonio dotato di personalità giuridica³⁵. Al contrario il codice civile olandese afferma la titolarità del patrimonio fiduciario in capo al soggetto beneficiario. Il modello anglosassone del *trust*, nonché il recente secondo progetto francese sulla fiducia³⁶ prevedono il trasferimento della titolarità in capo al soggetto fiduciario. La verità è che la destinazione, in quanto fondamento di tutta una serie di istituti caratterizzati da peculiari schemi procedimentali, è dotata di una flessibilità considerevole. La destinazione non necessariamente determina l'attribuzione dei beni destinati ad un soggetto diverso dal costituente secondo il modello che caratterizza il *trust* o il negozio fiduciario della tradizione romanistica. Anzi la destinazione può risolversi anche nella autodesignazione, ovvero nell'atto attraverso il quale un soggetto titolare di un dato complesso di beni ne destina una parte ad una data finalità. Nella figura codicistica del fondo patrimoniale, la modalità di costituzione da parte dei coniugi, già titolari dei beni, è la conferma dello sganciamento della destinazione dal profilo attributivo³⁷. Peraltro anche nello schema dei patrimoni societari, l'atto di destinazione non determina alcuna attribuzione a soggetti terzi. Inoltre la destinazione non determina necessariamente, anche se spesso lo presuppone, un rap-

³⁴ Cfr. J. BEAULNE, *La fiducie en le droit civil québécois*, cit., 106.

³⁵ Cfr. N. VOSIKIS, *Le trust dans le code civil éthiopien. Etude de droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Ginevra, 1975, 251.

³⁶ Si tratta del secondo progetto di legge sulla fiducia presentato nel corso del 2005. Tale progetto prevede l'inserimento nel corpo del codice civile, Libro III, dopo la disciplina dei modi di acquisto della proprietà, di una parte dedicata al contratto fiduciario. La Francia aveva già tentato di introdurre una disciplina della fiducia con un precedente progetto di legge presentato nel 1992 che tuttavia non vide mai la luce (v. l'avanprogetto della legge relativa alla fiducia approvato dal Consiglio dei Ministri nel 1992; in dottrina v. M. GRIMALDI, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, in *Rép. Defrenois*, 1991, I, 961 ss.; J. DE GUILLENCHMIDT, *La France sans la fiducie?*, in *Rev. jur. com.*, 1991, 49 ss.; A. GAMBARO, *Il trust in Italia e in Francia*, in *Studi in onore di Sacco*, I, Milano, 1994, 495 ss.; A. MUNARI, *Trust e "fiducie": un importante progetto di legge francese*, in *Giur. comm.*, 1993, 129 ss.).

³⁷ V. la massima di Cass., sez. I, 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9: "La costituzione del fondo patrimoniale determina soltanto un vincolo di destinazione sui beni confluiti nel fondo stesso, affinché con i loro frutti sia assicurato il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, ma non incide sulla titolarità della proprietà dei beni stessi, né implica l'insorgere di una posizione di diritto soggettivo in favore dei singoli componenti del nucleo familiare, neppure con riguardo ai vincoli in tema di disponibilità. Ne consegue che deve escludersi che i figli minori siano litisconsorti necessari nel giudizio promosso dalla curatela fallimentare nei confronti dei coniugi, dichiarati falliti, per sentire dichiarare l'inefficacia ex art. 64 legge fall. dell'atto con cui essi avevano costituito alcuni beni di loro proprietà in fondo patrimoniale".

porto collaterale di gestione o di amministrazione da parte di soggetti terzi, come di regola avviene nel modello del *trust*³⁸ e come si ritiene essere la caratteristica del mandato e della fiducia³⁹. L'art. 2645-ter, di recente introdotto nel corpo del codice civile, ha accolto questa tendenza perché ha preferito disciplinare l'atto negoziale di destinazione, anziché fornire una disciplina dettagliata di un singolo istituto vincolato ad un preciso schema procedimentale. L'atto negoziale di destinazione si presenta infatti come una figura generale, sia da punto di vista strutturale, essendo quindi ipotizzabile che la destinazione si realizzi attraverso un negozio unilaterale o un patto, sia dal punto di vista funzionale, in quanto il legislatore non ha scelto a monte le finalità che attraverso tale vincolo le parti possono realizzare, ma le ha individuate attraverso il parametro della meritevolezza.

5. Il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione: le tesi causaliste e le tesi patrimonialiste

In relazione al quarto motivo, occorre premettere che l'individuazione del rapporto tra atto negoziale di destinazione ed effetto di separazione rappresenta il nodo problematico del sistema. Il problema di questa correlazione non si pone evidentemente per le figure normative di patrimoni separati presenti attualmente nel nostro sistema. Qui la separazione opera e rinvia a destinazioni qualificate e scelte a monte dal legislatore. Sono proprio queste destinazioni qualificate che giustificano una limitazione della

³⁸ Nello schema strutturale del *trust*, il modello tradizionale comporta un rapporto trilaterale con un disponente un *trustee* e un soggetto beneficiario. Di regola la deviazione rispetto a questo modello consente che disponente e beneficiario siano la stessa persona (ma v. al riguardo T. Napoli, 1° ottobre 2003, in *Diritto par. Giustizia*, 2003, nella quale si afferma il principio secondo il quale disponente e *trustee* non possono essere la stessa persona. Nella decisione si afferma la non trascrivibilità del *trust* per violazione dell'art. 2740 cc.) Si evidenzia invece la necessità di distinguere la persona del *trustee* rispetto a quella del soggetto beneficiario, cfr. al riguardo la recente legge 17 marzo 2005, n. 37, *L'istituto del trust* della Repubblica di S. Marino. V. in particolare l'art. 2, commi 2 e 3: "Non è incompatibile con l'esistenza di un *trust* la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio del *trustee*, oppure si riservi alcune prerogative. Il disponente e il *trustee* possono essere beneficiari del *trust*, ma il *trustee* non può essere l'unico beneficiario del *trust*"; anche la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai *trusts* ed al loro riconoscimento, non sembra consentire al *trustee* di rivestire in via esclusiva il ruolo di beneficiario. V. art. 2: "Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il *trustee* abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del *trust*".

³⁹ V. al riguardo F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, in questo volume.

responsabilità patrimoniale di fonte legale e come tale consentita dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. Il vero problema si pone per i patrimoni separati di fonte negoziale. Qui emerge il problema dello spazio lasciato all'autonomia privata per la creazione di patrimoni destinati ad uno scopo con effetto di separazione. Al riguardo deve sottolinearsi che nella vasta letteratura sia civilistica che commercialistica dedicata recentemente a questo tema, quasi unanimemente si è manifestato un atteggiamento di chiusura⁴⁰. La proliferazione di nuove figure di patrimoni separati, seppure letta come superamento culturale del dogma dell'indivisibilità del patrimonio e come espressione dell'efficienza economica insita nella segmentazione della responsabilità patrimoniale, è stata interpretata come conferma della necessità di un intervento legislativo per la creazione di nuove figure di destinazione del patrimonio. Anche la giurisprudenza di apertura sul *trust* in realtà segue il medesimo procedimento logico nei limiti in cui ricerca sempre una norma (in questo caso la legge di ratifica della Convenzione del-

⁴⁰ Questa soluzione, sia pure con diverse argomentazioni appare univoca: v. al riguardo S. TONDO, *I patrimoni separati tra tradizione e innovazione*, Relazione al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005, il quale al riguardo chiama in causa l'inderogabilità del principio di responsabilità patrimoniale illimitata e il principio di tipicità delle limitazioni della stessa; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, in via di pubblicazione con la casa editrice Giappichelli (testo che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A.), cap. I, par. 1, il quale proprio in ragione dello specifico interesse dell'impresa all'assunzione dei rischi connessi all'affare giustifica e legittima la deroga al 1° comma dell'art. 2740 c.c.; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 368, il quale concorda sulla tassatività dei patrimoni separati, anche se ritiene che tale tassatività vada intesa in termini di opponibilità ai creditori dell'atto dispositivo; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 545; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2001, 102 ss., la quale, pur rilevando la vantaggiosità economica della specializzazione della responsabilità patrimoniale, alla fine assegna al solo legislatore il compito di comporre il conflitto di interessi; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, 333, il quale rileva il contenuto costituzionale della norma sulla tutela del credito; L. NONNE, *Note in tema di patrimoni destinati ad uno scopo non lucrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1329, il quale ritiene l'art. 2740, 1° comma, insuscettibile di interpretazione analogica; F. GALLUZZO, *Il trust c.d. interno e i negozi di destinazione dei beni allo scopo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 88 ss.; F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, in *Trattato di dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, vol. IX, t. III, Torino, 2005, 36, il quale sottolinea che le numerose ipotesi dei patrimoni separati di fonte normativa non hanno tuttavia scalfito l'operatività del principio di responsabilità patrimoniale, non potendo al riguardo parlarsi di decodificazione interna.

l'Aja) che possa giustificare la deroga normativa al principio, secondo il dettato del secondo comma dell'art. 2740 c.c.⁴¹.

La problematicità della relazione atto negoziale di destinazione-separazione è stata affrontata dalla dottrina più recente cercando soluzioni che possono essere sintetizzate in due linee di pensiero: le tesi negoziali e le tesi patrimonialiste. Tra le prime, grande merito va attribuito a chi, al fine di legittimare un atto negoziale di destinazione con rilevanza esterna, ha ipotizzato l'esistenza del nostro ordinamento di un negozio atipico di destinazione espressione del principio di autonomia negoziale contenuto nell'art. 1322 c.c.⁴². Tale dottrina, superando gli angusti limiti della tradizionale concezione del principio dell'autonomia negoziale, ha allargato la sfera dell'autonomia privata arrivando a concepire una atipicità non solo della causa ma anche degli effetti. Secondo questa impostazione la separazione patrimoniale non sarebbe altro che un effetto dell'atto negoziale di destinazione voluto dalle parti. Indipendentemente dall'accoglimento di questa soluzione, grande merito di questa dottrina è stato quello di concepire la destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, in cui per la prima volta si individua la rilevanza della causa di destinazione. Il risultato evidente sul piano sistematico è stato quello di rivendicare ai privati l'atto di destinazione. Questa costruzione, brillante nelle premesse, ha tuttavia comportato una preferenza per l'elemento della destinazione e una svalutazione della separazione, relegata ad *effetto* dell'atto negoziale di destinazione⁴³.

⁴¹ V. Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241, sulla quale v. P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto*, in *Contr. e impr.*, 2002, 570 ss.

⁴² Il principale sostenitore di questa tesi in Italia è G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, cit., 571 ss.; ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 133 ss.; ID., *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., 391 ss.; ID., *Ammisibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 243 ss. La tesi della negoziabilità della destinazione è altresì sostenuta da U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; ID., *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, cit., 261 ss.; ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio. (Piccola e gioiosa reazione ad un articolo di Francesco Gazzoni su trust e trascrizione)*, in *Scritti in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, 115 ss.

⁴³ La svalutazione del profilo della separazione patrimoniale si coglie soprattutto nell'opera di U. LA PORTA, *Causa del negozio di destinazione e neutralità dell'effetto traslativo*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 265 ss.; ID., *I "formanti dell'ordinamento giuridico", il diritto anglosassone e l'iperuranio*, cit., 134-135: "... La norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2740 c.c., va letta nel senso di vietare, e, quindi, ritenere nulli, tutti quegli

Su un diverso piano di indagine si collocano le tesi patrimonialiste. Qui il rapporto tra destinazione negoziale e separazione non è più risolto attraverso la rilevanza attribuita all'atto di destinazione quale risultato dell'atto di autonomia negoziale, ma attraverso una diversa lettura della nozione di separazione patrimoniale. Tra queste la tesi patrimonialista degna di essere citata è quella che fonda la legittimità dell'atto negoziale di destinazione sulla base di specifiche regole di circolazione esistenti nel sistema. L'idea portante è quella di fondare il rilievo reale dell'atto di destinazione attraverso l'individuazione di uno statuto della opponibilità dell'atto di destinazione, desumibile dal coordinamento degli artt. 1707, 2914 e 2915 c.c.⁴⁴. Il merito di carattere sistematico di questa tesi è stato quello di costruire il

atti negoziali che, *quale loro unica giustificazione causale*, abbiano la limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore. Dall'ambito operativo del divieto, pertanto, devono restare esclusi tutti gli altri atti giuridici rispetto ai quali la separazione patrimoniale si ponga soltanto come *conseguenza effettuale ulteriore e non esauriente la causa dell'atto ...*. Nell'opera di G. PALERMO, il problema della separazione patrimoniale non è svalutato ma inconferente rispetto ad una impostazione concettuale che, in ragione della considerazione dell'atto negoziale di destinazione quale procedimento che è destinato a concludersi con il soddisfacimento dello scopo, attribuisce al gestore una proprietà che è *provvisoria e strumentale*: ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, 153: "Con riguardo alla situazione, nella quale viene a trovarsi *medio tempore* il gestore, neppure si vede su quali basi un giudizio di nullità possa fondarsi, una volta escluso che tale soggetto abbia sul bene, costituente punto di incidenza della formale investitura in suo favore, un potere di carattere dominicale, tale da indurre contrasto con il principio di infrazionabilità del patrimonio"; ID., *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 252: "... Di limitazione della responsabilità patrimoniale può correttamente parlarsi solo con riguardo a beni, che del patrimonio del debitore fanno parte, non già con riguardo a beni, dei quali il soggetto debitore abbia una disponibilità solo a fini strumentali. Su tali beni i creditori non hanno, in linea di principio, alcun diritto di soddisfarsi".

Contrario alla considerazione della separazione quale effetto secondario dell'atto negoziale di destinazione R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 24 ss.

⁴⁴ Questa è la tesi sostenuta da Luigi SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 369: "... La lettura sistematica del principio di tassatività dell'art. 2740, 2° comma c.c. – in combinazione cioè con regole cardine della responsabilità patrimoniale, espresse negli artt. 2914, 2915, 1707 c.c. – induce a pensare che il principio stesso sia *complementare piuttosto che antitetico, all'autonomia privata*. Non che i privati siano liberi di limitare la responsabilità: ma a certe condizioni (ovviamente di legge) l'autoregolamento di privati interessi può rendersi opponibile ai terzi creditori, l'art. 2914 c.c., essendo la norma cardine della opponibilità della disposizione traslativa e non; gli artt. 2915 e 1707 c.c. costituendo invece la norma cardine della opponibilità della funzione". L'A. pone in rilievo la distanza tra la sua tesi, che egli stesso definisce fondata su un "forte formalismo estrinseco" (v. *op. ult. cit.*, 371) e la tesi causalista sostenuta da U. La Porta. Parla di uno statuto dell'"attività nell'interesse altrui" quale fondamento dell'opponibilità F. ALCARO, *Mandato e fiducia*, cit.

fenomeno della separazione patrimoniale su un problema di opponibilità ai terzi dell'atto di destinazione. Tale tesi lascia inalterato il principio della responsabilità patrimoniale illimitata contenuto nell'art. 2740 c.c., di cui ribadisce il carattere imperativo e la tassatività delle limitazioni della responsabilità patrimoniale⁴⁵. Altra tesi patrimonialista che è stata di recente proposta dalla dottrina è quella che, sulla base di una nuova e diversa prospettiva funzionale e dinamica della nozione di patrimonio, arriva a giustificare la destinazione quale espressione del collegamento patrimonio-attività. Tale tesi considera pertanto riduttiva la stessa nozione di patrimonio separato, in quanto nozione tradizionalmente fondata su una concezione personalistica del patrimonio⁴⁶.

Il nodo problematico del rapporto tra destinazione e separazione ha poi trovato soluzione in una tesi innovativa ed elaborata da una voce dottrinale autorevole⁴⁷ la quale, contrariamente alla impostazione corrente che considera il fenomeno della separazione patrimoniale quale eccezione al principio della responsabilità patrimoniale, ha dato una diversa lettura della separazione che consegue ad un atto negoziale di destinazione, considerata non tanto quale limitazione della responsabilità patrimoniale, ma come limitazione del patrimonio. Secondo questa impostazione di pensiero la separazione conseguente alla destinazione negoziale non porrebbe un problema di superamento o aggiramento del principio di responsabilità patri-

⁴⁵ V. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 31, il quale ritiene che la violazione dell'art. 2740 c.c. determina la nullità per illiceità degli atti che comportano una limitazione della responsabilità patrimoniale; L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 394: "... Il valore di ordine pubblico dell'art. 2740 c.c. sembra concretarsi in ciò, che all'interprete non è assolutamente consentito inventarsi un regime di opponibilità ai creditori di un atto dispositivo in assenza totale di riferimenti nel diritto scritto (italiano)".

⁴⁶ V. A. DI MAJO, *Patrimonio e responsabilità*, edizione provvisoria, Torino, 2005.

⁴⁷ V. A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo*, cit., 31-2: "... Occorre tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono sulla responsabilità, causandone un ampliamento o una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente incidono sulla responsabilità ... Solo alla prima ipotesi si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova invece applicazione soltanto l'azione revocatoria ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni ... Dalla precedente serie argomentativa discende che la conclusione dell'atto di destinazione allo scopo, malgrado debba comportare necessariamente, perché si attui un'ipotesi negoziale vicina al *trust*, la separazione dei beni oggetto della destinazione dal restante patrimonio del destinante, non incidendo direttamente sulla responsabilità del soggetto dell'operazione non si pone in contrasto con l'art. 2740 c.c., limitandosi ad esporre l'atto all'azione revocatoria".

moniale. Configurandosi la separazione quale limitazione del patrimonio, sarebbe esauriente la tutela offerta dall'azione revocatoria⁴⁸. La distinzione tra limitazione del patrimonio e limitazione della responsabilità, accolta di recente anche dalla giurisprudenza di merito⁴⁹, ha il grande merito di evitare la sovrapposizione tra i rimedi offerti dall'ordinamento per le due diverse figure, evitando inutili confusioni concettuali. L'azione revocatoria è infatti il rimedio per la limitazione del patrimonio ma si rivela rimedio insufficiente a coprire la diversa ipotesi della limitazione della responsabilità⁵⁰.

Un cenno a parte va riservato a quelle teorie che risolvono il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione attraverso una svalutazione del principio di responsabilità patrimoniale. Tra queste, vanno menzionate le teorie iconoclastiche che denunciano la morte del principio⁵¹ e le dottrine che, importando riflessioni di analisi economica del diritto dalla dottrina americana⁵², rilevano gli indubbi vantaggi economici

⁴⁸ V. al riguardo le belle riflessioni di A. MASI, *Destinazione di beni e autonomia privata*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche normative*, cit., 235 ss.

⁴⁹ V. T. Velletri, 29 giugno 2005. L'ordinanza assume un rilievo interessante nella recente giurisprudenza relativa alla questione dell'ammissibilità dei *trusts* interni. Infatti, in questa decisione la validità del *trust* interno non viene fondata sul carattere sostanziale della Convenzione dell'Aja, (anzi in questa decisione viene rivendicata la natura internazionale-privatistica della Convenzione) ma sulla tesi di Falzea sulla separazione quale ipotesi di limitazione del patrimonio e non della responsabilità.

⁵⁰ Tale distinzione consente inoltre di non ritenere sufficiente il rimedio dell'azione revocatoria in Paesi, come il Perù, i quali non hanno espressamente codificato un principio generale di responsabilità patrimoniale, v. M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, cit.

⁵¹ V. A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts & attività fiduciarie*, 2000, 155 ss.

⁵² V. H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The essential Role of Organization Law*, in *Yale L. J.*, 387 (2000). Particolarmente significativa per gli autori americani per il profilo dell'efficienza è la c.d. "affirmative asset partitioning", la quale consente una selezione tra i vari creditori ed è uno specifico prodotto della Organization Law. In generale sul collegamento tra il fenomeno della specializzazione della responsabilità e l'Agency Law, v. R. THOMPSON, *Agency Law and Asset Partitioning*, in *University of Cincinnati law Review*, 2003, 11 ss. Nella dottrina italiana queste riflessioni hanno condotto ad ipotizzare che la separazione patrimoniale, più che porsi come limite alla proprietà, possa essere un modo di esercizio della stessa: P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 70 ss. Sembra tuttavia che, se si vuole accogliere questa suggestione, essa debba essere più correttamente utilizzata per la destinazione. È infatti l'atto di destinazione che può determinare un modo di esercizio della proprietà, non già la separazione che, se pure scaturisce naturalmente dall'atto di destinazione, riguarda il solo profilo della limitazione della responsabilità patrimoniale.

della specializzazione della responsabilità, o c.d. *asset partitioning*. Entrambe risultano tuttavia inadatte a risolvere il problema sistematico della legittimità della destinazione negoziale a rilievo reale. Le prime si risolvono in un'affermazione di principio che rischia di aggirare il problema più che risolverlo, portando inevitabilmente ad una sua banalizzazione.

Quanto alle riflessioni di analisi economica del diritto sui vantaggi della specializzazione della responsabilità patrimoniale, esse, rilevando sul piano meramente culturale, non sono utili a sciogliere il nodo problematico del rapporto tra autonomia negoziale e norma. Inoltre non va sopravvalutato il loro peso sia perché limitano l'operatività di questi benefici alla separazione patrimoniale di tipo finanziario, sia perché in quella dottrina la specializzazione della responsabilità è legata imprescindibilmente all'elemento organizzativo della corporazione e non può realizzarsi in mancanza di questo⁵³. Analoghe considerazioni devono farsi con riguardo alle riflessioni della dottrina italiana che, proprio in considerazione dei vantaggi economici legati alla destinazione nel settore finanziario⁵⁴, marginalizza il fenomeno della destinazione del patrimonio alla disciplina societaria considerandola tipica e inapplicabile in altri settori del diritto privato⁵⁵.

Il problema del rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione è stato di recente riportato ad equilibrio con il nuovo art. 2645-ter. La nuova norma, nel disciplinare la trascrizione dell'atto negoziale di destinazione risolve, attraverso l'opponibilità del vincolo ai terzi creditori, il problema della rilevanza esterna dell'atto negoziale di destinazione. Rimane da stabilire qual è oggi il contenuto minimo dell'art. 2740 c.c. Al riguardo mi

⁵³ Cfr. il già citato saggio di H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *The essential Role of Organization Law*, cit., 387 ss.

⁵⁴ Con particolare riferimento all'attività d'impresa, la specializzazione della responsabilità patrimoniale consente di realizzare diversi effetti di efficienza per il sistema, tra i quali la possibilità per l'imprenditore di diversificare e articolare la propria attività in diversi comparti al fine di ridurre i rischi di perdite in determinati settori, vantaggio cui si accompagna quello di riduzione dei costi di monitoraggio del credito. V. al riguardo C. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, 23 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit.; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Cap. I, par. 1, cit.; ID., *Strumenti finanziari partecipativi a "specifici affari" e tutela degli investitori in patrimoni destinati (Apunti)*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2005, 302 ss.; E. COURIR, *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi dei terzi*, Milano, 1997; D. GALLETI, *Il creditore particolare del socio*, in *Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2002, 42 ss.; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, cit., 148 ss.; per una trattazione della responsabilità patrimoniale dell'imprenditore, v. già A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, cit., *passim*.

⁵⁵ V. R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, cit.

sembra che, diversamente da chi denuncia la scomparsa del principio di responsabilità patrimoniale, deve affermarsi il suo attuale rilievo costituzionale. Il principio di responsabilità patrimoniale esprime infatti il rapporto tra diritto di credito e tutela giudiziaria esecutiva⁵⁶ che dà operatività concreta all'art. 2740 c.c. Le parole di Rosario Nicolò mantengono il loro significato attuale. L'esistenza della responsabilità patrimoniale è indice della giuridicità del rapporto⁵⁷. Tale rilievo è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸. Il fondamento costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale⁵⁹ e lo stretto legame tra responsabilità ed esistenza dell'obbligo induce a confermare il rilievo di garanzia sociale del collegamento tra debito e responsabilità⁶⁰. La possibile individuazione di debiti sprovvisti di responsabilità, ipotesi questa avanzata dalla teoria del debito e della responsabilità (*Schuld und Haftung*), va esclusa anche con riguardo alle limitazioni di responsabilità patrimoniale, in quanto qui la responsabilità non è in radice eliminata ma solo ridotta⁶¹. Il mantenimento del principio di responsabilità patrimoniale trova una ragione concreta anche con riferimento alla introduzione nel nostro sistema di figure generali o speciali

⁵⁶ Sul rilievo costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale, v. F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale. I mezzi di conservazione*, cit., 7 ss.; R. QUADRI, *op. ult. cit.*, 333, il quale proprio sulla base del rilievo costituzionale del principio di responsabilità patrimoniale esclude che i privati possano creare nuovi patrimoni di destinazione diversi da quelli già previsti e disciplinati dal legislatore. Sulla lettura unitaria della disciplina civilistica della responsabilità patrimoniale e della espropriazione forzata, v. L. SALAMONE, *Gestione e separazione patrimoniale*, cit., 369 ss.

⁵⁷ V. R. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1960, 11 ss.

⁵⁸ V. F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, 8, nota 30, il quale al riguardo riporta la motivazione di una decisione della Corte costituzionale 15 luglio 1992, n. 329: "... Il diritto soggettivo di obbligazione ... è svuotato ... se lo si privi dell'elemento della responsabilità patrimoniale del debitore ... che ne è una componente essenziale".

⁵⁹ Sulla necessità di dare una lettura costituzionalmente orientata del principio di responsabilità patrimoniale, v. l'introduzione del Presidente G. MORBIDELLI al Convegno "I patrimoni separati tra tradizione e innovazione", organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri, avuto luogo a Firenze, sotto la presidenza dei professori Paolo Grossi e Giuseppe Vettori, il 28 ottobre 2005.

⁶⁰ In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4^a ed., Milano, ristampa emendata, 2001, 26. Riflessioni analoghe in A. NERVI, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore*, Padova, 2001, 21 ss.

⁶¹ Per queste riflessioni sui patrimoni separati in relazione alla necessità di mantenere la connessione tra debito e responsabilità, si rinvia a M. BIANCA, *Il principio di responsabilità patrimoniale e le sue limitazioni*, cit.

di destinazione del patrimonio, in quanto la destinazione in tanto si realizza in quanto una certa massa patrimoniale sia riservata al soddisfacimento delle obbligazioni collegate allo scopo. Anzi, deve sottolinearsi che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2740 c.c. si impone oggi più di ieri, essendo passati da un sistema di tipicità dei vincoli di destinazione ad un sistema aperto. L'art. 2645-ter ha infatti introdotto una figura generale di destinazione del patrimonio la quale viene individuata e circoscritta attraverso il parametro della meritevolezza degli interessi. Tuttavia proprio la distinzione tra il giudizio di liceità dell'atto negoziale di destinazione e il giudizio di meritevolezza degli interessi, che tocca il problema della opponibilità ai terzi di un atto in sé lecito, consentirebbe, qualora si accogliesse tale tesi, di prospettare un diverso equilibrio tra destinazione e separazione.

6. La tesi della scissione tra il piano dell'atto e il piano della opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione: la nuova disciplina dell'art. 2645-ter c.c.

Definito sia pur sommariamente lo stato delle riflessioni attuali della dottrina sul rapporto tra atto negoziale di destinazione e separazione patrimoniale, e posta la necessaria correlazione tra atto negoziale di destinazione e separazione del patrimonio nei vincoli reali di destinazione⁶², anticipando la tesi che più analiticamente esporrò nel prosieguo del discorso, credo che la necessaria correlazione tra i due elementi non significa affermare l'identità degli stessi. Anzi credo che vada sottolineata la distinzione tra destinazione che opera sul piano dell'atto, e la cui competenza è dei privati, e separazione che opera sul piano del fatto, e che riguarda proprio il profilo della opponibilità⁶³ ai terzi creditori del vincolo di destinazione e la

⁶² Si rinvia al riguardo al par. 1 del testo.

⁶³ Sulla nozione di opponibilità quale scissione tra il piano dell'atto e del rapporto giuridico rispetto a quello del fatto v. le riflessioni sempre attuali di F. SANTORO-PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964: "... In realtà l'opponibilità è caratteristica del tutto estrinseca al rapporto. Essa attiene, più propriamente, al fatto da cui il rapporto origina e del quale vale a designare, appunto, la rilevanza rispetto ai terzi. S'intende che le circostanze attinenti al fatto giuridico, in quanto fonte del rapporto, si riflettono sulla sorte dello stesso; ma non sulla sua struttura. Così è per l'opponibilità, che, come s'è detto, attiene al fatto. Pertanto anche l'inopponibilità non comporta una modificazione strutturale del diritto che da assoluto degraderebbe a relativo, quanto piuttosto, ne limita la rilevanza rispetto a certi soggetti, come riflesso dell'inopponibilità del fatto costi-

cui competenza è del legislatore⁶⁴. La separazione, intesa, non solo come rilevanza esterna del vincolo di destinazione, ma come regola di opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi creditori⁶⁵, esprime la prevalenza dell'atto di destinazione sul titolo vantato da altri creditori, risolvendo il conflitto tra creditori generali e creditori della destinazione⁶⁶. La soluzione

tutivo”; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 238 ss. Sull'accoglimento di questa tesi in termini generali, v. G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1999, 3 ss., il quale sottolinea che l'opponibilità riguarda il titolo costitutivo e non il diritto; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. I (*Artt. 2643-2645-bis*), 2^a ed., Milano, 1998, 8. Tale tesi è stata inoltre accolta al fine di prospettare un nuovo piano di distinzione tra prelazione reale e convenzionale diverso rispetto alla tradizionale bipartizione diritti reali-diritto di credito: G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 159 ss. Seguendo il medesimo procedimento logico, avevo tentato di sganciare la nozione di vincolo reale di destinazione dalla struttura del diritto ancorandola al profilo della opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione: M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, cit., 209.

⁶⁴ Per questa distinzione si rinvia a G. VETTORI, *Opponibilità*, cit., 4: “Opponibilità ... Giudizio di prevalenza che trae fondamento non dalla sola presenza ma dalla diversa forza di ciascun titolo che dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo. La sostanza di tale nozione sta nello svolgersi attraverso due piani diversi: il fatto negoziale e il criterio formale che attribuisce ad esso un peculiare grado di rilevanza che consentirà di distinguere tra atti opponibili e atti non opponibili”.

⁶⁵ In questo senso appaiono illuminanti le riflessioni relative al problema dell'innesto del *trust* nel nostro ordinamento di P. SCHLESINGER, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderni del Notariato*, Milano, 2002, 184: “... Se la trascrizione dà solo atto di un trasferimento della proprietà pieno in favore del *trustee*, ma senza essere idoneo a conferire rilevanza al vincolo che dovrebbe costituirsi in capo a quest'ultimo, vincolo che consiste nella *separazione* del bene dal resto del patrimonio dell'intestatario, la trascrizione risulta sostanzialmente *misleading* e inidonea a realizzare gli scopi perseguiti. Donde la necessità di un apposito provvedimento legislativo che consenta di prevedere anche nel nostro ordinamento il *trust*, ma con l'opponibilità ai terzi degli effetti di *separazione* dei beni oggetto del *trust* dal resto del patrimonio dell'acquirente fiduciario”.

⁶⁶ In dottrina sull'intendimento della opponibilità quale regola di soluzione di conflitti, v. G. VETTORI, *Opponibilità*, cit., 1 ss.: “... Il concetto di opponibilità riassume il complesso delle regole destinate a risolvere i conflitti determinati dalla circolazione dei beni ... Se la rilevanza è la risposta dell'ordinamento alla semplice presenza del fatto che può essere presupposto di altre conseguenze o di un giudizio di responsabilità, l'opponibilità esprime la necessità di soluzione di conflitti tra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili”; ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 141: “... Rilevanza ed opponibilità, quindi sono qualifiche formali che esprimono la risposta dell'ordinamento, in un caso alla semplice presenza del fatto negoziale indipendentemente dagli effetti reali e obbligatori che da esso promanano, e nell'altro da alcuni fatti che per la loro particolare importanza sociale, e conseguente conformazione strutturale, sono destinati a prevalere su altri in eventuali conflitti”; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. I (*Artt. 2643-2645-bis*), cit., 8-9: “... L'opponibilità esprime la prevalenza, la quale trae fondamento dalla diversa forza di ciascun titolo. Tale forza, a sua volta, dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo”; l'A. sottolinea la distinzione tra

di questo conflitto⁶⁷ e quindi l'individuazione della norma che fonda l'opponibilità non è atto libero ma è di competenza del legislatore. Da qui si intende come il fondamento della opponibilità risieda nella individuazione di un valore del sistema che sia idoneo a giustificare la prevalenza del titolo⁶⁸. La violazione della regola di opponibilità del vincolo di destinazione determina il risultato di *limitazione della rilevanza*⁶⁹.

Tale tesi, che prospetta la scissione tra il piano della destinazione e quello della separazione, consente di non sovrapporre il problema della meritevolezza dell'atto di destinazione con quello della liceità di atti che si pongono in contrasto con il principio di tipicità delle limitazioni di responsabilità patrimoniale contenuto nel secondo comma dell'art. 2740 c.c. Come è noto, in passato si ritenevano nulli non solo gli atti di limitazione di responsabilità patrimoniale, ma altresì le convenzioni attraverso le quali i privati dessero luogo a destinazioni del patrimonio⁷⁰. La tesi che porta a distinguere l'atto di destinazione dal distinto profilo della opponibilità consente di conseguire elementi di distinzione sia rispetto alle tesi negoziali sia rispetto alle tesi patrimonialiste. Rispetto alle tesi negoziali in quanto la separazione non è più un effetto dell'atto negoziale di destinazione, secondario o minimale, comunque di rilievo minore rispetto alla destinazione⁷¹. La separazione è elemento del vincolo reale di destinazione, il quale, in man-

efficacia del contratto per i terzi che è sempre riflessa e quindi indiretta e opponibilità che è sempre diretta e si pone quale regola di soluzione di un conflitto: ID., *Manuale di diritto privato*, 11^a e 12^a ed., 922; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3^a ed., ristampa, Milano, 2004, 572, il quale ribadisce tale carattere a proposito della opponibilità del contratto: "... Il significato della efficacia riflessa del contratto si specifica precisamente nella *rilevanza esterna* del contratto quale presupposto di posizioni giuridiche riguardanti i terzi e nella *opponibilità* del contratto in conflitto con i terzi ... *Opponibilità del contratto vuol dire prevalenza del titolo contrattuale di acquisto sul titolo vantato dal terzo*".

⁶⁷ L'individuazione di un conflitto risulta la conferma in ordine alla inesistenza di un diritto del creditore sul patrimonio del debitore.

⁶⁸ V. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 147: "... Il regime di circolazione dei beni non può essere rimesso alla volontà dei privati ma alla valutazione dell'ordinamento che conforma certi fatti in base ad un'esigenza generale dell'ordinamento giuridico".

⁶⁹ Sono queste le parole utilizzate da Francesco Santoro-Passarelli per descrivere l'inopponibilità: ID., *Diritti assoluti e relativi*, cit., 750; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 152, il quale costruisce l'inopponibilità quale "limite soggettivo che dà luogo ad una carenza di effetti".

⁷⁰ V. al riguardo le riflessioni di Rosario Nicolò.

⁷¹ Le tesi negoziali, pur avendo in potenza la possibilità di fondare l'effetto di separazione sulla forza dell'atto di autonomia negoziale sembrano rinunciare a questo risultato. Si rinvia al riguardo agli autori citati alla nota 42 del testo.

canza, avrebbe carattere obbligatorio. La realtà del vincolo va intesa in termini di opponibilità del vincolo ai terzi. In questo senso la destinazione a rilievo reale non tocca il problema del numero chiuso dei diritti reali con il collegato problema sistematico dell'individuazione di una proprietà speciale⁷². Rispetto alle tesi patrimonialiste che denunciano la morte del principio di responsabilità patrimoniale, come si è già accennato, la tesi muove proprio dalla constatazione dell'esistenza attuale del principio e dalla sua rilevanza costituzionale. La soluzione del nodo problematico del rapporto tra autonomia e norma muove proprio dalla rilevanza della scissione tra il piano della destinazione e quello della separazione. La soluzione del rapporto tra autonomia e norma, infatti, non si coglie nella individuazione nel sistema attuale di regole di opponibilità che risultano compatibili con il principio della autonomia negoziale⁷³, ma nella enfaticizzazione della diversità dei piani su cui operano destinazione e separazione. Tale distinzione implica la consapevolezza della impossibilità di risolvere il problema della opponibilità del vincolo di destinazione e quindi della separazione patrimoniale sulla base del solo principio di autonomia negoziale⁷⁴.

7. L'art. 2740 c.c.: dal dogma dell'indivisibilità del patrimonio alla tutela dell'affidamento dei creditori

Posta la distinzione tra destinazione che opera sul piano dell'atto e separazione che opera sul piano della opponibilità, il problema del patrimonio separato atipico riemerge in tutta la sua rilevanza quale problema del superamento della riserva legale posta dal secondo comma dell'art. 2740⁷⁵.

⁷² In questa direzione si muovono invece le tesi negoziali che, fondandosi sull'unitarietà dell'atto di destinazione, arrivano a concepire l'esistenza di una proprietà strumentale e transitoria, v. al riguardo gli autori citati alla nota 42 del testo.

⁷³ Ci riferiamo alla tesi di L. SALAMONE, *op. ult. cit.*, 369-370 (v. al riguardo il passo dell'A. citato alla nota 44 del testo).

⁷⁴ V. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., 150. Sulla necessaria tipicità degli atti soggetti a trascrizione che trova fondamento nella generale esigenza di certezza dei traffici giuridici, v. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, 1, 11 ss.

⁷⁵ Credo che la separazione non configuri un'ipotesi di limitazione del patrimonio, ma una vera e propria ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale che pone in gioco il problema della riserva legale posta dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. Infatti la separazione che scaturisce dalla destinazione non determina solamente una limitazione del patrimonio (ipotesi questa che potrebbe discendere dall'atto di destinazione), ma si pone proprio quale limitazione della responsabilità patrimoniale, in quanto i beni destinati ad

Si ripropone quindi anche il problema dell'intendimento del principio di responsabilità patrimoniale universale contenuto nell'art. 2740 c.c. Al riguardo sembra necessaria una rilettura del principio che tenga conto della evoluzione del sistema. Appare al riguardo chiaro che il principio della responsabilità patrimoniale non riflette più il dogma della indivisibilità del patrimonio⁷⁶ ma, posto il suo indubbio rilievo costituzionale, esso si è concentrato sul profilo di affidamento del ceto creditorio. Gli spazi concessi oggi all'autonomia privata sono molto più ampi del passato e ricoprono aree e scelte prima sottratte all'autonomia. L'equilibrio tra atto di autonomia privata e tutela del credito non si risolve più come in passato in divieti ma nell'esigenza di informare i terzi su vincoli che possano pregiudicare la loro posizione. Il mutamento di prospettiva è evidente in quanto ciò che rileva oggi non è tanto la sanzione della violazione del principio quanto in concreto la violazione dell'affidamento dei creditori in ordine alla consistenza del patrimonio e alla responsabilità del debitore. Sono ormai lontani i tempi in cui la giurisprudenza si trincerava con la sanzione di nullità rispetto al riconoscimento di istituti stranieri come l'*anstalt*⁷⁷ o il *trust*⁷⁸.

Superata da tempo la concezione che ravvisava in capo al creditore un diritto soggettivo sul patrimonio del debitore⁷⁹, oggi il sistema testimonia la nuova e diversa esigenza dei creditori di conoscere la reale situazione del debitore. L'avanzamento rispetto al passato è significativo. Prima, la concezione della responsabilità patrimoniale quale dogma dell'indivisibilità del patrimonio vietava in radice convenzioni che potessero intaccare tale dogma, anche se rese note ai terzi. Oggi, al contrario, caduto il divieto ideologico, si è enfatizzato il profilo della tutela dell'affidamento del ceto credi-

uno scopo rispondono delle sole obbligazioni collegate allo scopo e non rispondono delle obbligazioni diverse.

⁷⁶ Anche se ancora la giurisprudenza di legittimità, nel fissare il principio di inderogabilità della responsabilità patrimoniale, ancora sente l'esigenza di rinviare al principio di indivisibilità del patrimonio: Cass., 28 aprile 2004, n. 8090: "... la separazione è strumento eccezionale, di cui soltanto la legge può disporre, essendo diretto ad interrompere la normale corrispondenza tra soggettività e unicità del patrimonio, per destinare una parte di questo al soddisfacimento di alcuni creditori, determinando in tal modo la insensibilità dei beni separati alla sorte giuridica degli altri, in deroga ai principi fissati dagli artt. 2740 e 2741 c.c."

⁷⁷ V. Trib. Milano, 31 marzo 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, 122, con nota contraria di R. LUZZATTO.

⁷⁸ Per questi riferimenti, si rinvia al nostro lavoro *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 81 ss.

⁷⁹ V. per l'abbandono di questa tesi v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 635; F. ROSELLI, *op. ult. cit.*, 19 ss.

torio. In generale il sistema attuale sembra caratterizzarsi per un ampliamento delle sfere prima sottratte alla competenza dei privati, ma a condizione che siano apprestati adeguati strumenti di pubblicità per i terzi.

Una significativa apertura del sistema è testimoniata dalla recente disciplina delle garanzie finanziarie⁸⁰, la quale, accogliendo l'orientamento giurisprudenziale, considera il pegno irregolare di titoli non contrastante il divieto del patto commissorio⁸¹. In materia societaria⁸², la frammentazione del patrimonio della s.p.a. è espressione della libera volontà dei soci ma deve essere portata a conoscenza dei creditori attraverso il deposito e l'iscrizione nel registro delle imprese e tale pubblicità è funzionale all'esercizio del diritto di opposizione dei creditori ai sensi dell'art. 2447-*quater*. L'esclusione della separazione per le obbligazioni derivanti da fatto illecito con la conseguente regola della responsabilità illimitata della società posta dal terzo comma dell'art. 2447-*quinquies* esprime un principio generale di inopponibilità della separazione ai c.d. creditori involontari, ovvero ai creditori che non sono stati avvertiti della causa di responsabilità *diversa* da quella della destinazione. Sempre in materia societaria, l'introduzione della figura delle trasformazioni eterogenee⁸³ (artt. 2500-*septies* e 2500-*opties*), se pure entro i limiti indicati nella nuova disciplina, è la testimonianza del

⁸⁰ V. d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170, *Attuazione della Direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria*, il cui art. 3, subordina l'opponibilità ai terzi della garanzia finanziaria al requisito della prestazione per iscritto della garanzia ai sensi dell'art. 2.

⁸¹ V. art. 6, 2° comma del cit. d.lgs. n. 170/2004: "Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'art. 2744 del codice civile".

⁸² In generale sul ruolo attribuito dalla riforma societaria all'autonomia statutaria, v. A. GAMBINO, *Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia statutaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2002, 641 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2003, 38 ss.; A. FALZEA, *Riflessioni preliminari, in le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 101 ss.; C. FOIS, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, *ivi*, 107 ss.; G. OPPO, *In tema di "libertà e responsabilità" nelle società di capitali riformate*, in *Vario Diritto. Scritti giuridici*, vol. VII, cit., 309 ss.

⁸³ V. F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di F. Galgano, Padova, 2004, 539 ss.; G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, 585 ss.; *Il nuovo diritto delle società. Società di capitali e cooperative*, a cura di G. OLIVIERI, G. PRESTI, F. VELLA, Bologna, 2003, 346 ss.; M.V. DE GIORGI, *Fondazioni di famiglia e attività d'impresa*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2005, II, 81 ss.; A. FUSARO, *Le trasformazioni eterogenee: un'apertura delle frontiere tra società lucrative ed enti non profit*, *ivi*, 2005, II, 73 ss.; M.C. LUPETTI, *Trasformazioni eterogenee da e in società di persone*, in *Le società*, 2005, 840 ss.

più ampio spazio lasciato ai privati nella scelta della forma organizzativa per lo svolgimento dell'attività. I passati dubbi in ordine alla possibile lesione dell'interesse dei creditori, derivante dalla trasformazione dell'assetto organizzativo, sembrano superati e la tutela dei creditori è diventata tutela del loro affidamento. In questo contesto si spiega la disciplina del diritto di opposizione, diritto che nasce a seguito della pubblicazione della delibera di trasformazione (art. 2500-*novies*)⁸⁴.

Una forte tendenza alla predisposizione di strumenti che consentano una corretta conoscibilità per i terzi si coglie anche rispetto a vincoli di destinazione che già operano nel sistema e che, se pure giustificati da legittime destinazioni, necessitano di adeguati strumenti di pubblicità.

La giurisprudenza di legittimità che, dopo un acceso dibattito, ammette l'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare, anche se non trascritto⁸⁵, riproducendo la disciplina prevista per la locazione, sulla base della prevalenza del vincolo di destinazione della comunità familiare sull'esigenza di libera circolazione dei beni⁸⁶, risulta superato dalla tendenza del sistema a tutelare comunque il principio di affidamento del terzo, rendendo necessaria la trascrizione. La recente legge sull'affidamento condiviso⁸⁷, nel modificare l'art. 155-*quater* stabilisce

⁸⁴ M. MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, 1383: "... La lettura delle norme del nuovo sistema mi pare evidenzi l'intento di elevare il diritto di opposizione dei creditori a strumento di equilibrio e di temperamento tra le istanze dell'autonomia privata e le ragioni del ceto creditorio, equilibrio che viene attuato non più mediante divieti imperativi di freno alle aspirazioni imprenditoriali, ma consegnando agli stessi creditori un'arma di tutela, che potranno azionare se lo riteranno, lasciando in definitiva al mercato il compito di selezionare le diverse vicende imprenditoriali ed evitando generalizzazioni impeditive della crescita del sistema economico, in armonia con lo spirito".

⁸⁵ V. Cass., S.U., 21 luglio 2004, n. 13603; Cass., 2 aprile 2003, n. 5067; Cass., 29 agosto 2003, n. 12705; Cass., S.U., 26 luglio 2002, n. 11096; Cass., 16 dicembre 1996, n. 10977. Diversamente, v. Cass., 6 maggio 1999, n. 4529.

⁸⁶ V. Cass., 29 agosto 2003, n. 12705, cit., in motivazione: "... Il legislatore della riforma, operando un bilanciamento, secondo valori etici e criteri socio economici, tra l'interesse del gruppo familiare residuo, e specificamente dei figli minorenni o anche maggiorenni tuttora non autosufficienti, a conservare l'*habitat* domestico, e quello di natura patrimoniale di tutela dell'affidamento del terzo, oltre quello più generale ad una rapida e sicura circolazione dei beni, ha ravvisato come elemento di composizione tra le diverse istanze in conflitto la limitazione nel tempo, in difetto di trascrizione, dell'opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione".

⁸⁷ V. legge 8 febbraio 2006, n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, pubblicata nella *GU* del 1° marzo 2006, n. 50.

Tale norma, anche prima della approvazione definitiva, era stata considerata dalla dottrina quale conferma della realtà del diritto del coniuge affidatario della casa coniugale:

che “il provvedimento di assegnazione e di revoca della casa familiare sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell’art. 2643”. La Corte costituzionale con sentenza del 21 ottobre 2005, n. 394, nell’estendere la necessità della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare in presenza di figli naturali, afferma che “il provvedimento di trascrizione deve poter essere trascritto poiché, in caso contrario, l’atto non sarebbe opponibile ai terzi e potrebbe essere vanificato il vincolo di destinazione impresso alla casa familiare”. Tale orientamento del sistema sembra aver decisamente accolto l’idea della configurazione del provvedimento di assegnazione della casa familiare quale vincolo reale di destinazione⁸⁸, il quale al fine di essere reso opponibile ai terzi necessita di trascrizione⁸⁹. Anche in materia di condominio, la giurisprudenza che

C.M. BIANCA, *Diritto civile*², 2° vol., 4ª ed., riveduta e aggiornata, Milano, 2005, 224. La recente giurisprudenza di legittimità ha tuttavia escluso che il provvedimento di assegnazione della casa coniugale determini il sorgere di un diritto reale (di uso o di abitazione). Si è infatti affermata la natura di diritto personale di godimento, il quale come tale non si riflette sull’esito del giudizio di divisione: Cass., 28 settembre 2005, n. 18883. Al riguardo deve sottolinearsi che la necessità della trascrizione deriva dalla natura reale del vincolo di destinazione e non tanto dalla realtà del diritto di abitare la casa coniugale.

⁸⁸ La tesi della individuazione di un vincolo reale di destinazione è stata ipotizzata dalla dottrina al fine di sostenere la necessità della trascrizione: F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1 (*Artt. 2643-2645-bis*), *Sub art. 2643*, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, 431-2: “... La tesi volta a sostenere la necessità di trascrivere il provvedimento ai fini della opponibilità assoluta ai terzi, dovrebbe semmai percorrere strade diverse. Si potrebbe, ad esempio, ritenere ... che tale provvedimento, in realtà, crei un vincolo di destinazione a carattere reale sull’immobile adibito a casa familiare, piuttosto che attribuire un diritto di abitazione al figlio e al coniuge ... In questa chiave dovrebbe trasciversi il vincolo di destinazione a carattere certamente reale e non già il diritto di abitazione a carattere certamente personale. Il figlio o il coniuge sarebbero dunque titolari di un diritto di credito, quello al mantenimento, garantito in forma specifica da un vincolo di destinazione impresso sull’immobile. Non verrebbe così in questione il diritto di locazione e non potrebbe allora porsi un problema di godimento infra o ultra-novennale, perché il vincolo di destinazione nascerebbe a seguito del provvedimento e la mancata trascrizione impedirebbe di far valere di fronte al terzo il diritto di continuare ad abitare in una casa familiare che per costui più non sarebbe tale”. L’A., tuttavia, pur ammettendo che questa configurazione potrebbe giustificare la necessità della trascrizione, la esclude sulla base del preciso rinvio all’art. 1599 c.c. Sulle varie tesi avanzate dalla dottrina in ordine alla configurazione di una *destinazione funzionale* dell’immobile a casa familiare, si rinvia a L.A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, in *Giust. civ.*, suppl. ord. n. 12 del 2005, il quale rileva la distinzione tra tale vincolo e quelli di fonte autoritativa o negoziale.

⁸⁹ La dottrina e la giurisprudenza si sono da sempre interrogate sulla natura del diritto di abitazione della casa coniugale (sui termini di questo dibattito, si rinvia a L.A. SCARANO, *Coabitazione e casa familiare*, cit.). La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno optato per la natura di diritto personale di godimento, proprio in ragione del rinvio operato dalla legge sul divorzio (v. art. 6) alla disciplina della locazione. Tuttavia, parte della

ammette l'opponibilità al terzo acquirente dei vincoli reali contenuti nel regolamento condominiale anche nell'ipotesi in cui questo non sia stato trascritto⁹⁰, sembra essere superata dalla opposta regola della necessità della trascrizione al fine della opponibilità ai terzi acquirenti di tali obbligazioni *propter rem*⁹¹. Il disegno di legge sulla modifica della disciplina del condominio⁹², prevedeva una modifica dell'art. 2643 con l'aggiunta del n. 14-*bis* relativo agli "atti che impongono, modificano o vietano destinazioni specifiche a beni o complessi di beni"⁹³.

Tornando al tema della destinazione patrimoniale, l'individuazione del principio di affidamento del ceto creditorio quale nuovo fondamento dell'art. 2740 c.c. non significa tuttavia che la separazione è ammessa solo perché è resa conoscibile ai terzi creditori. Piuttosto deve dirsi che il superamento del dogma dell'indivisibilità del patrimonio e il citato orientamento del sistema identificano nuovi interessi e nuove situazioni suscettibili di

dottrina ha rifiutato da sempre questa tesi, sottolineando la natura reale del diritto. V. G. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 127 ss.; ID., *Diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita not.*, 1997, 1268; C.M. BIANCA, *Diritto civile* 2, 4^a ed. riveduta e aggiornata, cit., 224: "... Occorre piuttosto tener presente che l'assegnatario del diritto di abitazione esercita il suo diritto di godimento sulla casa senza il tramite di un obbligo del coniuge proprietario. Al diritto del coniuge assegnatario sembra quindi doversi riconoscere il connotato della immediatezza, proprio dei diritti reali. La realtà del diritto consente inoltre una più appropriata tutela del coniuge legittimandolo all'azione di manutenzione e conferendogli la legittimazione a votare nelle assemblee condominiali sugli affari di ordinaria amministrazione e di semplice godimento delle cose comuni e dei servizi".

⁹⁰ Cass., 25 marzo 2005, n. 6474; Cass., 3 luglio 2003, n. 10523, la quale, tuttavia, giustifica l'opponibilità anche in mancanza della trascrizione, sulla base della presunta conoscenza o accettazione del terzo acquirente derivante dalla menzione del regolamento nell'atto di acquisto.

⁹¹ Cass., 26 gennaio 1998, n. 714: "... L'omessa trascrizione del regolamento determina l'inopponibilità ai successivi acquirenti delle singole unità immobiliari comprese nell'edificio condominiale delle eventuali clausole limitative di diritti esclusivi di proprietà spettanti a ciascun condomino senza influire anch'essa sulla validità ed efficacia del regolamento".

⁹² V. il testo del disegno di legge "Modifica agli artt. 1117, 1120, 1124, 1129, 1130, 1137 e 1138 c.c., agli artt. 63, 64, 66, 67, 70 e 71 delle disposizioni di attuazione del codice civile nonché all'art. 7 c.p.c., circa la disciplina del condominio negli edifici".

⁹³ V. art. 14 del disegno di legge citato alla nota precedente nella versione approvata dalla commissione giustizia in sede referente nella seduta del 5 ottobre 2005. L'art. 15 del medesimo disegno prevede una modifica dell'art. 2569 del codice civile secondo il quale "gli atti di cui al n. 14-*bis* dell'art. 2643 devono essere trascritti a favore e contro le parti medesime".

rilevanza *erga omnes*⁹⁴. La separazione è regola di opponibilità e quindi, come emergerà più chiaramente nel prosieguo del discorso, serve a risolvere un conflitto. Tuttavia, il nuovo fondamento dell'art. 2740 c.c. serve a confermare quella distinzione tra ruoli che rende compatibile nel nostro sistema un atto negoziale di destinazione con creazione di un patrimonio separato. Questa precisazione è importante per non confondere l'effetto della trascrizione del vincolo di destinazione. Deve infatti sottolinearsi che tale trascrizione non svolge la funzione di mera pubblicità notizia, come affermato da parte della dottrina per il *trust*⁹⁵ e come, nel prevalente orientamento, sembra essere la trascrizione del fondo patrimoniale *ex art.* 2647 c.c.⁹⁶. Accogliendo la distinzione posta da attenta dottrina tra pubblicità e trascrizione⁹⁷, pur dovendosi ammettere che la funzione pratica della trascrizione sia quella di essere una fonte di notizia e di conoscibilità per i terzi⁹⁸ la funzione giuridica⁹⁹ è quella di risolvere un problema di conflitto tra

⁹⁴ Sulla necessità di operare attraverso una selezione degli interessi che in un dato momento storico consentono di individuare situazioni obbligatorie rilevanti per i terzi, abbandonando schemi concettuali predefiniti, v. G. VETTORI, *Voce Opponibilità*, cit.

⁹⁵ V. Questa è la tesi prospettata da CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, 1333. L'A. sostiene questa tesi al fine di fondare un rimedio per la mancata conoscenza del vincolo nascente dal *trust*: "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 titolare secondo 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. In questi termini non sarebbe di ostacolo alla correzione dello *strictum ius* neppure la tesi che ipotizza il possibile arresto dell'*exceptio doli* di fronte alle regole rigide di tutela delle situazioni soggettive". Contro l'ammissibilità di questa tesi, si v. le acute osservazioni di GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione*, in via di pubblicazione in *Notariato* che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A. Il Gazzoni, tra le altre osservazioni, critica la presunta presunzione tra conoscenza e mala fede cui condurrebbe questa tesi.

⁹⁶ V. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 2, (Artt. 2646-2651), *Sub art.* 2647, in *Cod. civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 42 ss.

⁹⁷ V. F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1 (Artt. 2643-2645-bis), cit., 40 ss. e 76 ss.

⁹⁸ La dottrina al riguardo ritiene che la pubblicità sia una conseguenza indiretta e occasionale della funzione assolta dalla trascrizione in altra direzione: F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1 (Artt. 2643-2645-bis), cit., 42.

⁹⁹ Per questa distinzione, v. le acute riflessioni di Gorla riportate da F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, t. 1 (Artt. 2643-2645-bis), cit., 42, nota 107 proprio a proposito della distinzione tra pubblicità e trascrizione. Ciò che Gorla intendeva come *funzione pratica* della trascrizione, ovvero essere fonte di notizia potrebbe giustificare il collegamento

creditori non destinati che iniziano l'esecuzione con un pignoramento immobiliare e creditori della destinazione. In questo senso la trascrizione del vincolo di destinazione avrebbe una funzione analoga a quella svolta dalla trascrizione dell'atto di pignoramento e della cessione dei beni ai creditori ai sensi dell'art. 2649 del c.c.¹⁰⁰. Solo assegnando alla trascrizione del vincolo di destinazione tale funzione si rende reale e quindi opponibile il vincolo che, in caso di mera pubblicità notizia, rimarrebbe irrilevante per i terzi¹⁰¹.

Tale trascrizione si rende necessaria a prescindere da un fenomeno attributivo che nella destinazione patrimoniale può essere anche assente.

La funzione secondaria della trascrizione in termini di strumento di conoscibilità per i terzi dell'esistenza del vincolo collega tuttavia in una logica unitaria la *ratio* dell'art. 2740 c.c. e la necessità della trascrizione. Seppure la funzione tipica della trascrizione è quella di risolvere un conflitto di interessi, tale conflitto in tanto può essere risolto in quanto si stabilisca un criterio di priorità. Nel caso del vincolo di destinazione la trascrizione è lo strumento che consente di fissare in via temporale il momento in cui il vincolo esce dalla sfera dei soggetti che lo hanno costituito e acquista rilevanza esterna.

La distinzione tra destinazione e separazione, prospettata finora come ipotesi teorica, mi sembra che abbia ricevuto una conferma applicativa concreta nel nuovo art. 2645-ter.

8. Conclusioni

Difficile immaginare quale sarà la portata applicativa della norma. Sicuramente attraverso tale strumento si è consentito all'ordinamento ita-

che in dottrina è stato fatto tra pubblicità e tutela dell'affidamento dei terzi, v. al riguardo F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 238.

¹⁰⁰ Con riferimento al problema della trascrizione del *trust*, la dottrina aveva già sottolineato come la funzione della trascrizione del vincolo nascente da *trust*, non potrebbe essere validamente risolto attraverso la riconduzione all'art. 2643 (né al n. 1 relativo alla contratti che trasferiscono la proprietà degli immobili, né al n. 5 del medesimo articolo relativo agli atti di rinuncia alla proprietà) ma svolgerebbe una funzione analoga alla trascrizione della cessione dei beni ai creditori *ex art.* 2649 c.c.: "... La verità è che il legislatore avrebbe dovuto dettare un art. 2649-bis cc. con il quale disciplinare la trascrizione dell'effetto di separazione patrimoniale e il conseguente vincolo di destinazione nascente dal *trust*": F. GAZZONI.

¹⁰¹ Sono queste in sostanza le obiezioni che Francesco Gazzoni muove alla tesi Castrovano.

liano di porsi in linea con altri paesi europei ed extraeuropei nella predisposizione di una tecnica competitiva di articolazione e trasmissione della ricchezza. In tal modo si è abbandonato il clima di alta criticità che il nostro sistema stava vivendo da quando ratificata la Convenzione dell'Aja si avvertiva il disagio della mancanza di una adeguata disciplina interna e aleggiava un'ansia esasperata di introdurre un surrogato del modello anglosassone del *trust*, ansia che conduceva inevitabilmente ad accogliere dubbie tecniche di inurbazione¹⁰². La nuova disciplina è disciplina dell'atto negoziale di destinazione e solo una lettura banale può interpretare l'art. 2645-ter quale nuova legge sul *trust*. Mancano di tale modello, non solo le coordinate strutturali che lo caratterizzano, ma altresì l'apparato rimediabile. Deve quindi negarsi che l'art. 2645-ter possa essere considerato quale legge applicabile ai sensi dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja.

Quanto alle possibili applicazioni di tale strumento, una settore rilevante è il settore sociale, il quale non sembra adeguatamente coperto dalle recenti discipline della destinazione del patrimonio, le quali riguardano per lo più il settore finanziario¹⁰³. Il fondo patrimoniale, se pure deve ritenersi l'unica figura codicistica di patrimonio di destinazione per interessi della famiglia, non può trovare applicazione al di fuori del ristretto ambito della famiglia legittima. Il fedecommesso assistenziale, se pure istituito creato per regolare l'esigenza di tutelare economicamente un soggetto disabile, è applicabile solo al caso di incapacità che si sia tradotta in un giudizio di interdizione. Ciò in palese controtendenza rispetto al recente orientamento legislativo che, con l'introduzione dell'istituto dell'amministratore di soste-

¹⁰² Tale situazione è stata descritta molto bene da ANGELO FALZEA, *Introduzione e considerazioni conclusive*, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Atti della Giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma – Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003, cit., 23: "... Ciò ha provocato una situazione profondamente disarmonica nel nostro diritto positivo, il quale formalmente non riconosce e non disciplina come proprio un istituto di cui, altrettanto formalmente, ammette l'applicazione attraverso il riconoscimento di un atto stipulato in uno Stato estero. Si è venuta così a verificare una sorta di doppiezza ordinamentale che, mentre da un verso esercita l'inventiva dei giuristi a complicati stratagemmi di aggiramento dall'altro verso sforza in una forte pressione della prassi giuridica perché il riconoscimento indiretto si trasformi in un suo diretto accoglimento nel sistema normativo".

¹⁰³ Una spinta verso il sociale si coglie nella recente legge sull'impresa sociale, v. legge 13 giugno 2005, n. 118, "Delega al Governo concernente la disciplina dell'impresa sociale". Sui profili di collegamento tra questa disciplina e l'istituto dei patrimoni societari destinati ad uno specifico affare, v. le riflessioni di G.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, 1161 ss., spec. 1167 ss.

gno¹⁰⁴, ha mostrato di voler superare gli angusti limiti offerti dalla disciplina dell'interdizione.

¹⁰⁴ V. legge 9 gennaio 2004, n. 6, *Introduzione nel Libro I, Titolo II, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli artt. 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 c.c. in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*. Si v. il recente volume *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. PATTI, volume autonomo della rivista *Famiglia*, Milano, 2005; v. anche *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E.V. NAPOLI, Milano, 2005.